
BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS REGRAS DO *FATCA* (*FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*) ANTE A PROTEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

*BRIEF COMMENTS ON FATCA RULES (FOREIGN ACCOUNT TAX
COMPLIANCE ACT) AGAINST BANK SECRECY PROTECTION IN BRAZIL*

Fátima Regina Maximo Martins Gurgel

*Procuradora do Banco Central do Brasil. Procuradora-Chefe da Procuradoria do
Banco Central no Rio de Janeiro. Especialista em Direito da Economia e da Empresa
pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.*

SUMÁRIO: 1 Histórico; 2 O *FATCA*; 2.1 Declaração dos contribuintes norte-americanos; 2.2 Comunicação pelas instituições financeiras no exterior; 2.3 Cronograma de implantação; 3 Análise crítica de algumas regras do *FATCA* ante a proteção ao sigilo bancário no Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Expõe as principais regras do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), criado pelo Congresso dos Estados Unidos em 2010 para aumentar a arrecadação de impostos, com destaque para a exigência de que instituições financeiras no exterior celebrem acordos anuais com o órgão fiscal americano (IRS), comprometendo-se a fornecer-lhe diretamente informações financeiras de correntistas e investidores contribuintes americanos ou de empresas/entidades em que esses contribuintes americanos detenham participação substancial, com o intuito de evitar a retenção e a transferência ao IRS do valor equivalente a trinta por cento sobre qualquer tipo de rendimentos oriundos dos Estados Unidos, inclusive juros e dividendos, bem como de valores decorrentes da venda de ativos. O presente artigo busca analisar tais regras à luz das disposições da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo bancário.

PALAVRAS-CHAVE: Fatca. Acordo. Instituições Financeiras Estrangeiras. Receita Federal Americana. Sigilo Bancário.

ABSTRACT: It sets out the main rules of the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), created by the U.S. Congress in 2010 to increase tax collection, pointing out the one that requires the foreign financial institutions to celebrate annual agreements with the Internal Revenue Service (IRS), where they have the obligation to report directly to the IRS information about financial accounts held by U.S. taxpayers or by foreign entities in which taxpayers holds a substantial ownership interest, in order to avoid the obligation to withhold and pay to the IRS over to 30 per cent of any income from the United States, including interests and dividends, as well as values arising from any sale of assets. This paper analyzes such rules against the provisions of Complementary Law No. 105 of January 10, 2001, which provides for the bank secrecy rules in Brazil.

KEYWORDS: Fatca. Agreement. Foreign Financial Institutions. Internal Revenue Service. Bank Secrecy

1 HISTÓRICO

Em 2009, a agência fiscal americana denominada Internal Revenue Service¹ – conhecida simplesmente por sua sigla IRS – acusou publicamente o banco suíço UBS de não apenas acobertar, mas de agir em cumplicidade com os contribuintes americanos que não cumpriam com as obrigações fiscais de declarar seus bens mantidos no exterior e de pagar os impostos devidos ao governo dos Estados Unidos.²

Após longa negociação travada entre o IRS e o UBS foi estabelecido que i) a instituição financeira pagaria ao IRS uma multa de valor bastante elevado³ e, mais importante para a agência fiscal americana, ii)

1 Sobre a estrutura do IRS ensina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

“Concentra-se a administração tributária federal norte-americana no *IRS- Internal Revenue Service*, ou simplesmente *Service* ou *The Service*, como refere-se mais sinteticamente. O órgão conta com mais de cem mil empregados, entre fiscais, contadores, advogados, administradores públicos, verdadeiro gigante burocrático, qualificador do desencanto com o mundo, na clássica imagem weberiana. Em 2002 gerencia um orçamento de nove bilhões e quatrocentos milhões de dólares. É comandado pelo secretário do tesouro, nomeado pelo presidente da república. O secretário do tesouro é auxiliado por um comissário (*commissioner of the internal revenue service*), também nomeado pelo presidente. Ações tributárias para discussão de matéria federal são propostas contra o comissário. Apontamento e nomeação do secretário do tesouro e do comissário dependem de prévia oitiva e autorização do senado (*hearing*). Os demais funcionários pertencem a cargo permanente de carreira, recrutado a partir de seleção pública. A agência fazendária é então órgão da secretaria do tesouro, que é ministério. Tem sede em Washington, é chamada de *National Office*, e localiza-se a alguns metros da avenida Pennsylvania, onde encontra-se a Casa Branca. Até 1953 o *IRS* era chamado de *BIR- Bureau of Internal Revenue*. O nome atual, *Service*, dá idéia de prestação de serviço ao público. Entre outras tarefas é missão do *IRS* desenvolver políticas nacionais e programas para a administração das leis tributárias federais.” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Administração Fiscal Federal nos Estados Unidos. Disponível em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/administracao_fiscal_federal_nos_eua.html>. Acesso em 9.3.2012.

2 Notícia veiculada em 30.06.2009 no sítio eletrônico Negócios On Line do Jornal de Negócios. Disponível em <http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=375536>. Acesso em 14.03.2012.

3 O valor da multa teria sido de US\$780 milhões de dólares dos Estados Unidos, segundo informa Daniel Pruzin no artigo “*Swiss Government Orders Credit Suisse To Disclose Information on U.S. Accounts*”, disponível no BNA Bloomberg, ao comentar investigação do Departamento de Justiça Americano sobre operações do Credit Suisse. Ele afirmou que *Walter H. Boss, um advogado tributarista do escritório de advocacia Zurich Poledna Boss Kurer AG, disse que os últimos acontecimentos pareciam estar seguindo o mesmo padrão do escândalo UBS, que resultou, em 2009, na concordância do maior banco da Suíça em entregar informações financeiras detalhadas sobre mais de 4.000 contas mantidas pelos contribuintes dos EUA e pagar uma multa 780 milhões dólares, sob a ameaça de ter sua licença de atuação nos Estados Unidos revogada (4 WCR,2/27/09). Também esclareceu que em uma parte do acordo, o UBS reconheceu que, entre 2000 e 2007, o banco participou de esquema para fraudar a Receita Federal e os Estados Unidos ajudando ativamente ou de alguma forma facilitando alguns contribuintes norte-americanos a abrirem contas de forma a ocultar a sua efetiva qualidade de proprietário e beneficiário de tais contas.* Tradução livre de:

que o UBS concordaria em revelar informações financeiras detalhadas de 4.450 contribuintes americanos que mantinham relação financeira com tal instituição.⁴

Dito acordo foi noticiado em toda a imprensa mundial, inclusive porque feria profundamente o lendário e até então inabalável sigilo bancário suíço. Sublinhe-se que a questão era séria e complexa, pois o acordo que poderia resolver os problemas do UBS – e de seus principais executivos – com o IRS e com a justiça americana, já que a ação que lhes era imputada também é considerada crime nos Estados Unidos, era o mesmo acordo que também traria consequências criminais e de responsabilidade civil para as mesmas pessoas jurídica e físicas na Suíça, por desrespeito à lei helvética de proteção ao sigilo bancário.

Com efeito, atendidas as reivindicações americanas, cometia-se crime ante a legislação suíça.

O impacto da questão foi tamanho que foram necessárias ações no Parlamento Suíço para permitir fosse o acordo – inicialmente negociado entre o IRS e o UBS – elevado ao nível de tratado celebrado entre os governos dos Estados Unidos e da Suíça, de forma a permitir que, destarte, fosse contornada a proibição (legal) do fornecimento, pelo UBS suíço, das informações financeiras dos contribuintes americanos ao IRS.⁵

Durante o período de negociação travado entre as autoridades americanas, destacadamente entre o IRS e o UBS, a agência fiscal americana ofereceu por certo período de tempo uma espécie de programa de anistia parcial aos contribuintes que não declararam suas

“Walter H. Boss, a tax attorney with the Zurich law firm Poledna Boss Kurer AG, said the latest development seemed to be following the same pattern of the UBS scandal, which resulted in Switzerland’s largest bank agreeing in 2009 to hand over details on more than 4,000 accounts held by U.S. taxpayers and pay a \$780 million fine under the threat of having its operating license in the United States revoked (4 WCR, 2/27/09).

A part of its settlement, UBS acknowledged that between 2000 and 2007, the bank participated in a scheme to defraud the IRS and United States by actively assisting or otherwise facilitating a number of taxpayers in establishing accounts in a manner designed to conceal the taxpayer’s ownership of a beneficial interest in the accounts.”

(PRUZIN, Daniel. 6WCR 962. Source: White Collar Crime Report: News Archive > 2011 > 11/18/2011 > Investigations > Tax Evasion: Swiss Government Orders Credit Suisse To Disclose Information on U.S. Accounts . Acessada por meio de consulta a < <http://lawschool.westlaw.com>> Disponível em <http://news.bna.com.tjsl.idm.oclc.org/wcrn/WCRNWB/split_display.adp?fedfid=23423083&vname=wernotallissues&wsn=501524000&searchid=16865097&doctypeid=1&type=date&mode=doc&split=0&scm=WCRNWB&pg=0>. Acesso em 14.03.2012.

4 BYRNES, William H.; SOVE, Christopher M. Recent Changes Affecting Americans with Foreign Financial Interests. Artigo disponibilizado pelo Prof. William H Byrnes, em 16.01.2012, para os alunos do Thomas Jefferson School of Law – LEEP 2012 Winter – “Fundamentals of U.S. Law”. (Disponível em <<http://lawschool.westlaw.com/DocForums/ViewSingleDocument.aspx?postingID+6973886&courseID+128558>>. Acesso em 16.01.2012).

5 Idem.

contas mantidas no exterior. A adesão ao programa era, naturalmente, voluntária, e tinha como benefício redução significativa nas penalidades civis e criminais aplicáveis ao caso. A não adesão a tal programa, que teve duração bastante limitada, e subsequente descoberta pelo IRS de valores não declarados, segundo informações disponíveis no próprio sítio eletrônico do IRS, submeteram os contribuintes americanos a penas criminais e civis da ordem de US\$10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos) por ano não declarado, acrescidas de pena no valor de US\$100.000 (cem mil dólares dos Estados Unidos) ou 20% (vinte por cento) do valor não declarado, o que fosse maior, além da aplicação, ainda, de outras multas decorrentes da falta de preenchimento de declaração obrigatória de valores mantidos no exterior.

Toda a situação acima narrada transcorreu entre 2008 e 2009, coincidindo, assim, com a eclosão da crise financeira que assolou a economia mundial, inclusive a norte-americana.

No ano de 2010, em delicado momento político de discussão da Lei de Incentivo ao Emprego (*The Hire Incentives to Restore Employment Act, ou simplesmente Hire Act*) no Congresso dos Estados Unidos, muito se indagou sobre a fonte dos recursos necessários à implementação dos programas desejados. Os congressistas, diante do impasse orçamentário, ao recordarem a situação da evasão fiscal dos contribuintes americanos que possuem valores não declarados em instituições financeiras estrangeiras – caso UBS – concluíram que, com a criação de uma norma que obrigasse tais instituições a reportarem ao IRS informações financeiras desses contribuintes norte-americanos, poderiam criar poderoso instrumento para fiscalizar e, por conseqüência, elevar a arrecadação de impostos. Tal incremento nas receitas possibilitaria, assim, fossem estas apontadas como fonte dos recursos necessários para a aprovação e implementação do quanto disposto na referida Lei de incentivo ao Emprego (Hire Act).

Assim surgiu o *Foreign Account Tax Compliance Act*, mais conhecido por sua sigla: FATCA.

2 O FATCA

O *Foreign Account Tax Compliance Act* – *FACTA* – como visto anteriormente, surgiu em 18 de março de 2010⁶ e constitui importante

6 Em 18 de março de 2010 a Lei de Incentivo ao Emprego (*Hire Incentives to Restore Employment Act*) foi editada com força de lei nos Estados Unidos. O Subtítulo A do Título V do referido Ato (Act) contém dispositivos que tratam do “*Foreign Account Tax Compliance*” (FATCA). A Seção 501 (a) do referido “Act” adicionou um novo capítulo 4 (seções 1471-1474) ao Subtítulo A (“Capítulo 4”) do Código Tributário dos Estados Unidos (*Internal Revenue Code*).

avanço nos mecanismos disponíveis pela autoridade fiscal americana – IRS – e pelos próprios Estados Unidos para o cumprimento das obrigações fiscais relacionadas aos ativos financeiros depositados em contas *offshore* (fora dos Estados Unidos) e, em especial, para o incremento da arrecadação de impostos.

As normas do FACTA são extensas, muito complexas e sua análise detida fugiria ao escopo deste breve estudo, que busca apenas noticiar a existência de tais disposições legais - cuja regulamentação ainda está em fase de consulta pública para posterior edição – ensejando reflexão sobre o tema, inclusive à luz da lei que trata do sigilo bancário no Brasil.

Assim, é de se destacar que este trabalho fundamentalmente tratará de duas disposições legais do FATCA – e que constituem sua coluna mestra - : i) a que determina que os contribuintes norte-americanos detentores de ativos financeiros fora dos Estados Unidos declarem a propriedade de tais bens na forma exigida pelo IRS e, também, ii) a que exige que as instituições financeiras estrangeiras reportem ao IRS informações financeiras específicas sobre contribuintes norte-americanos, ou sobre entidades/empresas estrangeiras em que esses contribuintes detenham participação substancial⁷, como se verá mais adiante.

2.1 DECLARAÇÃO DOS CONTRIBUINTES NORTE-AMERICANOS

No que concerne aos contribuintes norte-americanos que possuam ativos financeiros no exterior (fora dos Estados Unidos) com valor agregado superior a US\$50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos), o FACTA exige sua declaração em determinado formulário (Formulário 8938) a ser anexado à declaração de renda anual. Como já referido, a implementação de vários aspectos relativos às regras do FATCA depende de regulamentação ainda em fase de elaboração, valendo destacar que a última versão da futura norma regulamentar, apresentada para consulta pública em fevereiro de 2012, conta com mais de 400 páginas onde são apresentados vários conceitos e explicitadas inúmeras situações.

Uma definição importante a ser definida é, inclusive, a de contribuinte para os efeitos da lei fiscal americana.

Sublinhe-se que já é possível verificar na própria página eletrônica do IRS que, para efeitos do FATCA, os ativos a serem declarados devem ser aqueles referentes aos anos fiscais iniciados após 18 de março de 2010 (data da edição do *Hire Act* e, conseqüentemente, do FATCA).

7 Informações contidas no site do *Internal Revenue Service* (IRS), Disponível em <<http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id+236664,00.html>>. Acesso em 7.3.2012.

A não declaração dos ativos mantidos no exterior em formulário e tempo próprios sujeitam o contribuinte norte-americano à pena de US\$10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos), bem como a pena de até US\$50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos) por reincidência contínua. Além de tais penalidades, pagamentos a menor do imposto devido à posse e negociação de ativos externos não declarados, sujeitam o contribuinte, ainda, ao acréscimo de 40% (quarenta por cento) nas penas previstas para a infração cometida.⁸

2.2 COMUNICAÇÃO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO EXTERIOR

Outra disposição do FATCA – a mais importante – exige que instituições financeiras estrangeiras – sempre denominadas FFI's pelo IRS, sigla correspondente a *foreign financial institutions* – reportem informações específicas sobre contas, aplicações e movimentações financeiras de seus clientes que sejam contribuintes norte-americanos ou de empresas/entidades estrangeiras em que tais contribuintes norte-americanos detenham participações substanciais.

Ao se deparar com tal disposição, a primeira indagação que se põe é a seguinte: como uma lei norte-americana pode trazer obrigações a milhares de instituições financeiras localizadas, sediadas e que operam em países fora dos Estados Unidos?

A resposta é simples. É claro que a lei norte-americana e sua regulamentação pelo IRS não vinculam instituições no exterior, mas para obrigá-las a seguir as regras do FATCA, a lei americana usou do seguinte expediente: cada FFI que queira operar com instituições financeiras americanas (fazendo pagamentos ou recebimentos de seus clientes, operações em mercados diversos, e toda sorte de operações bancárias que envolvam os Estados Unidos) deverá celebrar acordos especiais com o IRS, de forma a evitar que quaisquer dessas operações sofra taxaço de 30% sobre o valor da operação a ser retido na fonte e destinado diretamente à agência fiscal americana.

Segundo orientação do IRS cada FFI deve procurar a agência fiscal americana para celebrar o acordo até o dia 30 de junho de 2013. Nos termos desse acordo as FFI's serão obrigadas a:

- (1) realizar a correta identificação e procedimentos de *due diligence* necessários de seus clientes;

⁸ Informações contidas no *site do Internal Revenue Service (IRS)*, Disponível em <<http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id+236664,00.html>>. Acesso em 7.3.2012..

(2) elaborar relatório anual a ser enviado ao IRS sobre seus clientes identificados como contribuintes norte-americanos e sobre empresas/entidades em que tais contribuintes detenham participação substancial;

(3) reter e repassar ao IRS 30% (trinta por cento) de todos os pagamentos definidos como renda proveniente dos EUA, bem como da receita bruta da venda de títulos que gerem rendimentos nos EUA, feitos a (i) instituições financeiras estrangeiras que não tenham celebrado acordo com o IRS (denominadas *non-participating FFI's*), (ii) a clientes de FFI's que não forneceram informação suficiente à instituição financeira estrangeira de que são clientes comprovando serem ou não contribuintes americanos (*U.S. person*), ou (iii) a entidade/ou empresa cliente da FFI que não forneceu informação suficiente sobre os a identidade de seus sócios/acionistas com participação substancial no capital da empresa.⁹

2.3 CRONOGRAMA DE IMPLANTAÇÃO

As informações sobre o FATCA são atualizadas periodicamente no sítio eletrônico do IRS, que destaca sua cronologia de implantação, bem como esclarece que detalhes e requisitos de retenção de ativos pelas FFI's serão explicitados nos regulamentos a serem editados.

Apesar de muitas questões só poderem ser esclarecidas após a edição de tal regulamento, é de se reconhecer que a nova norma é clara e traz um efeito devastador a alguns mercados e economias, pois afeta campos provavelmente não pensados quando de sua elaboração; tanto que mereceu duras críticas e até correspondências com sugestões

⁹ Tradução livre de parte do trecho abaixo, extraído do sítio eletrônico do *Internal Revenue Service* dos Estados Unidos da América (*Ibidem*):

"FATCA will also require foreign financial institutions ("FFIs") to report directly to the IRS certain information about financial accounts held by U.S. taxpayers, or by foreign entities in which U.S. taxpayers hold a substantial ownership interest. To properly comply with these new reporting requirements, an FFI will have to enter into a special agreement with the IRS by June 30, 2013. Under this agreement a "participating" FFI will be obligated to:

- (1) undertake certain identification and due diligence procedures with respect to its accountholders;
- (2) report annually to the IRS on its accountholders who are U.S. persons or foreign entities with substantial U.S. ownership; and
- (3) withhold and pay over to the IRS 30-percent of any payments of U.S. source income, as well as gross proceeds from the sale of securities that generate U.S. source income, made to (a) non-participating FFIs, (b) individual accountholders failing to provide sufficient information to determine whether or not they are a U.S. person, or (c) foreign entity accountholders failing to provide sufficient information about the identity of its substantial U.S. owners."

de associações de seguimentos empresariais de diversos países – como do Canadá, país com relação comercial extremamente intensa com os EUA¹⁰ - e até da Federação de Bancos Brasileira (FEBRABAN).

A complexidade das normas e a grande dificuldade de sua implementação prática nas centenas de países – com sistemas jurídicos distintos, com níveis de organização do sistema financeiro díspares, bem como com grau diferenciado de proteção ao sigilo bancário – já configuraria razão suficiente para o atraso no cronograma de implantação inicialmente proposto. No entanto, a discussão da matéria trouxe tamanha quantidade de dúvidas e perplexidades na aplicação do FATCA que o IRS foi levado a já flexibilizar sua aplicação a alguns poucos casos e a atrasar o cronograma de implantação que, atualmente¹¹ prevê o seguinte:

A retenção prevista no FATCA deveria começar em 1º de janeiro de 2013. No entanto, em resposta aos comentários sobre as dificuldades práticas na implementação FATCA, o IRS atrasou e alterou as datas a partir das quais os relatórios de comunicação para fins de retenção na fonte e a apresentação das declarações devidas serão necessárias. Segundo o comunicado, nenhum pagamento será sujeito a retenção na fonte em razão do FATCA até 1º de janeiro de 2014.

A partir de 1º de janeiro de 2014, será exigida a realização das retenções previstas no FATCA para pagamentos elegíveis, que são aqueles provenientes de recebimento de juros, rendas e outros dividendos dos EUA.

A partir de 1º de janeiro de 2015, no entanto, a retenção prevista no FATCA será exigida em todos os pagamentos passíveis de retenção, incluindo neste também os reembolsos de capital e outras receitas brutas. Além disso, FFIs participantes não serão obrigadas, antes de 1º de janeiro de 2015, a realizar retenções sobre os pagamentos em que atuem como meras intermediárias de uma IFFs que não tenham

10 Como exemplo de correspondências dirigidas ao IRS, podem ser citadas as seguintes: a do *Tax Executive Institute, Inc* (Disponível em <<http://www.tei.org/events/Documents/FATCA%20Follow%20Up%20Letter%20to%20Treasury-IRS.pdf>>. Acesso em 10.3.2012); da *Canadian Bankers Association* (Disponível em <http://www.bsmlegal.com/PDFs/FATCA_CanBankAssn.pdf>. Acesso em 10.3.2012) e da *Investment Fund Industry Association of Canada* (Disponível em <<http://bsmlegal.com/PDFs/Investment%20Industry%20Association%20of%20Canada.pdf>>. Acesso em 10.3.2012).

11 Este comentário foi escrito em 10.03.2012 e a constante mudança e desenvolvimento dos trabalhos para a implementação do FATCA recomenda esta indicação temporal.

celebrado acordos com o IRS, desde que a operação não seja pagamento de juros, rendas e outros dividendos provenientes dos EUA.¹²

Como já mencionado, a questão mereceu atenção da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), que enviou correspondência destinada às autoridades fiscais americanas expondo algumas dificuldades de implementação do FATCA no Brasil e sugerindo algumas linhas interpretativas – tal como fizeram as outras associações interessadas no tema em suas cartas enviadas ao IRS.

Preocupa-se a FEBRABAN, em particular, com as dificuldades de as instituições financeiras no Brasil cumprirem o disposto no FATCA – inclusive com a celebração do acordo citado – sem descumprir as normas que tratam do sigilo bancário no Brasil.¹³

3 ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUMAS REGRAS DO FATCA ANTE A PROTEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

A proteção ao sigilo bancário no Brasil hoje está prevista em lei complementar específica, contemporânea, já editada sob os auspícios de um mundo moderno, de transações financeiras virtuais e de mercados globalizados. É a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Não se tem por objetivo aqui o estudo exauriente da proteção ao sigilo bancário no Brasil. O que importa mais de perto é registrar que sua legislação decorre de uma evolução histórica e legislativa, com claros fundamentos constitucionais, especialmente fulcrados ora no

12 Tradução livre de trecho de texto contido na página do *Linklaters LLP*, no texto “*IRS Delays Implementation of FATCA*”:

“FATCA withholding was to begin on January 1, 2013. In response to comments regarding the practical difficulties in implementing FATCA, the IRS has delayed and staggered the dates from which withholding and information reporting will be required.

Under the Notice, no payments will be subject to FATCA withholding until January 1, 2014. From January 1, 2014, FATCA withholding will be required on withholdable payments that are U.S. source payments of interest, dividends and certain other income.

From January 1, 2015, however, FATCA withholding will be required on all withholdable payments, including principal repayments and other gross proceeds.

Further, participating FFIs will not be required to withhold on passthru payments, other than payments of U.S. source interest, dividends and certain other income, before January 1, 2015.”

(Disponível em <<http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/newyork/A13739017.pdf>>. Acesso em 10.3.2012)

13 O texto da carta da FEBRABAN dirigida ao Departamento de Estado do Tesouro Americano e ao IRS está disponível em <<http://www.bsmlegal.com/PDFs/Federacao%20Brasileira%20de%20Bancos.pdf>> . Acesso em 10.3.2012.

direito à intimidade consoante previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, ora baseados no direito ao sigilo de dados, conforme dispõe o art. 5º, XII, da mesma Carta.

A propósito, dispõem o art. 5º *caput* e seus incisos X e XII da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

O Supremo Tribunal Federal (STF) – guardião e intérprete final da Carta Magna - por vezes entende que o fundamento constitucional do sigilo bancário reside no direito ao sigilo de dados¹⁴, por vezes, afirma que sua fonte é o direito à intimidade¹⁵ e, em outras, afirma que advém de

14 Nesse sentido o RE 218.780/PE:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

15 Vide o MS 22.801/DF:

“Ementa: “Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do

ambos os direitos¹⁶. De toda sorte, o STF tem entendimento pacífico no sentido de que tal garantia não é absoluta e cede ante algumas situações, inclusive e principalmente ante previsão legal que afaste a proteção do sigilo de operações financeiras.

Outro aspecto absolutamente importante ao caso em exame é a norma contida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, declarando textualmente que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]*” nos termos que passou a enumerar e onde se incluem tanto o direito à intimidade – onde penso estar enquadrado o sigilo bancário – quanto o sigilo de dados. Assim é que, em princípio, não se vislumbra espaço no ordenamento jurídico brasileiro para tratar diferentemente o cidadão norte-americano de outro residente no Brasil, ao menos em matéria de sigilo bancário.

A questão acima exsurge como um dos principais dilemas a serem enfrentados na aplicação das normas do FATCA para essas pessoas – americanos ou não. Não mais impõe-se aventar algumas outras situações como, por exemplo, de brasileiros com dupla nacionalidade ou mesmo que não tenham nacionalidade americana mas que, por terem residido por determinado período em solo americano, passaram a ser considerados contribuintes norte-americanos segundo as mui complexas leis tributárias americanas.¹⁷

Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário.” (MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00167 RTJ VOL-00205-01 PP-00161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517)

16 Como exemplo de decisão nesse sentido, veja-se o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental em Inquérito nº 897, com destaque no disposto nos votos dos Ministros Francisco Rezek e Celso Mello, cuja ementa dispõe:

17 “EMENTA: - INQUERITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCARIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5.-X E XII DA CF. INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITORIO. NÃO PREVALECE. I - A quebra do sigilo bancario não afronta o artigo 5.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577). II - O princípio do contraditorio não prevalece na

Para melhor situar a questão no contexto das normas brasileiras que regem a matéria, seguem transcritos abaixo alguns dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001 (BRASIL, 2001), úteis ao desenvolvimento da análise pretendida:

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

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I – os bancos de qualquer espécie;

II – distribuidoras de valores mobiliários;

III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito;

fase inquisitoria (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia). Agravo regimental não provido.” (Inq 897 AgR, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1994, DJ 24-03-1995 PP-06806 EMENT VOL-01780-01 PP-00171).

Foi feito um estudo nos Estados Unidos em que se chegou à conclusão de que a legislação tributária americana é tão extensa e complexa que em artigo intitulado “*The Growing Complexity of the U.S. Federal Code*” foi declarado:

“[...] criamos nossa própria versão gráfica dos dados do gráfico, para que possamos ver melhor como o código tributário federal americano mudou desde que os EUA implementaram o imposto de renda em 1913, quando todo o código tributário federal poderia ter sido contido em um livro único de 400 páginas. O que descobrimos é que o código tributário realmente não explodiu em complexidade até a Segunda Guerra Mundial, observamos que tal crescimento se deu após 1939, quando saltou de 504 páginas para 8.200 páginas em 1945, último ano da guerra. Desde então, descobrimos que o número de páginas do código tributário federal dos EUA cresce a uma taxa exponencial quase constante de 3,28% ao ano. Isso significa que desde 2010 o código tributário dos EUA cresceu a ponto de atingir 71.684 páginas de extensão!

Tradução livre do seguinte trecho:

“[...] we created our own graphical version of the chart's data, so we can better see how the U.S. federal tax code has changed since the U.S. implemented the income tax in 1913, when the entire federal tax code could have been contained in a single 400 page textbook.

What we find is that the tax code really didn't explode in complexity until World War II, which we observe in the large jump from being just 504 pages in length in 1939 to 8,200 pages in 1945, the final year of the war. Since then, we find that the number of pages in the U.S. federal tax code have grown at a near-steady exponential rate of 3.28% per year, which as of 2010, means that the U.S. tax code has ballooned to be 71,684 pages in length! ” (“*The Growing complexity of the U.S. Federal Tax Code.*” Politicalcalculations.com. Março, 2011. Disponível em <<http://politicalcalculations.blogspot.com/2010/03/growing-complexity-of-us-federal-tax.html>> Acesso em 10.03.2012.)

- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
- IX – cooperativas de crédito;
- X – associações de poupança e empréstimo;
- XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- XII – entidades de liquidação e compensação;
- XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

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

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

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

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

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I – de terrorismo;
- II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV – de extorsão mediante seqüestro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI – contra a Administração Pública;
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX – praticado por organização criminosa.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII - operações com cartão de crédito;
- XIV - operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...]

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

[...]

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de

reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

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

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Conhecido o teor dos dispositivos pertinentes da Lei do Sigilo Bancário, passa-se ao exame de sua aplicação às principais determinações do FATCA ou, em especial, ao dispositivo que prevê a celebração de acordos de instituições financeiras com o IRS para que estas informem dados de seus clientes contribuintes à luz das leis fiscais americanas, sob pena de reterem em certas operações o percentual de trinta por cento, repassando-o ao IRS.

Primeiramente é importante destacar que a Lei Complementar traz comando geral, em seu art. 1º, no sentido de que a regra é o sigilo bancário. Todas as instituições financeiras devem conservar o sigilo em suas operações ativas, passivas e serviços prestados.

Logo depois enumera diversas espécies de instituições financeiras, permitindo no inciso XIII, do § 1º, do art. 1º, que aquela instituição ali não listada, mas que ante a natureza de suas operações venha a ser considerada instituição financeira pelo Conselho Monetário Nacional, também o seja para os efeitos da Lei do Sigilo bancário.

No mais, o § 3º do art. 1º enumera hipóteses que a lei não considera violação ao dever de guardar sigilo e, dentre essas, merece especial destaque o inciso V, que dispõe não haver quebra de sigilo bancário quando a revelação de informações sigilosas se dá com o consentimento expresso dos interessados. Esse consentimento, que deve ser prévio, expresso e inequívoco, afigura-se instrumento de que dispõe a instituição financeira brasileira para viabilizar o cumprimento das normas do FATCA sem agredir a lei do segredo bancário. Nenhum dos outros dispositivos minimamente serve ao desiderato.

Mais adiante a lei complementar enumera no § 4º do 1º os crimes que autorizam a “decretação” da quebra do sigilo; como a lei não usa

palavras desnecessárias, vale ressaltar que ao falar em “decretação”, o legislador referiu-se à ordem judicial fundamentada que decreta a quebra.

Apesar de não transcrito acima, também vale observar que o art. 4º da lei traz a autorização legal para a realização de convênios por parte do Banco Central – frise-se, não pelas instituições financeiras – e da Comissão de Valores Mobiliários com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, mas para finalidades diversas às buscadas pelas normas do FATCA.

Os arts. 5º e 6º da lei só foram transcritos para deixar claro que a obrigação de prestar informações ao fisco brasileiro ali descrita é completamente diferente (leia-se incompatível) das obrigações impostas pelas regras do FATCA às instituições financeiras estrangeiras, onde se exige i) a identificação completa do cliente (inclusive sócios de empresas), no intuito de verificar quem seria contribuinte do IRS e teria obrigação de declarar os valores possuídos e rendas de qualquer natureza percebidos segundo as normas fiscais americanas, e ii) elaboração de relatórios anuais com informações financeiras detalhadas de tais clientes.

O §2º do art. 5º da Lei do Sigilo foi explícito ao dispor que as informações passadas à Receita Federal Brasileira pelas instituições financeiras no País “[...] *restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.*”. Já no FATCA, como dito, as informações são detalhadas.

Ademais, no Brasil, qualquer exame mais detido referente a contas e depósitos e aplicações financeiras pelos fiscais da Receita Federal deve obedecer previamente ao disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (com suas alterações posteriores) que regulamentou a matéria.

Por fim, os arts 10 e 11 da Lei do sigilo Bancário trazem normas de responsabilidade penal e civil pelo descumprimento das disposições da lei. O art. 10 descreve a quebra de sigilo como tipo penal e dispõe sobre a pena – reclusão de um a quatro anos e multa. Seu parágrafo único dispõe sobre um tipo que pode ser comissivo ou omissivo, pois prevê que incorre nas penas aquele que omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos da citada lei complementar.

O art. 11 dispõe de conduta própria do servidor público que viabilizou a utilização de informação obtida em decorrência de quebra de sigilo.

Por fim – e como já referido - não há na legislação brasileira de regência permissão para que instituição financeira brasileira cumpra

as normas do FATCA sem antes estar devidamente autorizada por seu cliente no Brasil, contribuinte do IRS, a revelar suas informações financeiras detalhadas. O fornecimento de tais informações sem a anuência prévia do cliente configura o crime de quebra de sigilo bancário, sem prejuízo da responsabilização civil devida em virtude do ato ilícito praticado.

Já as regras do FATCA dirigidas ao contribuinte norte-americano prevendo a obrigatoriedade de declaração de suas contas e aplicações em determinado formulário a ser entregue ao IRS não tem - do ponto de vista do sigilo bancário brasileiro- qualquer relevância jurídica para o nosso ordenamento jurídico. Trata-se aqui de obrigação fiscal comum a ser cumprida pelo contribuinte com e no seu país.

4 CONCLUSÃO

A criação, por um país, de obrigação legal, dirigida ao seu contribuinte, de declarar informações financeiras e bens possuídos por ele, mesmo que em outro país, é norma comum e juridicamente desimportante do ponto de vista do nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o Congresso Americano - aproveitando-se da discussão de lei de incentivo ao emprego - criou uma série de obrigações para toda a comunidade financeira internacional, ou seja, para empresas criadas, situadas e que atuam foram da área de jurisdição do ordenamento jurídico dos Estados Unidos.

Certamente que sua posição de liderança econômica no cenário mundial (mantida, apesar da crise financeira recente) o incentivou a elaborar tal norma e a impô-la a todo o mundo ou, melhor dizendo, a todos com quem tem relações comerciais e por conseguinte, aos que tem relações financeiras com os cidadãos e empresas dos Estados Unidos.

Muitas associações de diversos tipos de instituições financeiras e até da indústria tem se reunido em vários países, movimentado o cenário jurídico - sobretudo e certamente o dos escritórios americanos especializados em direito tributário - preocupadas com a regulamentação extremamente específica, detalhada e ainda algo que nebulosa, cujo regulamento (de 400 páginas) está em fase de consulta pública para ser futuramente editado.

No entanto, enquanto a questão mantém-se regida por um cenário de incertezas, as instituições financeiras que operam no Brasil e que não desejarem sofrer as retenções no alto percentual de 30% (trinta por cento), deverão começar a identificar seus clientes e a preparar-se para a futura implementação do FATCA, inclusive com a cientificação destes sobre as regras já em vigor e das que vigorarão em breve e, bem assim,

com a obtenção de sua autorização para o fornecimento de informações que, como visto, deve ser prévia e inequívoca, sob pena de se praticar no Brasil conduta prevista como crime de quebra de sigilo bancário.

Como referido – e numa análise preliminar – a legislação brasileira que rege o tema não alberga a ação pretendida pelos Estados Unidos sem que haja expressa autorização do cliente para o fornecimento das informações financeiras ao IRS.

A par das questões jurídicas acima cogitadas, outros aspectos também despontam: toda essa mudança nas regras de *compliance* da instituição financeira com vistas à permanência no mercado americano envolve evidente gasto de recurso em nome da permanência de clientes americanos.

Estes breves comentários sobre o tema buscaram abordar a questão sob o enfoque de algumas das exigências mais conhecidas ante as disposições da lei do sigilo bancário, mas é inegável que há inúmeras outras questões legais a examinar como, e.g., questões consumeristas, concorrenciais, ante possível concentração de certas operações em grandes instituições financeiras em razão de altos custos eventualmente envolvidos, entre tantas outras.

No entanto - e para concluir - é de se ponderar que o FATCA, apesar de todos os problemas apontados, é um instrumento de enorme valia para o IRS no combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro que envolva contribuintes norte-americanos. Se vier a ser implementado nos termos pretendidos, tal precedente significará duro golpe no instituto do sigilo bancário mundial, pois quebrará o paradigma de impossibilidade de troca de informações financeiras entre países para fins fiscais.

REFERÊNCIAS

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

HAGSTROM, Carlos Alberto. *Comentários à lei do sigilo bancário: lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. *Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2012.