

Acordos de troca de informações tributárias precisam ser disciplinados

02/12/2014

Recentemente, o Ministério da Fazenda brasileiro divulgou nota à imprensa informando que Brasil e Estados Unidos (EUA) assinaram um *intergovernmental agreement* (IGA) autorizando a troca automática de informações tributárias entre os dois governos. Não obstante a divulgação da notícia, o acordo ainda não foi oficialmente publicado e, portanto, ainda não se encontra vigente e eficaz para fins do ordenamento jurídico brasileiro. A assinatura do IGA regulamentando o intercâmbio automático de informações de contribuintes brasileiros envolve o exame mais atento de questões constitucionais pendentes de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente sobre o sigilo de informações fiscais e a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001[1].

Relembra-se que os governos de Brasil e EUA celebraram em 2007 um acordo internacional para a troca de informações em matéria tributária e o instrumento somente foi ratificado pelo Congresso brasileiro em 2013, por meio do Decreto 8.003/2013. Conquanto o acordo preveja o intercâmbio de informações tributárias entre os dois países, não há previsão para o método de intercâmbio automático de informações, o que faz com que o referido acordo não seja instrumento hábil para a adoção da política americana do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) pelas instituições brasileiras.

Para tanto, seria necessária a concretização de um IGA para que as instituições financeiras e não-financeiras brasileiras pudessem adimplir à troca automática de informações. Esses acordos, não obrigatórios, foram concebidos como um meio de superar eventuais conflitos entre as legislações domésticas de cada país e aquelas suscitadas pela legislação do FATCA, bem como para padronizar sua implementação e reduzir os custos de *compliance*[2].

Não obstante a noticiada celebração do IGA, ao adotar severas medidas sancionatórias às instituições financeiras, o FATCA já criava um poderoso incentivo para que essas instituições brasileiras, independentemente da existência de acordos governamentais, disponibilizassem as informações sobre seus correntistas e investidores classificados como *US persons*, sob pena de significativos impactos financeiros e imposição de barreiras comerciais. Nesse sentido, o *Internal Revenue Service* (IRS) divulgou recentemente que 2.259 instituições brasileiras já aderiram ao FATCA[3].

Ocorre que, no Brasil, a partir de 2001, duas leis complementares foram promulgadas e impactaram diretamente no debate sobre o sigilo bancário e que têm reflexos nas políticas de intercâmbio de informações tributárias.

A Lei Complementar 104/2001 (LC 104/01) alterou algumas disposições do Código Tributário Nacional (CTN), incluindo hipóteses para flexibilização do sigilo fiscal acrescentadas ao artigo 198 e também o parágrafo único do artigo 199 do CTN, que autoriza o intercâmbio internacional de informações tributárias. Já a Lei Complementar 105/2001 (LC 105/01)

disciplinou o sigilo e a proteção das operações realizadas por instituições financeiras, as quais não se limitam aos bancos e às demais instituições financeiras, pois, para efeitos dessa lei, também são abrangidas outras entidades. A referida lei autorizou a requisição, o acesso e o uso pela RFB de informações dos contribuintes brasileiros referentes a operações e serviços realizados pelas instituições financeiras e pessoas jurídicas a elas equiparadas.

Embora estejam previstas as condições e a responsabilização dos agentes fiscais e da administração tributária que as infringem, foram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)[4] perante o STF, desafiando o conteúdo das referidas legislações. Por ora, não há decisão do STF sobre as ADIs, de forma que os dispositivos, objeto de disputa, encontram-se em plena vigência. Além disso, o fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes pelas instituições financeiras diretamente ao fisco encontra-se com repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário 601.314.

O STJ tem admitido a quebra do sigilo pela administração desde que comprovada a prévia abertura de procedimento administrativo e seja a medida razoável e proporcional. Por outro lado, o STF, em sua decisão mais recente sobre a matéria, manifestou-se no sentido de que é necessária uma ordem judicial autorizando a divulgação desses registros por parte das instituições financeiras à RFB[5].

Outro precedente importante na jurisprudência do STF e que pode refletir na aplicação do FATCA e de outros instrumentos que preveem o intercâmbio de informações automática é o que diz respeito à remessa de informações genéricas de contribuintes. Ele foi pronunciado nos autos do Inquérito 2245-AgR, no qual a corte entendeu ilegal a quebra de sigilo bancário baseada em listagem genérica, contendo nomes de pessoas não relacionadas diretamente à investigação[6].

Essas decisões indicam que qualquer tratado, acordo de cooperação ou adoção de políticas tributárias como o FATCA, que venha a permitir a troca direta de informações bancárias dos contribuintes com a RFB pode ter sua constitucionalidade contestada perante o STF.

As questões submetidas ao STF têm, assim, uma significativa dimensão transnacional, pois apresentam efeitos diretos em item que está na agenda de países como os integrantes do G20: a transparência e o intercâmbio de informações como meio para o combate à evasão fiscal.

Importante destacar que políticas tributárias como o FATCA e outras semelhantes em desenvolvimento[7] baseiam-se no acesso direto das autoridades fazendárias às informações bancárias dos contribuintes. Contudo, no Brasil, a flexibilização do sigilo bancário, ainda incerta, exigirá novos deveres à atividade fiscalizatória da administração tributária, uma vez que o aumento do acesso às informações dos contribuintes deve se refletir também no aumento da responsabilidade e da diligência da atividade investigativa não só no âmbito interno, mas igualmente no plano da cooperação internacional para intercâmbio de informações. Será necessário criar mecanismos legais que prevejam a participação e a defesa ativas dos contribuintes afetados, como formas de controlar o uso dessas informações por autoridades estrangeiras.

A condução do intercâmbio de informações por parte da administração tributária brasileira, portanto, não pode ser improvisada e intuitiva. Há espaço e necessidade de que o Brasil discipline a cooperação legal internacional, administrativa e judicial, de modo a legitimar a atividade administração tributária, assegurar os direitos e garantias individuais dos administrados e facilitar o controle dos atos da administração pública.

[1] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808. Dez. 15, 2010. Rel. Min. Marco Aurélio.

[2]Disponível em: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/FATCA-Governments>. Acesso em: 06/11/2014.

[3]Disponível em: <<http://apps.irs.gov/app/fatcaFfiList/flu.jsf>> Acesso em 23/11/2014.

[4] Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns 2.386, 2.397, 2.390 e 4.010.

[5] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 389.808. Relator. Min. Marco Aurélio (15 dez. 2010).

[6]EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. REMESSA DE LISTAGEM QUE IDENTIFIQUE TODAS AS PESSOAS QUE FIZERAM USO DA CONTA DE NÃO-RESIDENTE TITULARIZADA PELA AGRAVANTE PARA FINS DE REMESSA DE VALORES AO EXTERIOR. LISTAGEM GENÉRICA: IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE QUANTO ÀS PESSOAS DEVIDAMENTE IDENTIFICADAS NO INQUÉRITO. AGRAVO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Requisição de remessa ao Supremo Tribunal Federal de lista pela qual se identifiquem todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente para fins de remessa de valores ao exterior: impossibilidade. 2. Configura-se ilegítima a quebra de sigilo bancário de listagem genérica, com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). 3. Ressalva da possibilidade de o Ministério Público Federal formular pedido específico, sobre pessoas identificadas, definindo e justificando com exatidão a sua pretensão. 4. Agravo provido parcialmente. (Inq 2245 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2006, DJ 9-11-2007 PP-00031).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-dez-02/acordos-troca-informacoes-tributarias-disciplinados/>