

QUAL O FUTURO PARA AS CARTAS ROGATÓRIAS EM AÇÕES PENAIS CONTRA CRIMES DE "LAVAGEM DE DINHEIRO"? : ligeiras observações sobre decisões judiciais proferidas no "Caso Propinoduto"

ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR

Sumário:

1. Introdução - 2. O caso - 3. Comentários - 4. Conclusão - 5. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho discute se ainda há espaço para as cartas rogatórias no cenário internacional, especialmente quando os interesses em jogo disserem respeito ao combate aos crimes de "lavagem de dinheiro". Com este propósito, o texto examina brevemente a atuação da OCDE e dos países-membros da União Européia; as mudanças legislativas ocorridas mais recentemente no Brasil; discute as práticas políticas e administrativas no que se refere à cessão de informações fiscais; a posição da jurisprudência, tomando por *leading case* recente decisão da Corte Especial do STJ em caso envolvendo escândalo que ficou conhecido no Rio de Janeiro como - "Propinoduto"; e acaba firmando posição no sentido de admitir-se um procedimento mais informal do que o da carta rogatória, em troca de uma maior participação dos órgãos judiciais nas fases de investigação administrativa dos crimes de "lavagem de dinheiro", com isto logrando-se obter, na prática, um controle mais eficiente do respeito aos direitos fundamentais dos investigados.

2. O caso

Procuradores suíços solicitaram ao TRF da 2ª Região autorização para que assistissem a depoimento de testemunhas em



audiência criminal, cuja ação tem por objeto crime de "lavagem de dinheiro". O escândalo, envolvendo fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, logo ficou conhecido como "Propinoduto" - o que demonstra que o carioca ainda não perdeu sua conhecida verve humorística... Além da oitiva dos depoimentos, pretendiam os procuradores extrair cópias de documentos. O pedido foi deferido pelo TRF 2ª Região, por sua 2ª Turma Especializada, sendo Relator o Desembargador Federal André Fontes. Em 28.02.2005, Reinaldo Menezes da Rocha Pitta formalizou petição de Reclamação no STJ, registrada sob o n. 1819-RJ, alegando falta de pedido da justiça suíça na realização daquelas providências, e que fora criado ato de "cooperação internacional" em usurpação da competência do STJ para conhecer de cartas rogatórias passivas (art. 105, I, *i* da CF/88, com a redação da EC 45/2004). A medida liminar foi concedida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 28.02.2005, mas, em 02.03.2005, a Corte Especial do STJ, por maioria, vencidos os Ministros Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, Hamilton Carvalhido e Franciulli Netto, revogou aquela decisão, provendo agravo regimental interposto. O Reclamante impetrou Habeas Corpus no STF, registrado sob o n. 85.588. O Relator, Min. Marco Aurélio, concedeu a medida liminar, em 07.03.2005.

Não foi possível obter os votos proferidos pelos Ministros que integraram a Corte Especial do STJ quando do julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão proferida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, senão o voto proferido pelo Ministro Nilson Naves, voto este que foi disponibilizado na INTERNET, antes mesmo de publicado o acórdão no *DJU*, por força do disposto no Ato 135, de 01.06.2004, daquela Corte. Diga-se, de passagem, que este Ato é mais uma demonstração da transparência do Poder Judiciário brasileiro, sem paralelo em qualquer outro lugar do mundo.

De todo modo, a síntese do raciocínio que foi exposto pelo Ministro Nilson Naves espelha bem o conteúdo do conflito e das profundas questões ligadas aos atos de cooperação internacional direcionados ao combate contra os crimes de "lavagem de dinheiro", e das dúvidas e perplexidades que o próprio tema está a despertar, no mundo todo.

Do voto proferido pelo Ministro Nilson Naves, transcrevo a seguinte parte:

Só que o defeito, a meu ver, não está na rogatória em si, talvez esteja, isto sim, no seu procedimento. Então, o que tem que ser alterado é o procedimento, mas há pretensão de eliminar, pura e simplesmente, a rogatória. Isso se me afigura estranho. [...] Não há, contudo, nenhuma notícia de ratificação de tão falado e tão eventual tratado. Se existe, não faz, portanto e ainda, parte de nosso ordenamento jurídico.

Em certo momento, quando da medida liminar concedida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a imprensa carioca noticiou que a Suíça atendera, em outra oportunidade, pedido do Ministério Público Federal brasileiro, no sentido de que fornecesse cópia de documentos de procedimentos de investigação por crimes de "lavagem de dinheiro" que os mesmos réus teriam cometido naquele País, sem que existisse ainda Tratado ou Acordo firmado entre a Suíça e o Brasil neste sentido. Falou-se em algo como um "dever moral" de atender ao pedido dos procuradores suíços, até como forma de "reciprocidade", e destacou-se o constrangimento a que foram estes últimos submetidos, vez que já se encontravam presentes no Rio de Janeiro e que vieram apenas para aquela finalidade de assistir à referida audiência criminal e de obter cópias de documentos.

Estes os fatos mais conhecidos, passo a comentar o caso.

3. Comentários

Em primeiro lugar, foi lembrada a falta de um Tratado ou Acordo firmado entre a Suíça e o Brasil, dispensando a formalização do pedido de informações em procedimentos administrativos, ou em processos judiciais, por meio de carta rogatória, quando presente suspeita de crime de "lavagem de dinheiro".

Até o momento, e como dito pelo Ministro Nilson Naves, com certeza não foi publicado Decreto algum do Presidente da República, promulgando tal Acordo ou Tratado, se existentes.

Se, todavia, houver sido firmado um Tratado ou um Acordo entre a Suíça e o Brasil com aquele objeto, é certo que, no dia em que ele for promulgado por Decreto do Presidente da República, tal promulgação produzirá efeitos, inclusive, retroativos.

De fato, esse é o entendimento vigente no STF para os casos de extradição, nos quais faltante Tratado ou Acordo, acresce a Corte que basta simples "promessa de reciprocidade" para que se defira a extradição.

Argumenta-se, ainda, que semelhante retroatividade não seria vedada em nosso ordenamento jurídico, vez que a extradição não se constitui em pena propriamente dita, mas ato de cooperação internacional, possibilitando a efetividade do processo na jurisdição estrangeira, perante a qual o extraditando poderá defender-se.

Por todas, veja-se o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento da Extradição 864, publicada no "Informativo STF" 313, especialmente o n. 21 do respectivo texto.

Se a "promessa de reciprocidade" basta para o mais - a extradição do estrangeiro do território brasileiro para a jurisdição alienígena - por que não poderia também ser bastante para o menos - simples presença física de procuradores do Estado estrangeiro em

audiência criminal, apenas para ouvir os depoimentos de testemunhas e obter cópias de peças do processo?

Certo, subsistiria ainda a questão da obrigatoriedade do procedimento da carta rogatória passiva, ainda que admitindo-se a retroatividade dos efeitos do Tratado ou do Acordo que estivesse por ser ratificado e promulgado na forma da lei brasileira.

Mas aqui é necessário atentar-se para o "estado da arte" em que se encontra o combate ao crime de "lavagem de dinheiro" no mundo, aspecto este que foi percebido no voto proferido pelo Ministro Nilson Naves.

As cartas rogatórias visam garantir não só "a rapidez e a eficiência do trânsito de atos processuais", mas, também, "assegurar os direitos fundamentais protegidos no âmbito da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos", vislumbrando-se "uma relação direta entre esses atos processuais transfronteiriços e os direitos fundamentais através de processo no qual as garantias de defesa sejam respeitadas"¹.

Está-se a observar, contudo, profundas mudanças no cenário internacional, resultantes dos esforços para o combate global a crimes como a "lavagem de dinheiro"².

¹ ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 247-248: "Para garantir a rapidez e a eficácia do trânsito de atos processuais e jurisdicionais são necessárias normas especiais, que permitam o cumprimento dessas medidas. Essa obrigação dos Estados resulta de um dever de cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da Justiça. Ao mesmo tempo, deve-se também assegurar os direitos fundamentais protegidos no âmbito da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos. Esses direitos fazem parte de um catálogo dos direitos do cidadão e não mais apenas uma obrigação entre nações soberanas, por força da cortesia internacional. Vislumbra-se uma relação direta entre esses atos processuais transfronteiriços e os direitos fundamentais através de processo no qual as garantias de defesa sejam respeitadas. Há uma preocupação do esforço codificador internacional em encontrar soluções uniformes, no plano global - por meio de convenções internacionais, multilaterais ou oriundas de processos de integração."

² *Ibid.*, p. 265: "A cooperação penal, para fazer face ao crime de caráter globalizado, precisa de instrumentos eficazes à sua repressão. O STF insiste na indispensabilidade da prévia homologação da decisão para permitir a quebra do sigilo bancário."

O procedimento da carta rogatória tornou-se obsoleto no âmbito internacional? Em caso positivo, que espécie de procedimento terá tomado o seu lugar, ou, no mínimo, desvalorizado a relevância da carta rogatória? E os direitos fundamentais continuaram a gozar das mesmas garantias a que faziam jus no procedimento da carta rogatória? Enfim, essa espécie de "procedimento substituto" afrontaria algum direito fundamental de maior importância em nosso ordenamento jurídico, como o direito a um devido procedimento, ao contraditório e à ampla defesa, ou, até mesmo, aos sigilos bancário e fiscal, inseridos dentro da cláusula da tutela jurídica da intimidade e da vida privada?

É o que passo a responder, sempre lembrando que tais questões estão longe de terem sido pacificadas, tanto externa, como internamente.

Inicialmente, deve-se partir de uma constatação: há um movimento coordenado entre países membros da União Européia, por intermédio do Conselho da Europa e da OCDE, no sentido de se combater as chamadas "práticas tributárias predatórias" ou "prejudiciais" (*Harmfull Tax Practices*), e que seriam caracterizadas basicamente pelos seguintes fatores: 1) o regime tributário de um determinado país impõe pouca, ou nenhuma, taxa sobre manifestações de riqueza relevantes oriundas de serviços financeiros geograficamente voláteis e dinâmicos; 2) o regime adota medidas de proteção a tais capitais como política de sua economia doméstica; 3) o regime tributário carece de transparência; e 4) não há um efetivo intercâmbio de informações a respeito do regime³.

³ Texto disponível em: www.oecd.org/dataoecd/60/39/30901115.pdf. Acesso em: 01.04.2005. No original, vejam-se os itens 2 e 24, dos quais transcrevo o primeiro: "*In brief there are four main factors: 1) the regime imposes low or no taxes on the relevant income (from geographically mobile financial and other service activities; 2) the regime is ring-fenced from the domestic economic; 3) the regime lacks transparency, e.g., the details of the regime or its application are not apparent, or there is inadequate regulatory supervision or financial disclosure; and 4) there is no effective exchange of information with respect to the regime.*" KANITZ, Stephen. "O Fim dos Paraísos Fiscais", *Revista Veja*, ed. 1720, de 03.10.2001: "O cerco já vinha sendo feito pela OCDE que criou o *Financial*

Acreditam a OCDE e os seus países-membros que a troca de informações fiscais entre suas Administrações Públicas deve ser a mais ampla, completa e célere possível; deve ser notado, ainda, que a participação de órgãos judiciais, ou quase-judiciais, não é considerada fundamental.

Isto porque, na Europa - e salvo poucas exceções, as quais, ao que tudo indica, estão em vias de integração à regra geral, como a Suíça - nada impede que as Administrações Fazendárias troquem informações fiscais entre si, o máximo de restrições admissíveis dizendo respeito a cuidados para evitar o vazamento dessas informações, bem como a necessidade de que sejam prestadas para que possam fortalecer as investigações da Administração Fiscal requerente em um caso concreto. Em geral, o controle sobre o respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes quando da cessão de dados e informações existentes em bancos de dados e arquivos públicos cabe a uma autoridade ou a um serviço de natureza autárquica (e.g., as Comissões de Acesso aos Documentos Administrativos ou aos Garantes da Privacidade), em primeiro lugar, cabendo aos órgãos judiciais um controle posterior. Mas a sindicabilidade do respeito àqueles direitos fundamentais é um problema mais que atual, especialmente se for considerada a vinculação estabelecida entre segurança pública e nacional e o controle dos fluxos financeiros em escala global, aí incluído o fluxo de dados econômico-financeiros e fiscais⁴.

Action Task Force, do qual participa o Brasil (veja o site www.oecd.org/fatf). O Ministério da Fazenda está cooperando intensamente através do Controle de Atividades Financeiras (COAF). [...] Os Estados Unidos, que se colocavam contra esta iniciativa brasileira porque no fundo recebiam boa parte do dinheiro destes paraísos, rapidamente mudaram de idéia. Ironicamente, a luta de Laden contra "O Grande Satã" trará o início da maior das globalizações, a globalização das leis, começando com as leis e a fiscalização financeira. Nem precisamos ir muito longe: as normas contábeis já são globais. Perderemos algumas liberdades individuais, como o sigilo nas ligações internacionais e o sigilo bancário internacional. Haverá pressão para todos adotarem leis comuns, provavelmente acordadas pelo G-7."

⁴ MARIA JOSÉ OLIVEIRA LIMA ROQUE, (*Sigilo Bancário & Direito à Intimidade*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 99) lembra o caso da Bélgica, onde "...várias autoridades têm acesso às informações cobertas pelo sigilo: juizes, procuradores, auditores do rei,

No Brasil, segundo JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, o tratamento legislativo-administrativo-judicial do tema do sigilo das informações econômico-financeiras - e acrescento, fiscais - "se revela no geral, precário e lacunoso"; "no específico e setorial, confuso"⁵.

A legislação permissiva do intercâmbio de informações entre as Administrações Fazendárias - empregado aqui o termo em sentido amplo, i.e., incluindo-se as Administrações Previdenciárias, Securitárias, fiscalizadoras dos mercados financeiros e de capitais etc. - é ampla, diversificada e, por vezes, contraditória.

Assim, por exemplo, o Dec. 1.058, de 21.02.1994, refere-se ao intercâmbio de informações entre a Secretaria da Receita Federal; o Tesouro Nacional; o Ministério da Fazenda; a Fiscalização do Trabalho e de Políticas de Emprego e Salário do Ministério do Trabalho; o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; a Caixa Econômica Federal - CEF; o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; e o Banco do Brasil S/A.

Mas a Lei 10.303, de 31.10.2001, em seu art. 28, refere-se apenas ao Banco Central, à Comissão de Valores Mobiliários - CVM; à

auditores militares, membros da polícia judiciária, autoridades fiscais, monetárias e financeiras. Existe também a obrigação de os estabelecimentos bancários comunicarem todos os créditos concedidos aos clientes de valores superiores a um milhão de francos belgas, estando o Banco nacional autorizado a distribuir estas informações (Dec.-lei de 06.10.44)." Para um estudo bem mais detalhado do que o que comporta os limites deste trabalho, veja-se OECD, "*Reference Guide on Sources of Information From Abroad*". Para maiores detalhes, veja-se: NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. *Cidadania e Direito de Acesso aos Documentos Administrativos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; e, do mesmo autor, *Segurança - Nacional; Pública; Nuclear - e o Direito à Informação*, a ser lançado em breve.

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 548: "O ordenamento jurídico brasileiro respira, nesse campo, uma atmosfera de perplexidade e insegurança. As inovações constitucionais colocaram sob suspeita uma série de dispositivos legais, disciplinadores de poderes estatais especialmente no âmbito de proteção de outras informações de natureza econômico-financeira, exigindo pronta iniciativa do Congresso, de forma a acomodar o padrão legal à nova ordem constitucional, que não veio; e a competente ação do Judiciário para dizer, em concreto, o que teria sido ou não recepcionado da ordem antiga; que veio, mas de forma tímida. Pelo menos até o momento. O 'sistema' de proteção dos dados de caráter pessoal se revela no geral, precário e lacunoso. No específico e setorial, confuso."

Secretaria de Previdência Complementar; à Secretaria da Receita Federal - SRF; e à SUSEP, ao determinar que "(...) manterão um sistema de intercâmbio de informações relativas à fiscalização que exerçam, nas áreas de suas respectivas competências, no mercado de valores mobiliários".

Já o art. 37, XXII da CF/88, com a redação dada pela Emenda 42, de 19.12.2003, estipula que "(...) as *administrações tributárias* [...] atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio", sendo evidente a dificuldade de se qualificar a CEF, o BNDES e o Banco do Brasil S/A naquela expressão.

Especial atenção merecem os arts. 198 e 199 do CTN, com a redação dada pela LC 104, de 10.01.2001.

Assim passaram a dispor:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I - *requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;*

II - *solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.*

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, *será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.*

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais;

II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III - parcelamento ou moratória.

Art. 199. *A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e *permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.*

Parágrafo único. *A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.* (grifei)

Estamos no terreno do *devido procedimento legal*.

O "processo regulamente instaurado" a que se refere o § 2º do art. 198 tanto poderá ser o *judicial*, como o *administrativo*; naquele, em havendo necessidade, caberá ao juiz, em decisão *motivada* (CF/88, art. 93, IX), proceder à *requisição* das informações fiscais, caso em que, como é óbvio, não poderá a Administração Fazendária negar-se a cumprir a ordem; no âmbito das Administrações Fazendárias e, por igual, das Comissões Parlamentares de Inquérito - dotadas de atribuições e competências judiciariformes, como são - haverá, *agora*, a necessidade inafastável da *formalização* de um *procedimento*, e que seja *devido*. Não bastará, assim, *qualquer espécie* de procedimento, e o parâmetro de controle para se saber se o procedimento será, ou não, o devido, é se ele foi *formalizado* de acordo com a *legislação* tributária (CTN, art. 96) e os grandes princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais dos contribuintes,

responsáveis ou de terceiros, ainda que indireta e faticamente ligados aos fatos tidos como ilícitos⁶.

Mas, na esfera interna das Administrações Fazendárias, quem irá animar-se a exigir a comprovação de que o procedimento instaurado pela solicitante das informações fiscais pertinentes a determinado contribuinte, responsável ou terceiro ligado, ainda que fática e indiretamente, aos fatos tidos como ilícitos, foi *regularmente instaurado*, como exigido pelo art. 198, II do CTN, *com o objetivo de investigar prática de infração administrativa*, e não por espírito emulativo, ou de perseguição política, ou mesmo para a prática de atos posteriores de extorsão, corrupção etc?

A Secretaria da Receita Federal pretende que a "previsão exaustiva das hipóteses que justifiquem" "a requisição de informações", na forma em que regulamentado pelo Dec. 3,724/2001, art. 3.º, seria bastante para "resguardar os direitos dos contribuintes", uma vez que o relatório a ser elaborado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal responsável pela execução de Mandado de Procedimento Fiscal, dirigido à autoridade administrativo-tributária competente, responsável pela expedição da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, teria que "demonstrar tratar-se de situação enquadrada nas hipóteses previstas" naquele art. 3.º.⁷

⁶ Vem de longe o costume da Fazenda Pública de intercambiar informações fiscais sem maiores formalidades. Veja-se, assim, e.g., ALIOMAR BALEEIRO, (*Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 622) comentando o art. 199 do CTN dizia: "E se não houver lei ou convênio? A despeito do rigor do art. 198, parágrafo único, que excetua 'unicamente' a requisição judicial, no interesse da justiça e os casos do art. 199, parece-nos que as sanções daquele dispositivo não têm lugar contra agentes da pessoa do Direito Público, que, por espírito de cooperação ou de cortesia oficial, no interesse da fiscalização, fornecerem a outra pessoa de Direito Público, sob reserva de sigilo, as informações indispensáveis. [...] Na prática, há essa cooperação, que observamos no exercício do cargo de Secretário da Fazenda da Bahia."

⁷ Secretaria da Receita Federal, Contribuição da SRF na Comissão instituída pela Portaria 98, de 04.9.2002, do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/EstTributarios/topicosespeciais/Lavagem_Dinheiro. Acesso em: 30.03.2005: "O Dec. 3.724/2001 regulamentou o art. 6.º da LC 105/2001,

Nossas praxes política e administrativas não nos permitem simplesmente presumir, sem mais, que as Administrações Fazendárias vão respeitar, *moto proprio*, os direitos fundamentais dos investigados⁸.

Já tive a oportunidade, quando de processamento e julgamento de mandado de segurança impetrado por contribuição sujeito a Mandado de Procedimento Fiscal, de constatar, segundo as informações prestadas pelo próprio Delegado da Receita Federal, que o procedimento administrativo somente fora iniciado por motivo de requisição do Ministério Público Federal fundado em notícia de jornal de grande circulação.

E pior: a Coordenação Geral de Fiscalização, em um primeiro momento, afirmou que havia "indícios de existência de variação patrimonial a descoberto" "da ordem de cerca de trezentos e trinta mil reais"; ao fim das investigações administrativas, porém, a conclusão foi que o contribuinte era credor de imposto a ser restituído, de pequena monta⁹.

Se assim é, já na alçada interna das Administrações Fazendárias brasileiras, o que se poderá esperar quando estiverem a dar ou a receber informações, com destino ou origem em Administrações Fiscais estrangeiras?

dispondo sobre a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações sobre operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a eles equiparadas (arts. 1.º, §§ 1.º e 2.º). Entretanto, com vistas a resguardar os direitos dos contribuintes, a requisição das informações depende de indícios veementes de infração à legislação tributária, com previsão exaustiva das hipóteses que a justifiquem. No art. 4.º do decreto em comento exige-se relatório circunstanciado a ser elaborado pelo AFRF responsável pela execução do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), dirigido à autoridade administrativo-tributária competente, responsável pela expedição da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF). O relatório tem de satisfazer os requisitos de razoabilidade e indispensabilidade, além de demonstrar tratar-se de situação enquadrada nas hipóteses previstas no art. 3.º."

⁸ Nem é preciso maiores esforços para essa demonstração. Veja-se, assim: Briga no PMDB teve até grampo. *O GLOBO*, de 02.04.2005, cad. O País, p. 03: "Briga no PMDB teve até grampo - Espionagem e disputa de poder por trás da demissão de ando da Previdência e de Bezerra do INSS - Troca de acusações e uma guerra de espionagem marcaram os últimos meses do ex-ministro da Previdência Amir Lando e do ex-presidente do INSS Carlos Bezerra, ambos do PMDB, no governo. A disputa nos bastidores da Previdência foi comunicada

⁹ O texto da sentença foi publicado na *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, América Jurídica, vol. VIII, 2003, pp. 309-320.

Mas um outro aspecto - e externo, ou seja, referente às Administrações Fazendárias estrangeiras - merece ser também destacado.

É o da freqüente incompatibilidade das regras previstas na Convenção para Cooperação Mútua em Tributação ("*Convention on Mutual Administrative Assis-tance in Tax Matters*") da OCDE com os direitos fundamentais reconhecidos pelas legislações mais avançadas no tema, especialmente, a Convenção Européia de Direitos Humanos¹⁰, assim como o da pouca relevância que a Convenção poderá ter para uma eficiência do Direito Penal Internacional¹¹.

Daí porque acredito que, ao contrário do que entendido por JAMES MARINS a LC 104/2001 teve um escopo bem mais amplo do que o de somente "alargar um pouco a possibilidade de divulgação de informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros", e de "permitir a colaboração recíproca da Fazenda Pública da União com Estados Estrangeiros"¹².

¹⁰ ZAGARIS, Bruno. "Exchange of Tax Information Policies at the Millennium: Balancing Enforcement with Due Process and International Human Rights". Disponível em: <http://www.freedomandprosperity.org/zagaris2.pdf>. Acesso em: 01.04.2005: "Malta has focused on the Tax Convention's lack of any reference to the human rights standards that must be respected by member states of the Council of Europe. Applicable rights under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Human Rights Convention) that may apply are included in the guarantee of a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. [...] Although the Court has yet to construe the general meaning of Article 6, it has applied the fair hearing guarantee to at least one economic case. In *Colozza v. Italy*, the applicant contended that his Article 6 guarantees of a fair hearing were violated when an Italian court tried and convicted him of various offenses of which he was never aware by the authorities. The Court found a breach of the fair hearing rights guaranteed in Article 6 and held that an accused cannot be presumed to have waived his Article 6 rights were he was not notified of the proceedings against him and attempts to trace him were inadequate. In addition, the Court found that lack of notice would make it difficult to exercise other guaranteed rights, such as the right to defend oneself, examine witnesses, and secure the free assistance of in interpreter...".

¹¹ *Idem*: "For purposes of international criminal law, the Convention has limited application. The Convention is meant to cover the preparation of criminal proceedings in the tax area to be initiated before the judicial bodies. However, after criminal proceedings have started before the judicial bodies, the Convention does not apply, in order to avoid any conflict with the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters."

¹² MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro* (Administrativo e Judicial). São Paulo: Dialética, 2002, pp. 239-240.

4. Conclusão

Posta a questão nesses termos, parece-me lícito concluir que a participação de juízes brasileiros em audiências informais com autoridades governamentais estrangeiras, no Brasil ou no exterior, ou a admissão da participação destas no Brasil, em audiências públicas, ainda que com reservas - e.g., proibição de dirigir perguntas ao juiz, às partes, ou às testemunhas que estiverem a depor em uma audiência - embora teoricamente possa não corresponder a um devido procedimento, no qual assegurada ao investigado ou réu a possibilidade de posterior contraditório e ampla defesa, com vista dos autos do respectivo procedimento administrativo ou do processo judicial, e de ciência de todas as medidas que foram adotadas na investigação pelas autoridades brasileiras e estrangeiras, constituir-se-iam ao menos em vias de formalização de atos e condutas que, o mais das vezes, na prática, acabam por escapar, por inteiro, a qualquer controle de legitimidade ou de legalidade, administrativo ou judicial; e que, no estado da arte em que se encontra o tratamento legislativo-administrativo-político do tema do intercâmbio de informações fiscais pelas Administrações Fazendárias no Brasil, tais modos de participação informal seriam não só um avanço, no sentido de se restringir, tanto quanto possível, a lesão a direitos fundamentais do contribuinte, do responsável tributário ou de terceiros fática e indiretamente ligados aos fatos tidos como ilícitos, ainda quando da formação dos respectivos atos administrativos de investigação, ou seja, na fonte, mas talvez as únicas alternativas possíveis para que alguma espécie de controle judicial do respeito aos direitos fundamentais ainda venha a se mostrar eficiente, em concreto.

5. Bibliografia

ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BRIGA NO PMDB TEVE ATÉ GRAMPO. *O GLOBO* cad. O País, pp. 03, 02.04.2005.

KANITZ, Stephen. "O Fim dos Paraísos Fiscais", *Revista Veja*, ed. 1720, 03.10.2001.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro* (Administrativo e Judicial). São Paulo: Dialética, 2002.

OECD. Disponível em:

www.oecd.org/dataoecd/60/39/3090115.pdf. Acesso em 01.04.2005.

REVISTA IBERO-AMERICANA DE DIREITO PÚBLICO, América Jurídica, v. III p. 309-320, 2003.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário & Direito à Intimidade*. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, Contribuição da SRF na Comissão instituída pela Portaria 98, de 04.09.2002, do Conselho da Justiça Federal. Disponível em:

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Historico/EstTributarios/topicosespeciais/LavagemDinheiro>. Acesso em: 30.03 2005.

ZAGARIS, Bruno. *Exchange of Tax Information Policies at the Millennium: Balancing Enforcement with Due Process and International Human Rights*. Disponível em:

<http://www.freedomandprosperity.org/zagaris2.pdf>. Acesso em; 01.04.2005.