



## Nota Executiva

Assunto: Julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 – acesso a dados bancários pelo Fisco.

A presente Nota apresenta questões fáticas e jurídicas para subsidiar o posicionamento da Fazenda Nacional no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314, que discute a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, principalmente no que concerne às consequências para os procedimentos de fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e à cooperação internacional do Brasil em relação a questões tributárias e aduaneiras.

2. Inicialmente, cabe ressaltar que os que defendem a existência de uma base constitucional ao sigilo bancário (afinal, não há menção expressa na Constituição Federal a ela) o fazem principalmente por causa dos incisos X e XII do art. 5º (privacidade e intimidade).

2.1. A distinção entre princípios e regras pode ser assim resumida: os princípios não são absolutos e devem ter concordância prática entre uns e outros (mormente quando defendem bens jurídicos distintos) e as regras possuem ou não validade naquilo que disciplinam.

2.2. A Constituição Federal traz diversos princípios que fundamentam a atuação do Fisco Federal. Há menção expressa à faculdade (pela moderna doutrina administrativa, está mais para obrigação) da Administração Tributária em concretizar o princípio da capacidade econômica mediante identificação do seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas (art. 145, § 1º).

2.3. Existem outros princípios constitucionais que fundamentam a atividade fiscalizatória da RFB, como os incisos XVIII e XXII do art. 37, inciso IV do art. 170 e art. 237. Ainda, conforme será visto adiante, a tendência internacional atual é de cooperação internacional para combate dos ilícitos fiscais e seus reflexos (lavagem de dinheiro, inclusive), sendo que a RFB deve assim proceder a fim de respeitar o disposto no inciso IX do art. 4º da CF.

3. Desta feita, não só não há um direito constitucional expresso ao sigilo bancário nem uma reserva de jurisdição para a sua transferência, como há diversos outros princípios constitucionais que fundamentam a transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária (convertendo-o em sigilo fiscal). Para se atingir o fim de se exigir tributo devido, respeitando-se os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, imperioso que o Fisco possua elementos capazes de identificar o patrimônio e a renda para agir de forma tempestiva e célere em relação aos sujeitos passivos que se valem de formas evasivas para negar sua contribuição ao financiamento do Estado, em claro prejuízo concorrencial àqueles que são ciosos de suas obrigações tributárias.

### **I – INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA DA RFB**

4. Até o início da década de 1980, grande parte dos lançamentos tributários eram do tipo denominado “por declaração”, previsto no art. 147 do CTN, em que o Fisco participava da formalização do crédito, executando um exame de pré-legitimidade dos valores que seriam

exigidos. Esse exame prévio ao efetivo lançamento permitia um maior controle tributário, mas trazia consigo um ônus operacional aos agentes econômicos.

4.1 Com o avançar das relações econômicas e jurídicas, que demandavam cada vez mais agilidade e menor intervenção do Estado, o Fisco teve de sistematicamente se afastar do momento da ocorrência do fato gerador. Essa mudança na relação jurídico-tributária foi a principal motivação para que a exigência tributária migrasse para o lançamento do tipo “por homologação” (art. 150, § 4º, do CTN), em que a Administração Tributária passa a executar um papel de “controle de qualidade” a *posteriori* sobre a atividade de pagamento do tributo, agora sem prévio exame da autoridade.

4.2. Essa mudança de postura da Administração Tributária, adotada pela maioria das grandes economias mundiais, só pôde ser implementada em conjunto com a instituição de obrigações acessórias que garantissem o acesso às informações relativas à ocorrência dos fatos geradores. Os deveres instrumentais, que são prestados diretamente pelos contribuintes ou por terceiros vinculados ao fato gerador da obrigação principal, são fundamentais no sistema do lançamento por homologação.

4.3. Sem as declarações prestadas e, mais ainda, sem o cruzamento e comparação dessas declarações com informações de terceiros, o sistema do lançamento por homologação não se sustentaria, pois seria impossível que as autoridades fiscais verificassem a matéria tributável. Esse plexo de obrigações acessórias, hoje com substrato no art. 113 do Código Tributário Nacional (CTN), é um dos pilares que garantem ao País fluxo contínuo de arrecadação, e está diretamente ligada à real percepção de risco pelo contribuinte faltoso ou que tenciona sonegar.

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

5.1. Como exemplo, cita-se a Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF). Ela é entregue anualmente ao Fisco e traz diversos dados sobre os saldos existentes junto a instituições financeiras, renda efetiva dos indivíduos, rendas produzidas e mantidas no exterior, relação de bens ou existência de dívidas e ônus reais, etc. Os dados bancários do contribuinte que declara de forma correta e de boa-fé o IRPF em nada inovam em relação a informações que o Fisco já obteve.

5.2. No caso das pessoas jurídicas, os dados bancários são utilizados para auditar (cotejar) os dados escriturados na contabilidade, em especial nas contas do ativo que representam disponibilidades junto a instituições financeiras, ou seja, dados contábeis que são públicos, pois os livros societários estão sujeitos ao registro nas Juntas Comerciais e transmitidos ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped). Os dados bancários, pelos seus saldos, integram as demonstrações financeiras que são publicadas anualmente em jornais de grande circulação pelas sociedades de grande porte, em decorrência da lei societária. Caso a escrituração esteja correta, os dados bancários não revelam nada a mais do que já consta dela.

## **II – RITO PARA A TRANSFERÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO PARA A RFB**

6. Ao contrário do que alguns dispõem, o acesso aos dados bancários pelo Fisco não é feito de forma indiscriminada. Ele tem um rito bastante complexo, com controles internos, e é realizado apenas de forma subsidiária.

6.1. O próprio art. 6º da LC nº 105, de 2001, ao dispor que as autoridades fiscais “poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras”, trouxe duas condições primordiais (i) existir processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em

curso, e (ii) os exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

6.2. O Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, trouxe o procedimento bastante detalhado para esse acesso, criando a figura da “Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF)”, ou seja, há uma burocracia interna para o acesso a tais dados bancários, conforme será a seguir detalhado.

## **7. Apenas com a existência de procedimento fiscal aberto e com conhecimento do contribuinte que pode haver acesso a dados bancários.**

7.1. Conforme art. 2º do Decreto nº 3.724, de 2001, os procedimentos fiscais terão início mediante expedição de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF), com intimação do contribuinte investigado.

7.2. Conforme § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.724, de 2001, “ a RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal”. Vale dizer, a autoridade fiscal que executa o procedimento fiscal inicialmente intima o contribuinte a apresentar aquela documentação bancária e este, não cumprindo com a intimação, é intimado que tais informações serão requisitadas diretamente ao sistema bancário. Ou seja, antes da requisição o contribuinte é avisado, momento em que ele poderá tomar alguma atitude, inclusive interpor mandado de segurança.

## **8. Apenas nas circunstâncias taxativas contidas no Decreto que pode haver o acesso a dados bancários.**

8.1. Como visto, além de ter de existir um procedimento de fiscalização em curso, foi o art. 3º do Decreto que trouxe as taxativas hipóteses para ser considerado indispensável o acesso. O critério de indispensabilidade não está sob o juízo exclusivo do Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização. O art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, é que estabelece, de forma restrita, quais são as hipóteses em que os exames dos dados mantidos em instituições financeiras são indispensáveis, a saber:

Art.3º .....

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

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

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 e art. 24-A da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

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

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

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

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

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

a) cancelada;

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

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

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

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e

XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.

8.2. Note-se que as hipóteses são taxativas, não admitem possibilidade de interpretação extensiva e revelam condutas agressivamente evasivas ou para possibilitar que o Brasil cumpra os tratados internacionais para troca de informações para combater a sonegação, a corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo: (i) fraudes no comércio internacional; (ii) simulação de empréstimos para acobertar recursos de origem duvidosa, inclusive decorrente do tráfico de drogas e armas; (iii) operações com paraísos fiscais ou com países que não permitem o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas; (iv) omissão de rendimentos decorrentes de renda variável, inclusive com operações fora de bolsa de valores; (v) realização de gastos ou investimentos em valor superior a renda disponível; (vi) remessa de valores ao exterior por conta de não residente de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; (vii) contribuintes sujeitos ao regime especial de cumprimento de obrigações, como, por exemplo, empresas constituídas por interpostas pessoas; (viii) pessoa jurídica inexistente de fato; (ix) pessoa física inexistente de fato; (x) negativa do titular de direito da titularidade de fato dos recursos mantidos ou movimentados; e (xi) presença de indício de existência de interposta pessoa do titular de fato dos recursos (laranjas ou testas-de-ferro), nesta hipótese, caracterizada, objetivamente, pela movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível ou declarada ou, ainda, de que a ficha cadastral do sujeito passivo na instituição financeira contenha informações falsas.

## **9. Apenas com a concordância de três autoridades fiscais que pode ocorrer o acesso a dados bancários.**

9.1. Além dos requisitos objetivos previstos no Decreto, que não permitem interpretações ampliativas, a emissão da RMF está sujeita a um triplo grau de análise para ser emitida, a do Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização, do Chefe de Fiscalização e do Delegado ou Inspetor-chefe da Receita Federal do Brasil.

9.2. O procedimento para emissão da RMF é rígido, além de ser controlado e verificado em mais de uma instância, sob pena de responsabilização dos envolvidos. Portanto, não basta que apenas o Auditor-Fiscal que conduz a fiscalização se convença da imprescindibilidade das informações bancárias e da presença dos outros critérios objetivos, é necessário que ele também convença outras duas autoridades que ocupam funções decisórias de hierarquia superior: o Chefe de Fiscalização e o Delegado da unidade em que ele trabalha.

10. O roteiro para emissão da RMF, além dos requisitos já citados, é disciplinado e regulado pelo Manual de Procedimentos Fiscais da Fiscalização da Receita Federal do Brasil, documento interno que norteia os trabalhos desenvolvidos pelos Auditores-Fiscais, sob pena de serem responsabilizados pela Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil.

11. Ao final do procedimento de fiscalização os documentos financeiros que não forem utilizados como elementos de prova no processo de exigência tributária, obtidos a partir da RMF, devem ser entregues ao sujeito passivo ou destruídos. Isto é, o universo de manipulação dos dados bancários obtidos via RMF fica adstrito exclusivamente ao Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização e apenas durante esse procedimento.

### III - A RELEVÂNCIA DOS DADOS BANCÁRIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

12. Atualmente, as informações consolidadas sobre movimentações financeiras prestadas à Receita Federal são fundamentais para a identificação de indícios relevantes de infração à lei tributária. No quadro abaixo, discriminaram-se as pessoas jurídicas que no ano-calendário de 2013 apresentavam diferenças de movimentação financeira igual ou superior a 10 vezes a receita total declarada ao Fisco, e com movimentação financeira a crédito acima de R\$ 15 milhões:

Quantidade de Pessoas Jurídicas (1)	Movimentação Financeira em 2009 (2)	Receita Bruta Total (3)	Diferença
10.170	R\$ 1,525 trilhões	R\$ 27 bilhões	R\$ 1,498 trilhões

12.1. No que se refere às pessoas físicas, o critério contempla a movimentação financeira a crédito acima de R\$ 1 milhão, mantido também o parâmetro de pelo menos 10 vezes aplicado para as pessoas jurídicas, o quadro seguinte resume a situação:

Quantidade de Pessoas Físicas (1)	Movimentação Financeira em 2009 (2)	Rendimento Total (3)	Diferença
28.370	R\$ 188 bilhões	R\$ 6,8 bilhões	R\$ 181,2 bilhões

12.2. Os 38.540 contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que apresentam indícios relevantes de omissão de receita só se tornaram identificáveis para a Receita Federal do Brasil em decorrência da transferência do sigilo bancário ao Fisco contido na LC nº 105, de 2001.

12.3. O quadro seguinte resume o resultado das ações de fiscalização iniciadas a partir de informações financeiras nos últimos quinze anos-calendários:

Ano de encerramento da ação fiscal	Quantidade de Procedimentos de Fiscalização	Total Crédito Tributário Lançado no RPF
2015	1.075	R\$ 8.448.142.620
2014	1.918	R\$ 13.661.964.102
2013	2.572	R\$ 11.545.975.045
2012	2.588	R\$ 8.891.500.536
2011	3.256	R\$ 9.359.074.313
2010	4.105	R\$ 12.327.700.865
2009	4.415	R\$ 15.440.548.106
2008	4.138	R\$ 10.646.603.439
2007	3.551	R\$ 15.057.590.048
2006	2.782	R\$ 8.562.676.755
2005	2.591	R\$ 7.388.118.884
2004	2.487	R\$ 7.419.631.824
2003	4.712	R\$ 6.604.854.050
2002	3.464	R\$ 3.938.488.565
2001	1.305	R\$ 1.191.381.339
Total	44.959	R\$ 140.484.250.491
<b>Total de RPF MFI iniciados em andamento 1.527 (em 12/02/2016)</b>		

12.4. Em seguida, demonstra-se que nos últimos dez anos-calendários o valor de crédito tributário recuperado pela RFB em procedimentos fiscais em que os sujeitos passivos se negaram a prestar esclarecimentos e que, observados os requisitos objetivos e procedimentais, foi

imprescindível a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, superam R\$ 94,7 bilhões.

Ano de encerramento da ação fiscal	Quantidade de Procedimentos de Fiscalização Operação RMF	
	Qtde	Crédito
2015	716	R\$ 9.491.172.543,88
2014	1.124	R\$ 10.393.858.218,04
2013	1.377	R\$ 11.737.471.885,78
2012	1.445	R\$ 7.390.917.843,53
2011	1.568	R\$ 6.425.143.923,63
2010	1.965	R\$ 8.031.285.862,00
2009	2.040	R\$ 9.174.308.914,00
2008	1.678	R\$ 5.400.656.256,00
2007	1.598	R\$ 8.211.285.569,00
2006	1.327	R\$ 5.517.503.904,00
2005	1.183	R\$ 3.670.338.899,00
2004	1.004	R\$ 3.210.654.458,74
2003	1.776	R\$ 3.482.827.330,00
2002	1.322	R\$ 2.059.483.858,79
2001	442	R\$ 282.476.988,16
<b>TOTAL</b>	<b>20.565</b>	<b>R\$ 94.479.386.454,55</b>

13. Destaque-se que numa situação de auditoria fiscal, mais da metade dos contribuintes identificados com indícios de sonegação fiscal por movimentação financeira incompatível se negaram a prestar informações à RFB. Foi diante dessa situação de recusa que a única forma viável de identificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária foi requisitando as informações diretamente às instituições financeiras.

14. Desde a edição da LC nº 105, de 2001 até dezembro de 2015, foram emitidas 93.045 Requisições de Informações sobre Movimentação Financeiras, conforme discriminado no quadro seguinte, cujo regramento republicano para sua emissão e as normas norteadoras para a guarda das informações, obtidas a partir desse instrumento, garantiram o absoluto sigilo dessas informações, preservando a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas sujeitas ao procedimento de fiscalização.

Ano	Quantidade
2001	7.568
2002	6.195
2003	5.318
2004	4.930
2005	6.294
2006	5.855
2007	8.023
2008	9.638
2009	8.830
2010	8.491
2011	6.578
2012	5.307
2013	3.714
2014	3.807
2015	2.497
<b>Total</b>	<b>93.045</b>

14.1. Vale destacar que em nenhum desses 93.045 casos houve o vazamento de informações bancárias para o público ou mídia, o que demonstra a excepcional eficiência no controle e sigilo das informações bancárias pela Receita Federal. As informações requisitadas são objeto de triplo grau de segurança, além do rígido sistema de controle interno das informações bancárias. Com base em fatos objetivos, não há razão para temer o vazamento de informações bancárias por parte das autoridades fiscais.

14.2. A declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105, de 2001, gera o risco de que cada RMF que seria emitida seja convertida em um novo processo judicial. Considerando o número de RMF emitidos nos últimos onze anos, sem a LC nº 105 teriam sido mais de 90.000 processos judiciais abertos apenas em âmbito federal. No âmbito do Poder Executivo, haverá uma sobrecarga nas Procuradorias e “judicialização” do tema (pois o processo judicial gera recursos que podem chegar até o STF). Pode-se dizer que no mínimo mais cinco mil processos seriam abertos anualmente na Justiça Federal, sem falar que muitos desses contribuintes podem não ser tão cooperativos caso não haja a possibilidade desse acesso, tornando o número de processos judiciais para acesso aos dados bancários ainda mais numeroso.

14.2. Para as administrações tributárias, o efeito da declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105, de 2001, seria devastador. A reserva de jurisdição implica necessariamente existência de um processo judicial e, logicamente uma decisão que sempre será passível de ser recorrida. A combinação de vários recursos processuais, a iminência do prazo decadencial e o número limitado de Auditores-Fiscais, impedirá, na prática, que o lançamento fiscal se dê no contribuinte que melhor dispõe de recursos processuais protelatórios. Diante de situações análogas, até que ocorra o trânsito em julgado, a RFB, precisando agir com eficiência, direcionará a fiscalização para outro contribuinte que não se valha de todas as hipóteses recursais, ou seja, quem será fiscalizado dependerá mais da capacidade postulatória do que a existência efetiva de indícios de infração contra a ordem tributária, fato que prejudicará a concretização do Princípio da Igualdade e Capacidade Contributiva.

#### **IV – GOVERNANÇA GLOBAL: ORDEM INTERNACIONAL EM PROL DO ACESSO DIRETO DE DADOS BANCÁRIOS PELO FISCO – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL**

15. Busca-se fornecer subsídios para o entendimento de como a comunidade internacional tem enfrentado este tema e como ele se relaciona com outros tópicos que têm sido objeto de esforço conjunto internacional. Este retrato fornecerá elementos que poderão ser utilizados para interpretar a questão constitucional do acesso às informações bancárias por parte das autoridades fiscais, considerando os valores e as circunstâncias do cenário mundial atual.

15.1. É possível delinear três fases evolutivas, com contínua ampliação do acesso a informações sobre a propriedade de bens e rendas dos contribuintes para as autoridades fiscais.

15.2. A primeira fase foi caracterizada pela percepção da fragilidade que as autoridades fiscais tinham para fiscalizar contribuintes apenas em um Estado. A segunda fase pode se caracterizar como o início do combate à possibilidade de os contribuintes usarem estratégias para ocultar bens e rendas em outros países, especialmente em paraísos fiscais, usando o sigilo bancário. A terceira fase diz respeito ao momento atual, que pode ser caracterizado pela inoponibilidade do sigilo bancário às autoridades fiscais, pela integração das informações sobre bens e rendas entre as administrações tributárias da maior parte dos países e pela integração das atividades de fiscalização tributária e combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

16. O movimento de ampliação dos poderes de fiscalização das autoridades fiscais e redução das possibilidades de ocultação de informações sobre a propriedade de bens e rendas dos contribuintes ganhou impulso com a crise financeira iniciada em 2008, sobretudo por meio do comprometimento dos Ministros de Fazenda/Finanças dos países do G20, de que o Brasil faz parte, os quais pressionaram o *Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para*

*Fins Tributários* a coordenar as alterações necessárias na legislação e nas práticas administrativas das diversas jurisdições.

16.1. O *Fórum Global*, cuja origem data do ano de 2000, conta hoje com mais de 90 jurisdições e, embora seja administrativamente conduzido pela OCDE, é uma iniciativa consensual de seus membros.<sup>1</sup> Seu objetivo é promover a ampla transparência em relação ao acesso a informações sobre bens e rendas dos contribuintes, visando à erradicação da elisão e evasão fiscal internacional:

16.2. Desde então, a reunião de Ministros de Fazenda/Finanças do G20 tem reiterado a importância e urgência das medidas de transparência objetivadas pelo *Fórum*. Em outras palavras, o comprometimento internacional em promover a ampla transparência (sobre a titularidade de bens e rendas para as administrações tributárias) e o intercâmbio de informações tributárias têm levado a uma revolução nas leis internas de países que ainda eram refratários a essa nova realidade, por meio da intervenção do *Fórum Global*. Nesse sentido, segue relato veiculado no site do Fórum:

AVALIAÇÃO DA OCDE MOSTRA QUE O SIGILO BANCÁRIO COMO UM ESCUDO PARA SONEGADORES CHEGA A UM FIM.

O mais importante [é que] o relatório mostra que muitos outros desenvolvimentos significativos estão a caminho, na medida em que os países trabalham para implementar os padrões da OCDE. Em particular, virtualmente todos os países estão promovendo mudanças para eliminar o estrito sigilo bancário para fins tributários. Comentando sobre esses desenvolvimentos, Angel Gurría, Secretário Geral da OCDE disse: O que tem acontecido é nada menos do que uma revolução. Por décadas foi possível que contribuintes escondessem rendas e ativos das autoridades fiscais por meio do abuso do sigilo bancário e outros impedimentos para o intercâmbio de informações. O que esses desenvolvimentos mostram é que **isso não mais será possível**.<sup>2</sup> (g.n., tradução livre)

16.3. Por trás desse novo movimento de ampliação da capacidade de efetiva fiscalização pelas autoridades fiscais encontram-se justificativas que já eram sustentadas. Em 23 de junho de 2009<sup>3</sup>, levantou-se novamente o fundamento do acesso a informações como forma de aumentar a eficiência na aplicação das leis tributárias nacionais, levando à concorrência equilibrada e à carga tributária adequada para os contribuintes honestos. Aqueles argumentos que eram levantados pelo Conselho Europeu quando se começou a ampliar a capacidade de fiscalização das autoridades fiscais além de suas fronteiras por meio da Diretiva 77/799/CEE continuam válidos ainda hoje e fundamentam, historicamente, todo o processo descrito até aqui. Certamente, todos esses fundamentos são aplicáveis ao Brasil.

16.4. Já na reunião de 2014 fica patente que esse esforço global para o fim do sigilo bancário perante as administrações tributárias tem sido seguido pela comunidade internacional, conforme relatório da reunião:

9. Desde 2009, tem havido um progresso sem precedentes em direção à transparência fiscal. O sigilo bancário e a falta de cooperação facilitaram a evasão de divisas por décadas. Em 2009, todas as jurisdições acordaram em pôr um fim ao sigilo bancário, em relação às

---

1 The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes - Information brief (25 May 2011) em <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/45/43757434.pdf>> e FAQ em <<http://www.oecd.org/dataoecd/35/16/46615395.pdf>>.

2 Em <[http://www.oecd.org/document/40/0,3343,en\\_2649\\_33767\\_43582376\\_1\\_1\\_1\\_37427,00.html](http://www.oecd.org/document/40/0,3343,en_2649_33767_43582376_1_1_1_37427,00.html)>).

3 *Second Conference on the Fight against International Tax Fraud and Evasion By promoting Transparency and Exchange of Information in Tax Matters, Berlin, 23 June 2009*; disponível em <[www.oecd.org/dataoecd/51/38/43140770.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/51/38/43140770.pdf)>.

autoridades tributárias, e em cooperar segundo a norma da OCDE sobre o intercâmbio a pedido de informações. A OCDE construiu este grande progresso estabelecendo o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias ("Fórum Global"), que tem assegurado um robusto monitoramento da implementação da mencionada norma e do progresso no sentido de uma igualdade de condições das 121 jurisdições integrantes. Hoje, a OCDE está dando um grande passo à frente com o desenvolvimento de um novo padrão global comum único para intercâmbio automático de informações financeiras. (...)

11. Tendo em vista que o Fórum Global foi demandado pelo G20 para monitorar a correta implementação do padrão global comum único para intercâmbio automático de informações financeiras e o fato de que todas as jurisdições serão convidadas para comprometer-se a implementá-lo, o "padrão mínimo" será nivelado para que não haja qualquer espaço para que sonegadores se escondam e para que nenhuma jurisdição represente alguma vantagem competitiva por não ter implementado o novo padrão." (tradução livre – Disponível em: <http://www.oecd.org/mcm/>)

17. Os trabalhos do Fórum dizem respeito à possibilidade de as autoridades fiscais terem acesso a informações de identificação de bens e rendas de contribuintes, ainda que essas informações sejam detidas por instituições financeiras. Com isso, o Fórum objetivou dar plena eficácia social aos Acordos de Intercâmbio de Informações e aos artigos de intercâmbio de informações que estão baseados no artigo 26 da Convenção-Modelo da OCDE para Evitar a Dupla Tributação:

Acordo Modelo da OCDE de Intercâmbio de Informações Tributárias

Artigo 5 – Intercâmbio de Informações a pedido

[...]

4. Cada Parte Contratante deverá assegurar que suas autoridades [fiscais] competentes para os propósitos especificados no Artigo 1 do Acordo [intercâmbio de informações relativas a assuntos tributários] têm a autoridade de obter e fornecer a pedido:

a) informações detidas por bancos, outras instituições financeiras, e qualquer pessoa agindo na condição de agente ou fiduciário, incluindo mandatários e trustees; [...] (tradução livre)<sup>4</sup> (g.n., tradução livre)

Convenção Modelo para Evitar a Dupla Tributação

Artigo 26 – Intercâmbio de Informações

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações previsivelmente relevantes com vista à aplicação das disposições da presente Convenção ou à administração ou aplicação das leis internas relativas aos impostos de qualquer natureza e denominação cobrados em benefício dos Estados Contratantes [...]

2. As informações obtidas nos termos do número 1 por um Estado Contratante serão consideradas secretas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna desse Estado [...]

3. O disposto nos números 1 e 2 não poderá em caso algum ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação:

a) de tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;

---

4 Modelo em <<http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/2082215.pdf>> e lista desses acordos em <[http://www.oecd.org/document/7/0,3746,en\\_2649\\_33767\\_38312839\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,3746,en_2649_33767_38312839_1_1_1_1,00.html)>.

b) de fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado Contratante;

c) de transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública. [...]

5. O disposto no número 3 não pode, em caso algum, ser interpretado no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque estas são detidas por uma instituição bancária, um outro estabelecimento financeiro [...].<sup>5</sup> (g.n., tradução livre)

17.1. Os textos relacionados acima preveem o comprometimento internacional de não recusar o intercâmbio de uma informação bancária para uma autoridade fiscal de outro país com fundamento apenas no sigilo bancário.

17.2. Caso prevaleça a impossibilidade de as autoridades fiscais brasileiras terem acesso às informações bancárias para intercâmbio internacional de informações, inevitavelmente estaria configurada a discrepância da posição brasileira com o que está sendo pacificamente aplicado pelos países do *Fórum Global*, a violação internacional de Acordos brasileiros e a contradição com a posição adotada pelo país no âmbito do G20.

17.3. O repasse de informações bancárias a outras administrações tributárias com frequência diz respeito diretamente ao interesse nacional. Isso porque permite verificar se uma empresa multinacional está competindo em igualdade de condições com uma empresa nacional, uma vez que aquela empresa não se beneficiará da evasão fiscal internacional.

17.4. Sob o ponto de vista das relações internacionais, se as autoridades fiscais brasileiras não puderem repassar informações bancárias para outras autoridades fiscais estrangeiras, ou caso esse repasse possa ser impedido pelo contribuinte no Judiciário, o Brasil estará em posição contrária aos preceitos do *Fórum Global* e, por conseguinte, aos compromissos assumidos no G20. Além disso, com base no princípio da reciprocidade que rege as relações internacionais, outros países se recusarão a fornecer informações bancárias para as autoridades fiscais brasileiras, o que prejudicará fiscalizações sobre potenciais casos de evasão fiscal internacional.

17.5. Enfim, verifica-se que a RFB, nesse contexto internacional, passa a ter importante papel para a cooperação internacional, principalmente para evitar a erosão da base tributária dos mais diversos países. É de interesse nacional cooperar para o Brasil também receber informações que impeçam a erosão de sua base tributária. Não é despendioso que tal cooperação perpassa a questão tributária, pois busca combater também diversos crimes reflexos, como a lavagem de dinheiro, bem como impedir que outros países façam concorrência desleal fiscal, motivo pelo qual a declaração e inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001, contraria o disposto no inciso IX do art. 4º e no inciso IV do art. 170 da CF.

## V – FATCA: CONCRETIZAÇÃO DA GOVERNANÇA FISCAL EM ÂMBITO GLOBAL

18. Os Estados Unidos da América (EUA), assim como a maioria dos países, não opõem o sigilo fiscal à sua administração tributária. A Lei sobre o Direito à Privacidade Financeira (*Rights to Financial Privacy Act*), de 1978, dá ao Fisco americano poder para acessar os dados bancários dos contribuintes. Não há novidade nenhuma quanto a este fato no direito norte-americano há décadas.

18.1. Depois da crise de 2008, os EUA tomaram diversas medidas para uma nova regulação econômica. Junto com a afirmação do G20 já em 2008 de “fim da era do sigilo bancário” e um ataque às jurisdições que insistem nele, principalmente paraísos fiscais, eles aprovaram o Ato HIRE (*Hiring Incentives to Restore Employment*), a fim de dar suporte à recuperação econômica da Crise de 2008. Para tanto, buscou-se um monitoramento mais eficiente da arrecadação tributárias median-

---

<sup>5</sup> Em <[http://www.oecd.org/document/34/0,3343,en\\_2649\\_33767\\_33614197\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/34/0,3343,en_2649_33767_33614197_1_1_1_1,00.html)>.

te a criação de obrigações com efeitos extraterritoriais às instituições financeiras estrangeiras com o intuito de identificar e monitorar contas de norte-americanos em outras jurisdições fiscais. Trata-se do Fatca (*Foreign Account Tax Compliance Act*).

18.2. Considerando que se trata de uma lei com efeitos extraterritoriais, com necessidade de adesão por parte dos demais países (e com reciprocidade de tratamento, ressalte-se), restou previsto nela que a instituição financeira do país que não aderir ao Fatca sofrerá retenções, a partir de 2015, de 30% (trinta por cento) sobre o valor principal da venda de participações societárias e renda fixa de fonte dos EUA e, a partir de 2017, retenções de 0,001% a 30% do valor dos juros e do principal de aplicações financeiras efetuadas em outras instituições financeiras participantes do Fatca no mercado norte-americano. (Disponível em: <https://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-FATCA>).

18.3. Considerando que a adesão é facultativa (não obstante o alto custo para as instituições financeiras do país que não o fizer), o Brasil assinou com os EUA o Acordo para melhoria da observância tributária internacional e implementação do Fatca, disciplinado internamente pelo Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015.

18.4. A troca de informações entre ambos os países é automática, e é realizada entre a RFB e seu par norte-americano (IRS). As informações no Brasil são coletadas pelo e-Financiera (conjunto de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares), conforme Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015. Conforme consta da ementa da IN, sua base legal, dentre outras, é a Lei Complementar nº 105, de 2001. A declaração de sua inconstitucionalidade, portanto, torna impossível a coleta dos dados bancários para a implementação do Fatca, inviabilizando o próprio acordo.

18.5. Considerando que o Fatca é o embrião para um acordo global de troca de informações entre administrações tributárias de todo o mundo, conforme tendência já aqui exaustivamente vista, a decretação de inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001, gerará um impacto bastante considerável nas relações econômicas e internacionais do país.

## VI – DIREITO COMPARADO

19. De acordo com o documento *Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field* (Cooperação Tributária 2010: Em Direção a um Nível de Concorrência), produzido pelo *Fórum Global* consoante resposta dos países, quase todas as jurisdições permitem que suas autoridades fiscais tenham acesso direto, sem necessidade de autorização judicial, a informações bancárias para fins fiscais, o que corrobora os dados levantados até aqui.

19.1. Nesse sentido, 70 países responderam que permitem o acesso a informações bancárias sem autorização judicial para fins de intercâmbio de informações. Vale notar que muitos dos países que responderam ao questionário alteraram suas legislações recentemente para permitir esse acesso e estarem compatíveis com os padrões de transparência estabelecidos pelo *Fórum Global*. A análise desses 70 países surpreende, pois muitos são tradicionais paraísos fiscais, como Bahamas, Jersey, Ilhas Virgens Britânicas, que não podem mais manter a postura de opor o sigilo bancário ao interesse da fiscalização de tributos.<sup>6</sup>

19.2. Por outro lado, de acordo com o referido documento, apenas 18 jurisdições<sup>7</sup> ainda exigem autorização judicial para que suas autoridades fiscais tenham acesso a informações bancárias para realizar o intercâmbio de informações com autoridades fiscais de outros países.

---

<sup>6</sup> Segue a lista completa dos 70 países: Alemanha, Andorra, Anguilla, Antigua e Barbuda, Argentina, Aruba, Austrália, Áustria, Bahamas, Bahrain, Barbados, Bélgica, Belize, Bermuda, Ilhas Virgens Britânicas, Chile (apenas no caso de juros bancários), Canadá, China, República Tcheca, Dinamarca, Dominica, Estônia, Finlândia, França, Gibraltar, Guernsey, Hong Kong, Hungria, Irlanda, Índia, Indonésia, Irlanda, Ilha de Man, Israel, Itália, Japão, Jersey, Coréia, Macao, Malásia, Malta, Ilhas Marshall, Ilhas Maurício, México, Mônaco, Montserrat, Holanda, Antilhas Holandesas, Nova Zelândia, Niue, Noruega, Panamá, Filipinas, Polônia, Polônia, Portugal, Rússia, Saint Kitts e Nevis, San Marino, Seychelles, Singapura, República Eslovaca, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suécia, Turquia, Estados Unidos, Ilhas Virgens Americanas. (*Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field*, OCDE, p. 157 e ss.).

Praticamente todas as jurisdições que ainda exigem algum tipo de autorização judicial para o intercâmbio de informações financeiras entre autoridades fiscais são países pouco expressivos no cenário econômico internacional ou centros financeiros ou tradicionais paraísos fiscais, quais sejam: Botswana, Brunei, Costa Rica, Chipre, Granada, Guatemala, Jamaica, Libéria, Liechtenstein, Luxemburgo, Qatar, Santa Lúcia, Samoa, Ilhas Turcas e Caicos, Uruguai e Vanuatu.

19.3. É razoável presumir que a razão pela qual esses países ainda exigem autorização judicial para permitir o acesso a informações bancárias para fins tributários é justamente inviabilizar o efetivo e célere acesso a essas informações para fins de fiscalização tributária. Em outras palavras, ao criar essa dificuldade de acesso àquelas informações, procuram resguardar os interesses dos investidores internacionais que buscam o anonimato nos bancos locais. A ausência de interesse em colaborar de forma célere e incondicionada no combate à evasão fiscal internacional ou a crimes como a lavagem de dinheiro está ligada ao interesse de manutenção de recursos estrangeiros em seus bancos.

19.4. Considerando que o Brasil não tem esses interesses típicos de centros financeiros ou paraísos fiscais e que não adotamos essa postura perante a comunidade internacional ou no G20, não seria adequado deixar o Brasil alinhado a esse grupo de países que permite o acesso a informações bancárias apenas por meio de autorização judicial.

19.5 Logo, se necessária autorização judicial para as autoridades fiscais terem acesso a informações bancárias para o intercâmbio de informações, o Brasil estará na contramão de todo o inequívoco desenvolvimento recente de promover o intercâmbio internacional de informações relativas a bens e rendas de contribuintes de forma célere, efetiva e pouco onerosa.

20. Exemplos de leis internas:

20.1. Em Portugal, que era um dos últimos remanescentes europeus em que as autoridades fiscais precisavam recorrer ao Judiciário para ter acesso a informações bancárias específicas, alterou sua legislação, no sentido de facilitar o acesso a informações bancárias. Na prática, hoje, as autoridades fiscais portuguesas não precisam de autorização judicial para ter acesso a informações bancárias, quando houver simples “indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível”, requisitos menos objetivos e mais eficientes para a fiscalização tributária do que os correspondentes da legislação brasileira.

20.2. Na Espanha, nos termos do artigo 57 do Real Decreto nº 1.065/2007<sup>8</sup>, as autoridades fiscais podem requisitar às instituições financeiras informações bancárias desde que o superior hierárquico, ou seja, o diretor do departamento ou o delegado da Agencia Estatal de Administración Tributária, assim o autorizar. Nesse caso, que é diferente da regra brasileira que exige prévia intimação, o contribuinte não precisa ser intimado a apresentar as informações bancárias, que podem ser obtidas diretamente da instituição financeira.

20.3. Na Alemanha, nos termos da seção 93 do Código Tributário, a exemplo da regra brasileira, o contribuinte é intimado a apresentar as informações bancárias necessárias para as autoridades fiscais. Caso a intimação seja infrutífera, ou seja previsivelmente infrutífera, as autoridades fiscais podem requerer diretamente as informações bancárias das instituições financeiras.<sup>9</sup>

20.4. Até mesmo Seychelles, tradicional paraíso fiscal, alterou sua lei tributária (Revenue Administration Act) em dezembro de 2009, conferindo poderes para que as autoridades fiscais re-

---

7 Segue a lista dos 18 países: Botswana, Brunei, Costa Rica, Chipre, Grécia, Granada, Guatemala, Jamaica, Libéria, Liechtenstein, Luxemburgo, Qatar, Santa Lúcia, Samoa, Ilhas Turcas e Caicos, Uruguai, Vanuatu.

8 Disponível em <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Fiscal/rd1065-2007.t2.html#a57](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/rd1065-2007.t2.html#a57)>.

9 *Global Forum on Transparency and Exchange of Information, Peer Review Report - Germany*, OECD, p. 54. Disponível em <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>.

quisitassem diretamente às instituições financeiras quaisquer informações bancárias.<sup>10</sup> Relembre-se, mais uma vez, que esse paraíso fiscal não está sozinho nesse movimento, pois dezenas de outros paraísos fiscais estão alterando suas leis tributárias para permitir que autoridades fiscais tenham acesso a informações bancárias sem autorização judicial, em decorrência da influência dos trabalhos do *Fórum Global* e da posição do G20 sobre esse tema.

20.5. Ora, se até mesmo os tradicionais paraísos fiscais estão admitindo o acesso direto a informações bancárias pelas autoridades fiscais, fica difícil justificar que as autoridades fiscais brasileiras não tenham acesso a essas informações. Também seria difícil justificar tal limitação na ordem dos recentes acontecimentos internacionais e nos compromissos internacionais adotados pelo Brasil no G20, como o combate à evasão fiscal internacional, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

20.6. Nesse mesmo sentido, por amostragem, cita-se que Austrália, Dinamarca, Finlândia, França, Itália e Noruega permitem que as autoridades fiscais requisitem informações bancárias, sem qualquer autorização judicial ou limitação.<sup>11</sup> Estados Unidos<sup>12</sup> e Polônia<sup>13</sup> preveem intimação do contribuinte para a apresentação espontânea de documentos em momento anterior à requisição de informação diretamente à instituição financeira, regra similar à brasileira. O *Fórum Global* apresentou 70 jurisdições que permitem o acesso direto a informações bancárias por parte de suas autoridades fiscais. Por outro lado, apenas 18 demandam autorização judicial, sendo que quase todas são tradicionais ilhas financeiras ou paraísos fiscais e, por isso, não têm interesse em promover o completo, célere e eficiente acesso a informações bancárias para fins tributários.

21. Julgamentos Internacionais:

21.1 A título exemplificativo, em 18 de fevereiro de 1992, a Corte Constitucional italiana entendeu que o sigilo bancário não é um fim em si mesmo, razão pela qual não poderia representar um obstáculo às investigações sobre violações tributárias, aceitando o acesso direto.<sup>14</sup>

21.2. Portugal, que alterou recentemente sua lei, conforme visto acima, apresenta inúmeros julgamentos recentes, nos quais também se aceita o acesso direto às informações financeiras por parte da Administração Tributária. As intervenções judiciais recentes dizem respeito à verificação dos pressupostos do ato administrativo que requisita a informação, especialmente quanto à motivação expressa. Em outras palavras, não se discute em juízo se a possibilidade de requisição direta de informação bancária é legal, embora eventualmente o contribuinte leve a juízo o questionamento sobre a observância dos requisitos do ato administrativo no caso concreto.<sup>15</sup> Analogamente, a Suprema Corte da Lituânia também aceitou o acesso direto às informações bancárias pelas autoridades fiscais, entendendo que a requisição se tratava de um ato administrativo.<sup>16</sup>

---

10 *Global Forum on Transparency and Exchange of Information, Peer Review Report - Seychelles*, OCDE, p. 46.

11 *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, OCDE, 2000, p. 37 e 74.

12 *Idem*, p. 81.

13 *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, OCDE, 2003, p. 14.

14 *Apud* Ricardo Lobo Torres, *Sigilos Bancário e Fiscal*, in *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Coordenadores Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho & Vasco Branco Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 155.

15 Em <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/comentario\\_acsta07\\_630.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/comentario_acsta07_630.pdf)>.

16 Em <[http://www.imakenews.com/iln/e\\_article001734053.cfm?x=b11,0,w](http://www.imakenews.com/iln/e_article001734053.cfm?x=b11,0,w)>.

21.3. O Tribunal Constitucional espanhol fez uma distinção entre intimidade pessoal e “intimidade econômica”, sendo que nesta a proteção constitucional seria menos intensa.<sup>17</sup> Vale lembrar que a Espanha também permite o acesso direto a informações bancárias pelas autoridades tributárias.

21.4. O Tribunal Constitucional da Alemanha<sup>18</sup> entendeu que, se uma lei somente pode ser fiscalizada de forma eficiente no caso de alguns contribuintes (pessoas físicas assalariadas que sofrem retenção do imposto na fonte), em detrimento de outros que tendem a demonstrar maior capacidade contributiva (pessoas físicas que auferem renda de capital e todas as pessoas jurídicas), então a discussão passa a ser sobre a possibilidade de concretização dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade. Em outras palavras, o Tribunal colocou a questão da eficácia social da lei tributária e como tornar efetivos os princípios da capacidade contributiva e a da igualdade entre contribuintes em primeiro plano.

## SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

---

<sup>17</sup> *Apud* J. J. Saldanha Sanches & João Taborda da Gama, *Sigilo Bancário: crônica de uma morte anunciada*, in *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Coordenadores Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho & Vasco Branco Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 275.

<sup>18</sup> *Apud* J. J. Saldanha Sanches & João Taborda da Gama, *Sigilo Bancário: crônica de uma morte anunciada*, in *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Coordenadores Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho & Vasco Branco Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 277.