

ano 12 - n. 46 | abril/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-254 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA

RDPE

Convenções, acordos internacionais, FATCA e sigilo bancário

Eduardo Salomão Neto

Sócio da área bancária de Levy & Salomão Advogados. Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo.

Resumo: O artigo contrasta as regras brasileiras sobre sigilo bancário da Lei Complementar nº 105/2001 com exigências em atos internacionais firmados pelo Brasil, determinando a quebra de tal sigilo: as convenções para evitar a dupla tributação e os acordos de troca de informações para fins tributários, como o firmado com os Estados Unidos e adotado no país em 2013. Da análise de seu texto conclui-se que esses diplomas ressalvam o sigilo bancário e não levam a sua quebra. Procedeu-se também a análise de regras do *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, concluindo pelo não afastamento do sigilo bancário salvo em caso de revogação da Lei Complementar nº 105/2001. O artigo termina com a análise de efeitos civis e criminais da violação do sigilo bancário com base no FATCA para as instituições financeiras.

Palavras-chave: Acordos de troca de informações tributárias. Convenções para evitar a dupla tributação. FATCA. Instituições financeiras. Sigilo bancário.

Sumário: Proteção ao sigilo bancário no Brasil – Natureza do sigilo bancário e fundamento da sua proteção – Exceções ao sigilo e sua casuística – O Fisco e o sigilo bancário – Efeitos no Brasil de acordos internacionais – Confronto entre tratados internacionais e Lei do Sigilo Bancário – As convenções para prevenir a dupla tributação – Acordos para troca de informações – Transferência da obrigação de sigilo ao Fisco – FATCA e sigilo bancário – Uma forma específica de violação do sigilo bancário pelo FATCA: os IGAs – Efeitos penais e civis da violação de sigilo bancário no âmbito do FATCA – Conclusão

Como muita coisa mais na mente humana no século XXI, a proteção ao sigilo é objeto de contradição e ambivalência. De um lado, protegido constitucionalmente e elevado à garantia e direito individual, mas, de outro, cercado e ameaçado por um mundo cheio de carências, naturais ou não. As naturais sempre acompanharam o ser humano em sua luta por alimentos e sobrevivência, e podem ter até diminuído com o progresso da técnica, embora se mantenham prementes em grande parte do mundo. As carências não naturais aumentam sempre, fruto do crescente apego a bens materiais e ao consumo que marcam nossa época.¹

¹ Para o filósofo Sêneca, em observação e obra clássicas que se valorizam em tempos de materialismo, a principal distinção entre carências naturais e não naturais reside no fato de que as primeiras podem ser satisfeitas, enquanto as últimas não têm fim: “Os desejos naturais são limitados; aqueles que são gerados por falsas opiniões não conhecem limite algum, porquanto a falsidade não tem termo. Quando quiseres saber se o teu desejo é de origem natural, ou se provém de falsa opinião, vê se ele pode encontrar um limite: se, por muito que obtenhas, é sempre mais o que te falta ainda obter, então podes ter a certeza de que é um desejo não natural” (SÊNeca, Lúcio Aneu *Cartas a Lucílio*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 56).

Uma e outra carência pressionam Estados e governos, incapazes de propor arcabouço mais forte de valores, em um círculo vicioso de mediocridade, levando à necessidade de maior arrecadação. Mas como obtê-la, visto que uma população consumista e superficial em conhecimento tende a produzir cada vez menos? A resposta só pode ser uma, o aperfeiçoamento da fiscalização tributária de forma a extrair mais tributos de fatos geradores que já ocorrem, mas supostamente ficam ocultos. E é nesse contexto que aparecem tratados e leis que interferem com o sigilo bancário, de contribuintes honestos e de sonegadores, sem diferenciação.

O objeto do presente artigo é analisar o sigilo bancário e sua relação com três importantes grupos de atos com influência alienígena sobre informações bancárias e fiscalização tributária, as convenções para evitar a dupla tributação, o Acordo de Troca de Informações com os Estados Unidos da América e a legislação americana sobre transparência bancária conhecida como FATCA (*Foreign Account Transparency Control Act*).

Para isso, comecemos por delinear as características do sigilo bancário em nosso país.

Proteção ao sigilo bancário no Brasil²

O sigilo bancário é protegido pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001,³ que dispõe:

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

² Entre os autores que trataram o tema de forma completa podem ser referidos Sérgio Carlos Covello (*O sigilo bancário*. São Paulo: Leud, 2001) e, em relação aos aspectos criminais, Manoel Pedro Pimentel (*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 137-143).

³ Esta regra revogou o artigo 38 da Lei nº 4.595/64, que dispunha: "Artigo 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. §1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. §2º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidos em reserva ou sigilo. §3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (artigo 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil. §4º Os pedidos de informações a que se referem os §§2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros. §5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. §6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente".

O reflexo criminal da violação de sigilo bancário é enunciado pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 105/2001, da seguinte forma:

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

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

O ponto mais interessante a notar no aspecto criminal é a inexistência de modalidade culposa relativa à quebra de sigilo bancário. Tal modalidade só existiria nos termos do artigo 18, parágrafo único, do Código Penal se expressamente prevista no tipo, o que não acontece. Só haverá crime se comprovado o dolo, ao menos eventual, de quem transmite a informação. Não existirá tal dolo quando a informação é transmitida por mero descuido, por exemplo quando um funcionário do banco deixa sobre o guichê extrato de conta-corrente do cliente, que acaba sendo visto por um conhecido seu.

No campo da responsabilidade civil, a mera culpa provocará a necessidade de indenizar. Resta lembrar que por efeito do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a obrigação de reparar o dano existe mesmo sem culpa nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, instituição financeira ou outra das entidades mencionadas na lei como sujeitas ao sigilo⁴ que se veja adstrita a revelar informações com base em ordem judicial falsificada seria obrigada a reparar o dano eventualmente causado, mesmo se a perfeição com que perpetrada a fraude eliminasse sua culpa.⁵

⁴ Os §§1º e 2º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001 consideram como obrigados ao sigilo: I - os bancos de qualquer espécie; II - distribuidoras de valores mobiliários; III - corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV - sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V - sociedades de crédito imobiliário; VI - administradoras de cartões de crédito; VII - sociedades de arrendamento mercantil; VIII - administradoras de mercado de balcão organizado; IX - cooperativas de crédito; X - associações de poupança e empréstimo; XI - bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII - entidades de liquidação e compensação; XIII - outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional; e XIV - as empresas de fomento comercial ou factoring. Além disso, por efeito da regulação administrativa, também o Fundo Garantidor de Créditos (FGC) está sujeito às regras de sigilo bancário (artigo 1º, §3º, inciso I, da Resolução nº 2.197, do Conselho Monetário Nacional, de 31 de agosto de 1995, com alterações posteriores).

⁵ Deve-se, entretanto, diferenciar tal solução de hipóteses limítrofes. Uma delas seria o arrombamento de agência bancária para a obtenção de informações sobre operações de clientes. Neste caso não haveria comunicação da informação pela instituição e, conseqüentemente, não haveria violação do sigilo bancário na forma da Lei Complementar nº 105/2001.

Natureza do sigilo bancário e fundamento da sua proteção

A proteção ao sigilo bancário está fundamentada no direito à intimidade e vida privada, objeto mesmo de previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.⁶ Tal artigo constitucional bastaria, a rigor, para consagrar a proteção ao sigilo bancário sem normas legais mais específicas, as quais, no entanto, existem.

A intimidade e vida privada podem ser protegidas por três conjuntos de regras.⁷ O primeiro restringe o conteúdo da própria informação coletada. Exemplo disso são as regras sobre formação de cadastro de informações sobre adimplemento de obrigações com o sistema financeiro, administrado por empresas específicas como a Serasa e semelhantes. Segundo o artigo 3º da Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011, tais informações devem ser “objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão”, vedadas às que envolvam “juízo de valor”. Norma que faz sentido na lógica de tal cadastro, cujo intuito de introdução era a criação de um registro de bons tomadores de créditos, que autorizariam a divulgação de suas informações de forma a obter juros bancários favorecidos.

Uma segunda variante é a imposição de obrigações de notificação quando da coleta dos dados. Exemplo disso é o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, que exige comunicação ao consumidor referente a cadastros abertos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista,

⁶ Para descrição bastante completa de outras teorias sobre o fundamento do sigilo bancário, veja-se Sergio Carlos Covello (*O sigilo bancário*, p. 113-150). A visão relativa ao direito da personalidade, embora correta, não é completa, pois o sigilo bancário é também introduzido como proteção ao Sistema Financeiro Nacional e às instituições financeiras, como mostra Manoel Pedro Pimentel (*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, p. 139).

⁷ Essa proteção é ainda muito esgarçada no Brasil, mas mais densa no exterior, em particular nos Estados Unidos, onde se encontram mais de 20 diplomas legais restringindo a coleta e divulgação de informações (MURPHY, Erin. *The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions*. *Mich. L. Rev.*, v. 111, n. 4, p. 485, Feb. 2013). Na União Europeia, a Diretiva 95/46/EC determina aos Estados-Membros a introdução de várias salvaguardas em relação ao uso de informações pessoais, entre elas a necessidade de consentimento da pessoa a quem os dados se referem para coleta ou processamento. Há atualmente no Brasil projeto em elaboração sob coordenação do Ministério da Justiça sobre a garantia de dados privados, cuja coleta dependeria sempre de consentimento “livre, expresso e informado” do titular do cadastro.

no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. (grifos no original)

Já o terceiro tipo de regra de proteção restringe a divulgação das informações, e não seu conteúdo ou coleta. Entre estas, relevantes as que delimitam as informações não divulgáveis em razão da identidade da pessoa que as detém, e não de seu conteúdo. Normalmente, essa identidade é definida em torno da prática de uma profissão, que geraria para os usuários dos serviços dessa profissão a justa expectativa de ter as informações coletadas pelos profissionais respectivos, ou a eles acessíveis, preservadas. Porque afinal foram dadas ou tornadas acessíveis para finalidade específica, o atendimento de necessidades do adquirente do serviço profissional, e apenas para isso. Essa é a origem da obrigação de sigilo de advogados, cuja lei de regência, a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, considera infração disciplinar “violar, sem justa causa, sigilo profissional” (artigo 34, inciso VII). Também as regras de sigilo bancário da Lei nº 105/2001 tratam de modalidade de sigilo profissional, visto ser a atividade financeira igualmente profissão.⁸ São direcionadas a proteger aquelas informações que chegam ao banqueiro em vista de sua atividade, e que não devem ser usadas fora desse exercício.

A técnica de se proteger informações através de regras que se referem ao próprio conteúdo e regras que meramente impedem a divulgação é, aliás, também encontrada em relação à propriedade intelectual empresarial, a qual é protegida por normas que vedam a cópia do conteúdo da informação (patentes). Mas também pela possibilidade de o empresário não patentear inventos, e sim mantê-los indefinidamente como segredo. Neste último caso, a proteção é voltada não mais ao conteúdo da informação, mas à vedação de sua divulgação por meios fraudulentos, considerada crime de concorrência desleal pelo artigo 195, inciso XII, da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996).⁹

⁸ O Código Comercial de 1850 definia, no artigo 119, os banqueiros como “os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco”. Mais recentemente, tem sido muito lamentada a perda de noção pelos banqueiros, principalmente na área de investimentos, do caráter profissional de seus serviços, em favor de postura divorciada do interesse de seus clientes.

⁹ Lei nº 9.279, artigo 195. “Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios lícitos ou a que teve acesso mediante fraude”.

A fundamentação do sigilo bancário reside, portanto, na proteção da intimidade e vida privada através de normas de sigilo profissional, que cerceiam não a coleta de informações sensíveis, mas sua divulgação. Essa conclusão será útil na continuação do presente trabalho.

Exceções ao sigilo e sua casuística

O sigilo bancário, entretanto, não é absoluto. Pode ser quebrado mediante solicitação judicial, ou em benefício de comissão parlamentar de inquérito, segundo os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 105/2001. No caso das comissões parlamentares, deve haver prévia aprovação da quebra do sigilo pelo plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou pelo plenário das respectivas comissões parlamentares de inquérito. Em todos esses casos, só para a finalidade específica para a qual foi determinada a quebra de sigilo poderá a informação ser usada. Em relação às informações ordenadas pelo Poder Judiciário, tal restrição consta expressamente do artigo 3º da Lei Complementar nº 105/2001. Em relação às comissões parlamentares de inquérito, inexistente a mesma restrição expressa. Ela persiste, entretanto, como mais uma decorrência da regra constitucional de proteção à intimidade em que se baseia o sigilo bancário. A quebra de sigilo deve, dada sua interferência com um direito fundamental dentre os elencados na Constituição, ser interpretada restritivamente, ou seja, ocorrer só para a finalidade para a qual foi determinada. Mais ainda, o órgão beneficiado pela quebra continua obrigado a resguardar a vida privada e intimidade do beneficiário do sigilo. Violam, portanto, a Constituição e a lei sessões públicas ou televisionadas de comissões parlamentares de inquérito, em que se revelam informações sobre a vida bancária dos investigados, a pretexto de interrogá-los.

Além destes casos, outras exceções foram expressamente introduzidas pelo artigo 1º, §3º, da Lei Complementar nº 105/2001 ao sigilo bancário. Assim, não o violam:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;¹⁰

¹⁰ Há regras específicas sobre a notificação de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, constantes da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, da Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009, e da Carta Circular nº 3.542,

IV - a prestação de informações ao Banco Central do Brasil em suas funções de fiscalização de instituições financeiras, ou quando proceder a inquérito em instituição sob regime especial;¹¹

V - a prestação pelas instituições financeiras às autoridades tributárias de informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados, na forma disciplinada pelo Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002;¹² e

VI - a informação ao Ministério Público, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, da ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, bem como a comunicação pelos mesmos órgãos às autoridades públicas competentes das irregularidades e ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática.

O Fisco e o sigilo bancário

Quanto ao Fisco, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 abriga uma exceção adicional ao sigilo, prevendo sua quebra desde que precedida da instauração de processo administrativo ou quando existente procedimento fiscal em curso. Esta norma não é, entretanto, prestigiada pela jurisprudência dominante, que propende para a conclusão de que em virtude da garantia de proteção à intimidade e vida privada do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, a quebra de sigilo pelas autoridades fiscais exigiria processo judicial, e não administrativo.

Reproduzimos a seguir ementa exemplificativa de tal posição da jurisprudência, fixada durante a vigência do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, hoje revogado pela Lei Complementar nº 105/2001:

de 12 de março de 2012, as duas últimas do Banco Central do Brasil, entre outros normativos. Tais regras determinam a notificação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) de operações de valor igual ou superior a R\$10.000,00 que sejam consideradas suspeitas e de certas operações realizadas em espécie em valor igual ou superior a R\$100.000,00 (artigos 12 e 13 da Circular nº 3.461/2009). As operações de financiamento ao terrorismo são tratadas também no Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005, que promulgou entre nós a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento ao Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1999.

¹¹ Mas segundo a jurisprudência exclusivamente no estrito limite das atribuições fiscalizadoras do Banco Central do Brasil: “Como visto, reforço, que os poderes de fiscalização do Banco Central do Brasil, como órgão de fiscalização do sistema bancário, estão limitados às informações acerca de operações, de ativo, de passivo e de quaisquer outros dados que possam auxiliar o Bacen no exercício de suas atribuições, oriundas das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as que atuem como instituição financeira” (AgRg no REsp nº 325.997, 2ª Turma, Rel. Castro Meira, j. 23.03.2004).

¹² Nos termos do artigo 4º de tal Decreto, devem ser informadas operações praticadas por um mesmo titular ou por titulares relacionados que excedam o valor de R\$5.000,00 para pessoas físicas ou R\$10.000,00 para pessoas jurídicas, em um dado mês, por modalidade de operação.

Tributário. Sigilo Bancário. Quebra com Base em Procedimento Administrativo Fiscal. Impossibilidade. Sigilo Bancário do Contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X). Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender as demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. *Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de sigredo em relação às matérias arroladas em lei.* Interpretação sistemática e integrada dos artigos 38, parágrafo 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e parágrafo 1º, do CTN. Recurso Improvido, sem discrepância. (Acórdão de 02 de fevereiro de 1994 do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 37.566, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, grifos nossos)

A mesma posição perdura ainda, como se pode constatar de Acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça, posterior à Lei Complementar nº 105/2001, que confirmou o entendimento anterior por estreita maioria:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção — a quebra do sigilo — submetida ao crivo de órgão equidistante — o Judiciário — e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. **SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal — parte na relação jurídico-tributária — o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE nº 389.808, Sessão Plenária, Rel. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, j. 15.12.2010)¹³

Nessas hipóteses, o uso da informação ficará restrito ao processo administrativo ou procedimento fiscal que esteja em curso, segundo o que nos parece a interpretação correta da regra.

Efeitos no Brasil de acordos internacionais

Mas as regras sobre sigilo bancário da legislação interna não existem sozinhas. A elas se sobrepuseram regras provenientes de tratados internacionais. O estudo

¹³ Há, por outro lado, decisões em que se admite a quebra do sigilo nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, como aquela do STJ no RE nº 1.134.665, Rel. Luiz Fux, j. 25.11.2009.

mais pormenorizado de tais regras e de seu contraste com a legislação interna sobre sigilo bancário deve ser precedido de análise em tese dos efeitos de atos internacionais no Direito brasileiro.

Atos internacionais, para ter validade no Brasil, devem ser firmados por autoridade brasileira competente e posteriormente ratificados pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo. Feito isso, são publicados por decreto simples do Poder Executivo, entrando seus termos em vigor. Isso se depreende dos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da Constituição Federal.¹⁴

Sem tais pressupostos os atos internacionais sequer ingressam na ordem interna brasileira. Quando, por outro lado, estão presentes, instaura-se discussão sobre seu efeito em relação a leis de geração interna. Seria o prestígio e a antiga tradição de preponderância, aliás mais teórica que prática na vida nas nações, de que se cercam, suficientes para lhes conferir primazia?

O artigo 98 do Código Tributário Nacional parece consagrar a primazia de acordos internacionais sobre a legislação tributária interna, nos seguintes termos:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

O tratamento jurisprudencial é algo hesitante, em virtude da profusão de interpretações que por muito tempo houve no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Posicionamentos mais recentes do próprio tribunal reconhecem, entretanto, a supremacia dos tratados e derrogação das leis em contrário.¹⁵

Mesmo em vista de tal jurisprudência, entretanto, não podem atos internacionais ter abrangência sem limitação de matéria, quando regras específicas recomendam a prevalência do Direito interno. Demonstraremos a seguir que é isso que ocorre na seara das normas gerais sobre o Sistema Financeiro Nacional, incluindo as que tratam do sigilo bancário.

Confronto entre tratados internacionais e Lei do Sigilo Bancário

Nos termos da Constituição Federal, só a lei complementar poderia dispor sobre normas gerais de organização e disciplina do Sistema Financeiro Nacional, sendo

¹⁴ Vale notar, entretanto, que nada existe sobre a necessidade de promulgação dos tratados já ratificados, sendo este um costume consagrado a partir da tradição lusitana (RODAS, João Grandino. A constituinte e os tratados internacionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 624, p. 43, out. 1987).

¹⁵ Cfr. (i) Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 17 de maio de 2012, Recurso Especial nº 1.167.467/RS, Rel. Min. Castro Meira; (ii) Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 06 de abril de 1999, Recurso Especial nº 104.566/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins.

essa a regra do artigo 192 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 40/2003:

Art. 192. O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Uma dessas leis é a Lei Complementar nº 105/2001, que trata de importante aspecto regulatório do setor, o sigilo de operações ativas, passivas e serviços prestados. Essa atribuição de competência à lei complementar pela matéria tem significado de substância, pois as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta dos membros das casas a que submetidas (artigo 69 da Constituição Federal).

O mesmo requisito rigoroso não se aplica aos tratados internacionais. Estes são aprovados por decreto legislativo, cujo trâmite é regulado pelo Regimento Interno Comum do Congresso Nacional, requerendo maioria simples para aprovação, nos termos do artigo 47 da Constituição Federal.

Assim, mesmo que determinados tratados internacionais tivessem significado contrário ao sigilo bancário mencionado na Lei Complementar nº 105/2001, não prevaleceriam, dada a maior especificidade desta última lei. Entretanto, as normas de tratados internacionais sobre trocas de informações fiscais, longe de pretender afastar o sigilo bancário previsto em normas internas brasileiras, o prestigiam. Esse é o tema a que nos dedicaremos a seguir.

As convenções para prevenir a dupla tributação

Diplomas jurídicos internacionais preveem a troca de informações fiscais entre diferentes países de forma a tornar mais efetiva a fiscalização. Regras desse tipo provêm de duas fontes alternativas: convenções para prevenir a dupla tributação, ou acordos específicos sobre intercâmbio de informações tributárias.

No primeiro caso, regra comum no modelo de convenção adotado pelo Brasil¹⁶ é a de que o fornecimento de informações de um país a outro não ocorrerá entre outros casos nas seguintes situações:

¹⁶ O Brasil, formalmente, adota o modelo de convenção da OCDE, eventualmente mesclado com o modelo proposto pela ONU. Em setembro de 2013, o Brasil tem convenções para prevenir a dupla tributação em vigor com os seguintes países: África do Sul, Alemanha (acordo sem efeito), Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coreia, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, República Eslovaca, República Tcheca, Suécia, Ucrânia.

- a) quando isso impuser a um Estado a obrigação de tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação ou à sua prática administrativa ou às do outro Estado-Parte da convenção; e
- b) quando isso significar a transmissão de informações reveladoras de um segredo comercial, industrial, profissional ou de um processo comercial, ou de informações cuja comunicação seria contrária à ordem pública.

Instrutivo é ler por todas as Convenções e, como exemplo, o artigo XXVI da Convenção com a França para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, publicada pelo Decreto nº 70.506, de 12 de maio de 1972:

Artigo XXVI Troca de informações

1. *As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações necessárias para aplicar as disposições da presente Convenção e as das leis internas dos Estados Contratantes relativas aos impostos abrangidos pela Convenção na medida em que a tributação nelas previstas for conforme a Convenção.* Todas as informações deste modo trocadas serão consideradas secretas e só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades encarregadas do lançamento ou cobrança dos impostos abrangidos pela presente Convenção.

2. As disposições do parágrafo 1 *não poderão*, em caso algum, ser interpretadas no sentido de impor a um dos Estados Contratantes a obrigação:

- a) de tomar *medidas* administrativas *contrárias à sua legislação* ou à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;
- b) de fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua própria legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou das do outro Estado Contratante;
- c) de transmitir informações reveladoras de um *segredo* comercial, industrial, *profissional* ou de um processo comercial ou informações cuja comunicação seria contrária à ordem pública. (grifos nossos)

Em vista de tais regras, fica evidente que informações obtidas pelo Fisco brasileiro, ainda que por determinação judicial, não podem ser repassadas a outros países com cobertura das referidas convenções. Fazê-lo significaria violação à legislação interna, na linguagem das convenções para prevenir a dupla tributação. De fato, o artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 105/2001 determina expressamente que “os exames, as informações e os documentos” coletados pelo Fisco serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Além dela, também o artigo 198 do Código Tributário Nacional impõe o mesmo sigilo à Fazenda Pública em relação a “informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.¹⁷

¹⁷ Redação da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.

Por outro lado, vimos também que o sigilo bancário tem a natureza de sigredo profissional.¹⁸ Por causa disso, a transferência de informações bancárias a autoridade estrangeira sem autorização judicial implicaria a violação a sigredo profissional do banqueiro, o qual é mencionado como causa de exceção ao fornecimento de informações nas convenções para prevenir a dupla tributação.

Acordos para troca de informações

Fora do âmbito do combate à dupla tributação, o Brasil tem firmado com vários países acordos para troca de informações para fins de fiscalização tributária e para a investigação ou instauração de processo relativo a questões tributárias de natureza criminal.¹⁹

Neles, a regra básica é a de que a obrigação de fornecer dados inexistente em caso de informações “reveladoras de qualquer sigredo comercial, empresarial, industrial ou profissional ou processo comercial”.

Tome-se como exemplo o acordo firmado entre Brasil e Estados Unidos para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007, publicado no Brasil pelo Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013, cujo artigo VII assim dispõe:

Artigo VII. Possibilidade de Recusar um Pedido 2. O presente Acordo não deverá impor a uma Parte qualquer obrigação: a) de fornecer informações sujeitas a privilégio legal, nem reveladoras de qualquer *sigredo* comercial, empresarial, industrial ou *profissional* ou processo comercial [...]. (grifos nossos)

Em vista de tais regras, também aqui as informações não podem ser repassadas a outros países por mera determinação administrativa, por ser o sigilo bancário modalidade de sigredo profissional,²⁰ como visto anteriormente, e, portanto, coberto também por exceção expressa no texto do Acordo de Troca de Informações em tal sentido.

Transferência da obrigação de sigilo ao Fisco

Tanto as convenções para prevenir a dupla tributação como os acordos de troca de informações cobrem apenas a transferência de informações já coletadas

¹⁸ Veja-se neste trabalho o item “Natureza do sigilo bancário e fundamento da sua proteção”.

¹⁹ O Brasil concluiu acordo nesse sentido com os Estados Unidos da América, mencionado adiante neste item. Além dele, encontram-se pendentes de ratificação outros acordos semelhantes com Reino Unido, Uruguai, Bermudas, Jersey, Guernsey e Ilhas Cayman (ESTELLITA, Heloisa; BASTOS, Frederico Silva. The US-Brazil Tax Information Exchange Agreement and Its Impact on Tax Fraud Prosecution. *Newsletter*, International Bar Association Legal Practice Division, v. 6, n. 2, p. 3, 2013).

²⁰ Veja-se neste trabalho o item “Natureza do sigilo bancário e fundamento da sua proteção”.

pelo Fisco, de acordo com regras internas, exigindo-se presentemente a autorização judicial para a coleta prévia. Mesmo estas informações autorizadas judicialmente não poderiam ser transferidas à administração tributária de outros países, sem ulterior autorização judicial, conforme nossa exposição nos dois últimos itens anteriores.

Mas uma objeção poderia ser levantada a tal conclusão. Seria ela que as informações, uma vez em poder do Fisco brasileiro, ainda que referentes à movimentação bancária, deixariam de ser consideradas como integrantes do núcleo daquelas cobertas pelo sigilo bancário, porque afinal não mais estariam em poder de instituições financeiras. E que, assim sendo, poderiam ser transferidas livremente, porque convenções e acordos aqui tratados só excepcionam de sua abrangência informações protegidas por lei ou cobertas por sigilo profissional.

Tal conclusão peca contra a boa interpretação das leis. É princípio tradicional de interpretação do Direito que, sendo possível a aceitação de mais de um sentido para a mesma norma, não deverá ser privilegiado aquele que, reproduzindo literalmente seu conteúdo, leve a resultado absurdo por incompatível com o fim almejado pela atividade legislativa. Deve, ao invés disso, ser preferida a interpretação que privilegia o fim da norma. Essa forma de interpretação, chamada teleológica, é assim recomendada por Karl Engisch:²¹

Portanto, não só o “teor verbal” e a “colocação sistemática”, como ainda as “fontes históricas”, nos não conduzem a um resultado líquido. Nem a interpretação literal, nem a sistemática, nem a histórica alcançam o seu objetivo. Poderemos nós porventura conseguir um resultado positivo por uma outra via? Efectivamente, o jurista moderno, a todos os métodos de interpretação até agora mencionados, prefere em certa medida o chamado “método teleológico” de interpretação, o qual procura o fim, a “ratio”, o “pensamento fundamental” do preceito legal, e a partir dele determina o seu “sentido”. Aqui, portanto, o “sentido” é o fim visado pela lei.

O sujeito obrigado ao sigilo é a instituição financeira, mas não apenas ela. Como vimos no início deste trabalho, é na proteção constitucional à intimidade e à vida privada do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que o sigilo bancário encontra seu fundamento. O que através do sigilo bancário se quer resguardar, em outras palavras, não é a informação simplesmente por ser detida por uma instituição financeira, mas sim a informação cuja divulgação possa causar dano à intimidade e vida privada na falta de controle exercido pelo Poder Judiciário. Assim sendo, não haveria sentido em considerar que apenas porque passada ao Fisco livre se torna a divulgação da informação a qualquer terceiro, inclusive autoridades de países estrangeiros.²²

²¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 133.

²² Aliás, a disposição extensiva do conceito de sigilo existe não só intersubjetivamente. Vale também para matérias afins à definida como âmbito do sigilo bancário pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001,

FATCA e sigilo bancário

As regras das convenções para prevenir a dupla tributação e dos acordos de troca de informações não são a única ameaça de origem alienígena ao sigilo bancário. Mais recentemente, em 2010, foi aprovado nos Estados Unidos o *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). A motivação legislativa imediata desse diploma foi a descoberta de contas de cidadãos americanos fora dos Estados Unidos, usadas para evadir tributos daquele país.²³

Basicamente o FATCA impõe, ou procura impor, obrigações diretamente a instituições financeiras de países estrangeiros, designadas de *Foreign Financial Institutions* (FFIs). Estas devem firmar acordos de troca de informações com o governo americano, pelo qual se comprometem a fornecer dados sobre cidadãos americanos que com elas mantenham relações de negócio. A recusa em fazer isso seria duramente sancionada com retenção fiscal de até 30% de rendimentos²⁴ enviados de fonte nos Estados Unidos a tais instituições. As instituições aderentes comprometem-se ainda a reter e repassar ao governo americano valores que paguem a outras instituições não aderentes ou a quaisquer de seus correntistas dos quais não foi possível obter informações suficientes sobre eventual conexão fiscal com os Estados Unidos (chamados de “clientes recalcitrantes” na colorida designação normativa americana da matéria).²⁵ Esta última família de retenções (*passthrough payments*) não é feita mais pelo governo americano, mas pelas próprias instituições financeiras aderentes, e sua finalidade é impedir que instituições não aderentes ao acordo, ou que clientes

que se refere apenas às operações ativas, passivas e serviços prestados. O sigilo, em virtude da regra constitucional, cobre também informações obtidas sobre terceiros em caráter profissional pelos obrigados ao segredo. Exemplo disso seriam informações sobre a situação financeira de um grupo empresarial obtidas por um banco durante negociação de empréstimo que acaba não sendo concedido. Neste caso, a proteção da Lei Complementar nº 105/2001 não existirá, por se restringir a “operações ativas e passivas e serviços prestados”. Por força da proteção constitucional à vida privada e intimidade, entretanto, os segredos não poderão ser revelados. É interessante notar que, se adotada teoria doutrinária (concorrente com a da proteção da vida privada e intimidade) segundo a qual o sigilo bancário tem base contratual, não seriam os terceiros não contratantes protegidos (COVELLO. *O sigilo bancário*, p. 116-121). Este é um dos casos, algo raros, em que a escolha de uma ou outra teoria doutrinária tem influência no regime jurídico do instituto que as teorias procuram explicar.

²³ A abertura de tais contas era estimulada por executivos de instituições financeiras com sede fora dos Estados Unidos, tendo isso vindo à tona em época coincidente com a grave crise econômica que se abateu sobre aquele país a partir de 2008 (veja-se, na imprensa: “Lei americana pode acabar com o sigilo bancário no mundo”. *Valor Econômico*, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impreso/especial/lei-americana-pode-acabar-com-o-sigilo-bancario-no-mundo>>).

²⁴ Após 2017 do total dos pagamentos.

²⁵ Os critérios para a determinação do que seja cliente recalcitrante constam da IRS Notice 2011-33 (Disponível em: <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-11-34.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2013. Entre os indícios aí apontados como reveladores de conexão relevante com os Estados Unidos encontram-se os seguintes (texto original): “(i) identification of an account holder as a U.S. resident or U.S. citizen; (ii) a U.S. place of birth for an account holder; (iii) a U.S. residence address or a U.S. correspondence address (including a U.S. P.O. box); (iv) standing instructions to transfer funds to an account maintained in the United States; (v) an “in care of” address or a “hold mail” address that is the sole address shown in the FFI’s electronically searchable information for the account holder; or (vi) a power of attorney or signatory authority granted to a person with a U.S. address”.

que não tenham disponibilizado seus dados à própria instituição aderente com quem têm relação, se escondam por trás de instituição aderente e evitem a incidência da retenção.²⁶

A assinatura seguida de cumprimento destes acordos de troca de informações com o governo americano poderá causar violações ao sigilo bancário recomendado pela lei brasileira (Lei Complementar nº 105/2001), se efetuado por instituições financeiras nacionais, e em relação a clientes que não tenham autorizado a divulgação de seus dados.

Uma forma específica de violação do sigilo bancário pelo FATCA: os IGAs

A regulamentação do FATCA previu ainda uma importante exceção a essas obrigações da instituição financeira, que se aplica no caso de assinatura entre o governo do país onde é autorizada a funcionar e o governo americano dos chamados *Intergovernmental Agreements* ou IGAs (acordos intergovernamentais). Nos termos destes acordos, assinados com base em dois modelos publicados pelo governo americano, a instituição financeira deixa de ser obrigada a assinar o acordo direto com o governo americano do item anterior. No caso de ter o país-sede da instituição assinado o Modelo 1, deverá a instituição repassar a informação a seu próprio governo, que então a enviará ao governo americano.²⁷ No caso de ter sido assinado o Modelo 2,

²⁶ Como fundamento da informação aqui contida, veja-se seção do sítio oficial do Inland Revenue Service americano, no endereço <[http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-\(FATCA\)>](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA)>) (Acesso em: 23 set. 2013).

²⁷ A linguagem definidora disso em relação ao Modelo 1 publicado pelo Departamento do Tesouro americano é a seguinte: "Article 2 Obligations to Obtain and Exchange Information with Respect to Reportable Accounts1. Subject to the provisions of Article 3 of this Agreement, each Party shall obtain the information specified in paragraph 2 of this Article with respect to all Reportable Accounts and shall annually exchange this information with the other Party on an automatic basis pursuant to the provisions of Article [Include the appropriate Article of the applicable Convention or TIEA.] of the [Convention/TIEA]. 2. The information to be obtained and exchanged is: a) In the case of [FATCA Partner] with respect to each U.S. Reportable Account of each Reporting [FATCA Partner] Financial Institution: (1) the name, address, and U.S. TIN of each Specified U.S. Person that is an Account Holder of such account and, in the case of a Non-U.S. Entity that, after application of the due diligence procedures set forth in Annex I, is identified as having one or more Controlling Persons that is a Specified U.S. Person, the name, address, and U.S. TIN (if any) of such entity and each such Specified U.S. Person; (2) the account number (or functional equivalent in the absence of an account number); (3) the name and identifying number of the Reporting [FATCA Partner] Financial Institution; (4) the account balance or value (including, in the case of a Cash Value Insurance Contract or Annuity Contract, the Cash Value or surrender value) as of the end of the relevant calendar year or other appropriate reporting period or, if the account was closed during such year, immediately before closure; (5) in the case of any Custodial Account: (A) the total gross amount of interest, the total gross amount of dividends, and the total gross amount of other income generated with respect to the assets held in the account, in each case paid or credited to the account (or with respect to the account) during the calendar year or other appropriate reporting period; and (B) the total gross proceeds from the sale or redemption of property paid or credited to the account during the calendar year or other appropriate reporting period with respect to which the Reporting [FATCA Partner] Financial Institution acted as a custodian, broker, nominee, or otherwise as an agent for the Account Holder; (6) in the case of any Depository Account, the total gross amount of interest paid or credited to the account during the calendar year or other appropriate

deverá o Estado a que se jurisdiciona a instituição financeira alterar sua legislação, revogando o sigilo bancário na medida necessária para que a instituição repasse informações sobre clientes com conexão com os Estados Unidos diretamente ao governo americano, determinando essa comunicação.²⁸ É intenção do governo dos Estados Unidos não submeter os IGAs à aprovação formal requerida no país para tratados internacionais, e sim considerá-los como mera etapa de cumprimento dos Acordos para

reporting period; and (7) in the case of any account not described in subparagraph 2(a)(5) or 2(a)(6) of this Article, the total gross amount paid or credited to the Account Holder with respect to the account during the calendar year or other appropriate reporting period with respect to which the Reporting [FATCA Partner] Financial Institution is the obligor or debtor, including the aggregate amount of any redemption payments made to the Account Holder during the calendar year or other appropriate reporting period. b) In the case of the United States, with respect to each [FATCA Partner] Reportable Account of each Reporting U.S. Financial Institution: (1) the name, address, and [FATCA Partner] TIN of any person that is a resident of [FATCA Partner] and is an Account Holder of the account; (2) the account number (or the functional equivalent in the absence of an account number); (3) the name and identifying number of the Reporting U.S. Financial Institution; (4) the gross amount of interest paid on a Depository Account; (5) the gross amount of U.S. source dividends paid or credited to the account; and (6) the gross amount of other U.S. source income paid or credited to the account, to the extent subject to reporting under chapter 3 of subtitle A or chapter 61 of subtitle F of the U.S. Internal Revenue Code" (no sítio <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>>. Acesso em: 23 set. 2013).

²⁸ A linguagem definidora disso em relação ao Modelo 2 publicado pelo Departamento do Tesouro americano é a seguinte: "Article 2 Reporting and Exchange of Information 1. Directive to [FATCA Partner] Financial Institutions. [FATCA Partner] shall direct and enable all Reporting [FATCA Partner] Financial Institutions to: a) register on the IRS FATCA registration website with the IRS by July 1, 2014, and comply with the requirements of an FFI Agreement, including with respect to due diligence, reporting, and withholding; b) with respect to Financial Accounts maintained by Reporting [FATCA Partner] Financial Institutions as of June 30, 2014 identified as U.S. Accounts, (i) request from each Account Holder the Account Holder's U.S. TIN and consent to report [and simultaneously inform the Account Holder in writing that, if the U.S. TIN and consent are not given, (1) aggregate information about the account shall be reported to the IRS, (2) information about the account may give rise to a group request by the IRS for specific information about the account, (3) in such case, the account information shall be transmitted to the [FATCA Partner] tax administration, and (4) the [FATCA Partner] tax administration may exchange this information with the IRS in accordance with paragraph 2 of this Article]; (ii) report annually to the IRS, in the time and manner required by an FFI Agreement and relevant U.S. Treasury Regulations, the aggregate information required with respect to Non-Consenting U.S. Accounts; c) with respect to accounts of, or obligations to, Nonparticipating Financial Institutions that exist as of June 30, 2014, and in connection with which the Reporting [FATCA Partner] Financial Institution expects to pay a Foreign Reportable Amount, (i) with respect to calendar years 2015 and 2016, request from each such Nonparticipating Financial Institution the Nonparticipating Financial Institution's consent to report [and simultaneously inform the Nonparticipating Financial Institution in writing that, if such consent is not given, (1) aggregate information about Foreign Reportable Amounts paid to the Nonparticipating Financial Institution shall be reported to the IRS, (2) such information may give rise to a group request by the IRS for specific information about the account or obligation, (3) in such case, the information about the account or obligation shall be transmitted to the [FATCA Partner] tax administration, and (4) the [FATCA Partner] tax administration may exchange this information with the IRS in accordance with paragraph 2 of this Article]; (ii) with respect to calendar years 2015 and 2016, report to the IRS the number of non-consenting Nonparticipating Financial Institutions to which Foreign Reportable Amounts were paid during the year and the aggregate value of all such payments no later than March 15 of the year following the year to which the information relates; d) with respect to New Accounts identified as U.S. Accounts, obtain from each Account Holder consent to report, consistent with the requirements of an FFI Agreement, as a condition of account opening; and e) with respect to new accounts opened by, or obligations entered into with, a Nonparticipating Financial Institution on or after July 1, 2014, and in connection with which the Reporting [FATCA Partner] Financial Institution expects to pay a Foreign Reportable Amount, obtain from each such Nonparticipating Financial Institution consent to report, consistent with the requirements of an FFI Agreement, as a condition of opening the account, or entering into the obligation" (no sítio <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>>. Acesso em: 23 set. 2013).

Troca de Informações em vigor, como aquele aprovado pelo Decreto nº 8.003/2013. De fato, o Artigo X do Acordo celebrado com o Brasil determina a adoção de “formas adicionais de intercâmbio de informações que promovam o uso mais eficaz possível das informações”, e os IGAs seriam segundo essa visão uma de tais formas.

Entretanto, essa conclusão não se sustenta, porque, como visto anteriormente,²⁹ informações de natureza bancária sofrem ressalva expressa no Artigo VII 2 do Tratado e não podem ser transmitidas. Restrição que perdura mesmo que o Fisco se interponha como recipiente das informações diretamente das instituições financeiras, como ocorreria caso adotado o Modelo 1.³⁰

Essa restrição não existiria se adotado pelo Brasil o Modelo 2 de IGA, em que o país se obrigaria a alterar sua legislação interna relaxando o sigilo bancário. Isso, entretanto, exigiria longo trâmite legislativo, e lei complementar sujeita à aprovação por maioria absoluta nos termos do artigo 69 da Constituição Federal. A alteração teria também de superar possível arguição de inconstitucionalidade da lei resultante, que teria de ser contrastada com as regras de proteção à intimidade e vida privada do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Efeitos penais e civis da violação de sigilo bancário no âmbito do FATCA

Cumprindo indagar em que medida ficaria configurado crime e ilícito civil indenizável a partir das violações ao sigilo bancário mencionadas nos itens anteriores em caso de assinatura de contrato de prestação de informações entre a instituição financeira e o governo americano.

Em matéria penal a antijuridicidade (ou, em linguagem corrente, o caráter criminoso) de uma conduta fica excluída não só pela legítima defesa, mas igualmente pela atuação em estado de necessidade, nos termos do artigo 23, inciso I, do Código Penal vigente. O estado de necessidade vem assim definido pelo artigo 24 do Código Penal:

Estado de necessidade

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

A retenção de 30% imposta pelo FATCA poderá, em casos limites, implicar graves consequências para instituição financeira nacional, privada de até 30% de sua receita

²⁹ No item “Acordos para troca de informações”.

³⁰ Veja-se neste trabalho o item “Transferência da obrigação de sigilo ao Fisco”.

oriunda de fonte americana. Isso pode ter impacto absorvível no giro dos negócios, caso em que o fornecimento de informações continua a ser vedado como crime pelas regras brasileiras de sigilo bancário. Alternativamente, entretanto, poderá implicar pelos prejuízos causados a insolvência, inviabilidade operacional ou séria ameaça ao prosseguimento dos negócios da instituição. Nesta hipótese, ao se defender desse risco revelando as informações estaria configurado para a instituição e seus agentes penalmente responsáveis o estado de necessidade que elimina a existência de crime na violação do sigilo bancário. De fato, pior situação seria gerada nesta hipótese se a instituição, sujeita a retenção de 30% de suas receitas de origem americana, quebrasse, prejudicando a generalidade de seus credores.

Essas considerações também se aplicam caso seja firmado entre os governos brasileiro e norte-americano um IGA.³¹ Em tal hipótese, caso aplicável o Modelo 1, a instituição financeira e seus agentes não poderiam violar o sigilo fiscal, repassando a informação ao governo brasileiro. E, caso aplicável o Modelo 2, não poderiam transferir diretamente a informação ao Fisco americano. Isso se partindo sempre do pressuposto de que a redação atual da Lei Complementar nº 105/2001 seja mantida, em respeito à proteção da intimidade e vida privada consagradas pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.³² Eventual estado de necessidade excludente de criminalização a que estivessem sujeitos os agentes da instituição dependeria de sua capacidade de demonstrar a impossibilidade de resistir à pressão governamental e tributária, que fossem de tal gravidade a colocar em risco a solvência ou existência institucional da empresa.³³

Mas caberia indagar se, ainda que eliminado o crime, continuaria a instituição financeira³⁴ civilmente obrigada por prejuízos causados a seus correntistas pela

³¹ Como descrito no item "Uma forma específica de violação do sigilo bancário pelo FATCA – Os IGAs".

³² A Lei Complementar nº 105, como interpretada pelo Poder Judiciário em vista da Constituição Federal, só admite a transferência de informações ao Fisco com ordem judicial, como demonstramos no item "O Fisco e o sigilo bancário". Além dessa possibilidade, prevista no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, também o artigo 5º do mesmo diploma permite a transferência de informações sobre movimentações globais, matéria que não sofreu, talvez algo illogicamente, a mesma contestação no sentido de necessidade de autorização judicial. Em todo caso, a transmissão de informações segundo esse dispositivo, regulamentado pelo Decreto nº 4.489/2002, é restrita a limites globais de movimentação, e não justificaria a abrangência de dados que precisam fluir para atender os requisitos do FATCA.

³³ Instituições financeiras que violem a legislação bancária, que sejam administradas temerária ou fraudulentamente ou mesmo que violem as diretrizes da política econômica sujeitam-se a regimes especiais discricionariamente decretados pelo Banco Central do Brasil, com todo o potencial de pôr fim a sua existência, nos termos dos artigos 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e do artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

³⁴ A responsabilidade penal anteriormente tratada recairia apenas sobre os agentes da instituição financeira cujo dolo pudesse ser demonstrado, segundo tradicional e eventualmente maltratado princípio de Direito Penal. Em matéria civil a instituição financeira e os agentes responsáveis respondem solidariamente por atos ilícitos, como a violação de sigilo bancário (artigos 927 e 932, inciso III). Faremos na sequência menção apenas à instituição financeira, porque seria, em princípio, a parte visada por ação de responsabilidade civil, dado seu maior patrimônio.

divulgação de suas informações.³⁵ Nessa matéria, a regência é dos artigos 188, inciso II, 929 e 930 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

O dano à intimidade e vida privada humanas que se esconde por trás da violação do sigilo bancário se torna lesão a pessoa, enquadrada, portanto, na hipótese do artigo 188, inciso II, do Código Civil. Em vista disso, valem em matéria civil as mesmas regras aplicáveis em matéria criminal: havendo risco à continuação dos negócios da instituição em caso de não adesão aos termos do FATCA, por causa da retenção de 30% antes mencionada, será justificável a assinatura dos acordos de troca de informações e o fornecimento das informações às autoridades americanas. Da mesma forma em caso de assinatura de IGAs no Modelo 1 ou Modelo 2 pelo governo brasileiro, caso as circunstâncias indiquem a possibilidade de sanções institucionais graves serem aplicadas à instituição.

Caso tais riscos não existam, não se justifica a prestação de informações em nenhuma hipótese e a instituição deverá indenizar prejuízos causados ao correntista.

Mesmo que exista o risco de descontinuação dos negócios, será a instituição financeira também obrigada a indenizar qualquer dano sofrido pelo seu cliente, ainda que decorrente do descumprimento pelo cliente de normas da lei estrangeira, nos termos do artigo 929 do Código Civil brasileiro. Note-se que a parte que sofre o dano indenizável, o cliente, frequentemente terá descumprido a legislação americana. Daí o dano que sofre com a violação do sigilo bancário, quando as informações chegam ao governo dos Estados Unidos. Não significa isso que possa a instituição financeira furtar-se de indenizá-los, sobre a alegação de que são "culpados do perigo"

³⁵ Ou seja, prejuízos resultantes de autuações e retenções levadas a cargo pelo próprio governo americano contra o cliente da instituição financeira, incluindo a retenção feita através da própria instituição brasileira em caso de *passthrough payments* como explicados anteriormente no item "FATCA e sigilo bancário".

causado nos termos do artigo 929 do Código Civil. O perigo a que se refere tal dispositivo só pode ser o perigo iminente do artigo 188, inciso II, do Código Civil. Perigo este que se consubstancia no risco de insolvência ou sanção institucional sofrido pela instituição financeira, caso deixasse de celebrar os acordos de prestação de informações com o governo americano exigidos pelo FATCA, de fazer retenções em caso de *passthrough payments*, ou de prestar as informações em caso de assinatura de IGA pelo governo brasileiro. Tal perigo é que a adesão ao acordo, a retenção e/ou a prestação de informações almejam afastar. E o cliente da instituição financeira, ainda que não esteja em dia com suas obrigações fiscais com o governo americano, não é responsável por esse risco, que existiria de todo modo sempre que a instituição financeira se omitisse, ainda que a adesão do cliente prejudicado às normas fiscais dos Estados Unidos fosse total.³⁶

Assim, a instituição financeira que manifeste aderência aos termos do FATCA e preste informações deve provar que teria sua solvência ameaçada pela retenção de 30% de suas receitas caso não aderisse, ou que sofreria sanções institucionais potencialmente ameaçadoras de sua existência. Caso não o faça, será responsável por indenizar quaisquer clientes prejudicados. Única providência a tomar pela instituição financeira em tal caso seria ressarcir-se de seus prejuízos em ação regressiva contra o governo americano, movida no Brasil, nos termos do artigo 930 do Código Civil, reproduzido anteriormente.³⁷

Conclusão

As carências do mundo moderno, somadas à mediocridade de políticas públicas para resolvê-las, criam pressão pelo aumento da arrecadação tributária e reforçam a ambivalência sobre o tratamento de dados financeiros pessoais: de um lado, o individualismo de nossa época os quer cada vez mais protegidos, de outro, as autoridades fiscais pressionam por conhecê-los, inclusive através de atos internacionais e leis que, para aumento da arrecadação e combate à sonegação, procuram levantar a cortina de qualquer sigilo.

³⁶ O artigo 945 do Código Civil admite a culpa da vítima como elemento de ponderação no cálculo da indenização, mas não como excludente da responsabilidade civil: "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano". O dolo da vítima da violação de sigilo que tenha sonegado tributos nos Estados Unidos é mais grave que a culpa prevista no artigo 945 do Código Civil de um lado, mas por outro não é causa imediata do resultado danoso como parece ser a culpa descrita no dispositivo. Isso justificaria, a nosso ver, a aplicação por analogia desse dispositivo também à violação de sigilo bancário brasileiro causada pelo FATCA, de forma não a excluir a responsabilidade da instituição financeira, mas a moderar a indenização.

³⁷ A antes predominante tese de imunidade jurisdicional absoluta de Estados estrangeiros já não encontra mais respaldo na jurisprudência, sendo reconhecida a possibilidade de acionar Estado estrangeiro sempre que se tratar de matéria estritamente privada (*e.g.*, trabalhista, mercantil ou civil). Precedentes STF: RTJ nº 133/159, Rel. Min. Sydney Sanches; RTJ nº 161/643-644, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ nº 184/740-6741, Rel. Min. Celso de Mello; ACO nº 645-AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Dois desses atos internacionais têm natureza convencional, as convenções para combater a bitributação e os tratados de troca de informações fiscais, como aquele firmado com os Estados Unidos. Ambos preveem o intercâmbio de informações tributárias entre o Brasil e o outro país signatário, para fiscalização de recolhimento de tributos.

Em ambos os casos, há prevalência dos atos internacionais, desde que devidamente aprovados por decreto legislativo e publicados no Brasil, sobre as normas internas brasileiras. Isso não significa entretanto que preponderem sobre as regras de sigilo bancário de nossa legislação, as quais exigem autorização judicial para a veiculação das informações. Duas bases fundamentam essa conclusão:

- (i) as regras da legislação sobre sigilo bancário, oriundas de lei complementar, têm especificidade constitucional como normas gerais relativas ao Sistema Financeiro Nacional, não se sujeitando às normas mais gerais de atos internacionais; e
- (ii) as convenções para prevenir a dupla tributação e os tratados de troca de informações em matéria fiscal ressalvam expressamente a vigência das normas brasileiras sobre sigilo bancário, fazendo referência às regras da legislação interna e ao sigilo profissional como exceções à obrigação de compartilhar informações entre governos.

O sigilo bancário da Lei nº 105/2001 cobre também o assédio de normas internas americanas contidas no *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), que determinam, sob pena de aplicação de severas restrições financeiras, a celebração de acordos de troca de informações diretamente entre instituições financeiras e o governo americano. Há também a possibilidade de que o governo brasileiro opte por celebrar diretamente acordos sob a égide do FATCA com os Estados Unidos, pelo qual se obrigue a determinar a prestação das informações pelas instituições, diretamente ao governo americano ou indiretamente através de seu fornecimento ao Fisco brasileiro para posterior retransmissão. Nestes casos, prestadas as informações sem autorização dos clientes incorrerá a instituição financeira brasileira nas penas criminais e civis da lei brasileira sobre sigilo bancário. Esse efeito não se dará em relação às penas criminais, entretanto, em caso de comprovar a instituição risco material para seus negócios se as regras americanas não forem cumpridas, enquadrando-se em tal hipótese no estado de necessidade que elimina a criminalização. Em matéria civil seria devida indenização pela instituição financeira ao cliente prejudicado ainda nessa hipótese, cabendo ação regressiva no Brasil contra o governo americano.

Conventions, International Agreements, FACTA and Banking Secrecy

Abstract: The article compares Brazilian rules on banking secrecy contained in Law n. 105/2001 with possible inroads in such secrecy created by conventions for the avoidance of double taxation applicable in Brazil and by agreements on exchange of information for tax purposes such as the one executed between

Brazil and the United States and enacted internally in 2013 in Brazil. The text concludes that such acts do not contain an authorization towards the breach of banking secrecy. The article undertakes also the analysis of the American Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), to conclude that absent revocation of Law n. 105/2001, banking secrecy continues to apply. It goes on to analyse civil and criminal effects of violation of banking secrecy for financial institutions acting under FATCA.

Key words: Agreements on exchange of information for tax purposes. Banking secrecy. Conventions for the avoidance of double taxation. FATCA. Financial institutions.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALOMÃO NETO, Eduardo. Convenções, acordos internacionais, FATCA e sigilo bancário. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 41-62, abr./jun. 2014.

Recebido em: 13.03.2014

Aprovado em: 05.05.2014