

A troca de informações fiscais e o seu reflexo nos direitos fundamentais



Regiane Wrobel Duarte

Analista Judiciária. Mestranda em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito Processual “Grandes Transformações” pela Universidade da Amazônia. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO: Num mundo globalizado, onde as relações fiscais tornam-se cada vez mais complexas, surge aos Estados a necessidade de maior cooperação internacional, a fim de prevenir a dupla tributação e a dupla não tributação. Este estudo tem por objetivo evidenciar que o instituto da troca de informações é uma opção a esta cooperação. Entretanto, sua utilização, por refletir diretamente nos direitos fundamentais, deve ser cuidadosamente analisada e ponderada.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Cooperação internacional. Dupla Tributação. Dupla não tributação. Troca de informações. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: In a globalized world, where tax relations are becoming increasingly complex, the need for greater international cooperation arises to States, in order to prevent double taxation and double non-taxation. This study aims to show that the institute of information exchange is an option to this cooperation, however, its use, by reflecting directly on fundamental rights, must be carefully analyzed and considered.

KEYWORDS: Globalization. International Cooperation. Double Taxation. Double Non-taxation. Information Exchange. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A transparência fiscal e a troca de informações. 3 Evolução do instituto da troca de informações. 4 A troca de informações e o sigilo bancário. 5 O atual posicionamento jurisprudencial no Brasil sobre o sigilo bancário. 6 As vicissitudes da confidencialidade e da proteção do contribuinte nos diversos Estados. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Antes de mais, revela-se oportuno trazer à baila uma frase de Manuel Pires: “O mundo muda, o mundo evolui, às vezes com involuções de permeio”¹.

Indubitavelmente, a internacionalização ou globalização, além de trazer grande prosperidade para a humanidade, trouxe também tantos outros problemas a serem enfrentados nos diversos campos e áreas, basta citar como alguns exemplos o terrorismo multicultural e a própria pandemia da covid-19 que, devido às facilidades de transporte e locomoção atuais, acabou por se espalhar com uma velocidade surpreendente no globo.



Fonte: www.sindifisco.org.br

No campo do Direito Fiscal não é diferente, a globalização, ao proporcionar a plurilocalização dos fatores de produção, além de benefícios, favoreceu a intensificação de problemas como a dupla tributação e a dupla não tributação.

A princípio, a preocupação dos Estados girou em torno de evitar a dupla tributação, a fim de que os contribuintes não fossem cobrados mais de uma vez pelo mesmo imposto². Contudo, a um certo ponto, os Estados e

organizações internacionais constataram que a internacionalização da economia, ao evidenciar o fator fiscal, também propiciou aos contribuintes socorrerem-se de subterfúgios que proporcionam a redução ou a completa aniquilação da carga fiscal.

É importante salientar que a dupla não tributação pode ser tão nociva ao Estado quanto a dupla tributação, pois a falta da cobrança do imposto justo, além de colocar em risco a própria sobrevivência do Estado, com a possível diminuição nas suas receitas tributárias, pode suscitar a sensação de injustiça naqueles contribuintes que pagam corretamente seus tributos.

As práticas fiscais prejudiciais, tais como o planeamento fiscal abusivo e a fraude, podem distorcer os padrões de comércio e investimento, corroer as bases tributárias nacionais e transferir parte da carga tributária para bases tributárias menos móveis, como trabalho e consumo, afetando desfavoravelmente o emprego e arruinando a justiça das estruturas tributárias³.

O combate a essas práticas fiscais prejudiciais e a eliminação de seus efeitos indesejáveis apresentam-se como um grande desafio para os ordenamentos jurídicos fiscais que, diga-se de passagem, foram desenvolvidos em grande parte para uma realidade muito distante da atual, na qual a economia era mais estática.

Deste modo, os Estados e as organizações internacionais têm se mobilizado para enfrentar esses desafios de forma conjunta através da cooperação internacional e, indo um pouco mais além, têm adotado, para tanto, um viés muito mais multilateral do que

tion in tax matters. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 1.

1 PIRES, Manuel. Harmonização fiscal face à internacionalização da economia, experiência recente. In: *Colóquio - A internacionalização da economia e fiscalidade*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1993, p. 15.

2 OBERSON, Xavier. *International exchange of informa-*

3 OCDE. *Harmful tax competition an emerging global issue*, 19 maio 1998. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en. Acesso em: 02 maio 2021.

bilateral⁴.

A partir desse quadro, surge, então, a necessidade de se estabelecer um padrão internacional de transparência e, neste ponto, se revela a importância da adoção do mecanismo da troca de informações fiscais.

A partilha de informações visa possibilitar aos Estados o acesso ao real rendimento de seus contribuintes a nível global e, consequentemente, chegarem ao montante do imposto justo. Nas palavras de Maria Odete Batista de Oliveira:

[...] No intercâmbio de informações, o que se pretende assegurar é a correcta aplicação das normas tributárias por parte do Estado a quem corresponde o respectivo controlo, através da troca de informações necessárias para a gestão dos tributos⁵.

De outra banda, o Estado Democrático de Direito é aquele que assegura o respeito aos direitos e liberdades fundamentais. Portanto, ao Estado é vedado relativizar essas liberdades e direitos, tal como o sigilo bancário e fiscal, de forma arbitrária. Deve, ao contrário, observar e respeitar o previsto tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional.

Entretanto, ao Estado Social recai o dever de implementar políticas públicas, a fim de efetivar muitos dos direitos e liberdades fundamentais, tal como saúde, segurança, educação, e isso envolve a necessidade de investimentos públicos. Daí a grande necessidade que o Estado tem de obter recursos financeiros. Estes, por sua vez, tendo em vista o modelo de Estado Fiscal, são obtidos principalmente com base na arrecadação de impostos⁶. Quanto maior for a estrutura do

Estado, maior a necessidade de receitas⁷. Desta forma, pode-se afirmar que não existe Estado Social sem Estado Fiscal⁸.

No meio dessa conjuntura, o Brasil, também alarmado com a perda de receitas, passa a fazer parte do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações (doravante, Fórum Global)⁹ e assume compromisso perante ele e perante a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (doravante, OCDE) de apoiar o documento “*Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*”¹⁰, comprometendo-se a combater a fraude e evasão fiscais internacionais e a promover a *compliance* internacional mediante a assistência administrativa mútua em assuntos fiscais.

No entanto, a questão do sigilo bancário e fiscal, à época, não se mostrava pacífica no país, vindo o Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) a ser chamado a se manifestar e firmar posicionamento sobre o tema, marcando profundamente uma nova postura com relação à transparência a nível nacional e, consequentemente, internacional, bem como à interpretação e ponderação entre os direitos e garantias constitucionais.

Nesse contexto, surgiram vozes preocupadas com os direitos fundamentais dos

fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 12.

7 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26-27.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1539.

9 OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

10 OCDE. *Declaration on automatic exchange of information in tax matters* (2014). Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/documents-archive/2014/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

4 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 41.

5 *Ibidem*, p. 116.

6 NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado

contribuintes e o tratamento da confidencialidade das informações obtidas pelos Estados, especialmente questionando se os Estados tomam as necessárias cautelas para a proteção dessas informações obtidas.

Em suma, o presente estudo busca evidenciar a importância do instituto da troca de informações e seus reflexos nos direitos fundamentais. Para tanto, serão abordados assuntos como a necessidade da transparência fiscal, conceito e a evolução do instituto da troca de informações, a conjuntura brasileira, e as diversas interligações que o instituto tem com os direitos fundamentais.

2 A transparência fiscal e a troca de informações

A transparência fiscal, no âmbito interno dos países, é uma via de mão dupla, obriga tanto a Administração Pública, quanto o contribuinte. Com relação à Administração Pública, ela tem o dever de manter regras claras, inteligíveis¹¹ e simplificadas, a fim de favorecer a sua compreensão e aplicação pelos contribuintes, além do mais, a Administração tem, ainda, o dever de motivar seus atos, viabilizando o controle deles pelo contribuinte, tanto de forma direta, como indiretamente, através de recurso aos tribunais. Em contrapartida, no que diz respeito aos contribuintes, por um lado, eles têm o dever de agir com transparência fazendo suas declarações fiscais corretamente, sem ocultar informações e ganhos, a fim de possibilitar o pagamento do tributo devido e, por outro lado, a adoção da transparência pelos contribuintes evita que tanto o Estado como outros particulares ajam numa base fática obscura¹².

Já a transparência fiscal a nível internacional refere-se ao modo como os países

lidam com o sigilo bancário e a troca de informações. Os chamados paraísos fiscais e os países com regimes fiscais preferenciais são tidos como países desprovidos de transparência, uma vez que são locais de baixa ou nenhuma tributação, que facilitam as empresas a ocultar seus ganhos atrás de sigilos bancários intransponíveis e dificultam a troca de informações. Há algum tempo existe uma forte pressão global com relação a eles, no sentido de relativizarem o direito ao sigilo bancário e fornecerem informações bancárias e fiscais por eles detidas, adotando, assim, uma postura mais transparente. Ana Paula Dourado observa que:

[...] Os paraísos fiscais são identificados como os territórios que não têm impostos ou que têm impostos meramente nominais, não os aplicando; que não são transparentes; cujas leis ou práticas administrativas previnem a troca de informações para efeitos fiscais; a ausência de requisitos de atividade substancial¹³.

Enquanto Glória Teixeira considera que:

[...] A noção de regime fiscal preferencial compreende os seguintes critérios:
a) isenção total ou aplicação de taxas efetivas reduzidas de imposto;
b) atribuição de benefícios fiscais ou regimes fiscais mais favoráveis exclusivamente a não residentes;
c) falta de transparência e
d) ausência de troca de informações e sigilo bancário¹⁴.

Em suma, no campo internacional, a transparência, ou seja, a vedação da opacidade tanto de governos, quanto dos contribuintes¹⁵, mostra-se como condição para a justa

11 PIRES, Rita Calçada. *Direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 123.

12 ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 23-24.

13 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 295.

14 TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 61.

15 ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informa-*

tributação entre os Estados envolvidos. Em tempos de globalização e a consequente plurilocalização dos fatos tributários, que podem atingir valores consideráveis, a não cobrança dos impostos devidos, como já mencionado, pode colocar em dificuldades a própria existência dos Estados¹⁶.

Por sua vez, a troca de informações tem duas funções: primeiro, evitar a dupla tributação e, neste caso, está mais ligada aos interesses dos contribuintes; segundo, evitar a evasão fiscal, nesse ponto mais voltada aos interesses dos Estados¹⁷. Mas, como lembra Ana Paula Dourado:

[...] no quadro do BEPS, é também um instrumento necessário para a correta utilização de regras antiabuso e para uma política legislativa que reduza disparidades e lacunas¹⁸.

Na sua segunda função, a troca de informações apresenta-se como um meio de se alcançar maior transparência fiscal a nível global, através da cooperação entre os Estados, prevenindo e identificando situações de evasão fiscal e, consequentemente, configurando-se como uma via à eliminação da falta ou baixa tributação por parte de Estados que se abrigam no sigilo bancário.

Nesse âmbito, pode-se conceituar a troca de informações como um modo de auxiliar os Estados na obtenção de informações detidas por outros Estados, relativas a contribuintes com algum tipo de conexão relevante, mas que, por motivos de soberania internacional, o Estado requerente não tenha

outra via para coletá-las. Conforme lições de Alberto Xavier:

[...] O instituto da troca internacional de informações insere-se no quadro das medidas de assistência administrativa prestadas pelos Estados de modo a satisfazer pedidos formulados por outros Estados no sentido de obtenção de informações que, localizando-se no exterior de seu território, não pode ser por eles diretamente obtidas pela prática de atos de autoridade, em razão da força imperativa dos mesmos se circunscrever ao âmbito desse território, já que uma extraterritorialidade em sentido formal constitui violação de soberania¹⁹.

Desta forma, pode-se afirmar que, para haver um efetivo sistema de controle fiscal, fundamental é a informação. Nesse sentido, oportuna é a transcrição das lições de José Manuel Calderón Carrero:

[...] una de las piedras angulares de un efectivo sistema de control fiscal es la información [...] En la hora actual, resulta un lugar común afirmar que no es posible garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias de un Estado sin contar con información fiscal de carácter “interestatal”²⁰.

Por seu turno, impende destacar que o vocábulo “troca” não significa que a cada pedido de um Estado surja ao outro o direito de solicitar uma informação, até porque há

ções para fins fiscais. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 61.

16 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 299.

17 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 242.

18 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 300.

19 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 661.

20 “Uma das pedras angulares de um efetivo sistema de controle fiscal é a informação. Atualmente, é comum afirmar não ser possível garantir o cumprimento das leis tributárias de um Estado sem contar com informação fiscal de caráter interestadual” (tradução nossa). CALDERÓN, Jose Manuel Carrero. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2000, p. 28 e 25.

circunstâncias em que apenas um Estado necessita de informações. O vocábulo está ligado à questão de bilateralidade, ou seja, do compromisso assumido pelos Estados em fornecerem informações quando um deles necessitar. Além disso, nenhum dos Estados pode alegar, a partir do compromisso assumido num Tratado, que as leis internas, inclusive a Constituição, não permitem a troca das informações. Se porventura, o Estado requerente tiver um pedido de informações negado, pode denunciar o Tratado, e o Estado denunciado pode ser responsabilizado internacionalmente²¹.

Segundo Alberto Xavier a troca de informações pode ser caracterizada como: a) *obrigatória*, pois é uma obrigação assumida pelos Estados; b) *supletiva*, tendo em vista que o Estado requerente deve ter exaurido de todos os meios para obter as informações no âmbito interno; c) *provocada*, uma vez que solicitada pelo Estado requerente; d) *secreta*, já que só pode ser encaminhada às autoridades tributárias do Estado requerente e; e) *especial*, considerando que o pedido só pode versar sobre um caso específico.

Os principais métodos de troca de informações são: a) *a pedido*, depende da iniciativa de um Estado; b) *automática*, são informações previamente acordadas, com dados a serem transmitidos de forma pré-definida e de maneira constante; e c) *espontânea*, ocorre em função de informações que um Estado descobre após alguma fiscalização do contribuinte e que, por serem de interesse de outro Estado, a ele são remetidas²²; acrescente-se, ainda, a essa classificação as trocas de informações: d) *simultâneas*, em que ocorrem concomitantemente investigações em dois Estados com a troca de informações entre eles; e) *verificações fiscais no estrangeiro*, nas hipóteses em que um Estado solicita acom-

panhar a investigação que está ocorrendo em outro, a fim de obter informações resultantes dessa investigação²³.

3 Evolução do instituto da troca de informações

O instituto da troca de informações parece ter surgido entre 1843 e 1845 em Tratados celebrados pela Bélgica, França, Holanda e Luxemburgo. Mas, é no século passado, por intermédio das organizações internacionais, que passa a ser constantemente inserido nos Tratados. Foi previsto pela Sociedade das Nações em 1925, pela OCDE em 1963, pela União Europeia em 1975 e pela ONU em 1984.

Porém, o seu avanço foi lento, em razão das temáticas envolvidas no processo, tais como a soberania dos Estados, a desconfiança entre eles e a consciência tardia do quanto se perdia em termos de receitas tributárias²⁴.

O relatório da OCDE de 1998, sobre concorrência fiscal prejudicial, foi o primeiro a demonstrar maior preocupação com a transparência fiscal, troca de informações e paraísos fiscais. Ele identificou os prejuízos causados aos Estados pela opacidade dos paraísos fiscais no contexto da globalização²⁵, mas além da OCDE, a União Europeia, a ONU e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos também mostraram preocupação com essa situação.

Contudo, somente com a crise financeira de 2008 se acentuou a problemática da falta de transparência, manifestada nas figuras dos paraísos fiscais.

21 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 663.

22 *Ibidem*, p. 665.

23 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 76-77.

24 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 133-134.

25 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 295.

Nos Estados Unidos da América, a crise financeira somada ao relatório do Senado Federal sobre evasão fiscal e paraísos fiscais, que teve por base escândalos envolvendo o LGT Bank, em Liechtenstein, e o banco USB AG, fez com que se desenvolvesse o *Foreign Account Tax Compliance Act* (doravante, FATCA) que, em apertada síntese, obrigou que instituições bancárias estrangeiras enviassem à autoridade tributária americana informações fiscais sobre pessoas físicas ou jurídicas americanas de forma automática²⁶.

A crise financeira de 2008 também levou à reestruturação do Fórum Global por parte da OCDE. O Fórum Global passou a ser um órgão com vocação internacional, composto por Estados-Membros da OCDE e não Membros e está ligado ao Centro de Política Fiscal e Administração da OCDE²⁷. Atualmente, o Fórum Global conta com 163 membros²⁸.

O Fórum Global faz, periodicamente, avaliação dos Estados-Membros, a fim de atestar se o Estado é cooperante ou não. Segundo Ana Paula Dourado:

[...] Para que um Estado/território seja cooperante, é necessário que tenha mecanismos de troca de informações a pedido; que a informação seja fiável e seja acessível; que essa informação consista em informação bancária, informação contabilística e que a identidade e titularidade das contas seja revelada; que seja possível às autoridades tributárias obterem e prestarem essa informação a um Estado requerente, atempadamente;

e que sejam respeitadas garantias, limites e uma confidencialidade estrita²⁹.

Neste passo, até 2013, o padrão internacional de troca de informações era a pedido, o sigilo bancário não podia mais ser invocado para recusa e não abrangia apenas os Estados-Membros da OCDE, mas, sim, dirigia-se à universalidade de países³⁰.

Todavia, a partir de 2013, o G20 adotou como novo padrão internacional, a troca automática de informações. Muito se deve ao impacto que o FATCA teve sobre diversos ordenamentos³¹. Consequentemente, a OCDE apresentou o padrão global único para troca automática de informações ao abrigo de acordos entre autoridades competentes. Como já consignado, a troca automática de informações é uma permuta sistemática de informações sem necessidade de pedido prévio abrangendo uma ou várias categorias de dados³². Trazendo uma vez mais as lições de Ana Paula Dourado:

[...] Ao abrigo destes acordos, as autoridades nacionais obtêm informações das suas instituições financeiras, sobre contas financeiras, independentemente da residência do titular ou beneficiário, e enviam-nas às autoridades congêneres da residência dos titulares das contas, automaticamente, uma vez por ano³³.

Estão submetidos à obrigação de comunicação os bancos, agentes, curadores, corretores, certos veículos de investimento coletivo e algumas sociedades seguradoras. São objeto de comunicação as pessoas singulares, as en-

26 PISCITELLI, Tathiane. *Compliance das normas tributárias: como evoluímos e para onde ainda devemos ir?* In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, item 1.

27 *Ibidem*, p. 296.

28 OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

29 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 297.

30 *Ibidem*, p. 299.

31 *Ibidem*, p. 300-301.

32 OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 200.

33 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 300-301.

tidades e as instituições financeiras³⁴.

Em 06 de maio de 2014, os países membros da OCDE juntamente com outros não membros, dentre eles o Brasil, comprometeram-se em apoiar o documento “*Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*”³⁵, declarando estarem decididos a combater a fraude e evasão fiscais internacionais e a promover a *compliance* internacional através da assistência administrativa mútua em assuntos fiscais³⁶.

De outra banda, em dezembro de 2017, a União Europeia elaborou uma lista de territórios terceiros não cooperantes para efeitos tributários. Inicialmente, faziam parte dessa *lista negra*, que é atualizada periodicamente, 17 territórios. Existe também uma *lista cinzenta* que se refere a países que deverão melhorar os seus princípios de boa governação fiscal. Isso evidenciou o fracasso da política internacional de transparência fiscal, já que, em 2009, a OCDE havia declarado o fim dos paraísos fiscais. Por outro lado, revelou que os territórios preocupam-se em não fazer parte de uma *lista negra*, sendo que muitos foram, pouco a pouco, adequando seus sistemas a fim de serem retirados dessas listas³⁷.

O padrão internacional de troca de informações consta no artigo 26º do Modelo da OCDE; no artigo 1º do Modelo de Acordo de Troca de Informações de 2002; no Manual de Implementação da Troca de Informações de 2006; na Convenção Multilateral de Assistência Mútua da OCDE. O artigo 26º do Modelo da OCDE ou a Convenção de Assistência

Mútua da OCDE servem de base legal para os acordos entre as autoridades competentes. Há um padrão mundial único de transmissão de informações o *common reporting standard*³⁸.

Segundo dados da OCDE, quase 100 jurisdições trocaram informações em 2019 relativas a 84 milhões de contas financeiras, com um valor total de cerca de 10 trilhões de euros³⁹.

4 A troca de informações e o sigilo bancário

Em 2005, o artigo 26º da Convenção Modelo da OCDE ganhou um novo § 5º dispondo sobre a vedação do Estado-Membro em recusar fornecer informações a outro Estado com base no sigilo bancário e profissional. Nas lições de Alberto Xavier:

[...] trata-se da inoponibilidade de leis internas consagradoras do sigilo em matéria fiscal nas relações com Estado estrangeiro ao abrigo de tratado internacional⁴⁰.

Houve uma forte pressão tanto da OCDE, quanto de outros organismos internacionais, para que os Estados adequassem suas legislações à necessidade de que a troca de informações não fosse barrada pelo sigilo fiscal. Essa troca abrangeria todas as informações financeiras, contábeis e transacionais relevantes, bem como as relativas à identidade do cliente e às partes das operações financeiras detidas pelos bancos e demais instituições financeiras relativas aos seus clientes⁴¹.

34 *Ibidem*, p. 304.

35 OCDE. *Declaration on automatic exchange of information in tax matters* (2014). Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/documents-archive/2014/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

36 ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015., p. 124.

37 DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 304-307.

38 *Ibidem*, p. 300-302.

39 OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. International community reaches important milestone in fight against tax evasion, 09 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/international-community-reaches-important-milestone-in-fight-against-tax-evasion.htm>. Acesso em: 11 maio 2021.

40 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 669.

41 *Ibidem*.



Fonte: <https://neai-unesp.org/>

Os mais variados tipos de ameaças e retaliações aos Estados que se opusessem a adotar esse novo paradigma de sigilo fiscal fizeram com que houvesse uma ampla adesão a uma progressiva abertura do sigilo fiscal por parte dos Estados⁴².

Em função dessa abertura do sigilo fiscal, a OCDE incentivou os Estados a criarem programas de *voluntary disclosure*, que beneficiariam tanto os contribuintes, permitindo a regularização daqueles que quisessem; quanto os Estados, favorecendo a arrecadação dos impostos sobre valores anteriormente não declarados⁴³. Desta forma, vários Estados permitiram que seus contribuintes informassem voluntariamente seus ativos financeiros não declarados e existentes em outros Estados. Alguns países previram a aplicação da anistia, total ou parcial, de penalidades, cobrando apenas os tributos devidos com alíquotas reduzidas (Bélgica, Alemanha, Grécia, Itália, México, Portugal, Rússia, África do Sul), enquanto outros se limitaram a minorar multas e garantir a não perseguição penal (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Irlanda)⁴⁴.

42 *Ibidem*, p. 671.

43 OCDE. *Update on voluntary disclosure programmes: a pathway to tax compliance*, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/update-on-voluntary-disclosure-programmes-a-pathway-to-tax-compliance.htm>. Acesso em: 19 jun. 2021.

44 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do*

O Brasil também adotou postura semelhante a esses países. Houve a edição da Lei nº 13.254/2016 com o objetivo de possibilitar que residentes ou domiciliados no país que tivessem recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados, fizessem sua regularização. Essa lei permitiu, além da redução considerável de impostos, a extinção de punibilidade de crimes cometidos contra a ordem cambial, econômica e tributária⁴⁵.

Nas lições de Heleno Taveira Torres:

[...] Os programas de *voluntary disclosure* têm sido exitosos em todos os ordenamentos, ao tempo que privilegiam a transparência, a moralidade e o “compliance” do contribuinte. Eles propiciam oportunidade para recompor a base de tributação do país para os anos seguintes, bem como permitem o ingresso de recursos para a economia formal e ampliam a arrecadação. E como só têm aplicação a ativos de origem lícita, não se abre para favorecer titulares de recursos ilícitos⁴⁶.

Essa postura adotada pelos países pode ter as seguintes interpretações: primeiro, a intenção de que seus cidadãos não fossem pegos de surpresa pelas novas políticas de troca de informações assumidas pelos Estados a nível internacional; segundo, que em função dessas novas políticas, tivessem a oportunidade de

Brasil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 671.

45 BRASIL. *Lei nº 13.254*, de 13 de janeiro de 2016. Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

46 TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

regularização e; terceiro, aqueles que não se regularizassem ficariam sujeito às eventuais consequências das futuras trocas de informações. Sendo assim, os Estados demonstraram um ato de boa-fé para com seus cidadãos, conferindo a eles oportunidade de regularização, através da adoção de uma nova postura, condizente com a atualidade do Direito Administrativo Fiscal, em que se busca um maior consenso e entendimento entre o Fisco e o contribuinte. Indubitavelmente, é um exemplo de remodelação da postura da Administração Fiscal de autoritária para cooperativa. Conforme lições de João Pedro Silva Rodrigues, a Administração Fiscal e o contribuinte vivem uma *alteração nos seus modelos relacionais*, e o *estado de necessidade* da Administração faz com que se crie:

[...] um novo suporte relacional inspirado em valores que potenciam a cooperação com os contribuintes e uma nova atitude de serviço visando o cumprimento voluntário das obrigações fiscais⁴⁷.

Por outro lado, também foi um sinal de que as trocas de informações iriam se intensificar.

No que diz respeito ao Brasil, pode-se dizer que foi o começo da implementação dos compromissos assumidos internacionalmente com relação à efetivação de uma maior transparência fiscal mediante o intercâmbio de informações.

O Brasil ratificou, em 2016, a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária. Aprovou e promulgou o texto da Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 105/2016 e do Decreto nº 8.842/2016⁴⁸ respectivamente, permitindo

formalmente a utilização do mecanismo da troca automática de informações. A entrada em vigor da Convenção triplicou a rede de acordos do Brasil para a troca de informações tributárias. O Brasil conta com 72 acordos bilaterais para troca de informações, sendo que a primeira troca automática ocorreu em setembro de 2018⁴⁹.

Além disso, o Brasil possui relações com 63 jurisdições para a troca bilateral automática de relatórios *Country-by-Country*, segundo dados da OCDE⁵⁰. A Declaração País-a-País foi instituída pela Instrução Normativa RFB nº 1.681/2016, a fim de dar cumprimento à Ação 13 do *Projeto Base Erosion and Profit Shifting* (doravante, BEPS), em português, erosão da base tributável e transferência de lucros, coordenado conjuntamente pelos países-membros do G-20 e da OCDE.

Como visto, houve uma derrogação bem ampla e automática do direito ao sigilo bancário e fiscal para fins de combate à evasão e fraude fiscal⁵¹.

5 O atual posicionamento jurisprudencial no Brasil sobre o sigilo bancário

Apesar de todos os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, antes

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

49 OCDE. *Peer review of the automatic exchange of financial account information 2020*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2020_175eeff4-en#page85. Acesso em: 11 maio 2021.

50 OCDE. *Activated exchange relationships for country-by-country reporting*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/country-by-country-exchange-relationships.htm>. Acesso em: 01 maio 2021.

51 NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 342.

47 RODRIGUES, João Pedro Silva. *O acordo na determinação da matéria tributável dos impostos sobre o rendimento*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 10-11.

48 BRASIL. *Decreto nº 8.842*, de 29 de agosto de 2016.

da operacionalização dos mecanismos para troca de informações no país, havia de ser delimitado o alcance do sigilo bancário, tema que se mostrava ainda espinhoso perante a jurisprudência e doutrina brasileiras, uma vez que o Brasil sempre prezou e valorizou muito o sigilo bancário e fiscal.

Contextualizando a questão, em 2001, foi editada a Lei Complementar nº 105/2001 a fim de disciplinar o sigilo bancário, ou seja, as informações detidas pelas instituições bancárias sobre seus clientes. No seu artigo 6º, a lei prevê a possibilidade de serem enviadas informações bancárias diretamente às autoridades fazendárias independentemente de autorização judicial, desde que haja um processo fiscal ativo⁵². Esse artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001.

Já, os artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional⁵³ tratam da mútua assistência, mas resguardam o sigilo fiscal por parte das autoridades tributárias sobre a situação econômica ou financeira dos contribuintes⁵⁴.

Convém também trazer à colação o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante, CRFB) sobre o tema. O direito ao sigilo bancário e fiscal, como desdobramento do direito à privacidade, encontra proteção constitucional nos incisos X e XII do artigo 5º:

[...]

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

[...]

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

E, por último, com relação à atuação da administração tributária, o artigo 145, § 1º, da CRFB dispõe que:

[...] Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte⁵⁵.

Todos esses dispositivos visam, além de proteger o sigilo bancário e fiscal dos contribuintes, implementar os princípios constitucionais tributários da isonomia e capacidade contributiva.

Melhor examinando a Lei Complementar nº 105/2001, percebe-se que ela tem um duplo objetivo: primeiro, proteger o sigilo bancário do cidadão, prevendo os procedimentos autorizativos para o acesso dessas informações pela autoridade tributária e; segundo, conferir à administração tributária poderes de fiscalização a fim de garantir a

52 BRASIL. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

53 BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

54 ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de; STEFANO FILHO, Mario Di. Troca de informações no âmbito dos acordos de bitributação: a transparência fiscal em face do ordenamento jurídico interno. *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 2, p. 139-161, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6597>. Acesso em: 04 maio 2021.

55 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

correta tributação dos contribuintes, evitando a fuga ao pagamento do imposto justo⁵⁶.

Entretanto, essa lei gerou e gera muita controvérsia perante os operadores do Direito no que diz respeito à necessidade ou não de autorização judicial para as instituições financeiras fornecerem informações que possuem sobre seus clientes ao Fisco. Existem teses tanto ao seu favor, como contra⁵⁷. O STF manifestou-se sobre o tema, conforme será analisado adiante.

Todavia, antes da análise das decisões do STF, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o instituto da troca de informações e sua relação com o sigilo bancário e fiscal.

Analisando o instituto da troca de informações, constata-se que encontra seu ponto de tensão com o direito à privacidade representado, neste caso, pelos sigilos bancário e fiscal. Estes, por sua vez, encontram seu ponto de tensão com o dever de pagar impostos, com os princípios da transparência, da igualdade, da capacidade contributiva e da justiça fiscal.

No que toca ao dever de pagar impostos, necessária é a análise da finalidade constitucional do imposto. Note-se que, conforme a doutrina, o imposto tem uma função instrumental, não representando um fim em si mesmo, mas um meio para que o Estado cumpra com seus deveres, entre eles, promover o bem comum, mediante promoção da saúde pública, da educação pública, da segurança pública,

dentre tantos outros direitos fundamentais previstos na CRFB. Em outras palavras, a concretização dos direitos fundamentais fica comprometida se não houver o pagamento de impostos. Nas palavras de José Casalta Nabais:

[...] Contudo, como é fácil de ver, o imposto sempre assumiu uma tal função, uma vez que ele não constitui um fim em si mesmo, antes é um meio, um instrumento de realização das tarefas (finais) do Estado. Por via de regra um instrumento indirecto, na medida em que é o suporte financeiro das despesas necessárias à realização de tais tarefas, mas, por vezes, um instrumento directo quando, através da simples percepção dos meios pecuniários em que se concretiza, realiza automaticamente tarefas comunitárias⁵⁸.

Acrescente-se que a troca de informações se mostra como um instrumento a permitir o Estado saber se o contribuinte está ou não pagando seus impostos corretamente e de forma justa, pois, de nada adianta exigir o pagamento dos impostos por intermédio de norma, se não há meios de checar se o valor efetivamente pago condiz com os lucros de fato auferidos pelos contribuintes. Neste sentido, oportuna é a transcrição das lições de João Pedro Silva Rodrigues:

[...] Não se ignora, na verdade, que o dever de contribuir para os encargos públicos exprime uma exigência coletiva assumida pelo premente interesse público na realização das receitas fiscais, donde decorre, inequivocamente, que o Estado está vinculado a assegurar que *todos* os contribuintes paguem os impostos devidos e que o façam segundo a sua efectiva capacidade contributiva,

56 VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos fundamentais, privacidade, intimidade, sigilos bancário e fiscal, e o consenso internacional. *Nomos* - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 34, n. 2, p. 315-344, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1226/1190>. Acesso em: 02 maio 2021.

57 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário*. Disponível em: http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/f9945e1artigo_141.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.

58 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 226.

devendo, para isso, estabelecer os apropriados meios instrumentais à realização de uma comunitária justiça fiscal⁵⁹.

Nesse sentido também são as lições de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet:

[...] Existe inegável conflito entre os cidadãos e agentes privados no sentido de transferir para os demais concidadãos o ônus da tributação, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. A disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito ineliminável entre agentes privados⁶⁰.

Observe-se que o pagamento do imposto justo de acordo com a capacidade contributiva demonstrada é um dever assumido a partir do momento em que se insere numa sociedade livre e democrática. Em sendo assim, conforme observam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

[...] O sigilo como componente da privacidade tende a ceder ante o imperativo da transparência, que deve orientar as medidas de disposição de recursos públicos numa república democrática⁶¹.

Apesar do direito à privacidade apoiar-se na ideia da dignidade humana, isso não

faz dele um direito ilimitado⁶². Desta forma, a proteção aos direitos e garantias individuais não pode inviabilizar os interesses coletivos, devendo conviver em harmonia e, quando houver conflitos entre eles, deverá se recorrer ao juízo de ponderação à luz do princípio da proporcionalidade para a sua resolução⁶³.

Além do mais, não parece razoável que os indivíduos se escondam atrás de sigilos bancários e fiscais, a fim de não pagarem sua cota justa de impostos, fazendo com que sua poupança oculta conduza à oneração de outros⁶⁴. Essa atitude vai contra a justiça fiscal, já que não favorece a equidade no pagamento dos impostos devidos por cada contribuinte, além do mais, a proteção absoluta do sigilo fiscal só tende a favorecer a sonegação fiscal e estruturas ilícitas⁶⁵. Conforme, bem observa Heleno Taveira Torres:

[...] não é juridicamente válido, tampouco moralmente aceitável, que alguém postule proteção constitucional ao sigilo bancário para ocultar recursos não declarados da tributação⁶⁶.

59 RODRIGUES, João Pedro Silva. Algumas reflexões em torno da efetiva concretização do princípio da capacidade contributiva. In: *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 902-903.

60 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.542.

61 *Ibidem*, p. 293.

62 BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de teoria geral do direito civil*. Coimbra: Gestelegal, 2021, p. 365-369.

63 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24/02/2016, DJe 15/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 01 maio 2021.

64 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 663.

65 PISCITELLI, Tathiane. *Compliance das normas tributárias: como evoluímos e para onde ainda devemos ir? In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, Item 1.

66 TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

Ainda nas lições de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

[...] O direito ao sigilo bancário, entretanto, não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo⁶⁷.

Feitas essas considerações, pertinente é a análise das decisões da Corte Maior. Foram propostas no STF quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (doravante, ADI): ADI nº 2.390, ADI nº 2.397, ADI nº 2.386 e ADI nº 2.859, bem como subiu à Corte, em nível recursal, o Recurso Extraordinário (doravante, RE) nº 601.314, proveniente do Estado de São Paulo, com efeito de Repercussão Geral, cujos julgamentos transcorreram em 2016. Buscava-se a declaração de inconstitucionalidade de normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária sem a intermediação do Poder Judiciário.

O STF, em julgamento conjunto das ADIs, decidiu pela improcedência delas, fundamentando sua decisão nos seguintes termos: a) que as Leis e Decretos atacados protegem de modo expresso o sigilo de dados bancários, vedando a sua exposição ou circulação, trata-se, no caso, de uma transferência de dados de um portador, que tem o dever de sigilo, a outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo dessa forma resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, nos termos do artigo 145, § 1º, da CRFB; b) a CRFB estabeleceu, dentre os

objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, conferindo direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para os cidadãos, entretanto, também previu deveres aos mesmos, dentre eles, o dever de pagar tributos, ante a sua importância ao financiamento das políticas do Estado e; c) a República Federativa do Brasil assumiu o compromisso perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários em cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, com o objetivo de evitar o descumprimento de normas tributárias e o cometimento de crimes⁶⁸.

Com relação ao RE nº 601.314, em que foi relator o Ministro Edson Fachin, foi negado provimento nos termos seguintes:

[...] 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, a luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

67 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 292.

68 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24/02/2016, DJe 20/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em: 21 jun. 2021.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal⁶⁹.



Fonte: www.gov.br

No seu voto, o Ministro Edson Fachin observa que a sociedade civil e o Estado não buscam objetivos antagônicos, mas sim interesses comuns e que o consentimento fiscal é um dos pilares do Estado Fiscal e Social, que tem por objetivo proporcionar igual acesso aos cidadãos aos bens considerados essenciais. Também salienta que o pagamento de tributos não visa abarrotar os cofres do Estado, mas sim, viabilizar direitos fundamentais,

mostrando-se de suma importância para a diminuição das desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os homens, favorecendo, desta forma, o princípio da igualdade⁷⁰.

Neste diapasão, verifica-se que o imposto se mostra fundamental para a prosperidade de toda a sociedade, pois é ele que possibilita ao Estado cumprir seus objetivos, constituindo seu pagamento um dever fundamental. Os impostos seriam o preço a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada. Além do mais, como já exaustivamente escrito, todos devem contribuir conforme sua capacidade contributiva⁷¹.

A partir dessas decisões, chega-se à conclusão que o sigilo bancário e fiscal são tidos como uma dimensão relativamente mais fraca da proteção à vida privada⁷² e, apesar dessas decisões dizerem respeito a questões internas do país, acabam influenciando as relações a nível internacional do Brasil, pois, para a autoridade fiscal poder repassar informações aos outros Estados, precisa ter posse das informações bancárias.

Ademais, pode-se inferir que o entendimento da Corte, num eventual questionamento sobre a constitucionalidade da troca de informações a nível internacional, será no mesmo sentido. Uma vez que, tanto o artigo 26º da Convenção Modelo da OCDE, como o artigo 22 da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal protegem a confidencialidade das informações obtidas pelos Estados requerentes. Dessa forma, aplicando-se a lógica do posicionamento do STF, no caso de troca de informações entre Estados, haverá apenas o deslocamento do dever de sigilo de um Estado para outro Estado.

69 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24/02/2016, DJe 15/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 01 maio 2021.

70 *Ibidem*.

71 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 185-186.

72 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 447-448.

6 As vicissitudes da confidencialidade e da proteção do contribuinte nos diversos Estados

Ante o explanado, depreende-se que o sigilo bancário e fiscal não pode mais ser motivo para a negativa de atendimento de uma solicitação de informação por parte de um Estado a outro, isso é pacífico. Porém, o que se questiona hoje é o tratamento que se dá à informação sigilosa obtida, ou seja, como são protegidas as informações trocadas entre os Estados. Se a nível interno dos países já há problemas na proteção dos dados, a nível internacional o risco aumenta ainda mais. Nas palavras de Xavier Oberson:

[...] Indeed, the more global the exchange of information, the greater the risk of breaches of confidentiality, privacy and secrecy provisions, or even abuse in the use of data obtained, for purposes not related to the purpose of the exchange⁷³.

O certo é que, até recentemente, pouca atenção foi dispensada aos direitos de proteção dos contribuintes. O foco girou principalmente nos instrumentos para a troca de informações a fim de alcançar uma maior transparência a nível global.

Sabe-se que as autoridades administrativas têm o dever de guardar sigilo com relação às informações que recebem, porém o que se questiona, como já assinalado, é o grau de respeitabilidade a esse dever de guardar sigilo, tendo em vista os diferentes níveis das legislações pelo mundo afora, bem como o nível de segurança na proteção

desses dados.

Percebe-se que, com o efêmero avanço das medidas de cooperação, mais especificamente representadas pela adoção pelos países da troca de informações, sem um aprofundado estudo dos limites materiais e as implicações aos direitos fundamentais, as Constituições nacionais não são mais os únicos documentos a tutelar os direitos e liberdades fundamentais, assim, os Tratados e Convenções passam a ter uma importância fulcral nessa tutela⁷⁴.

Através da análise dos vários documentos da OCDE, chega-se a um *standart* mínimo dos direitos dos contribuintes: direito de ser informado e ouvido; direito de recorrer a um tribunal imparcial; direito de pagar o imposto justo; segurança jurídica; direito à privacidade proporcional às necessidades de investigação para verificar o montante justo do imposto; *direito à confidencialidade e ao sigilo, ou seja, que as informações ficarão apenas com da Administração Fiscal*⁷⁵.

O artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE, no seu parágrafo 2º, dispõe que as informações recebidas por um Estado Contratante serão secretas:

[...] do mesmo modo que a informação obtida com base na legislação interna desse Estado e só poderá ser comunicada às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança impostos referidos no primeiro período, ou dos procedimentos declarativos ou executivos relativos a estes impostos,

73 “Com efeito, quanto mais global for a troca de informações, maior será o risco de violação das disposições de confidencialidade, privacidade e sigilo, ou mesmo abuso na utilização dos dados obtidos, para fins não relacionados com a finalidade da troca” (tradução nossa). OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 76-77.

74 TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

75 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 241-242.

ou da decisão de recursos referentes a estes impostos⁷⁶.

À vista disso, constata-se que a informação, quando chegar ao Estado requerente, mudará seu *standart* de proteção, uma vez que será regida pelas regras do Estado requerente e não mais sobre as regras do Estado requerido, o que pode levar a uma menor ou maior proteção do sigilo dessas informações, conforme a previsão do ordenamento do Estado requerente⁷⁷.

Já o artigo 22 da Convenção Multilateral sobre Assistência e Troca de Informações conferiu maior proteção aos dados, desta forma, será adotada a legislação que mais conferir confidencialidade às informações, seja ela do Estado requerente, seja ela do Estado requerido:

[...] 1. As informações obtidas por uma Parte nos termos do disposto na presente Convenção serão consideradas confidenciais e protegidas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dessa Parte e, se necessário, a fim de garantir o desejável nível de proteção de dados de carácter pessoal, em conformidade com as garantias exigidas por força da legislação interna da Parte que presta as informações e por ela especificadas⁷⁸.

Sendo assim, é recomendável que, em tratados baseados no artigo 26 da Convenção

Modelo da OCDE, seja incluída uma cláusula autônoma de confidencialidade, bem como cláusulas esclarecedoras da aplicação das regras de maior proteção aos contribuintes⁷⁹.

Paralelamente, os Estados, a nível nacional, têm que estabelecer regras mínimas estabelecidas nos tratados de proteção à confidencialidade das informações obtidas e prever sanções para o seu descumprimento⁸⁰.

Convém, ainda, pôr em relevo, três situações dignas de reflexão sobre os cuidados com a proteção da confidencialidade que os tratados devem estabelecer para os países observarem.

A primeira situação refere-se ao caso Aloe Vera, ocorrido nos Estados Unidos da América (doravante, EUA), em que através de troca de informações com o Japão e investigações simultâneas nos dois países, essas informações chegaram ao conhecimento da imprensa japonesa, uma vez que, normalmente, a autoridade tributária japonesa não mantém sigilo sobre essas informações⁸¹.

O segundo caso concerne à divulgação indevida de 5 milhões de dados do Ministério das Finanças Búlgaro, em 2019, após invasão dos sistemas por *hackers*⁸².

76 OCDE. *Convenção Modelo*. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_dolib/Documents/CDT_Modelo_OCDE.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

77 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 240.

78 OCDE. *Convenção sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal* (2011). Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

79 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 250.

80 VALDERRAMA, Irma Mosquera. Exchange of information and the rule of law: confidentiality and safe guards for the automatic processing of data in a world of big data. *GLOBTAXGOV*, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://globtaxgov.weblog.leidenuniv.nl/2020/12/01/exchange-of-information-and-the-rule-of-law-confidentiality-and-safeguards-for-the-automatic-processing-of-data-in-a-world-of-big-data/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

81 USA. Aloe Vera of Am. Inc. v. United States. *Casetext*: smarter legal research, 02/10/2015. Disponível em: https://casetext.com/case/aloe-vera-of-am-inc-v-united-states-3?PHONE_NUMBER_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=. Acesso em: 13 maio 2021.

82 TOSOLOVA, Tsvetelia; KRASIMINOV, Angel. 'Wizard' cybersecurity expert charged with record hack of Bulgarian tax agency. *Reuters*, 17 jul. 2019. Disponível em:

E, finalmente, o terceiro caso ocorreu no Brasil, em janeiro de 2021. Houve dois vazamentos de dados de 220 milhões de pessoas, inclusive de pessoas já falecidas. Dentre os dados havia nome, CPF (Cadastro de Pessoa Física), salários, *score* de crédito, restituições de imposto de renda, propriedade de veículos. Até o momento não se sabe ao certo a origem dos vazamentos, estando a cargo da Polícia Federal as investigações. Aventa-se a possibilidade de terem sido *hackeados* os sistemas do SERASA, empresa de análise de crédito, vez que existentes dados sobre *score* de crédito das pessoas; da Receita Federal do Brasil, pois presentes dados sobre Imposto de Renda e; Detran, na medida em que também havia dados relativos à propriedade de veículos⁸³.

Os dois últimos casos mostram a vulnerabilidade a que estão suscetíveis os sistemas de armazenamento de informações e o risco de exposição indevida dos contribuintes. Já o primeiro, refere-se ao nível de proteção que é conferido aos dados dos contribuintes nos diversos países. Assim, constata-se quão delicada ainda se mostra a proteção da confidencialidade de dados dos contribuintes obtidos pelas trocas de informações entre os Estados e o quanto ainda é imprescindível evoluir nesse campo.

7 Conclusão

É incontestável a relevância do mecanismo da troca de informações para que os Estados consigam identificar o valor do imposto justo

devido pelos contribuintes. Além de promover o princípio da capacidade contributiva, a troca de informações é fundamental para auxiliar os Estados a não perderem arrecadação de receitas, uma vez que, as receitas advindas dos impostos são uma das principais fontes de financiamento do Estado, a viabilizar a implementação das finalidades públicas, dentre elas os direitos fundamentais da coletividade.

Contudo, os Estados devem garantir que as informações obtidas não sejam utilizadas abusivamente e expostas indevidamente. A confidencialidade dos dados dos contribuintes ainda se mostra um tema delicado a merecer maior preocupação e atenção das autoridades e organizações internacionais. Para tanto, deve-se acrescentar regras de maior proteção ao contribuinte e responsabilização pela sua não observação nos Tratados, inclusive prevendo uma maior preocupação com a cibersegurança. Por sua vez, os Estados devem contar com um quadro legal interno que proteja a confidencialidade do contribuinte, prevendo mecanismos de sanções a quem descumprir esse dever.

Como observa Xavier Oberson, talvez um dia o processo de revisão por pares também analise a extensão e a implementação efetiva das regras de proteção para os contribuintes, notadamente regras de sigilo e proteção de dados nos vários Estados⁸⁴.

Por último, de tudo que se investigou, conclui-se, primeiro, que a troca de informações é uma forma de assegurar a transparência fiscal internacional, e somente através da cooperação internacional isso se torna possível; segundo, a troca de informações entre os Estados é crucial para viabilizar direitos fundamentais coletivos, entretanto, ela deve também respeitar os direitos fundamentais individuais dos contribuintes e; por último, claro está que o sigilo bancário não é motivo

<https://www.reuters.com/article/us-bulgaria-cybersecurity-idUSKCN1UCoGF>. Acesso em: 13 maio 2021.

83 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Nota de Esclarecimento*, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/assuntos/noticias/2021/janeiro/nota-de-esclarecimento-1>. Acesso em: 13 maio 2021. BIASI, Bruno Gall de. Polícia Federal investiga vazamento de 223 milhões de CPFs. *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/408646/policia-federal-investiga-vazamento-de-223-milhoes-de-cpfs/>. Acesso em: 13 maio 2021.

84 OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018, p. 285-286.

para a recusa de troca de informações, porém, deve haver maior atenção com a proteção da confidencialidade dos dados dos contribuintes, após a troca de informações entre os Estados.

Referências

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de; STEFANO FILHO, Mario Di. Troca de informações no âmbito dos acordos de bitributação: a transparência fiscal em face do ordenamento jurídico interno. *Nomos* - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 37, n. 2, p. 139-161, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6597>. Acesso em: 04 maio 2021.

BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de teoria geral do direito civil*. Coimbra: Gestelegal, 2021.

BIASI, Bruno Gall de. Polícia Federal investiga vazamento de 223 milhões de CPFs. *Tecnoblog*. Disponível em: <https://tecnoblog.net/408646/policia-federal-investiga-vazamento-de-223-milhoes-de-cpfs/>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.842*, de 29 de agosto de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.254*, de 13 de janeiro de 2016. Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Nota de Esclarecimento*, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2021/janeiro/nota-de-esclarecimento-1>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 24/02/2016, DJe 20/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 24/02/2016, DJe 15/09/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 01 maio 2021.

CALDERÓN, Jose Manuel Carrero. *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2000.

DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário*. Disponível em: http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/07/f9945e1artigo_141.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020.

OBERSON, Xavier. *International exchange of information in tax matters*. 2. ed. Cheltenham, UK: ElgarOnline Tax Law, 2018.

OCDE. *Activated exchange relationships for country-by-country reporting*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/country-by-country-exchange-relationships.htm>. Acesso em: 01 maio 2021.

OCDE. *Convenção Modelo*. Disponível em: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Documents/CDT_Modelo_OCDE.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

OCDE. *Convenção sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal* (2011). Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

OCDE. *Declaration on automatic exchange of information in tax matters* (2014). Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/documents-archive/2014/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

OCDE. *Global forum on transparency and exchange of information for tax purpose*. International community reaches important milestone in fight against tax evasion, 09 dez. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/international-community-reaches-important-milestone-in-fight-against-tax-evasion.htm>. Acesso em: 11 maio 2021.

OCDE. *Harmful tax competition an emerging global issue*, 19 maio 1998. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en. Acesso em: 02 maio 2021.

OCDE. *Peer review of the automatic exchange of financial account information 2020*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2020_175eeff4-en#page85. Acesso em: 11 maio 2021.

OCDE. *Update on voluntary disclosure programmes: a pathway to tax compliance*, 07 ago. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/update-on-voluntary-disclosure-programmes-a-pathway-to-tax-compliance.htm>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OLIVEIRA, Maria Odete Batista de. *O intercâmbio de informação tributária*. Coimbra: Almedina, 2012.

PIRES, Manuel. Harmonização fiscal face à internacionalização da economia, experiência recente. In: *Colóquio - A internacionalização da economia e fiscalidade*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1993.

PIRES, Rita Calçada. *Direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

PISCITELLI, Tathiane. *Compliance das normas tributárias: como evoluímos e para onde ainda devemos ir?*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ROCHA, Sergio André. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

RODRIGUES, João Pedro Silva. Algumas reflexões em torno da efectiva concretização do princípio da capacidade contributiva. In: *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, João Pedro Silva. *O acordo na determinação da matéria tributável dos impostos sobre o rendimento*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do fisco global. *Consultor Jurídico*, 08 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>. Acesso em: 05 maio 2021.

TOSOLOVA, Tsvetelia; KRASIMINOV, Angel. 'Wizard' cybersecurity expert charged with record hack of Bulgarian tax agency. *Reuters*, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-bulgaria-cybersecurity-idUSKCN1UCoGF>. Acesso em: 13 maio 2021.

USA. Aloe Vera of Am. Inc. v. United States. Casetext: smarter legal research, 02/10/2015. Disponível em: https://casetext.com/case/aloe-vera-of-am-inc-v-united-states-3?PHONE_NUMBER_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=. Acesso em: 13 maio 2021.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto de. Direitos fundamentais, privacidade, intimidade, sigilos bancário e fiscal, e o consenso internacional. *Nomos* - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 34, n. 2, p. 315-344, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1226/1190>. Acesso em: 02 maio 2021.

VALDERRAMA, Irma Mosquera. Exchange of information and the rule of law: confidentiality and safe guards for the automatic processing of data in a world of big data. *GLOBTAXGOV*, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://globtaxgov.weblog.leidenuniv.nl/2020/12/01/exchange-of-information-and-the-rule-of-law-confidentiality-and-safeguards-for-the-automatic-processing-of-data-in-a-world-of-big-data/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.