

TROCA DE INFORMAÇÕES FISCAIS E PROTEÇÃO DO CONTRIBUINTE*

EXCHANGE OF TAX INFORMATION AND TAXPAYERS' RIGHTS

Carlos Otávio Ferreira de Almeida^{**}

Gabriel Marques Mostaço^{***}

RESUMO: O presente trabalho analisa a troca automática e multilateral de informação fiscal, tomando por base as garantias fundamentais do contribuinte. Para tanto, contextualiza o combate internacional à evasão fiscal por meio da adoção do modelo automático e multilateral de troca de informações pelo Brasil. Demais disso, o trabalho objetiva investigar se o célere avanço da cooperação fiscal internacional, que dota autoridades fazendárias de maior poder investigativo, tem correspondente intensidade na elaboração de estruturas mínimas de proteção dos contribuintes, tema de relevo aos direitos fundamentais, especialmente protegidos pela ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Cooperação fiscal internacional. Multilateralismo. Proteção do Contribuinte. Transparência. Troca Automática de Informações Fiscais.

ABSTRACT: This paper investigates the automatic and multilateral exchange of fiscal information, having the fundamental guaranties of taxpayers as a paradigm. To do so, it contextualizes the international efforts against tax evasion through the adoption of the automatic and multilateral model of exchanging information by Brazil. In addition, this study aims to investigate whether the rapid advance of international tax cooperation, which endows tax authorities greater investigative power, has a corresponding intensity in the elaboration of minimum structures for protecting taxpayers, a crucial matter to fundamental rights, especially preserved by the Brazilian legal system.

Keywords: International tax cooperation. Multilateralism. Taxpayers' Fundamental Rights. Transparency. Automatic Exchange of Fiscal Information.

1. INTRODUÇÃO

* Recebido em: 04.08.2017

Aceito em: 06.09.2017

^{**} Professor-Pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Pesquisador Visitante na Wirtschafts Universität Wien – WU; Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Tributário pela University of Florida (Levin - US). **Campinas – SP. E-mail: cofalmeida@hotmail.com**

^{***} Advogado em São Paulo; Bacharel em Direito pela PUC – Campinas. **Campinas – SP. E-mail: gamostaco@gmail.com**

A Constituição Federal de 1988 trouxe abordagem mais profunda dos direitos fundamentais dos contribuintes (art.5º) e valorizou a cooperação internacional para o progresso da humanidade (art.4º, IX), o que se torna de particular interesse em matéria tributária diante do arcabouço internacional, em corrente construção, para efetivar a troca de informações fiscais.

No que atualmente se denomina *Revolução Tecnológica*, a globalização se tornou central, suscitando a criação de uma economia interdependente. Em termos tributários, o binômio globalização-progresso tecnológico revela maiores condições investigativas ao fisco, ao mesmo passo em que franqueia melhores condições a complexas estruturas elisivas.

A OCDE-Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em seu relatório *Harmful Tax Competition*, publicado no ano de 1988, ao constatar que efeitos da evasão fiscal, como erosão da base do Estado, seriam comuns no cenário internacional, recomendou se intensificasse, entre os países, a cooperação internacional em matéria de transparência e troca efetiva de informações – atualmente os dois pilares do combate à evasão fiscal.

O Brasil é uma jurisdição cooperante no cenário internacional e utiliza a cláusula de intercâmbio de dados constante do Artigo 26 da Convenção Modelo da OCDE para evitar a dupla tributação em seus acordos. Apesar disso, a evasão de receitas é deveras significativa no sistema brasileiro. Em 2011¹, o País ocupava o segundo lugar entre os mais afetados pela evasão fiscal no mundo, fato que

¹ Dados da Tax Justice Network, publicados em novembro de 2011, estimaram as perdas brasileiras em US\$ 280,11 bilhões, atrás apenas dos EUA, cujas perdas somaram US\$ 337,34 bilhões. Disponível em: <http://www.tackletaxhavens.com/Cost_of_Tax_Abuse_TJN%20Research_23rd_Nov_2011.pdf> Acesso em: 02/06/2017.

sugere a necessidade de maior dinamismo no combate a estruturas abusivas de planejamento tributário.

Após mais de vinte anos de pesquisas, a OCDE sugeriu um novo padrão para troca de informações fiscais, mais amplo e mais ágil, já que priorizando multilateralismo e automaticidade. Sem dúvidas, a mudança de paradigma exigiria atuação das jurisdições para se conformarem à nova realidade, não apenas do ponto de vista logístico, mas também legislativo. Assim, o Brasil assinou a Convenção Multilateral para Mútua Assistência em Matéria Fiscal² em 2011 e se comprometeu com a Declaração *Automatic Exchange of Information in Tax Matters* (AEOI)³ em 2014, ocasião em que representantes oficiais de 47 países, além da União Europeia, reforçaram a intenção de combater práticas de *non-compliance* através de trocas periódicas e automáticas de informação, abrangendo, dali por diante, também a troca automática de informações sobre contas financeiras.

Apesar da importância de tais recursos para a política fiscal brasileira, fato é que, em âmbito internacional, o procedimento de troca de informações, ao menos até o momento, não costuma ser acompanhado por uma estrutura de garantias mínimas dos contribuintes. Dada essa realidade, a rapidez e a eficiência na atuação dos Estados deveriam encontrar contrapeso nos direitos fundamentais, que desempenham papel de destaque na concretização da justiça. Destarte, o presente artigo investiga, sob o aspecto brasileiro, a implantação harmoniosa dos novos padrões internacionais de troca de informações fiscais e

² Doravante referida como “Convenção Multilateral”.

³ OECD, **Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters**, 2014a. Disponível em: <<https://www.oecd.org/mcm/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>>. Acesso em: 02/06/2017.

se, e como, seria necessário, com base em garantias do contribuinte, melhor integrá-lo ao procedimento de troca de informações.

O desenvolvimento do texto atende ao método hipotético-dedutivo, resultante da consulta a referencial bibliográfico adstrito ao combate à evasão fiscal pela troca de informações. Logo, outras formas de cooperação jurídica em matéria tributária fogem ao escopo do trabalho, que será realizado pelo confronto de benefícios e desvantagens relacionadas à troca automática e multilateral de informação para o Brasil.

O percurso até as conclusões deverá refletir os deveres de transparência e boa governança, que determinam ao Estado a observância de garantias fundamentais do contribuinte envolvido no procedimento de troca de informações. Disso decorreria uma aproximação mais aberta e dialógica do próprio procedimento fiscal, imprescindível ao incentivo do *compliance* voluntário em um sistema de alta complexidade.

2. TRIBUTAÇÃO, GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE EM REDE

Uma das facetas mais complexas do contemporâneo é o fenômeno da globalização, que segue transformações nas áreas de comunicação e transportes, aumentando significativamente o intercâmbio de capital, pessoas, bens e tecnologias entre países que tenham ou não proximidade territorial ou cultural.

Inserida na fluidez das relações sociais, a globalização impõe um novo panorama de integração entre países, melhor delimitado pela sociedade em rede. O conceito incluído na teoria social salienta como a difusão de tecnologias de informação e comunicação por todo o mundo fez com que as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação de capital, trabalho, matéria

prima, informação e tecnologia, se organizassem mediante uma rede global de conexão entre agentes econômicos⁴.

É a partir das inúmeras transformações provocadas pela sociedade em rede, que se pode constatar interferência significativa sobre as instituições sociais, em termos econômicos e jurídicos. Como efeito, a interligação gerada pela rede e suas conexões acarreta uma relativização de conceitos jurídicos cunhados com outro compasso tecnológico e social, como a soberania, o território e a jurisdição. No Estado contemporâneo, a variável global impõe a incorporação de questões e interesses de feição internacional à soberania⁵ e, desta máxima, não escapa a tributação, crescentemente dependente da cooperação fiscal entre diferentes jurisdições.

2.1 a base jurídica brasileira para troca de informações fiscais

O Brasil, em suas relações internacionais, será regido pela cooperação entre as nações com o objetivo de progresso da humanidade, consoante o comando constitucional do Artigo 4º, IX. Na sistemática do Código Tributário Nacional (CTN), há expressa autorização para que a Fazenda Pública da União permute informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios (art. 199, parágrafo único). Atualmente, o Brasil possui 33 acordos para evitar a dupla tributação no modelo proposto pela OCDE, os quais possibilitam a troca de informações mediante o Artigo 26⁶. Além destes, estão em vigor um acordo para a troca de informações (TIEA) e um acordo para cooperação

⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. 1, 8. ed. rev. ampl. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p.119.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011, p.425.

⁶ Em alguns tratados brasileiros a troca de informações consta do Artigo 25.

intergovernamental (IGA) com os EUA. Demais disso, em 1º de outubro de 2016 entrou em vigor a Convenção Multilateral, ratificada pelo Congresso Nacional no mês de abril, e depositada perante a OCDE em 1º de Junho do mesmo ano⁷.

Ocorre que, a despeito da razoável quantidade de acordos em matéria tributária, até que a Convenção Multilateral entrasse em vigor, somente um dispositivo previa a troca automática de informações relativas a contribuintes: o acordo para cooperação intergovernamental (IGA) firmado com os EUA e utilizado como base jurídica para implantar as normas da *FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)* em âmbito nacional. Em virtude da evolução das tecnologias de comunicação e transporte na sociedade em rede em que vivemos, a troca automática comportaria alto grau de cooperação entre os Estados, atuando como um instrumento efetivo na rastreabilidade de potenciais receitas. Isto pois, as diretrizes da OCDE para o intercâmbio automático de informação estão intimamente ligadas ao monitoramento periódico do sujeito passivo, mediante constante atualização de seus dados, como domicílio fiscal, rendimentos auferidos, juros, *royalties*, ganhos de capital, comissões, salários entre outros, aos parceiros cooperantes.

A modernidade dos sistemas tecnológicos e o decorrente surgimento do comércio eletrônico, permitem o fluxo constante de enormes somas de dinheiro entre países, o que pode facilitar práticas de evasão fiscal⁸. Neste cenário, ressalta-se a importância de uma monitoração periódica do sujeito passivo.

⁷ Dados da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/junho/brasil-ratifica-a-convencao-multilateral-e-tera-amplo-acesso-a-informacoes-tributarias-do-exterior>>. Acesso em: 02/06/17.

⁸ VASCONCELLOS, Stela M. S. Os Paraísos fiscais e a evasão fiscal. **Revista Opinião Jurídica**, n.14, janeiro-dezembro 2012, p.344.

Na cúpula do G-20, em 2014, foram apresentados planos para a implantação da troca automática e multilateral de informações, com prazos que se estendem por 2017 e 2018. O Brasil, mediante interesses afins ao da cúpula, firmou compromisso, por meio da Declaração *Automatic Exchange of Information in Tax Matters* (AEOI), de adotar os padrões para troca periódica e em rede que congrega cerca de 98 países, com prazo de implementação fixado até a primeira metade de 2018⁹.

Este novo momento iniciado pelo País se fortalece com a adoção da Convenção Multilateral, assinada em 2011 - logo após a reestruturação de seu texto, por demanda do G20, para atender aos padrões globais de troca de informação e franquear o ingresso de qualquer país interessado, com particular ênfase aos emergentes.

2.2 o multilateralismo

Ao firmar a Convenção Multilateral, os países se comprometem a criar uma rede de conexões para assistência mútua, que compreende a troca de informações fiscais, a assistência efetiva na cobrança de tributos e o fornecimento de documentos necessários para instruir procedimentos judiciais e administrativos em curso nos países contratantes. Este nível de cooperação entre países tornou-se possível em virtude de um interesse comum a todos: combater a perda de receitas e o desgaste das bases de arrecadação por práticas evasivas¹⁰.

⁹ OECD, **The Global Forum on Transparency and Exchange of information for tax purposes** – Tax Transparency Report on Progress, 2015a, p17. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-annual-report2015.pdf>>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁰ Exemplo do aumento são as empresas relacionadas na lista das Fortune 500, que dobraram seus índices de evasão fiscal entre 2009 e 2015, atingindo patamares de 2.5 trilhões de dólares mantidos em regimes preferenciais, cf. dados da Citizens for Tax Justice, 2016. Disponível em: <<http://ctj.org/pdf/offshoreshellgames2016.pdf>>. Acesso em: 02/06/2017.

O multilateralismo decerto enseja maior complexidade à atuação fiscal, que deve continuar a garantir a fonte de custeio prioritária para o Estado dentro de uma estrutura incorporada em rede, na qual as proteções conferidas ao contribuinte em termos de direito de defesa não podem ser negligenciadas. Com efeito, eventual procedimento de cobrança que necessite de informações colhidas em outros países deverá ser suficientemente prudente para observar que outros sistemas jurídicos, lastreados pela própria soberania, adotam diversas questões de ordem pública, bem como conferem distintas garantias e regras de sigilo aos contribuintes.

Ao vencer diversas dificuldades e conseguir as informações necessárias para a constatação de eventual evasão de receitas, os bens do devedor podem estar localizados em um terceiro país, diverso dos que partilham a informação, frustrando sobremaneira a efetividade da cobrança. Sob tal enfoque, a manutenção do modelo de construção dos acordos de bitributação em arranjos bilaterais pode até ganhar esporádicas batalhas, mas certamente sucumbirá na guerra contra a evasão fiscal¹¹.

Em meio à sociedade em rede, espera-se que a atuação cooperativa dos Estados trace novas respostas ao Direito e contribua para o bem-estar geral. Uma vez que a Convenção Multilateral representa instrumento singular, capaz de impor nova lógica mundial ao procedimento de troca de informações fiscais, é razoável que sua utilização observe diretrizes que orientam o multilateralismo na União Europeia, já mais sedimentado no aspecto da flexibilização de fronteiras.

No Direito Comunitário Europeu, as diretrizes que estruturam o intercâmbio de informações entre Estados-membros estão esboçadas em duas

¹¹ AVI-YONAH, Reuven S.; SAVIR, Gil. IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness? University of Michigan Law School: **Public Law and Legal Theory** Working Paper Series, n.384, 2014, p.15.

grandes áreas: referentes ao procedimento de troca de informação em si e aquelas que dizem respeito ao uso das informações transmitidas. As diretrizes *da equivalência, da reciprocidade, da subsidiariedade e da atuação por conta própria* estão relacionadas à efetiva aquisição dos dados de contribuintes. De outro lado, as diretrizes *da especialidade e da confidencialidade* devem servir de norte para o uso das informações adquiridas¹².

Neste sentido, o uso das informações transmitidas entre membros da União Europeia se reveste de verdadeiras garantias ao procedimento de troca de informações, já que a diretriz de especialidade prevê que a informação alvo de requisição somente será utilizada para o fim que justificou sua solicitação, bem como a confidencialidade implica que as informações recebidas somente serão divulgadas à autoridade requisitante e não a particulares ou terceiros estranhos ao procedimento¹³. Aliás, ambas constam do modelo da OCDE, no Artigo 22 da Convenção Multilateral¹⁴, como uma forma de proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes¹⁵.

Em relação ao Brasil, a discussão dos direitos fundamentais por tempos esbarrou no sigilo bancário, questão chave no conflito entre privacidade e transparência, como se verá a seguir.

¹² PEREIRA, Ricardo Rodrigues. A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-membros da União Europeia (Parte II). **Revista Fiscal**, n.3, maio-junho 2012, p.11.

¹³ ESPINOSA, María del Prado Merino; CORREA, Francisco José Nocete. El Intercambio de Información Tributaria em el Derecho Internacional, Europeo y Español. **Documentos: Instituto de Estudios Fiscales**, n.6, 2011, p.30.

¹⁴ Cf. o Artigo 22 (1): “Any information obtained by a Party under this Convention shall be treated as secret and protected in the same manner as information obtained under the domestic law of that Party [...]”. No mesmo sentido, o Artigo 22 (2) determina que: “Such information shall in any case be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative or supervisory bodies) concerned with the assessment, collection or recovery of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, taxes of that Party, or the oversight of the above”.

¹⁵ Ainda que não estivesse determinado nos modelos de Tratado firmados pelo Brasil, o Art. 198 do Código Tributário Nacional prevê o dever de confidencialidade por parte de seus agentes.

2.3 sigilo bancário e troca automática de informações

Diversos são os dispositivos protetores da privacidade dos cidadãos em âmbito internacional¹⁶, no entanto, dúvidas remanescem quanto à extensão desses direitos e seus correlatos em jurisdições diversas, regimes democráticos como o Brasil. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o intuito de reconhecer a dignidade, a igualdade e a inalienabilidade de direitos após um período de banalização da vida humana, estabeleceu diversas barreiras ao poder do Estado, erigindo o respeito à privacidade como um direito fundamental geral. Ao fazê-lo, contudo, não o definiu como absoluto e irrestrito, reconhecendo suas limitações ante questões de ordem pública ou como forma de preservar a moralidade¹⁷.

Neste giro, a garantia de privacidade também não é absoluta em nosso ordenamento, vez que breve análise sistemática da Constituição Federal revela a função fiscalizadora do Estado, que seria bastante para afastar a privacidade irrestrita. Contudo, se tal proteção não é absoluta, tampouco poderá ser mínima, restando indagações sobre o limite da atuação fiscalizadora do Estado frente às garantias de privacidade e de sigilo de dados do contribuinte.

Em mais de uma ocasião, em sede de lei complementar, o legislador abordou a questão do sigilo bancário. Assim, o Código Tributário Nacional (CTN - Lei 5.172/66) prevê, em seu Artigo 197, que os bancos são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham em relação aos bens, negócios ou atividade de terceiros. Na mesma esteira, o artigo 6º da

¹⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Ratificada e promulgada pelo Brasil no Decreto 678/92), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, diversas recomendações do Conselho da OCDE, Convenção 108/81 do Conselho da Europa, entre outros.

¹⁷ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. International Tax Cooperation, Taxpayers' Rights and Bank Secrecy: Brazilian Difficulties to Fit Global Standards. **Law and Business Review of the Americas**, v.21, n. 3, 2015, p.118.

Lei Complementar 105/01 dita a possibilidade de autoridades fiscais da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios terem acesso a informações bancárias indispensáveis à conclusão de procedimento fiscal em curso ou de procedimento administrativo.

Com efeito, esta atuação mais recente do legislador complementar para concretizar a função fiscalizadora do Estado, num cenário extremamente mais desafiador que o de cerca de meio século atrás, quando da edição do CTN, no tocante aos dados mantidos por instituições financeiras, suscitou dúvidas quanto à sua constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal optou em 2010, fruto de apertada decisão por apenas um voto, pela cláusula de reserva de jurisdição para a fiscalização das autoridades fazendárias¹⁸. Em suma, qualquer procedimento que pretendesse levantar o sigilo bancário deveria ser precedido de uma ordem judicial.

Entretanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2390/DF¹⁹ e outros recursos correlatos, o STF revisitou o tema e alterou seu entendimento, dando prevalência ao que determina a legislação complementar. O voto vencedor foi aquele proferido pelo Relator Min. Dias Toffoli, que merece breve destaque em suas razões.

Os argumentos da decisão podem ser divididos em três partes: I- a inexistência de violação a direito fundamental (notadamente à intimidade), pois não haveria quebra de sigilo bancário ao se transmitir dados do contribuinte para a autoridade fazendária, mas, ao contrário, a reafirmação daquele direito por meio do sigilo fiscal; II- a confluência entre os deveres do contribuinte (dever

¹⁸ Decisão proferida no Recurso Extraordinário 389.808/PR, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2390/DF**. Requerente: Partido Social Liberal (PSL) e outros. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 02/06/2017.

fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (dever de bem tributar e fiscalizar); e, III- atenção aos compromissos firmados pelo Brasil em termos de cooperação internacional.

A primeira parte do voto já vem sendo debatida de longa data na doutrina, porquanto o CTN, expressamente, prevê o dever de sigilo por parte da administração tributária no trato com informações de contribuintes. Na prática, haveria uma transferência dos deveres de sigilo da instituição financeira para o fisco, cuja atuação, sempre no bojo de procedimento administrativo regularmente instaurado, deverá ser específica e motivada. Tratar-se-ia, em síntese, de transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

O segundo eixo argumentativo da decisão está ligado ao dever de fiscalizar e apurar a capacidade contributiva dos jurisdicionados por parte da administração fazendária, constante do Artigo 145 da Constituição Federal. O dever fiscalizatório deve respeito aos princípios basilares do sistema tributário, pautados na justiça social e na justiça fiscal, das quais decorrem o princípio da capacidade contributiva, todos concretizados pela atuação do fisco²⁰. Ao encontro deste arcabouço eminentemente democrático, em um Estado contemporâneo deve fluir o dever de cidadania do tributo, caracterizado pelo dever fundamental do jurisdicionado em contribuir com a organização social que lhe envolve²¹.

No Estado social fiscal, ao evadir tributos, o jurisdicionado viola a isonomia e a capacidade contributiva, quebrando a solidariedade na tributação. Com o intuito de evitar tal situação, há sistemas jurídicos que relativizam o direito

²⁰ BONOMO, Carla. A eficácia da capacidade contributiva e a justiça social. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.4, n.2, maio-agosto 2009, p.31.

²¹ FREITAS, Maria C. C. de A.; BORGES, Antônio de M. Combate à elisão fiscal: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDiet**, Brasília, v.11, n.2, julho-dezembro 2016, p.203.

ao sigilo, como no exemplo do efeito de deterrence (*deterrence effect*), cujo objetivo é a indução de condutas do contribuinte para o cumprimento tributário (*tax compliance*).

Nos EUA, o sigilo vem sendo analisado pelos efeitos comportamentais que produz no sistema tributário. Sob tal enfoque, o *Internal Revenue Service (IRS)*²² divulga na mídia alguns casos específicos de contribuintes envolvidos em atividades ilícitas ou abusivas, demonstrando a detecção pelo fisco e a correspondente e severa punição. A maioria das propagandas é realizada nas semanas que antecedem o *tax day*²³, como forma de estimular uma percepção exagerada do contribuinte quanto às duras punições civis e criminais que decorrem do ilícito tributário²⁴.

É fácil observar que a privacidade e suas decorrências, como o sigilo fiscal e bancário, são fenômenos multifacetados que não resultam de decisões estanques por parte de quem os opera, ou deles se vale. Antes da decisão proferida pelo STF, indagava-se a respeito dos compromissos firmados pelo Brasil em âmbito internacional e quais seriam os possíveis impactos destes para a ordem jurídica constitucional. Atualmente, com o fim da cláusula de reserva de jurisdição nos procedimentos fiscalizatórios, instrumentos mais recentes em termos de troca de informação podem ser colocados em prática com maior celeridade.

2.4 cooperação fiscal e transparência internacional

²² *Internal Revenue Service* é o órgão fazendário dos EUA que se assemelha à Receita Federal do Brasil.

²³ Representa o último dia do prazo para protocolo das declarações do imposto de renda.

²⁴ BLANK, Joshua D. Tax Privacy and Tax Compliance in the United States. In: SANTI, E. M. D de; CHRISTOPOULOS, B. G.; ZUGMAN, D.L.; BASTOS, F. S. **Transparência fiscal e desenvolvimento** – Homenagem ao professor Isaías Coelho. São Paulo: Fiscosoft Editora, 2013, p. 376-377.

A cooperação em matéria fiscal atua para reconhecer o avanço tecnológico como um fenômeno rapidamente adaptado por empresas transnacionais, mas nem tanto por diversos Estados. Para reduzir as disparidades entre administração fazendária e contribuinte, possibilitando que a primeira conheça transações irregulares que escapam à sua jurisdição, são necessários instrumentos efetivos capazes de permitir a repatriação de recursos e a punição dos envolvidos em atividades ilícitas.

Há, no cenário internacional, possibilidades efetivas para a cooperação entre países no combate à evasão fiscal. A primeira marca é levantada de longa data pela OCDE em diversos de seus instrumentos, com manifestação de maior amplitude naquele que aproximou o G-20 do Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Fiscais, comprometidos com a implantação da troca automática e multilateral de informações.

Diversa possibilidade foi defendida pela Suíça nos acordos Rubik, em que se aceitava cooperar e mesmo recolher, através de instituições financeiras, os tributos devidos aos Estados de residência dos investidores, desde que se preservasse a privacidade de clientes.

Uma terceira via de cooperação foi desenvolvida pelos EUA, através de seu instrumento de troca de informações fiscais denominado *FATCA*²⁵, que foi proposto como resposta ao escândalo do Banco UBS, que atuava como intermediário de fraudes fiscais praticadas por cidadãos americanos e que acabou por ser incorporado pela campanha do Presidente Barack Obama para combate à evasão fiscal de *offshores*²⁶.

²⁵ CAVELTI, Luzius U. Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation. **World Tax Journal**, 2013, p.197.

²⁶ Atividades de evasão fiscal por *offshore* são realizadas fora do país de domicílio dos contribuintes, usualmente em jurisdições que garantem sigilo bancário e anonimato, facilitando que pessoas físicas deixem de relatar perante autoridade fiscal nacional, ou relatem

As distinções entre os modelos revelam, invariavelmente, a mesma dualidade apresentada anteriormente, caracterizada pela disputa entre o sigilo bancário e a transparência fiscal. Mesmo que aparentemente sozinha na luta contra a quebra dos sigilos, é inegável que a Suíça tem um papel de destaque na economia mundial. Prova disso são os dados do Banco Mundial, relativos ao ano de 2015, nos quais o fluxo de investimento estrangeiro direto (IED) para a Suíça é apontado como superior ao fluxo destinado a países com dimensões territoriais muito maiores, como França, Alemanha e Itália²⁷. Contudo, é ali que também se encontram as partes mais ativas na incorporação de empresas *offshore*, denunciadas pelo caso dos "*Panama papers*"²⁸.

O modelo proposto pelo governo Suíço, denominado *RUBIK*, pretende estabelecer um sistema automático no qual as instituições financeiras intermediárias, respeitando alíquotas estabelecidas pelos países de residência, deverão reter o tributo devido por contribuintes em operações *offshore*, devolvendo a receita tributada de maneira anônima àquele país de origem. Ao atuar desta maneira, não é necessário que o contribuinte declare sua renda obtida no exterior, e tampouco que tenha seus dados divulgados ao país de residência, isto é, a troca de informações acaba substituída pelo retorno do capital evadido, e a punição dos envolvidos acaba impossibilitada pela garantia de anonimato²⁹.

a menor, seus rendimentos auferidos em contas no exterior Cf. GRINBERG, Itai. Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System. Georgetown Law: **The Scholarly Commons**, 2012, p.2.

²⁷ Dados relativos ao Fluxo de Investimento estrangeiro direto (IED) no ano de 2015. Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD/countries/FR-CH-IT-ES?order=wba_pi_data_value_2015%20wbapi_data_value%20wbapi_data_value-last&sort=asc&display=default> Acesso em: 02/06/2017.

²⁸ Caso que envolveu mais de 210.000 empresas *offshore*, constituídas ao longo de 40 anos, em mais de 21 jurisdições diferentes. Disponível em: <<https://panamapapers.icij.org/graphs/>>. Acesso em: 02/07/2017.

²⁹ PISTONE, Pasquale. Exchange of Information and Rubik Agreements: The perspective of an EU academic. **Bulletin for International Taxation**, v.67, n.4/5, 2013. p.217.

Na prática, o *RUBIK* sofre severas críticas por não desestimular a prática da infração. Além disso, por não cobrir diversos tipos de rendimentos (*royalties*, por exemplo) e por segregar contribuintes mais ricos daqueles com menos possibilidades financeiras para um planejamento tributário agressivo, é que o modelo suíço seria pouco eficaz para os padrões globais de combate à evasão fiscal³⁰. Em suma, para contribuintes que pretendam evadir receitas, o *RUBIK* gera um vasto campo de escolha, colocando preço no anonimato³¹.

Como antítese ao modelo Suíço, a *Foreign Account Tax Compliance Act* - *FATCA* é um instrumento que preza pela transparência de dados. Em resposta aos diversos movimentos internos que pretendiam o combate à evasão fiscal, o Congresso dos EUA aprovou, sem grandes discussões, a primeira versão da *FATCA*, legislação que atinge contribuintes norte-americanos e instituições financeiras espalhados pelo mundo.

O fluxo inicial de informações da *FATCA* era unilateral e beneficiava somente o governo estadunidense, enquanto que as instituições financeiras de outros países eram obrigadas a fornecer diversas informações de cidadãos norte-americanos, sob pena de uma retenção na fonte de 30% sobre qualquer tipo de rendimento proveniente dos EUA. As consequências iniciais desta medida foram claras: elevação dos custos de *compliance* dos bancos³² que, muitas vezes, deveriam quebrar vínculos contratuais existentes; e violação do sigilo de dados

³⁰ GRINBERG, Itai. Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System. Georgetown Law: **The Scholarly Commons**, 2012, p.33.

³¹ PISTONE, Pasquale. Exchange of Information and Rubik Agreements: The perspective of an EU academic. **Bulletin for International Taxation**, v.67, n.4/5, 2013, p.220.

³² AVI-YONAH, Reuven S.; SAVIR, Gil. IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness? University of Michigan Law School: **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n.384, 2014, p.1.

ou de normas domésticas da residência dos bancos, somente para evitar as punições da *FATCA*³³.

A política agressiva da *FATCA* registrou mais de oitenta adesões já em seus primeiros anos de vigência³⁴. Desta forma, em 2012, os EUA, juntamente com França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido, anunciaram um pacote de medidas para solucionar os problemas suscitados pela inovadora norma, tratando sua implantação por meio dos *Intergovernmental Agreements* (IGAs). Nessa fase, a obrigação de remessa dos dados ao *IRS* americano seria do país contratante, diminuindo os custos de *compliance* impostos aos bancos. Em troca, alguns acordos previram a possibilidade de os países contratantes pedirem informações aos EUA, iniciando um modelo recíproco, porém desbalanceado.

Com efeito, a reciprocidade não deve ser compreendida em seu mais amplo sentido no âmbito da *FATCA* posto que, na prática, o Estado consignatário de um IGA com os EUA se vincula ao fornecimento de informações sobre enorme gama de rendimentos e até à disponibilização de balanços financeiros do contribuinte norte-americano, enquanto que as informações prestadas pelos EUA encontrariam limites no ordenamento doméstico, o que resultaria em escopo menor de rendimentos e não fornecimento de dados, como, por exemplo, balanço de contribuintes³⁵. Além disso, por serem os EUA o único país no mundo a tributar nacionais que vivem permanentemente fora do território, pelo critério de bases universais, há enorme disparidade entre o número de contribuintes

³³ GRINBERG, Itai. Beyond *FATCA*: An Evolutionary Moment for the International Tax System. Georgetown Law: **The Scholarly Commons**, 2012, p.25.

³⁴ Matéria da Revista Forbes. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2014/10/30/51-nations-swap-offshore-account-tax-data-fatca-on-steriods/#48c48d816026>>. Acesso em: 02/07/2017.

³⁵ GRINBERG, Itai. Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will *FATCA* Open the Door? Georgetown Law: **Public Law Research Paper**, n. 13-031, 2013, p.12.

visados pelo *IRS* e o número de contribuintes visados por outros países contratantes que teriam contas em bancos americanos, vis-à-vis³⁶.

É inegável que a *FATCA* trilhou as bases para a troca automática de informações, porém maior eficácia no combate à evasão fiscal internacional pressupõe maior paridade entre os contratantes. Reconhecer a perda de receita tributável como um problema da ordem internacional contemporânea é regressar àquilo já alertado pela OCDE em seu Relatório de 1998, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*.

No âmbito da OCDE, a cooperação apresentada pelo Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Fiscais³⁷ congrega as mais inovadoras tendências do procedimento de troca automática e periódica de informações, pretendendo corrigir críticas aos modelos anteriores. A Declaração denominada *Automatic Exchange of Information in Tax Matters* (AEOI), esboçada pelo Fórum Global, foi adotada pelo Brasil em maio de 2014 e tem período de implantação até a primeira metade de 2018.

O padrão adotado pela Declaração é parecido com o modelo recíproco utilizado pela *FATCA* após a implantação dos *IGA*, por tratar a troca de informações como um dever do Estado contratante, no qual as instituições financeiras somente estão comprometidas a coletar e repassar as informações fiscais relevantes para a administração fazendária nacional. A principal justificativa para utilização dos mesmos padrões é a redução dos custos de implantação para os países, já que muitos estão comprometidos com a *FATCA* e não precisariam reinvestir capital e tecnologia em um modelo completamente diferente. Entretanto, a OCDE fez questão de mencionar que algumas diferenças foram

³⁶ AVI-YONAH, Reuven S.; SAVIR, Gil. IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness? University of Michigan Law School: **Public Law and Legal Theory** Working Paper Series, n.384, 2014, p.2.

³⁷ Doravante Fórum Global.

adotadas, visando eliminar aspectos que favoreciam o modelo bilateral em detrimento do multilateral³⁸.

Esta redução dos custos de implantação, em conjunto com o objetivo de uniformizar a prática internacional para a troca automática de informação, favorece o acesso de países emergentes aos padrões globais de combate à evasão fiscal. Neste mesmo giro, uma organização multilateral seria um foro apropriado para a manifestação do interesse de países emergentes, já que em arranjos bilaterais, usualmente os países mais desenvolvidos escolhem com quem firmar acordos, restando pouco poder de barganha ao menos desenvolvidos³⁹. No âmbito da troca de informação fiscal, o estímulo resultante para a assinatura de acordos em matéria tributária pode ser atrativo ao investimento estrangeiro direto (IED). Neste cenário, é possível que os países em desenvolvimento busquem maior equidade na distribuição do direito de tributar⁴⁰.

2.5 a troca automática de informações sobre contas financeiras

A Declaração *Automatic Exchange of Information in Tax Matters* (AEOI) abrange o padrão desenvolvido pela OCDE, em conjunto com o G-20, para a troca automática de informações sobre contas financeiras, baseado em dois principais componentes, o *Padrão de Declaração Comum (CRS)* e o *Acordo de Autoridades*

³⁸ OECD, **Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: The CRS Implementation handbook**, 2015b, p.22. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf>>. Acesso em: 20/07/2017.

³⁹ CHRISTIANS, Allison. Global Trends and Constraints on Tax Policy in the Least Developed Countries. University of Wisconsin Law School: **Legal Studies Research Paper Series**, n.1086, 2009, p.2.

⁴⁰ PAOLINI, Dimitri; PISTONE, Pasquale; PULINA, Giuseppe; ZAGLER, Martin. Tax Treaties and the Allocation of Taxing Rights with Developing Countries. Vienna University of Economics and Business: **WU International Taxation Research Paper Series**, n.2012-08, 2012, p.29.

*Competentes (CAA)*⁴¹. O primeiro contém informações a serem reportadas e diligências que deverão ser impostas às instituições financeiras na identificação, coleta e remessa de dados considerados importantes. O segundo prevê regras detalhadas sobre o procedimento de troca das informações em relações bi ou multilaterais, sobre quando e como as trocas serão efetuadas, regras de confidencialidade, garantias dos cidadãos, entre outras.

Sob tal enfoque, o processo de implantação é separado em quatro grandes etapas, que deverão ser atendidas pelos países que pretendem adotar a troca automática de informações: (i) internalizar a legislação aplicável às instituições financeiras, incluindo regras que garantam sua eficiência, ou seja, adotar o *CRS* na legislação doméstica; (ii) selecionar uma base jurídica para a troca automática de informações, e celebrar o *CAA* bilateral ou multilateral; (iii) providenciar infraestrutura administrativa e tecnológica suficiente para atender aos requisitos de envio periódico, e; (iv) proteger a confidencialidade e o sigilo dos dados.

O Brasil promulgou o texto da Convenção Multilateral para Mútua Assistência em Matéria Fiscal pelo Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016, instrumento que servirá de base jurídica para a troca automática de informações. No mesmo período, foi expedida pela Receita Federal do Brasil, a Instrução Normativa nº 1.680⁴², que dispõe sobre a implantação dos procedimentos previstos no *CRS* em âmbito nacional.

Uma visão rápida demonstra que o escopo de informações a serem trocadas é o maior já pretendido em termos de cooperação fiscal, incluindo todos os tipos de rendimento - investimentos, juros, dividendos, ou outros previstos

⁴¹ *Common Reporting Standard (CRS)* e o *Competent Authority Agreement (CAA)*.

⁴² No mesmo período foi expedida a Instrução Normativa nº 1.681, que dispõe sobre a obrigatoriedade da declaração país-a-país, prevista na Ação nº 13 do plano *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* da OCDE.

em contratos de seguros e similares. Serão também intercambiadas informações sobre balanços financeiros e receitas decorrentes da venda de bens relacionadas às contas bancárias de pessoas físicas ou jurídicas, incluindo *trusts*⁴³ e fundações⁴⁴.

O padrão de declaração comum relaciona os intermediários que deverão coletar e repassar os dados para a administração fazendária, tais como bancos e demais entidades que atuam no mercado financeiro - depositários, corretores, companhias de seguro, entre outras. Em geral, o *CRS* define um rol de entidades mais abrangente que os acordos da *FATCA* e segrega as instituições financeiras entre as que devem coletar e repassar os dados e aquelas que estão exoneradas do ônus de intermediar a troca de dados, por não conferirem risco à evasão de tributos por parte dos contribuintes⁴⁵.

No mesmo sentido, as bases jurídicas que possibilitam a implantação da troca automática são diversas, passando pelos modelos de acordo para evitar a dupla tributação que tenham o Artigo 26 atualizado, os acordos para troca de informação (TIEA), ou a Convenção Multilateral para Mútua Assistência em Matéria Fiscal.

Com isso, após adotar a Convenção Multilateral e firmar o *CAA* em bases multilaterais, instrumento vital para harmonizar e fornecer diretrizes procedimentais sobre a troca de informações, o Brasil assumiu integralmente o padrão lançado pela OCDE, situando-se nas últimas etapas do processo de

⁴³ *Trusts* são sociedades típicas da *Common Law* criadas através da transferência de patrimônio de um instituidor, para outra pessoa chamada de *trustee*, sobre quem recai a administração do patrimônio afetado em favor do depositante ou de outra pessoa por ele indicada (eventual beneficiário).

⁴⁴ OECD, **Common Reporting Standard (CRS): Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters**. Paris: OECD Publishing, 2014b.

⁴⁵ PANAYI, Christiana H. J. I. Current Trends on Automatic Exchange of Information. **Singapore Management University School of Accountancy Research Paper**, n. S-43, 2016, p.24.

implantação. Nesse momento, a discussão quanto à proteção dos contribuintes ganha destaque. Segundo o disposto na Seção 5 do *CAA*, que trata do dever de confidencialidade dos dados obtidos no procedimento de troca de informação, bem como das garantias pessoais conferidas aos contribuintes, trocas de dados deverão obedecer à extensão dos direitos pactuados na Convenção Multilateral. Esta, por sua vez, tratou da matéria nos Artigos 21 e 22, disciplinando as garantias do contribuinte.

É com base nas potencialidades da troca de informação, notadamente pela quantidade de dados sigilosos transmitidos entre países, que se faz necessária a observância dos limites do procedimento. Impor limites à troca de informação configura um dever de boa governança por parte do Estado contemporâneo, que deve buscar eficiência dentro das balizas impostas pela lei.

2.6 a proteção do contribuinte no âmbito do caa

A proteção dos contribuintes é somente um dos limites ao dever de prestar assistência e trocar informações fiscais. Contudo, a corrida pela transparência iniciada pela OCDE não foi acompanhada por impulsos que visassem proteger, efetivamente, os referidos direitos fundamentais dos contribuintes, pelo singular fato de não existir um plano estruturado para essas proteções em âmbito internacional⁴⁶. Neste sentido, a abrangência em rede da Convenção Multilateral exige a necessária cautela para não potencializar violações a direitos normatizados por diversos Estados signatários, o que

⁴⁶ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. International Tax Cooperation, Taxpayers' Rights and Bank Secrecy: Brazilian Difficulties to Fit Global Standards. **Law and Business Review of the Americas**, v.21, n. 3, 2015, p.117.

arriscaria frustrar a utilização da Convenção como padrão para a assistência mútua.

Ao considerar a dificuldade da uniformização de direitos fundamentais eventualmente sob risco, a OCDE parece ter buscado solução na harmonização entre os ordenamentos internos e o procedimento de troca automática de informação, caracterizada pelo respeito àqueles no Artigo 21 (1) da Convenção Multilateral⁴⁷: “Nada nesta convenção deverá afetar os direitos e garantias conferidas às pessoas pelas leis ou práticas administrativas do Estado requerido”.

Apesar dos esforços empregados pela OCDE, é certo que os sistemas e procedimentos de cada administração fazendária, bem como o seu nível de sofisticação, influenciam diretamente na proteção dos contribuintes. Na prática, a garantia dos direitos dos contribuintes depende não só da elaboração de estruturas jurídicas, como também de uma “cultura do cuidado” a ser adotada pela autoridade fazendária em seus processos diários⁴⁸.

Os modelos que implantaram alguma forma de troca de informação antes do padrão atual não pretendiam garantir nada mais do que o dever de confidencialidade e especialidade na utilização dos dados obtidos pelo Estado requerente, além, é claro, dos limites normais ao dever de prestar assistência. É inegável que a proteção do contribuinte significa um custo colocado ao procedimento, que muitas vezes poderá deixá-lo mais lento no tocante à identificação, coleta e remessa de dados aos parceiros interessados, o que, contudo, não exime o dever do Estado em prezar por uma investigação justa, pautada pelo respeito à lei.

⁴⁷ No original: “*Nothing in this Convention shall affect the rights and safeguards secured to persons by the laws or administrative practice of the requested State*”.

⁴⁸ OECD, **Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters: Commentaries on the Model Competent Authority Agreement**. Paris: OECD Publishing, 2014c, p.79.

Uma questão importante surge quanto à notificação prévia do contribuinte. Pelo comentário 180 que a OCDE fez ao Artigo 21 do modelo de Convenção Multilateral, foi considerada a importância crescente de se garantir a participação do contribuinte no procedimento de troca de informações, como forma de prevenir erros em sua identificação (casos de homônimos, por exemplo) e incentivar a cooperação voluntária perante autoridades do Estado requerente⁴⁹. Entretanto, no mesmo comentário, já é discutido que tal notificação não deveria ser aplicada de maneira a frustrar o progresso da investigação conduzida pelo Estado requerente, fato que iria de encontro aos padrões da troca de informação.

Contudo, os procedimentos de notificação do contribuinte não devem ser aplicados de forma que, pelas circunstâncias particulares da requisição, sejam frustrados o objeto e o propósito da Convenção e os esforços do Estado requerente. Em outras palavras, das partes é esperado que não evitem ou atrasem indevidamente a prestação eficiente da assistência administrativa. Com isso, é esperado que os procedimentos de notificação admitam exceções à notificação prévia, por exemplo, nos casos em que a informação requisitada é de grande urgência ou a notificação poderá frustrar as chances de sucesso da investigação conduzida pelo Estado requerente⁵⁰.

O Brasil, na condição de Estado de Direito, possui regulamentação constitucional específica sobre o devido processo legal, da qual exsurtem a ampla defesa e o contraditório como garantias para procedimentos administrativos ou judiciais. Desta feita, seria possível sustentar o acesso prévio

⁴⁹ OECD, **Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters as Amended by Protocol**, 2010. p.27. Disponível em: <www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_15_04_2010.pdf>. Acesso em: 02/06/2017.

⁵⁰ No original: “[...] However, notification procedures are expected not to be applied in a manner that, in the particular circumstances of the request, would undermine the object and purpose of the Convention and frustrate the efforts of the applicant State. In other words, the Parties are expected not to unduly prevent or delay effective administrative assistance. For instance, it is expected that notification procedures would permit exceptions from prior notification, for example, in cases in which an information request is of a very urgent nature or the notification is likely to undermine the chance of success of the investigation conducted by the applicant State...”. Ibidem.

do contribuinte como uma necessidade do procedimento, capaz mesmo de motivar a confecção de legislação específica para o tema⁵¹.

Entretanto, por ocasião das análises da OCDE (*Peer Review*) em 2013, a Receita Federal do Brasil salientou que já renunciava a notificação prévia do contribuinte nos casos em que a informação estivesse em seu poder, mantendo-a, todavia, quando fosse necessário o acesso às informações bancárias, em conformidade com o artigo 4º, §2º do Decreto 3.724/01⁵². Naquele momento, a OCDE orientou que a notificação em caráter prévio tivesse medidas de exceção nos casos de urgência da investigação e nos casos em que fosse possível prever que o contribuinte frustrará o processo, como forma de garantir a eficiência da troca. Isto, contudo, já era previsto anteriormente no sistema processual brasileiro, pela flexibilização da ampla defesa sempre que outros direitos estivessem ameaçados, como no exemplo das medidas cautelares⁵³.

Na troca automática de informação, defender a notificação prévia do contribuinte em todos os procedimentos pode ferir a praticabilidade do sistema e favorecer situações de interesse individual em detrimento da solidariedade na tributação, princípio que, inclusive, sofre nítida violação pela evasão fiscal.

Por oposto, o respeito à praticabilidade não deve exagerar ao ponto de resultar na exclusão de outros limites à troca de informações fiscais, especialmente relacionados ao dever de boa governança e transparência do

⁵¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico M. D de; CHRISTOPOULOS, Basile G.; ZUGMAN, Daniel L.; BASTOS, Frederico S. **Transparência fiscal e desenvolvimento** – Homenagem ao professor Isaías Coelho. São Paulo: Fiscosoft Editora, 2013, p. 519.

⁵² OECD, **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**. Peer Reviews: Brazil, 2013. Phase 2: Implementation of the Standard in Practice, p.83-84. Disponível em: <<http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#latest>>. Acesso em: 20/07/2017.

⁵³ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de.; PEREIRA, Maria Eliana. Perspectivas Brasileñas Sobre El Secreto, Cooperación y Competencia Tributaria Internacional. **Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF**, n. 40, 2016, p.87.

Estado, sob pena de remover índices de confiança depositados pelo contribuinte na administração fazendária.

Neste sentido, enquanto não são firmados sólidos padrões internacionais para a proteção do contribuinte, os Estados que devem implantar a troca automática e multilateral de informação, podem se valer do CAA em bases multilaterais para especificar garantias eventualmente existentes na ordem interna com as quais se conciliem outros Estados que pretendam receber informações⁵⁴. O limite seria respeitado, pois há interesse na obtenção dos dados e reciprocidade no procedimento.

Com isso, enquanto vinculados por um tratado de Direito Internacional Público, o Estado de fonte não deverá violar os direitos fundamentais especificados pelo Estado de residência no momento de coletar as informações dos contribuintes, visto que isso poderia lhe ser oposto da mesma maneira, ou até mesmo ensejar a recusa ao fornecimento de novas informações⁵⁵.

Não obstante o dever de respeito às legislações internas de cada país, há um movimento crescente no âmbito internacional que visa à criação de um padrão mínimo para a proteção do contribuinte em face dos procedimentos automáticos e multilaterais. O tema principal do movimento é a instituição de uma série de garantias indispensáveis aos sujeitos envolvidos na troca de informação, as quais deveriam englobar o direito à privacidade, à proteção de informações confidenciais, e a uma investigação justa, bem como à proteção contra procedimentos discriminatórios e arbitrários e contra a autoincriminação (ao menos naquilo que concerne ao campo penal)⁵⁶. Em outro dizer, pretende-se

⁵⁴ Cf. Seção 5, 1 do CAA multilateral.

⁵⁵ Cf. Seção 7, 3 do CAA multilateral.

⁵⁶ BAKER, Philip; PISTONE, Pasquale. **IFA Cahiers – The practical protection of taxpayers' fundamental rights**, General report, v.100B, 2015, p.22.

instituir o respeito à lei e aos direitos humanos em todos os atos do procedimento fiscal⁵⁷.

Ao priorizar essas garantias, o Estado poderia dar um passo adiante no sentido do *compliance* voluntário, já discutido anteriormente. A OCDE vem trabalhando para alterar a visão das diversas administrações fazendárias que combatem evasão fiscal com modelos próximos àquele produzido nos EUA, pautados na indução de condutas dos contribuintes em um sistema protegido pelo sigilo fiscal. Desta forma, a fixação de multas altíssimas, responsabilizações criminais, entre outras realizadas prioritariamente para amedrontar os contribuintes, não cooperam para uma relação recíproca⁵⁸.

As proposições para um melhor relacionamento (*enhanced relationship*) entre fisco e contribuintes passam pela instituição de um sistema que respeite a justiça, atendendo a critérios de imparcialidade, proporcionalidade, transparência e responsabilidade. Na situação atual, a administração fazendária tem função de destaque na concretização dos direitos dos contribuintes⁵⁹, e certamente deverá dar o primeiro passo no sentido de uma mudança comportamental dentro da relação jurídico-tributária, o que possibilitaria a criação de um ambiente de confiança mútua.

Neste aspecto, o aumento de confiança entre Estado e contribuinte pode gerar ganhos recíprocos, visto que o primeiro será beneficiado com maior transparência e um *compliance* mais efetivo e o segundo terá maior certeza e previsibilidade sobre o que e quanto deverá recolher a título de tributo, ou

⁵⁷ O tema será novamente debatido no painel “B” do 71º Congresso da *International Fiscal Association* – IFA, que ocorrerá no Brasil, cidade do Rio de Janeiro, em agosto de 2017.

⁵⁸ OECD, **Forum on Tax Administration (FTA)**. Tax Intermediaries Study Working Paper 6– The Enhanced Relationship, 2007. Disponível em: <www.oecd.org/tax/administration>. Acesso em: 20/07/2017.

⁵⁹ GANEM, Bruna. O intercâmbio de informações tributárias no âmbito internacional e seus reflexos nos direitos dos contribuintes. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília v.9, n.1, janeiro-junho, 2014, p.221.

mesmo sobre o que pode ou não ser feito dentro de seu planejamento tributário, fatores de suma importância no atual cenário econômico, pautado por grandes incertezas⁶⁰. Assim, o contribuinte sabe de seu dever em arcar com o ônus tributário para manutenção do Estado, devendo receber respaldo de segurança jurídica ao cumprir com suas obrigações tributárias.

Neste novo contexto, os intermediários também ocupam destacada posição já que os padrões da Declaração *AEOI* lhes atribuem a tarefa de coleta de dados dos contribuintes e repasse para as administrações fazendárias. Entretanto, o real impacto de todas as atuações fiscais relacionadas ao procedimento de troca automática de informações somente poderá se revelar na prática diária da Declaração *AEOI*, de modo que até mesmo sua efetiva implantação, ainda resta como uma incógnita.

3. CONCLUSÕES

O combate à erosão da base tributária ocasionada pela evasão fiscal não é mais uma liberalidade conferida ao Estado contemporâneo, pois, ainda que minimamente inserido na economia global, terá de enfrentar os efeitos da concorrência fiscal internacional que lhe dificulta sobremaneira a manutenção ou o incremento de receitas tributárias em vista da alta mobilidade do capital ajustada à oferta de regimes fiscais privilegiados.

Como decorrência, a troca de informações fiscais tornou-se instrumento decisivo para a cooperação fiscal internacional, necessário mesmo para a manutenção do próprio Estado social fiscal, dando início a uma série de movimentos que culminaram na Declaração *AEOI*, proposta pelo Fórum Global

⁶⁰ OWENS, Jeffrey. The Role of the Enhanced Relationship in the Current Crisis. **Bulletin for International Taxation**, v.8, 2013, p.426.

para Transparência e Troca de Informações Fiscais, e apoiada pelo G-20 como novo *standard* no combate à evasão fiscal. O Brasil é membro deste Grupo e uma jurisdição cooperante no cenário internacional, tendo ratificado a Convenção Multilateral para Mútua Assistência em Matéria Tributária.

A questão do sigilo bancário era uma das maiores críticas contra a legislação brasileira, que, em julgamento recente do STF, foi reconsiderada em face dos acordos firmados em âmbito internacional, retirando-se a necessidade da cláusula de reserva de jurisdição. Em contrapartida, o país não tem mais dificuldades concretas para participar das trocas automáticas e multilaterais de informações.

Para compreender a lógica que permeia a Convenção Multilateral, os princípios da troca de informações fiscais determinam um caminho de interpretação para o uso de dados nas relações de cooperação multilateral. Naturalmente que a vinculação jurídica multilateral atuará sobre o direito doméstico, impondo novas práticas por parte das instituições.

A Convenção Multilateral implica num complexo compromisso por parte do Estado, porquanto exigirá sejam respeitados ordenamentos jurídicos diversos, assim como direitos e garantias internas, em um ambiente de trocas de informações extremamente rápidas. Segundo os moldes adotados, o Estado requerido deverá fiscalizar, coletar e enviar os dados, integrando intermediários e administração tributária, respeitando a confidencialidade e a especialidade de dados, sem violar eventuais direitos fundamentais que recaiam sobre os contribuintes de outros contratantes.

Neste compasso em que as trocas dependem de rapidez e eficiência, as garantias dos contribuintes são elemento-chave para atuar como contrapeso ao avanço do poder Estatal, e ainda não receberam a devida atenção pela comunidade internacional. Atualmente, não é possível assegurar que todos os

Estados requisitantes ou requisitados nas trocas de informações fiscais garantirão direitos fundamentais em âmbito interno, e mesmo que o façam, não existe um padrão quanto à extensão de tais direitos.

Com a implantação da Declaração *AEOI* em bases multilaterais é esperado que significativa quantidade de dados fiscais seja transferida de maneira rápida entre os contratantes, o que aumenta significativamente a responsabilidade das administrações fazendárias no dever de boa governança do Estado. No caso brasileiro, seria de bom alvitre a instituição de uma cláusula garantidora dos direitos fundamentais do contribuinte, integrando-os ao procedimento administrativo de troca de informações, o que se justificaria pela ambivalência da transparência, que deve fluir, sim, do contribuinte para o Estado; mas não pode deixar de correr também no sentido oposto.

Assegurar padrões mínimos de proteção a direitos fundamentais, implica na notificação do contribuinte quanto ao procedimento fiscal em curso, de modo que possa exercer suas garantias de ampla defesa e contraditório, o que resultaria num rito mais dialógico.

Isto não visaria apenas a contribuir com a justiça nos processos entabulados periodicamente pelas administrações fazendárias, como também seria um fator decisivo para incentivar o *compliance* voluntário do contribuinte, inserido em um sistema que é pautado pela complexidade. A adoção de um processo mais dialógico confere oportunidade ao contribuinte para, voluntariamente, regularizar situações de eventual desconformidade.

Por fim, esta parece ser a tendência para o amanhã, vez que etapas de aproximação entre fisco e contribuintes têm sido galgadas rapidamente. Preconizou-se, inicialmente, uma relação reforçada (*enhanced relationship*) que já deu lugar a algo mais intenso e abrangente, o denominado *compliance* cooperativo. Nesta esteira, os benefícios de uma relação menos conflitiva

estimulariam ambas as partes à redução do ônus decorrente de longos procedimentos fiscais, gerando respostas positivas aos dois polos da relação tributária.

4. REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**, 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 1000 p.
- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. International Tax Cooperation, Taxpayers' Rights and Bank Secrecy: Brazilian Difficulties to Fit Global Standards. **Law and Business Review of the Americas**, v.21, n. 3, 2015, p.101-138.
- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de.; PEREIRA, Maria Eliana. Perspectivas Brasileñas Sobre El Secreto, Cooperación y Competencia Tributaria Internacional. **Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF**, n. 40, 2016, p.78-92.
- AVI-YONAH, Reuven S.; SAVIR, Gil. IGAs vs. MAATM: Has Tax Bilateralism Outlived Its Usefulness? University of Michigan Law School: **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n.384, 2014, p.1-16.
- BAKER, Philip; PISTONE, Pasquale. **IFA Cahiers – The practical protection of taxpayers' fundamental rights**, General Report, v.100b, 2015, 99p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001, 258p.
- BLANK, Joshua D. Tax Privacy and Tax Compliance in the United States. In: SANTI, E. M. D de; CHRISTOPOULOS, B. G.; ZUGMAN, D.L.; BASTOS, F. S. **Transparência fiscal e desenvolvimento** – Homenagem ao professor Isaías Coelho. São Paulo: Fiscosoft Editora, 2013, p. 349-402.
- BONOMO, Carla. A eficácia da capacidade contributiva e a justiça social. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.4, n.2, maio-agosto 2009, p.29-42.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2390/DF**. Requerente: Partido Social Liberal (PSL) e outros. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 02/06/2017.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. v. 1, 8. ed. rev. ampl. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, 435 p.
- CAVELTI, Luzius U. Automatic Information Exchange versus the Withholding Tax Regime Globalization and Increasing Sovereignty Conflicts in International Taxation. **World Tax Journal**, 2013, p.172-214.

CHRISTIANS, Allison. Global Trends and Constraints on Tax Policy in the Least Developed Countries. University of Wisconsin Law School: **Legal Studies Research Paper Series**, n.1086, 2009, p.1-31.

CITIZENS FOR TAX JUSTICE. **Offshore Shell Games, The use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies**, 2016. Disponível em: <<http://ctj.org/pdf/offshoreshell2016.pdf>>. Acesso em: 02/06/2017.

ESPINOSA, María del Prado Merino; CORREA, Francisco José Nocete. El Intercambio de Información Tributaria em el Derecho Internacional, Europeo y Español. **Documentos: Instituto de Estudios Fiscales**, n.6, 2011, p.1-56.

FREITAS, Maria C. C. de A.; BORGES, Antônio de M. Combate à elisão fiscal: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília, v.11, n.2, julho-dezembro 2016, p.196-223.

GANEM, Bruna. O intercâmbio de informações tributárias no âmbito internacional e seus reflexos nos direitos dos contribuintes. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET**, Brasília v.9, n.1, janeiro-junho, 2014, p.206-223.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011, 654 p.

GRINBERG, Itai. Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System. Georgetown Law: **The Scholarly Commons**, 2012, p.1-62.

_____. Taxing Capital Income in Emerging Countries: Will FATCA Open the Door? Georgetown Law: **Public Law Research Paper**, n. 13-031, 2013, p.12.

OECD, **Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue**. Paris: OECD Publishing, 1998.

_____. **Forum on Tax Administration (FTA)**. Tax Intermediaries Study Working Paper 6– The Enhanced Relationship, 2007. Disponível em: <www.oecd.org/tax/administration>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. **Text of the Revised Explanatory Report to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters as Amended by Protocol**, 2010. p.27. Disponível em: <www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Explanatory_Report_ENG_15_04_2010.pdf> . Acesso em: 02/06/2017.

_____. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**. Peer Reviews: Brazil, 2013. Phase 2: Implementation of the Standard in Practice. Disponível em: <<http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#latest>>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. **Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters**, 2014a. Disponível em: <<https://www.oecd.org/mcm/MCM-2014-Declaration-Tax.pdf>>. Acesso em: 02/06/2017.

_____. **Common Reporting Standard (CRS): Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters**. Paris: OECD Publishing, 2014b.

_____. **Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters – Commentaries on the Model Competent Authority Agreement**. Paris: OECD Publishing, 2014c, 311p.

_____. **Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters – Multilateral Model Competent Authority Agreement**. Paris: OECD Publishing, 2014d, 311p.

_____. **The Global Forum on Transparency and Exchange of information for tax purposes – Tax Transparency Report on Progress**, 2015a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-annual-report2015.pdf>>. Acesso em: 02/06/2017.

_____. **Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters: The CRS Implementation handbook**, 2015b. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf>>. Acesso em: 20/07/2017.

OWENS, Jeffrey. The Role of the Enhanced Relationship in the Current Crisis. **Bulletin for International Taxation**, v.8, 2013, p.422-427.

PANAYI, Christiana H. J. I. Current Trends on Automatic Exchange of Information. **Singapore Management University School of Accountancy Research Paper**, n. S-43, 2016, p.1-38.

PAOLINI, Dimitri; PISTONE, Pasquale; PULINA, Giuseppe; ZAGLER, Martin. Tax Treaties and the Allocation of Taxing Rights with Developing Countries. Vienna University of Economics and Business: **WU International Taxation Research Paper Series**, n.2012-08, 2012, p.1-31.

PEREIRA, Ricardo Rodrigues. A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-membros da União Europeia (Parte II). **Revista Fiscal**, n.3, maio-junho 2012, p.8-21.

PISTONE, Pasquale. Exchange of Information and Rubik Agreements: The perspective of an EU academic. **Bulletin for International Taxation**, v.67, n.4/5, 2013. p.216-225.

SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico M. D de; CHRISTOPOULOS, Basile G.; ZUGMAN, Daniel L.; BASTOS, Frederico S. **Transparência fiscal e desenvolvimento** – Homenagem ao professor Isaías Coelho. São Paulo: Fiscosoft Editora, 2013, p. 497-523.

STIGLITZ, Joseph E. On liberty, The Right to know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life. In: SANTI, Eurico M. D de; CHRISTOPOULOS, Basile G.; ZUGMAN, Daniel L.; BASTOS, Frederico S. **Transparência fiscal e desenvolvimento** – Homenagem ao professor Isaías Coelho. São Paulo: Fiscosoft Editora, 2013, p. 47-95.

URINOV, Vokhid. Developing Country Perspectives on Automatic Exchange of Tax Information. **Law, Social Justice & Global Development**, v.1, 2015, p.1-28.

VASCONCELLOS, Stela M. S. Os Paraísos fiscais e a evasão fiscal. **Revista Opinião Jurídica**, n.14, janeiro-dezembro 2012, p.335-351.