

Coordenação:
EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI
BASILE GEORGES CHRISTOPOULOS
DANIEL LEIB ZUGMAN
FREDERICO SILVA BASTOS

TRANSPARÊNCIA FISCAL E DESENVOLVIMENTO

HOMENAGEM AO PROFESSOR ISAIAS COELHO

Joseph E. Stiglitz	Vito Tanzi
Jeffrey Owens	Richard M. Bird
Reuven S. Avi-Yonah	James Alm
Luis Eduardo Schoueri	Joshua D. Blank
Misabel Abreu Machado Derzi	José Roberto R. Afonso
Fernando Rezende	Cleide Previtalli Cais
Heloisa Estellita	Eurico Marcos Diniz de Santi
Denise Lucena Cavalcante	Luiz Roberto Peroba
Nara Cristina Takeda Taga	Fabiano Angélico
Fernando Daniel de Moura Fonseca	Mateus Calicchio Barbosa
Andressa G. Torquato Fernandes	Mariana Pimentel F. Pacheco
Dalton Yoshio Hirata	Roberto Codorniz Leite Pereira
Daniel Leib Zugman	Frederico Silva Bastos

Editora FISCOsoft
São Paulo – 2013

DA ANTÍTESE DO SIGILO À SIMPLICIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO: OS DESAFIOS DA TRANSPARÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL

Prof. Dr. Luís Eduardo Schoueri¹

Mateus Calicchio Barbosa²

I INTRODUÇÃO

Ao anunciar, em abril de 2009, que a era do sigilo bancário havia terminado (“*the era of banking secrecy is over*”), a declaração final emitida por ocasião da Cúpula de Londres do Grupo dos 20 (“G20”) deu o tom da postura que viria a ser doravante assumida pelos países desenvolvidos, os quais conferiram à transparência fiscal ares de protagonismo na busca pelo crescimento e estabilidade internacionais. Assim é que, imbuídos de tal espírito, G20 e União Europeia passaram a atuar como verdadeiros promotores do chamado “*internationally agreed tax standard*”, concebido no âmbito do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias da OCDE.³

Os trabalhos do Fórum, desenvolvidos a partir de parâmetros como “disponibilidade da informação” (*availability of information*), “acesso adequado à informação” (*appropriate access to information*) e “existência de mecanismos para a troca de informações” (*existence of exchange of information mechanisms*),⁴ deram contornos claros e definidos à noção de transparência fiscal, a qual, centrando-se em exclusivo na perspectiva da administração tributária, veio a se confundir com o amplo acesso das autoridades fiscais a dados particulares dos contribuintes. Nestes termos, de um ponto de vista internacional, pretende-se que um contribuinte cujas transações o

¹ Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado.

² Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado.

³ Cf. Martin Wenz, Alexander Linn, Bernhard Brielmaier e Matthias Langer, Tax treaty application: cross-border administrative issues (including exchange of information, collection of taxes, dispute settlement and legal certainty in tax treaty application), in F. Barthel et al. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010.

⁴ Cf. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Terms of reference to monitor and review progress towards transparency and exchange of information for tax purposes*. Paris: OCDE, 2010. p. 3.

tornem sujeito a mais de uma jurisdição não possa se valer de um dos ordenamentos envolvidos como “escudo” apto a protegê-lo do cumprimento de suas obrigações fiscais junto ao outro Estado; assim entendida, a transparência tem o condão de fazer com que uma jurisdição tenha condições de “enxergar” o contribuinte no outro Estado.⁵

Dados os debates acalorados que, não raro com ampla cobertura midiática, vieram a ser travados entre setores empresariais e autoridades, não é difícil perceber que tal cruzada pela transparência internacional levou a resultados tão relevantes quanto polêmicos nos diversos países que buscam se adequar aos padrões internacionais e, dessa forma, inserir-se no cenário globalizado.

É em tal contexto que o presente artigo, após apontar as inconsistências de um dos maiores desafios impostos à comunidade internacional neste afã por transparência – o FATCA norte-americano –, trata das principais críticas endereçadas por países em desenvolvimento à causa patrocinada pela OCDE para então adentrar no dilema atualmente enfrentando pelo Brasil, onde se arrasta, já há décadas, o debate sobre os limites do sigilo bancário. Após confrontar a polêmica que, no País, assume matizes constitucionais, com os compromissos gradualmente assumidos pelo Brasil junto ao G20 e ao Fórum Global e indicar as dificuldades daí advindas, propor-se-á que a noção de transparência fiscal, para além de exigir que se conheçam as transações em que incorrem os contribuintes, deve ter o seu sentido alargado para compreender a transparência do próprio sistema tributário.

II O FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT

Resultado de uma investigação realizada pelo U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations evidenciando diversos casos de evasão tributária derivados da omissão de contas mantidas em bancos estrangeiros,⁶ o *Foreign Account Tax Compliance Act* (“FATCA”) veio à luz em março de 2010, nos Estados Unidos, como medida destinada a aperfeiçoar o combate à evasão fiscal realizada por meio da manutenção de contas e ativos no exterior.

Tendo em vista que o FATCA exige, em síntese, que instituições financeiras estrangeiras forneçam ao *Internal Revenue Service* informações sobre contas bancárias ali mantidas por norte-americanos, logo se vê a relação entre o referido regime e os debates sobre sigilo fiscal e transparência. Com efeito, apesar de ter sido aprovado

⁵ Cf. Marcos Aurélio Pereira Valadão, *Transparência fiscal internacional*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. v. 6, p. 201.

⁶ Cf. Carol Tello e Joan C. Arnold, *Proposed FATCA regulations provide much relief though administrative and financial burdens still remain*, in *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, IBFD, Apr./ May 2012, p. 213.

pelo Congresso daquele país sem maiores discussões, as implicações trazidas pelo regime no âmbito do direito individual à privacidade e das regras de sigilo foram sentidas até mesmo nos próprios Estados Unidos. Sintomática, a este respeito, é a avaliação de Rosenbloom, para quem o FATCA “deve ser entendido como uma incursão substancial em um domínio antes considerado privado”, correspondendo tais regras a “um novo e substancial rebalanceamento dos direitos dos contribuintes versus o poder das administrações tributárias”.⁷

É de se notar que os Estados Unidos já celebraram declaração conjunta com França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido, segundo a qual tais países, “com base em sua estreita e duradoura relação no que diz respeito à assistência fiscal mútua”, comprometem-se a adotar abordagem comum em relação à implementação do FATCA. No mesmo instrumento, os Estados Unidos declaram que irão dar tratamento recíproco à “coleta e troca automática de informações sobre contas mantidas nas instituições financeiras nos Estados Unidos” por residentes dos Estados em questão.⁸ Assim é que se observa, na declaração, que os Estados Unidos estão abertos à negociação de um acordo com cada um dos referidos países, mediante os quais não só se “eliminará a retenção na fonte sob o FATCA por parte dos EUA sobre pagamentos a instituições financeiras” constituídas nos referidos países, como também se asseguraria “a reciprocidade em relação à coleta e fornecimento automático de informações relativas a contas nos Estados Unidos de residentes nos países em questão”.⁹

É neste ponto onde se deve questionar em que medida os Estados Unidos seriam capazes de cumprir tal compromisso. Conforme afirmam Tello e Arnold, “não está claro como o Tesouro dos Estados Unidos iria fornecer a comunicação recíproca”, uma vez que, enquanto projetos exigindo o *disclosure* de juros pagos a não residentes a partir de contas bancárias daquele país foram afastados em 2002, uma segunda tentativa já “encontrou forte resistência” por parte dos bancos nos

⁷ Cf. David Rosenbloom, *The Foreign Account Tax Compliance Act and Notice 2010-60*, in Georg Kofler, Miguel Poiras Maduro e Pasquale Pistone, *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Amsterdam, IBFD, 2011.

⁸ Cf. U.S. Treasury Department, *Joint statement from the United States, France, Germany, Italy, Spain and the United Kingdom regarding an intergovernmental approach to improving international tax compliance and implementing FATCA*, disponível em: <<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/020712%20Treasury%20IRS%20FATCA%20Joint%20Statement.pdf>>.

⁹ Declarações similares foram obtidas pelos Estados Unidos junto à Suíça e ao Japão. No entanto, estas diferem da declaração conjunta supramencionada, já que a primeira não menciona as referidas trocas automáticas de informações entre os governos, enquanto a segunda faz referência à intenção de “aprimorar o cumprimento das obrigações fiscais em âmbito internacional com base nos acordos tributários bilaterais já existentes entre EUA e Japão”. Acordos específicos para a implementação do FATCA – também mencionando a necessidade de se alcançar a reciprocidade por parte dos Estados Unidos – foram celebrados com Alemanha (31.05.13), Noruega (15.05.13), Espanha (12.04.13), Suíça (14.02.13), Irlanda (23.12.12), Reino Unido (09.12.12), México (19.11.12) e Dinamarca (19.11.12).

Estados Unidos.¹⁰ Noutras palavras, dado que o *Internal Revenue Service* não conta com amplo acesso a contas bancárias de não residentes, não é imediato que os Estados Unidos – ao menos em face do presente ordenamento jurídico – forneçam a seus parceiros informações equivalentes àquelas que exigem mediante o FATCA. É dizer, a reciprocidade não está assegurada.

Evidentemente, não é apenas a possibilidade de os Estados Unidos observarem a reciprocidade que está em jogo; as várias formas e níveis de privacidade assegurados pela legislação sobre sigilo e proteção de dados encontrada mundialmente também fazem questionar em que medida as instituições financeiras estrangeiras seriam capazes de acessar informações de seus clientes e reportá-las às autoridades estadunidenses, de modo a cumprir com as exigências do FATCA. O regime deve enfrentar dificuldades, por exemplo, em países onde a divulgação de dados bancários por instituições financeiras depende, em regra, do consentimento do respectivo investidor ou depositante.¹¹

2.1 FATCA E A TERRITORIALIDADE COMO PRINCÍPIO DO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Como se não bastassem as questões trazidas pela transparência fiscal, o FATCA representa um novo e ousado passo para o Direito Tributário Internacional, haja vista sua pretensão de considerar fatos e circunstâncias ocorridos fora das fronteiras do território dos Estados Unidos e se fazer valer sem qualquer consideração quanto às limitações decorrentes das legislações de outros Estados.

No regime do FATCA, não são apenas os contribuintes estadunidenses cujos ativos financeiros no exterior atendam os requisitos legais que devem reportar ao fisco.¹² Também instituições financeiras de outros Estados são obrigadas a fornecer às autoridades tributárias as informações que possuem sobre contas mantidas por contribuintes dos Estados Unidos ou por entidades estrangeiras em que eles possuam participação substancial. Assim é que as instituições financeiras estran-

¹⁰ Cf. Carol Tello e Joan C. Arnold, op. cit., p. 214.

¹¹ Tal seria o caso de países como Alemanha, Espanha e Irlanda. Cf. Willem Bongaerts, Paul Carman, Albert Collado, Eric Fort, Wilhelm Haarmann, Jidesh Kumar, Peter Maher, Raul-Angelo Papotti, Alain Ranger e George Ribeiro, Multi-jurisdictional reactions to the US HIRE Act withholding, in *Derivatives & Financial Instruments*, Amsterdam, IBFD, mar./abril 2011.

¹² A obrigação de reportar aplica-se àqueles que mantêm ativos financeiros no exterior com valor agregado superior a 50 mil dólares, sob o risco de uma penalidade de 10 mil dólares (à qual pode ser adicionada uma penalidade de 50 mil dólares no caso de falhas contínuas após notificação da *Internal Revenue Service*).

geiras¹³ devem celebrar acordo com o *Internal Revenue Service*, mediante o qual tais instituições reportarão anualmente sobre seus correntistas norte-americanos, bem como reterão 30% sobre qualquer pagamento de fonte estadunidense a: (i) instituições não participantes; (ii) pessoas físicas que não forneçam informações que permitam determinar se são de nacionalidade estadunidense ou não; (iii) entidades estrangeiras que não forneçam informações suficientes para identificar se têm como proprietários relevantes nacionais do Estados Unidos. Trata-se, aqui, da polêmica retenção na fonte sobre os chamados “*passthru payments*”.

Sobre o tema, especialmente discutível é a maneira encontrada para pressionar as instituições estrangeiras a concordar com a assinatura de tal acordo. Conforme disposto pelo atual regulamento do imposto de renda federal nos Estados Unidos (*Internal Revenue Code*), os bancos que se recusarem a celebrar o acordo com o fisco estarão sujeitos à retenção de 30% na fonte sobre quaisquer “*withholdable payments*” (um pagamento que seja “fixo, anual, determinável ou periódico”) a uma outra entidade estrangeira. Da perspectiva do Direito Tributário Internacional, tal retenção é extraordinária, já que não se refere a renda auferida pela própria entidade estrangeira. Pagamentos podem ter um sentido amplo, e incluiriam muitos mais que a renda líquida propriamente dita. Se é comum que os países adotem medidas unilaterais que asseguram o crédito do imposto retido por outras jurisdições, também é verdade que tal crédito costuma ser recusado quando se constata que o imposto retido não é equiparável ao imposto de renda devido no país de residência. É bem possível, portanto, que o país da residência de tal entidade estrangeira recuse um crédito baseado em tal retenção, argumentando que o valor retido na fonte não tem a natureza de imposto de renda, mas se trata, essencialmente, de uma penalidade por não reportar ou não reter tributos dos Estados Unidos. Neste último caso, pode-se ainda dizer que a tributação na fonte se refere ao montante que a entidade estrangeira deveria ter retido sobre a renda de terceiros; em tal hipótese, a entidade estrangeira não teria direito ao crédito.

Nesse contexto, há que se levar em conta que o perfil do FATCA – notadamente no que se refere à tributação na fonte dos *passthru payments* – desafia a noção de territorialidade (em seu aspecto formal), tradicionalmente aceita pela doutrina como um princípio do Direito Tributário Internacional. Explica-se.

¹³ “Instituições Financeiras Estrangeiras” possui sentido amplo e compreende praticamente todos os fundos de investimentos, veículos coletivos de investimentos e de propósito especial, que não se considerem norte-americanos e estejam envolvidos em investimentos, reinvestimentos ou negociação de valores mobiliários, juros de participações, ou *commodities*. Cf. Petra Eckl e Jonathan Sambur, The impact of the US Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA) on European Entities, in *European Taxation*, Amsterdam, IBFD, jan. 2012, p. 37.

Em termos gerais,¹⁴ a territorialidade é um princípio que limita a soberania tributária dos Estados aos fatos que mantenham um elemento de conexão com seu território. No entanto, o significado usualmente atribuído a “territorialidade” é ambíguo,¹⁵ levando autores a afirmarem a existência da territorialidade enquanto outros a negam, sem notar que todos podem estar se referindo a conceitos distintos, aspectos diferentes, ou encarando o princípio sob diferentes enfoques.

Uma primeira abordagem do princípio da territorialidade implica sua divisão entre os sentidos pessoal e real. Enquanto o primeiro requer que a tributação seja restrita a pessoas domiciliadas ou residentes no território, o segundo sentido demanda que, para ser tributado, o evento deve manter relação com o território (fonte de produção ou fonte de pagamento do rendimento, localização do estabelecimento permanente etc.). Além dessa perspectiva fonte-residência trazida pelos sentidos real e pessoal, a territorialidade compreende dois outros significados, relativos à validade (*Geltungsraum*) e à eficácia (*Wirkungsraum*) da norma tributária: os sentidos material e formal.

O primeiro sentido questiona a validade da lei tributária que contempla fatos ocorridos tanto dentro quanto fora do território de um país. É dizer, a territorialidade material preocupa-se em saber se a ausência de qualquer conexão com o território tornaria a lei tributária inválida. Em seu sentido material, portanto, o princípio da territorialidade diz respeito ao alcance abstrato das normas (“jurisdição para prescrever”).¹⁶

A territorialidade formal, por sua vez, relaciona-se à eficácia da norma tributária, ou seja, pergunta-se sobre a possibilidade de se aplicar a lei tributária fora dos limites do território, o que poderia levar à violação da soberania de um Estado por outro em um evidente desrespeito ao Direito Internacional.

As discussões sobre territorialidade material e formal remontam ao “Caso Lotus”, que, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁷ em 1927, concluiu ser possível a extensão da lei de um país a situações ocorridas no exterior. “Lotus” era uma embarcação francesa que, em 1926, colidiu com um navio turco, o “Boz-Kourt”, cujo naufrágio matou oito pessoas, entre marinheiros e passageiros. Chegando a Constantinopla, o oficial francês Desmond, convocado pelas autoridades locais para prestar depoimentos, foi condenado a noventa dias de prisão por

¹⁴ Para o tratamento pormenorizado dos conceitos aqui expostos, cf. Luís Eduardo Schoueri, *Princípios no Direito Tributário Internacional: Territorialidade, Fonte e Universalidade*. In: Roberto Catalano Botelho Ferraz (Org.), *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 1, p. 321-374.

¹⁵ Cf. Claudio Sacchetto, *Territorialità*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 304.

¹⁶ Cf. O. Bühler, *Prinzipien des internationalen Steuerrechts – IstR – Ein Systematischer Versuch*, Amsterdam, Internationales Steuerdokumentationsbüro, 1964, p. 163-164.

¹⁷ A Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora da Corte Internacional de Justiça, foi estabelecida pelo Pacto da Liga das Nações, e durou de 1922 a 1946.

homicídio culposo, juntamente com o capitão da embarcação turca. Após protestos do governo francês contra a decisão, o caso foi levado à Corte Permanente. A Corte decidiu que a independência dos Estados é a regra em Direito Internacional; limitações a tal independência não podem ser presumidas, devendo decorrer de acordos internacionais ou de princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas. Considerou-se que o ato da Turquia não contrariava qualquer princípio de direito nem era limitado por acordos internacionais.¹⁸

É do Caso Lotus que decorre a necessidade de se distinguir o âmbito de validade territorial da norma tributária (“*jurisdiction to prescribe*”) e o de sua sanção (“*jurisdiction to enforce*”).¹⁹ Ainda que discussões posteriores tenham surgido sobre o julgamento ter ou não negado a existência da territorialidade material (isto é, a necessidade de umnexo entre evento tributável e território/jurisdição do Estado), restou assentado entre a doutrina que a territorialidade formal teria sempre de ser obedecida pelos Estados. Noutras palavras, conforme estabelecido pela Corte, um Estado “não pode de forma alguma exercer seu poder no território de outro Estado”; a jurisdição para sancionar estaria sempre limitada pelo princípio da territorialidade em seu sentido formal. Assim, nada impede a lei de um país de dispor sobre situações ocorridas no exterior que possuam relação com sua jurisdição, desde que tal lei seja aplicada apenas naquele país. Caso fosse outro o entendimento, haveria séria contradição ao princípio da independência, que rege a relação entre Estados soberanos no Direito Internacional.

É na medida em que se considera o papel desempenhado pelo princípio da territorialidade, em seu sentido formal, no âmbito do Direito Tributário Internacional, que a retenção na fonte sobre *passthru payments* prevista pelo FATCA torna-se condenável. Ao esperar que instituições financeiras estrangeiras ajam como sua *longa manus* e retenham imposto na fonte sobre montantes pertencentes a estrangeiros que não tenham reportado informações às autoridades norte-americanas, o governo dos Estados Unidos tenta sancionar o não cumprimento de uma lei fora de seu território.

¹⁸ Naquela oportunidade, a Corte asseverou que: “a limitação primordial que impõe o direito internacional ao Estado é a de excluir – salvo a existência de uma regra em contrário que permita – o exercício de seu poder sobre o território de outro Estado. Neste sentido, a jurisdição é certamente territorial. Mas daí não decorre que o Direito Internacional proíba um Estado de exercer, no seu próprio território, sua jurisdição em todos os casos que versem sobre circunstâncias ocorridas no estrangeiro. Longe de proibir de uma maneira geral que os Estados estendam suas leis e sua jurisdição a pessoas, bens ou atos fora do território ele [o Direito Internacional Público] deixa-lhes, nesse aspecto, uma grande liberdade, que não é limitada senão por algumas regras proibitivas em alguns casos; nos demais casos, cada Estado fica livre para adotar os princípios que ele considera melhores e mais convenientes”. Cf. *Publications of the Permanent Court of International Justice*, série A, nº 10, p. 31-33.

¹⁹ Cf. A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 635-636.

Efetivamente, permite o FATCA que o beneficiário, em determinado país, de uma remessa feita por uma instituição financeira situada em outro país, tenha seus recursos sujeitos à tributação na fonte devido à aplicação, por este outro país, da legislação dos Estados Unidos. A partir de tal circunstância, compreende-se a assertiva de Miranda Stewart, para quem o FATCA seria o “exemplo mais notável” da tentativa dos países de “expandir unilateralmente suas próprias redes de informações fiscais nacionais e suas capacidades de sanção para além de suas fronteiras”.²⁰ Da mesma forma, Halabi reconhece o FATCA como uma norma anti-abuso que, ao levar em conta “pessoas não estadunidenses investindo em entidades não estadunidenses que não cumpram com as regras”, afetaria contribuintes cujas “responsabilidades tributárias teriam pouca, se alguma, conexão com a legislação tributária dos Estados Unidos”.²¹

III A TRANSPARÊNCIA EM OPOSIÇÃO AO SIGILO

3.1 TRANSPARÊNCIA FISCAL E PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Contrapostos aos esforços da OCDE pela transparência e pela troca de informações tributárias, duas são as ordens de críticas endereçadas pelos países em desenvolvimento ao referido movimento.

A primeira diz respeito ao desequilíbrio existente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento no que se refere à demanda por informações fiscais. Tal disparidade, aliás, já era uma preocupação quando da realização, em 2003, do 11º Encontro do Grupo *Ad Hoc* de Especialistas em Cooperação Tributária, em Genebra. Conforme apontado por Spencer em trabalho apresentado no Encontro, os países da OCDE obteriam informações de paraísos fiscais cooperantes, em vez de estes obterem informações dos primeiros.²² Nesta visão, trata-se de um fluxo praticamente unilateral de informações, que se daria no interesse exclusivo dos países desenvolvidos.

A segunda crítica é relacionada aos custos supostamente altos que devem ser suportados por um Estado para levar a cabo um sistema eficaz para obtenção de informações, os quais seriam incorridos no interesse do Estado solicitante. A

²⁰ Cf. Miranda Stewart, *Transnational tax information exchange networks: step towards a globalized, legitimate tax administration*, in *World Tax Journal*, Amsterdam: IBFD, jun. 2012, p. 168-169.

²¹ Cf. Oz Halabi, *Expatriation tax – renouncing a tax treaty*, in *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam: IBFD, July 2012, p. 378.

²² No original: “OECD countries would obtain tax information from cooperative tax haven jurisdictions, instead of cooperative tax haven jurisdictions’ obtaining information from OECD countries”. Cf. David Spencer, *Tax treatment of cross-border interest income and capital flights: recent developments*, documento n. ST/SG/AC.8/2003/L.10 do 11º Encontro do Grupo *Ad Hoc* de Especialistas em Cooperação Tributária, Nações Unidas, jul. 2003.

questão é bem descrita por Miranda Stewart, que, ao analisar a legitimidade das redes transnacionais de informações tributárias, questiona a viabilidade de a troca de informações ser financiada por países pequenos e pobres, concluindo pela necessidade de arranjos especiais de compartilhamento de custos, para que o custo não recaia somente sobre os países mais pobres.²³

Em que pese a primeira crítica ser convincente, o segundo argumento é baseado na premissa de que as informações precisarão ser obtidas e disponibilizadas pelas autoridades fiscais à custa dos Estados. Contudo, tal premissa merece ser questionada à luz do atual sistema financeiro globalizado: hoje, espera-se que os bancos já tenham as informações requisitadas pelas autoridades fiscais, livrando-as do ônus de sua coleta. Esse argumento parece válido apenas no caso de as regras de sigilo bancário de determinado Estado proibirem os bancos de disponibilizarem à administração tributária tais informações, obrigando as autoridades a encontrar outra forma de fornecê-las.

Destarte, questões orçamentárias não devem ser consideradas centrais no debate sobre transparência fiscal. O cerne da questão parece envolver, em verdade, as garantias individuais ao sigilo e à privacidade. Não por outra razão, a adequação do Brasil às expectativas da OCDE e do G20 parece encontrar forte óbice na intensa controvérsia entre contribuintes e autoridades fiscais em relação ao afrouxamento do sigilo bancário *vis-à-vis* a Constituição de 1988, conforme se verá.

3.2 O SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No plano global, a proteção à privacidade do indivíduo remonta à década de 1940, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O art. 12 da Declaração²⁴ pode ser considerado um direito fundamental geral à privacidade, compreendendo o direito do indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros tudo aquilo que se relacione a ele e sua maneira própria de agir na esfera de sua vida privada.²⁵

Já no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da Costa Rica”),²⁶ claramente

²³ Cf. Miranda Stewart, *Transnational tax information exchange networks: steps towards a globalized, legitimate tax administration*, in *World Tax Journal*, Amsterdam: IBFD, June 2012, p. 178.

²⁴ Onde se estabelece que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

²⁵ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Sigilo bancário*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁶ No Brasil, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

inspirada pelos dispositivos da Declaração da ONU de 1948, estabeleceu, em seu art. 11, o direito à privacidade, determinando que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”, também assegurando “o direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Por outro lado, na era da globalização e da mobilidade de capital, questões sobre sigilo tomaram a atenção da OCDE, cujo Comitê de Assuntos Fiscais publicou, em 2000, um relatório direcionado ao aprimoramento do acesso a dados bancários por razões fiscais, descrevendo a posição de cada um dos membros da OCDE sobre o acesso à informação e sugerindo medidas direcionadas à adequação do acesso a tais informações.²⁷ Este relatório segue outro estudo, publicado ainda em 1985, sobre “*Taxation and the abuse of bank secrecy*”, que já sugeria o relaxamento do sigilo face às autoridades fiscais.²⁸ A principal preocupação do relatório publicado em 2000 se refere à medida que o sigilo pode permitir aos contribuintes ocultar atividades ilegais e assim favorecer a evasão fiscal. Apesar de o relatório acabar por recomendar a relativização das regras sobre sigilo, o documento tenta não desprezar a importância destas, enfatizando que a divulgação de informações deve estar sempre “atrelada a salvaguardas rigorosas”, tais como “processo judicial ou outra formalidade para a obtenção de informações”.²⁹

No Brasil, a proteção à privacidade está presente desde a primeira Constituição adotada pelo País, ainda em 1824. Em verdade, conquanto não se mencionasse expressamente a “vida privada”, referências foram feitas a determinados direitos individuais que deveriam ser garantidos, como a proteger tal valor. Nesse sentido, os incisos VII e XXVII do art. 179 da Constituição de 1824 garantiam a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (o chamado “Segredo das Cartas”). A Constituição seguinte, de 1891, adotou dispositivo similar em seu art. 79, parágrafo 11. Da mesma forma, as constituições brasileiras do século XX contêm dispositivos que garantem a inviolabilidade do domicílio e do sigilo postal, como se nota nos arts. 113 da Constituição de 1934, 122 da Constituição de 1937, 141 da Constituição de 1946 e 150 da Constituição de 1967 (na qual referência explícita à comunicação telegráfica e telefônica foi adicionada àquela sobre o sigilo postal).

²⁷ OCDE, *Improving access to bank information for tax purposes*, Paris: OECD Publications Service, 2000.

²⁸ A preocupação com o sigilo bancário também é encontrada em OCDE, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, Paris: OECD Publications Service, 1998, que recomenda aos países revogarem eventuais empecilhos ao acesso a informações bancárias por parte de autoridades tributárias.

²⁹ OCDE, *Improving access to bank information for tax purposes*, Paris: OECD Publications Service, 2000, p. 19.

Na atual Constituição de 1988, a privacidade é expressamente mencionada no inciso X do art. 5º.³⁰ Como extensão deste direito,³¹ o inciso XII do art. 5º se refere não apenas ao sigilo postal, mas menciona expressamente o sigilo de dados.³² Assim é que, em 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, o sigilo de dados foi inserido pela Constituição em seu rol de direitos e garantias individuais. A importância de se referir expressamente a tal proteção não deve ser subestimada, haja vista que a Constituição alça os direitos fundamentais à categoria de cláusulas pétreas, as quais não podem ser objeto de qualquer deliberação do Congresso que tenha por escopo a sua extinção.³³

É objeto de debate se os direitos fundamentais se estendem a pessoas jurídicas, ou se seriam próprios dos seres humanos. Parece adequado, todavia, entender que, se, em todo caso, encontram-se seres humanos por trás de qualquer pessoa jurídica, a “existência” desta não deve por em perigo os direitos fundamentais dos seres humanos que a compõem. Há que se ter mente, destarte, que a inviolabilidade do sigilo de dados é um direito fundamental assegurado a qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, e seu conteúdo não é propriamente o sigilo, mas sim “a faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito”.³⁴ Compreendidos na noção constitucional de sigilo de dados encontram-se tanto o sigilo fiscal quanto o sigilo bancário.

Levando-se em conta que o sigilo de dados foi assegurado enquanto direito fundamental pela Constituição de 1988, dúvida surge sobre quais seriam os limites de tal garantia, notadamente em face do interesse (público) do Estado em acessar as informações dos indivíduos, uma vez que é de senso comum que nenhuma liberdade individual pode ser absoluta ou ilimitada.^{35, 36} Forçoso, a este respeito, reconhecer

³⁰ “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

³¹ Cf. Misabel Abreu Machado Derzi, O sigilo bancário e a guerra pelo capital, in *Revista de Direito Tributário*, nº 81, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 261.

³² Do referido inciso, lê-se: “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

³³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

³⁴ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in *Revista tributária e de finanças públicas*, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 143.

³⁵ Cf. Eliana Calmon, Sigilo bancário, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, nº 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³⁶ Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, em um caso referente à quebra de sigilo de dados por Comissão Parlamentar de Inquérito, que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas,

que o sigilo é relativo, i.e., se houver justificativa adequada, é razoável admitir a revelação de informações por parte da entidade que está obrigada a manter o sigilo, já que tal direito individual não deve ser utilizado como forma de proteção por aqueles que violam a lei.³⁷ No entanto, o afastamento do sigilo só pode ter lugar quando exigido por outra norma de mesma hierarquia (constitucional), sem se perder de vista que o conflito entre princípios constitucionais deve ser enfrentado em termos de harmonização, sem derrogação mútua.³⁸

Assim, a fim de que se assegure o pleno exercício da jurisdição tributária garantida pela Constituição a cada ente federativo, parece acertado reconhecer-se o direito das autoridades tributárias a ter acesso, em certas circunstâncias e sob determinadas condições, a dados bancários dos contribuintes.³⁹

3.3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL SOBRE SIGILO DE DADOS

Apesar de a Constituição de 1988 ter sido o primeiro diploma a elevar o sigilo de dados à categoria constitucional de direito fundamental, deve-se ter em mente que, muito antes da atual Constituição, leis ordinárias já dispuseram sobre o assunto.

A primeira lei a tratar do tema foi o Código Comercial de 1850, que continha uma regra geral sobre sigilo em seu art. 17.⁴⁰ A única exceção à regra vinha prevista no art. 18 do referido Código, que determinava que a exibição judicial de livros de escrituração comercial ou balanços poderia ser ordenada a favor de interessados em “gestão de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil

desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”. Cf. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 23.452-1, julgado em 16 de setembro de 1999.

³⁷ Cf. Roberto Quiroga Mosquera, *Direito Monetário e Tributação da Moeda*, São Paulo: Dialética, 2006, p. 267-268.

³⁸ Cf. Gilmar Mendes, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 250-251. Não é difícil notar, entre os doutrinadores brasileiros, a influência do pensamento de Robert Alexy, segundo o qual a colisão entre princípios é resolvida a partir de seu sopesamento, à luz do caso concreto, de modo que, em cada circunstância, um princípio prevalece sobre o outro, sem torná-lo inválido. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93. De fato, princípios e garantias devem ser vistos como vetores, cuja combinação, na situação concreta, indica a direção a ser seguida.

³⁹ R. Q. Mosquera, *Direito Monetário e Tributação da Moeda*, São Paulo: Dialética, 2006, p. 268.

⁴⁰ “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.”

por conta de outrem, e em caso de quebra”. No art. 144 do Código Civil de 1916, também se consagrou regra sobre sigilo (profissional), determinando que ninguém poderia ser compelido a testemunhar sobre fatos acerca dos quais devesse manter sigilo em virtude de seu status ou profissão. Conforme se nota, tal regra era bem mais ampla do que aquela do Código Comercial, já que não se restringia a livros de escrituração comercial e balanços, aplicando-se a qualquer informação sobre as quais se devesse manter sigilo por motivos profissionais.

Apesar da rigidez das referidas normas, o sigilo foi gradualmente relativizado em relação à tributação sobre o consumo, da renda e obrigações relacionadas a selos de controle.⁴¹ Assim é que o Decreto nº 385, de 22 de abril 1938, editado durante a ditadura de Getúlio Vargas, afastou o sigilo comercial para os efeitos de fiscalização do imposto sobre o consumo devido à União. Também o Supremo Tribunal Federal, ainda em 1964, editou a Súmula nº 439, segundo a qual “estão sujeitos a fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

Sintomática, a respeito do relaxamento do sigilo frente ao fisco, foi a controvérsia que se instaurou a partir da proteção do sigilo bancário pela Lei nº 4.595/64 (Lei sobre Instituições Financeiras) frente aos dispositivos do Código Tributário Nacional, promulgado dois anos depois.

Consoante estabelecia o art. 38 da referida lei,⁴² transações realizadas e serviços prestados por bancos seriam protegidos pelo sigilo contra qualquer tipo de divulgação, reservando-se àqueles que violassem tal sigilo a pena de prisão de um a quatro anos. Não se tratava, contudo, de proteção absoluta, uma vez que, no caso de requerimentos vindos do Judiciário ou de Comissões Parlamentares de Inquérito, o sigilo poderia ser relaxado.

Uma exceção à regra de sigilo da Lei de 1964 também era feita em relação ao exame de documentos, livros ou registros por parte das autoridades fiscais, contanto que estes fossem considerados “indispensáveis” pela autoridade competente no âmbito de um “processo instaurado”.⁴³ Cercou-se de polêmica, então, a interpretação da expressão “processo”; se, por um lado, as autoridades fiscais entendiam que mero processo administrativo bastaria para que se permitisse a quebra do sigilo, por outro lado, as instituições financeiras argumentavam ser necessário um processo judicial. Agravando as discussões, o Código Tributário Nacional, passando ao largo

⁴¹ Cf. Aliomar Baleeiro, *Direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 990.

⁴² “Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

⁴³ “§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.”

das condições estabelecidas pela Lei de 1964 para a quebra do sigilo, estabeleceu, no inciso II de seu art. 197, que bancos e outras instituições financeiras estariam obrigados a prestar, mediante mera "intimação escrita" da autoridade administrativa, todas as informações de que dispusessem com relação a bens, negócios ou atividades de terceiros. Neste contexto, enquanto o fisco recorria ao Código para sustentar a inexistência do sigilo bancário perante a administração tributária, as instituições financeiras argumentavam que o Código não havia revogado os dispositivos da Lei de 1964 ou autorizado qualquer exceção específica à regra do sigilo perante auditores fiscais. O Banco Central, por sua vez, recusou-se a sujeitar as instituições financeiras aos requerimentos das autoridades tributárias.⁴⁴

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que veio a se posicionar por ocasião do julgamento de caso em que a Fazenda do Município de Salvador requereu acesso a documentos mantidos pelo Banco da Bahia.⁴⁵ Segundo o Ministro Djaci Falcão, cujo voto foi seguido pelos demais, os dispositivos do Código Tributário Nacional não seriam contrários àqueles da Lei sobre Instituições Financeiras, sendo possível a coexistência entre ambos; o Código Tributário teria restringido a garantia de sigilo em relação à fiscalização tributária, sem revogar, no entanto, o art. 38 da Lei de 1964.

Inobstante o posicionamento adotado pela Suprema Corte, o Banco Central emitiu o Parecer DEJUR 453/88, mediante o qual a entidade, após extensa análise dos fundamentos e da importância do sigilo bancário,⁴⁶ concluiu que "eventuais pedidos de informações e de documentos, formulados por agentes fiscais e por autoridades tributárias ao Banco Central, podem ser atendidos, desde que observem o disposto nos §§ 5º e 6º do art. 38, da Lei 4.595 (processo instaurado e declaração de indispensabilidade), devendo entender-se que aqueles dispositivos não foram revogados pelo Código Tributário Nacional".

Nota-se que, à semelhança da interpretação da Suprema Corte, a autoridade regulatória do sistema financeiro concluiu que a regra do sigilo do art. 38 da Lei sobre Instituições Financeiras não teria sido revogada pelo Código Tributário. Contudo, de acordo com a opinião do Banco Central, a autoridade tributária ainda precisaria observar as condições listadas pela Lei de 1964 para que pudesse acessar informações detidas pelos bancos.

⁴⁴ Cf. Misabel Abreu Machado Derzi, O sigilo bancário e a guerra pelo capital, *Revista de Direito Tributário*, nº 81, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 259.

⁴⁵ Cf. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 71.640/BA, julgado em 17 de setembro de 1971.

⁴⁶ Em síntese, o parecer apresenta o sigilo bancário como um elemento que, apesar de ter sido criado para proteger interesses privados, acabou, simultaneamente, satisfazendo o interesse público e social como pedra angular do sistema de crédito.

Em verdade, não é imediata a interpretação segundo a qual os dispositivos do Código Tributário teriam garantido às autoridades tributárias o acesso amplo e irrestrito aos dados bancários dos contribuintes, apesar da regra estabelecida pela Lei de 1964. Com efeito, não se deve ignorar que o próprio Código ressaltou, no parágrafo único do art. 197, que a obrigação nele prevista "não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão".

De todo modo, sob a égide da Constituição de 1988 que, conforme se viu, elevou o sigilo de dados à condição de direito fundamental, o debate sobre a interpretação da Lei sobre Instituições Financeiras face ao Código Tributário Nacional tomou novos rumos nos tribunais superiores.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão em um caso onde a corte inferior negou o direito das autoridades tributárias do Estado do Rio Grande do Sul de acessar informações de contribuinte mantidas por banco.⁴⁷ Enquanto o Estado argumentava que mero procedimento administrativo fiscal seria suficiente para que se permitisse a quebra do sigilo bancário, os bancos alegavam que processo judicial, seguido de autorização de magistrado, seria indispensável. Nesse contexto, o Ministro Demócrito Reinaldo, depois de analisar os dispositivos da Lei sobre Instituições Financeiras e do Código Tributário Nacional, concluiu ser "imprescindível a autorização da autoridade judicial competente para que sejam franqueadas ao Poder Tributante as informações bancárias atinentes ao contribuinte". No entender do tribunal, o Código Tributário não teria revogado ou restringido os dispositivos da regra do sigilo estabelecidos pela Lei sobre Instituições Financeiras, como também a quebra do sigilo por parte das autoridades tributárias exigiria autorização judicial e devido processo legal.

Tal posição foi então confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, para quem a Lei sobre Instituições Financeiras e sua norma sobre sigilo teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1988.⁴⁸ Conforme decidido pela Corte na ocasião, a quebra do sigilo requereria não apenas autorização judicial, mas também, como observou o Ministro Sepúlveda Pertence, que a autoridade demonstrasse a relação de relevância existente entre as informações buscadas e o objeto das investigações. Do julgamento, depreende-se que o sigilo bancário não era absoluto no Brasil; por outro lado, as autoridades fiscais não seriam capazes de quebrar o sigilo diretamente. O recurso ao Judiciário seria obrigatório e deveria conter evidências suficientes, capazes de demonstrar a relação com as investigações.

⁴⁷ Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 37.566-5/RS, julgado em 2 de fevereiro de 1994.

⁴⁸ Cf. Supremo Tribunal Federal, Petição nº 5.775/170, julgado em 25 de março de 1992.

3.4 A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01

Em que pese o acerto do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça à luz da Constituição de 1988, a regra de sigilo contida no art. 38 da Lei sobre Instituições Financeiras acabou revogada pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Esta, diferentemente da Lei de 1964, é expressa ao determinar que mero procedimento administrativo é suficiente para que se dê a quebra do sigilo bancário perante as autoridades fiscais.⁴⁹ À luz de seus dispositivos, não haveria mais espaço para o debate que ocupou autoridades fazendárias e contribuintes por décadas: a necessidade de processo judicial e de devido processo legal para o afastamento do sigilo. Nos termos da lei complementar, basta à autoridade fiscal declarar, no âmbito de um processo administrativo ou procedimento fiscal regularmente instaurados, que o exame dos dados bancários é indispensável.

Em nítido contraste com sua posição anterior, o Superior Tribunal de Justiça não apenas reputou válida a aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, como também considerou que tal regra poderia ser aplicada a fatos ocorridos anteriormente a sua promulgação, dado supostamente tratarem-se apenas de “novos critérios de apuração ou processos de fiscalização”.⁵⁰

Ao passo que a competência atribuída àquele tribunal (conformidade ao texto legal) torna sua postura compreensível, diferente é o cenário encontrado no Supremo Tribunal Federal, onde a questão da constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, por tocar fundo em direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo de dados, ainda não foi solucionada. Outro não é o debate travado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, que resta pendente de julgamento pela corte.

Em ocasiões anteriores, todavia, o Supremo Tribunal já se manifestou no sentido de que os dispositivos da Lei Complementar nº 105 não encontram guarida no quanto disposto pela Constituição de 1988. A este respeito, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, onde a maioria dos Ministros tomou a lei por inconstitucional, vale mencionar o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, que bem lembrou que “administração tributária não guarda, em relação ao contribuinte, posição de equidistância”, para asseverar, com notável acerto e precisão, que “somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, indevi-

⁴⁹ “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.”

⁵⁰ Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.134.665/SP; julgado em 25 de setembro de 2009.

damente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas”. Entendimento semelhante foi adotado em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, que considerou ilegítimo o acesso de dados bancários do contribuinte por parte do fisco sem autorização judicial prévia.⁵¹

Não obstante as decisões mencionadas e a sua sintonia com a Constituição de 1988, o relaxamento do sigilo bancário pelas autoridades fiscais permanece polêmico no Judiciário. Basta ver que, no julgamento do Recurso Extraordinário acima, a posição do Supremo Tribunal Federal foi alcançada a partir da acirrada maioria de cinco ante um total de nove Ministros presentes.

A polêmica espalha-se também pela doutrina. Para Marco Aurélio Greco, a autorização judicial seria necessária, já que sua ausência obstaría verificar se os dados solicitados guardam relação com a vida privada e a privacidade do contribuinte fiscalizado.⁵² Eliana Calmon, por sua vez, observa que excluir da análise do Judiciário a relativização de um direito fundamental seria uma afronta à Constituição.⁵³

Da mesma forma, Ives Gandra da Silva Martins entende que a Lei Complementar estaria tolhendo direitos fundamentais do contribuinte e impedindo o Judiciário de exercer sua função, enquanto poder neutro, de defesa do contribuinte contra eventuais arbitrariedades perpetradas pelas autoridades tributárias.⁵⁴ José Eduardo Soares de Melo também compartilha da opinião de que cabe ao Judiciário, ao analisar cada caso concreto, decidir em que termos o sigilo deve ser quebrado, já que apenas aquele pode agir com transparência e respeito ao devido processo legal.⁵⁵

Por outro lado, Eurico de Santi destaca-se entre os que defendem a legitimidade da Lei Complementar nº 105/01. Para o referido autor, a transferência de dados bancários à autoridade fiscal não violaria a privacidade ou intimidade do contribuinte, na medida em que estas apenas restariam ofendidas em caso de abuso ou uso indevido dos dados por parte da autoridade receptora, sendo, ademais, descabido pressupor que a aplicação da lei se daria sempre de maneira abusiva.⁵⁶

⁵¹ Cf. Supremo Tribunal Federal, AI nº 783.389, julgado em 22 de novembro de 2011.

⁵² Cf. Marco Aurélio Greco, Sigilo do Fisco e perante o Fisco, in R. Pizolio e J. Viegas Jr. (Org.), *Sigilo Fiscal e Bancário*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 87.

⁵³ Cf. Eliana Calmon, Sigilo Bancário, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 7.

⁵⁴ Cf. Ives Gandra da Silva Martins, Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁵⁵ Cf. José Eduardo Soares de Melo, Sigilo de dados bancários – limites da fiscalização – presunções tributárias, in Aires Fernandino Barreto (Org.), *Direito Tributário Contemporâneo – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 365-381.

⁵⁶ Cf. Eurico Diniz de Santi, O Sigilo e a lei tributária: Transparência, controle da legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário na LC 105, in Aires Fernandino Barreto (Org.), *Direito Tributário Contemporâneo – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 183-249.

Em que pese a louvável preocupação do referido autor com o combate a práticas ilícitas eventualmente ocultadas sob o sigilo e ser acertado que este, como qualquer outro direito fundamental, não deve ser visto como uma garantia absoluta – caso em que estaria não apenas assegurando a privacidade, como também abrindo enorme espaço para evasão fiscal e atividades criminosas de toda sorte –, não se deve perder de vista o quanto disposto pelo § 1º do art. 145 da Constituição de 1988, nos termos do qual se espera que os “direitos individuais” prevaleçam quando confrontados com os interesses fiscalizatórios da administração tributária.

Não parece razoável, assim, aceitar que seja dado ao fisco amplo acesso aos dados do contribuinte sem qualquer autorização de um Poder neutro e habilitado a verificar a existência de indícios lastreando o pedido das autoridades e a sua relevância para as investigações realizadas.

O conflito entre o legítimo interesse da administração, de um lado, e a proteção da privacidade, de outro, parece exigir o sopesamento pelo Poder Judiciário, principalmente quando se tem em conta que, nos termos do sistema federal brasileiro, o disposto na Lei Complementar nº 105/01 não faculta apenas à administração federal o acesso irrestrito aos dados bancários; ao contrário, todos os 27 Estados e os mais de 5.500 Municípios dispõem de competência tributária, sendo-lhes facultado, daí, invocar o mesmo dispositivo da lei complementar para tomar conhecimento da vida privada dos cidadãos. Confirmar a constitucionalidade da referida lei complementar implica, daí, o risco de se jogar por terra aquela proteção.

3.5 O BRASIL E O MOVIMENTO INTERNACIONAL PELA TRANSPARÊNCIA FISCAL

Tendo em vista que a Lei Complementar nº 105/2001 permitiu aos agentes fiscais acessar registros bancários dos contribuintes no âmbito de mero procedimento administrativo, não surpreende que relatório elaborado pela OCDE em 2010 juntamente com os membros do G20 tenha classificado o Brasil como país que alcançou o “*internationally agreed tax standard*” em virtude da qualidade das informações fornecidas ao Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias (no qual o Brasil é membro dos grupos de direção e de revisão por pares).

Ademais, com o empenho do G20 em “facilitar aos países em desenvolvimento usufruir dos benefícios do novo ambiente de cooperação tributária, inclusive mediante uma abordagem multilateral para a troca de informações”, o qual levou a OCDE e o Conselho Europeu a abrir a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal a todos os países, o Brasil veio a assinar a Convenção por ocasião da reunião de cúpula do G20 em Cannes, em novembro de 2011. A Convenção, contudo, está pendente de aprovação pelo Congresso (necessária para que o tratado seja reconhecido e se torne vigente no país), ao passo que, em

seu primeiro *Peer Review Report* sobre o Brasil, o Fórum Global já instou o Brasil a “garantir rapidamente a ratificação dos tratados assinados”.⁵⁷

Também o Acordo entre Brasil e Estados Unidos para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, cujo trâmite se arrastava no Congresso Nacional desde a sua celebração em 2007, foi aprovado, em março de 2013, pelo Decreto Legislativo nº 211 e posteriormente promulgado pelo Decreto Presidencial nº 8.003, de 15 de maio de 2013. Embora o acordo aplaque receios ao ressaltar, em seu art. 7º, a impossibilidade de se fornecerem “informações sujeitas a privilégio legal” ou de se obrigar um dos Estados a tomar medidas “em desacordo com suas leis e práticas administrativas”, seu art. 9º, por estabelecer que os “custos ordinários incorridos na prestação da assistência deverão ser arcados”, em regra, “pela Parte requerida”, já faz ressoar a tradicional crítica quanto ao desequilíbrio no custeio do mecanismo por parte daqueles que imaginam maior fluxo de solicitações por parte dos Estados Unidos do que em sentido contrário.

Se, por um lado, o Brasil parece aderir ao movimento internacional pela transparência fiscal⁵⁸ ao assumir compromissos junto à OCDE e ao G20, é de se levar em consideração que todo este quadro pode ser revertido caso o Supremo Tribunal Federal confirme seu entendimento – fundamentado em larga maioria doutrinária – de que o sigilo bancário, por encontrar proteção constitucional enquanto garantia fundamental do indivíduo, não pode ser violado senão mediante decisão judicial. Em tal cenário, o fato de a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 estar em xeque deveria ser levado em consideração pelo Congresso Nacional para decidir se deve ou não ratificar a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal. É dizer, dadas as relevantes questões constitucionais ainda não resolvidas, a aprovação da Convenção não deveria ser imediata como quer fazer crer o Fórum Global.

É interessante notar, nesse sentido, que a OCDE parece estar consciente do cenário enfrentado pelo País. Em seu relatório de revisão pelos pares sobre o Brasil, o Fórum Global, após mencionar a disputa judicial acerca da constitucionalidade da atual legislação sobre sigilo bancário, observa que o “efeito prático” de uma

⁵⁷ Cf. OCDE, *Peer Review Report Phase 1 – Legal and regulatory framework – Brazil*, Mar. 2012, parágrafo 6º. Disponível em: <<http://eoi-tax.org/jurisdictions/BR#p2>>.

⁵⁸ Cabe ver, neste sentido, que os acordos de bitributação assinados pelo Brasil estão gradualmente se alinhando ao artigo 26 da atual Convenção Modelo da OCDE. Neste sentido, apesar de os acordos brasileiros tradicionalmente limitarem a aplicação deste dispositivo aos residentes dos Estados contratantes e aos tributos previstos na convenção, os tratados mais recentes (com Bélgica, México, África do Sul e Peru, assinados, respectivamente, em 2002, 2003, 2003 e 2006) adotaram a disposição da Convenção Modelo da OCDE segundo a qual a troca de informações não se encontra limitada pelos artigos 1 e 2. A esse respeito, a política da OCDE é clara: conforme afirmam os Comentários, sob o art. 26, informações devem ser “compartilhadas na maior medida possível”. Cf. OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital – condensed version*, Paris, julho de 2010, parágrafo 2º do comentário ao art. 26.

decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 pelo Supremo Tribunal Federal “deve ser monitorado de perto na Fase 2 da revisão sobre o Brasil”, na qual se espera que a implementação prática do arcabouço legal sobre troca de informações seja avaliada.⁵⁹

Não é difícil cogitar ao menos um “efeito prático” de tal decisão. O art. 21 da Convenção estabelece que a interpretação dada aos seus dispositivos não deve levar o Estado requerido a se recusar a prestar informações pelo simples fato destas serem detidas por um banco. Não obstante o esforço da Convenção em impedir qualquer óbice ao fornecimento de dados bancários, é evidente que este depende da disponibilidade da informação, i.e., as autoridades brasileiras não estariam obrigadas a fornecer ao outro Estado contratante informações que não lhe estivessem disponíveis. Caso prevaleça no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os dados bancários dos contribuintes só podem ser apresentados às autoridades mediante autorização judicial, o fornecimento de informações no âmbito da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal teria de operar com base em autorização judicial, concedida caso a caso.

3.6 TROCA DE INFORMAÇÕES E OS DIREITOS DOS CONTRIBUINTES

Cabe tecer considerações sobre aspecto relativo à troca de informações que não vem sido discutido pela doutrina, mesmo em foros internacionais. Se a divulgação de dados bancários dos contribuintes ao fisco de seu próprio país é, por si só, questionável, problema muito mais grave surge quanto à disponibilização de tais informações ao fisco de outro Estado. Há que se ver que, tratando-se de troca de informações entre os Estados, questões atinentes à soberania também entram em jogo.

Conquanto se possa por em dúvida a constitucionalidade do acesso irrestrito aos dados bancários do contribuinte, não se questiona o fato de que este, por se submeter à jurisdição de seu Estado, não tem direito irrestrito ao sigilo. Tanto assim é que não se questiona que, mediante autorização judicial, se obtenham tais dados. É a própria noção de soberania, refletida no exercício da jurisdição, que justifica o acesso do Estado aos seus dados pessoais. No entanto, sempre que um Estado, por razões políticas de qualquer sorte, celebra um tratado de tal natureza, ele entrega a privacidade de seus cidadãos ao outro Estado.

Daí a questão intrigante: se é aceitável o raciocínio segundo o qual o contribuinte não pode se opor a uma exigência do Estado a cuja jurisdição se submete, isso não

⁵⁹ Cf. OECD, *Peer Review Report Phase 1 – Legal and regulatory framework – Brazil*, Mar. 2012, parágrafos 153-154.

implica, de imediato, que tal sujeição se estenda à pretensão de outro Estado. Afinal, não parece disputável que o cidadão cioso de sua privacidade pode, simplesmente, deixar o Estado que o oprime; optando por fruir da vida em determinada comunidade, há de acatar as leis que ali se impõem, mesmo que contrárias a seus interesses. Na troca de informações, entretanto, tem-se um passo adiante, já que seu Estado passa para um terceiro (outro Estado) informações que o primeiro obteve em razão do seu exercício de jurisdição. Enquanto no primeiro caso, o cidadão-contribuinte se submeteu a tal exercício de jurisdição, a obtenção das mesmas informações por um terceiro Estado não decorre da jurisdição que o último exerça sobre aquele contribuinte, mas de mera barganha entre seu Estado e aquele interessado. Não parece imediato que um Estado possa ceder a outrem informações que obteve em virtude do exercício de seu poder jurisdicional, sem a participação do interessado.

Um paralelo com o caso da extradição serve a evidenciar a amplitude do problema. Por questões de soberania, a Constituição brasileira proíbe a extradição de seus nacionais.⁶⁰ Apesar de o direito penal brasileiro poder ser aplicado em relação a ofensas sofridas por brasileiros fora do Brasil, no caso de um brasileiro ser condenado em outra jurisdição, os tribunais brasileiros não extraditarão seus nacionais. Esta regra pode ser lida a partir de diferentes perspectivas, mas, de qualquer forma, trata-se de garantia aos nacionais, assegurada pelo Estado.

Preocupações semelhantes devem ser levadas em consideração quando se trata de fornecimento de informações pessoais dos cidadãos para outros Estados. Dito de outra forma, ainda que se considere que os cidadãos não podem opor sua privacidade contra o fisco de seu próprio Estado, o mesmo raciocínio não deve ser imediatamente estendido ao fornecimento de informações a outros Estados. É legítimo pensar que o Estado deve proteger a privacidade de seus cidadãos, e não divulgá-la para outros Estados. O fato de a privacidade não ser garantida em relação ao fisco de sua própria jurisdição decorre da circunstância de o fisco representar o Estado ao qual se está sujeito, enquanto residente, cidadão ou nacional; a mesma relação, por outro lado, pode não existir em relação a um terceiro Estado. O problema encontra reflexo no acordo celebrado entre Brasil e Estados Unidos, cujo art. 2º estabelece que o intercâmbio se dará “independentemente de a pessoa a quem as informações se referem, ou de quem as detém, ser residente ou nacional de uma Parte”.

Se o poder do Estado sobre seus cidadãos é limitado pela Constituição, não pode este obrigar-se em um acordo a reduzir uma proteção constitucional desfrutada pelos indivíduos. Noutras palavras, se a extradição de nacionais contraria a Constituição, não pode o Estado ratificar um tratado permitindo o expediente. Ora, da mesma forma, se a privacidade é assegurada, o fato de tal garantia ser relativizada

⁶⁰ Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, nº 787, 2001, p. 438.

face às autoridades fiscais daquele próprio Estado não significa que um tratado para a troca de informações tributárias será constitucional.

Ainda no que concerne aos direitos do contribuinte, outro aspecto concernente à troca de informações não parece receber a devida consideração por parte da doutrina pátria. Não obstante o país já tenha, há muito, celebrado acordos de bitributação prevendo trocas de informações, não se tem notícia de que estas de fato ocorram. Esse aspecto é preocupante.

Pode-se cogitar que as cláusulas até hoje assinadas não tenham, efetivamente, qualquer aplicação. Ou seja: não obstante constem de tratados internacionais, sua existência há décadas revela-se inócua, já que não motivou qualquer procedimento efetivo para sua implementação. Em tal caso, deve-se questionar se é o caso de manter e ampliar tal prática. Especialmente, a assinatura de novas convenções não prescindirá de exame quanto às razões para a ineficácia dos padrões até hoje adotados, tomando-se o cuidado para que o afã de tornar viável a troca de informações não venha a implicar o atropelo de garantias constitucionais.

Tais garantias se revelam mais importantes diante da hipótese de que tais trocas venham se dando sem a participação do contribuinte ou, o que dá no mesmo, que novos tratados venham a permitir que assim ocorram as trocas. Em tal caso, a suspeita quanto a sua constitucionalidade cresce sobremaneira, já que se afastaria do contribuinte a possibilidade de controlar as informações que são repassadas a fiscos estrangeiros. Não parece conviver com o Estado de Direito e com a cláusula do devido processo legal, a possibilidade de troca de informações sem prévia participação do interessado.

Em verdade, tal possibilidade já parece conflitar com a própria legislação em vigor. Basta ver, nesse sentido, o quanto disposto pela Lei nº 9.784/99, que, ao regular o processo administrativo no âmbito federal, não só determina a “divulgação oficial dos atos administrativos” (art. 2º, parágrafo único, V), como também a “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (art. 2º, parágrafo único, VIII) e “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções” (art. 2º, parágrafo único, X). Assegura, ainda, o direito do administrado de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas” (art. 3º, II). Não há que se alegar que a referida lei, por determinar em seu art. 69 que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria”, afastaria de seu âmbito a matéria tributária em razão do Decreto nº 70.235/72; este, como se sabe, limita-se tão somente a dispor sobre o processo administrativo fiscal, com vistas a “determinação e exigência dos créditos tributários da União” (art. 1º).

A hipótese de o contribuinte ter razões para se opor à troca de informações não é teórica. Tal foi o que se deu, em concreto, no caso *Aloe Vera*, quando esta empresa reclamou contra o fato de o governo estadunidense ter prestado informações à administração japonesa inapropriadamente, dado que se tratava de informações

imprecisas que foram, ainda, posteriormente divulgadas pelo fisco japonês.⁶¹ No caso, a corte definiu que apenas é “pertinente” a informação relevante para o caso, conectada logicamente e tendente a provar ou não um tema. Para ser pertinente para lutar contra a evasão fiscal, a informação deve tender a provar ou persuadir que a fraude fiscal ou evasão ocorreu.⁶²

Interessante exemplo a ser seguido, nessa matéria, é a legislação uruguaia. Assegura, naquele país, o Decreto nº 313/11, em seu art. 10, o direito de vista, por cinco dias úteis, antes da emissão de uma resolução dispondo sobre o envio da informação.⁶³ Razoável concluir, ainda, pela possibilidade de o contribuinte opor-se ao intercâmbio, aplicando-se, nesse caso, as garantias do procedimento administrativo, nos termos do Decreto nº 500/91.

Também no âmbito europeu, a participação do contribuinte parece caminhar no sentido da mesma garantia. Cita-se, a esse respeito, o caso *Sopropé*, julgado no âmbito da União Europeia, que inclui o direito de defesa entre os direitos fundamentais, entendendo que é um direito separado da garantia de um procedimento justo, em um período razoável de tempo.⁶⁴ Não é difícil estender tal raciocínio ao direito de ser ouvido, antes da troca de informações.

Daí parecer pertinente esperar que também no Brasil se adote legislação que assegure a participação do interessado, prévia à troca de informações, assegurando-lhe todas as garantias do processo legal.

⁶¹ Cf. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Aloe Vera of America, Inc. v. United States of America*, n. 10-17136, julgamento em 15 de novembro de 2012.

⁶² No original, conforme assinalado pelo Juiz Relator Thomas, “(...) under the Tax Treaty, the IRS may lawfully disclose any return information ‘pertinent’ to ‘preventing [tax] fraud or fiscal evasion. The IRS argues that even false information may be ‘pertinent’ and therefore protected under the exception. (...) In this case, the simultaneous tax examination by both countries was pertinent to the Tax Treaty’s purpose of avoiding tax evasion, and the investigation of potentially fraudulent commissions was equally pertinent. The question is whether a knowing provision of false information can be ‘pertinent’ to ‘preventing fraud or fiscal evasion.’ (...) Thus, to be pertinent to fighting tax fraud, information must tend to prove or persuade that tax fraud or evasion has actually occurred. Thus, to be pertinent to fighting tax fraud, information must tend to prove or persuade that tax fraud or evasion has actually occurred. Knowingly false information cannot tend to prove tax fraud. Such information does not lead to useful evidence, and it is certainly not competent evidence in its own right. Thus, information known to be false cannot be subject to protection as ‘pertinent’ information under the Tax Treaty”.

⁶³ “Artículo 10º - Vista Previa. No se dictará resolución disponiendo el envío de información a una autoridad competente requirente, sin otorgarse vista de las actuaciones administrativas al titular de la información por el término de cinco días hábiles”.

⁶⁴ Cf. Corte Europeia de Justiça, *Case C-349/07, Sopropé - Organizações de Calçado Lda v. Fazenda Pública* [2008] ECR I—10369. Com efeito, assinalou o Tribunal que: *observance of the rights of the defence is a general principle of Community law which applies where the authorities are minded to adopt a measure which will adversely affect an individual. In accordance with that principle, the addresses of decisions which significantly affect their interests must be placed in a position in which they can effectively make known their views as regards the information on which the authorities intend to base their decision. Accordingly, respect for the rights of the defence implies that, in order that the person entitled to those rights can be regarded as having been placed in a position in which he may effectively make known his views, the authorities must take note, with all requisite attention, of the observations made by the person or undertaking concerned.*

IV A TRANSPARÊNCIA ENQUANTO MEDIDA PARA A SIMPLICIDADE E CONFIABILIDADE DE UM SISTEMA TRIBUTÁRIO

Apesar de muita atenção ter sido dada ultimamente à “transparência” entendida enquanto a antítese do sigilo, a expressão merece ganhar contornos mais amplos. É dizer, ao invés de ocupar-se tão somente com o polêmico *disclosure* das transações e dados particulares dos contribuintes, a noção de transparência deveria ser estendida ao próprio Estado e dizer respeito ao sistema tributário como um todo.

Esse ponto é bem observado por Ricardo Lobo Torres, cuja ampla noção de transparência fiscal, dirigida “ao Estado como à Sociedade”, indica que “a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade”, de modo a superar os “riscos fiscais” derivados do “descontrole orçamentário, da gestão irresponsável de recursos públicos, da corrupção dos agentes do Estado”, entre outros.⁶⁵

Apesar de limitar o tema ao âmbito da relação entre contribuintes e fisco, a necessidade de transparência do Estado já foi de certo modo endereçada pela própria OCDE. Conforme se pode ver no *Working Paper 6* de seu *Tax Intermediary Studies*, a Organização, apresentando a transparência como o “quadro geral de relacionamento” no qual “atos individuais de comunicação” entre autoridades e contribuintes tomam lugar, acertadamente reconheceu que aos últimos a pretensão de “que a abertura e transparência deles esperadas” sejam “retribuídas pelos órgãos arrecadatórios”, de modo a se alcançar uma “relação aprimorada” (*enhanced relationship*).⁶⁶ Ainda assim, críticas são dirigidas à postura da OCDE; conforme alerta Soler Roch, algum ceticismo é necessário ao se encarar a proposta para uma “*enhanced relationship*” transparente, uma vez que a verdadeira preocupação da Organização seria mais “a necessidade de resolver problemas criados por planejamentos tributários agressivos” do que a efetiva restauração da confiança mútua.⁶⁷ Esta, aliás, também parece ser a principal preocupação dos ativistas pela “transparência fiscal” de que fala Allison Christians (*e.g.*, organizações não governamentais como *Global Witness* e *Open Society Institute*), cujo objetivo imediato é “expandir o conhecimento público sobre os lucros globais auferidos por multinacionais”.⁶⁸

⁶⁵ Cf. Ricardo Lobo Torres, O princípio da transparência no direito financeiro, in *Revista de direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, nº 8, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁶⁶ Cf. Tax Intermediaries Study Team, *Working Paper no. 6*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/taxadministration/39003880.pdf>>.

⁶⁷ Cf. Maria Teresa Soler Roch, Tax administration versus taxpayer – a new deal?, in *World Tax Journal*, Amsterdam: IBFD, set. 2012.

⁶⁸ Cf. Allison Christians, Tax activists and the global movement for development through transparency, in Yariv Brauner e Miranda Stewart (Org.), *Tax, law and development*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 293.

Em verdade, a noção de transparência enquanto um elemento chave de um sistema tributário ideal remonta a Adam Smith, para quem os tributos devem ser cristalinos, i.e. seu montante deve ser claro e evidente ao contribuinte, e sua arrecadação deve implicar a este o menor custo possível.⁶⁹ Apesar de tais ideias terem sido desenvolvidas em tempos de liberalismo, ainda correspondem ao entendimento corrente entre os financistas. Com efeito, Stiglitz aponta a responsabilidade política, exigindo que o sistema tributário seja transparente, como uma característica de um sistema ideal.⁷⁰

Essencialmente, a transparência fiscal do Estado implica saber quem paga os tributos e quem se beneficia destes. O desejo dos agentes públicos em esconder quem está efetivamente pagando impostos resta evidente em passagem atribuída a Colbert, que, enquanto Ministro das Finanças no governo do Rei Luís XIV, teria afirmado que “a arte de tributar consiste em depenar o ganso de modo a obter o maior número de penas com o menor número possível de gritos”.⁷¹ É assim que se introduzem tributos pretensamente cobrados sobre pessoas jurídicas, levando a crer que são elas, não os indivíduos, que arcam com a tributação. Do mesmo modo, a tributação do vendedor esconde a carga que se pretende repassar ao consumidor.

É neste ponto que a transparência encontra a responsabilidade política: o cidadão que está consciente dos tributos que paga tende a demandar maior responsabilidade de seus governadores. Relevante, nesta medida, a Lei nº 12.741/12 que, ao cumprir com o disposto pelo § 5º do art. 150 da Constituição, determinou a obrigatoriedade de se informar, nos documentos fiscais emitidos ao consumidor na venda de mercadorias e serviços, o “valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda”, ainda que com todas as dificuldades inerentes a tal demonstração.

A transparência fiscal, entretanto, vai além de seu relevantíssimo efeito político; é ela condição para eficiência do sistema tributário. Especialmente em economias abertas, nas quais os investidores se encontram livres para decidir onde depositar suas economias, importa assegurar-lhes amplo conhecimento da carga tributária a que estarão sujeitos.

Sistemas tributários opacos podem, num primeiro momento, atrair investimentos afoitos, de curto prazo. Um sistema econômico que pretenda atrair e manter investimentos produtivos de longo prazo deve oferecer total clareza quanto aos custos a serem incorridos, permitindo que o empresário tome decisão consciente. Assim, em que pese a transparência por parte do contribuinte estar tomando a

⁶⁹ Cf. Adam Smith, *A riqueza das nações*, Livro V, Capítulo II, segunda parte.

⁷⁰ Cf. Joseph Stiglitz, *Economics of the public sector*, 3 ed., Nova York: W.W. Norton, 1999, p. 457-458.

⁷¹ Cf. Joseph Stiglitz, *Economics of the public sector*, 3 ed., Nova York: W.W. Norton, 1999, p. 467.

pauta internacional a partir dos trabalhos do Fórum Global da OCDE e do G20, não sobram dúvidas sobre o fato de que a muito menos discutida transparência do Estado é um elemento fundamental para o impulso das relações econômicas em âmbito mundial.

Tomando a noção de transparência fiscal por um remédio contra contribuintes que “escondam renda e ativos das autoridades fiscais ao se aproveitarem do sigilo bancário ou outros impedimentos à troca de informações”, Jeffrey Owens, antigo Diretor do *Centre for Tax Policy and Administration* da OCDE, festeja os trabalhos desenvolvidos pela Organização e pelo G20 como vera “revolução no mundo tributário”.⁷² Resta fazer votos para que a transparência enquanto medida para a clareza, simplicidade e confiabilidade de um sistema tributário seja discutida com tanta seriedade quanto a que é atualmente dada ao afastamento do sigilo fiscal. Somente então uma efetiva revolução no mundo tributário eclodiria.

V CONCLUSÃO

Ainda que tenha por objetivo o louvável combate à evasão fiscal e à criminalidade, o movimento pela transparência fiscal internacional, tal como delineado pelos mais diversos foros internacionais, esbarra em óbices cuja relevância não pode ser ignorada.

Ao passo que o FATCA norte-americano, passando ao largo de princípios já há muito consolidados no âmbito do Direito Tributário Internacional, trouxe às últimas consequências o tema do relaxamento do sigilo bancário, o Brasil permanece imerso no debate sobre os limites do direito constitucional fundamental do contribuinte à privacidade e ao sigilo de seus dados particulares. Reconhecendo-se a inexistência de qualquer garantia absoluta, revela-se imprescindível o papel que o Judiciário, neutro e equidistante em relação ao fisco e os contribuintes, deve exercer na ponderação, caso a caso, entre a garantia que é dada à Constituição aos indivíduos e os interesses da administração tributária.

Caso tal postura, já acertadamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, venha a ser confirmada por aquela corte, novos contornos ganharão as feições do ordenamento brasileiro aos olhos da OCDE e de seu Fórum Global, cujo entusiasmo pela transparência fiscal acaba por desprezar questões constitucionais que trazem à baila o próprio vínculo jurisdicional entre o contribuinte e a soberania do Estado do qual é cidadão.

⁷² Cf. Jeffrey Owens, *Moving towards better transparency and exchange of information on tax matters*, in *Bulletin for international taxation*, Amsterdam: IBFD, nov. 2009, p. 557.

Melhor caminho parece seguir, assim, quem vê na transparência fiscal internacional não o despojamento amplo e irrestrito do contribuinte de garantias que lhe foram historicamente asseguradas nos mais diversos ordenamentos, mas a necessidade de clareza, simplicidade e eficiência do próprio sistema tributário e – por que não? – dos mecanismos e órgãos fiscais estatais como um todo.

Se o país optar por abraçar a troca de informações tributárias, seja a experiência uruguaia, conforme consubstanciada no Decreto nº 313/11, exemplo de que esta não pode se desenvolver à revelia da participação do contribuinte. Tal já é, inclusive, o que se pode extrair do conteúdo da Lei nº 9.784/99, e outra não é a exigência de um efetivo Estado de Direito.