

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

**A COMPREENSÃO BRASILEIRA DO SIGILO BANCÁRIO E A INCORPORAÇÃO
DO *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE*
ACT (F.A.T.C.A.) AO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

Brasília

2015

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

**A COMPREENSÃO BRASILEIRA DO SIGILO BANCÁRIO E A INCORPORAÇÃO
DO *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE*
ACT (F.A.T.C.A.) AO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Internacionais, UniCEUB-Centro Universitário de Brasília, Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito das Relações Internacionais, Linha de Pesquisa: Sistemas de Integração Regional.

Orientador: Daniel Amin Ferraz
Co-Orientador: Marcelo Dias Varela

Brasília

2015

Coêlho, Carolina Reis Jatobá

A compreensão brasileira do Sigilo Bancário e a
incorporação do *Foreign Account Tax Compliance Act* (F.A.T.C.A.)
ao ordenamento jurídico nacional / Carolina Reis Jatobá Coêlho –
Brasília, 2015. 134 p.

Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) –
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

1. Sigilo Bancário. 2. F.A.T.C.A. 3. Internacionalização do Direito.

UniCEUB / DF

CDU - 336:719

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

**A COMPREENSÃO BRASILEIRA DE SIGILO BANCÁRIO E A INCORPORAÇÃO
DO *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE*
ACT (F.A.T.C.A.) AO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Internacionais. UniCEUB-Centro Universitário de Brasília. Programa de Pós-Graduação. Mestrado em Direito das Relações Internacionais, Linha de Pesquisa: Sistemas de Integração Regional.

Aprovação pelos membros da banca examinadora em ___/___/___/_.
(Observações: _____)

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz - UniCEUB/DF

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella - UniCEUB/DF

Profa. Dra. Lúcia Elena Arantes Ferreira Bastos - USP/SP

Brasília, dede.....

*Aos meus: Paulo, Divina, Sérgio, Júlio e Marcelo,
por tudo que são.*

AGRADECIMENTOS

Muitos agradecimentos fazem-se necessários.

O primeiro agradecimento é sempre Teu, Senhor. Sem Tua Presença me guiando, nada disso seria sequer realizável. “Eu irei adiante de ti, e endireitarei os caminhos tortuosos; quebrarei as portas de bronze, e despedaçarei os ferrolhos de ferro. Dar-te-ei os tesouros escondidos, e as riquezas encobertas, para que saibas que eu sou o Senhor, o Deus de Israel, que te chama pelo teu nome” (Isaías 45:2-3).

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz que, para muito além de suas credenciais acadêmicas, é um exímio advogado com pensamento rápido, pragmático e atento e quem foi responsável por muito dos *insights* que tive durante a construção deste trabalho. Quando da saída do Programa de Mestrado do Prof. Dr. Antônio Cachapuz, que até então era meu orientador, ele me acolheu e apoiou este estudo de forma atenciosa, dedicada e sempre próxima. Na mesma medida, agradeço ainda ao meu coorientador, Prof. Dr. Marcelo Dias Varella, coordenador do Programa de Mestrado, responsável direto pelo nível de excelência alcançado e mantido pelo Centro Universitário de Brasília. Agradeço especialmente por seu rigor metodológico, espírito crítico, dinâmico e estrategista. Destaco sua eterna disponibilidade àqueles que aproximam com alguma angústia intelectual. Certamente uma das pessoas mais competentes que tive a honra de conviver nestes anos de mestrado.

Muitos outros professores do Programa merecerem minha sincera gratidão. Profa. Dra. Alice Rocha, por apresentar-me o Direito Administrativo Global (DAG) com sua peculiar clareza de tratar temas complexos de forma simples, o que é, a meu ver, uma de suas mais destacadas características. Prof. Dr. Antônio Cachapuz que me demonstrou, desde os primeiros passos acadêmicos do mestrado, o intrincado relacionamento entre Política, Direito dos Tratados e Relações Internacionais, com a autoridade de quem além de acadêmico é um observador muitíssimo privilegiado do que leciona; Dr. Arnaldo Sampaio Godoy, de espírito grandioso, “ilustrado”, é detentor de conhecimento enciclopédico e pragmático sobre todos os temas abordados neste estudo, tanto em matéria tributária, quanto ao Direito Norte-Americano. Agradeço também pelos diálogos interessantes e por ser inspiração; Prof. Dr. Francisco Rezek, a quem devo enorme respeito e nutro grandiosa admiração, por apresentar-me de forma elegante o sentido do Direito Internacional Clássico; Prof. Dr. Nitish

Monebhurrin, por todas as contribuições metodológicas no estilo francês e as críticas sobre pontos obscuros.

Agradeço pelos comentários essenciais dos professores Bruno Salama (FGV/SP) e Camila Villard Duran (USP) ao *paper* “*Banking Secrecy and Global Governance: Incorporation of F.A.T.C.A. (Foreign Account Tax Compliance Act) into a Brazilian Legal Framework*” apresentado no painel “*Finance*” da *3rd Conference of the Postgraduate and Early Professionals/Academics Network of the Society of International Economic Law (PEPA/SIEL)*, que ocorreu em 24 e 25 de abril de 2014 em São Paulo, na Escola de Direito da FGV/SP. À última, agradeço por carinhosamente ter mantido diálogo pós-evento, encaminhando-me bibliografias e dicas relevantes. Sou também grata à Sociedade de Direito Internacional Econômico - SIEL e Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP pela oportunidade, nas pessoas dos Professores, Michelle Ratton e José Caiado.

Agradeço carinhosamente ao Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP/DF), pelo interesse em dialogar comigo sob o ponto de vista constitucional, área na qual ele destaca-se como autoridade. Também agradeço ao Prof. Antônio Suxberger, pela amizade e por me incentivar a continuar. Hoje ele ocupa, com honra, um relevante espaço nesta Casa, mas foi meu orientador de pós-graduação na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT conduzindo tão bem minha orientação que fui até premiada em primeiro lugar naquele concurso de monografias jurídicas. O mesmo agradecimento estendo à Profa. Christine Peter, pelos anos anteriores ao mestrado na partilha de ideias trocadas em grupos de estudos tão profícuos.

Alguns diálogos institucionais foram importantes na pesquisa, motivo pelo qual faço menção ao Dr. Eduardo Freitas e Dra. Fernanda Cerri do Departamento Jurídico da FEBRABAN. Na Secretaria da Receita Federal sou grata ao amigo Michiaki Hashimura, que me indicou contatos para conhecimento do tema naquela instituição, de forma que estendo meus agradecimentos a todos com quem troquei – ainda que breves – ideias, com Ivo Tambasco Guimaraes Junior e Jorge Rachid. No âmbito do Ministério das Relações Exteriores sou muito grata pelo casal de amigos Ruy Hallack Duarte de Almeida e Ana Angélica Antón terem me indicado o contato com a Diplomata Christiane Bonomo, quem gentilmente me forneceu informações relevantes para a pesquisa.

Como não poderia deixar de ser, agradeço à CAIXA e ao seu Programa de Incentivo ao Mestrado, estendendo meus agradecimentos à Escola de Advocacia CAIXA e Universidade CAIXA, pelo apoio financeiro institucional indispensável à pesquisa, bem como incentivo ao aperfeiçoamento profissional de minha carreira jurídica nessa instituição.

Agradeço ainda aos gestores da DIJUR – Diretoria Jurídica e da GEAJU – Gerência Nacional de Atendimento Jurídico, nas pessoas do Dr. Jailton Zanon, Dr. Leonardo Faustino, Dr. Leonardo Groba, Dr. Frederico Gazolla, Dr. Salvador Congentino e Dr. Gilson Santana que me apoiaram nesta empreitada acadêmica, compreendendo a grandeza da missão que me impus.

Agradecimento especial segue para Dra. Lúcia Elena Arantes, a quem devo muito, por ser referência profissional e acadêmica. Não poderia ser justa sem citar nominalmente as Doutoradas Girlana Granja Peixoto Moreira e Janiele Queiroz Mendes Caroba, as quais me ampararam de forma carinhosa e atenciosa em todos os passos: candidatura, seleção e inscrição do Incentivo CAIXA ao Mestrado, bem como acompanharam-me durante toda elaboração do trabalho com apoio. Aos colegas advogados Dr. Daniel Schneider, Dr. Marcos Antonio Silva e Dr. Luis Eduardo Rodrigues, sou muito grata pela torcida e a supressão de minhas ausências na equipe.

Às bibliotecárias do Centro Universitário de Brasília, do Superior Tribunal de Justiça, da Universidade de Brasília e da Caixa Econômica Federal, bem como às amigas, Zoé Beatriz Bueno de Souza, Caroline Klein e Alice Gomes, por facilitarem o acesso a livros e dados importantes, facilitando a pesquisa realizada.

Por fim, um agradecimento mais do que especial para o Paulo, parceiro da vida, por me apoiar com imensuráveis amor e paciência nesse passo importante, dentre tantos da caminhada que já trilhamos. Sempre pude contar com seu suporte emocional, espiritual, material e logístico com muita disposição e cuidado. Sem sua compreensão, cuidado, carinho e - principalmente estímulo e inspiração – eu jamais teria chegado até aqui.

*It usually takes a hundred years to make a law,
and then, after it has done its work, it usually
takes another hundred years to get rid of it.*

Henry Ward Beecher

RESUMO

O objetivo da pesquisa é analisar a incorporação do *Foreign Account Tax Compliance Act* - F.A.T.C.A. ao ordenamento jurídico brasileiro em face do conceito doutrinário e jurisprudencial brasileiro em matéria de sigilo bancário. F.A.T.C.A. é um conjunto de normas norte-americanas promulgadas em 18/03/2010 que alteram o Código Tributário daquele Estado, com produção de efeitos extraterritoriais (em outros Estados) em etapas. Nos termos das normas, são impostas às instituições financeiras estrangeiras obrigações pecuniárias e não-pecuniárias com exposição à riscos e custos jurídicos e operacionais. Dentre seus pontos mais polêmicos, está o encaminhamento automático de dados pessoais e de movimentação bancária à autoridade fiscal norte-americana (*Internal Revenue Service* – IRS). Em caso de descumprimento, as sanções vão desde a retenção dos tributos nos próprios saldos/investimentos bancários até o encerramento da conta bancária do titular. Apesar da assinatura de um Acordo Intergovernamental entre Brasil e EUA, a incorporação do instrumento poderá criar fatores de tensão e problemáticas institucionais, pois a quebra de sigilo bancário pelo Fisco no Brasil não é tema pacificado. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional competente para julgar a interpretação do sigilo bancário na qualidade de direito fundamental à privacidade erigido constitucionalmente posiciona-se pela prévia autorização judicial da ‘quebra’ fazendária. No cenário global, as Instituições Financeiras, que serão impactadas pelas eventuais sanções, são impelidas à participação, tornando a aderência ao F.A.T.C.A. imperiosa, em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional ao sigilo bancário. Sob o ponto de vista da política externa, a cooperação brasileira para o tema é também relevante, em razão do *locus* ocupado pelo país na composição de fóruns econômicos internacionais, como é o caso do Grupo dos Vinte (G-20) ou na participação de Comitês específicos e grupos de trabalho particulares que apontam para a convergência de posicionamentos que culminam na flexibilização do direito a médio e longo prazo em solo nacional. Esta realidade implica em: i) observar que, paralelo à clássica lógica de incorporação de normas jurídicas, há um rico e constante processo de interação da globalização econômica no qual se observa uma padronização internacional dos ordenamentos jurídicos nacionais; ii) esta realidade modifica e altera os sentidos constitucionais e normativos de institutos jurídicos, no caso, o sigilo bancário, o qual mediante influxos internacionais, poderá sofrer nova interpretação de atores institucionais domésticos, podendo ser remodelado na jurisprudência, legislação e doutrina pátria.

Palavras-chave: Globalização Financeira. Internacionalização do Direito. F.A.T.C.A. Sigilo Bancário. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

The object of this research is to assess the incorporation of the Foreign Account Tax Compliance Act - F.A.T.C.A. into the Brazilian legal framework in face of the national doctrinal and jurisprudential concept of bank secrecy. F.A.T.C.A. is a set of US norms promulgated on 18th March 2010 which affect that US Tax Code, with extraterritorial effects in stages. Within the terms of the norms, both pecuniary and non-pecuniary obligations are imposed on foreign financial institutions, with operational as well as legal costs and risks. Among its most controversial points is the automatic remittance of personal and banking data to the US fiscal authority (Internal Revenue Service –IRS). Failure to comply with these rules may incur sanctions which comprise tax retention deducted from the bank balance/investments or even the closure of the holder’s bank account. Despite the intergovernmental agreement assigned between Brazil and the USA, the incorporation of the instrument may generate problematic institutional tensions, for the breach of bank secrecy by the Brazilian fiscal authority is by no means deprived of inherent controversy. The Federal Supreme Court, the Constitutional Court in a position to judge the interpretation of bank secrecy in its quality of fundamental right to privacy constitutionally fashioned by the previous judicial authorisation of treasury breach. Within the global scenario, the financial institutions which will be affected by sanctions will be coerced into adhesion to F.A.T.C.A., along with the legal discussion on the national treatment of bank secrecy. From the foreign policy perspective, the Brazilian cooperation to the theme is equally relevant, owing to the locus occupied by the position of country in the composition of international economic forums, as is the case with the G-20 or with the participation in specific Committees and particular working groups which suggest the convergence of positions culminating in the legal flexibilisation in the medium to long term on national soil.

This context implies that : i) Running parallel to the classic logic of the incorporation of judicial norms, there is a rich and ongoing process of interaction of economic globalisation in which an international standardisation of national juridical orders; ii) Such reality both modifies and alters the constitutional and normative meanings of juridical institutes, namely, bank secrecy , which via international influxes may be interpreted differently through the prism of jurisprudence , legislation or homeland doctrine.

Keywords : Financial Globalisation, Internationalisation of Law ,F.A.T.C.A. Bank Secrecy, Constitutional Mutation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED – Análise Econômica do Direito
BACEN – Banco Central do Brasil
CGU – Controladoria Geral da União
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CVM – Comissão de Valores Monetários
DAG – Direito Administrativo Global
EU – *European Union*
EUA – Estados Unidos da América
F.A.T.C.A. – *Foreign Account Tax Compliance Act*
FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos
FFI – *Foreign Financial Institution*
FGV – Fundação Getúlio Vargas
HIRE ACT - *Hiring Incentives to Restore ou Employment Act*
IF – Instituição Financeira
IRS - *Internal Revenue Service*
LC – Lei Complementar
MJ – Ministério da Justiça
MPF – Ministério Público Federal
MRE – Ministério das Relações Exteriores
NPFFI – *Non Participating Foreign Financial Institution*
OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PFFI – *Participating Foreign Financial Institution*
RE – Recurso Extraordinário
RFB – Receita Federal do Brasil
RISTF – Regimento Interno do STF
STF – Supremo Tribunal Federal

SUSEP - Superintendência de Seguros Privados

UE – União Europeia

UniCEUB – Centro Universitário de Brasília

US – *United States*

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. CENÁRIO NACIONAL: O PANORAMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL.....	25
1.1 A POSIÇÃO DO BRASIL NA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO: ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA	30
1.1.1 Conformação do Sigilo Bancário enquanto Sigilo Profissional	33
1.1.2 Sigilo Bancário enquanto direito legal autônomo e as exceções de acesso às informações financeiras pelo Fisco	37
1.2 O TRATAMENTO LEGISLATIVO DO SIGILO BANCÁRIO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001	39
1.2.1 Hipóteses de exceções à regra do sigilo na Lei Complementar nº 105/2001: Poderes-Deveres Fiscalizatórios e Investigatórios	43
1.3 O SIGILO BANCÁRIO COMO EXTENSÃO DA GARANTIA DE PROTEÇÃO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA	52
1.3.1 Análise de decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à inoponibilidade da regra de sigilo bancário ao Fisco e possíveis mutações e impactos quanto à incorporação do FATCA	54
1.4 AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO PELA REGRA DE CONSENTIMENTO: A ANÁLISE DO DECRETO Nº 8.303, DE 04/09/2014	65
2 PANORAMA INTERNACIONAL: O FATCA COMO ARRANJO LEGISLATIVO PÓS-CRISE ECONÔMICA E COMO O MODELO REGULATÓRIO DE TROCAS DE INFORMAÇÕES PARA FINS FISCAIS	68
2.1 A CRISE COMO MOTE PARA NOVO ARRANJO DA LÓGICA LEGISLATIVA NA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS	70
2.2 O ESTADO NORTE-AMERICANO E SUA REDE DE INFLUÊNCIAS JURÍDICAS NOS DEMAIS ESTADOS	74
2.3 A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE QUESTÕES DA INCORPORAÇÃO DO FATCA: DELINEAMENTO DAS OBRIGAÇÕES E ENFORCEMENT	82
2.4 FATCA: PREMISSAS PARA COMPREENSÃO E ELEMENTOS NORMATIVOS	83
2.4.1 Sujeitos ativos da norma – entidades intermediárias informantes.....	84
2.4.2 Sujeitos passivos - <i>US Person</i> – Pessoas Norte-Americanas	88
2.4.3 Objeto de reporte e retenção	90
2.4.4 Conceito de <i>Due Diligence</i> e aplicação no F.A.T.C.A.....	91
2.5 OS DEMAIS MODELOS DE TROCAS DE INFORMAÇÕES	93
2.5.1 Modelo de Tratado da O.C.D.E.....	94
2.5.2 O afastamento da anuência de qualquer autoridade para envio das informações: ponto em comum com o FATCA	99
2.5.3 Modelo de Tratado da União Europeia: sem ressalvas quanto ao sigilo bancário	
100	
3 INTERRELAÇÃO ENTRE OS CENÁRIOS NACIONAL E INTERNACIONAL: ANÁLISE DOS PAPÉIS DOS ATORES NACIONAIS E INTERNACIONAIS NO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO FATCA E A MUTAÇÃO DO CONCEITO DE SIGILO BANCÁRIO	103

3.1	ABORDAGEM CLÁSSICA DO DIREITO INTERNACIONAL NOS PROCEDIMENTOS DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS	104
3.1.1	Observância da regularidade formal dos procedimentos de internalização do Acordo de Cooperação e Acordo Intergovernamental em matéria tributária: passos para incorporação do FATCA no Brasil.....	106
3.2	ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DO DIREITO INTERNACIONAL: ARTICULAÇÃO DE SISTEMAS E SUBSISTEMAS REGULATÓRIOS INFORMAIS NAS JUSTIFICATIVAS DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS E A INFLUÊNCIA DE FONTES INFORMAIS NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO BANCÁRIO.....	113
	CONCLUSÃO.....	119
	REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Contexto de Análise e Justificativa Teórica sobre a Importância do Tema

“The era of banking secrecy is over”¹

A declaração dos membros do G-20² exarada no contexto de pós-crise econômica que foi caracterizada - dentre outros fatores – pela evasão fiscal e quebra de confiança no sistema financeiro, na forma como dita, parece incontestável em qualquer contexto e para qualquer cidadão-correntista do mundo. Mas será mesmo que o direito ao sigilo bancário está fadado a desaparecer, ainda que enquadrado - em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, - como um direito de estatura constitucional vinculado aos direitos humanos de privacidade e intimidade?

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

¹ “A era do sigilo bancário acabou”. GROUP OF TWENTY. *Leader’s Statement. London Summit. G-20 Action Plan for Recovery and Reform. Declaration On Strengthening The Financial System. Declaration On Delivering Resources Through The International Financial Institutions. 2nd April 2009.* Declaração dos Líderes. Cúpula de Londres. Plano de Ação para Recuperação e Reforma. Declaração sobre o Fortalecimento do Sistema Financeiro. Declaração sobre Encaminhamento de Informações através das instituições financeiras internacionais. 2 Abril 2009. O documento expressa a necessidade de fortalecer a higidez do sistema financeiro global, dando ênfase às questões relacionadas à transparência - o que desincentivaria a assunção excessiva de riscos pelo sistema financeiro - e propõe medidas para as jurisdições não cooperantes, como os paraísos fiscais, *in verbis* “(...) 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.” Disponível em: <https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/London_Declaration_0.pdf>. Acesso em: 03 dez 2013.

² O Grupo dos Vinte (G-20) reúne, desde 1999, os Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais das 19 maiores economias do mundo - incluindo o Brasil - e da União Européia (representada pelo Conselho e Banco Central Europeu). Trata-se de um fórum internacional informal visando o diálogo entre países desenvolvidos e em desenvolvimento acerca de temas que envolvem estabilidade econômica global. Como não ostentam a natureza jurídica de organização internacional e seus membros não são eleitos – a exemplo do que ocorre no caso do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas – ONU - as decisões não são formalmente impostas. A despeito disso, há um inevitável fator de pressão entre os membros para cumprimento de decisões coordenadas. O grupo é expressivo, representando 85% da economia mundial e tem apresentado uma pauta cada vez mais aberta de discussão, para além da agenda puramente econômica, tocando em assuntos afins como desenvolvimento sustentável, energia renovável etc. GROUP OF TWENTY. *About G-20. G-20 Priorities.* Disponível em: <<https://www.g20.org/>> Acesso em: 03 dez 13.

Pode-se apontar como uma dessas iniciativas legislativas o conjunto de normas norte-americanas publicadas em 18/03/2010 com efeitos extraterritoriais denominado *Foreign Account Tax Compliance Act- F.A.T.C.A.*³. A legislação referida altera o Código Tributário dos Estados Unidos da América - E.U.A. (*Internal Revenue Code*)⁴ e surge como fruto da preocupação pós-crise com a transparência e higidez do sistema financeiro. Apresenta também a clara intenção de recuperar a economia norte-americana, arrasada com a *crise dos subprimes*, incrementando a arrecadação de tributos por parte de cidadãos residentes fora daquele território estatal⁵.

Dentre tantos pontos polêmicos⁶, destaca-se que a legislação estrangeira de efeitos extraterritoriais impõe às Instituições Financeiras Estrangeiras e assemelhadas⁷ o encaminhamento de informações pessoais e financeiras de cidadãos norte-americanos à Receita daquele país (*Internal Revenue Service – IRS*), o que, em tese, poderia colidir frontalmente com restrições constitucionais, legais e jurisprudenciais de países que considerem o sigilo das operações bancárias em seu ordenamento jurídico doméstico, como é o caso do Brasil⁸.

³ Não há uma tradução “confortável” para o acrônimo. O termo *compliance*, além de designar conformidade, implica em um contexto de cooperação e aderência regulatória. Poder-se-ia dizer, que seria uma norma para estabelecer a conformidade regulatória de contas bancárias estrangeiras.

⁴ A legislação inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondente ao Capítulo IV) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986. Informações disponibilizadas nos sites oficiais: US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 111th Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez 2013.

⁵ A raiz do F.A.T.C.A. é o *Hiring Incentives to Restore Employment Act - Hire Act* de 2010, um pacote de incentivos fiscais para empresas, bem como o estabelecimento de novas fontes de arrecadação fiscal, dentre elas o alcance de rendimentos de cidadãos situados fora do país. No entanto, se afirma que os antecedentes do FATCA são: i) em 2008, a instalação de uma CPI do Senado norte-americano para descobrir como clientes de instituições financeiras estrangeiras conseguiam manter contas fora dos Estados Unidos da América sem sonegar impostos estadunidenses e ii) em 2009, a imposição de multa no valor de US\$ 780 milhões (setecentos e oitenta milhões de dólares americanos) ao banco suíço *Union des Banques Suisses AG - UBS* que culminou um acordo fixado para que a instituição financeira cooperasse com as autoridades fiscais daquele país. Informações extraídas do evento: INFI/FEBRABAN. *Summit F.A.T.C.A.*. Novembro de 2014, São Paulo/SP. Disponível em: <www.infi.com.br/LOADSINFI/Summit_FATCA_IGA_28.11.14>. Acesso em: 08 jan 2015.

⁶ Vale descrever que outro ponto polêmico é que a implementação da norma implica custos operacionais que envolvem: diligências e adaptação de normas de *compliance* interna; atualização de *softwares* para alterar e rever cadastro de clientes, como por exemplo procedimentos relativos ao módulo “conheça seu cliente” (já existente para a base de clientes objeto de reporte para fins de lavagem de dinheiro); revisão de contratos; ajuste de produtos e dados das contas; criação de módulos de informes de rendimentos especial, bem como módulo de cálculo de tributos para os E.U.A. Tais custos serão suportados por instituições financeiras ao redor do mundo, mas deveriam recair sob a responsabilidade do órgão de arrecadação dos E.U.A. originalmente, cuja competência tributária se afirma.

⁷ O capítulo II, mais especificamente o subitem 2.4.1.1, descreve com detalhes os intermediadores das informações.

⁸ É o caso da Alemanha. Ainda há outros Estados que caracterizam o sigilo de dados como extensão da garantia de privacidade/intimidade, positivamente reconhecida nas Constituições Nacionais, bem como na Declaração

As informações requeridas referem-se a dados pessoais e também financeiros de cidadãos norte-americanos como: nome, endereço, número de identificação fiscal, número, saldo e movimentação de contas bancárias detidas por ⁹ : i) Pessoas Físicas (*US Individual/Person*) cujo valor da conta bancária exceda U\$50.000,00 (cinquenta mil dólares) ou ii) Pessoas Jurídicas (*US Entities*) cujo saldo em conta bancária ultrapasse o valor de U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares).¹⁰

Destaca-se que o procedimento de reporte ocorrerá de forma eletrônica e automática, sem quaisquer autorizações judiciais, administrativas ou instauração de qualquer processo fiscal. Portanto, em comparação com modelos de intercâmbio de informações para fins fiscais, acordos de cooperação ou assistência jurídica internacional firmados entre países, esta moldura jurídica significa um passo ousado, posicionando-se muito além da mera troca de informações a pedido, as quais obedecem a um trâmite procedimental que respeita a operacionalização de dados mediada pela jurisdição; ou seja, pela prévia autorização judicial ou administrativa em ambos os países.

Assim, a incorporação desta legislação não se confunde com o já vigente modelo de cooperação para fins tributários. Em verdade, significa um real desafio para conformação jurídica da proteção ao sigilo bancário na legislação nacional dos países envolvidos, principalmente quando a lei ou a jurisprudência condicionem o acesso das informações bancárias pelo Fisco à algumas circunstâncias procedimentais, como a instauração de processo fiscal ou autorização judicial específica, também como é o caso do Brasil.

Na forma como posta a questão, caso optasse por não aderir ao F.A.T.C.A., a instituição financeira ou assemelhada não-cooperante sofreria, a partir de 2014, retenções na

Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos/OEA, de 1969, prevê a possibilidade de quebra, respeitada a legislação interna de cada país quanto ao sigilo bancário.

⁹ Na condição de participantes ou aderentes, as instituições financeiras estrangeiras assumirão obrigações de *Due Diligence* (ou diligência devida, em tradução livre) para identificar em sua base de clientes pessoas titulares de contas financeiras que sejam qualificadas como *US Person*, que, em geral serão indivíduos com nacionalidade norte-americana, nascidos nos E.U.A. ou com país norte-americanos, pessoas com visto de permanência nos E.U.A. (*Green Card*). Quando tais pessoas detiverem mais de 10% de participação direta ou indireta no capital ou lucro de empresas brasileiras (estrangeiras fora dos EUA), também serão consideradas *US Person* na modalidade pessoa jurídica independentemente de serem constituídas ou residentes fiscais no Brasil.

¹⁰ Para conferir os parâmetros gerais da norma: US. INTERNAL REVENUE SERVICE. *Summary of Key FATCA Provisions*. Disponível em: < <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Summary-of-Key-FATCA-Provisions>> Acesso em: 17 ago 2014. No Acordo Intergovernamental firmado em 23/09/2014, estes parâmetros valorativos mantiveram-se, conforme item II, A, 1,2,3, e 4 e B do Anexo I do Acordo Intergovernamental entre EUA e Brasil firmado em 23/09/2014. Para conferir o referido instrumento na língua inglesa: US. US DEPARTMENT OF TREASURY. *Tax Policy. Treaties. FATCA Archive. Jurisdictions that have signed agreements*. Disponível em: < <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 04 nov 2014.

fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos E.U.A.; a partir de 2015, retenções de 30% sobre o valor principal da venda de participações societárias e renda fixa de fonte dos E.U.A. e a partir de 2017, concomitante às demais, retenções de 0,01% a 30% do valor dos juros e do principal de aplicações financeiras efetuadas em outras instituições financeiras brasileiras ou não, participantes do F.A.T.C.A., quer as aplicações tenham ou não direta relação com os E.U.A.¹¹.

Portanto, o custo de não adesão é bastante alto – senão impraticável - já que a instituição financeira que não participar do F.A.T.C.A., além de sofrer retenções na fonte de seus investimentos, poderá apresentar condições mais desfavoráveis para competir no mercado internacional, sofrendo restrições no mercado ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do F.A.T.C.A. Em poucas palavras, a recusa das instituições financeiras, é possível em teoria, mas não na prática, já que as instituições que não cooperarem, aderindo à lei, poderão ser excluídas do sistema financeiro internacional.

Impelidas à participação no cenário global, a aderência ao F.A.T.C.A. pelas instituições financeiras brasileiras soa imperiosa, até mesmo em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional jurisprudencial ao sigilo bancário. E, nos termos da norma estrangeira, uma vez aderindo, tais entes não estariam sujeitos às retenções/sanções mencionadas, apresentando as mesmas circunstâncias operacionais para competir no mercado. Ocorre que, para adesão com segurança jurídica, as instituições financeiras precisariam de uma moldura que lhes oferecessem o mínimo de proteção sem que se exponham indevidamente às possibilidades de questionamentos judiciais em seus países de estabelecimento e/ou não prejudiquem o relacionamento com seus clientes.

Sabe-se que a jurisdição norte-americana circunscreve-se ao próprio território - ao contrário do que o apregoado por doutrinadores norte-americanos¹² que ampliam aquela abrangência fiscal para onde houver contribuintes daquele Estado, aplicando-se de forma irrestrita o princípio da universalidade – motivo pelo qual a adesão à legislação torna-se

¹¹ Isso ocorre porque, na economia globalizada, os papéis ligados ao mercado financeiro encontram-se inevitavelmente entrelaçados, de modo que, em algum ponto da cadeia de movimentação bancária ou interbancária, o agente financeiro não aderente poderá prejudicar-se no relacionamento com os demais, evitando a manutenção de negócios recíprocos, já que os custos de transacionar com um não aderente acabará por impactar no aderente que se relaciona com ele, restando, pois, este último isolado no mercado. Para conferir os parâmetros gerais de retenção de tributos: US. INTERNAL REVENUE SERVICE. *Notice 2014-33. Further Guidance on the Implementation of FATCA and Related Withholding Provisions*. Disponível em: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-33.pdf>> Acesso em: 03 dez 2014.

¹² MORSE, Susan C. Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting. Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1999101>>. Acesso em: 20 Jan. 2014.

facultativa via formalização e internalização de um ajuste internacional entre as partes envolvidas¹³.

Buscando maior aderência, a Receita Norte-Americana (*Internal Revenue Service - IRS*) disponibilizou dois modelos de Acordo Intergovernamental (*Intergovernmental Agreement - IGA*) para participação. Ambos permitem intercâmbio de informações numa base de reciprocidade ou não-reciprocidade e poderão estar ou não fixados sob as regras de um prévio Acordo ‘Guarda-Chuva’, seja visando intercâmbio de informações relativas a tributos (*Tax Information Exchange Agreement - TIEA*) ou evitando a hipótese de dupla tributação (*Double Taxation Convention - DTC*).

A forma de envio das informações, entretanto, é diferente. No primeiro caso (Modelo I), o encaminhamento dar-se-á entre as Receitas dos países respectivos e, no segundo caso (Modelo II), dar-se-á diretamente entre instituição financeira e Receita Federal Norte-Americana (IRS). A maioria dos países aderiu pela reciprocidade; assinatura de um prévio Acordo ‘Guarda-Chuva’ para Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos e o envio intermediado entre órgãos fazendários e não diretamente entre instituição financeira e Receita Norte-Americana, preferindo uma abordagem intergovernamental.

A exceção, pela escolha do Modelo II, com intermediação diretamente bancária, ocorreu em alguns países, a exemplo da Áustria, Bermuda, Chile, Japão e Suíça¹⁴. Em solo nacional, prevaleceu a negociação do Modelo I e a moldura jurídica foi construída a partir de dois instrumentos: i) ‘Acordo para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos’ (*Tax Information Exchange Agreement - TIEA*), firmado em 20/03/2007, promulgado pelo Decreto nº 8.003, de 15/05/2013¹⁵ e ii) ‘Acordo de Cooperação Intergovernamental para a troca automática de informações tributárias’ (*Agreement to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA - IGA*).¹⁶

¹³ O Acordo pode apresentar como pólos da tratativa: órgãos fazendários de ambos os lados ou instituições financeiras estrangeiras e órgão fazendário norte-americano. Estão disponíveis dois modelos para adesão, conforme exista ou não tratado ou acordo internacional prevendo troca de informações para fins fiscais entre os países e considerando ou não as hipóteses de reciprocidade de obrigações para ambos os casos.

¹⁴ US. US DEPARTMENT OF TREASURY. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. *Tax Policy. Treaties. FATCA Archive. Jurisdictions that have signed agreements*. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 04 nov 2014.

¹⁵ 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 Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 Jan 2015.

¹⁶ O *Agreement to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA - IGA* está tramitando entre Ministério das Relações Exteriores e Casa Civil da Presidência da República. A primeira das versões em português foi disponibilizada para conhecimento das instituições financeiras, porém de forma sigilosa. Recentemente, entretanto, o Ministério das Relações Exteriores disponibilizou a versão em língua portuguesa

No processo de incorporação da legislação F.A.T.C.A. ao ordenamento jurídico brasileiro, várias questões se apresentam: i) natureza jurídica do instrumento que internaliza as normas e sua validade e eficácia, bem como seu *status* na legislação brasileira; ii) constitucionalidade formal e material das normas diante da interpretação da Corte Constitucional Brasileira (Supremo Tribunal Federal - STF) sobre a proteção ao sigilo bancário; iii) alteração no sentido e alcance interpretativo da proteção ao sigilo bancário em todo o mundo e seu reflexo no Brasil.

Diante de algumas dessas questões, observa-se uma contradição entre dois contextos: o primeiro que trata da lenta e burocrática lógica de incorporação de normas jurídicas - com processos de questionamento acerca do recebimento da legislação em território pátrio - e o segundo referente a um processo de interação rápida e dinâmica da globalização econômica, que cria um constante e intenso movimento de interferências recíprocas entre as racionalidades jurídicas nacionais e internacionais, permitindo-se observar certa padronização nos ordenamentos jurídicos, fruto da internacionalização do Direito e da necessidade de criar respostas semelhantes ou harmônicas em todo o mundo para problemas globais.

Como justificativa teórica, fica claro que a futura incorporação da norma implica na alteração interpretativa do direito ao sigilo bancário a médio e longo prazo. A questão que se coloca é como os atores nacionais envolvidos irão lidar com a realidade dinâmica e globalizada do tema. Uma primeira perspectiva é a abordagem da Teoria Clássica do Direito Internacional, que culminaria ou na não ratificação do instrumento enquanto tratado e, caso ratificado, na posterior declaração de sua inconstitucionalidade. Ou, em outra perspectiva, mais contemporânea, a incorporação seria inevitável, considerando a justificativa de uma necessidade de padronização para problemas globais, bem como a adesão a uma política externa cooperativa para o tema.

De forma geral, observando-a retrospectivamente, identificam-se três fases históricas da obrigação de manutenção do sigilo bancário enquanto instituto jurídico¹⁷, cuja origem

no, que pode ser conferido na seguinte referência: BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Sistema Atos Internacionais*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2014-3/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-dos-estados-unidos-da-america-para-melhoria-da-observancia-tributaria-internacional-e-implementacao-do-fatca-1>> . Acesso em: 19 jan 2015. Como o Brasil já é signatário do Acordo para Intercâmbio de Informações Tributárias firmado em março de 2007 e promulgado pelo Decreto nº 8.003, de 15/05/13, debate-se - ainda em caráter informal entre os envolvidos - que este segundo Acordo seria mera complementação do primeiro, ampliando as disposições para atender aos requisitos do F.A.T.C.A, sugerindo a hipótese de Acordo Executivo (*Executive Agreement*), o que implicaria na desnecessidade de ratificação interna do documento, bastando para tanto - como é o caso - que o primeiro estivesse devidamente internalizado no território nacional.

¹⁷Para conferir o desenvolvimento histórico do instituto: COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

remete às primeiras trocas comerciais e pode ser descrita como uma combinação de práticas profissionais e consuetudinárias, transformando-se em direito positivo somente séculos mais tarde. Esta primeira fase guarda reminiscências de sacralidade, já que o registro de valores permaneciam em templos, guardados por autoridades religiosas.

O segundo momento histórico está relacionado com o movimento dos direitos humanos, que reconheceu este direito em documentos internacionais, e incluiu-os âmbito constitucional, somente flexibilizado nos casos em que colidam com outros valores igualmente amparados pela Constituição. A solução para o impasse seria obtida através da formulação de um juízo de concordância prática a ser estabelecido por uma avaliação adequada, em particular, de modo a identificar a "razão de prevalência específica" entre eles.

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

A contradição inerente aos dois últimos momentos relatados acima dá a tônica deste trabalho, que objetiva investigar este período de transição, um cenário que pode ser descrito como um *blend* de ambos no Brasil, identificado em dois cenários: nacional e internacional. O primeiro observado pelo impacto da incorporação da legislação norte-americana em solo nacional, fruto de um movimento de política externa. O segundo, que merece também um olhar cuidadoso é o tratamento jurisprudencial dado ao sigilo bancário no âmbito jurídico interno, o qual também vem sendo modificado por ponderação de valores justapostos relacionados ao arranjo de Poderes da República.

Portanto, o impacto desta discussão internacional alcança também interesses institucionais e desvela problemáticas e pontos de veto em relação ao instrumento internacional. A abertura do sigilo bancário sem necessidade de requisição judicial ou procedimento fiscal sempre foi desejada pela Receita Federal do Brasil, que já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária em alguns casos¹⁸.

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

¹⁸ A Receita Federal do Brasil já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária: i) iniciado pelo Ministério Público Federal (existência ou indícios consistentes de crime fiscal); ii) no curso de despacho ou revisão aduaneiros; iii) em vigilância e repressão ao contrabando e descaminho, realizado em operação ostensiva ou iv) relativo ao tratamento automático das declarações de IR (malhas finas).

Quanto ao Ministério Público - embora não seja este o foco deste trabalho - já obteve autorização legislativa¹⁹ para acessar, independentemente de autorização judicial, dados cadastrais de investigados, mais especificamente qualificação pessoal, filiação e endereço mantidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, mas o conteúdo das movimentações financeiras ainda lhe é oponente, conforme leitura jurisprudencial.

Portanto, soma-se aos planos formal e informal do cenário internacional a discussão nacional do tema, estando o sigilo bancário rodeado de pressões por todos os lados, o que inevitavelmente altera sua concepção constitucional, no sentido de proteção à vida privada/intimidade e também infraconstitucional, quanto à (des) necessidade de formalização de procedimento fiscal.

Formulação do Problema e Delimitação das Hipóteses

Muitas perguntas emergem desta contextualização:

- a) Partindo-se do pressuposto que os E.U.A. não possuem jurisdição para fins fiscais em contas bancárias localizadas em territórios estrangeiros, poderiam impor obrigações – com repercussões e custos operacionais e jurídicos - para autoridades não nacionais, a exemplo de Instituições Financeiras Estrangeiras?;
- b) A formalização de um Acordo Intergovernamental pode representar a conformidade jurídica interna? Qual seria o *status* jurídico de tal instrumento? Acordo de Cooperação, Acordo Executivo ou Tratado?
- c) Caso positivo, o instrumento legislativo legitimaria a quebra em detrimento da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ainda vincula a quebra a uma autorização expressa do Poder Judiciário?
- d) Partindo-se do delineamento do conceito de sigilo, minimizado face às demandas mundiais, será que haveria uma hipótese de mutação constitucional da norma de sigilo bancário diante desse cenário?

¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.850, 02.08.2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 nov 2014. O artigo Art. 3º determina que: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica”. Quanto ao sigilo de dados, ele inexistente, uma vez que nos termos do Art. 15: “O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”

Algumas das perguntas serão só o pontapé inicial para a consideração da problemática principal, que se manifesta na tensão entre o reconhecimento nacional - constitucional e infraconstitucional - do direito de sigilo bancário para fins fiscais, que, na jurisprudência aponta para a formalização de procedimento fiscal ou interveniência do Poder Judiciário, e a necessidade mundial de flexibilizar tal direito automaticamente – mediante requisição de governo estrangeiro, como um *standard* global.

Postas as premissas fáticas e conceituais, cumpre destacar o escopo da pesquisa, que apresenta o objetivo de comprovar a interrelação entre o cenário jurídico internacional e o ordenamento jurídico doméstico, bem como as implicações decorrentes dessa sinergia ou confronto.

Considerando a lógica nacional e internacional, duas hipóteses serão apresentadas. A primeira é que a incorporação legislativa do F.A.T.C.A. por intermédio de Acordo Intergovernamental, seguindo as normas constitucionais e abarcado em uma estrutura legal já existente – o Acordo de Cooperação para Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos – pode até flexibilizar a observância de sigilo bancário no Brasil, mas haverá pontos de vetos jurídicos e tensão inevitáveis que certamente culminarão na alteração das concepções doutrinárias ou jurisprudenciais do tema.

Isso porque a interpretação jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal - STF que não é pacífica ou dominante, mas é a última manifestação do órgão neste sentido - vincula a quebra, para fins fiscais, à necessária interveniência do Poder Judiciário, órgão legitimado para efetuar a ponderação dos valores na flexibilização de direitos fundamentais²⁰. A interpretação sob o ponto de vista do direito infraconstitucional²¹ também não é diferente. Os dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da LC 105/2001²², mediante

²⁰ BRASIL. STF. RE nº 461.366/DF. *Recurso Extraordinário*. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento: 03 ago 2007. Publicação DJe 04 out 2007. RT v. 97, n. 868, 2008, p. 152-161. Ocorre que a decisão foi apertada: dos 9 (nove) ministros presentes, a maioria foi de 05 (cinco) versus 04 (quatro) votos. O Ministro Relator concluiu que “a atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

²¹ A este respeito, pode-se citar os seguintes precedentes: HC 237.057-RJ, Sexta Turma, DJe 27/2/2013; REsp 1.201.442-RJ, Sexta Turma, DJe 22/8/2013; AgRg no REsp 1.402.649-BA, Sexta Turma, DJe 18/11/2013. RHC 41.532-PR, dentre outros.

²² BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. *Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2014. 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.”

requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de créditos tributários, também não estão legitimados.

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

A outra hipótese, no campo da prognose das reações dos atores, é que a flexibilização do sigilo bancário ocorrerá como mero reflexo da interdependência entre o Direito Internacional e o Direito Nacional, comprovando-se que os campos operam racionalidades distintas que não dialogam muitas vezes de forma adequada entre si. Constata-se que o conceito de soberania nacional está minimizado em face da *praxis* internacional que modifica a realidade de maneira dinâmica, célere e informal. É certamente um movimento que contrasta com a abordagem clássica dos processos de ratificação externa e interna de tratados, de maneira burocrática, lenta e com extermo rigor formal.

Por fim, reconhecendo-se uma padronização do Direito em todo o mundo, bem como sua internacionalização do Direito, analisar-se-á a possibilidade de se pensar em hipótese de mutação constitucional do conceito de sigilo ocasionada por fontes internacionais formais e informais, a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como consequência dos impactos de recepção da tese de incorporação da legislação sob dois aspectos: i) convergência da posição brasileira na política externa e ii) consequência da alteração do conceitual do sigilo bancário no âmbito interno, acompanhado pela doutrina e legislação.

Estratégia de abordagem e Objetivos de Pesquisa

O primeiro capítulo propõe-se à conceituação do sigilo bancário e seu desenvolvimento diante da análise dos fundamentos jurídicos existentes ao longo da interpretação da legislação brasileira, bem como a identificação deles no processo decisório jurisprudencial. Como o sigilo bancário encontra enquadramento infraconstitucional e constitucional, escolheu-se analisar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pois, respectivamente, são responsáveis, em última instância, pela conformação hermenêutica do instituto.

Ao final do capítulo, esta análise será importante para concluir pela coerência ou incoerência dos argumentos jurisprudenciais, destinados a conformar o sentido interpretativo do sigilo bancário no Brasil, mais especificamente as hipóteses de quebra por autoridades fiscais. Novas alterações legislativas, contendo normas para conformar os requisitos do FATCA, serão citadas para comprovar que há uma pressão interna para modificação do sigilo bancário.

O segundo capítulo aborda os parâmetros globais, referindo-se a modelos que acenam para uma padronização e internacionalização do direito, mais freqüente em uma comunidade internacional pós-moderna, globalizada e que vive uma situação de pós-crise. Este contexto remodela sistemas jurídicos, de modo a torná-los mais eficientes e fomenta a criação de redes de cooperação e núcleos de influência. O F.A.T.C.A. está inserido em um histórico poder de regulamentação de atividades econômicas pelos E.U.A. Esta perspectiva, ligada à Análise Econômica do Direito – A.E.D., que foi uma das premissas inspiradoras do F.A.T.C.A., aumenta seu *enforcement*.

Após, mapear-se-á os modelos internacionais de trocas de informações para fins tributários, subdividido em seções e subseções para descrever as partes essenciais da obrigação (sujeitos ativos, passivos, objeto e procedimentos). Após, será descrito o histórico de cooperação em matéria tributária no âmbito da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico – O.C.D.E. e União Europeia – U.E.

No último capítulo será conduzida uma rediscussão da relação e das influências entre Direito Internacional e Direito Nacional. Destacar-se-á o influxo entre as estruturas jurídicas e a interdependência da legislação doméstica ao plano internacional. Sob o ponto de vista formal dos procedimentos de ratificação de tratados, várias questões impõem-se, antevendo-se algumas das discussões a serem travadas pelos sujeitos e atores envolvidos no curso da incorporação legislativa.

Discutir-se-á os pontos de tensão entre a proposta do tratado e os requisitos exigíveis no ordenamento jurídico para sua completa internalização jurídica. Uma das possibilidades é o condicionamento da incorporação a alguns critérios para dar validade à legislação de acordo com as práticas e orientações do sistema jurídico doméstico. Acena-se, também, pela possibilidade da alteração nos parâmetros jurisprudenciais, pelo entendimento de uma espécie de mutação constitucional por intermédio de práticas internacionais. De forma mais ampla procura-se demonstrar a reinterpretação do Direito Nacional a partir do Direito Internacional, remodelando o tratamento de direitos, ainda que considerados direitos fundamentais.

Os objetivos específicos estão relacionados aos capítulos e referem-se: i) analisar os modelos jurídicos existentes e adotados de forma global para fins de intercâmbio de informações para fins fiscais, identificando-se procedimentos pontuais; ii) reconhecer o F.A.T.C.A. como novo arranjo legislativo pós-crise econômica; iii) compreender os procedimentos de incorporação do F.A.T.C.A. no Brasil e apontar tensões em sua implementação, diante do conceito de sigilo bancário, no plano doutrinário e jurisprudencial; iv) justificar o interrelacionamento entre as esferas nacional e internacional na flexibilização de direitos fundamentais constitucionais; v) propor mutação constitucional da proteção do sigilo bancário como uma categoria informal de alteração da norma.

1 CENÁRIO NACIONAL: O PANORAMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL.

“Contra o bem comum não é lícito guardar nenhum segredo”.
São Tomás de Aquino, Suma Teológica.

Recentemente, em 23/09/2014, o Brasil e os Estados Unidos da América - E.U.A. assinaram um Acordo Intergovernamental (*Intergovernmental Agreement - IGA*) para implementar as disposições do conjunto de leis norte-americanas denominado F.A.T.C.A., visando adequar o cumprimento de regras relacionadas ao que seria denominado regime tributário internacional²³. A assinatura sinaliza a manifestação do primeiro consentimento do Estado Brasileiro em se obrigar pelas disposições ali previstas, bem como o esforço em incorporar o ajuste em território nacional. Apesar disso, as obrigações somente serão exigíveis no ordenamento jurídico brasileiro após sua incorporação definitiva mediante o cumprimento de procedimentos de ratificação interna para sua vigência plena.

Portanto, somente após a efetiva incorporação da legislação no ordenamento jurídico brasileiro é que será possível vislumbrar as reações, tensões e efeitos de seus impactos diante da compreensão nacional sobre o direito ao sigilo bancário. Nesse sentido, vale conferir a o corpo de considerandos para iniciar o processo de interpretação da norma a ser implementada

²³ U.S. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. *Tax Policy. Treaties. FATCA Archive. Jurisdictions that have signed agreements.* Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Brazil-9-23-2014.pdf>>. Acesso em: 04 nov 2014.

e prever possíveis fatores de confronto com a concepção brasileira que se tem sobre o instituto do sigilo bancário²⁴.

É neste contexto que o conjunto de considerados é útil para identificar “os cenários em que tem lugar e o esclarecer o sentido do tratado, quanto à interpretação”²⁵. Destacam-se dois deles: “os signatários reconhecem que o F.A.T.C.A. tem levantado uma série de questões, “incluindo a de que as instituições financeiras brasileiras poderiam não ser capazes de cumprir com certos aspectos da F.A.T.C.A. devido a impedimentos jurídicos internos” e que “a abordagem intergovernamental para implementação FATCA resolveria impedimentos legais e reduziria os encargos para as instituições financeiras brasileiras.”²⁶

Estas afirmações em conjunto demonstram que é possível antever pontos questionáveis em relação ao referido instrumento e algumas problemáticas que serão discutidas por ocasião de sua internalização. Em especial, para fins deste estudo, destaca-se a própria obrigação principal que o instrumento encerra, fulcrada no artigo 1º, qual seja, a troca anual de informações bancárias entre as partes de forma automática. Isto implica em se deparar com problemas relacionados ao reporte sem a indispensável instauração de qualquer procedimento fiscal por ambas as partes, mas também o enfrentamento direto à concepção jurisprudencial do sigilo bancário no país, que vincula a quebra fiscal ao controle da autoridade judiciária.

O Decreto nº 3.724/2001²⁷ regulamenta o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001²⁸ quanto à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, de

²⁴ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Sistema Atos Internacionais*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2014-3/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-dos-estados-unidos-da-america-para-melhoria-da-observancia-tributaria-internacional-e-implementacao-do-fatca-1>> . Acesso em: 19 jan 2015.

²⁵ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 14.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p 120-121.

²⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Sistema Atos Internacionais*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2014-3/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-dos-estados-unidos-da-america-para-melhoria-da-observancia-tributaria-internacional-e-implementacao-do-fatca-1>> . Acesso em: 19 jan 2015.

²⁷ 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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2014. “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 (...) § 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.

informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Conforme suas disposições, a 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 quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Quanto ao primeiro critério, embora o F.A.T.C.A. obrigue a Instituição Financeira Estrangeira a procedimentos de *due diligence*, não se pode dizer que tais atos substituem um procedimento fiscal devidamente instaurado. Relativamente ao segundo, a caracterização acerca da indispensabilidade do exame de informações financeiras decorre do próprio Decreto referido, que apresenta, dentre o rol trazido pelo artigo art.3º:

A remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas e o intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos²⁹.

No Brasil, o instituto do direito ao sigilo bancário foi amplamente discutido após 2001, com a edição da Lei Complementar nº 105/01, expondo-se posicionamentos polêmicos e polarizados acerca de sua constitucionalidade ou não, diante do alargamento das hipóteses legais de exceção. Muitos abordaram o tema posicionando-se a favor ou não de determinado interesse (da Fazenda, do indivíduo, das Instituições Financeiras etc.), construindo teses jurídicas para tal³⁰, visando amparar um ou outro valor de forma extrema, já que o assunto encerra uma multiplicidade de interesses que podem suscitar defesas de temas institucionais: higidez do sistema creditício, regularidade da arrecadação a cargo do Fisco, combate ao crime

²⁸.BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. *Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.

²⁹ 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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2014. Art.3º : “Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: [...] VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.”

³⁰ Conferir: BATISTA, Deocleciano. *Expectativas quanto à posição do Poder Judiciário diante da flexibilização do Sigilo Bancário*. Ciência Jurídica Ad Litteras et Verba. Belo Horizonte, número 102, ano XV, Novembro/Dezembro de 2001 p. 11-31; CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo Bancário e Fisco: liberdade ou igualdade?* Curitiba: Juruá, 2005; DERZI, Misabel. Abreu Machado. *O Sigilo Bancário e Guerra pelo Capital*. Revista de Direito Tributário. nº 81, jul/set 2001, p. 256-275; FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001; ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

organizado, à corrupção e à lavagem de dinheiro, bem como o direito à intimidade, do qual não se pode extrair um conceito unívoco e que vem tendo seu alcance diminuído em detrimento de valores difusos e coletivos.

Não é este o escopo deste estudo, mais amplo, com o objetivo de perscrutar os fundamentos jurídicos que ampararam a proteção deste interesse tão antigo, mas que tem se esvaziado na conjuntura contemporânea, ainda que o direito esteja conformado internamente, em alguns países³¹, em um contexto de rígida garantia constitucional. O constante e recente ‘renascimento’ do instituto, bem como o destaque que o retorna para o centro de discussões não constituem, contudo, um fenômeno brasileiro, apenas. Eles ocorrem em todo o mundo.³²

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

De forma complementar a esta observação do cenário internacional (sob os planos formal e informal de abordagem), impossível ignorar o movimento e pressão internos de determinadas instituições nacionais – como é o caso, para fins deste trabalho, da Fazenda Nacional - para que ocorra uma alteração na concepção jurisprudencial do sigilo bancário enquanto direito fundamental à privacidade/intimidade assegurado na Constituição Federal. Neste sentido, a análise da estrutura jurídica doméstica de proteção ao sigilo bancário a

³¹ A tutela constitucional do sigilo bancário existe, por exemplo, na Alemanha, mas desde a Diretiva nº 77/799 de dezembro de 1977 até mais recentemente a Diretiva nº 2014/48/EU que alterou a Diretiva nº 2003/48/CE de forma a operacionalizar o fim do segredo bancário para fins fiscais, fundamentado na abordagem da “transparência” e estabelecendo a troca de informações financeiras de maneira automática.. para harmonizar a legislação nacional. Embora o fundamento do sigilo seja infraconstitucional, um caso interessante é o caso suíço. De acordo com as tratativas daquele Estado com os EUA, o sigilo bancário deixa de existir quanto aos cidadãos norte-americanos. Disponível em: < <http://www.swissinfo.ch/por/fatca-é-arma-letal-contr-o-sigilo-bancário/35953020>>. Acesso em: 17 dez 2013. Os Bancos Suíços efeturam reformas após a erosão do sigilo bancário. Esta alteração implicou em uma reestruturação de seu sistema bancário. Anuncia-se que, com o duro processo de regulação de ativos ocultos, os bancos suíços terão que se reinventar. Compras se multiplicaram recentemente com a aquisição do J. Safra Sarasin pela filial do banco privado americano Morgan Stanley. Há rumores de que o *Credit Suisse* estaria interessado em comprar o *Julius Baer*. A PWC – Price Water House Coopers estimou que o número de bancos privados na Suíça pode cair em torno de 20% com o tempo. Compara-se a situação atual com a de um relojoeiro suíço nos anos 70 afetado pelo mercado de relógios asiáticos. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/bancos-suicos-tem-reformas-apos-a-erosao-do-sigilo-bancario>>. Acesso em: 10 set 2014. O ex-Presidente do Banco Central Suíço *Philip Hildebrand* afirmou que “a Suíça como paraíso fiscal acabou. A Suíça e seu sistema bancário deverão assumir nos próximos 05 a 10 anos que, quando um cliente estrangeiro abre uma conta em um banco suíço, seu nome e os dados de sua conta sejam automaticamente transmitidos à autoridades fiscais de seu país.” Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/su%C3%AD%CA-paga-conta-do-sigilo-bancário/33392140>>. Acesso em: 10 set 2014.

³² HAGSTRÖN, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 28.

posição de atores políticos como o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário tem inteira importância para a conformação do direito de sigilo bancário.

Este primeiro capítulo objetiva mais do que compreender a conformação jurídica do sigilo bancário no Brasil, de modo a descrever o ‘estado da arte’ do tema no plano nacional. Busca também demonstrar o desenvolvimento do sigilo bancário a partir da análise de fundamentos existentes na legislação brasileira, identificando as hipóteses legais de exceção, com foco nos sujeitos nelas envolvidos (autoridades competentes para a “quebra” e a correspondência entre os valores a que se quer preservar (combate à evasão fiscal, investigação/apuração de crimes como lavagem de dinheiro) em detrimento de sua proteção absoluta.

Após este mapeamento, poder-se-á compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que não é pacífico sobre o tema, mas que, nos últimos precedentes - ao realizar uma interpretação ‘conforme à Constituição’ do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01³³; da Lei nº 10.174/01³⁴ e do Decreto nº 3.724/01³⁵ - revela a necessidade de autorização judicial para a quebra no acesso destinado a fins fiscais.

Diante da constatação, a incorporação de Acordo Internacional com os E.U.A. que indique a obrigatoriedade de encaminhamento de dados bancários de forma automática sem autorização judicial e sem uma necessária ponderação de valores, além de inexistente preliminar procedimento fiscal pode apresentar não só um problema institucional, mas também pontos de veto ou inconstitucionalidade material.

Pode também, acaso o Acordo seja recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro, contribuir para uma alteração nas perspectivas dos argumentos decisórios da Corte Constitucional, que ainda não julgou o Recurso Extraordinário nº 601.314³⁶, cuja repercussão geral foi conhecida ainda em 2009, bem como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI referentes ao tema³⁷, podendo constituir uma fonte de mutação constitucional das hipóteses de exceção ao sigilo, justificadas em um contexto internacional de combate à evasão

³³ Referência já citada na nota de nº 27.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001. *Altera o artigo 11 da Lei nº 9.311, de 24 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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 nov 2014.

³⁵ Referência já citada na nota de nº 28.

³⁶ BRASIL. STF. RE nº 601.314/SP. *Recurso Extraordinário*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 jan 2014. Em 18/11/2014 o Ministério Público Federal o processo foi concluso com parecer da PGR opinando pelo conhecimento parcial do recurso extraordinário ena parte conhecida pelo seu desprovimento.

³⁷ BRASIL. STF. Pode-se mencionar: ADI 2386 (apensa à ADI 2390 e 2386), ADI 2389 (apensa à ADI 2406) e ADI 4010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 nov 2014.

fiscal em que a regra é a flexibilização para fins fiscais e a remessa automática e sem necessária intermediação entre agentes jurisdicionais.

1.1 A POSIÇÃO DO BRASIL NA FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO: ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

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

No Brasil, o direito ao sigilo bancário está conformado, de forma interpretativa pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição. O inciso X protege a vida privada e intimidade, tendo por foco a pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento da pessoa (comunicação de dados)³⁸.

Não há, no entanto, previsão constitucional expressa sobre o próprio sigilo bancário, não se constituindo-se como um direito autônomo na Carta Magna. Trata-se de mera decorrência de interpretação da Corte Constitucional Brasileira. Infraconstitucionalmente, ao contrário, o sigilo bancário apresenta não só proteção específica, mas encontra hipóteses de exceção na Lei Complementar nº 105/2001. Quanto às hipóteses de acesso para fins fiscais, o artigo 6º daquela Lei Complementar foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001 e alterado recentemente pelo Decreto nº 8.303/2014³⁹, este último para se adequar às normas do F.A.T.C.A.

Mas como um direito ancião tem sido conduzido para sua ampla flexibilização, anunciando sua morte? As flexibilizações são tantas que descaracterizam o instituto jurídico?

³⁸ BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil* (1998). Disponível em: < www.planalto.gov.br > . Acesso em: 19 jan 2015. “Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou material decorrente de sua violação [...] XII –é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no ultimo caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

³⁹ BRASIL. Decreto nº 8.303, de 04 de setembro de 2014. *Altera o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o artigo 6º da Lei Complementar nº105 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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 nov 2014.

Os fundamentos que o justificaram deixaram de existir? Ora, para averiguar as raízes do instituto, deve-se fazer uma pequena incursão histórica.

A origem da obrigação de preservar informações decorrentes da relação bancária é controversa e talvez sequer possa ser definida cronologicamente. Tal imprecisão, no entanto, reflete o caráter costumeiro que lhe envolve, remetendo-se ao próprio nascedouro das atividades bancárias que precederam até mesmo o uso regular da moeda.⁴⁰

Diz-se que o dever de segredo surge como condição para o regular exercício da interposição creditícia, sendo, primeiramente, de observação espontânea, caracterizado pela demonstração de solvência e liquidez características das trocas financeiras, bem como da confiança que deve nortear tais relações, geralmente baseadas na discricção das operações⁴¹.

São várias as fases⁴² de desenvolvimento da atividade bancária que se relacionam com a temática do sigilo, podendo-se destacar três⁴³ grandes períodos existentes entre a simples troca imediata de bens, passando pela institucionalização dos bancos e organização da atividade creditícia, até a presente ampliação do crédito, sua conseqüente desmaterialização e interdependência de países na economia mundial contemporânea, em cooperação com múltiplos atores financeiros, para além dos tradicionais banqueiros, como o mercado de capitais.

⁴⁰ ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 14.ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86. Segundo o autor, o mais antigo estabelecimento bancário foi o do Orouk, situado entre o Tigre e o Eufrates, entre 3.400 a 3.200 a.C.

⁴¹ COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 20.

⁴² COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 31 a 37.

⁴³ A primeira fase abrange toda a Antiguidade, na qual o Estado e o Clero ocupavam-se da atividade bancária, abrigo no palácio e no templo o depósito das mercadorias, colheitas e tributos, motivo pelo qual a intermediação do crédito referia-se inicialmente a algo sagrado, oculto, misterioso, principalmente em relação ao Povo Babilônico, Hebreu e Grego, sendo o templo o principal centro religioso e político. Ainda nesta fase se percebe uma alteração na concepção sagrada do sigilo bancário para uma obrigação civil. Em Roma, já se vinculava o segredo profissional à prática bancária, abandonando-se a sacralidade da obrigação e conduzindo ao nascimento de uma obrigação jurídica secular, exigível somente judicialmente e nos casos de litígio entre banqueiro e cliente. A segunda das fases refere-se à institucional, que ocorre na Idade Média, marcada pelo desenvolvimento das práticas econômicas, o progresso do comércio e da indústria e multiplicação dos bancos particulares como manifestação da atividade bancária sob a forma de empresa, destacando-se, por exemplo, a criação do Banco de São Jorge (1147), Banco de São Marco (1171) e Banco de Gênova (1345). Nesta época, o sigilo bancário já está consolidado como uma regra de conduta – reunindo a praxis comercial e o direito consuetudinário - a qual o banqueiro e seus funcionários estariam submetidos a observar como inafastável regra do negócio. A terceira fase, denominada capitalista, ocorre da Renascença à atualidade. Nesta época aparecem os grandes capitalistas banqueiros, com a disseminação dos estabelecimentos de crédito em diversos países, expandindo-se a intenção de lucro, destacando-se o Banco de Amsterdam (1908) e o Banco da Inglaterra (1689). Nesta ocasião, o legislador começa a preocupar-se com a posituação do dever do sigilo, tendo-se como exemplo um decreto promulgado por Luis XIII na França em 1639, ressaltando a importância da discricção para o comércio e para as finanças. COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 31 a 37.

Tais fases históricas relacionam-se à concepção jurídica da obrigação, que originalmente estaria ligada à sacralidade; passa a ser costumeira - como manifestação de uma praxe do comércio-; apresenta também base contratual; positiva-se em normas infraconstitucionais - como direito autônomo ou vinculadas à justificativa do segredo profissional. Por fim, em tempos de movimentos constitucionalistas, encontra assento constitucional de forma expressa ou por interpretação ampla sobre a extensão da proteção à inviolabilidade da vida privada e da intimidade. Para alguns, ainda alcança o *status* de cláusula pétrea⁴⁴ ou garantia convencional em tratados de direitos humanos.

Atualmente, a globalização impacta a questão, sob vários aspectos, podendo-se identificar a existência de um mercado econômico global, cuja veloz e dinâmica integração dos centros financeiros mundiais caracteriza uma situação temporal e histórica que deve ser considerada para fins de configuração da obrigação, sendo perceptível apontar uma outra fase decorrente da economia de transações, na qual se apresentam não só as operações em que instituições financeiras figurem como parte – destacando-se o sistema de pagamentos interligados no mundo todo - mas também - e principalmente - o mercado de capitais em uma rede de complexidade e capilaridade crescente e dinâmica⁴⁵.

Nestas circunstâncias a globalização econômica conflita com o poder local e o flexibiliza diante de valores coletivos no contexto de lutas globais contra a corrupção, evasão fiscal e a lavagem de dinheiro. Os custos sociais da manutenção do Estado-Nação isolado, sem a cooperação dos demais sujeitos internacionais, é grande. Na pergunta categórica de Kurtzman⁴⁶: quando a unidade econômica é o globo, onde se encaixam as pessoas? Para os juristas, ousa-se dizer: onde se encaixa o direito individual das pessoas?

Observa-se, portanto, atualmente, cada vez mais uma miríade de novas justificativas de flexibilizações o que significa um quase desaparecimento do sigilo enquanto direito, tamanha são as ressalvas ao seu formato original. As exceções são tantas que começam a constituir-se em regras.

O Brasil, entretanto, parece ainda estar ocupando um espaço no qual há um *blend* de pelo menos dois momentos históricos acima descritos: um relacionado à proteção constitucional do sigilo bancário, observado pelas análises das decisões do Supremo Tribunal

⁴⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, RT, v. 1, p. 77, 82 e Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 88, 1993.

⁴⁵ KURTZMAN, Joel. *A morte do dinheiro: como a economia eletrônica desestabilizou os mercados mundiais e criou o caos financeiro*. Tradução Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1994, p. 202.

⁴⁶ KURTZMAN, Joel. *A morte do dinheiro: como a economia eletrônica desestabilizou os mercados mundiais e criou o caos financeiro*. Traduzido por Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1994, p. 192.

Federal que o caracterizam como um direito fundamental que só pode ser flexibilizado mediante expressa e prévia autorização do Poder Judiciário e outro tendente a flexibilizar o sigilo bancário para fins fiscais em adesão a uma política externa de cooperação entre os países que seguem modelos e regimes internacionais de trocas de informações bancárias para fins tributários.

Para melhor compreender esta realidade, justificar-se-á os fundamentos jurídicos legais e jurisprudenciais da proteção do sigilo bancário ao longo da história brasileira.

A análise a seguir mapeia o panorama normativo nacional relacionando-as a algumas teorias de justificação do sigilo bancário, de modo a identificar o desenvolvimento do instituto no tempo. Tradicionalmente, as teorias jurídicas são as seguintes⁴⁷: i) uso ou prática comercial ou consuetudinário; ii) contratualista; iii) legalista - segredo profissional ou autônoma; iv) constitucional - direito fundamental.

Ao final, concluir-se-á que, ainda que o sigilo tenha ocupado várias roupagens ao longo dos movimentos históricos, sempre houve exceções ao seu âmbito de proteção.

1.1.1 Conformação do Sigilo Bancário enquanto Sigilo Profissional

No Brasil, a prática comercial e o uso consuetudinário da proteção culminaram com a conformação do sigilo bancário enquanto sigilo profissional. Esta formatação teórica da natureza jurídica do sigilo em alguns países aponta para uma obrigação costumeira até os dias hodiernos⁴⁸, enquanto outros países a positivaram desde as origens de tal fundamentação, como é o caso do Brasil.

Portanto, o primeiro fundamento jurídico positivado da proteção ao sigilo bancário no Brasil foi a conformação do direito como espécie de sigilo profissional⁴⁹. Esta ideia reside na consideração de que o segredo é característica inerente à atividade bancária e o profissionalismo alcança os empregados como confidentes, sendo a discricção uma espécie de

⁴⁷ Os autores repetem as teorias principais, porém, por todos, cita-se BARBEITAS que sistematizou as teorias de forma resumida. Conferir: BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.

⁴⁸ É o caso da França, que nos termos da Lei Bancária prevê o sigilo profissional e sanção pela sua violação. Loi 84-46, de 24 jan 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. HAGSTRÖM, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 35.

⁴⁹ WALD, Arnoldo. *O sigilo bancário no projeto de lei complementar do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70*. Revista de Informação Legislativa, nº 116, out-dez/1992, p.237. Diz-se espécie porque é possível, segundo Arnoldo Wald, “reconher a existência de uma pluralidade de segredos profissionais, com densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e não se limitar ao consagrar interesses privados, mas também interesses sociais e públicos.”

fundo de comércio.⁵⁰ “O banco, mais do que depositário dos bens do cliente, é depositário de seus segredos”.⁵¹ A primeira positivação da obrigação com esta finalidade no Brasil ocorre por intermédio do Código Comercial, em 1850, pelos artigos 17 a 20⁵², combinados aos artigos 119 a 120⁵³, que tutelam a preservação dos livros de escrituração comercial dos Bancos, e possibilitavam a quebra somente mediante autorização judicial. Esta previsão normativa coincide com o início do desenvolvimento bancário no país⁵⁴.

Diante da consagração do princípio de sigilo dos livros comerciais dos estabelecimentos financeiros, pode-se dizer que tal norma ajustava-se também à escrituração de terceiros – comerciantes ou não – confiadas aos bancos, merecendo, portanto, exatamente a mesma tutela. Esta interpretação considera que haveria um condomínio de haveres entre o

⁵⁰ WALD, Arnaldo. *O sigilo bancário no projeto de lei complementar do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70*. Revista de Informação Legislativa, nº 116, out-dez/1992, p.237.

⁵¹ COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 97-133.

⁵² BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial* (Derrogado). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014. “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. Art. 18 - A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em gestão de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra. Art. 19 - Todavia, o juiz ou Tribunal do Comércio, que conhecer de uma causa, poderá, a requerimento da parte, ou mesmo do ex officio, ordenar, na pendência da lide, que os livros, ou de qualquer ou de ambos os litigantes sejam examinados na presença do comerciante a quem pertencerem e debaixo de suas vistas, ou na de pessoa por ele nomeada, para deles se averiguar e extrair o tocante à questão. Se os livros se acharem em diverso distrito, o exame será feito pelo juiz de direito do comércio respectivo, na forma sobredita; com declaração, porém, de que em nenhum caso os referidos livros poderão ser transportados para fora do domicílio do comerciante a quem pertencerem, ainda que ele nisso convenha. Art. 20 - Se algum comerciante recusar apresentar os seus livros quando judicialmente lhe for ordenado, nos casos do artigo nº 18, será compelido à sua apresentação debaixo de prisão, e nos casos do artigo nº. 19 será deferido juramento supletório à outra parte. Se a questão for entre comerciantes, dar-se-á plena fé aos livros do comerciante a favor de quem se ordenar a exibição, se forem apresentados em forma regular (artigo nºs 13 e 14).

⁵³ BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial* (Derrogado). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014. (...) Título IV - Dos Banqueiros 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.

⁵⁴ No setor financeiro brasileiro, destaca-se que os bancos estatais ostentaram um papel protagonista, sendo os primeiros estabelecimentos bancários a se fixar formalmente no Brasil. Ainda sob a égide da Monarquia, o Primeiro Banco do Brasil surgiu diante da vinda da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, com o propósito mais financeiro do que econômico, considerando as necessidades da Coroa. A Caixa Econômica Federal - CAIXA, por sua vez, foi criada em 1861, na Época Imperial sob a regência de D. Pedro para permitir que pequenos comerciantes, negros alforriados e população de baixa renda cultivassem o hábito da poupança e conquistar liberdade econômica. Confira-se: SANTOS, Jailson Moreira dos. *A história da Caixa Econômica Federal do Brasil e o desenvolvimento econômico, social e político brasileiro*. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201111011244400.LivroCAIXA_T_0_167.pdf>. Acesso em: 03 set 2014. BANCO DO BRASIL. *História*. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portallbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

cliente e banqueiro, indevassável por terceiros estranhos à relação⁵⁵, em prol da manutenção de um dever de discrição que perpassava sua característica consuetudinária e identificava a atividade bancária diante da premissa da confiança recíproca.

Nota-se que os preceitos destinam-se, em verdade, a proteger o interesse dos banqueiros e dos comerciantes em geral e só por via indireta alcançavam a intimidade individual dos clientes, como consequência das necessidades naturais da vida em sociedade que exigiam uma determina conduta social dos profissionais que trabalhavam em atividades financeiras.

O Supremo Tribunal Federal acompanhou este enquadramento em voto da lavra do Ministro Nelson Hungria que reconhece como pacífico o reconhecimento de que “os banqueiros são confidentes necessários e como tais obrigados a tudo quanto sabem a respeito dos clientes”. Faz uma ressalva, entretanto: “mas tal obrigação não pode ser invocada quando se trata de prestar esclarecimentos à justiça penal ou civil, salvo por intermédio de testemunho do obrigado a guardá-lo”⁵⁶

Naquele momento histórico, portanto, o Poder Judiciário já entendia que o direito não ostentava *status* absoluto, embora o artigo 17 do Código Comercial “não admitisse a quebra por nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja”.

Outra justificativa legislativa para a teoria do sigilo profissional reside no artigo 144⁵⁷ do Código Civil de 1916, correspondente ao atual artigo 229 do Código Civil vigente, que rezam que ninguém poderá ser obrigado a depor de fatos de cujo respeito, estado ou profissão deva guardar segredo. Em complemento, a esta interpretação, o artigo 154⁵⁸ do Código Penal de 1940 pune a conduta de violação do segredo profissional, o que corrobora a justificativa.

⁵⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 97-133.

⁵⁶ BRASIL. STF. MS nº 2.172/GO. *Mandado de Segurança*. Relator Ministro Nelson Hungria. DJ 05 jan 1954. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82318>>. Acesso em: 17 ago 2014. Este fundamento jurídico foi, por exemplo, adotado na decisão do Ministro Nelson Hungria no julgamento do MS 2.172/GO, no qual destacava: “é pacífico em doutrina e jurisprudência que os banqueiros são confidentes necessários e como tais obrigados a tudo quanto sabem a respeito dos clientes, em virtude da relação contratual que com estes mantém, mas tal obrigação não pode ser invocada quando se trata de prestar esclarecimentos à justiça penal ou civil, salvo por intermédio de testemunho do obrigado a guardá-lo”.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. (Revogado). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 ago. 2014. Segundo o artigo 144: “Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago 2014. Segundo o artigo 229: “Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”.

⁵⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago 2014. Segundo o artigo 229: “Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo.”

As primeiras exceções normativas expressas à regra de preservação da informação bancária destacam-se no Decreto nº 8.495/45⁵⁹, mais especificamente no artigo 3º que previa a inspeção dos estabelecimentos bancários através de documentos e informações requisitados pela então Superintendência da Moeda e do Crédito - SUMOC devendo ser fornecidos sem oposição, desde que mantidos por ela em caráter estritamente confidencial.

O Decreto nº 47.373/59⁶⁰, que aprovava o Regulamento para cobrança e fiscalização do Imposto de Renda, também claramente previa que as informações que chegassem aos fiscais como conhecimento de suas atribuições, não deveriam ser divulgadas, mantendo-se o estrito sigilo acerca delas, ou seja, trasmudando o sigilo bancário para sigilo fiscal.

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.925/STF⁶¹, de Relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, questionava-se sobre a validade de uma ação fiscal da Fazenda Nacional no Banco Francês e Italiano para a América do Sul. O fundamento principal da decisão foi que o sigilo bancário tem como finalidade a proteção contra divulgação ao público dos negócios do banco e dos negócios de seus clientes. Se não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário pois os Agentes do Fisco são obrigados ao sigilo pela inteligência do artigo 201 do Decreto nº 47.373/59 sob pena de responsabilidade.

A despeito da decisão marcar o argumento do que seria “a transferência do sigilo bancário para sigilo fiscal” como justificativa para acesso para fins tributários, a decisão não enfrenta fundamentalmente a questão sobre se há ou não reconhecimento da legitimidade da Receita Federal em acessar diretamente – sem autorização judicial - os dados bancários advindos das relações entre cliente e banco, mas tão-somente se refere a fato posterior ao acesso: preservação do sigilo no âmbito institucional fazendário. Seria a regra do sigilo aplicável somente para particulares, com acesso permitido ao Fisco?

Esta tese foi normativamente exposta, prevendo-se a relatividade do sigilo em face ao dever de fiscalização tributária, conforme objeto da Lei nº 4.154/62 que dispunha sobre a inoponibilidade do sigilo à Fazenda. Em outras palavras, parece mesmo que sequer há hipótese de sigilo a ser considerada perante ao Fisco, sendo oponível somente perante particulares⁶².

⁴² BRASIL. Decreto nº 8.495, de 29 de dezembro de 1945. *Transfere à Superintendência da Moeda e do Crédito as atribuições de que trata o Decreto-lei nº 6.419, de 13 de abril de 1944, e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 ago 2014.

⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 47.373, de 07 de dezembro de 1959. *Aprova o Regulamento para cobrança e fiscalização do Imposto de Renda*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 ago 2014.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança – RMS nº 15.925*. Relator Ministro Gonçalves de Oliveira. Diário de Justiça de 24 de junho de 1966. Disponível em: < www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 set. 2014.

⁶² BRASIL. Lei nº 4.154, de 28 de novembro de 1962. *Dispõe sobre a legislação de rendas e proventos de*

1.1.2 Sigilo Bancário enquanto direito legal autônomo e as exceções de acesso às informações financeiras pelo Fisco

Com a vigência da Lei nº 4.595/64⁶³ o sigilo bancário foi nacionalmente tratado de forma autônoma, com previsão específica e exceções claras. Conforme o artigo 38 da lei, o afastamento excepcional do sigilo configurava-se: i) nas atividades regulamentares de inspeção do BACEN; ii) nos atos investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, por maioria, e Plenários da Câmara dos Deputados e Senado Federal; iii) nas informações indispensáveis às autoridades fiscais, desde que instruído o pedido de processo instaurado por agentes tributários do Ministério da Fazenda e Estados; iv) no 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.

De forma complementar à regulação do sigilo bancário conferida pela Lei do Sistema Financeiro Nacional, a Lei de Mercado de Capitais, Lei nº 4.728/65⁶⁴, também dispõe, no art. 4º, que, “no exercício de suas atribuições, o Banco Central poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas”, obrigando-as a liberar o acesso das informações sigilosas. Ou seja, para os fins de preservação do Sistema Financeiro Nacional é legítima a autorização legal de acesso, sequer se considerando hipótese de quebra, já que as instituições perseguem os mesmos valores e estão

Quanto à autonomia da fundamentação jurídica, salienta-se que o crime pela violação da obrigação deixa de se configurar como genérica previsão de inobservância de sigilo profissional, descrita no artigo 154 do Código Penal, para constituir crime próprio previsto na Lei nº 4.595/64 sujeitando-se o agente à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal⁶⁵ e o Código de Processo Penal⁶⁶, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

qualquer natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14154.htm>. Acesso em: 17 ago 2014. Diz o Art. 7º :Os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, não poderão eximir-se de fornecer à fiscalização do imposto de renda, em cada caso especificado em despacho do diretor, dos delegados regionais ou seccionais e dos inspetores do imposto de renda, cópias das contas correntes de seus depositantes e de outras pessoas que tenham relações com tais estabelecimentos, nem de prestar informações ou quaisquer esclarecimentos solicitados.”

⁶³ BRASIL. Lei nº 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.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. *Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014.

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014.

A tipificação criminal particular foi amplamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 66.284/MG⁶⁷ pelo princípio da especialidade, diante de conflito aparente de normas relativas a crimes de revelação de segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão e a quebra de sigilo bancário prevista no parágrafo 7º do artigo 38 da Lei nº 4.595/64.

Esta decisão confirma que se transmutou complementemente a natureza do instituto, que até então vinculava-se ao segredo profissional *lato sensu* e encontrou tratamento normativo próprio, particular. O impacto desta modificação é que o acesso dos dados por outros agentes – privados ou públicos - que não àqueles profissionais envolvidos na atividade é também rechaçado e punido, deixando de ser uma questão própria da administração bancária.

Relativamente às exceções para fins fiscais, a referida lei previa, no parágrafo 5º do artigo 38 que os “agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houvesse processo instaurado e os mesmos fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente.”

Salienta-se que dois anos após a edição da Lei do Sistema Financeiro, os artigos 195 e 197 do Código Tributário Nacional de 1966⁶⁸ determinavam de forma expressa que deviam ser “entregues à autoridade fazendária, independentemente de qualquer autorização judicial ou instauração de processo, as informações relacionadas aos bens, negócios ou atividades de terceiros que estivessem em poder de bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras.”

O parágrafo único do artigo 197, no entanto, ao observar que a obrigação não abrangia a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante estivesse legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão, deixava dúvidas sobre a entrega de dados protegidos pelo sigilo bancário.

⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014.

⁶⁷ BRASIL. STF. RHC 6.6284 / MG. Relator Ministro Carlos Madeira. Diário de Justiça de 25 de maio de 1988. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 set 2014.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 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*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago 2014. Os referidos artigos, *in verbis*: “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”.

Ora, se as instituições financeiras estavam expressamente obrigadas no *caput*, como poderia haver exceção determinada pelo parágrafo único do mesmo dispositivo? Para não ser contraditória a redação do dispositivo, o entendimento interpretativo racionalmente adequado era o que harmonizava o artigo 38 da Lei nº 4.595/64 ao artigo 197 do Código Tributário, ficando a exceção mencionada restrita ao segredo profissional aplicável a outras atividades como a médica ou a advocatícia, dentre outras. Este entendimento, inclusive, coaduna com a ideia de que o direito ao sigilo bancário já teria *status* autônomo e independente na legislação brasileira, não se vinculando à proteção do segredo profissional.

O quadro regulatório para acesso de informações bancárias à Fazenda, portanto, era o parágrafo 5º e 6º do artigo 38 da Lei nº 4.545/64 que apresentavam dois critérios para atendimento: i) processo fiscal instaurado; ii) indispensabilidade. Os poderes do Fisco foram ainda expandidos conforme o artigo 8º da Lei nº 8.021/90⁶⁹, que permite o acesso à Fazenda de informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, “não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38 da Lei nº 4.595” e desde que iniciado o procedimento fiscal. Esta interpretação não é tão simples, já que tanto a Lei do Sistema Financeiro quanto o Código Tributário Nacional são Leis Complementares, enquanto a lei referida ostenta caráter de norma ordinária.⁷⁰

A controvérsia acerca da utilização de lei complementar cessou com o advento da Lei Complementar nº 104/01⁷¹, que em seu artigo 1º confere alteração na redação do artigo 198 do Código Tributário Nacional - CTN, especificamente, no tocante aos textos contidos no inciso II dos parágrafos 1º e 2º, excepcionando a determinação do *caput* de não revelar informações obtidas pela Fazenda Pública. Pela leitura do inciso II, a Administração Pública pode solicitar informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros, sem a intervenção do Poder Judiciário, desde que exista instauração de processo administrativo.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990. *Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set 2014.

⁷⁰ Em regra, a lei ordinária não pode derogar lei complementar, já que a Constituição de 1988 indicava a utilização de lei complementar, em face do revogado artigo 192 que vinculava a estrutura do Sistema Financeiro Nacional a esta moldura jurídica, e recepcionou, portanto, a Lei n 4.595/64 dessa forma. Portanto, com *status* de lei complementar, a Lei do Sistema Financeiro não poderia sofrer alteração por lei ordinária.

⁷¹ BRASIL. Lei Complementar nº 104/2001, de 10 de janeiro de 2001. *Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 – Código Tributário Nacional*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set 2014.

Outra exceção prevista por lei ordinária que merece atenção é a Lei nº 9.613/98 – hoje substituída pela Lei nº 12.683/12⁷² - que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e determina que instituições financeiras e assemelhadas comuniquem às autoridades competentes todas as operações que possam configurar a prática do delito nela previsto.

Neste contexto, foi criado o Conselho de Controle de Atividade Financeira - COAF, órgão composto de representantes das seguintes autoridades: Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Procuradoria da Receita Federal, Departamento da Polícia Federal e Ministério das Relações Exteriores.

Vê-se, à evidência, que a regulação acerca da “quebra” começou a ser fixada por leis esparsas, o que culminou com uma necessidade de se consolidar em uma só norma todas as hipóteses de exceção à proteção do sigilo bancário, o que se deu pela edição da Lei Complementar nº 105/2001⁷³.

1.2 O TRATAMENTO LEGISLATIVO DO SIGILO BANCÁRIO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

A Lei Complementar nº 105⁷⁴ veio substituir o então artigo 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, dispondo de forma concreta sobre as exceções da regra de sigilo bancário⁷⁵. Até hoje a legislação rege de forma sistemática o tema e foi palco para ampla

⁷² BRASIL. Lei nº 12.683/12. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014.

⁷³ BRASIL. Lei Complementar nº 105/2001, de 10 de janeiro de 2001. *Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014.

⁷⁴ A referida Lei Complementar foi o resultado do Projeto de Lei Complementar nº 7, de 1995, do apresentado pelo Deputado Lúcio Alcântara e do Senador José Eduardo Dutra e do Projeto de Lei Complementar n 53, de 1997, de autoria do Senador Antonio Carlos Magalhães. Na Comissão de Assuntos Econômicos foram apresentados outras emendas e na forma de substitutivo do Senador Vilson Kleinübing finalmente foi submetido ao Senado Federal, onde recebeu o número 220, de 1998. HAGSTRÖN, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 28.

⁷⁵ Optou-se, neste trabalho, racionalmente por utilizar o termo sigilo bancário, em detrimento dos termos sigilo ou segredo financeiro. A despeito do segredo e sigilo designarem valores semelhantes para o Direito, diz-se que o sigilo representa um dever de manutenção de um segredo, ou seja, o sigilo designa uma obrigação que recai sobre o segredo, objeto de proteção e um estado de fato protegido pelo Direito. Neste sentido, é preferível referir-se ao sigilo ao invés de segredo, pois este relaciona-se à obrigação formatada e não ao objeto dela. Quanto à denominação sigilo bancário ou financeiro, fica claro que o termo “financeiro” abrange maior significação e abrangência, de observância obrigatória por outros agentes do mercado, como por exemplo, fundos de investimento e companhias de securitização, dentre outros. A despeito disso, esta pesquisa referir-se-

discussão, fomentando-se o desenvolvimento de doutrina e legislação para o tema, fortalecendo-se o instituto. Para deixar claro o escopo do direito, conceituou-se, delineando-se o objeto, sujeito ativo, passivo e outras demais questões.

Acerca do conceito, existem numerosas descrições doutrinárias acerca do sigilo bancário⁷⁶, além daquela previstas em lei. Nota-se que tais apresentam elementos em comum, dos quais pode-se destacar: (i) ser uma obrigação imposta por norma, prática costumeira ou por lei positivada infra ou constitucionalmente às instituições financeiras ou equiparadas de (ii) manter em segredo dados que (iii) lhes cheguem ao conhecimento como consequência de relações jurídicas vinculadas às suas atividades.

Ainda na intenção de desenvolver o conceito quanto ao elemento obrigacional, mais especificamente delineando seu objeto, pode-se dizer que o sigilo tem sua abrangência objetiva sobre obrigações passivas e ativas e serviços prestados, nos termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/01. O parágrafo 1º do artigo 2º trata de contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras; o parágrafo 2º do artigo 2º referencia-se a contas correntes e operações com outras instituições financeiras, enquanto o art. 6º fala em contas de depósitos e aplicações financeiras.

As operações ativas têm como característica a distribuição de recursos, como o mútuo, o desconto de títulos, a antecipação e abertura de crédito, ou seja, a instituição financeira figura geralmente como credora, enquanto as operações passivas são “aquelas consubstanciadas em atividades de captação de recursos, como o depósito, abertura de conta-corrente, redesconto etc.” que tornam a instituição financeira devedora. Os serviços bancários, por sua vez, tem conceito cada vez mais amplo.

Quanto ao alcance subjetivo da obrigação, diga-se que não só é de observância das instituições financeiras, que, na legislação brasileira, tem sua definição prevista no artigo 17 da Lei nº 4.595/64⁷⁷ e no artigo 1º da Lei nº 7.492/86⁷⁸, mas também sobre demais outros

á ao sigilo bancário porque este termo é mais comum e utilizado largamente em vários Estados, como é o caso dos E.U.A. que se referem ao *Banking Secrecy* e não ao *Financial Secrecy*.

⁷⁶ Entre os nacionais, Sérgio Carlos Covello cita Malagarriga, Villegas, Labanca, Alfonso de la Espriella Ossío, Octávio Hernandez, Sichtermann, Ary Brandão de Oliveira, Nelson Abrão. COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 84 a 111.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de janeiro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2014. Segundo dispõe o Art. 17: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas” públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

entes que compõe o mercado financeiro, conforme explicitado no nos termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/01. Assim, a estão sujeitos a observar a regra leal de sigilo bancário: os bancos de qualquer espécie⁷⁹; distribuidoras de valores mobiliários⁸⁰; corretoras de câmbio e de valores mobiliários⁸¹; sociedades de crédito, financiamento e investimentos; sociedades de crédito imobiliário; administradoras de cartões de crédito; sociedades de arrendamento mercantil; administradoras de mercado de balcão organizado; cooperativas de crédito; associações de poupança e empréstimo; bolsas de valores e de mercadorias e futuros; entidades de liquidação e compensação; outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

Relativamente ao sujeito passivo da obrigação, veja-se que ela não é restrita ao correntista, que mantém vínculo com o banco, mas alcança também as pessoas com quem às

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 7. 492/86. *Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2014. Segundo Art. 1º: “Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

⁷⁹ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro. Produtos e Serviços*. 19.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2013, p. 29 a 35. No conceito de bancos, incluem-se bancos comerciais, que “são intermediários financeiros que recebem recursos de quem tem e os distribuem através de crédito seletivo a quem necessita de recursos, naturalmente criando moeda através do efeito multiplicador do crédito”; caixas econômicas, “instituições de cunho eminentemente social, concedendo empréstimos e financiamentos a programas e projetos nas áreas de assistência social, saúde, educação, trabalho, transportes urbanos, esportes etc.”; bancos cooperativos que são bancos comerciais constituídos na forma de S/A com participação exclusiva de cooperativas de crédito singulares, centrais de cooperativas, federações e confederações de cooperativas com atuação restrita às Unidades da Federação em que situadas as sedes das Pessoas jurídicas controladoras, nos termos da Resolução BACEN Nº-2.193/95, complementado pela Resolução BACEN Nº 2.788/00; bancos de desenvolvimento, instituições de fomento que opera linhas de financiamento comercial e banco de investimento, “criados para canalizar recursos de médio e longo prazo para suprir capital fixo ou de giro das empresas”.

⁸⁰ As denominadas DTVMs (Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários) tem sua regulamentação na Resolução BACEN nº 1.120, que disciplina a constituição, a organização e o funcionamento das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários. “Algumas de suas atividades: intermedeiam a oferta pública e distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado; administram e custodiam as carteiras de títulos e valores mobiliários; instituem, organizam e administram fundos e clubes de investimento; operam no mercado acionário, comprando, vendendo e distribuindo títulos e valores mobiliários, inclusive ouro financeiro, por conta de terceiros; fazem a intermediação com as bolsas de valores e de mercadorias; efetuam lançamentos públicos de ações; operam no mercado aberto e intermedeiam operações de câmbio. São supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.120, de 1986* Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/sdtvm.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

⁸¹ Regulamentadas pela Resolução CMN nº 1.655, de 1989, as corretoras de valores imobiliários tem como função: “operar em bolsas de valores, subscrever emissões de títulos e valores mobiliários no mercado; comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros; encarregar-se da administração de carteiras e da custódia de títulos e valores mobiliários; exercer funções de agente fiduciário; instituir, organizar e administrar fundos e clubes de investimento; emitir certificados de depósito de ações; intermediar operações de câmbio; praticar operações no mercado de câmbio; praticar determinadas operações de conta margem; realizar operações compromissadas; praticar operações de compra e venda de metais preciosos, no mercado físico, por conta própria e de terceiros” BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.655, de 1986* Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/sctvm.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

Instituições Financeiras - IFs sequer mantêm relação de consumo, como é, por exemplo, o destinatário de determinada operação financeira ou que estabelece tão-somente relações pré-negociais não chegadas a bom termo, quando o banco recebe do outro pólo relacional informações sobre sua pessoa, seus bens e negócios concernentes à esfera de sua vida privada, ou quaisquer pessoas que lidem com os obrigados ao sigilo, os terceiros. A concepção abarca a pessoa física e jurídica, em razão da extensão dos direitos de personalidade prevista no ordenamento jurídico⁸²

Comparando-se o conteúdo da legislação norte-americana com a formatação jurídica do sigilo bancário brasileiro, verifica-se que seu âmbito de abrangência alcança semelhantes limites do instituto, motivo pelo qual é possível, sim, pensar-se em violação do direito por intermédio da incorporação do Acordo Intergovernamental que insere o FATCA no ordenamento jurídico brasileiro⁸³.

1.2.1 Hipóteses de exceções à regra do sigilo na Lei Complementar nº 105/2001: Poderes-Deveres Fiscalizatórios e Investigatórios

A Lei Complementar nº 105 franqueou o acesso às informações bancárias a determinadas autoridades, cada qual com sua específica finalidade, diante de valores e interesses que mereceriam o afastamento do sigilo. Podem solicitar informações relativas à quebra de sigilo bancário: Banco Central do Brasil - BACEN; Comissão de Valores Mobiliários - CVM; Poder Judiciário, Poder Legislativo Federal e Receita Federal do Brasil – RFB⁸⁴.

⁸² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2014. Segundo o Artigo 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

⁸³ Adiante, no capítulo II, far-se-á análise específica dos elementos normativos sob o ponto de vista da lei publicada em território norte-americano. Esta premissa ainda não é certa, pois o IGA ainda não foi publicado e seu alcance não foi discutido, mas constitui um indicativo para interpretações da norma. Por ora, a comparação é simples, para fins de estabelecer os elementos Adiante, no capítulo II, far-se-á análise específica dos elementos normativos sob o ponto de vista da lei publicada em território norte-americano. Esta premissa ainda não é certa, mas constitui um indicativo para interpretações da norma. Por ora, a comparação é simples, para fins de atrair a incidência da proteção de sigilo bancário.

⁸⁴ As situações do Ministério Público não serão objeto deste trabalho de forma específica, porque decorrem, em verdade de uma interpretação de que a Lei Complementar nº—75/93 havia conferido àquele órgão a possibilidade de quebra como mera decorrência do seu poder investigatório, poder este já amplamente reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cf.: BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014. (...) CAPÍTULO II - Dos Instrumentos de Atuação. Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...) XVIII - representar; a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados

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

Nesta linha, o BACEN só pode solicitar informações e documentos quando se tratar de atividades e atribuições de fiscalização perante às Instituições Financeiras. Fora de tais atribuições, portanto, lhe é vedado o acesso à dados sigilosos referentes à individualização da movimentação financeira individual do cidadão, sob pena de violar o direito fundamental na expressão da intimidade da esfera econômica-financeira do indivíduo, enquanto garantia. Esta circunstância foi confirmada no Recurso Extraordinário nº 461.366/DF⁸⁵, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se evidenciou que “a atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.” O argumento é que a competência do BACEN limitar-se-ia a conhecer os valores globais de movimentação, mas não individualizados na esfera privada dos cidadãos, ainda que sejam dirigentes de instituições financeiras.

Para este caso, entende o relator, deveria haver prévia autorização judicial, pois haveria discriminação dos valores específicos de determinada conta e não a mera informação acerca dos valores gerais de movimentação, sem individualização da conta bancária, devendo, pois incidir a regra do sigilo, já que o poder fiscalizatório do BACEN não derogaria a obrigatoriedade de manutenção do sigilo.

e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins. Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.” Em outros termos, o STF vincula a necessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário pelo Ministério Público Federal – MPF também.

⁸⁵ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 461.366/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Publicação DJe 04/10/2007. RT v. 97, n. 868, 2008, p. 152-161. Ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto. A Ministra Cármen Lúcia iniciou uma argumentação interessante, na qual defende que se não há publicidade dos dados não haveria quebra de sigilo bancário. O Ministro Marco Aurélio concebe o sigilo bancário como direito enquadrado no inciso XII do artigo 5º e não no inciso X, contra o Plenário.

Outra exceção que merece destaque é o envio de informações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – C.O.A.F. À época - como agora, no âmbito das discussões da implementação do F.A.T.C.A. – a determinação causou certa estranheza, já o reporte não indica necessidade de autorização judicial e recai sobre parâmetros que foram objetivados no Art. 4º do Decreto nº 4.489/02⁸⁶

Em outras palavras, requer-se o envio de informações cujo montante global movimentado no mês seja igual ou superior aos seguintes limites: i) para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e ii) para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Os procedimentos encontram detalhamento na Circular BACEN nº 3.461/2007, bem como mais recentemente nas Circulares nº 3.654, de 2013 e Circular nº 3.653, de 2013.⁸⁷

Os informes estariam relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados, afastando-se, com isso, a argumentação de que haveria suposta devassa da privacidade.

No entanto, difere-se a discussão acerca do F.A.T.C.A. atualmente para o reporte de dados para um órgão regulador ou agência estrangeira norte-americana – já que o C.O.A.F. foi considerado um órgão de fiscalização e controle nacional, assim como o BACEN e a CVM, restringindo-se seu acesso para àquelas informações de natureza cadastral e movimentação de valores globais, sem individualização das operações, o que, de fato, poderia consistir em uma indevida devassa à privacidade.

Ademais, o COAF é um órgão de controle que conta com a participação institucional da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; Agência Brasileira de Inteligência – ABIN; Banco Central do Brasil – BACEN; Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Controladoria Geral da União - CGU, Polícia Federal, Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores – MRE; Previdência Social, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN e Receita Federal e que foi instalado para adequação de exigências do GAFI – Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro.

⁸⁶ BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. *Regulamenta o artigo 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 mar 2014.*

⁸⁷ BRASIL. COAF. *Legislação e Normas*. Disponível em: <www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2014. A lista de todas as Circulares BACEN aplicáveis está disponibilizada em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/outras-normas/banco-central-do-brasil-2013-bcb>> Acesso em : 04 mar. 2014.

Adicionalmente, pode-se considerar que a participação de entes do próprio Sistema Financeiro Nacional, como é o caso do BACEN e da CVM, inexistindo regra de sigilo nesta situação, pois a informação é genérica (não individualizada), portanto não ofenderia à intimidade, bem como estaria disponível para membros pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional, sob os quais não se impõe regra de sigilo em razão do papel que desempenham.⁸⁸. Esta interpretação leva a considerar que haveria enquadramento do sigilo – mais uma vez – somente em face de particulares. Como se o Estado, perseguindo interesses e valores maiores (difusos e coletivos) não estivesse violando a intimidade de qualquer cidadão.

A Lei nº 12.683/12⁸⁹ endureceu o rigor das normas e determinou novas alterações que resultaram de orientações do Grupo de Ações Financeiras Internacionais - GAFI⁹⁰ e de debates dentro do grupo de Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA⁹¹. Semelhantemente ao BACEN, a CVM também ostenta poderes

⁸⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. *Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2014. “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...)§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:.

⁸⁹ Dentre as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/12, que resultaram de novas orientações do GAFI e de debates dentro da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), destacam-se as seguintes: obrigatoriedade de comunicação prévia do cliente à instituição financeira com um dia útil de antecedência para saques em espécie de valor igual ou superior a R\$ 100 mil; previsão de que as instituições financeiras informem ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) não só a existência de operações requeridas na regulamentação, mas também quando não ocorrer tal situação; inserção do princípio da proporcionalidade para que as políticas, procedimentos e controles internos das instituições financeiras sejam compatíveis com o porte e volume de operações; obrigatoriedade de comunicação ao Coaf, até o dia útil seguinte à realização da operação, das comunicações automáticas, ou à constatação da atipicidade, nas operações suspeitas; e alteração do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) prevendo a obrigatoriedade de comunicação prévia do cliente à instituição financeira, com um dia útil de antecedência, das transferências ao exterior, a título de doação, de valor superior ao equivalente a R\$ 100 mil.

⁹⁰ O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) é uma organização intergovernamental criada em 1989 pelos Ministros de seus Estados membros da Organização. Os objetivos do desenvolvimento normas do GAFI são: a promoção de uma aplicação eficaz das leis, regulamentos e medidas operacionais na luta contra o branqueamento de capitais e contra o financiamento do terrorismo e outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. Seu trabalho também é efetuar eventuais reformas legislativas e regulatórias nessas áreas. As recomendações do GAFI são reconhecidas como um padrão internacional na luta contra o branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa e constituem uma resposta coordenada às ameaças à integridade do sistema financeiro e contribuir para a harmonização das regras a nível mundial. Publicado em 1990, as Recomendações do GAFI foram revisadas em 1996, 2001, 2003 e, mais recentemente, em 2012, para garantir que eles permanecem atuais e relevantes. Eles destinam-se a ser aplicado por todos os países.

⁹¹ A estratégia foi criada em 2003, por iniciativa do Ministério da Justiça, como forma de contribuir para o combate sistemático à lavagem de dinheiro no País. Consiste na articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar e propor seu aprimoramento. Atualmente, cerca de 60 órgãos e entidades fazem parte da ENCCLA, tais como, Ministérios Públicos, Policiais, Judiciário, órgãos de controle e supervisão – Controladoria Geral da União - CGU, Tribunal de Contas da União - TCU, Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc, Susep, Banco Central

fiscalizatórios quanto às operações do mercado de valores mobiliários, podendo, portanto, no limite de tal atribuição, acessar informações e documentos relacionados com seus deveres. Como se disse, o acesso dos controladores/reguladores é específico e está diretamente ligado às atividades. “Não é objetivo primeiro do BACEN em qualquer país a imissão nos negócios dos clientes das instituições financeiras. No entanto, se não pudesse verificar tais casos, a fiscalização ficaria bastante prejudicada.”⁹²

No âmbito do Poder Legislativo Federal, o acesso às informações e documentos sigilosos justificam-se pelo poder investigatório conferido às Comissões Parlamentares de Inquérito, nos termos do parágrafo 3º do artigo 58 da Constituição Federal, que prevê “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”.

A conformação jurisprudencial de tais poderes é bem específica e o Supremo Tribunal Federal tem ampla jurisprudência com todos os balizamentos para a questão, exigindo-se a fundamentação do ato da Comissão Parlamentar de Inquérito, sem que ele configure meras ilações ou conjecturas, destituídas de qualquer evidencia material. Como a exceção à regra do sigilo neste caso encontra morada na própria Constituição, neste caso os questionamentos pela sua legitimidade ficam adstritos à fundamentação da quebra, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹³.

Relativamente aos poderes conferidos pela Receita Federal, no entanto, é que o tema se faz mais polêmico. Com o advento da Lei Complementar nº 105/01 e a consequente revogação do artigo 38 da Lei nº 4.595/64, substituiu-se a previsão de exceção oponível à Receita Federal no parágrafo 5º, que disciplinava que os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados poderiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente, pelo art. 6º da lei complementar.

do Brasil - BACEN, Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, Advocacia Geral da União - AGU, Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, etc. Todas as decisões são tomadas por consenso. O DRCI/SNJ/MJ funciona como Secretaria Executiva da ENCCLA. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={FFC0396E-565C-4A87-93FC-0668FC9}>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

⁹² HAGSTRÖN, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 274.

⁹³ O STF decidiu que é possível às CPIs a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, desde que haja decisão fundamentada, sob pena de nulidade. MS 23.452/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. DJ 12/05/2000. MS 24.029/DF. Relator Ministro Mauricio Corrêa, DJ 22/03.2002; MS 23.652. Rel. Ministro Celso de Mello. DJ 16.02.01.

O artigo 6º praticamente manteve os mesmos critérios autorizadores para acesso do Fisco às informações financeiras: i) existência de processo e ii) imprescindibilidade da medida (quando tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente). O processo a que faz referência o artigo é o processo administrativo ou o procedimento fiscal em curso.

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

Para os demais, o ponto polêmico reside na interpretação do termo “administrativo” constante do final do art. 6º, caput, da referida Lei Complementar. Em razão disso, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas a fim de substituir o entendimento de que o processo referido na lei é o processo judicial e não qualquer outro. Este paradigma é o que rege a argumentação de algumas das Ações Diretas de Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Ao longo da história jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, observam-se questões interessantes. Para comprovar o posicionamento jurisprudencial do órgão judiciário, fez-se um levantamento dos acórdãos em cuja fundamentação fora o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Este critério fora escolhido para mapear como é a interpretação acerca do acesso de informações bancárias e financeiras para fins fiscais. Foram identificados 89 (oitenta e nove) acórdãos. O âmbito de abrangência temporal corresponde ao período de edição da lei complementar, mas buscou-se, sobretudo acórdãos posteriores a 2010, para justificar a atualidade das manifestações.

Considerou-se como principal critério, nestes 89 processos, a situação dos dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições financeiras. A justificativa, porém, para a requisição, foi dividida em três grupos: i) grupo de acórdãos julgados pelas Sexta e Quinta Turma do STJ, relativamente à quebra vinculada à matéria penal, ou seja, nas quais os dados levantados tem como finalidade a utilização no âmbito do processo penal, para averiguação de crime; ii) grupo de acórdãos que tratavam tão-somente do acesso pela prova de informações sigilosas decorrente do poder de tributar do Estado.

Quanto ao primeiro grupo, verifica-se que quando o acesso aos dados refere-se a uma investigação criminal, ainda que toque pontos referentes à execução fiscal, como é o caso dos crimes de sonegação, a interpretação das Turmas de Direito Penal e Processual Penal é

restritiva quanto à legitimidade da Receita Federal para encaminhar os dados sem autorização do Poder Judiciário.

Em resumo, nos crimes contra a Ordem Tributária, entende-se que o oferecimento da denúncia com base em dados bancários obtidos em processo administrativo mediante requisição do Fisco às instituições bancárias constitui prova ilícita, merecendo o desentranhamento, pois não formalizado pela via autorizada, mas sim inadequada⁹⁴.

Isso porque, no âmbito do processo penal, a preservação do sigilo é considerada uma garantia constitucional e, como tal, só poderia ser flexibilizada por órgão judiciário e não pela Receita Federal. Segundo a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, “a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*”, de modo que “os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias em sede de processo administrativo tributário sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal”.⁹⁵

Para fins de investigação criminal, assegura a Ministra, que “não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e sem competência constitucional específica, requisitar diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo bancário” devendo ser reconhecida a nulidade da prova colhida de modo ilícito.⁹⁶ Este posicionamento assemelha-se ao tratamento dado ao sigilo bancário dado pelo Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes julga seus fundamentos tal qual a interpretação e alcance dados à interceptação telefônica, à escuta ambiental e à inviolabilidade de dados.

Analisando-se, portanto, o segundo grupo, quando, no entanto, o acesso ocorrer para fins eminentemente fiscais, ou seja, apenas para possibilitar a cobrança de tributos, devem as instituições financeiras informar à Receita Federal os dados e valores globais das respectivas operações, permitindo-se a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários. O art. 144, § 1º, do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou

⁹⁴ BRASIL.STJ. RHC nº 41.532/PR. *Recurso em Habeas Corpus*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do Julgamento: 11 fev.2014. Data da Publicação/Fonte DJe 28 fev. 2014.

⁹⁵ BRASIL.STJ. AgRg no REsp 1.402.649/BA. *Agravo Regimental no Recurso Especial* Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Data do Julgamento: 05 nov 2013. Data da Publicação/Fonte DJe 18 nov. 2013.

⁹⁶ BRASIL. STJ. HC 237057/RJ. *Habeas Corpus*. Sexta Turma. Data do Julgamento: 19 fev. 2013. Data da Publicação/Fonte DJe 27 fev. 2013.

formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência⁹⁷.

Considerando-se que o artigo 144, § 1º, do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata e há possível efeito retroativo aplicável, diferentemente das normas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

Portanto, identificada a omissão de receita, é viável ao Fisco requerer informações sobre movimentações financeiras, nos termos do artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001 e do artigo 4º, parágrafos 5º e 6º, do Decreto nº 3.724/2001⁹⁸.

O ministro Luiz Fux entende que a Lei Complementar nº 105/2001, ao revogar o artigo 38, da Lei nº 4.595/64, 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, parágrafo 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, *caput*, da aludida Lei Complementar, e 1º, do Decreto nº 4.489/2002⁹⁹).” No entanto, 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, parágrafo 2º, da Lei Complementar nº 105/2001).

Considerando que o procedimento fiscal relativo a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil se inicia por meio de mandado de

⁹⁷ BRASIL. STJ. HC 118.849/PB *Habeas Corpus*. **Relator:** Min. Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Data do Julgamento: 07 ago. 2012. Data da Publicação/Fonte DJe 31 ago 2012.

⁹⁸ BRASIL. STJ. REsp 1.237.852/PR. *Recurso Especial* Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do Julgamento 01 dez 2011. Data da Publicação/Fonte DJe 07 mar 2012. AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1179635/SP *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento* Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do Julgamento 05 out 2010 Data da Publicação/Fonte DJe 19 out 2010 Confira-se, ainda, anteriores a 2010: STJ. REsp 1.118.630 / SP *Recurso Especial*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do Julgamento 03 set 2009. Data da Publicação/Fonte DJe 16 set 2009. AgRg no REsp 971.102/SP. *Agravo Regimental no Recurso Especial*. Relatora: Min. Denise Arruda. Primeira Turma. Data do Julgamento 02 abril 2009. Data da Publicação/Fonte DJe 04 mai 2009 .

⁹⁹ BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. *Regulamenta o artigo 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 e efetuadas pelo usuários de seus serviços*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.

procedimento fiscal - MPF, caso existente, não há que se falar em qualquer vício na conduta do Fisco destinada à apuração de ilícito fiscal¹⁰⁰.

A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1.134.665/SP, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que o artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispondo que as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores¹⁰¹.

Portanto, há reiterada manifestação judicial pela inoponibilidade das regras de sigilo aos dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da LC nº 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias desde que no âmbito de processo administrativo fiscal devidamente autuado e justificado (imprescindibilidade da medida e formalismo do processo).

Para a quebra destinada tão-somente para fins fiscais, o Tribunal tem considerado que “a razoabilidade restaria violada com a adoção de tese conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.” Argumenta-se que 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 pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

Assim, o sigilo bancário não ostentaria caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado. Conclui que 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 ilícitos¹⁰².

¹⁰⁰ BRASIL. STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1138625 / ES. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial* Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data do Julgamento: 14 set 2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 06 out 2010

¹⁰¹ BRASIL. STJ. EREsp 806.753/RS. *Embargos de Divergência no Recurso Especial*. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 22 ago 2007. DJe 01 set 2008; EREsp 726.778/PR, *Embargos de Divergência no Recurso Especial*. Rel. Ministro Castro Meira, Julgado em 14 fev 2007, DJ 05 mar 2007 e EREsp 608.053/RS. *Embargos de Divergência no Recurso Especial*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 09 ago 2006, DJ 04 set 2006

¹⁰² Confirmam-se precedentes da Primeira Seção anteriores à 2010: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em

1.3 O SIGILO BANCÁRIO COMO EXTENSÃO DA GARANTIA DE PROTEÇÃO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Como dito alhures, não existe na Constituição Brasileira uma previsão específica que se refira diretamente à proteção do sigilo bancário. A conformação de que ele seria decorrência da garantia fundamental de privacidade decorre da própria interpretação do Supremo Tribunal Federal. Com a positivação da proteção à vida privada e à intimidade por intermédio de vários documentos internacionais¹⁰³ dos quais o Brasil viu-se signatário abriu-se campo para o reconhecimento de direitos de personalidade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No caso brasileiro, mais do que uma evidência do movimento constitucionalista, o amplo rol de garantias e direitos formalmente positivados é uma decorrência evidente para uma Carta que marca o reinício da era democrática de um país que viveu um processo constitucional recortado por momentos de autoritarismo político. A par disso, a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do artigo 5º é ampla e garantista, como reflexo da hermenêutica adjacente ao programa constitucional estabelecido.

A constitucionalização dessa liberdade individual, direito de primeira geração, impõe o poder de abstenção do Estado, mas devido seu grau de abstração, indeterminação, conteúdo aberto e generalidade, impõe-se a observância da preservação de seu núcleo fundamental. Os ministros da Corte Constitucional, portanto, são protagonistas de uma concretização de valores que permeiam a realidade social, densificando o conteúdo constitucional na criação judicial do direito a partir da interpretação constitucional.

Utilizando-se de hermenêutica própria, os ministros da Corte empregam instrumentos próprios da interpretação constitucional, como a observância de princípios como a unidade da Constituição, o efeito integrador, a máxima efetividade, a concordância prática, proporcionalidade, a interpretação conforme a Constituição para otimizar os mandados

09.08.2006, DJ 04.09.2006). AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

¹⁰³ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966

normativos fundamentais limitados ao procedimento especial de reforma e vinculação expressa e imediata ao poder público.

A Constituição trouxe, a princípio, três dispositivos que aplicar-se-iam à proteção do sigilo bancário e sua respectiva quebra para fins fiscais: i) artigo 5º ; inciso X - proteção à intimidade e/ou privacidade; ii) inciso XII - inviolabilidade de dados e iii) artigo 145, que conferia excepcionalização específica da proteção à administração tributária, que nos termos da lei, e, respeitando os direitos individuais, poderia identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Foi ao apreciar a Petição 577/DF¹⁰⁴, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, que o Supremo Tribunal Federal afirmou de forma expressa a vinculação do sigilo bancário aos incisos X e XII do Artigo 5º constitucional. Trata-se do caso Magri, ex - Ministro do Trabalho, em cujo lixo da casa foram encontradas cintas usadas para prender dinheiro nos valores de Cr\$ 1 milhão e Cr\$ 5 milhões. A autoridade policial requereu a quebra do sigilo bancário, mas, a despeito da repercussão midiática, e da instauração formal de inquérito, não haveria indiciamento com indicação de indícios suficientes de autoria ou relação entre a prova pretendida e a investigação, motivo pelo qual não fora autorizada a quebra pretendida.

Segundo o Relator, o sigilo bancário protege interesses privados, sendo espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas que a Constituição consagra no inciso X do artigo 5º, além de atender a uma finalidade de ordem pública, a proteção do sistema de crédito. O Ministro Marco Aurélio ficara vencido, não só por enquadrar o direito no inciso XII do artigo 5º¹⁰⁵ da Carta Constitucional (inviolabilidade do sigilo de dados), que, segundo seu entendimento é afastável via autorização judicial, mas por deferir a medida da quebra, uma vez que a elucidação dos fatos era de interesse do investigado.

A fundamentação constitucional do sigilo bancário, com o respectivo enquadramento ora no inciso XII, ora no inciso X, ambos do artigo 5º, não é uma questão unânime nem na doutrina nem na jurisprudência. O inciso X protege o direito de personalidade manifestado na proteção da privacidade pessoal, enquanto o inciso XII protege a manifestação de pensamento pessoal. O inciso XII é extensão do inciso X. A diferença é sutil, mas tem impactos

¹⁰⁴ BRASIL. STF. Pet 577/DF. *Petição*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 25 mar 1992. Tribunal Pleno. DJ 23 abr 1993.

¹⁰⁵ O inciso XII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil tutela a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo, no último caso, nas hipóteses estabelecidas pela lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

relevantes, já que o que fere a liberdade de transmitir pensamentos é entrar em comunicação alheia, interceptando seu conteúdo, enquanto a privacidade é tutelada de forma mais ampla¹⁰⁶.

A despeito da maioria das decisões no STF fazer referência ao inciso X do artigo 5º, atualmente, em 2010, houve um retorno ao enquadramento no inciso XII e não no X no Recurso Extraordinário nº389.808¹⁰⁷, também de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se interpretou que o dispositivo tutela também a privacidade, mas a específica quanto à comunicação de dados. É importante destacar que o julgamento decorre do Pleno e não de uma determinada turma, como acontecia nos julgados em que o Ministro era Relator, o que acena pela possibilidade dele representar uma virada jurisprudencial.

1.3.1 Análise de decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à inoponibilidade da regra de sigilo bancário ao Fisco e possíveis mutações e impactos quanto à incorporação do FATCA

Para análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal utilizou-se as mesmas premissas de escolha dos julgados selecionados do STJ. Buscou-se restringir à pesquisa aos impactos do artigo 6º da Lei Complementar nº-105/2001 na Constituição ou sua interpretação conforme. Foram mapeados 17 julgados, em mais de 50 anos de julgados da Corte.

Das decisões do STF tomadas até então, ficam patentes os seguintes posicionamentos: i) trata-se de direito não absoluto; ii) o sigilo bancário tem assento constitucional na interpretação do conceito da proteção da intimidade prevista no inciso X ou inciso XII do artigo 5º da Constituição; iii) matéria não está adstrita à reserva jurisdicional, pois pode ser flexibilizado por Comissão Parlamentar de Inquérito que detenha os mesmos poderes judiciais; iv) a decisão requer base empírica na qual se constate a necessidade da medida (juízo de proporcionalidade) e existência de indícios relevantes.

Nos termos do MS nº 21.729/DF, o Min. Maurício Corrêa afirma que a temática está calcada em dois princípios fundamentais: i) o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; ii) a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial. Neste mesmo

¹⁰⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. p.145 e 146.

¹⁰⁷ BRASIL. RE 389.808. *Recurso Extraordinário*. Rel. Min. Marco Aurélio julgamento em 15 dez 2010, Plenário, DJE de 10 maio 2011.

julgado, o Ministro Carlos Velloso sustenta que, tratando-se de um direito que tem ‘status’ constitucional, a quebra só pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade.

Os processos Mandado de Segurança - MS nº 23.851, Petição - PET nº 2790 e Recurso Extraordinário - RE nº 215.301 assentaram um mesmo fundamento jurídico, qual seja, o de que a proteção dos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, previsto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, só podendo ‘cair’ à força de ordem judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas devidamente fundamentadas.

Na mesma esteira do STJ, a quebra de sigilo bancário no bojo de processo penal ou inquérito ministerial ou policial deve ficar adstrita aos crimes ali apurados, não sendo possível a Receita Federal acessar informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial ou repassar informações colhidas para fins de arrecadação fiscal para apuração de crimes de natureza diversa daquele apurado pelo Fisco. Em outras palavras, não é recomendável o compartilhamento das informações obtidas no processo penal com a Receita Federal para fins diversos daqueles previstos no processo penal¹⁰⁸.

Na Medida Cautelar nº 33, faz-se um apanhando de numerosos precedentes da Corte e decidiu-se pela concessão para que a requerida – Receita Federal (i) se abstenha de requisitar outras informações pertinentes à movimentação bancária da requerente, e, ainda, (ii) se abstenha de utilizar, para quaisquer fins, as informações bancárias obtidas mediante quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, até o julgamento do RE nº 389.808/PR.

Portanto, embora o tratamento de qualquer direito fundamental – principalmente liberdades pessoais - comporte exceções fundamentadas no interesse público, geralmente previstos expressamente em lei ordinária que lhe conforma o sentido, a linha recente de entendimento do Supremo Tribunal Federal acena para a impossibilidade de o Fisco obter informações bancárias sigilosas, nos termos dos Recursos Extraordinários nº 387.604 e nº 389.808, sem prévia autorização judicial¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BRASIL. STF. Inq 2593 AgR/DF. *Agravo Regimental no Inquérito*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 09 dez 2010. Tribunal Pleno. Publicação DJe-030. Divulg. 14 fev 2011.

¹⁰⁹ BRASIL. STF RE 389.808/PR. *Recurso Extraordinário*, Rel. Min. Marco Aurélio. o relator, Min. Marco Aurélio, afirma: "a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs (Constituição Federal, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas". Já no RE 387.604 confirma a decisão, declarando que a mitigação do direito dar-se-á exclusivamente por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, motivado pela necessidade de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).

Isso porque entende que o órgão jurisdicional é o único apto e legítimo a ponderar os interesses privados e públicos no caso concreto. Ainda, nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.314, a Corte afetou o tema à repercussão geral em 2009, mas o tema ainda não foi julgado.

Nos termos da decisão do Recurso Extraordinário nº 389.808, fulcrada no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações. A exceção é a quebra do sigilo, que deve ser submetida ao crivo de órgão denominado pelo Relator de “equidistante”, o Poder Judiciário”. E, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal, motivo pelo qual “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.”

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

Como o texto constitucional utiliza-se da expressão ‘nos termos da lei’, o acesso ficaria restrito às hipóteses previstas na lei, à inteligência de que esta seria uma norma de eficácia contida ou restringível¹¹⁰, ou seja, a despeito de sua eficácia plena, admite-se sua restrição legislativa.

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

Neste mesmo sentido, embora a maioria das decisões atuais confira *status* constitucional ao direito, já houve quem defendesse que se trata de direito infraconstitucional. Vencido no Agravo Regimental no Inquérito (AGINQ) n 895/DF, o Ministro Francisco Rezek entendeu não se aplicar quaisquer dispositivos constitucionais, permanecendo a morada do

¹¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. 2002. p. 39

fundamento do sigilo no então artigo 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, mais especificamente, no seu parágrafo primeiro e quarto, não havendo, em sua opinião, assento constitucional a justificar a proteção. Também foi neste sentido – negativa de estatura constitucional do sigilo bancário – que o Ministro fundamentou seu voto, vencedor, no MS nº 21.729-4. Acompanhou-o o Ministro Sepúlveda Pertence, admitindo-se ampla liberdade do julgador para formatação da matéria.¹¹¹

Cabe salientar que, no histórico jurisprudencial da Corte, havia uma previsão de ponderação de valores necessária. No Agravo Regimental no Inquérito (AGINQ) n 895/DF, a maioria dos ministros fundamenta seu voto pela não absolutividade do direito ao sigilo bancário, fala-se já no contexto de ponderação de valores, diante da expansão dos “espaços de conflito de liberdades públicas”¹¹² e prevalência dos interesses públicos envolvidos na quebra de sigilo.

Ainda com fundamento na ausência de absolutividade da proteção ao sigilo bancário, nos autos do RE nº 219.780/PE, o STF autorizou sua quebra, diante da prevalência do interesse público diante do interesse privado, bem como confirmou que, uma vez cumpridas as exigências do devido processo administrativo previstas o artigo 7º, I, do Decreto 70.235/72 e no artigo 142 do CTN, a excepcionalização é possível. Ainda, alegou-se que as informações continuam resguardadas pelo sigilo fiscal, sem divulgação a terceiro, o que esvazia a assertiva que informa haver corrompimento da comunicação entre Banco e cliente. Ademais, fora dito que o artigo 145 da Constituição Federal permitia que as prerrogativas do Fisco fossem exercidas em respeito aos direitos individuais e nos termos da lei¹¹³.

Após a aprovação da LC nº 105/2001, sua constitucionalidade foi questionada no STF, mais especificamente pelas ADI 2386 (apensa à ADI 2390) e ADI 2389 (apensa à ADI 2406) nas quais questionam-se os art.1º, § 4º, inciso I, o art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, e o art. 6º,

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Inq. 897 AgR/DF. *Agravo Regimental no Inquérito*. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 23 nov. 1994. DJ 24 mar 1995, p. 6806. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+897%2ENUME%2E%29+OU+%28Inq%2EACMS%2E+ADJ2+897%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2q8265> > Acesso em: 17.08.2014. No que interessa, o voto do Ministro Francisco Rezek resta reproduzido: “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 prevalência (...) o inciso X do rol de direitos fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas.

¹¹² STF. Pet 577 QO/DF. *Questão de Ordem na Petição*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 25 mar 1992. Tribunal Pleno. DJ 23 abril 1993, p. 06918. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86437> >. Acesso em: 17 ago. 2014.

¹¹³ RE 219780/PE. *Recurso Extraordinário*. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 10 set 1999. p. 23. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248682>> Acesso em: 17 ago. 2014.

parágrafo único, da Lei Complementar nº 105/01, e o Decreto nº 3.724/01, relativos à quebra do sigilo das operações de instituições financeiras pelo Fisco, com fundamento nos incisos X e XII da Constituição, bem como o devido processo legal na sua concepção substantiva. Todas as ações diretas encontram-se conclusas e ainda não há previsão para julgamento.

A ADI nº 2389, ajuizada pelo Partido Social Liberal, pede a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº105/2001 e, por arrastamento, a totalidade do Decreto nº 3.724, tendo-se por parâmetro de controle os incisos X, XII e LIV da Constituição Federal, que tratam do direito à privacidade/intimidade, proteção de dados e *due process of law*, essencial para a restrição da liberdade.

Defende-se que se trata de um direito de hierarquia constitucional e que sua ruptura só pode ser realizada por quem tem competência constitucional e seja imparcial. Ademais, defende-se, pela leitura do inciso XII, que é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial. Pelo argumento, quatro objetos distintos estão protegidos pelo dispositivo: a) correspondência; b) comunicação telegráfica; c) dados e d) comunicação telefônica. Nos itens a, b e c, a vedação é absoluta, sendo relativa somente no item d.

A ADI nº 2386 foi ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio e pede a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº-105/2001 que ‘extingue a possibilidade de privacidade na vida financeira das pessoas, violando frontalmente o disposto no inciso X do artigo 5º–da Constituição da República, que pela relevância de seu objeto, levou o legislador constituinte a erigi-lo como uma das cláusulas pétreas, ex vi do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60.

Argumenta-se, na inicial, que a exceção à proteção deve ocorrer observando-se o juízo de ponderação, que deverá ser feito necessariamente pelo Poder Judiciário, a quem compete balancear os interesses públicos e privados em jogo, tendo-se como critério a proporcionalidade ou razoabilidade. Diante do notório gigantismo do aparelho fiscal estatal, que para garantir o cumprimento de suas atribuições, dispõe de inúmeras prerrogativas legais em face dos administradores, deve o STF e a Constituição resguardarem o indivíduo sem que haja supressão da garantia constitucional da intimidade.

Sustenta que os 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 “estabeleceram uma forma automática e contínua de monitoramento, não só da movimentação bancária propriamente dita, mas de toda a vida financeira de qualquer indivíduo, seja ele suspeito da prática de atos

atentatórios ao interesse público ou não”.¹¹⁴ Ademais, o inciso XXXV do artigo 5º constitucional declara que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O outro argumento é que ainda que se sustente que as garantias fundamentais estabelecidas têm suas exceções regulamentadas por leis infraconstitucionais, estas jamais poderão suprimi-las, para resguardar ação expansiva do Estado sobre a possibilidade dos indivíduos manterem suas finanças pessoais protegidas.

A ADI nº 2389, também ajuizada pelo Partido Social Liberal, questiona a Lei nº 10.174/2001, estando prejudicada, pois a lei, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira - CPMF foi revogada.

A ADI nº 2406, por sua vez, questiona o artigo 11 da Lei nº 9.311/96 e artigo 1º da Lei nº 10.174/2001, também versando sobre a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira – CPMF.

O posicionamento pretoriano acerca das exceções para acesso de dados bancários com fins fiscais que vige atualmente destaca-se no julgamento do RE 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário - ressalvada tão somente a competência extraordinária das CPIs prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional - “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”.

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

Ocorre que ao estabelecer que a quebra vincula-se sempre à existência de ordem judicial, o voto ignora não só a redação do próprio dispositivo constitucional que, em sua parte final ressalva a quebra, condicionando-a a existência de lei nos casos de investigação

¹¹⁴BRASIL. STF. ADI 2389. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Dias Toffoli. Petição inicial Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.

criminal ou instrução processual penal - motivo pelo qual as informações seriam abertas ou a Polícia ou ao Ministério Público ou até mesmo à Fazenda em hipóteses de comprovada sonegação fiscal -, mas também faz pouco caso dos já existentes dispositivos infralegais que autorizam o acesso da Fazenda aos dados de movimentação bancária, ou até mesmo do artigo 145 constitucional.

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

No recurso extraordinário mencionado, três pilares interpretativos são desenvolvidos para se chegar à conclusão de que a Receita Federal não estaria apta a quebrar o sigilo bancário. O primeiro é o que foi denominado pelo relator como “rigidez da Constituição”, no sentido de que ato normativo deve respeitar o que nela se insere. O segundo trata do “primado do Judiciário”, não se podendo transferir a atuação de órgão reservada exclusivamente por disposição constitucional.

O terceiro argumento é a “prerrogativa de foro”, sob o qual, partindo-se da premissa de que o cidadão só pode ter o sigilo afastado ante a atuação do órgão competente, e considerando que o correntista detenha, por exemplo, prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo STF, só a Corte poderia afastar seu sigilo, o que implica em considerar que qualquer tentativa de restrição do patrimônio pela Receita Federal, ainda que com objetivos arrecadatórios, seria caracterizada como coação política na cobrança de tributos, indo de encontro a alguns dos verbetes da Corte.

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

O auge da argumentação é alcançado pela citação do caso Francenildo, referente à Petição nº 3.898, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se afirmou que nem mesmo o Ministro da Fazenda, maior autoridade na esfera fiscal, poderia obter acesso a dados

bancários de cidadão determinado, motivo pelo qual não se poderia cogitar o acesso de órgão subordinado ao determinado Ministério, a Receita Federal.

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

Ademais, argumentou que a Receita Federal já dispõe regularmente do acesso a informações sobre quase a totalidade de nosso patrimônio, em razão do que lhe é apresentado anualmente quanto a declaração de bens e direitos para fins de cálculo do Imposto sobre a Renda. Portanto, como a “Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como é que ela não pode ter acesso ao conjunto menor?” E o parágrafo 1º do artigo 145 muito sabiamente ressalvou o respeito aos direitos individuais, sendo lícita a identificação conforme os artigos 10 e 11 da Lei Complementar n 105/2001, que assegura a responsabilização penal do agente fazendário que violar o sigilo bancário.

Em complemento a este entedimento, a Ministra Carmen Lúcia esclareceu não haver quebra de privacidade, considerando que somente há uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal, ficando o órgão fazendário responsável pela preservação daqueles dados. Com o voto divergente, totalizando 4 votos, também votaram o Ministro Carlos Ayres Britto e a Ministra Ellen Gracie, que havia pedido vista, mas depois voltou atrás e votou exatamente como na Ação Cautelar nº 33, pelo improvimento do recurso extraordinário.

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

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

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

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

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

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

No mais, entende-se que esta posição atual do Supremo Tribunal Federal vem contextualizada em um período histórico no qual aquela Corte se entende na posição ativista

de defesa de direitos e garantias fundamentais, utilizando-se de uma hermenêutica constitucionalista garantista.

Resta aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante da futura nova composição da Corte, que em breve será remodelada em relação aos julgadores acima¹¹⁵. Dos que já expressaram seu voto pela tese acima, tem-se Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski. Não se conhece a posição dos seguintes Ministros como membros do STF: Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Teori Zavascki, embora se saiba que os dois últimos apresentem histórico de posições pró-fisco no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tribunal superior de origem. O ministro Joaquim Barbosa aposentou-se¹¹⁶.

Até que os temas sejam levados à pauta de julgamento será que influxos da esfera internacional são suficientes a caracterizar uma mudança no sentido do texto constitucional? Uma forma de interpretar o Acordo Intergovernamental à luz da Constituição é condicionar o envio das trocas de informações bancárias à necessária autorização judicial.

Outra interpretação é que entende o direito conformado infraconstitucionalmente. Neste sentido, se deve levar em conta o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01. Assim, obter-se-ia as informações sem autorização judicial, mas desde que haja processo administrativo instaurado contra o contribuinte ou procedimento fiscal em curso. Também o Acordo Intergovernamental não cumpre essa exigência.

Sem possibilidade de fornecer um exame de prognose para o caso, deve-se aguardar a decisão dos julgados referentes às ADI nº 2386 (apensa a ADI nº 2.390 e 2.386) e ADI nº 2389 (apensa a ADI nº 2406) e do RE nº 601.314, com repercussão geral. A depender da data do julgamento, muitos dos julgadores nem mais estarão na ativa para conduzir a decisão.

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

¹¹⁵ Vê-se que, no julgamento, alguns ministros não votaram. Além disso, de 2011 até o presente momento, houve algumas substituições que poderão mudar os cenários apontados: Luiz Fux, precedido por Eros Grau, Rosa Weber, precedida de Ellen Gracie, Teori Zavascki, precedido de Cezar Peluso e Luis Roberto Barroso, precedido de Carlos Ayres Britto. Ainda há a vaga do Ministro Joaquim Barbosa que formalizou o pedido de aposentadoria, mas ainda não foi substituído.

¹¹⁶ Há cinco nomes para escolha as vagas no Supremo Tribunal Federal. Celso de Mello, que deve se aposentar em 2015; Marco Aurélio Mello e Teori Zavascki, que completam 70 anos em 2016; e Rosa Weber e Ricardo Lewandowski que deverão se aposentar compulsoriamente em 2018.

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

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

Sobre o último item, a abertura constitucional para tanto existe e traduz-se na influência da realidade – principalmente a realidade externa - sobre o texto da norma. A atitude de interpretar é conhecer e criar, percebendo o texto através da realidade e condicionando a realidade através do texto. Mais do que um sentido trazido pela norma, ter-se-ia uma norma renovada à luz de uma evolução social, decorrente de um poder constituinte informal ou difuso, presente na vida dos institutos de forma contínua e permanente, constituindo-se um poder de fato, em estado de latência, pronto para ser acionado espontaneamente na vida constitucional dos Estados.¹¹⁷

A mutação constitucional decorre da indesejada separação entre a normatividade e a realidade constitucional¹¹⁸, e, embora tal fenômeno esteja presente em todo ordenamento jurídico como um todo, sua melhor expressão está na Constituição que encontra seu fundamento na necessidade de estruturar os poderes políticos, conforme exigências e expressões de validade do Estado¹¹⁹. Entre os estadosunidenses, onde a constituição é rígida,

¹¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.7.

¹¹⁸ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 137.

¹¹⁹ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p. 11.

mas aberta e interpretativa, a mutação constitucional é mera decorrência natural da aplicação das normas constitucionais.¹²⁰

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

1.4 AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO PELA REGRA DE CONSENTIMENTO: A ANÁLISE DO DECRETO Nº 8.303, DE 04/09/2014

Considerando que a decisão não esteja na pauta mais próxima de julgamento do Supremo Tribunal Federal, para minimizar os riscos de questionamentos judiciais de quebra de sigilo bancário, bem como as conseqüentes responsabilizações civis das Instituições Financeiras pelo encaminhamento dos dados referidos sob a égide do FATCA, cujo cronograma mais atualizado indica encaminhamento de dados em março de 2015, a Presidência da República publicou recentemente o Decreto nº 8.303¹²¹, de 04/09/2014, que altera o Decreto nº 3.724, de 10/01/ 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 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.

Por ele, os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil 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.

¹²⁰ PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006.159fls. Dissertação. Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, p. 17. DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

¹²¹ BRASIL. Decreto nº 8.303, de 04 de setembro de 2014. *Altera o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o artigo 6º da Lei Complementar nº105 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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 04 nov. 2014.

Também dispõe que, nos casos de flagrante constatação de prática de infração, como contrabando ou descaminho, em que o retardamento do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Nacional, pela possibilidade de subtração de prova, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil deverá iniciar imediatamente o procedimento fiscal e, no prazo de cinco dias, contado da data de seu início, será expedido TDPF especial, do qual será dada ciência ao sujeito passivo.

As Requisições de Movimentação Financeira - RMF serão precedidas de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal. No ato da intimação, o sujeito passivo deve fornecer:

- I - autorização expressa do acesso direto às informações sobre movimentação financeira por parte da autoridade fiscal; ou
- II - apresentação das informações sobre movimentação financeira, hipótese em que responde por sua veracidade e integridade, observada a legislação penal aplicável.

A interpretação mais clara desses dispositivos aponta para uma nova configuração do procedimento fiscal, dando-lhe uma roupagem mais aproximada do que seria um *due process of law* consentido.

Ademais, neste caso, o sigilo bancário restará preservado, sob fundamento legal do inciso V do parágrafo 3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001¹²², que não considera quebra de sigilo a divulgação de informações confidenciais com o consentimento expresso do titular¹²³.

Esta foi provavelmente uma saída institucional para evitar o enfretamento direto do tema do sigilo bancário pelo Poder Judiciário, muitas vezes moroso e ineficiente. Também minimiza os riscos jurídicos dos bancos quanto aos questionamentos dessa espécie, já que a relação dar-se-á entre um ente público (Receita Federal) e o sujeito passivo, ficando o banco, enquanto intermediário das informações financeiras, como mero expectador, de modo a preservar seus deveres de discrição.

¹²² BRASIL. Lei Complementar nº105, de 10 de Janeiro de 2001. *Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm >. Acesso em: 19 ago. 2014. Segundo a disposição: “ Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados ”

¹²³ Esta alteração do sentido normativo poderia ser feita via norma infraconstitucional (Decreto legislativo)? Esta questão também será discutida no bojo dos argumentos levados à Corte por ocasião dos julgamentos sobre o sigilo bancário referido.

Ambas hipóteses de exceção (incisos I e II, do parágrafo 3º do Artigo 4º do Decreto nº 3.724/2001)¹²⁴ descaracterizam a proteção do sigilo bancário, informando que existe vontade consciente do titular da conta em repassar tais informações. Esta premissa também poderá figurar nos contratos bancários, a fim de dar mais eficácia às fiscalizações e investigações alinhadas no contexto contemporâneo, numa espécie de contrato de adesão.

Mas, e quando não houver consentimento expreso do sujeito passivo? Poderá ele judicializar a questão, questionando o ato da Receita Federal, por intermédio, por exemplo, de Mandado de Segurança?

A afirmação positiva se impõe. As instituições financeiras fatalmente seriam questionadas sobre o repasse das informações e eventual violação ao seu histórico dever de sigilo bancário. Nos casos do F.A.T.C.A., o cliente-correntista também pode evitar a renúncia expressa do sigilo bancário prevista nas cláusulas contratuais e procurar o Judiciário. Para a lei norte-americana, enquadram-se, neste caso, nas hipóteses de cidadãos “não cooperantes” ou “recalcitrantes”. Em outras palavras, as pessoas físicas e jurídicas que, identificadas como *US Person*, não autorizem o envio de informação àquelas autoridades, ou ainda, aquelas com indício de *US Person* que não proverem à instituição financeira documentação hábil que desabone tal indício.

Segundo a legislação, ao deparar-se com pessoas recalcitrantes, as instituições financeiras participantes do F.A.T.C.A. deverão encerrar contas pertencentes àquelas já existentes na data da obrigação ou irão recusar-se a proceder abertura de contas novas, caso inexistentes, o que poderá gerar pesados riscos jurídicos de questionamento judicial, considerando não só o tratamento jurisprudencial dado à matéria de sigilo bancário, mas também àquele aplicável aos contratos bancários - contratos de consumo - cuja abusividade das cláusulas poderá ser demonstrada no caso concreto¹²⁵.

Aventa-se a possibilidade de encerrar as contas com fundamento no que dispõe a Resolução BACEN nº 1682/90, a qual vela pela regularidade das contas, permitindo o encerramento das contas com informações irregulares¹²⁶. Ademais, os contratos bancários, a despeito de formalizados por adesão, podem ser encerrados por qualquer uma das partes envolvidas, tendo a instituição financeira a obrigação de esclarecer ao depositante as condições ou critérios para tal, bem como direitos e obrigações circunstanciais.

¹²⁴ Referência já realizada ao longo do texto.

¹²⁵ BRASIL. STJ. *Súmula 381*. DJe 05/05/2009. Cf. o enunciado da referida súmula: “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

¹²⁶ BACEN. Resolução nº 1.682, de 31 de janeiro 1990. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br> >. Acesso em 04 nov. 2014.

Estes são exemplos de como sistemas regulatórios formais e informais podem conviver na concepção do que seria o direito da pós-modernidade, já que as demandas contemporâneas necessitam de respostas rápidas que muitas vezes não podem aguardar a solução tradicional dos Poderes Estatais.

2 PANORAMA INTERNACIONAL: O FATCA COMO ARRANJO LEGISLATIVO PÓS-CRISE ECONÔMICA E COMO O MODELO REGULATÓRIO DE TROCAS DE INFORMAÇÕES PARA FINS FISCAIS

“O dinheiro sozinho põe todo o mundo em movimento”. Publilius Syrus

Neste capítulo realiza-se uma análise do contexto de criação da legislação F.A.T.C.A., desenhada em resposta à crise mundial econômica de 2008, premissa fática que geralmente fomenta a cooperação mundial como forma de solução de problemas comuns aos Estados¹²⁷.

Diante da premissa posta, demonstrar-se-á como o Estado Norte-Americano, além de deter um poder regulatório considerável para tratar de temas econômicos financeiros mundiais, cria uma rede de influências para os demais Estados, induzindo, pelo *design* da norma, a cooperação com os demais países, o que decorre da própria forma de modelamento da norma e suas sanções, o que pode ser observado, sob os parâmetros da Análise Econômica do Direito.

Descrever esse contexto é importante para conhecer a motivação por trás da construção legislativa que acentua a ingerência na esfera de liberdade individual sob dois enfoques: i) estatal, decorrente do conceito de soberania clássico e sua flexibilização; ii) internacional, decorrente do fluxo de influência externa que tem uma legislação - ainda que estrangeira - na alteração do tratamento legal e jurisprudencial no ordenamento jurídico nacional.

O capítulo será dividido em três seções. A primeira seção destina-se a analisar como o Direito comporta-se diante de crises, ao criar esquemas e mecanismos normativos novos. A segunda seção descreverá o F.A.T.C.A., suas circunstâncias de criação, características, abrangência, mecanismos de eficácia. A terceira seção demonstra como o Estado Norte-Americano geralmente cria uma rede de influências para os demais Estados, induzindo a cooperação, o que também se revela como uma consequência da forma de elaboração da norma e seus impactos.

A segunda parte destina-se a mapear os modelos cooperativos para trocas de informações. Ao invés de fazer um estudo comparado entre os numerosos acordos bilaterais,

¹²⁷ Importante destacar que a cooperação não afeta a soberania, mas envolve um exercício de soberania compartilhada. SILVA, José Afonso da. Direito Regional Econômico, Direitos Humanos e e Direito Comunitário. In PIOVESAN, Flávia (org).Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 17-38.

utiliza dois grandes modelos de trocas de informações no mundo, abrangendo a U.E. e a O.C.D.E e o compara com o F.A.T.C.A.

2.1 A CRISE COMO MOTE PARA NOVO ARRANJO DA LÓGICA LEGISLATIVA NA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

É comum defender-se que as sinergias e tensões entre as esferas jurídica e econômica poderiam justificar as alterações nas concepções jurídicas de alguns direitos individuais no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, caracterizando as interferências da Economia no Direito. A flexibilização de direitos individuais também pode ser considerada um mero sintoma da Sociedade de Riscos¹²⁸.

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

Nesse contexto, o elemento constituinte é a incerteza que é assumida por todos. Esse movimento gera uma solidariedade entre países, instituições e indivíduos nascida do contexto de perigo comum a que estão submetidos, criando respostas que seriam inconcebíveis em outros contextos históricos¹²⁹.

Não é, entretanto, a abordagem da Sociedade de Risco ou do interrelacionamento entre sistemas sociais que interessa à contextualização do tema proposto. Não há dúvidas de que as incertezas advindas da Sociedade de Riscos ou a tensão e sinergia entre Direito e Economia alteram as estruturas jurídicas de forma constante e em longo prazo.

Na crise, a alteração normativa funciona nos moldes de uma resposta mais imediata. A superveniência de crises evoca a necessidade de rápida superação dos obstáculos postos, além de permitir uma reflexão sobre seus motivos ensejadores, com consequente delineamento de providências repressivas, mas, sobretudo, preventivas, tendo o Direito o papel de legitimar ambas as ações¹³⁰.

¹²⁸ O conceito de Sociedade de Risco é desenvolvido por *Ulrich Beck* que identifica uma ruptura no interior da modernidade, reconfigurando seu conceito.

¹²⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo, Editora 34, 2010.

¹³⁰ Cf. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em:

Assim, verifica-se uma nova função do Direito – enquanto fato social e ciência – na resposta à crise, já que ele tradicionalmente não está apto a lidar com a dinamicidade contemporânea na forma esperada para superá-la ou evitá-la.¹³¹ Fica claro que diante de novos paradigmas, intenciona-se legitimar uma série de medidas que provavelmente não seriam aprovadas em um contexto geopolítico anterior como é exemplo a restrição de garantias individuais – materiais ou processuais – e a criação de normas com efeitos extraterritoriais para atingir indivíduos de outras nacionalidades e preservar o escopo de segurança mundial¹³².

Na crise, nem mesmo diante da flexibilização e da alteração de alguns institutos jurídicos, o Direito – com seus mecanismos formais e pouco céleres – consegue dar respostas suficientemente eficientes, seja frente à necessária preservação do *status quo* anterior à crise, seu posterior enfrentamento ou à minimização de seus efeitos para o futuro.

A autossuficiência dos sistemas em geral é desafiada na crise, colocando em xeque as prioridades então estabelecidas, exigindo-se estratégias inéditas e novas formas de ação, inclusive do Direito. Discute-se, de forma cooperativa entre os países, quais deveriam ser as atuações conjuntas em curto, médio e longo prazo. Com base nesse contexto, exige-se uma ampla reformulação dos conceitos, das categorias, das regras e dos procedimentos jurídicos, com consideráveis e justificáveis alterações jurídicas.¹³³

Quando se analisa a crise financeira de 2008¹³⁴, já se afirma que os paradigmas do Consenso de Washington¹³⁵ foram substituídos pelo Consenso de Londres. Isso significa, grosso modo, que a liderança mundial antes restrita ao G-7 ou G-8 remodela-se para um

<http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf> . Acesso em: 05 dez 2013.

¹³¹ A este respeito, pode-se citar a título de exemplo, que os atentados terroristas de 11 de setembro configuraram um suporte de segurança não antes conhecido pela Organização das Nações Unidas e mesmo de algum Estado Nacional.

¹³² Cf. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf> . Acesso em: 05.12. 2013.

¹³³ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-34.

¹³⁴ Não é o foco deste trabalho a discussão acerca dos fatores que desencadearam a ocorrência da crise. No entanto, FARIA (FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.21-22) defende que se somaram fatores novos e antigos que justificariam a crise. Os primeiros, inéditos e específicos, os segundos, problemas já suficientemente conhecidos nos registros de turbulências bancárias desde a Grande Depressão. Dentre os primeiros, enumera: “o crescimento descontrolado de derivativos, multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, opacidade de novos tipos de operações e fundos de investimento, níveis elevados e não controlados de alavancagem, conflitos de interesses de agências de classificação de risco, políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição do risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou nenhuma regulamentação”.

¹³⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues. *Globalização e Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 158.

grupo maior, com mais heterogeneidade e compartilhamento do poder entre países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. É óbvio que é uma configuração de países mais e menos influentes. No entanto, a inclusão dos países emergentes nas pautas de discussão mundial já é um avanço considerável.

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

Como consequência inexorável à crise, o Direito deve ser remodelado. Questionam-se procedimentos normativos e padrões fundamentados na teoria jurídica clássica. Consta-se que eles são insuficientes para sujeitar e atingir atores de forma homogênea, particularmente no caso de os Estados Nacionais alcançarem a regulação do sistema interno coincidente apenas com seu espaço territorial. Nesse sentido, existe unificação legislativa e internacionalização do Direito com intenção de moldar sistemas jurídicos uniformes e mais controlados.

É no cenário de pós-crise, de organização jurídica em redes e na intenção cooperativa que se remete as origens¹³⁶ do FATCA. A criação da norma deu-se em 2010, ano ápice dos efeitos da crise econômica e em meio a outras propostas já existentes que também foram recrudescidas¹³⁷. Em 18 de março do mesmo ano foi sancionado pelo Presidente dos Estados

¹³⁶ Para a pesquisa, interessa analisar a norma a partir de sua edição. No entanto, vale ressaltar que a proposta de combate à evasão de divisas é um tema antigo, principalmente na cabeça das autoridades norte-americanas, por exemplo, em carta do Presidente *Franklin Roosevelt*, datada de 1937, na qual ele alerta ao então Secretário da Receita, *Henry Morgenthau*, sobre os riscos de contas *offshore* não tributáveis. Vários instrumentos precederam a norma, destacando-se, desde 2007: *John Doe Summons* (intimações John Doe, destinadas a descobrir informações sobre contas fantasmas); intercâmbio de informações em conformidade com os tratados fiscais; o encaminhamento de informação voluntária por parte de instituições financeiras realizado pelo denominado *QI Qualified Intermediary* - Intermediário Qualificado. No entanto, embora paralelas, nenhuma delas apresenta os mesmos efeitos da legislação que ora se estuda, dos quais destacam-se: informação automática por meio de reportes e realização de *due diligence* por instituições financeiras. Para conhecer tais instrumentos, conferir: NESSLER, Richard A. *United States: IRS Issues John Doe Summons For Hidden Accounts*. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/307668/tax+authorities/IRS+Issues+John+Doe+Summons+For+Hidden+Accounts>>. Acesso em: 18 ago 2014.

¹³⁷ BAKER, Mary Burke. *The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback*. *Benefits Law Journal*. Spring 2012, Vol. 25 Issue 1, p 5. Conforme o autor, na mesma época houve um recrudescimento de outra proposta precedente e semelhante ao F.A.T.C.A. *Report of Foreign Bank and Financial Accounts* (FBAR) é um relatório que mapeia contas estrangeiras em todo o mundo e que está em vigor desde 1972, com o escopo de identificar e combater crimes financeiros. O Secretário da Receita Federal em 1970, Sr. *Eugene T. Rossides* descreveu alguns objetivos do Relatório, dentre eles: “construir um sistema de combate ao crime organizado e crimes de colarinho branco para dissuadir e impedir a utilização de contas bancárias secretas no exterior utilizadas para fraude fiscal e uma grande variedade de atividades financeiras criminalmente relacionadas.” Em 2010, o Relatório Final do Grupo de Trabalho Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) resgatou sem rodeios a ideia propugnada por *Rossides*: “*Follow the Money*” (Siga o Dinheiro). Na verdade, o sistema é

Unidos da América (E.U.A.) o Ato para Recuperação e Incentivo do Emprego (*Hiring Incentives to Restore ou Employment Act - HIRE Act*¹³⁸). Trata-se de um pacote de políticas destinadas a fazer face à recessão econômica de 2008, ao gerar incentivos fiscais para o setor privado, bem como prever melhor planejamento e monitoramento da arrecadação já existente.

Por ocasião da assinatura, o Presidente Norte-Americano *Barack Obama* destacou que governos não resolveriam os problemas econômicos decorrentes da recessão sozinhos, mas que precisariam do setor privado para reaquecer a economia, que além de criar empregos, deveriam gerar renda de impostos¹³⁹.

Focada na necessidade de aquecimento econômico propulsionado pelo setor privado, a legislação prevê mecanismos que possibilitariam maior arrecadação de tributos pelo Estado Norte-Americano, evitando a omissão de receitas relativas a ativos estrangeiros¹⁴⁰. Neste sentido, a legislação inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondente ao Capítulo IV) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986, o que foi denominado no Título V do *Hire Act*¹⁴¹ de *F.A.T.C.A. - Foreign Account Tax Compliance*, normatização que estabeleceu obrigações com efeitos extraterritoriais, estabelecendo às Instituições Financeiras Estrangeiras (*Foreign Financial Institution* ou *FFI*) procedimentos para a identificação, documentação e monitoramento de contas de pessoas consideradas norte-americanas¹⁴²

De forma paradoxal, no cenário de crise mundial, observa-se que, enquanto outros mecanismos falham, os negócios – e aí acrescenta-se o comércio e a movimentação financeira

muito semelhante, mas a pedra angular do FATCA é contar com o auxílio de terceiros, mais especificamente instituições financeiras.

¹³⁸ US. US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 111th Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez 2013.

¹³⁹ US. THE WHITE HOUSE. *Office of The Press Secretary*. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-signing-hire-act>>. Acesso em: 10 dez 13. O discurso não faz qualquer referência à alterações legislativas no Código Tributário, nem destaca a importância de procedimentos de reporte de informações pessoais e bancárias para o incremento do volume de arrecadação tributária nem sequer menciona a obrigatoriedade de observância por parte de instituições financeiras estrangeiras que se localizem fora do território norte-americano.

¹⁴⁰ HATTEN-BOYD, Laurie. *FATCA: Will This Penal Withholding Regime Have Its Intended Effect?* International Tax Journal. Jul 2010, Vol. 36 Issue 4, p 3. Segundo a autora “A Comissão Mista de Tributação estimou que as disposições do F.A.T.C.A. vão impedir as pessoas de sonegar US\$ 8,7 bilhões em impostos dos EUA, durante os próximos 10 anos.”

¹⁴¹ O referido Título V é denominado *Offset Provisions*, que, em tradução livre da autora, significa “disposições fora do lugar” ou “outras disposições da lei” ou “disposições deslocadas”, sem vínculo com sua essência principal da lei, o que corrobora a tese de que a alteração foi discreta exatamente porque poderia ser polêmica.

¹⁴² US. US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 111th Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez 2013. Conforme a alínea b (Apresentação de Relatórios) da Seção 1471 (Retenção de Pagamentos às Instituições Financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira que mantenha um acordo em vigor, ou seja *PFFI – Participating Foreign Financial Institutions*.

– parecem conduzir a uma força suficiente para unificar e harmonizar questões dos Estados, considerando-se mais efetivo do que muitos exércitos.¹⁴³

No contexto de mundo globalizado, mais econômico do que político, os Estados não podem negar que eles perdem sua posição com maior velocidade e devem adequar níveis adequados de liberdade e controle, flexibilidade e planejamento para tentar reverter suas perdas de controle e gestão. A despeito das regras jurídicas nacionais, o mundo urge por regulações em vários campos. Forma-se, em face disso, “*world wide frameworks*”¹⁴⁴

Foi esta a justificativa para os governos dos Estados Unidos, França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido publicarem uma Declaração Conjunta¹⁴⁵ que prevê a adoção de uma abordagem comum para a aplicação do F.A.T.C.A. por intermédio de sistemas automáticos de troca de informações. O documento prevê que os E.U.A. têm intenção de anuir com a reciprocidade aos países, colaborando com a coleta e o intercâmbio automáticos de informações sobre contas mantidas em instituições financeiras dos EUA por residentes de cada um dos países signatários da declaração, o que fortalece a ideia de que haveria um regime F.A.T.C.A. internacional.

Mas como será que os EUA conseguem fomentar esta ‘adesão’ e ‘cooperação’? Dois pontos são colocados: i) forte caráter regulatório do país em temas financeiros e econômicos e ii) delineamento consciente de incentivos e desincentivos para adesão, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito.

2.2 O ESTADO NORTE-AMERICANO E SUA REDE DE INFLUÊNCIAS JURÍDICAS NOS DEMAIS ESTADOS

A elaboração de normas para efeitos em outras jurisdições não decorre geralmente de processos plurais, democráticos e com ampla participação da comunidade internacional. Ao

¹⁴³ CASELLA, Paulo Borba. *Pax Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration*. (coord) In Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, p. 86-87

¹⁴⁴ CASELLA, Paulo Borba. *Pax Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration*. (coord) In Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, p. 86-87

¹⁴⁵ US. US DEPARTMENT OF TREASURY. *Model Intergovernmental Agreement to Improve Tax Compliance and implement FATCA*. Disponível em: < <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Communique-Model-Agreement-to-Implement-FATCA-7-25-2012.pdf> > Acesso em: 03 dez 2014. Dentre os considerandos, leia-se: “*For many years France, Germany, Italy, Spain, the United Kingdom and the United States have been partners in countering offshore tax evasion and improving international tax compliance so that all citizens pay their fair share of taxes due under the law*”

contrário, as fontes regulatórias em temáticas comerciais, econômicas e financeiras emanam, principalmente, das principais potências internacionais.

Esta nova visão realista do Direito Internacional¹⁴⁶ encontra respaldo na denominada ideologia do excepcionalismo¹⁴⁷ que guia a política externa de segurança dos EUA, principalmente após o 11 de setembro¹⁴⁸. É comum perceber que alguns Estados – em pleno desequilíbrio do *Balance of Power* - acabam por influenciar ou até impor aos outros agentes – formais ou não - seus padrões de comportamento tanto para a construção normativa de seus países, quanto para a imposição de normas nacionais com efeitos extraterritoriais.¹⁴⁹

A política externa intervencionista norte-americana no cenário internacional remonta o século XIX, apoiada no *Big Stick*, método de diplomacia dos EUA que lhes faziam crer que deveriam assumir o papel da política internacional em grande parte do mundo, principalmente na América Latina.

Perpassa as investigações sobre a existência de “caixa dois” nas contribuições da campanha do Presidente *Richard Nixon* - que justificou a edição da *Lei sobre Práticas de Corrupção Estrangeira ou Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*¹⁵⁰, em 1977, revisada em 1988 - aos casos das fraudes ocorridas na Enron ou World.Com. A reforma foi elaborada para viabilizar delação premiada (abrandamento de penas decorrente da comunicação de ilícitos às autoridades norte-americanas) a ser aplicada em ações judiciais e ações administrativas instauradas pela comissão de valores mobiliários americana – *Securities and Exchange Commission* (SEC) e outras agências norte-americanas, com possibilidade de compartilhamento das informações com o *Federal Bureau of Investigation* (FBI).

E, em certa medida, culminaram com o fomento de maior controle estatal para empresas que atuam globalmente, mantendo operações financeiras no exterior ou negociando

¹⁴⁶ Sobre as relações de poder dos Estados Unidos, conferir: BULL, Hedley. *A sociedade anárquica. Um estudo da ordem na política mundial*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília. Imprensa Oficial do Estado. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. 2002, p. 236.

¹⁴⁷ DUNNE, Tim. *Society and Hierarchy in International Relations*. *International Relations*, vol. 17, no 3, 2003. p. 303-320. Disponível em: < <http://ire-sagepub-com.ez54.periodicos.capes.gov.br/content/17/3/303> >. Acesso em: 05 nov.2014.

¹⁴⁸ DECAUX, Emmanuel. *Droit International Public*. 3. Édition. Dalloz: Paris, 2002, p. 26. MAIONE, Emerson de Souza. Ordem e justiça na sociedade internacional pós-11 de Setembro. *Revista Brasileira de Política*. Volume 52.1. Jan/2009. p133. Disponível em: < <http://www.ibri-rbpi.org/rbpi> >. Acesso em: 05 nov 2014.

¹⁴⁹ VARELLA, Marcelo D. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf> . Acesso em: 05 dez. 2013. p. 165

¹⁵⁰ US. US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 95 Th Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-91/pdf/STATUTE-91-Pg1494.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2014. A lei tem clara vocação para criar regras anti-suborno e aumentar os critérios de segurança de governança corporativa.

papéis na Bolsa de Valores de *New York*, pela edição da Lei *Sarbanes-Oxley – SOX*¹⁵¹, em 2002, os EUA tem mantido um discurso de controle da governança global¹⁵².

Em um contexto mais recente, quando da crise de 2008, outras normas americanas de efeitos extraterritoriais foram também criadas, como é o caso do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*¹⁵³. Talvez esta seja a principal norma norte-americana desenhada para enfrentamento da crise. Seu objetivo declarado é promover a estabilidade financeira dos Estados Unidos, melhorando a prestação de contas e transparência no sistema financeiro.

Parece que os EUA caminham no sentido de fortalecer a atuação de suas agências reguladoras e de investigação, de maneira a aparelhá-las ao máximo, ainda que sua jurisdição sobre determinados acontecimentos fora de seus territórios seja questionável. É que sentem-se convencidos da importância de seu papel de regulador mundial das condutas corporativas, deixando de lado eventual perímtero para sua atuação jurisdicional e soberania dos países, em claro alargamento de sua atuação normativa. Advogam também no sentido de não haver dúvidas sobre a legitimidade de alcance da jurisdição fiscal dos E.U.A. em outros territórios, procedimento incorporado na prática costumeira internacional.¹⁵⁴

Mas, para além da discussão acerca da política externa norte-americana e eventual realismo na estipulação de normas com efeitos extraterritoriais¹⁵⁵, no qual os EUA

¹⁵¹US. US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *The Laws that Govern the Securities Industry*. Disponível em: <<http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2014. A lei visa garantir a criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis nas empresas, incluindo regras para a instituição de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, de modo a mitigar riscos aos negócios, evitar a ocorrência de fraudes ou assegurar que haja meios de identificá-las quando ocorrem, garantindo a transparência na gestão das empresas. Empresas com operações financeiras nos EUA devem segui-la. No que se refere às empresas nacionais, cita-se Petrobrás, AmBev, Bunge Brasil, Gol Linhas Aéreas Brasileiras, Sabesp, TAM, Companhia Brasileira de Distribuição (Grupo Pão de Açúcar), Natura, Claro etc.

¹⁵² NYE JR., Joseph S.; DONAHUE, Jonh D. *Governance in a globalizing world*. Washington: Brookings Institution Press, 2000. Neste trabalho, por governança entende-se o processo e instituições – formais e informais – que orientam e delimitam as atividades coletivas de um grupo. Governo pressupõe a atividade de autoridades, com criação de obrigações formais, enquanto a governança não é conduzida necessariamente por organizações internacionais ou agentes formais, mas por normas privadas oriundas de corporações .

¹⁵³US. US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *The Laws that Govern the Securities Industry*. Disponível em: < <http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2014. A crise colocou em xeque as empresas e instituições financeiras “too big to fail”. A norma serve para proteger o contribuinte americano por resgates de finalização, bem como os consumidores de práticas abusivas de serviços financeiros. A lei cria novas agências e prevê um controle mais próximo do mercado financeiro, inclusive para instituições não-bancárias.

¹⁵⁴MORSE, Susan C. *Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting*. Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1999101>>. Acesso em: 20 Jan. 2014.

¹⁵⁵Os realistas fundamentam seus estudos nas relações de poder entre os Estados (*Power Politics*), o que gera uma espécie de anarquia internacional, remetendo a um sistema que é em sua essência conflituoso, pois quem dá a última palavra é sempre o mais forte, sob o viés econômico ou político (ou ambos), concentrando a resolução de conflitos na realidade e não na racionalidade do dever ser jurídico. *Wight* subdivide o realismo em três teorias científicas, nomeadamente a mecanicista, a biológica e a psicológica. De acordo com a teoria

conceberiam diretrizes para fixar os valores e modelos normativos a serem seguidos, o que se percebe é que para se legimitar o poder regulatório, ele deve estar baseado na premissa da cooperação, que traz para os cooperantes para perto, numa situação de inevitabilidade de conformidade.

São organismos estatais e não-estatais que operam em diferentes níveis. No nível sub-nacional existem associações comerciais que formulam códigos de prática. Há trocas e as plataformas alternativas de negociação que exercem funções reguladoras sobre seus membros e intercâmbios. E as empresas reguladoras repassam aos seus regulados as mesmas premissas, até que se chegue no último nível, criando uma co-dependência em todas as cadeias¹⁵⁶.

Portanto, aplicando-se a tese realista ao cenário regulatório contemporâneo – que trabalha na dinâmica interna acima descrita - percebe-se que a eficácia das regulações norte-americanas decorre não só do poderio financeiro norte-americano e de seu conseqüente excepcionalismo, mas sobretudo, das dependências de todos os Estados daquele mercado, principalmente o financeiro.

A este fator, soma-se o design normativo da legislação que parece ter utilizado da metodologia da ciência econômica para aumentar a carga de sua eficiência normativa.

2.3 A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE QUESTÕES DA INCORPORAÇÃO DO FATCA: DELINEAMENTO DAS OBRIGAÇÕES E *ENFORCEMENT*

A influência dos Estados Unidos não ocorre meramente por questões de poder. Embora o realismo e as questões regulatórias tenham seu papel no Direito Internacional, de modo a refletir estruturas dominantes no cenário geopolítico, observa-se no bojo da criação da legislação norte-americana uma preocupação em criar mecanismos e instrumentos adequados para atingir a eficácia normativa e aderência desejada. Grosso modo, é como se questionasse: qual é o ‘preço’ do sigilo bancário? Da resposta, verifica-se uma estrutura de incentivos e desincentivos para cooperação.

mecanicista a referência do sistema internacional é o equilíbrio através da Balança de Poderes, conceito que se tornou fundamental para toda a Teoria Internacional.

¹⁵⁶ BLACK, Julia. *Legitimacy and the Competition for Regulatory Share*. LSE Law. Society and Economy Working Papers. N 14/2009. London School of Economics and Political Science Law Department. Disponível em: < <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/>> . Acesso em: 05 nov. 2014.

Tendo-se por pano de fundo todo esse contexto e problemática, ao utilizar-se do referencial teórico da Escola *Law and Economics* para justificar a eficácia e enforcement, verifica-se que na concepção da legislação, muitas das premissas da AED – Análise Econômica do Direito foram observadas a fim de estabelecer critérios de eficiência normativa, como por exemplo:

- i) no delineamento das sanções previamente estabelecidas;
- ii) na alocação de recursos pela transferência de custos sociais e de transação da arrecadação de tributos aos agentes bancários;
- iii) no aprimoramento da premissa da maximização do bem-estar e lucro do beneficiário da norma, que é o Estado Norte-Americano;
- iv) no mote da cooperação como fundamento para eficácia da norma.

Ao analisar a legislação, sob o ponto de vista de algumas premissas do AED, a norma parece ser eficiente, já que a sanção pelo descumprimento acabou por fomentar a adesão de mais de 80 países, a exemplo das *Ilhas Caymann*, conhecido território destinatário de evasão de divisas. Isso ocorre porque, ao optar por não aderir ao FATCA, a instituição financeira sofreria, a partir de julho de 2014, retenções na fonte de 30% sobre rendimentos de fontes dos E.U.A. Considerando que houve sinalização da maioria dos países até esta data, o cronograma avançou sem que se percebesse a incorporação da norma nos ordenamentos pátrios.

Em outras palavras, embora se apresente como voluntária a adesão, ao se posicionar de forma diferente, a instituição financeira acaba por se submeter a condições concorrenciais prejudiciais, sendo, na verdade, imperiosa sua adesão. Neste sentido, os idealizadores da norma parecem ter aplicado de forma expressiva os ensinamentos da *Law and Economics*, fomentando ou obrigando seu fiel cumprimento.

Enquanto a Economia apresenta o objetivo de perscrutar o comportamento humano na tomada de decisões em um mundo de recursos escassos, o Direito tem o dever de regular e orientar a conduta humana diante de critérios próprios como a justiça. Embora a ciência jurídica seja deontológica e normativa, prospectando-se para o ‘dever-ser’, e a economia preocupe-se com o ‘ser’, descrevendo fatos objetivos para fins da análise comportamental humana, entendeu-se que o estudo da Economia poderia agregar valor ao Direito, mais especificamente emprestando ao Direito metodologia própria para alargar a compreensão do comportamento humano, e, por consequência, moldá-lo de forma mais eficiente.

Com a Análise Econômica do Direito, intenta-se não subordinar sistemas, mas sim coordenar os campos científicos, com benefício da compatibilização entre justiça e eficiência. Assim, a partir de diretrizes interdisciplinares, utilizou-se metodologia da ciência econômica

para aumentar a carga de eficiência normativa do Direito, ideia consolidada no bojo do movimento *Law and Economics (L&E)* no âmbito da Escola de Chicago, na década de 70.

O pressuposto da *L&E* é que o Direito, sendo instrumento para alcançar comportamentos sociais desejados, deveria utilizar-se dos conceitos de eficiência econômica para alcançá-los, melhor compreendendo as tomadas de decisão dos agentes econômicos e maximizando o bem-estar. É claro que a A.E.D. não se destina unicamente a tratar de questões sobre a eficiência da lei, embora esta seja uma dentre as muitas de suas finalidades, não se apresenta como exclusiva.¹⁵⁷

Para o entendimento da metodologia da A.E.D., necessário fixar suas premissas. A primeira premissa, inspirada na ideologia utilitarista, é a maximização da riqueza, tanto pelos indivíduos (microeconomia), quanto pela sociedade e Estado (macroeconomia). Esta escolha é direcionada em função de uma outra premissa: a de que as decisões econômicas humanas são sempre realizadas de forma racional¹⁵⁸.

Outra premissa é a que as normas jurídicas criam preços implícitos para tipos diferentes de conduta e que tais preços implícitos podem ser analisados da mesma forma que os economistas avaliam a reação ou resposta dos consumidores a preços explícitos de bens e serviços¹⁵⁹.

Relativamente quanto ao tema do direito ao sigilo bancário, é claro que ele apresenta valores – não só morais e éticos, mas também econômicos e financeiros – desiguais para as partes envolvidas: de um lado seu titular, o correntista, e, de outra, seu guardião, a instituição financeira. Esta também é uma premissa da AED a ser considerada para direitos não absolutos (ou que possam ter seu alcance limitado por outro direito de estatura semelhante): a de que direitos não absolutos (como os direitos de privacidade) se submetem a uma análise de transação de custos, sendo os incentivos para sua proteção tratados de forma diferente por cada uma das partes.¹⁶⁰

A lei, sob a visão da AED, deve ser eficiente, ou, em outros termos, meritória para toda a sociedade, o que pode ser aferido considerando-se técnicas analíticas da economia. A economia emprega mais de uma noção de eficiência a ser considerada: i) a eficiência produtiva; ii) o ótimo ou superioridade de Pareto; iii) eficiência de Kaldor-Hicks.

¹⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”?* Revista do Curso de Direito – UNIFACS, n. 160, Outubro de 2013. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: 30 abr. 2014, p.2.

¹⁵⁸ POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. HUP, 1983, p 5-7.

¹⁵⁹ ROEMER, A. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. 2. Ed. México: ITAM: 2000, p. 14.

¹⁶⁰ POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. HUP, 1983, p 70-80.

A relação de Pareto refere-se à comparação entre o estado de coisas relacionadas, de modo que o ótimo seria alcançado quando uma situação fática não permite que um indivíduo seja considerado pior, ou melhor, do que o outro. Já a superioridade reproduz exatamente as situações políticas do mundo real, muitas vezes reproduzidas pelas leis, com ganhadores e perdedores. O critério de Kaldor-Hicks-Scitovsky desenvolve a ideia de compensação potencial, no qual ganhadores e perdedores podem se compensar. As diretrizes legais, no entanto, devem ir adiante da questão da eficiência econômica, mas deve atender a requisitos de justiça também, dissuadindo, por exemplo, a violações legais ou imputando uma sanção proporcional ao dano social.¹⁶¹

Outro ponto da legislação que merece o olhar da AED é a internalização dos custos advindos de toda a atividade arrecadatória (monitoramento, reporte e retenção de tributos) - a princípio de obrigação originária do Estado Norte-Americano, na pessoa do *IRS* - pelas instituições financeiras brasileiras, que nada mais é do que a aplicação irrestrita do conceito de internalização de externalidades oriunda da AED.

Na equação jurídica fornecida pela legislação, a instituição financeira oferece acesso mais célere, menos custoso e muito mais preciso aos dados financeiros imprescindíveis às autoridades fiscais nas atividades arrecadatórias. Aliás, ousar-se-ia dizer que jamais as autoridades fiscais poderiam acessar – sob as mesmas circunstâncias - qualquer banco de dados tão robusto e privilegiado quanto àquele mantido pelo segmento financeiro (abrangendo não só instituições financeiras, mas também companhias de seguro, securitizadoras de crédito etc¹⁶²).

¹⁶¹ ROEMER, A. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. 2. Ed. México: ITAM: 2000, p. 27; 38-39.

¹⁶² US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Congressional Bills. House Bill. 111th Congress*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm> >. Acesso em: 10 dez. 2013. O artigo 1471 da norma enquadra o conceito como quaisquer Instituições Financeiras Estrangeiras (não constituída sob leis norte-americanas)¹⁶² que (i) aceitem depósitos no curso ordinário de um banco ou negócio similar, configurando bancos de qualquer tipo, caixas ou associações de poupança ou crédito, sociedades financeiras de crédito, financiamento ou investimento, consórcios de crédito, empresas de arrendamento mercantil, outras instituições cooperativas bancárias; (ii) detenham ativos financeiros como porção substancial de seu negócio, como corretoras, distribuidoras, câmaras de registro, liquidação e compensação de investimentos, custodiantes, fiduciários, entidades de vida e previdência, seguradoras que vendam planos de seguro resgatáveis em dinheiro e em vida, planos ou entidades de pensão abertas ou fechadas; (iii) apresentem como atividade principal atividade investir, reinvestir, ou negociar títulos, valores mobiliários, participações societárias, mercadorias enquanto ativos financeiros (commodities), ou quaisquer interesses ou participações em tais ativos, inclusive contratos derivativos, de futuros, termo, opções ou commodities, como fundos de investimento abertos ou fechados, fundos mútuos, multimercado, de participações, fundações ou outros veículos de investimento. Também se enquadram no grupo, de forma equiparada às instituições financeiras, empresas que possuam mais de 50% de seu lucro bruto proveniente de rendas passivas tais como juros, ganhos líquidos, ganhos de capital, variação cambial e monetária, resultado de derivativos, aluguéis ou royalties recebidos passivamente sem que a empresa e seus funcionários estejam ativamente engajados na atividade de gestão imobiliária ou desenvolvimento e gestão de direitos autorais e propriedade intelectual. São ainda instituições financeiras aquelas empresas que possuam mais 20% de sua

O objetivo da autoridade fiscal – seja ela norte-americana ou de qualquer outro qualquer outro Estado Nacional, o que explica a aderência da norma, já que vários Estados mantêm o mesmo interesse no combate à evasão fiscal e na transparência - é minimizar a soma dos custos de transação (que incluem altos custos administrativos) na atividade arrecadatória sem nem sequer precisar alocar recursos adicionais para tal, ou em outras palavras, sequer pagar pelo serviço de terceirização das atividades aos destinatários da norma.

Ora, além de contar com o apoio logístico, operacional e financeiro das Instituições Financeiras, o Estado Norte-Americano procura obter a informação mais acurada acerca de seus cidadãos. E há quem detenha informação mais completa do que os bancos? Afinal, os dados que os bancos obtêm por ocasião do relacionamento bancário com seus cliente são completíssimos, geralmente os dados pessoais são atualizados com frequência e a movimentação financeira de um cidadão reflete todos os seus passos, oferecendo um verdadeiro raio-x de sua situação pessoal e patrimonial.

In casu, entendeu-se que os custos de transação - caracterizados como aqueles resultantes da soma de montantes relacionados à produção de algo ou à prestação de alguma atividade – apresentam equação melhor obtida diante da eficaz gestão da terceirização do serviço, que será prestado sem assunção de custos que deveriam ser suportados originalmente pelos agentes fiscais estrangeiros.

A implantação de toda a estrutura gigantesca prevê custos administrativos altos, relacionados à compra de equipamentos, adequação de softwares, prestação de serviços, aquisição de insumos, contratação de pessoas, adequação de normas, *compliance*, acompanhamento, fiscalização, auditoria, além de todo o esforço diplomático que vem sendo desenvolvido na troca de informações para fins fiscais no âmbito dos Estados. A Análise Econômica do Direito justifica facilmente esta questão, já que a teoria econômica entende que quanto mais altos os custos de transação, mais provável é que o agente econômico o terceirize.

Caso ainda se incluam outros elementos a este cenário, ter-se-ia a economia de escala proporcionada pela adesão não só de um, mas de vários Estados – e conseqüentemente de todas as Instituições Financeiras a ele vinculadas – o que acarretaria o envio simultâneo de dados financeiros e pessoais de grande parte da população mundial bancarizada. Esta opção está sendo formalizada por intermédio de um grande acordo a ser viabilizado pela O.E.C.D. Neste aspecto, também a A.E.D. contribui ao tema com os estudos que aferem as escolhas

pela cooperação em detrimento do litígio, valorizando a teoria da barganha entre países, já que se viabiliza uma relação ganha-ganha entre eles, já que todos se beneficiarão de um acordo para acesso a informações pessoais e financeiras de seus nacionais, de forma recíproca¹⁶³

Outra acepção da Teoria dos Custos de Transação a serem assumidos pelas organizações - até que se chegue a uma alocação eficiente¹⁶⁴ - e que também está relacionado com a teoria contratual e a responsabilidade civil¹⁶⁵. Neste caso, como as instituições financeiras já prevêem a inserção de cláusula contratual tendente a legitimar ou vestir de licitude provável questionamento judicial acerca da violação do sigilo bancário, conforme ressaltado na última seção do primeiro capítulo.

Ao incluir nos contratos bancários a previsão de assentimento do titular para o envio de seus dados pessoais e/ou de movimentação bancária diretamente e de forma automática ao *IRS – Internal Revenue Service*, as Instituições Financeiras Estrangeiras estariam valendo-se de conceito oriundo da Análise Econômica do Direito, neutralizando a ocorrência de violação do sigilo bancário, com fundamento no inciso V do parágrafo 3º, artigo 1º, que dispõe que não constitui violação do dever de sigilo a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados.

É claro que – sendo o titular conhecedor da jurisprudência pátria acerca do tratamento do sigilo – poderá não haver assentimento possível, abrindo um outro campo de discussão: a validade da cláusula – que poderá ser considerada abusiva - sob o ponto de vista do direito do consumidor, por exemplo. No entanto, não se pode negar que a Escola de Chicago serve de base teórica para explicar a delineamento de muitas das obrigações da lei específica, mas não só isso: também orientou a solução posterior acerca da sua própria aplicação, antevendo eventuais impactos negativos e neutralizando campos de ilegitimidade/ilegalidade, ou, em outras palavras, conduzindo a diminuição da liberdade contratual de modo a neutralizar externalidades¹⁶⁶

¹⁶³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 89-126. A teoria da barganha é o fundamento da teoria econômica da propriedade e leva em consideração a teoria dos jogos, dentro de uma concepção de cooperação ou não. Conclui-se que partes cooperativas tem mais condições de chegar a um acordo que seja eficiente para ambas, caracterizando uma relação ganha-ganha. cooperando há condições de ter uma garantia bem sucedida.

¹⁶⁴ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTANJ, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Elsevier, 2005, p 2-5.

¹⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 89-126.

¹⁶⁶ POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof (Organizador). *Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou Fracasso?* Tradução e e adaptação ao Direito Brasileiro: Luciano Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

Ademais, considera-se a possibilidade de questionamento do envio dos dados em relação a questão da quebra do sigilo bancário. A AED, quando trata de precaução, pode trasladar zonas proibidas em permitidas, minimizando ou anulando eventuais efeitos de condenação acerca do sigilo bancário. Nos termos da economia, torna eficiente as regras de cooperação, numa típica teoria da barganha em que os países aderentes jogam em posição de ganha-ganha e lida eficientemente com externalidades quanto à eventual condenação quanto ao sigilo bancário no plano contratual e da responsabilidade civil. Se os americanos aplicaram premissas da Escola de Chicago às leis, e claramente o fazem no desenho normativo do FATCA, os bancos, por sua vez, já o fazem de modo intuitivo há muito mais tempo.

Não há dúvidas de que o F.A.T.C.A. apresenta-se como um modelo de sucesso seguido pelos Estados e representa adesão de mais de 80 (oitenta) jurisdições no mundo¹⁶⁷, sendo ainda mais eficiente do que os tradicionais modelos de trocas de informações para fins tributários. Esta perspectiva altera a formatação de outros modelos ou regimes internacionais como é o caso dos modelos de tratados propostos pela OCDE e União Europeia.

2.4 FATCA: PREMISSAS PARA COMPREENSÃO E ELEMENTOS NORMATIVOS

O Acordo Intergovernamental assinado em 23/09/2014 pelo Brasil e pelos EUA sinalizou a obrigatoriedade de observância das regras contidas na norma FATCA em território nacional. O instrumento ainda não foi internalizado, devendo ser submetido a procedimentos internos de ratificação até setembro de 2015, em seus próprios termos. No entanto, o instrumento não é autônomo, fazendo remissão a vários elementos que só estão presentes na lei norte-americana, como é o caso do conceito de instituição financeira, muito mais amplo do que o tratado pela legislação nacional, por exemplo.

Assim, para a completa compreensão do Acordo, é preciso fazer referência aos termos normativos do FATCA. Neste sentido, vale definir dois grupos principais que devem observância, na posição de intermediários das informações:

- (i) *Foreign Financial Institutions (FFIs)* – Instituições Financeiras Estrangeiras
- (ii) *Non Financial Foreign Entities (NFFE)* – Entidades não classificadas como Instituições Financeiras Estrangeiras.

¹⁶⁷ US. US DEPARTMENT OF TREASURY. *Tax Policy. Treaties. FATCA Archive. Jurisdictions that have signed agreements.* Disponível em: < <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 04 nov 2014. A consulta das jurisdições pode ser feita no site indicado.

A norma impõe obrigações a tais entes, incluindo como destinatários finais da norma as denominadas *US Person*, que poderão ser pessoas físicas (*US Individuals*) ou jurídicas, cujas contas serão objeto de reporte às autoridades norte-americanas.

2.4.1 Sujeitos ativos da norma – entidades intermediárias informantes

2.4.1.1 FFI - Foreign Financial Institutions (Instituições Financeiras Estrangeiras)

A abrangência do primeiro grupo é semelhante ao conceito nacional de Instituição Financeira definido na Lei do Sistema Financeiro Nacional, mas não idêntico¹⁶⁸, já que o artigo 1.471¹⁶⁹ da norma enquadra o conceito como quaisquer Instituições Financeiras Estrangeiras (não constituída sob leis norte-americanas) que:

- (i) aceitem depósitos no curso ordinário de um banco ou negócio similar. Exemplos: bancos, caixas, associações de poupança ou crédito, financiamento ou

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 janeiro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595compilado.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013. Nos termos do Art. 17: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual. Art. 18: (...) § 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

¹⁶⁹ U.S. U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE. CONGRESSIONAL BILLS. HOUSE BILL. 111TH CONGRESS. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013. O texto original da norma prevê um trecho próprio para definições, no qual a *FFI* é conceituada da seguinte forma: *The term “foreign financial institution” means any financial institution which is a foreign entity. Except as otherwise provided by the Secretary, such term shall not include a financial institution which is organized under the laws of any possession of the United States. Except as otherwise provided by the Secretary, the term “financial institution” means any entity that—(A) accepts deposits in the ordinary course of a banking or similar business, (B) as a substantial portion of its business, holds financial assets for the account of others, or (C) is engaged (or holding itself out as being engaged) primarily in the business of investing, reinvesting, or trading in securities (as defined in section 475 (c)(2) without regard to the last sentence thereof), partnership interests, commodities (as defined in section 475 (e)(2)), or any interest (including a futures or forward contract or option) in such securities, partnership interests, or commodities.* Os exemplos dados decorrem de enquadramento da candidata que o fez em fundamento em figuras semelhantes existentes no Sistema Financeiro.

investimento, consórcios de crédito, empresas de arrendamento mercantil, sociedades financeiras de crédito etc.;

- (ii) detenham ativos financeiros como porção substancial de seu negócio. Ex.: corretoras, distribuidoras, câmaras de registro, liquidação e compensação de investimentos, custodiantes, fiduciários, entidades de vida e previdência etc.;
- (iii) apresentem como atividade principal atividade investir, reinvestir, ou negociar títulos, valores mobiliários, participações societárias, mercadorias (commodities), fundos de investimento abertos ou fechados¹⁷⁰

Também se enquadram no grupo, de forma equiparada às instituições financeiras, empresas que possuam mais de 50% (cinquenta por cento) de seu lucro bruto proveniente de rendas passivas tais como juros, ganhos líquidos, ganhos de capital, variação cambial e monetária, resultado de derivativos, aluguéis ou *royalties* recebidos passivamente, com exceção quando a empresa e seus funcionários estejam ativamente engajados na atividade de gestão mobiliária ou desenvolvimento e gestão de direitos autorais e propriedade intelectual. São ainda instituições financeiras aquelas empresas que possuam mais de 20% (vinte por cento) de sua receita oriunda da prestação de serviços relacionados à intermediação financeira para terceiros.

Assim, não havendo o enquadramento direto ou presumido como FFI nos itens anteriores, a legislação recomenda avaliar se mais de 50% (cinquenta por cento) do lucro bruto da empresa decorre de rendas passivas ou se mais de 20% (vinte por cento) da suas receitas originam-se da intermediação financeira em benefício de terceiros. Nesses casos, ainda que o ente, do ponto de vista regulatório não seja Instituição Financeira, para fins de F.A.T.C.A., será considerado Instituição Financeira. Pode-se citar o caso das companhias de securitização de crédito imobiliário, que por vedação legal não podem, em algumas hipóteses, serem consideradas Instituições Financeiras no Brasil, mas o serão, para fins do F.A.T.C.A.¹⁷¹.

¹⁷⁰ Os fundos de investimento geralmente apresentam um administrador, que representam o fundo para todos os fins de direito. Para fins do F.A.T.C.A., quando o administrador não for diretamente uma instituição financeira sob as regras locais, ele será equiparado a uma FFI, para fins de reporte de dados dos investidores. No Brasil, em geral, o administrador do fundo o representa para todos os fins de direito brasileiro. É recomendável que o administrador do fundo inclua as suas obrigações junto ao governo norte-americano em contratos de prestação de serviços com investidores, no regulamento do fundo e busque aprovação em Assembleia.

¹⁷¹ BRASIL. Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997. *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013. No ordenamento jurídico brasileiro, as companhias de securitização de créditos imobiliários não são consideradas Instituição Financeira por vedação legal. A este respeito, confira-se o artigo 3º da Lei nº 9.514/97, que Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, *in verbis*: “As companhias securitizadoras de créditos imobiliários, instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, terão por finalidade a aquisição

São instituições financeiras isentas de cumprimento do F.A.T.C.A.:

- (i) fundos de pensão e aposentadoria signatários de tratados para evitar a dupla tributação junto aos EUA;
- (ii) planos de previdência e aposentadoria que receberem mais de 50% de suas contribuições do governo ou dos empregadores ou ainda aqueles fundos que receberem contribuições apenas do empregador, governo ou do empregado tendo um valor limite de contribuição referenciado à renda do empregado, em relação aos quais nenhum beneficiário isoladamente detenha mais de 5% dos ativos do fundo e cujos investimentos e rendimentos (do fundo) estiverem isentos de tributação de acordo com as leis do país onde o fundo está constituído;
- (iii) determinadas instituições financeiras organizadas em territórios norte-americanos;
- (iv) governo estrangeiro, subdivisão política de um governo estrangeiro, agência ou autarquia totalmente pertencente de qualquer um dos anteriormente mencionados;
- (v) organização internacional, agência ou autarquia totalmente pertencente a uma organização internacional;
- (vi) Banco Central Estrangeiro.

Considera-se que a lista de enquadramento definida acima não é taxativa, pois ainda estudam-se enquadramentos e desenquadramentos em relação aos desdobramentos dos entes acima (situações de operadoras de cartões de crédito pré-pagos comercializados para pessoas físicas ou jurídicas para fins de pagamentos de benefícios sociais. Ainda, por exemplo, companhias que comercializam seguro de valores em dinheiro ou companhias de resseguro, clubes de investidores e outras figuras), não é foco do trabalho aprofundar-se nesta discussão.

Para fins deste trabalho, pretende-se discutir o impacto para intermediadores financeiros, como bancos comerciais e múltiplos, caixas econômicas etc, ou, em outras palavras, entes que já são considerados naturalmente como Instituições Financeiras para fins do Sistema Financeiro Nacional, pois a elas destinam-se as normas de sigilo bancário.

2.4.1.2 *NFFE* – *Non Foreign Financial Entities* - Entidades não classificadas como Instituições Financeiras Estrangeiras

e securitização desses créditos e a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários, podendo emitir outros títulos de crédito, realizar negócios e prestar serviços compatíveis com as suas atividades.”

A seção 1471 (d, 5)¹⁷² do Código Tributário (*Tax Code*) define no segundo grupo aqueles entes que não se enquadrem no conceito anterior de Instituição Financeira. *NFFE são pessoas jurídicas* ativamente envolvidas em atividades mercantis ou comerciais, de produção, compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços que possua uma *US Person* como beneficiário efetivo final de participação substancial ou pessoas jurídicas constituídas ou não sob a legislação norte-americana que detenham direta ou indiretamente 10% (dez por cento) de participação acionária em entidade não isenta que receba pagamento com incidência de tributos.

Incluem-se também na denominação NFFE as sociedades que apresentem mais de 50% (cinquenta por cento) das ações com direito de voto ou mais de 50% (cinquenta por cento) do total de participação em seu patrimônio precisam estar listadas para negociação no mercado organizado ou de bolsas. Além disso, no ano anterior, as ações devem ter sido negociadas em mais de 60 dias e pelo menos 10% (dez por cento) do volume de ações listadas deve ter sido objeto de negociação. Essas condições de liquidez e negociação das ações podem ser substituídas caso se verifique que as ações da companhia são listadas para negociação em bolsas e mercados organizados nos E.U.A. ou quando há distribuidores que fazem o mercado para essas ações, atuando como “*market makers*”.

São excluídas do conceito:

- (i) as empresas puras de gestão de investimento, “*holding*”, o que deve ser comprovado pelo contrato ou estatuto social, código de atividade e balanço da empresa;
- (ii) empresas dedicadas à gestão de caixa, financiamento e *hedging* para empresas do mesmo grupo econômico não financeiro engajado ativamente na venda ou produção de bens ou prestação de serviços;
- (iii) entidades sob procedimento de falência, reestruturação judicial ou administrativa, concordata, ou empresas que estão se recuperando desses procedimentos, desde apresente documentos comprobatórios dessa situação e uma declaração correspondente. A declaração será válida por 3 anos podendo ser renovada por mais três se a empresa comprovar que os procedimentos de falência, reestruturação ou concordata persistem;

¹⁷² U.S. US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. CONGRESSIONAL BILLS. HOUSE BILL. 111TH CONGRESS. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

- (iv) entidades no início de suas atividades, que tenham sido constituídas nos últimos 24 meses conforme CNPJ e contrato ou estatuto social e que declarem que se engajarão em atividades mercantis e de prestação de serviços, por exemplo pelo Código Nacional de Atividade Empresarial - CNAE;
- (v) qualquer entidade cujas ações sejam regularmente negociadas em um mercado de bolsa ou balcão organizado ou qualquer entidade membro de um mesmo grupo empresarial que tenha como líder uma entidade cujas ações sejam regularmente negociadas em um mercado de bolsa ou balcão organizado.

Embora este grupo não seja o foco desta pesquisa, que pretende relacionar as obrigações impostas por esta lei específica com o dever de sigilo bancário decorrente das leis locais dos países em que estabelecerem instituições financeiras, é importante mapear a abrangência da norma e suas conseqüências¹⁷³. Dentre elas, destaca-se a restrição de liberdade empresarial, traduzida na quase impossibilidade de constituir empresas *offshore* e realizar planejamento tributário. Neste sentido, há quem diga que estaria havendo um retorno do Estado Leviatã, no que diz respeito a diminuição de liberdade. Outra questão que se impõe é: tais companhias deixarão de investir?

2.4.2 Sujeitos passivos - *US Person* – Pessoas Norte-Americanas

O primeiro e o segundo grupos (FFI e NFFE) deverão transmitir informações ao IRS – *Internal Revenue Service*, tais como dados individuais/pessoais contendo nome, endereço e dados bancários número da conta, extrato da movimentação bancária (saldo e pagamentos) e identificação do contribuinte (titular correntista ou cada um dos sócios enquadrados no conceito de *US Person* (conforme artigo 1471(A-D) da Lei). São consideradas *US Person* indivíduos com nacionalidade norte-americana, nascidos nos E.U.A. ou com pais norte-americanos, pessoas com visto de permanência nos E.U.A. (*Green Card*), exceto alguns estudantes, ou residentes nos E.U.A., independentemente de serem residentes fiscais ou de terem também nacionalidade em outro país¹⁷⁴.

¹⁷³ Cf. Marsan, Dean, *FATCA: The Global Financial System Must Now Implement a New U.S. Reporting and Withholding System for Foreign Account Tax Compliance, Which Will Create Significant New Exposures – Managing this Risk (Part I)* (July 1, 2010). *Taxes – The Tax Magazine*, Vol. 88, No. 7, pp. 27-92, 2010. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1645527>. O autor aponta e descreve com profundidade os riscos de cada um dos entes sujeitos à norma.

¹⁷⁴ Dentre as dificuldades operacionais para implementação e aplicação da norma, cita-se que o FATCA apresenta aproximadamente 20 status distintos de pessoas e a identificação do que é “pessoa americana” é mais ampla do que a mera nacionalidade ou país de constituição.

Quando tais pessoas detiverem mais de 10% (dez por cento) de participação direta ou indireta no capital ou lucro de empresas brasileiras (estrangeiras fora dos EUA), tais empresas serão consideradas *US Person* independentemente de serem constituídas ou residentes fiscais no Brasil. Ao identificar tais clientes, a PFFI – *Participating Foreign Financial Institution* deverá solicitar que a pessoa dispense seu sigilo bancário e financeiro e autorize o reporte de informações cadastrais e financeiras às autoridades nos E.U.A., inclusive também o reporte as informações quanto aos seus titulares substanciais que são *US Person* no caso de pessoas jurídicas.

No caso das pessoas físicas, a legislação permite que, se a instituição financeira identificar, por documentação suporte hábil, que a pessoa não possui nacionalidade e é residente fiscal no Brasil ou em qualquer outro país que não os E.U.A., na ausência de outros indícios de que seja *US Person*, pode ser considerada pessoa não americana (*Non US Person*).

Os indícios para considerar uma pessoa física como *US Person* são: endereço, telefone, caixa postal dela ou de procurador nos E.U.A., local de nascimento nos E.U.A., transferências financeiras do/para os E.U.A. A pesquisa por indício de pessoas dos E.U.A. poderá ser eletrônica. No caso de contas com valor superior a 1 milhão de dólares, o gerente da conta deve ainda atestar que não há razão para acreditar que a pessoa é *US Person*. Caso haja indícios de ser ela *US Person*, a instituição financeira deve solicitar que a pessoa declare se é ou não *US Person* em formulários próprios requeridos pelo F.A.T.C.A., e/ou por documentação suporte hábil.

Interessante destacar como consequência que o número de pessoas físicas que almejam por um *Green Card* é enorme em todo o mundo, sobretudo em países emergentes, tendo em vista o desejo de alcançar o *American Way of Life*, desde que a prosperidade econômica e social tornou-se uma vitrine daquela sociedade. Neste ínterim, curioso observar, como impacto da aplicação da lei e suas consequências econômicas, a ocorrência de um aumento no número de renúncias à cidadania norte-americana.

Foi divulgado que 1.577 contribuintes americanos desistiram de seus passaportes ou os seus *Green Card* no primeiro semestre de 2014 (576 somente no primeiro trimestre). Em 2013, o nível recorde foi de 2.999. Talvez porque os que buscam o documento já possuem uma nacionalidade originária distinta da norte-americana e provavelmente não buscam a tributação de sua renda. Talvez seja um fenômeno inédito, considerando histórica grande

procura pela cidadania norte-americana.¹⁷⁵ Outra questão curiosa é saber se a como consequência, os indivíduos vão preferir deixar suas rendas em casa, desalocando-as das instituições financeiras¹⁷⁶.

2.4.3 Objeto de reporte e retenção

Consideram-se objeto de reporte às autoridades norte-americanas quaisquer contas bancárias, de depósitos, investimentos, custódia, saldos investidos em fundos, contratos de seguros e planos de pensão, bem como valores geridos pela instituição financeira em contas administradas ou regimes fiduciários (*trusts*).

As contas financeiras sujeitas a procedimentos de reporte de informações são qualquer contas detidas por uma ou mais *US Person* ou *NFFE* detida por *US Person*, caracterizada da seguinte forma:

- (i) de depósito: contas em bancos comerciais, contas-correntes bancárias, contas de poupança, depósitos a prazo determinado, ou contas sujeitas à emissão de certificado de depósito e instrumentos similares, contas de cobrança, contas gráficas e de transferência de valores, ou ainda saldos de contratos de seguros e previdência sobre os quais incidem juros;
- (ii) de custódia: qualquer tipo de conta na qual são controlados investimentos em instrumentos ou contratos financeiros em benefício de terceiros;
- (iii) de investimento: qualquer saldo investido em títulos ou valores mobiliários de dívida ou capital emitidos pela PFFI, desde que a PFFI seja um veículo de investimento;
- (iv) contas financeiras de depósito os contratos de seguro e de anuidades que possuam componente de investimento, valor de recursos financeiros passíveis de resgate pela pessoa durante sua vida, em outras hipóteses que não apenas a proteção contra sinistros como vida/morte, incapacidade física, saúde, propriedade, casos fortuitos, etc.

¹⁷⁵ A este respeito conferir: GODFREY, Mike. *More Americans Quit US Before F.A.T.C.A. Begins*. Global Tax News. Disponível em: http://www.tax-news.com/news/More_Americans_Quit_US_Before_F.A.T.C.A._Begins_65486.html. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁷⁶ BAKER, Mary Burke. *The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback*. Benefits Law Journal. Spring 2012, Vol. 25 Issue 1, p. 5-23.

São excluídos do conceito de contas financeiras sujeitas ao F.A.T.C.A.:

- (i) os saldos investidos em títulos ou valores mobiliários emitidos por seguradoras, instituições financeiras bancárias, corretoras e distribuidoras de títulos ou valores mobiliários, empresas similares, se o valor desses títulos não for determinado, referenciado ou correlacionado, diretamente ou indiretamente, com base em ativos capazes de gerar pagamentos sujeitos à retenção do F.A.T.C.A., ou seja, ativos ou rendimentos diretamente atribuíveis a fontes norte-americanas;
- (ii) os saldos investidos em títulos ou valores mobiliários regularmente negociados em mercados de bolsa ou balcão organizados, assim considerados se houver negociações desses títulos pelo menos em sessenta dias no ano-calendário anterior e se o volume total agregado dessas negociações for igual ou superior a 10% do volume total agregado médio dos títulos e valores mobiliários disponíveis para negociação no mercado no ano-calendário anterior;
- (iii) contas de poupança do tipo FGTS;
- (iv) contas detidas somente por entidades isentas ou excetuadas do F.A.T.C.A.;
- (v) contas detidas em planos de pensão ou aposentadoria isentas da cumprimento do F.A.T.C.A.

A título exemplificativo, podemos citar o rol de contas financeiras, que no Brasil, assemelham-se a: contas de poupança, contas-correntes bancárias ou contas salários mantidas em bancos comerciais e bancos múltiplos e investimentos por elas cursados, saldos investidos em cooperativas e associações para poupança e crédito, saldos de consórcios, contas de custódia de qualquer tipo, saldos sob custódia de corretoras ou distribuidoras e bancos, incluindo bancos de investimento, alocados para investimento, carteiras de títulos e valores mobiliários sob administração das instituições financeiras e outros investimentos, o que confirma a grande abrangência da norma¹⁷⁷

2.4.4 Conceito de *Due Diligence* e aplicação no F.A.T.C.A.

A origem do conceito, que inegavelmente tem impacto jurídico, decorre do instituto de Direito Romano “*diligentia quam suis rebus*”, que corresponde à diligência de um cidadão

¹⁷⁷ Quando o investidor for não residente, sujeitar-se-á, ainda, ao que dispõe a Resolução CMN 2.689/2000, que dispõe sobre aplicações de investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=100014927>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

em gerenciar suas coisas. O conceito remete, portanto, à ideia de prudência, zelo, cuidado e bom senso e acaba por medir ou determinar as responsabilidades de uma das partes envolvidas na relação bancária, mais especificamente o agente financeiro ou *FFI - Foreign Financial Institution*. Tais diligências referem-se mais do que o antigo padrão do homem comum, mas o padrão do homem que exerce atividade em Instituição Financeira com acesso a grande espectro de informações.

Alguns Estados positivaram o princípio, como é o caso norte-americano após a promulgação do *Securities Exchange Act*¹⁷⁸ de 1933, com utilização mais frequente no universo empresarial, no mercado de capitais e financeiro. Este padrão pessoal de cuidados aparece em uma série de códigos modernos de direito civil, por exemplo, o alemão, francês, o suíço, o japonês e sul-americanos¹⁷⁹.

No contexto desta pesquisa, o termo ganha contornos de investigação prévia ou um conjunto de atos preparatórios destinados a demonstrar, com certa clareza, se as manifestações de vontade do correntista norte-americano são, de fato, correspondentes aos fatos investigados, mais especificamente, trata-se de verificar se a existência de indícios confirma a posição de *US Person*.

Portanto, caberá, de forma exemplificativa, ao gerente, como representante de uma Instituição Financeira ou ao administrador como representante de um fundo de investimento, ambos com relacionamento final com correntistas/investidores, efetuar pesquisas para fins de confirmar a veracidade das informações repassadas, averiguando indícios como: endereço, telefone, caixa postal dela ou de procurador nos E.U.A., local de nascimento nos E.U.A., transferências financeiras do/para os E.U.A. A legislação prevê o uso da diligência eletrônica, o que, de fato, significa menores custos operacionais. Em caso de contas acima de US\$ 1 MM (um milhão de dólares americanos), o gerente da conta deve ainda afirmar que não há razão para acreditar que o titular da conta é norte-americano ou residente nos EUA, assumindo o risco de eventual erro neste sentido.

Não se pode considerar que o *Due Diligence* previsto na norma assumirá o mesmo papel da instrumentalização de procedimento administrativo fiscal. Aqui, há somente a mera confirmação de indícios para o enquadramento, mas não haverá o início de um procedimento nos moldes preconizados, por exemplo, pela jurisprudência brasileira a caracterizar a condição para quebra de sigilo bancário.

¹⁷⁸ US. US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Securities Exchange Act Of 1934*. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁷⁹ HAUSMANINGERT, Herbert. *Diligentia quam in suis: a standard of contractual liability from ancient roman to modern soviet law*. Cornell International Law Journal. Volume 18. Summer 1985. Number 2. p. 181.

Em resumo, todas as entidades formais e equiparadas pertencentes ao Sistema Financeiro estarão submetidas a sua observância e, mais ainda, considerando as participações em Instituições Financeiras. A elaboração da norma foi racionalmente desenhada pelos EUA, induzindo a cooperação com os demais países, muitas vezes com instrumentos derivados da Análise Econômica do Direito.

A Acordo Intergovernamental assinado em 23/09/2014 não entra em tais detalhes. Esta interpretação decorre da lei norte-americana, livremente interpretada pela candidata. No entanto, vale definir que o Acordo faz referências ao Código Tributário Norte-Americano.

2.5 OS DEMAIS MODELOS DE TROCAS DE INFORMAÇÕES

Há duas referências interessantes sobre o acrônimo F.A.T.C.A., que, de forma irônica acabam traduzindo as realidades e intenções que estão por trás de seus objetivos legislativos da norma. Uma delas é a piada norte-americana que se tem referido ao acrônimo como *FAT CAT*¹⁸⁰, referindo-se aos cidadãos norte-americanos que sonegam tributos ao desterritorializar sua fonte de renda para outros países e a outra é o GATCA, referindo-se ao Global F.A.T.C.A.¹⁸¹, a tendência mundial de copiar o modelo como aquele aplicável a todo o mundo, visando, de fato, acabar com o sigilo bancário como direito, quando este colidir frontalmente com questões fiscais.

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

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

Esta abordagem não só traz a tona impedimentos legais que existem em alguns países estrangeiros, mas também reduz a carga sobre as instituições financeiras e agiliza o processo

¹⁸⁰ A referência ao FAT CAT é comum em textos jornalísticos. Conferir: FORBES. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2014/07/10/not-just-fat-cats-hopping-through-F.A.T.C.A.-hoops/?&_suid=1407936347308022832659841515124>. Acesso em: 11 ago. 2014.

¹⁸¹ FEBRABAN. *F.A.T.C.A. será copiado por outras nações, diz especialista*. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Noticias1.asp?id_texto=1610&id_pagina=154&palavra=>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

de comunicação. A abordagem tem sido elogiada pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (O.C.D.E.), o G-8, e muitos outros dentro da comunidade global que consideram efetivamente o F.A.T.C.A. como base para um padrão internacional de troca automática de informação fiscal¹⁸².

Tais iniciativas que refletem uma tendência mundial pelo afastamento completo do sigilo bancário para fins fiscais e nada mais são do que uma característica comum a essa sociedade global, que funciona muito mais de forma cooperativa, diante dos interesses reconhecidamente comuns dos Estados, que, na concepção clássica do Direito Internacional detinham a última palavra no que diz respeito a garantia de direitos fundamentais em seu território.

A fim de elucidar esta transição, apontam-se algumas Diretivas da União Européia¹⁸³ e também orientações e modelos da O.C.D.E.¹⁸⁴, de modo a analisar a evolução de tais os documentos.

2.5.1 Modelo de Tratado da O.C.D.E.

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

No entanto, a despeito da previsão de cláusulas referentes às trocas de informações para fins tributários já figurarem em dezenas de convenções destinadas a evitar a dupla tributação de renda, muitas delas existentes há mais de 30 anos, havia um descompasso entre a realidade e o conteúdo jurídico acordado entre os Estados¹⁸⁵, bem como há relevantes diferenças entre a antiga e a fiscalização contemporânea no que diz respeito a essa matéria.¹⁸⁶

¹⁸² IRS. *FAQ General*. Disponível em: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Frequently-Asked-Questions-FAQs-F.A.T.C.A.--Compliance-Legal>. Acesso em: 30 abr 2014.

¹⁸³ A União Européia aprovou em março a Diretiva n.º 2014/48/UE, a qual altera a Diretiva n.º 2003/48/CE, que operacionaliza o fim do segredo bancário para fins fiscais, fundamentado na abordagem da transparência e estabelecendo a troca de informações financeiras de maneira automática. A O.C.D.E. vem encorajando a adesão multilateral de seus membros à troca automática. Sobre detalhes do início da adesão da Europa e o tratamento da cooperação internacional acerca de fins fiscais, ver ZIEGLER, Alexandre; DELALOYE, François-Xavier; HABIB, Michel. *Negotiating over Banking Secrecy: the case of Switzerland and the UE*. SSRN. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=830784>. Acesso em: 10 ago 2014.

¹⁸⁴ A O.C.D.E. apresentou proposta de troca automática de informações fiscais. O documento tende a assumir a forma multilateral. Um resumo da apresentação da proposta encontra-se disponibilizado no endereço: <http://www.oecd.org/ctp/comments-action-1-tax-challenges-digital-economy.pdf>. Acesso 10 jul 2014.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto*. In Revista da PGFN. Ano I. N. III, 2012. Disponível em: <

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

Um alerta deve ser feito, no entanto. O dever de cooperar, oriundo de fontes costumeiras no Direito Internacional, ainda é visto sobre o prisma do voluntarismo, no qual o Estado só molda um comportamento de cooperação nos termos dos tratados firmados. É assim que ocorre no plano dos Acordos de Cooperação para Fins Penais ou Tributários, condicionados ao amparo de inexorável promessa de reciprocidade¹⁸⁷

Os pleitos são encaminhados para uma autoridade central, que intermediará as remessas às respectivas autoridades nacionais, utilizando-se muitas vezes da judicialização, caso tenha que se limitar algum direito fundamental, como o sigilo de correspondência, dados, bancário, recuperação de ativos etc.¹⁸⁸ Não se trata, portanto, de um sistema no qual haja uma autoridade central intermediando pedidos formalizados e se, necessário, judicializados.

Não é este o enfoque deste estudo, já que, embora o Acordo que implementará o FATCA reconheça as dificuldades operacionais e jurídicas da tratativa, incluindo-se os riscos expostos às instituições financeiras e previsão da figura do *Limited Foreign Financial Institution (Limited FFI)*¹⁸⁹, as regras de sigilo terão que ser adaptadas internamente para adesão completa e sem riscos de questionamentos futuros.

Não é exatamente o mesmo modelo tratado sob o ponto de vista da cooperação judiciária, para recuperação de bens e ativos. Até porque neste modelo, há órgãos judiciários

<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/r>> Acesso em: 13 ago. 2014. Segundo o autor, “a troca de informações em matéria tributária já estava presente no Modelo de Convenção da O.C.D.E. de 1963. Todavia, somente após o relatório da O.C.D.E. de 1998 é que essa prática ganhou maior notoriedade e espaço nas discussões tributárias. Ademais, em virtude da crescente pressão da O.C.D.E. e do G-20 para aumentar e/ou evitar a perda de arrecadação tributária dos países desenvolvidos, essa matéria foi objeto de acordos específicos firmados entre os países, também denominados de Acordos de Troca de Informações em Matéria Tributária”.

¹⁸⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Troca internacional de informações fiscais*. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 153-165. O autor identifica alguns critérios diferenciais entre os métodos e objetos da fiscalização antiga e a contemporânea (objeto da informação, de quem obter a informação, momento da obtenção da informação, foco da informação, quem busca a informação, como obter as informações complexidade, sujeito da informação, complexidade e onde está a informação, direito do contribuinte, direitos fundamentais etc.)

¹⁸⁷ CASELLA, Paulo Borba e SANCHEZ, R. E. (coords). *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁸⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Processuais na Cooperação Internacional em matéria penal*. In BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA; José Roberto Franco da. (coord.) *O Direito Internacional no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 834.

¹⁸⁹ É uma espécie de prazo de carência para que haja conformidade inclusive quanto

de ambos os lados e um intermediador entre elas, na figura de uma autoridade central que examina os pedidos e exerce sobre eles um juízo de admissibilidade. Diferentemente, como já se afirmou, as trocas de informações serão padronizadas de forma automática e sem um prévio processo ou procedimento anterior.

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

Entretanto, o trabalho da O.C.D.E. não se baseia somente no monitoramento contínuo dos acontecimentos nos países membros, mas também expande sua atuação para fora da área da O.C.D.E. Embora o Brasil não seja membro da organização¹⁹⁰, que conta com 34 países atualmente, suas recomendações, em uma economia globalizada, tendem a ser observadas, principalmente por países que pertencem a fóruns conexos, como o G-20, grupo do qual o Brasil é membro, ou o G-8, por exemplo.

Esta é uma evidência de que as orientações da organização internacional, embora não sejam mandatórias na abordagem do *hard law*, o são na abordagem *soft Law*. Portanto, embora o Brasil não seja efetivamente um membro, tem assento em grupos de trabalho e figura como signatário de algumas convenções, destacando-se a Convenção Modelo sobre bitributação e assento no Fórum Global para assuntos fiscais, na condição de membro do G-20¹⁹¹.

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

¹⁹⁰ Os membros atuais são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Estônia, Espanha, Estados Unidos da América; Finlândia, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo; Holanda; Noruega; Portugal; Suécia; Suíça; Turquia; Reino Unido; Japão, Nova Zelândia; México; República Tcheca; Hungria, Polônia; Coreia do Sul; Eslováquia; Israel e Eslovênia. A União Europeia também participa da organização internacional. . O Brasil ainda não é membro da organização, apesar de ser membro do G-20.

¹⁹¹ O.C.D.E. *Promoting Transparency And Exchange Of Information For Tax Purposes*. A Background Information Brief 19 January 2010. p. 3. Disponível em: < <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf> >. Acesso em: 14 ago. 2014.

Os trabalhos do grupo foram alargando-se para incluir temas como o combate à lavagem de dinheiro, o que desembocou em esforços em todo o mundo visando implementar diligências no sentido de identificação de clientes bancários e a conseqüente tipificação de crimes fiscais pelo descumprimento de deveres de registro, declaração e inclusão de informação falsa junto às Instituições Financeiras¹⁹².

Em 1996, a O.C.D.E. procedeu estudos visando compreender o fenômeno da concorrência tributária prejudicial e suas distorções. O Comitê de Assuntos Fiscais elaborou um Relatório denominado *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (Concorrência Tributária Prejudicial: uma questão mundial)¹⁹³ e o Conselho da O.C.D.E. o aprovou de forma a recomendar aos Estados que tomassem ações de combate no que diz respeito ao tema. Dentre as recomendações constantes do Relatório, destaca-se a intensificação da cooperação internacional, que deveria envolver não só Estados-membros da O.C.D.E. , mas também os não-membros¹⁹⁴, visando desenvolver um diálogo mundial, motivo pelo qual foi instalado o Fórum Sobre as Práticas Tributárias Prejudiciais.¹⁹⁵

Nos anos 2000, tais ações ficaram ainda mais concentradas, o que se comprova diante de relatórios endereçados ao G-8 que apontam que, para o problema mundial de evasão fiscal, só poder-se-ia endereçar uma solução global. A partir da declaração dos membros do G-20, decretando a morte do sigilo bancário em meio à crise econômica em 2009¹⁹⁶, a O.C.D.E. afirmou que as questões tributárias estariam no cerne dos contratos sociais dos Estados, destacando-se a transparência na troca de informações fiscais de forma automática, no âmbito da União Europeia e G-20.

¹⁹² GUIMARÃES, Vasco Branco. *O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E.* In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 139-151.

¹⁹³ O.C.D.E. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em: 11 ago 2014. O relatório faz menção à regras de sigilo, apontando que o benefício a tal proteção jurídica evita a efetividade da troca de informações para fins fiscais. *In verbis*: “Tax havens typically have in place laws or administrative practices under which businesses and individuals can benefit from strict secrecy rules and other protections against scrutiny by tax authorities thereby preventing the effective exchange of information on taxpayers benefiting from the low tax jurisdiction.”

¹⁹⁴ BORGES, Antônio de Moura Borges. *Considerações sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32834-40734-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto*. In Revista da PGFN. Ano I. N. III, 2012.

¹⁹⁶ GROUP OF TWENTY. *London Summit. G20 Action Plan For Recovery And Reform. Declaration On Strengthening The Financial System. Declaration On Delivering Resources Through The International Financial Institutions*. 2 April 2009. Disponível <https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/London_Declaration_0.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2013.

Para tal, ainda em 2009, criou-se um quadro jurídico, desenvolveu-se normas técnicas e estabeleceu-se um plano de ação em quatro eixos: i) esforço para que se consiga a concordância de todos os países do mundo em atender o padrão de troca de informações para fins fiscais, incluindo informações sobre movimentação bancária; ii) nova estruturação do Fórum Global de Troca de Informações e Transparência para fins fiscais, incluindo a possibilidade de avaliação de pares para monitorar a implementação de ações no cenário doméstico; iii) adesão de mais de 120 jurisdições à troca de informações fiscais a pedido, com fundamento em 110 acordos bilaterais assinados¹⁹⁷; iv) abertura para adesão, aos demais países, da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, endereçado inicialmente para o Conselho da Europa e membros da O.C.D.E.¹⁹⁸.

Até então, dois dispositivos fundamentavam juridicamente a troca de informações para fins fiscais: o artigo 26 da Convenção Modelo sobre Bitributação da O.C.D.E.¹⁹⁹ e/ou o artigo 6 de modelos de Tratados Bilaterais sobre Bitributação²⁰⁰. Em ambos, a troca automática de informações era somente uma das possibilidades possíveis (troca de informações a pedido, espontânea e automática) para viabilizar o intercâmbio.²⁰¹

Discutia-se no âmbito da doutrina brasileira qual seria o alcance do artigo 26 do Tratado Modelo da O.C.D.E. sobre Bitributação²⁰², até porque o Brasil manifestou reserva expressa quanto ao dispositivo²⁰³ (juntamente com os Estados de Andorra, Chile, Costa Rica,

¹⁹⁷ O.C.D.E. *Promoting Transparency And Exchange Of Information For Tax Purposes*. A Background Information Brief 19 January 2010. p. 3. Disponível em: < <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf> >. Acesso em: 14 ago 2014. O documento dispõe: *The standard is now being implemented by countries which were reluctant to commit to it: in 2009 almost 200 TIEAs were signed and 110 double taxation conventions (DTCs) or protocols have been signed or brought up to the standard by countries which were considered not to have substantially implementing the standard on 2 April. Altogether these jurisdictions have now signed almost 250 TIEAs since 2000 with dozens more under negotiation. Note-se que a informação data de 2009.*

¹⁹⁸ O.C.D.E. *Promoting Transparency And Exchange Of Information For Tax Purposes*. A Background Information Brief 19 January 2010. p. 3. Disponível em: < <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf> >. Acesso em: 14 ago. 2014.

¹⁹⁹ O.C.D.E. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2010*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf> > Acesso em: 13 ago. 2014.

²⁰⁰ O.C.D.E. *Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2014.

²⁰¹ O.C.D.E. *Convenção Sobre Assistência Mútua Administrativa Em Matéria Fiscal*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf> . Acesso em: 04 nov 2014. O artigo 6º dispõe: “Troca Automática De Informações - Relativamente a determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que estabeleçam de comum acordo, duas ou mais Partes procederão automaticamente à troca de informações referidas no Artigo 4º (g.n.)

²⁰² A este respeito, conferir: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Aviso de Incêndio. Sigilo Fiscal e Restrições do Brasil ao art. 26 da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico*. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 366.

²⁰³ Em tradução livre, eis, no que importa, do texto do dispositivo: ARTIGO 26 TROCA DE INFORMAÇÕES – “ 1- As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações relevantes para a realização das disposições da presente Convenção ou de administração ou aplicação das leis nacionais

Filipinas, Liechtenstein, Malásia, Mônaco, Tailândia e Uruguai, alegando que tal não estava em conformidade com o sigilo bancário protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, no entanto, as reservas formuladas ao modelo foram afastadas por todos os Estados indicados, indicando a orientação convergente desejada pela O.C.D.E.²⁰⁴.

Mais recentemente, em 2013, o G-20 endossou o intercâmbio automático das informações, estabelecendo um novo padrão inspirado na legislação F.A.T.C.A.. Entre as principais premissas para o sucesso de um regime internacional de troca automática de informações eficaz estão: i) um padrão comum na divulgação de informações (reporte); ii) padrão de *due diligence*; iii) adoção de mesma base legal; iii) adoção de mesma base operacional entre as partes interessadas.

2.5.2 O afastamento da anuência de qualquer autoridade para envio das informações: ponto em comum com o FATCA

Para o G-20 tem relevância a análise da adoção de um quadro jurídico padronizado, nos moldes preconizados, mais especificamente afastando a anuência de qualquer autoridade para encaminhamento de informações bancárias. Com o F.A.T.C.A., inaugurou-se um padrão de acesso direto a informações – ao lado do anterior padrão indireto no qual a entidade necessitava de autorização do correntista ou qualquer outra autoridade judicial ou administrativa - o que é considerado como um fator-chave de sucesso para um modelo eficaz de troca de informações²⁰⁵.

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

relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação imposta em nome dos Estados Contratantes, ou das suas subdivisões políticas ou autoridades locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à Convenção. (...) Em nenhum caso as disposições do parágrafo 3 serão interpretadas de forma a permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque a informação é mantida por um banco, outra instituição financeira, pessoa designada ou atuando em uma agência ou de fiduciário, ou porque que se refere à participação no capital de uma pessoa.

²⁰⁴ SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sobre o Projeto de Decreto Legislativo n 30 de 2010* (PL n 413/2007, na origem). Relatoria do Senador Jorge Viana (PT/AC).

²⁰⁵ GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da O.C.D.E. . In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 139-151.

Em 29/10/2014, os membros da OCDE e o G-20 encontraram-se em Berlim, onde juntaram-se também a não-membros e países em desenvolvimento, no total de 153 países²⁰⁶ e 14 Organizações Internacionais, para a 7ª Reunião do Fórum Global de Transparência em Trocas de Informações Tributárias. A edição deste ano é a continuação do fórum criado em 2000, para enfrentar os riscos para cumprimento das obrigações fiscais colocados pelos paraísos fiscais.

Em tais reuniões, os processos de consulta, revisão e fiscalização dos padrões é realizado por pares, existindo rodadas específicas para grupos de determinada ‘fase’ de conformidade. Para incentivar jurisdições a fazer as mudanças necessárias, e para garantir a igualdade de condições, o Fórum Mundial concordou em convidar jurisdições que permanecem bloqueadas por mais de dois anos para solicitar comentários complementares dentro dos próximos seis meses para avaliar se progressos suficientes foram feitos. A classificação de países em *ratings* acaba por promover a inclusão de países ainda não aderentes do modelo.²⁰⁷

Os EUA afirmaram que irá realizar o intercâmbio automático de informação em conformidade com a FATCA em 2015 e entrou em acordos intergovernamentais (AGR) com outras jurisdições para fazê-lo.²⁰⁸

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

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

Ainda antes de constituir-se em União Europeia, a Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias nº 799 de dezembro de 1977, já referia-se a assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-membros do mercado comum no domínio dos impostos diretos. Pela interpretação do corpo de considerandos, já verifica-se a preocupação com o combate à evasão fiscal como justificativa para a troca de informações²⁰⁹.

²⁰⁶ A maioria das delegações foi representada pelo Alto Escalão, incluindo ministros e chefes de Estado.

²⁰⁷ OECD. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes*. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

²⁰⁸ OECD. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes*. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

²⁰⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Tributário Internacional Contextualizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128.

No entanto, é também no corpo de considerados da norma que a Diretiva acaba por reconhecer que convém conceder a um Estado-Membro o direito de se recusar a efetuar investigações ou proceder à transmissão de obrigações quando a legislação ou a prática administrativa do Estado-membro é chamado a fornecer informações quando a transmissão seja contrária à ordem pública ou conduza a divulgação de um segredo comercial, industrial ou profissional de um processo comercial ou o Estado, por questões de fato ou de direito não esteja em condições de proceder a transmissão das informações.

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

Em outras palavras, existe uma expressa exceção à exigibilidade de demonstração de dados em face da observância nacional de legislação que considerasse o sigilo bancário, em uma época em que as soberanias nacionais ainda eram suficientemente autônomas para adotar o que previa sua legislação interna, tendo as normas oriundas do Conselho um caráter meramente intergovernamental.

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

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

Embora os Estados-Membros conservem margem de apreciação na aplicação do mecanismo de cooperação e o artigo 1º da referida decisão prevê expressamente que as

unidades de informação financeira cooperarão em conformidade com as suas competências nacionais. No mesmo contexto histórico, destaca-se o vies dado pelo artigo 22 da Diretiva UE 2005/60²¹⁰ que trata da prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de branqueamento de capitais.

Mais especificamente sobre questões fiscais, destaca-se que o Tribunal de Justiça tem repetidamente declarado que a “luta contra a evasão e fraude fiscais e a eficácia dos controlos fiscais fazem parte das razões imperiosas de interesse geral que podem justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais”²¹¹

No caso *ELISA (Européenne et Luxembourgeoise d’investissements SA (Elisa) v. Directeur général des impôts)* e Ministério Público (Processo C- 451/05), o Advogado-Geral J. MAZÁK destacou que em processos semelhantes os Estados- Membros alegavam que a Diretiva era ineficaz em relação a Estados- Membros que praticam o sigilo bancário. O Tribunal de Justiça rejeitou esse argumento.

Este também é o argumento principal do Caso *W.N. v Staatssecretaris Von Financiën*, no qual a Corte Europeia de Justiça confirmou que qualquer interpretação que traduza ou obstaculize dificuldade à ação fiscal do Estado interessado deve ser descartada. A despeito disso, o Advogado-Geral Alber (item 6º) afirma que se deve interpretar a Diretiva no sentido de que é possível excluir certas transações financeiras entre dois Estados-Membros efetuadas por intermédio de um terceiro país que se distingue dos dois outros por um sigilo bancário estrito.

No entanto, a fim de dar fim à celeuma, em março deste ano, a Diretiva nº 2014/48/UE alterou a Diretiva nº 2003/48/CE, que operacionaliza o fim do sigilo bancário para fins

²¹⁰ No caso *Jyske Bank Gibraltar Ltda v. Espanha*, entendeu-se que o artigo 22 (2) da Diretiva UE 2005/60 deveria ser interpretado no sentido de que “não se opõe à legislação de um Estado- Membro que exige que as instituições de crédito comuniquem as informações exigidas no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo diretamente à unidade de informação financeira desse Estado, quando essas instituições exerçam a sua atividade no território nacional em regime de livre prestação de serviços.” Discutia-se a aplicação de legislação nacional em detrimento da Diretiva, mais especificamente o artigo 5.º da Lei de 2007 relativa ao branqueamento de dinheiro e ao produto de atividades criminosas, que transpunha para a legislação de Gibraltar a Diretiva 2005/60, porém, impondo o respeito ao sigilo bancário. In casu, prevaleceu a liberdade de circulação de capitais e liberdade de estabelecimento do *Jyske Bank Gibraltar Ltda*, instituição de crédito situada em Gibraltar e que opera na Espanha em regime de livre prestação de serviços. Confira-se em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf>> Acesso em: 17.ago.2014.

²¹¹ Confira-se as conclusões do Advogado-Geral J. MAZÁK, apresentadas em 26 de Abril de 2007 no Processo C-451/05 (*Européenne et Luxembourgeoise d’investissements SA (Elisa) v. Directeur général des impôts*) e Ministério Público. A manifestação encontra-se no item 94 do documento. Cita-se ainda, os seguintes documentos do Tribunal: Acórdãos de 16 de Julho de 1998, *ICI* (C- 264/96, Colect., p. I- 4695, n.º 26); de 8 de Março de 2001, *Metallgesellschaft e o.* (C- 397/98 e C- 410/98, Colect., p. I- 1727, n.º 57); de 21 de Novembro de 2002, *X e Y* (C- 436/00, Colect., p. I- 10829, n.º 61); de 12 de Dezembro de 2002, *Lankhorst- Hohorst* (C- 324/00, Colect., p. I- 11779, n.º 37); e *Marks & Spencer* (C- 446/03, Colect., p. I- 10837, n.º 30).

fiscais, fundamentado na abordagem da “transparência” e estabelecendo a troca de informações financeiras de maneira automática.

Este detalhe é de grande relevância, considerando que a dinâmica da troca de informações poderia ocorrer da seguinte forma: mediante pedido, troca automática e troca espontânea. As duas primeiras dependem de algum dos pólos da tratativa para fins de eficácia. No entanto, a regra atual no contexto do F.A.T.C.A. é a troca automática, o que também está sendo observado no modelo da O.C.D.E.

3 INTERRELAÇÃO ENTRE OS CENÁRIOS NACIONAL E INTERNACIONAL: ANÁLISE DOS PAPÉIS DOS ATORES NACIONAIS E INTERNACIONAIS NO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO FATCA E A MUTAÇÃO DO CONCEITO DE SIGILO BANCÁRIO

*“Não é o mais forte nem o mais inteligente
que sobrevive. É o mais adaptado à
mudanças”*

Charles Darwin

Para compreender o processo de incorporação do FATCA no Brasil, utilizar-se-á das premissas acima desenvolvidas quanto à interpretação do sigilo bancário no plano nacional e o tratamento global do tema no plano internacional. Posto isto, analisar-se-á os papéis e reações dos atores políticos envolvidos – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário – no plano nacional, diante da influência dos movimentos (internos e externos) de flexibilização do direito (ao sigilo bancário), descritos nas análises contidas nos capítulos I e II deste estudo.

A fim de atingir o desiderato, duas abordagens serão consideradas: i) Teoria Clássica do Direito Internacional nos procedimentos de incorporação de tratados e suas implicações; ii) Teoria Contemporânea do Direito Internacional que implica em novos procedimentos de criação do Direito e sua articulação de sistemas e subsistemas regulatórios informais e sua coexistência com a teoria clássica.

3.1 ABORDAGEM CLÁSSICA DO DIREITO INTERNACIONAL NOS PROCEDIMENTOS DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS

O Estado Soberano só pode ser compreendido à luz do Direito Nacional que cria internamente normas jurídicas que conferem segurança às relações e estruturam a vida social. A base do Direito Estatal é o estabelecimento de povo, território e Soberania, sendo que o poder de cada país limita-se ao seu próprio território. As relações que se estabelecem no interior do Estado é que geram normas jurídicas para seus cidadãos. No direito tributário este fenômeno é ainda mais evidente.

O poder tributário do Estado sempre foi expressão de uma das maiores formas de manifestação da soberania estatal na limitação de direitos de seus cidadãos. Portanto, a tese da universalidade tributária²¹², fundamento norte-americano para justificar a retenção de 30% referida ao longo deste trabalho²¹³ - e que na verdade acaba por configurar uma sanção por descumprimento, já que é inexegível - é por demais questionável, sem eco na doutrina internacionalista.

Este eventual alargamento do poder tributário, estabeleceria novas relações de entre a normatividade do Direito Interno e do Direito Internacional²¹⁴. Na lógica clássica do Direito Internacional, entretanto, os Estados continuam a se organizar de forma horizontal e só se submetem a regras específicas conforme estas tenham expressamente sido objeto de consentimento mútuo para tal. A criação de normas jurídicas, no plano internacional, portanto, tem como premissa básica o princípio do *pacta sunt servanda* e apresenta o direito como resultado da obra direta de seus destinatários. A teoria kelsiana que teve contribuição

²¹² NOVOA, César García. *Reflexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributários*. In TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Internacional Aplicado* (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 35 – 39.

²¹³ Predomina perante a comunidade jurídica a ideia de que o território estatal corresponde a limite intransponível de vigência das normas jurídicas, sobretudo normas tributárias. A despeito disso, atualmente há teorias que legitimam a pretensão de tributação em eventos ocorridos em territórios estrangeiros, dentre elas, destaca-se a tributação em bases universais. Tal sistemática afasta o critério meramente territorial, atribuindo alcance extraterritorial às normas tributárias internas – e até então limitadas à jurisdição de determinada soberania - permitindo tributação da renda mundial baseada no critério de conexão subjetiva do produtor do capital com determinado ordenamento jurídico, pouco importando critérios materiais como local e objeto do capital, que acabam por caracterizar conceitos vinculativos como residência ou domicílio que - exatamente por não se apresentarem como conceitos lógico-jurídicos, mas lógico-positivos – acabam por qualificar o sujeito em mais de um ordenamento jurídico, gerando um problema de pluritributação de renda. Cf.: ALVES, Taciana Stanislau Afonso Brandley. *O princípio da renda mundial no Direito Brasileiro*. In TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Internacional Aplicado* (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 607-611

²¹⁴ NOVOA, César García. *Reflexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributários*. In TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Internacional Aplicado* (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 35 – 39.

relevante para demarcar a importância do Direito Internacional diante do Direito Interno, reunindo os dois como um mesmo sistema jurídico, base da teoria monista, acabou dando lugar ao consensualismo e teorias da coordenação.

Desta forma, é no plano nacional, ao ocorrer a incorporação do acordo entre partes internacionais que estar-se-á criando, de fato, a norma jurídica positivada que será irradiadora de efeitos jurídicos para fins de alterar os parâmetros sobre o sigilo bancário. Este é o paradigma tradicional adotado pela doutrina e jurisprudência brasileira para viabilizar alteração no corpo legislativo nacional de forma a conferir normatividade jurídica a um texto negociado no cenário internacional ordenamento domésticos.

Portanto, a despeito do FATCA constituir um paradigma cooperativo para combate à evasão fiscal e significar esforços da diplomacia exercida não só nos fóruns oficiais mas também fora deles (fóruns informais) para adesão à legislação, sob o ponto de vista do Direito Público Internacional Tradicional, a incorporação efetiva da norma decorre de procedimentos internos para que haja a geração de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. O modelo de incorporação jurídica de instrumentos estrangeiros convencionais está diretamente relacionado com as teorias sobre as interrelações jurídicas entre os cenários nacional e internacional.

Esta interrelação não é nova e pode ser observada – de forma clássica - sob o ponto de vista de duas teorias tradicionais: dualista e monista. Tais vertentes, porque clássicas já foram objeto de justificativa das interrelações entre as duas esferas, mas não passam de questões teóricas que, em que pese explicarem as relações, não as justificam.

Em verdade, a despeito de toda a discussão sobre a crise do Direito e os novos paradigmas oriundos dos efeitos da globalização econômica e do momento pós-moderno que direcionam para uma espécie de governança ou governação, traduzindo o significado de reunir um conjunto de características que justificariam a adoção de um modelo político único para os Estados e sua internacionalização, o fato é que a orientação do Direito no âmbito interno continua a ser guiada por ideias iluministas para fins de estruturação dos procedimentos de ratificação e efetividade normativa de normas desenhadas na esfera internacional²¹⁵.

²¹⁵ Acerca da discussão entre a contraposição da esfera internacional, cada vez mais dominada pela padronização de modelos de política externa semelhantes para muitos países, em termos de governança global e a realidade ainda positivista do Direito Estatal interno, vale conferir: HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011. Cap 1; FARIA, J.E. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999 (páginas selecionadas: pp. 128-156).

De forma pragmática, sem adentrar no mérito sobre qual seria a teoria adotada pelo Brasil (monista ou dualista) a incorporação das normas obedece um trâmite procedimental que pode ser resumido nos seguintes passos:

- A. Ratificação internacional: (i) análise da competência ou capacidade para assinatura convencional (*treaty making-power*);
- B. Ratificação interna: (ii) participação de Poderes Nacionais Constituídos como o Executivo e o Legislativo na internalização da norma.

A ratificação, portanto, consiste, em um primeiro momento na confirmação do compromisso perante o outro pólo signatário e em um segundo momento na extensão desse compromisso em seu território nacional.²¹⁶

3.1.1 Observância da regularidade formal dos procedimentos de internalização do Acordo de Cooperação e Acordo Intergovernamental em matéria tributária: passos para incorporação do FATCA no Brasil

3.1.1.1 Competência para negociação e assinatura de instrumentos internacionais

No Brasil, quanto à competência para assinatura e ratificação internacional, a Constituição Federal determina caber esta competência exclusivamente ao Chefe do Executivo. Como a competência constitucional exclusiva poderá ser delegada, caso agentes do governo possuam carta de poderes plenipotenciários, também poderão representar a vontade presidencial, desde que haja expressa autorização para tal.

Não é, contudo, o que ocorre na prática. Cada vez mais multiplicam-se os atores e agentes estatais que ostentam elevado conhecimento técnico, mas que não apresentam carta de plenos poderes para negociar. Sob o ponto de vista clássico do Direito Internacional, entende-se que somente o chefe de missão diplomática e o Ministro das Relações Exteriores apresentem plenipotência presumida (devendo todos os demais ministros apresentarem carta de plenos poderes)²¹⁷

Quanto ao Acordo para Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, já internalizado pelo Decreto n 8.003/2013, a condução da discussão e a assinatura ocorreu pelo

²¹⁶ ONU, *Manual de tratados, preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos*, New York, ONU, 2001, p. 9. Disponível em: < <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>> . Acesso em: 04 nov. 2014.

²¹⁷ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 14. Ed. Revista, aumentada e atualizada, 2013, p. 58-60.

então Secretário da Receita Federal e o Embaixador dos EUA no Brasil. Na negociação do Intergovernmental Agreement - IGA, para implementar o FATCA, o ministro da Fazenda é quem representa o Brasil, assinando o instrumento juntamente com a embaixadora dos EUA no Brasil.

Neste contexto, questiona-se se haveria legitimidade para que o Ministério da Fazenda ou a própria Secretaria da Receita Federal estivessem a frente das negociações e pudessem comprometer-se no plano internacional, principalmente considerando o tradicional posicionamento baseado nas lições do Direito Internacional Clássico, que confere o *treaty-making power* aos Chefes de Estado e detentores de Carta de Plenos Poderes.

Segundo a estrutura regimental do Ministério da Fazenda, compete à Secretaria da Receita Federal negociar e participar da implementação de tratados em matéria tributária e aduaneira²¹⁸. Pode-se dizer também que há certo costume na prática, principalmente quanto aos tratados contra a bitributação ou relativos às trocas de informações para fins tributários, principalmente nos últimos 5 (cinco) anos. Esta descentralização das atividades diplomáticas tem sido denominada de paradiplomacia²¹⁹, caracterizando um envolvimento do governo subnacional - ou seja, constituído por agentes que, no plano tradicional do Direito Internacional não representariam o Estado nas relações internacionais por meio do estabelecimento de contatos, formais e informais, permanentes ou provisórios com entidades estrangeiras públicas ou privadas.²²⁰

Este movimento patente e irreversível é uma decorrência lógica do grau de complexidade e especialização dos assuntos, típico dos tempos contemporâneos, que eleva o poder decisório de tais agentes e de seus respectivos vínculos institucionais, o que modifica a lógica das estruturas de relacionamento e de campos de poder nas relações internacionais, com considerável limitação da soberania dos Estados Nacionais²²¹, em face da tradicional formatação do Direito Internacional Clássico.

²¹⁸ BRASIL. Decreto nº 7.482/11. *Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 04 nov. 2014. Segundo Art. 15: À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete: XVI - negociar e participar da implementação de acordos, tratados e convênios internacionais pertinentes à matéria tributária e aduaneira.

²¹⁹ Para mais informações, conferir: CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia e entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

²²⁰ PIETRO, Noé Cornago. *O outro lado do novo regionalismo pós-soviético e da Ásia Pacífico*. In: VEGEVANI, Tullo (Org.) *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 251. Sobre a paradiplomacia financeira no Brasil, conferir: MAIA, José Nelson Bessa. SARAIVA, José Flávio Sombra. *A paradiplomacia financeira no Brasil da República Velha, 1890-1930*. In *Revista Brasileira de Política Internacional*. N. 55

²²¹ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 164.

Como constatação, verifica-se a existência de redes informais de autoridades que se organizam em fóruns internacionais para colaboração em temáticas relevantíssimas no plano nacional, como é o exemplo de reuniões consideradas informais (pode-se citar os encontros do G-20 e da O.C.D.E), das quais resultam em deliberações que consistem em mais do que meras orientações a serem seguidas. Em verdade, muitas vezes possuem uma força coercitiva imperiosa e quase funcionam como decisões de um tribunal internacional ou de um Conselho da ONU. E o interessante é que nem sempre são capitaneadas por Chefes de Estado, como ocorre nos casos de reuniões de organizações internacionais tradicionais, mas muitas vezes envolvem o alto escalão do Executivo somado a um rico corpo técnico que tem a missão de efetivar no plano interno o que foi deliberado. Como exemplo, sabe-se que há reuniões do G-20 e da O.C.D.E. específicas e temáticas, nas quais se sabe que os Ministros da Fazenda comparecem de forma efetiva e têm a missão de levar a cabo a maioria das questões discutidas, sob pena de serem considerados não-cooperantes ou não observarem uma convergência de políticas nos campos econômicos e financeiros e encontrarem-se como representantes estatais isolados em suas posturas, o que não é recomendado.

Portanto, mais do que uma prática costumeira, parece que esta questão deverá ser considerada aos olhos dos pesquisadores do Direito Internacional como uma consequência da própria globalização e da estratificação das demandas nacionais – e internacionais - em critérios tecnocráticos, os quais guiarão a atuação estatal e direcionarão o agente tecnicamente competente para tal, o que implica em uma maior efetividade das ações por eles desenvolvidas.

Assim, muito embora internamente não estejam embuídos de competência constitucional para negociar sem carta de plenos poderes, sob o ponto de vista do Direito Internacional Clássico, sabe-se que, na prática, os Ministros da Fazenda apresentam elevada relevância no arranjo institucional do Estado Contemporâneo na condução da atividade financeira do Estado, estando claro que existe uma rede de estruturas internas do Estado que se assemelham às redes formadas no plano externo, guardando certa homogeneidade nesta articulação, realidade que é comum a vários países.

Este é inclusive o mote do Direito Administrativo Global – sem adentrar no fato de considerá-lo enquanto metodologia ou ramo autônomo do Direito²²² -, a questão é que ele

²²² A defesa do Direito Administrativo Global como verdadeira disciplina autônoma ou ramo do Direito é apregoada por representantes da Escola de *Manhattan* - capitaneadas por *Kingsbury* - e causa desconforto e críticas de autores do Direito Internacional. Assim, há quem entenda que o Direito Administrativo Global não passa de um fenômeno regulatório e uma tendência de harmonização e padronização já presente desde os primórdios do Direito Internacional Público em suas normas costumeiras que eram mera consequência da

representa um fenômeno fático verificável e a evidência de sua existência e desenvolvimento é a observação de suas premissas presentes no cenário internacional: participação, transparência e *accountability*²²³. Os três critérios são ao mesmo tempo premissas do Direito Administrativo Global e norteadores da contemporânea atuação administrativa e normativa, garantindo como consequência maior eficácia e sucesso na geração e implantação de atividades políticas estatais no plano interno.

3.1.1.2 Natureza jurídica do Acordo Intergovernamental, sob o ponto de vista da aprovação congressional

Acerca dos papéis e limites dos atores políticos na ratificação interna, uma análise dos artigos constitucionais 49, I e 84, VIII, faz-se imprescindível. Não há consenso doutrinário sobre os limites interpretativos dos dispositivos, o que formou duas vertentes no pensamento jurídico brasileiro acerca de sua hermenêutica: i) a Constituição exige a aprovação do Congresso para todos os acordos internacionais e ii) a Constituição confere este poder tão-somente para os atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.²²⁴

necessidade de cooperação que os Estados já apresentavam em suas estruturas primárias de organização com os demais. Essa discussão não será conduzida neste trabalho. Independentemente de se apresentar como uma metodologia ou Escola autônoma, assume-se aqui que a importância do Direito Administrativo Global é tão-somente evidenciar uma forma de manifestação das deliberações do Direito no âmbito internacional, utilizando-se de suas premissas para atender a critérios de eficiência para incorporação de políticas e normas assumidas no contexto internacional. Conferir: KINGSBURY, B. *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, IILJ 2009/1. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. *The emergence of global administrative Law*. New York: Institute for International Law and Justice/New York University School of Law. Working papers 2004/I, p. 02-47. Disponível em: <<http://iilj.org/papers/2004/2004.1.htm>>. Acesso em: 19 jan 2015.

BORIES, Clément. (coord) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Cahiers Internationaux. Paris: Pedone, 2012. BERMAN, A. *The Role of Domestic Administrative Law in the Accountability of Transnational Regulatory Networks: The Case of the ICH*. IRPA GAL Working Paper 2012/1.

²²³ Na impossibilidade de se utilizar de termo semelhante em língua portuguesa e que designe exatamente um mesmo sentido, optou-se por manter o termo em inglês. Por *accountability* pode-se entender um processo ou modalidade (dentre outras) de supervisão, avaliação e responsabilização de políticas assumidas no âmbito externo. É como se os fóruns informais mencionados funcionassem como instâncias controladoras da implementação de políticas e atividades assumidas no âmbito internacional junto aos demais Estados numa perspectiva de cooperação e controle. Conferir: VERDIER, P. *Transnational regulatory networks and their limits*.ç The Yale Journal of International Law, v. 34, p. 113-172.

²²⁴ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 383-384.

Na primeira vertente, a participação do Poder Legislativo no processo expressa uma manifestação do sistema de freios e contrapesos e entrega ao poder competente para a criação do direito na esfera nacional a responsabilidade de intervir e alterar a ordem jurídica existente. A ratificação consiste, em um primeiro momento na confirmação do compromisso perante o outro pólo signatário e em um segundo momento na extensão desse compromisso em seu território nacional.

Caso aprovado na Câmara e Senado, o presidente do Senado emite um Decreto Legislativo, que segue para Presidência da República, anexando-se a ele mensagem do Congresso. Destaca-se que a sanção presidencial não se constitui como obrigatória, já que Constituição Federal não a elenca como procedimento do artigo 48 da Constituição Federal, mas o Presidente poderá solicitar a retirada de tramitação de um tratado.

Após a ratificação pelo Congresso Nacional, cabe ao Presidente da República efetuar a promulgação do tratado mediante decreto presidencial. Embora o ato não tenha amparo constitucional – sendo suficiente o processo interno de ratificação concluído pela emissão de um Decreto Legislativo – este procedimento constitui uma prática no Brasil, de modo a conferir publicidade interna à expressão definitiva do consentimento do Estado brasileiro e permitir que os tratados tenham validade no direito nacional.

Já na segunda vertente, a Constituição confere ao corpo congressional tão-somente poder para aprovar atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, existindo alguns instrumentos que não necessitariam da aprovação do Poder Legislativo para serem incorporadas no ordenamento jurídico doméstico.

Esta interpretação ganhou ares polêmicos por ocasião das discussões acerca da incorporação de determinados atos internacionais advindos do FMI, BID, Clube de Paris etc, posicionando-se alguns autores pela possibilidade de conclusão de acordos na área financeira internacional sem audiência e aprovação do Poder Legislativo, caracterizando verdadeiros *Executive Agreement*.

Na qualidade de consultor jurídico do Itamaraty, Antonio Cançado Trindade enfatizou que a celebração de atos internacionais sem o referendo do Congresso Nacional não se afasta da prática de países democráticos da Europa acerca da matéria.²²⁵ Aliás, esta prática foi considerada como norma costumeira que reúne a prática de uma imperiosa necessidade estatal a ser “escorada a todo preço pela doutrina” em face da “lentidão e obstrutiva complexidade

²²⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Parecer CJ/161 do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. 3 abril. 1989, p.9 . A referência é de MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. p. 383-384

dos trabalhos parlamentares”, de forma que é necessário legitimar os acordos de forma simplificada.²²⁶

A dispensa de ratificação pelo Poder Legislativo é comum nos Estados Unidos da América, onde a prática de Acordos Executivos já recebeu a consagração da própria Suprema Corte, a despeito do que dispõe a a Suprema Corte sobre o processo de internalização de tratados. Accioly também menciona os tratados sobre meio ambiente, nos quais é comum assinar tratados-base (*umbrella treaties*), que traçam linhas gerais e que, posteriormente, poderão ser completados por protocolos e modificações que dispensariam a ratificação²²⁷.

Cabe, portanto, perguntar, se o Acordo Intergovernamental recentemente assinado poderia ser considerado um Acordo Executivo (*Executive Agreement*), ou seja, se corresponderia a um instrumento menos formal do que um tratado, além de não estar sujeito às exigências constitucionais de ratificação pelo Congresso. A resposta a esta pergunta dependerá da forma de condução do processo de incorporação, principalmente diante de qual procedimento formal irá se submeter.

Se a Secretaria da Receita encaminhar o Acordo Intergovernamental para validação congressional, a despeito da nomenclatura, seu tratamento será de tratado. Caso contrário, se optar por não submetê-lo àquele crivo - muito embora esteja evidente o conteúdo gravoso que ele encerra - poderá ser considerado um Acordo Executivo²²⁸

Há algumas categorias de Acordos Executivos no Brasil que seriam compatíveis com o texto constitucional: i) acordos que consignam interpretação de cláusulas de um tratado vigente, sendo subproduto do tratado já existente; ii) *modus vivendi* – quando tem em vista deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras; iii) assuntos puramente administrativos, como é o caso de acordos de transporte aéreo.²²⁹

Quanto à incorporação das normas do FATCA pelo Acordo Intergovernamental no ordenamento jurídico brasileiro, duas hipóteses podem ser consideradas: i) o Acordo Intergovernamental é mera decorrência do Acordo (Guarda-Chuva) para intercâmbio de

²²⁶ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 14. Ed. Revista, aumentada e atualizada, 2013, p. 84-85.

²²⁷ ACCIOLY, Hidélbrando.; SILVA, G.E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 165. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 14. Ed. Revista, aumentada e atualizada, 2013, p. 86-87.

²²⁸ CATUDAL, Honore Marcel. *Executive Agreement or Treaty?* The Journal of Politics. Vol. 10. N. 1. Fev. 1948. University of Chicago Press, p. 168-178. Disponível em: <<http://www.jstor.org.ez54.periodicos.capes.gov.br/stable/2125823?seq=10>>. Acesso em: 15 nov 2014.

²²⁹ ACCIOLY, Hidélbrando.; SILVA, G.E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 165.

informações fiscais e deve ser interpretado como uma mera regulamentação dele, por isso o Acordo é um *Executive Agreement* e, portanto já pode produzir efeitos imediatos; iii) o Acordo será incorporado nos moldes procedimentais, motivo pelo qual estará apto a produzir efeitos no próximo ano, estando as Instituições Financeiras amparadas para enviar as informações requeridas pela norma norte-americana.

No próprio sistema jurídico norte-americano, o *Agreement* não caracteriza um tratado formal, já que não tem aquele *pedigree*, segundo a Constituição Norte-Americana²³⁰ que só considera tratados aqueles instrumentos que forem ratificados pelo Congresso. Ao utilizar a espécie de acordo executivo para servir como alternativa a implementação direta do FATCA cria-se enorme incerteza jurídica, de forma desnecessária, quando existem outras alternativas mais viáveis, seguras e menos precárias. Questiona-se: por que os EUA escolheram esse caminho? Por que colocar em risco o projeto importante e complexo de cumprimento fiscal global, com tal procedimento legalmente duvidoso?

Responde-se que a abordagem tradicional poderia permitir que parceiros demorassem para internalizar o tratado de forma adequada e que não se poderia criar mais atrasos para a aplicação do regime. Então, para que isso não ocorra fixou-se prazos de cumprimento, que o referido acordo estão discriminados no

Não se sabe, de forma oficial, qual é o caminho que será tomado no caso brasileiro, em razão da novidade do tema. Opina-se, para que não haja questionamentos sobre a forma do instrumento e sua incorporação, que o trâmite procedimental será exatamente o mesmo aplicável para tratado, até porque o assunto encerra a rediscussão sobre o sigilo bancário no Brasil, tema polêmico, ainda não pacificado.

Entretanto, ainda que sob o ponto de vista formal, o tratado observe os procedimentos de ratificação interna, sem questionamentos sobre inconstitucionalidade formal (competência para assinatura e procedimentos de incorporação), restam alguns pontos de veto a serem considerados:

- A) Inconstitucionalidade material sob dois aspectos: i) tratamento diferenciado entre estrangeiros e brasileiros em solo nacional; ii) violação de direito fundamental ao sigilo bancário atualmente considerado como extensão à privacidade;
- B) O tratado não observa a instauração de procedimento fiscal prévio para fins de acesso dos dados bancários pela Receita Federal;

²³⁰ A Constituição dos EUA reserva poderes ao Congresso para "regular comércio com as nações estrangeiras" e "para aprovar todas as leis que sejam necessárias e apropriadas para executar essas potências precedentes."

C) O tratado confronta a atual, mais ainda não dominante jurisprudência da Corte Constitucional que tende a considerar obrigatória.

3.2 ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DO DIREITO INTERNACIONAL: ARTICULAÇÃO DE SISTEMAS E SUBSISTEMAS REGULATÓRIOS INFORMAIS NAS JUSTIFICATIVAS DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS E A INFLUÊNCIA DE FONTES INFORMAIS NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO BANCÁRIO

Estes pontos de veto deverão ser enfrentados pelos atores e agentes nacionais em breve e não há como fazer um exame preciso de prognose para tal. No entanto, a contribuição deste estudo é apontar que outros fatores, além daqueles nacionais, poderão influir na decisão das autoridades envolvidas, como decorrência da própria dinâmica da interrelação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional, o que ocorre formalmente pela incorporação de tratados, na abordagem do Direito Internacional Clássico, mas, além disso, pela grandiosa influência de um subsistema regulatório global informal, denominado comumente por Governança Global.

Embora se discuta este cenário de Governança Global como fonte de direito, não se pode ignorar sua influência para fins de determinação não só das leis nacionais, mas, bem como de sua interpretação, como mera decorrência da interdependência entre Direito Nacional e Internacional, fruto da globalização econômica e jurídica.

A despeito das numerosas análises sobre as pluridimensionalidades²³¹ da globalização – que ultrapassam a inexorável relativização do tempo e do espaço, principais dimensões materiais da vida humana, – duas perspectivas teóricas devem ser ressaltadas: i) a liquidez pós-moderna de fatores relacionados à ordem social²³² – que expõe a curta expectativa de vida de organizações – somada à flexibilização de instituições jurídicas, refletindo a dinâmica do próprio mercado financeiro no âmbito da mundialização econômica; ii) a Sociedade em

²³¹ URICH, BECK. *O que é globalização. Equívocos do Globalismo. Respostas à Globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 44. Segundo o autor, globalização é a palavra mais usada e abusada e a menos definida dos últimos e dos próximos anos. É também a mais nebulosa, mais mal compreendida, entretanto, de maior eficácia política.”

²³² BAUMAN, Z. *Tempos Líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Editora Zahar, 2007. (II3)

Rede²³³, formada por indivíduos, empresas e Estado que operam simultaneamente – e sem hierarquia – nos âmbitos local, nacional, supranacional e internacional de forma horizontal, constituindo relações sociais, econômicas e, muitas vezes, jurídicas.

Diante das premissas mencionadas, que identificam a sociedade pós-moderna globalizada com base em estruturas líquidas e em rede, infere-se que o Direito advindo dela é também fluído, decorrente de atores subestatais, transnacionais e privados. O paradigma da Sociedade em Rede é a cooperação mútua entre os sujeitos na esfera internacional que modifica a lógica vertical e hierarquizada ainda vigente na concepção jurídica do Estado-Nação e desloca as numerosas decisões para atores em diversos territórios de forma simultânea e desterritorializada, multiplicando as fontes de criação de direito, em face daquelas historicamente concebidas com fundamento do Direito Internacional Clássico consolidado geralmente do *pacta sunt servanda* convencional e decorrente, em regra, das relações entre Sujeitos Formais²³⁴.

Este contexto, que traduz um processo de interferências recíprocas entre as variadas esferas e provoca mudanças substanciais, reorientando estruturas institucionais e marcos legais no âmbito nacional, é propício ao desenvolvimento do que se tem denominado atualmente de Direito Administrativo Global. Nele prepondera a dinâmica das regulamentações em temáticas específicas, em complemento da legislação nacional ou da formalidade de convenções internacionais²³⁵.

Percebe-se, nessa perspectiva, uma alteração das concepções tradicionais de direito positivo apoiado em um sistema informal de regulação, fora do sistema clássico de direito internacional, mas que nem por isso é ineficiente. Basta recordar que a regulação do Sistema Financeiro Internacional deu-se inicialmente na forma *State Oriented* conforme as Conferências de *Bretton Woods*, com reunião dos Estados Soberanos para decisões e rumos concertados no âmbito financeiro que cada vez mais tem deslocado suas decisões para agentes e atores que, a princípio, não se apresentam com *status* de sujeitos de Direito Internacional Clássico.

²³³ CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Volume I e II*. A Sociedade em Rede. Tradução: Roneide Venancio Majer com colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

²³⁴ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf>. Acesso em: 05.dez. 2013.

²³⁵ KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. *Introdução: Governança Global e Direito Administrativo Global na ordem legal internacional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32 set/dez 2012.

Isso evidencia que a soberania estatal não é o único valor para o direito internacional e resulta na coexistência de dois sistemas de decisões complementares: um formal e outro informal²³⁶. Principalmente na esfera do Direito Internacional Econômico, há definições de padrões internacionais que não são necessariamente vinculantes sob o ponto de vista jurídico tradicional, mas são eficientes na mesma medida. Esse fenômeno decorre do fato de atores não estatais ocuparem o *locus* vazio deixado por entes públicos em matérias de extrema complexidade técnica que não foram objeto da atenção de legisladores nacionais. Portanto, tais normas surgem diante de necessidades reais de determinados setores produtivos/econômicos/técnicos, conduzindo processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, justificando a abertura de novos procedimentos de criação do Direito e até ressignificando parte do direito positivo nacional ao integrá-lo com outros processos de convergência e harmonização normativa.

Esta influência ocorre pela cooperação existente em redes de autoridades, como é o caso das reuniões do G-20 e da OCDE, decorrentes de relações de reciprocidade baseadas em interesses e fins comuns. Diz-se que tais redes podem atuar em relações assimétricas, em cooperação com membros e com não-membros, e expede normas para orientação e criação de um sistema de controle mútuo na persecução de fins semelhantes, criando, para tal, colaboração mútua, em nível de paridade.

Nela, cada autoridade, embora não sujeita à hierarquia de um órgão regional, como é o exemplo do Direito Comunitário, envida os melhores esforços para obter na esfera nacional a conformação com a padronização internacional. É comum este tipo de arranjo para facilitar o intercâmbio de informações, cujo melhor exemplo é a Reunião do Fórum Global de {^aTransparência em Trocas de Informações Tributárias, cuja Sétima Edição ocorreu recentemente em 29/10/2014, reunindo mais de 122 países e jurisdições e a União Europeia.

É a maior rede do mundo para a cooperação internacional em matéria fiscal e de troca de informação financeira e discute melhorias planejadas para o padrão existente na troca de informações, a pedido e de forma automática, o que ainda será formatado em breve. Os participantes são Ministros da Fazenda e suas delegações, evidenciando o fenômeno da paradiplomacia, que confere legitimidade a agentes que constitucionalmente não teriam

²³⁶ CARREAU, Dominique. JUIILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 2. Édition. Dalloz: Paris, 2006.

capacidade para celebrar tratados, em ausência de típica manifestação de vontade de sua personalidade jurídica internacional²³⁷.

Em outras palavras, o cenário internacional econômico é fortemente influenciado pela premissa da cooperação mútua entre os países, que nem sempre decorre de documentos produzidos sujeitos clássicos de Direito Internacional ou necessariamente Estados Nacionais.

Acerca disso, cita-se também a organização internacional Banco de Compensações Internacionais (BIS), que fomenta a cooperação entre os bancos centrais e outras agências, em busca da estabilidade monetária e financeira. E estabeleceu, na década de 1970, o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia - *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS).

Tal organismo internacional, ao ponderar os riscos expostos ao segmento bancário no mundo todo, aprovou, em 1988, o I Acordo da Basileia, denominado oficialmente de *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, com o objetivo criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma de fazer face ao risco de crédito. Em 2004, houve revisão do documento, o que gerou o II Acordo da Basileia.

O Fórum de Estabilidade Financeira - *Financial Stability Board* (FSB), juntamente com o G20, na intenção de reforçar o sistema financeiro como resposta à crise financeira, com auge em 2008, lançou as bases para os Acordos de Basileia III, para consolidar mais um conjunto de propostas de reforma de regulamentação bancária, e conseguir que os bancos apresentassem balança positiva, solvabilidade, liquidez e, conseqüentemente, menos riscos ao mercado financeiro, cuja característica principal é a interdependência entre os agentes financeiros de todos os países.

Tais documentos corporificam orientações ao segmento bancário, motivo pelo qual são internalizados nos países signatários por intermédio de Regulamentos dos Bancos Centrais, sem que sejam transformados em norma cogente por intermédio da incorporação de textos convencionais (oriundos de tratados). Assim, estão mais afeitos à aceção internacional de *Soft Law*²³⁸, uma vez que não constituem norma jurídica instrumentalizada pelos órgãos legitimados para tal – como em um tratado ou lei nacional –, e também não se encaixam perfeitamente na definição tradicional de *jus cogen*, mas a despeito disso, representam necessidade de observância, diante da interdependência entre os agentes financeiros.

Destas reuniões, são encaminhadas orientações que são direcionadas para agentes e instituições nacionais que internalizam as normativas delas constantes em normas e

²³⁷ CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia e Entes Não-Centrais no Cenário Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

²³⁸ GUZMAN, Andrew T. *How International Law Works*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176015>. Acesso em: 20 jan. 2014.

regulamentos sem que seja necessário passar por todo o trâmite convencional de ratificações internas, como é o caso de Resoluções e Circulares do Banco Central do Brasil.

Muitas vezes, como no caso em estudo, não há efetivamente uma substituição normativa, mas tão-somente uma complementação, em paralelo, desse subsistema informal de regulação, nos parâmetros de interpretação do sistema jurídico formal nacional.

Neste ambiente em que convivem normas formais estatais e padronização de condutas por redes de os ordenamentos jurídicos nacionais são remodelados, recebendo influências e interferências advindas desse constante processo de interação da norma nacional e internacional, criando-se um direito padronizado, uniformizado, comum, que acaba por influenciar seus padrões de comportamento para a construção normativa de outros países.

Para que se compreenda o fenômeno da incorporação e as polêmicas que ele enseja - acima delineadas - de maneira completa, é preciso que a abordagem de pesquisa ultrapasse o tradicional ponto de vista formal do Direito Internacional Clássico com seus mecanismos de ratificação próprios do Direito dos Tratados, pelos quais o país só adere ao que fora criado fora de seus territórios de maneira condicionada à autorização prévia de Poderes Republicanos legitimados para tal, a quem compete a criação do direito.

De forma complementar e paralela a esta visão, acrescenta-se a observância de uma inegável influência de forças advindas de uma abordagem mais contemporânea do Direito Internacional, influenciada por dinâmicas como *soft law*, governança global ou *lex mercatoria*, tendo-se como protagonistas atores e não só os sujeitos clássicos de direito internacional. Cria-se um verdadeiro regime uniforme que não é conduzido necessariamente de forma voluntária por políticas externas para o tratamento da questão pela diplomacia, mas sim padroniza-se a moldura jurídica existente nos países.

Com esta perspectiva, muito embora os vetos acima prevaleçam, poder-se-ia dizer que sob o ponto de vista da regulamentação e padronização dos instrumentos de cooperação para fins fiscais, o ato de incorporação vai acabar sendo considerado legítimo na prática.

Esta espécie de ‘mutação da proteção constitucional do sigilo bancário já está ocorrendo por intermédio da via administrativa. Para elucidar essa visão, cabe analisar os pareceres do Senado às propostas de incorporação do Acordo de Cooperação para Trocas de Informações para fins tributários em dois momentos, lembrando que ela tramita desde 2007 no Congresso, mas só foi concluída definitivamente em 2013.

Vale lembrar que em um primeiro momento a proposta recebeu Parecer contrário à incorporação, relatado pelo Senador Francisco Dornellas que as informações estariam

protegidas pelo sigilo bancário e fiscal, não podendo o Estado Brasileiro franqueá-las sem intermediação do Poder Judiciário.

Posteriormente, o Senador Jorge Vianna relatou a proposta, considerando que o artigo 199 do CTN permite a permuta de informações com Estados Estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. Ademais, assume que fontes internacionais tem influência direta no país, sendo oportuno recordar que “o intercâmbio de informações fiscais entre Brasil e outras soberanias tem prática costumeira consolidada no Direito Internacional, identificando-se, portanto, convergência entre o marco jurídico disciplinador da forma de cooperação. O Senador cita expressamente o Acordo da O.C.D.E. e afirma que a matéria é tratada nos grandes fóruns multilaterais, a exemplo do G-20.

Este reconhecimento nada mais é do que a expressão de que as fontes internacionais – ainda que informais – tem relevância na interpretação e sentido constitucional e que podem orientar a conformação e alteração do Direito.

A Teoria Constitucional Clássica confere ao Poder Constituinte Derivado a quase exclusividade do poder de reforma, balizando-o por limitações materiais. No entanto, o caráter dinâmico da Constituição evita a eternidade do sentido de um vocábulo da lei fundamental. Durante muito tempo, conforme confirma Hsu Dau-Lin²³⁹, se tinha uma fé romântica em uma espécie de força mítica da Constituição, o que repercutia em problemáticas quanto a sua reforma e mutação de seu conteúdo.

Porém, diante da inevitável tensão entre as necessidades da vida estatal, buscou-se um método que conciliasse estabilidade e elasticidade da norma constitucional. Aliás, o segredo das Constituições duradouras passa pelo regular balanceamento dos conceitos de dinamicidade e estabilidade, na possibilidade de se acomodarem anseios populares por via da interpretação²⁴⁰

Assim, a Constituição, sendo um texto normativo aberto e plurissificativo, permeado de princípios, onde se usa mais a ponderação do que a subsunção e a mais a concretização do que a interpretação, requer que o jogo político a modifique o alcance²⁴¹, remodelando seus valores, modernizando suas tendências e atualizando seus preceitos, já que a Constituição é

²³⁹ DAU-LIN, Hsu. *Mutación de la Constitución*. Oñait: IVAP, 1998, p. 24.

²⁴⁰ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 127.

²⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 121.

um organismo vivo sempre em movimento, submetida à realidade e por isso mesmo nunca poderá ser captada através de formulas fixas²⁴².

Portanto, este conjunto de fenômenos de mudança operadas no ambiente social, interpenetrado por pressão e balanceamento de questões que são tratadas no cenário internacional de uma maneira padronizada poderão interferir na interpretação constitucional de forma a flexibilizar a regra do sigilo bancário.

Como se vê da análise da evolução de manifestação nos pareceres legislativos citados, principalmente considerando que o último utilizou-se do cenário externo para justificar uma reorientação na tomada de posição, o que, de certa forma, implica em dizer que este interrelacionamento ocorre e ele é evidente.

Quanto às demais questões, principalmente constitucionais, apontadas ao fim da penúltima seção desta dissertação, ainda a serem submetidas à análise posterior do Congresso e do Supremo Tribunal Federal, aguardem-se os posicionamentos, mas certamente, em razão do alinhamento do Brasil aos fóruns aos quais se discutem tais matérias, haverá uma necessidade de conformação do direito à legislação interna, seja por intermédio de nova interpretação jurisprudencial que se utilize de fontes formais e informais internacionais ou por efetiva alteração legislativa nacional como consequência da necessidade de reposicionamento do tema no Brasil ou decorrente da internalização de tratado, ainda que com temperamentos, conforme pontuado na penúltima seção do primeiro capítulo desta dissertação.

CONCLUSÃO

Há mais de cinco anos, em Londres, os líderes do G-20 se reuniram com a determinação de combater a evasão fiscal, declarando que a era do segredo bancário teria acabado. Nesse quadro, ainda em 2010, surge um conjunto de normas norte-americanas denominado vulgarmente de *Foreign Account Tax Compliance Act* – F.A.T.C.A., para alterar o Código Tributário daquele país e recuperar sua economia arrasada com crise econômico-financeira, cujo auge deu-se em 2008-2009.

O padrão automático e a utilização de instituições financeiras como intermediárias de informações pessoais e econômicas protegidas pelo sigilo bancário são os dois parâmetros do F.A.T.C.A. que fazem dele uma legislação eficiente para o enfrentamento do tema. Apesar de

²⁴² Conferir: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.

disso, também são tais características que expõem sua incorporação doméstica a questionamentos jurídicos, principalmente em países em cujo o sigilo bancário é protegido e o acesso às informações bancárias pelo Fisco só ocorre mediante algumas circunstâncias procedimentais, como a instauração de procedimento fiscal ou autorização judicial específica.

Considerando que a jurisdição norte-americana circunscreve-se ao seu território, a internalização da legislação ocorre tão-somente facultativamente pela formalização de um instrumento internacional e sua conseqüente ratificação externa e interna. No processo de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, as questões que se apresentam podem apontar o seguinte delineamento de no curso procedimental: i) natureza jurídica do instrumento; ii) constitucionalidade formal e material das normas diante da interpretação da Corte Constitucional Brasileira sobre a proteção do sigilo bancário; iii) alteração no sentido e alcance interpretativo da proteção ao sigilo bancário.

A natureza jurídica do instrumento depende de qual trâmite interno vai seguir. Como demonstrado no Capítulo III, a condução da discussão aponta para a formalização da internalização na forma de tratado, observando-se toda ritualística de ratificação interna a homologação do Poder Legislativo. É que, a despeito de se poder considerá-lo um Acordo Executivo, vinculado ao já internalizado Acordo para Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, por intermédio do Decreto nº 8.003, suas disposições colidem com o tratamento de vários temas no âmbito interno, como é o caso do tratamento nacional ao sigilo bancário. Esta perspectiva traria menos questionamentos e imprimiria maior segurança jurídica.

O acesso à informações bancárias pela Fazenda Nacional para fins eminentemente arrecadatórios em detrimento à proteção jurídica ao sigilo bancário não é tema pacífico na jurisprudência brasileira. Dois tratamentos são dados ao tema: infraconstitucional e constitucional. O enquadramento infraconstitucional decorre da própria Lei Complementar nº 105/2001, que franqueou o acesso às informações bancárias a determinadas autoridades, cada qual com sua específica finalidade, diante de valores e interesses que mereceriam o afastamento do sigilo. Podem solicitar informações relativas à quebra de sigilo bancário: Banco Central do Brasil - BACEN; Comissão de Valores Mobiliários - CVM; Poder Judiciário, Poder Legislativo Federal e Receita Federal do Brasil – RFB.

Quanto à Receita Federal do Brasil, o acesso referido, desde que haja instauração de procedimento fiscal e indispensabilidade da medida. Estas premissas, ainda que respeitadas, geram muita polêmica, o que pode ser comprovado pelo embate jurídico que se travou quando da edição da lei, expondo-se posicionamentos polêmicos e polarizados acerca de sua constitucionalidade ou não, diante do alargamento das hipóteses legais de exceção.

Este cenário culminou no ajuizamento, perante à Corte Constitucional, de muitas Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando as disposições legais que autorizavam a Receita Federal a obter acesso aos dados bancários de contribuintes sem a interveniência do Poder Judiciário. Dentre elas, cita-se as ADIs referentes ao tema ADI 2386 (apensa à ADI 2390 e 2386), ADI 2389 (apensa à ADI 2406) e ADI 4010, todas elas tendo-se como parâmetro de controle de constitucionalidade os incisos X e/ou XII do 5º da Constituição.

Constitucionalmente, o direito ao sigilo bancário está conformado, de forma interpretativa pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição. O inciso X protege a vida privada e intimidade, tendo por foco a pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento da pessoa (comunicação de dados).

Esta interpretação é mais do que uma evidência do movimento constitucionalista, a ampliação das hipóteses existentes no rol de garantias e direitos formalmente positivados é uma decorrência evidente para uma Carta que marca o reinício da era democrática de um país que viveu um processo constitucional recortado por momentos de autoritarismo político.

A par disso, a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do artigo 5º é ampla e garantista, como reflexo da hermenêutica adjacente ao programa constitucional estabelecido. No mais, entende-se que esta posição atual do Supremo Tribunal Federal vem contextualizada em um período histórico no qual aquela Corte se entende na posição ativista de defesa de direitos e garantias fundamentais, utilizando-se de uma hermenêutica constitucionalista garantista.

Como a Constituição também dispõe no artigo 145 sobre a excepcionalização específica da proteção à administração tributária, que nos termos da lei, e, respeitando os direitos individuais, poderia identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não justifica sua proteção absoluta. Os limites, no entanto, seriam dados somente mediante uma ponderação de valores pelo próprio Poder Judiciário, órgão ‘equidistante’, nas palavras do Ministro Marco Aurélio.

Embora não pacífica a matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o julgamento mais recente, e, portanto o que vige, é aquele referente ao RE nº 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário - ressalvada tão somente a competência extraordinária das CPIs prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional - “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao

Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas".

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

O julgamento não foi unânime, entretanto. Ao contrário, a maioria foi apertada. A divergência do Ministro Dias Toffoli, por exemplo, é percebida quando se afirma que os incisos X e XII devem ser lidos à luz do artigo 145, parágrafo 1º, o qual permite à Administração Tributária identificar, respeitados os direitos e garantias individuais, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Para ele, as garantias e direitos individuais estariam preservadas diante da previsão de criminalização das condutas de quebra ilegais, o que protege eventual violação do direito.

Ademais, argumentou que a Receita Federal já dispõe regularmente do acesso a informações sobre quase a totalidade de nosso patrimônio, em razão do que lhe é apresentado anualmente quanto a declaração de bens e direitos para fins de cálculo do Imposto sobre a Renda. Ele questiona: “ Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como é que ela não pode ter acesso ao conjunto menor?” Segundo ele, o parágrafo 1º do artigo 145 muito ‘sabidamente’ ressaltou o respeito aos direitos individuais, sendo lícita a identificação conforme os artigos 10 e 11 da Lei Complementar nº105/2001, que assegura a responsabilização penal do agente fazendário que violar o sigilo bancário.

A este quadro jurisprudencial soma-se a recente alteração do Decreto nº 3.724/2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, pelo Decreto nº 8.303, de 04/09/2014. O ato infralegal continua a vincular a quebra, para fins arrecadatórios, à instauração de procedimento fiscal. No entanto, as requisições de Movimentação Financeira – RMF serão precedidas de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal. No ato da intimação, o sujeito passivo deve fornecer:

I - autorização expressa do acesso direto às informações sobre movimentação financeira por parte da autoridade fiscal; ou

II - apresentação das informações sobre movimentação financeira, hipótese em que responde por sua veracidade e integridade, observada a legislação penal aplicável.

Ambas hipóteses (incisos I e II, do parágrafo 3º do Artigo 4º do Decreto nº 3.724/2001) descaracterizam a proteção do sigilo bancário, informando que existe vontade consciente do titular da conta em repassar tais informações. Esta premissa também poderá figurar nos contratos bancários, a fim de dar mais eficácia às fiscalizações e investigações alinhadas no contexto contemporâneo.

Esta nova normatização preserva o sigilo bancário, sob fundamento legal do inciso V do parágrafo 3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que não considera sua quebra a divulgação de informações confidenciais com o consentimento expresso do titular.

Trata-se de uma saída institucional do Poder Executivo minimiza os riscos jurídicos dos bancos quanto aos questionamentos dessa espécie, já que a relação dar-se-á entre um ente público (Receita Federal) e o sujeito passivo, ficando o banco, enquanto intermediário das informações financeiras, como mero expectador, de modo a preservar seus deveres de discricção.

No âmbito do F.A.T.C.A., discute-se, no segmento financeiro, a possibilidade de incluir cláusula contratual semelhante, na qual o titular da conta anui para encaminhamento de suas informações à Receita Norte-Americana, para fim de dar mais eficácia às fiscalizações e investigações alinhadas no contexto contemporâneo.

Estes são exemplos de como sistemas regulatórios formais e informais podem conviver na concepção do que seria o direito da pós-modernidade, já que as demandas contemporâneas necessitam de respostas rápidas e não podem aguardar a burocracia weberiana estatal para encontrar soluções que indiquem minimização de riscos jurídicos.

Estes movimentos internos de remodelação do sigilo bancário, no entanto, não são exclusivos do panorama doméstico. Na esfera internacional, redes são formadas para que a cooperação ocorra a contento.

Há duas referências interessantes sobre o acrônimo F.A.T.C.A., que, de forma irônica acabam traduzindo as realidades e intenções que estão por trás de seus objetivos legislativos da norma. Uma delas é a piada norte-americana que se tem referido ao acrônimo como FAT CAT, referindo-se aos cidadãos norte-americanos que sonegam tributos ao desterritorializar sua fonte de renda para outros países e a outra é o GATCA, referindo-se ao Global F.A.T.C.A.²⁴³, a tendência mundial de copiar o modelo como aquele aplicável a todo o

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

mundo, visando, de fato, acabar com o sigilo bancário como direito, quando este colidir frontalmente com questões fiscais.

As duas referências juntas dão a tônica do movimento internacional pela flexibilização do sigilo bancário sem a anuência do Poder Judiciário local: evitar a evasão fiscal criando um modelo global para alargar os perímetros da fiscalização e arrecadação de tributos. Neste contexto, dois modelos somam-se ao F.A.T.C.A.: o modelo de trocas de informações para fins fiscais da OCDE, no âmbito uma rede intergovernamental de membros e não-membros e da UE, no âmbito do direito comunitário. Comparando os modelos com aquele proposto pelo FATCA, percebe-se a identidade de dois elementos em comum: troca automática (sem interferência de autorizações, procedimentos ou submissão ao Poder Judiciário) de informações e exceção à regra de sigilo bancário.

Embora diretamente não se apliquem ao Direito Brasileiro, constituem uma inspiração para o país, que deve seguir esta espécie de ‘regime internacional’ de tratamento de trocas de informações bancárias para fins fiscais, já que pretende se posicionar no cenário internacional em conformidade com os países desenvolvidos. Mais do que uma influência, tais modelos caracterizam verdadeiras pressões externas para um posicionamento do Brasil.

Estes dois cenários descritos – nacional e internacional - têm, portanto, relevância e influência concomitante – e paralela - na concepção do sigilo no Brasil. Para analisar a incorporação do FATCA ao ordenamento jurídico brasileiro, duas abordagens podem ser consideradas: i) Direito Internacional Clássico ou Tradicional – os procedimentos de internalização do Acordo de Cooperação e Acordo Intergovernamental em matéria tributária levam em conta procedimentos formais de internalização; ii) Direito Internacional Contemporâneo – a interferência de regimes internacionais e comportamentos em rede caracteriza uma situação de governação sem governo.

As redes informais de autoridades, como são as reuniões do G-20 ou da OCDE representam uma grande influência no modelamento de direitos no âmbito doméstico, a despeito de não serem exatamente organismos internacionais, e, sob o ponto de vista do Direito Clássico, sujeitos de direito aptos à produção de normatividade jurídica. No entanto, suas orientações ainda que não criem direitos, reúnem possibilidades de padronização. Reunindo propósitos comuns de vários Estados, desenvolvidos e em desenvolvimento, conformam, ainda que como *Soft Law*, a interpretação e o sentido do sigilo bancário.

Uma evidência disso é a mudança de orientação do Parlamento Brasileiro nos atos de aprovação do Acordo de Cooperação para Trocas de Informações para fins tributários em dois

momentos, lembrando que ela tramita desde 2007 no Congresso, mas só foi concluída definitivamente em 2013.

Em um primeiro momento a proposta recebeu Parecer contrário à incorporação, relatado pelo Senador Francisco Dornellas que as informações estariam protegidas pelo sigilo bancário e fiscal, não podendo o Estado Brasileiro franqueá-las sem intermediação do Poder Judiciário.

Voltando à tramitação somente no ano passado, o Senador Jorge Vianna retificou o posicionamento, assumindo que fontes internacionais tem influência direta no país, sendo oportuno destacar, daquele texto, que “o intercâmbio de informações fiscais entre Brasil e outras soberanias tem prática costumeira consolidada no Direito Internacional, identificando-se, portanto, convergência entre o marco jurídico disciplinador da forma de cooperação. O Senador cita expressamente o Acordo da OCDE e afirma que a matéria é tratada nos grandes fóruns multilaterais, a exemplo do G-20.

Este reconhecimento nada mais é do que a expressão de que as fontes internacionais – ainda que informais – tem relevância na interpretação e sentido constitucional e que podem orientar a concepção do sigilo bancário no Brasil. Neste sentido, poder-se-ia cogitar que o Supremo Tribunal Federal comece a reconhecer uma espécie de mutação constitucional das hipóteses de sigilo e suas exceções. Esta interpretação é um mero reconhecimento de um poder de fato que altera os limites interpretativos, tendo-se por premissa a Constituição como um texto plurissignificativo e aberto.

A Teoria Constitucional Clássica confere ao Poder Constituinte Derivado a quase exclusividade do poder de reforma, balizando-o por limitações materiais. No entanto, o caráter dinâmico da Constituição evita a eternidade do sentido de um vocábulo da lei fundamental. Porém, diante da inevitável tensão entre as necessidades da vida estatal, buscou-se um método que conciliasse estabilidade e elasticidade da norma constitucional. Aliás, o segredo das Constituições duradouras passa pelo regular balanceamento dos conceitos de dinamicidade e estabilidade, na possibilidade de se acomodarem interpretações da opinião pública por via da interpretação.

Assim, somados os cenários nacional e internacional de discussão do tema, com alterações do direito advindas de tais fontes, talvez se chegue à era na qual o sigilo bancário desaparecerá.

REFERÊNCIAS

Documentos Oficiais

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.655, de 1986*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/sctvm.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.120, de 1986*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/sdtvm.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

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

GROUP OF TWENTY. *Leader's Statement. London Summit. G-20 Action Plan for Recovery and Reform. Declaration On Strengthening The Financial System. Declaration On Delivering Resources Through The International Financial Institutions. 2nd April 2009*. Disponível em: <<https://www.g20.org>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

O.C.D.E. . *Convenção Sobre Assistência Mútua Administrativa Em Matéria Fiscal*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>> . Acesso em 04 nov. 2014.

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

O.C.D.E. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

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

O.C.D.E. *Promoting Transparency And Exchange Of Information For Tax Purposes. A Background Information Brief 19 January 2010. p. 3*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

O.C.D.E. *Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>> Acesso em: 13 ago 2014.

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

ONU, *Manual de tratados, preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos*, New York, ONU, 2001, p. 9. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

US. US DEPARTMENT OF TREASURY. *Model Intergovernmental Agreement to Improve Tax Compliance and implement FATCA*. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Communique-Model-Agreement-to-Implement-FATCA-7-25-2012.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2014.

US. US DEPARTMENT OF TREASURY. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. *Tax Policy. Treaties. FATCA Archive. Jurisdictions that have signed agreements*. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

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

US. INTERNAL REVENUE SERVICE. *Notice 2014-33. Further Guidance on the Implementation of FATCA and Related Withholding Provisions*. Disponível em: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-33.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2014.

US. US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *The Laws that Govern the Securities Industry*. Disponível em: <<http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2014.

US. THE WHITE HOUSE. *Office of The Press Secretary*. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-signing-hire-act>>. Acesso em: 10 dez. 13.

Referências legais

BRASIL. Constituição da República Federativa. (1998). Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014.

BRASIL. Decreto nº 8.495, de 29 de dezembro de 1945. *Transfere à Superintendência da Moeda e do Crédito as atribuições de que trata o Decreto-lei nº 6.419, de 13 de abril de 1944, e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> .Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. Decreto nº 47.373, de 07 de dezembro de 1959. *Aprova o Regulamento para cobrança e fiscalização do Imposto de Renda*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 ago. 2014.

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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. *Regulamenta o artigo 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*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

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*

Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 08 jan. 2015.

BRASIL. Decreto nº 7.482/11. *Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda.* Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 04 nov. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.154, de 28 de novembro de 1962. *Dispõe sobre a legislação de rendas e proventos de qualquer natureza.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14154.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial (Derrogado).* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* (Revogado). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 ago. 2014

BRASIL. Lei nº 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.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. *Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set 2014.

BRASIL. Lei nº 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.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.492/86. *Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990. *Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.514/97, de 20 de novembro de 1997. *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001. *Altera o artigo 11 da Lei nº 9.311, de 24 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.* Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 04 nov 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2014. Segundo o Artigo 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

BRASIL. Lei nº 12.683/12. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.850, 02.08.2013. *Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 nov. 2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 104/2001, de 10 de janeiro de 2001. *Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. *Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Sistema Atos Internacionais*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2014-3/acordo-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-dos-estados-unidos-da-america-para-melhoria-da-observancia-tributaria-internacional-e-implementacao-do-fatca-1>> . Acesso em: 19 jan 2015.

BRASIL. COAF. *Legislação e Normas*. Disponível em: <www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 04 out. 2014.

BRASIL. BACEN. Resolução nº 1.682, de 31 de janeiro 1990. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em 04 nov. 2014.

Referências Jurisprudenciais

BRASIL. STF. ADI 2389. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Dias Toffoli. Petição inicial Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. STF. Inq 2593 AgR/DF. *Agravo Regimental no Inquérito*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 09 dez 2010. Tribunal Pleno. Publicação DJe-030. Divulg. 14 fev 2011.

BRASIL. STF. MS nº 2.172/GO. *Mandado de Segurança*. Relator Ministro Nelson Hungria. DJ 05 jan 1954. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82318>>. Acesso em: 17 ag.o 2014.

BRASIL. STF. Pet 577/DF. *Petição*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 25 mar 1992. Tribunal Pleno. DJ 23 abr. 1993.

BRASIL. RE 389.808. *Recurso Extraordinário*. Rel. Min. Marco Aurélio julgamento em 15 dez 2010, Plenário, DJE de 10 maio 2011.

BRASIL. STF. RE nº 461.366/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Publicação DJe 04/10/2007. RT v. 97, n. 868, 2008, p. 152-161.

BRASIL. STF. RE nº 601.314/SP. *Recurso Extraordinário*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br> . Acesso em: 19 jan 2014. Em 18/11/2014 o Ministério Público Federal o processo foi concluso com parecer da PGR opinando pelo conhecimento parcial do recurso extraordinário ena parte conhecida pelo seu desprovemento.

BRASIL. STF. RHC 6.6284 / MG. Relator Ministro Carlos Madeira. Diário de Justiça de 25 de maio de 1988. Disponível em: < www.stf.jus.br> . Acesso em: 03.09.2014.

BRASIL.STJ. AgRg no REsp 1.402.649/BA. *Agravo Regimental no Recurso Especial* Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Data do Julgamento: 05 nov 2013. Data da Publicação/Fonte DJe 18 nov 2013.

BRASIL. STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1138625 / ES. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial* Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data do Julgamento: 14 set 2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 06 out 2010.

BRASIL. STJ. EREsp 806.753/RS. *Embargos de Divergência no Recurso Especial*. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 22 ago 2007. DJe 01 set 2008.

BRASIL. STJ. HC 237057/RJ. *Habeas Corpus*. Sexta Turma. Data do Julgamento: 19 fev 2013. Data da Publicação/Fonte DJe 27 fev 2013.

BRASIL. STJ. HC 118.849/PB *Habeas Corpus*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Data do Julgamento: 07 ago 2012. Data da Publicação/Fonte DJe 31 ago 2012.

BRASIL. STJ. REsp 1.237.852/PR. *Recurso Especial* Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do Julgamento 01 dez 2011. Data da Publicação/Fonte DJe 07 mar 2012.

BRASIL.STJ. RHC nº 41.532/PR. *Recurso em Habeas Corpus*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do Julgamento: 11 fev 2014. Data da Publicação/Fonte DJe 28 fev 2014.

BRASIL. STJ. *Súmula 381*. DJe 05/05/2009.

Referências Bibliográficas

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 14.ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.

ACCIOLY, Hidelbrando.; SILVA, G.E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BAKER, Mary Burke. *The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback*. Benefits Law Journal. Spring 2012, Vol. 25 Issue 1, p 5.

BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade de ponderação de interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BATISTA, Deocleciano. *Expectativas quanto à posição do Poder Judiciário diante da flexibilização do Sigilo Bancário*. Ciência Jurídica Ad Litteras et Verba. Belo Horizonte, número 102, ano XV, Novembro/Dezembro de 2001.

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

BERMAN, A. *The Role of Domestic Administrative Law in the Accountability of Transnational Regulatory Networks: The Case of the ICH*. IRPA GAL Working Paper 2012/1.

BLACK, Julia. *Legitimacy and the Competition for Regulatory Share*. LSE Law. Society and Economy Working Papers. N 14/2009. London School of Economics and Political Science Law Department. Disponível em: < <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/>> . Acesso em: 05 nov. 2014.

BORIES, Clément. (coord) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Cahiers Internationaux. Paris: Pedone, 2012.

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

BULL, Hedley. A sociedade anárquica. *Um estudo da ordem na política mundial*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília. Imprensa Oficial do Estado. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. 2002.

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

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

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

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

CASTELO BRANCO, Álvaro Chagas. *Paradiplomacia e entes não-centrais no cenário internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

CATUDAL, Honore Marcel. *Executive Agreement or Treaty? The Journal of Politics*. Vol. 10. N. 1. Fev. 1948. University of Chicago Press, p. 168-178. Disponível em: <<http://www-jstor-org.ez54.periodicos.capes.gov.br/stable/2125823?seq=10>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

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

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2.ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

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

DECAUX, Emmanuel. *Droit International Public*. 3. Édition. Dalloz: Paris, 2002.

DERZI, Misabel. Abreu Machado. O Sigilo Bancário e Guerra pelo Capital. *Revista de Direito Tributário*. nº 81, jul/set 2001.

DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUNNE, Tim. *Society and Hierarchy in International Relations*. *International Relations*, vol. 17, no 3, 2003. p. 303-320. Disponível em: <<http://ire-sagepub-com.ez54.periodicos.capes.gov.br/content/17/3/303>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, RT, v. 1, p. 77, 82 e *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. 'Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado'. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. p.145 e 146.

FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro. Produtos e Serviços*. 19.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2013, p. 29 a 35.

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

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

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

GUZMAN, Andrew T. *How International Law Works*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176015>. Acesso em: 20 jan. 2014.

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

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

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

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

HATTEN-BOYD, Laurie. *FATCA: Will This Penal Withholding Regime Have Its Intended Effect?* International Tax Journal. Jul 2010, Vol. 36 Issue 4, p 3.

HAUSMANINGERT, Herbert. *Diligentia quam in suis: a standard of contractual liability from ancient roman to modern soviet law*. Cornell International Law Journal. Volume 18. Summer 1985. Number 2. p. 181.

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

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 383-384.

KINGSBURY, B. The Concept of 'Law' in Global Administrative Law, IILJ 2009/1.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. *The emergence of globaladministrativelaw*. New York: Institute for International Law and Justice/NewYork University School of Law. Working papers 2004/I, p. 02-47

- KURTZMAN, Joel. *A morte do dinheiro: como a economia eletrônica desestabilizou os mercados mundiais e criou o caos financeiro*. Tradução Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAIA, José Nelson Bessa. SARAIVA, José Flávio Sombra. A paradiplomacia financeira no Brasil da República Velha, 1890-1930. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*. N. 55
- MAIONE, Emerson de Souza. Ordem e justiça na sociedade internacional pós-11 de Setembro. *Revista Brasileira de Política*. Volume 52.1. Jan/2009. p133. Disponível em: <<http://www.ibri-rbpi.org/rbpi>>. Acesso em: 05 nov. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, p 121.
- MORSE, Susan C. *Ask for Help, Uncle Sam: The Future of Global Tax Reporting*. Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1999101>>. Acesso em: 20 Jan. 2014.
- NOVOA, César García. Reflexiones sobre la Influencia de la Globalización en los Principios Tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Internacional Aplicado* (Coordenador). São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- NYE JR., Joseph S.; DONAHUE, Jonh D. *Governance in a globalizing world*. Washington: Brookings Institution Press, 2000.
- OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. In: *Revista da PGFN*. Ano I. N. III, 2012. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/r>> Acesso em: 13 ago 2014
- PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira Maia e. *A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2006.159fls. Dissertação. Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília.
- PIETRO, Noé Cornago. O outro lado do novo regionalismo pós-soviético e da Ásia Pacífico. In: VEGEVANI, Tullo (Org.) *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: UNESP, 2004.
- POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof (Organizador). *Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou Fracasso?* Tradução e e adaptação ao Direito Brasileiro: Luciano Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. HUP, 1983.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 14.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ROEMER, A. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. 2. Ed. México: ITAM: 2000.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”?* Revista do Curso de Direito – UNIFACS, n. 160, Outubro de 2013. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em: 30 abr.2014, p.2.

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

VERDIER, P. *Transnational regulatory networks and their limits*. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, p. 113-172.

WALD, Arnaldo. *O sigilo bancário no projeto de lei complementar do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70*. Revista de Informação Legislativa, nº 116, out-dez/1992.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTANJ, Rachel. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Elsevier,2005, p 2-5.

Referências relativas a eventos

INFI/FEBRABAN. *Summit F.A.T.C.A.*. Novembro de 2014, São Paulo/SP. Disponível em: <www.infi.com.br/LOADSINFI/Summit_FATCA_IGA_28.11.14>. Acesso em: 08 jan. 2015.