

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

A doutrina e os segmentos sociais, comerciais, industriais e de defesa do contribuinte devem exercer pressão cívica, por via das suas Confederações, das suas Federações, dos seus Sindicatos e das suas Associações para que o referido projeto transforme-se em lei e seja esta realmente aplicada pelo Poder Público.

Nessa parte introdutória, examinamos, também, a extensão, no momento contemporâneo, do conceito de Direitos Fundamentais, em face de ser necessário para balizamento dos estudos a serem desenvolvidos no exame dos questionamentos apresentados para discussão no círculo desse trabalho.

No percurso de se consumir essa tarefa, começo lembrando as afirmações de Ricardo Lobo Torres, na obra *Teórica dos Direitos Fundamentais, Renovar*, 1999, na Introdução:

"Os direitos fundamentais, assim, em larga medida, se confundem com os direitos humanos, e não há por que tentar distingui-los nesta obra coletiva.

Há uma certa perplexidade metodológica em torno do assunto. Norberto Bobbio chega a dizer que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-lo."³¹ Outros autores, pelo contrário, afirmam que cumpre redefinir os direitos fundamentais, posto que as garantias já estão constitucionalmente asseguradas e seguem naturalmente os direitos que se definirem como fundamentais; Louis Henkin observa que "há bibliotecas sobre os direitos constitucionais nos Estados Unidos, mas muito pouco tem sido escrito sobre a teoria dos direitos, sobre a relevância da teoria para as questões contemporâneas, sobre o desenvolvimento dos direitos nos Estados Unidos durante dois séculos"³² e James Buchanan já disse que uma revolução genuinamente constitucional se cifra na "redefinição consensual dos direitos fundamentais e das prestações".³³ Acreditamos que a razão, como sempre, esteja no meio, sendo necessário aprofundar a reflexão sobre os aspectos teóricos dos direitos fundamentais sem perder de vista os problemas ligados à sua concretização e às garantias que os ornamentam".

Com razão o autor ao fixar compreensão de que há necessidade de serem aprofundadas as reflexões, no campo doutrinário e jurisprudencial, sobre "direitos fundamentais", em decorrência de, acentuadamente, elevar-se as reivindicações do ser humano em ser adotada conduta pelo Estado e por todos os componentes, quer individualizados, quer reunidos em classes, em respeitar os direitos protetores da cidadania.

A Constituição Federal, em vários de seus artigos, manifesta-se, expressamente, pela obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais do cidadão-contribuinte.

³¹ Cita a fonte: *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 24.

³² Cita a fonte: *The Age of Rights*. New York: Columbia University Press, 1990, p. X.

³³ Fonte citada: *The Limits of Liberty*. Chicago: The University Of Chicago Press, 1975, p. 178.

MINISTRO JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Inicialmente, determina em seu Preâmbulo que a instituição do Estado Democrático brasileiro tem por rigorosa finalidade "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias".

A mensagem preambular da Constituição Federal representa expressão maior de valorização dos direitos fundamentais da cidadania. Ela deve ser propagada com o máximo de intensidade, a fim de se transformar em instrumento de convicção para todos os agentes públicos e privados que formam a Nação brasileira.

A primazia de respeito aos direitos fundamentais, em nossa Carta Magna, está, também, presente, em seu artigo 1º, ao estatuir, como princípios fundamentais a serem seguidos pela República Federativa do Brasil, a proteção da "cidadania" (II), da "dignidade da pessoa humana" (III), "dos valores sociais do trabalho" (IV) e do "pluralismo político" (V).

Essa filosofia estrutural das atribuições do Estado como um todo é mais uma vez exigida na Constituição Federal, no art. 3º, quando determina que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária", onde a "pobreza e a marginalização" devem ser erradicadas, bem como "reduzidas as desigualdades sociais e regionais", alcançando-se a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, crença, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Não satisfeito o Constituinte de 1988 com os destaques já assinalados, visando consagrar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, identificou, exaustivamente, no art. 5º, e incisivos, de modo explícito, o rol dos direitos fundamentais do cidadão, ultimando por registrar, no parágrafo 2º, do mesmo artigo, que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Logo, a proteção dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico não se esgota no elenco do art. 5º, da CF. Ela tem extensão muito maior, por abranger qualquer direito surgido dos princípios democráticos acolhidos pela Constituição Federal de 1988, mesmo de modo implícito, além dos oriundos da força dos Tratados Internacionais assinados pelo Brasil.

O trato dos Direitos Fundamentais, de qualquer natureza, humanos, tributários, sociais, educacionais, morais, econômicos, etc., é sempre de categoria internacional, por constituir-se em uma das maiores preocupações da humanidade no sentido de preservá-los. De igual modo é a atitude dos que se preocupam com os novos rumos da Democracia no desenvolver do Século XXI.

A intensidade, no Brasil, de estudos sobre Direitos Fundamentais do cidadão quando envolvido por uma relação jurídica tributária torna-se, por causa do panorama acima identificado, na época contemporânea, de valiosa contribuição para o

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

aperfeiçoamento de nossas entidades fiscais e de fazer-se com que os princípios implícitos e explícitos da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais aprovados pelo Brasil sejam, realmente, cumpridos.

É necessário que se propague que a Constituição Federal contém uma relação de direitos que visam, unicamente, diminuir a vontade e a força estatal sobre a cidadania e que esta é protegida em todos os ângulos das atividades exercidas.

Não passam despercebidos pelos estudiosos do Direito Tributário os questionamentos que, atualmente, estão postos para solução pelo Poder Judiciário, onde se visa, apenas, cumprir os postulados constitucionais, protegendo-se os direitos fundamentais do contribuinte.

Enumeramos, por exemplo, as lides judiciais tributárias em curso nos tribunais sobre FINSOCIAL, PIS (Empresas Industriais e Comerciais), PIS _ FATURAMENTO, PIS _ PRESTAÇÃO, COFINS-IMÓVEIS, Correção monetária dos balanços, Contribuição Social sobre o Lucro, Contribuição Previdenciária (alíquota de 11%, autônomos, etc.), Salário Educação, Seguro Acidente de Trabalho, Parcelamentos Fiscais, Exclusão do IPI da Base de Cálculo de ICMS, Creditamento de ICMS (Uso/Consumo), CPMF, Créditos Extemporâneos de ICMS/IPI, ISS (vários assuntos), etc.

Como registrado, o movimento forense tributário está crescendo em proporções geométricas, a atestar a postura do contribuinte em se valer do Poder Judiciário para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais que lhe são outorgados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na quadra presente, passamos a destacar algumas situações tributárias que, de modo direto ou indireto, atingem os direitos fundamentais do contribuinte.

O art. 150, IV, da CF, tem a seguinte redação:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I _

II _

III _

IV _ utilizar tributo com efeito de confisco.....”.

A expressão “efeito de confisco”, escolhida pelo constituinte para concretizar a vedação de o fisco utilizar-se de exação tributária para apropriar-se da totalidade do patrimônio do contribuinte, não é de fácil conceituação doutrinária.

A palavra efeito (do latim effectum) significa, para fins jurídicos, o resultado de uma ação. É a produção de uma consequência gerada por ato positivo ou omissivo.

Confisco (do latim confiscare) é concebido, no ambiente jurídico, como ação de força exercida pelo Estado consistente em transferir para si todos ou parte dos bens de um particular.

O confisco, em determinadas situações, tem amparo legal, como o efetuado pela Alfândega em relação às mercadorias introduzidas no Brasil por contrabando ou quando são confiscados bens de um funcionário que cometeu delito de improbidade administrativa.

Há, também, em nosso sistema, a figura do confisco cambial. Este foi introduzido pela primeira vez em 1953, sobre as exportações de café, para ser possível controlar seu preço no mercado mundial, com a conseqüência, também, de fornecer ao governo recursos para financiar outras atividades que lhe eram inerentes.

A História registra que, em outras oportunidades, esse tipo de confisco cambial foi aplicado sobre o açúcar e a soja, em momentos de alta do preço desses produtos no mercado cambial.

Afasta-se, no estudo em questão, a figura do confisco cambial.

A preocupação está assentada, unicamente, na compreensão dos efeitos do confisco vedado pela Constituição Federal.

Algumas manifestações doutrinárias sobre esse assunto merecem ser lembradas.

Igor Tenório e José Motta Maia, em *Dicionário de Direito Tributário*, 3. ed., Consulex, tratando do verbete confisco, alerta que essa entidade significa a "transferência ao domínio do Estado ou a estabelecimento público, de parte ou total do patrimônio de pessoa condenada, por infração grave à legislação."

Advertem, logo em seguida, que a "Constituição Federal veda expressamente a pena de confisco com as exceções que na mesma se estabelecem."

Entendem, ainda, os autores supracitados que "trata-se de sanções penais previstas na lei tributária, administrativa e penal comum" e que "pode ser referida como tal disposição que consagra o perdimento de bens ou mercadorias objeto de contrabando e bem ou patrimônio de funcionário, adquiridos com abuso no exercício do cargo ou função pública".

A observação que deve ser feita é referente ao fato de a Constituição Federal vedar o confisco unicamente para fins tributários, aceitando, expressamente, os seus efeitos para situações específicas, como as previstas no art. 243, parágrafo único³⁴ e no art. 5º, XLVI.³⁵

³⁴ Artigo 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Tudo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

³⁵ "Artigo 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: XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

Interessa aos nossos estudos, apenas, a vedação do confisco contida no art. 150, IV, da CF.

Ives Gandra da Silva Martins, comentando o referido dispositivo (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, v. 6, p. 161), considera não ser "fácil definir o que seja confisco". Mesmo assim, expressa o entendimento de que há essa figura quando a exigência tributária alcança um patamar financeiro tão elevado que retira "a capacidade de o contribuinte se sustentar e desenvolver ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento".

CRETELLA JR., J. In: Comentários à Constituição de 1988, 2. ed., p. 3554, v. VII assinala que "É vedado, no Direito Brasileiro, o exercício de tributação confiscatória. Atribuir ao imposto, ou à taxa, ou à contribuição de melhoria, o efeito de confisco, isto é, cobrar pelo tributo importância equivalente ao patrimônio do contribuinte, é medida inconstitucional. Se a lei o fizer, será argüida sua inconstitucionalidade".

Ives Gandra da Silva Martins entende que a vedação do confisco deve ser vista, sistematicamente, com o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF). Esta vinculação está definida, na mensagem constitucional, por se identificar o princípio da capacidade contributiva como sendo o que proibe a incidência de tributo sobre parcelas de riqueza do contribuinte com carga excessiva que resulte em saldo patrimonial mínimo impossibilitador de atendimento das necessidades vitais do sujeito passivo e do seu desenvolvimento profissional.

A homenagem integral à vedação posta ao art. 154, IV, da CF, só ocorrerá com o atendimento, na instituição de qualquer tributo, a essa idéia de ser respeitado o mínimo vital necessitado pelo contribuinte.

Gisele Lenke, na obra Imposto de Renda _ Os Conceitos de Renda e de Disponibilidade Econômica e Jurídica, Dialética, 1998, p. 51-52, estudou com precisão esse entrelaçamento entre o princípio da capacidade contributiva e o da proibição do confisco tributário.

Cedo espaço para transmitir o que a mencionada autora escreveu (fls. 51-52):

"O princípio da capacidade contributiva encontra-se estreitamente vinculado, também, ao da isonomia (letra, "c", supra). Ele decorre do da isonomia. É a sua manifestação concreta no campo do Direito Tributário. Melhor dizendo, é uma de suas manifestações, visto como o princípio da isonomia, na esfera tributária, não se esgota na tributação igual perante igual capacidade contributiva e desigual em caso contrário. Certamente é a sua manifestação de maior relevo, pois se trata de princípio fundamental nesse setor do Direito. Ele significa especificamente que cada um deve contribuir para o Estado na medida de sua capacidade econômica, sendo que aqueles dotados de igual capacidade econômica devem contribuir com a mesma parcela de sua riqueza e aqueles cuja capacidade econômica for diversa devem contribuir com parcelas de riqueza diversas. Hodiernamente se entende que isso implica, tanto quanto possível (em alguns tributos isso não é materialmente viável), no estabelecimento de alíquotas progressivas de tributação, estipulando-se faixas de riqueza. O estabelecimento de uma só alíquota faria com que a tributação pesasse muito mais para os contribuintes de pequena

capacidade econômica. Perante a Constituição brasileira, esse aspecto é de menor relevância, haja vista dela constar expressamente o princípio da progressividade, já comentado.

Outra idéia contida no princípio da capacidade contributiva é a do mínimo vital. Como já referido diversas vezes, não basta a existência da riqueza, é preciso que ela seja superior ao mínimo necessário à sobrevivência. Ou seja, só pode ser tributada a riqueza além daquela utilizada pelo indivíduo para sobrevivência sua e de sua família. Tratando-se de pessoa jurídica, é preciso deduzir de sua receita as despesas necessárias ao seu funcionamento e mais parcela destinada à reposição do capital e a novos investimentos na própria atividade da empresa, de modo que ela possa se manter competitiva. Só assim se saberá qual a quantidade de renda disponível para tributação. É claro que essa não é uma idéia suficientemente precisa, podendo ser preenchida de várias maneiras. Não há problema nisso, porém, pois não se procura aqui um conceito fechado e preciso de capacidade contributiva, o que nem seria possível. Procuram-se tão-somente os contornos de um conceito, isto é, uma idéia de capacidade contributiva, seu núcleo de significação, o qual não pode ser desconsiderado pelo legislador. No mais, frise-se, o legislador é livre para preencher o sentido dessa expressão.

Além do limite mínimo, o princípio em tela indica, igualmente, um limite máximo para a tributação, limite este que é ainda mais fluido que o anterior. Um limite máximo evidente é o da proibição do confisco, princípio sobre o qual foram tecidas algumas considerações no capítulo anterior. Quando se atinge o nível confiscatório, ultrapassou-se de longe o limite superior da capacidade contributiva. Desse modo, esse princípio perde um pouco de sua importância, a não ser pelo fato de expressar um último limite da capacidade contributiva. Se nenhum outro limite for aceito, certamente não se poderá chegar ao confisco da riqueza, porque aí restará ferido mais um princípio constitucional expresso. Entretanto, o limite máximo de tributação que é trazido pelo princípio da capacidade contributiva está muito aquém do confisco. Ele é traçado pelos princípios constitucionais enumerados nos artigos 3º e 170 da Constituição, dentre os quais se destacam os princípios da livre iniciativa, da justiça social, do livre exercício das profissões e da propriedade privada.

A livre iniciativa é a base de nosso sistema econômico, devendo ser respeitada pela tributação, o que vale dizer que esta não pode atingir índices tais a desincentivar a atividade econômica privada. Essa idéia pode ser bastante útil no caso da tributação das microempresas. De outro lado, contudo, como fiel da balança, encontra-se o princípio da justiça social, outro dos princípios fundantes de nossa Ordem Econômica Constitucional. Ele poderia justificar, por exemplo, tributação elevada sobre ganhos que não sejam derivados de atividades produtivas, de modo a se desestimular que algumas pessoas vivam de rendas imobiliárias, sem fazer qualquer esforço produtivo. Quanto ao livre exercício das profissões, naturalmente ele não pode ser impedido por via da tributação, o que significa que esta não pode se tornar tão onerosa a ponto de tornar desinteressante uma determinada atividade lícita. Outrossim, há de ser respeitada a propriedade privada, mais um dos pilares de nosso Sistema Econômico. Ela deve ser vista, no entanto, sempre em consonância com sua função social, o que justifica inclusive uma tributação proibitiva de propriedade que não esteja sendo utilizada de acordo com sua função social. Aliás, a própria Constituição traz exemplos desse tipo de tributação (arts. 153, § 4º; 156, § 1º; 182, § 4º, II).

Os autores estudados mencionam, ainda, os requisitos da atualidade e efetividade. O primeiro deles tem implicações quanto à possibilidade (ou não) de tributação com base em capacidade contributiva pretérita ou futura. Somente este último aspecto tem importância em nosso ordenamento, eis que se encontra nele expressamente consagrado o princípio da irretroatividade da lei tributária (art. 150, III, "a") e, de quebra, aquele

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

da anterioridade (art. 150, III, "b"). Este aspecto do princípio, contudo, da viabilidade (ou não) da tributação com fulcro em capacidade futura, será tratado especificamente apenas no capítulo 5 (na nota de rodapé 83). Mas o estudo do relacionamento entre o princípio da capacidade contributiva e as presunções, o qual lhe serve de base, será visto ainda neste capítulo, na seção 4.7.

Já o segundo requisito (da efetividade) dá margem a não poucas controvérsias, como se teve oportunidade de verificar ao se tratar da capacidade contributiva sob os prismas abstrato e concreto, item ao qual se remete o leitor nessa ocasião (item 4.4. 1.)".

O confisco tributário, conforme previsto no art. 150, IV, em combinação com o art. 145, § 1º, ambos da CF, não pode ocorrer em nenhuma situação em que o Estado utilize-se da sua conduta tributária para exigir tributos, de modo isolado ou conjuntamente, que impeçam a sobrevivência financeira e econômica do cidadão e que afetem as garantias da livre iniciativa, do exercício profissional empresarial e industrial, do desenvolvimento econômico ou que coloque o contribuinte em situação de dependência integral da vontade estatal.

Entenda-se esse posicionamento nos limites conceituais supra referidos. Ele não abrange aquelas situações específicas que estão registradas na Constituição Federal, especialmente quando determina que a lei regulará a perda de bens (art. 5º, XLVI) e o que contém o art. 243, parágrafo único:

"Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras condições previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias".

A proibição do confisco existente no art. 150, IV, da CF, por assumir a categoria de direito fundamental do contribuinte, não pode receber interpretação restritiva. Os contornos previstos pelo Constituinte para considerar a referida vedação deverão ser vistos com largueza, considerando-se os propósitos postos na Carta Magna em proteger o cidadão, e que a Nação alcance um potencial desenvolvimento econômico, social, ambiental, de pleno emprego, de saúde, de educação, de respeito às liberdades públicas, de proteção à infância, à juventude e à velhice, garantidor dos anseios e das necessidades das atuais e das futuras gerações.

Terá, por exemplo, composição de confisco a exigência tributária: a) de entidades educacionais em proporções que impossibilitem o exercício de suas atividades, em face das regras do mercado; b) idem das casas de saúde que tenham de cobrar altos preços pelos serviços prestados, em razão da carga tributária que lhe é imposta; c) de cidadãos em atividade ou aposentados que resulte em desconsiderar a

finalidade objetiva dos vencimentos e dos proventos (manutenção da saúde, das necessidades alimentares, educacionais, de lazer, etc. etc).

Toda carga tributária que ultrapasse o princípio da razoabilidade em comparação com o patrimônio financeiro e econômico do contribuinte e que o impeça de desenvolver as condições de sua cidadania; em qualquer dos níveis permitidos, pessoal ou profissional, tem características de confisco.

Há de se considerar que a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, em seus últimos pronunciamentos, tem acenado para a fixação do entendimento de que a exigência tributária no Brasil alcança limites que não podem mais ser aumentados. É uma maneira sutil de preparar a conscientização jurídica para considerar confisco algo mais que venha impor ao contribuinte maiores responsabilidades tributárias, pela incapacidade de suportá-las.

A vedação do confisco alcança qualquer tributo. Em campo tributário ele não é permitido em nenhuma situação. Temos como de natureza absoluta a vedação. Isso significa, conforme entendimento que expressamos, que até as penalidades financeiras decorrentes das relações jurídicas tributárias estão alcançadas pela vedação do confisco.

Não há, portanto, permissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro do confisco ser utilizado como forma de arrecadar tributos, quer os originários de fato gerador determinante de obrigação principal, quer os determinantes de obrigação acessória.

É de ser explicitado que, nos casos de contrabando e de outras infrações penais contra a ordem tributária e a administração, não se está diante de uma relação jurídica tributária pura. O contrabando é uma ação clandestina ou praticada com fraude. É um crime contra a administração pública com reflexos tributários. A perda dos bens determinada pela legislação, em tal situação, é decorrente de uma atividade complexa do agente, configuradora de um feixe de ilícitos que atentam contra a normalidade institucional. A Constituição Federal permite o confisco diante desse quadro ilícito como uma forma célere do dano causado ser reparado.

Por outro ângulo, quando a Constituição Federal aceita o confisco no item XLVI, art. 5º, o tem como efeito de ação criminosa, não permitindo que o proveito da ação ilícita beneficie o agente que a praticou.

A proibição do confisco é um limite ao autoritarismo.

Não podemos deixar sem registro o fato de que, no ano de 2002, a carga tributária atingiu o recorde histórico de 36,45% do Produto Interno Bruto (PIB), segundo determinada corrente, ou de 37,2%, conforme outro entendimento.

Conforme lembra Consuele Sánchez, em artigo intitulado "Até Onde Vai a Fome do Leão?" (artigo publicado na Revista Sistema, ano 4, n. 47, mar. 2003, p. 3),

"Nos últimos dez anos, o que cada brasileiro paga de imposto aumentou 288,75% - em 1993, esse gasto médio era de R\$ 700,51 por ano e, em 2002, pulou para R\$ 2.723,26. Se levamos em consideração uma renda per capita R\$ 7.470,86 no ano passado,

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

podemos concluir que cada um de nós trabalhou quatro meses e 13 dias em 2002 exclusivamente para pagar tributos. Com isso, temos a terceira maior carga tributária proporcionalmente ao Produto Interno Bruto (PIB) do mundo, ficando atrás somente da Suécia (que paga 47% do PIB) e da Alemanha (36,7%). Essas são algumas conclusões de um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), em parceria com a Associação Brasileira de Defesa do Contribuinte (ABDC)".

A autora referida acrescenta em seu artigo:

"De acordo com o presidente do IBDT, Gilberto Luiz do Amaral, no quesito "fome do leão", o Brasil deixou para trás países de primeiro mundo, como Estados Unidos (29% do PIB) e Canadá (31%) e emergentes, como o México e o Chile (ambos com 22%). No ano passado, o governo arrecadou R\$ 476,57 bilhões em impostos federais, estaduais e municipais, o que representa crescimento de 18% em relação a 2001. Amaral destaca que o aumento da carga tributária é preocupante, já que não temos aqui o retorno do que se paga na forma de bons serviços públicos e emprego, como ocorre em países desenvolvidos".

Mais adiante, acrescenta a autora: "Não há distinção entre pessoas físicas ou empresas quando o assunto é o peso da carga tributária. No caso do comércio, a maior pressão vem do ICMS, enquanto a indústria tem incidência mais expressiva do IPI, e os serviços, do ISS".

Explica, finalmente, a autora que a carga tributária represente, em média, 33,05% do faturamento das empresas.

Há estudos atuais demonstrando a distribuição da carga tributária no ano de 2002, por país, em percentual do PIB. O resultado é o seguinte:

- a. Suécia: 47% do PIB.*
- b. Alemanha: 36,7% do PIB.*
- c. Brasil: 36,45% do PIB (Há estudos afirmando que esse percentual é maior do que 37,2%).*
- d. Suíça: 36% do PIB.*
- e. Canadá: 31% do PIB.*
- f. Estados Unidos: 29% do PIB.*
- g. Espanha: 29% do PIB.*
- h. México: 22% do PIB.*
- i. Chile: 22% do PIB.*
- j. Japão: 21% do PIB."*

A alta carga tributária existente no Brasil apresenta, ainda, um aspecto significativo em relação à cidadania propriamente dita. Em razão do sistema tributário implantado em nosso país, segundo os últimos estudos, os servidores públicos e os empregados privados contribuem com 47% de sua renda bruta para pagamento de tributos. Esse aspecto, não obstante ser estatístico, gera uma reflexão que leva o intérprete a concluir que há um confisco disfarçado na relação jurídica tributária entre o Estado e o contribuinte pessoa física. Imaginemos uma situação em que o indivíduo

receba R\$ 1.000,00 (um mil reais) por mês. Ao recolher 47% dessa renda para fins tributários, sobram-lhe R\$ 530,00 (quinhentos e trinta reais) para cobrir as suas responsabilidades familiares, incluindo-se educação, zelo da saúde, necessidades vitais para si e para os seus dependentes, despesas com o lazer e outras obrigações cotidianas. Esse cidadão, no quadro social da atualidade, é considerado um privilegiado, em face de esse salário que lhe é pago corresponder ao exercício de funções tidas como relevantes para a sociedade, como técnicos judiciários, oficiais de justiça, médicos do serviço público, a alguns professores, e profissionais afins.

Esse quadro agrava-se acentuadamente quando o cidadão recebe o salário mínimo ou pouco mais do que esse valor, situação da grande maioria de nossa população.

Não é necessário invocar conceitos modernos construídos dos direitos fundamentais do contribuinte para assentar a afirmação de que a dignidade humana e a cidadania estão sendo gravemente feridas por essa carga tributária que está sendo imposta ao brasileiro.

A questão que se apresenta agora tem relacionamento com o sigilo bancário e fiscal.

O ambiente jurídico aguarda pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal a respeito das indagações seguintes:

- a. O sigilo bancário do contribuinte é cláusula pétrea?
- b. É constitucional a possibilidade de quebra desse sigilo mediante autorização judicial?
- c. É compatível com a Constituição norma que autorize a quebra do sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa, independente de autorização judicial?

Esses temas já foram por nós analisados em trabalho que apresentamos ao XXV Simpósio Nacional de Direito Tributário, realização do Centro de Extensão Universitária. Está publicado na obra Direitos Fundamentais do Contribuinte, Revista dos Tribunais, p. 109-117.

Afirmamos: O sigilo bancário, em ambiente conceitual constitucional, deve ser considerado como sendo uma das "projeções específicas do direito à intimidade", na feliz expressão do Ministro Celso de Melo (MSMC_23639/DF).

O direito à intimidade está protegido, em nossa Carta Magna, no art. 5º, X, ao registrar que "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."

O direito ao sigilo bancário, por ser uma extensão do direito à intimidade, integra a categoria dos direitos da personalidade, portanto, de natureza fundamental.

O exame dos aspectos constitucionais referentes ao sigilo bancário revela que ele faz parte do que previsto pela Constituição para proteger a vida íntima do cidadão.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

O Professor Sérgio Carlos Clovello, em trabalho publicado na Revista dos Tribunais, n. 648, p. 27-30, consagrou o entendimento de que o direito ao sigilo bancário comporta limitações, por dever se considerar interesses decorrentes das exigências sociais e tendo em vista a guarda do bem comum.

O mencionado doutrinador afirmou que “[...] a faculdade que tem o cidadão de manter afastados do conhecimento de outrem circunstâncias pertinentes à sua personalidade (o sigilo, o direito ao segredo), assume cada dia maior relevância em vista da massificação social vivenciada pelo mundo todo, nesta era de avanço científico e tecnológico”.

Mais adiante, no mesmo trabalho, acrescentou que “[...] tanto o direito à intimidade como o sigilo bancário operam como um jus excludendi alios, pelo qual o indivíduo põe barreira em torno de sua vida privada, vedando que outros a conheçam ou nela interfiram. Ambos asseguram, desse modo, a espontaneidade e a liberdade pessoais”.

Não obstante toda essa pregação sobre o direito ao sigilo bancário, o mesmo autor reconhece que nos dias atuais “todos os direitos comportam limitações, em vista das exigências sociais e em atenção ao bem comum”.

Como visto, o sigilo bancário é considerado como sendo um direito de natureza fundamental, porém, que pode, excepcionalmente, sofrer limitações.

É de ser lembrado que não existe direito fundamental individual absoluto. A sua proteção constitucional há de ser deferida em harmonia com os valores construtores da cidadania. Se, em determinado momento, em razão de fatos concretos, existir necessidade de ser quebrado o sigilo bancário para impor-se moralidade e legalidade, cabe ao Estado, pela via do seu Poder Judiciário, considerar essa circunstância relevante, por ter o dever de zelar pelo bem-estar dos componentes da Nação e pela dignidade dessa.

Essa configuração conceitual do sigilo bancário ganha prestígio quando considerada como sendo um dos meios de proteção da intimidade do cidadão.

Em face dessa elevação no panorama constitucional concedida ao sigilo bancário, deve ser tratado como sendo direito fundamental do indivíduo, portanto, merecedor de ser inserido no rol dos protegidos pelo art. 60, § 4º, n. IV, da CF. Insuscetível passa a ser de sofrer qualquer modificação por via de Emenda Constitucional, isto é, pelo Constituinte Derivado.

Essa linha de pensar é defendida por Hamilton Dias de Souza, conforme artigo de sua autoria denominado “Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade”, publicado na Revista Dialética do Direito Tributário, v. 51, p. 61/63, dez. 1999. Após tratar dos incisos XXII e X, do art. 5º, da CF, o referido autor faz, no artigo em referência, os seguintes registros: “Efetivamente, o que não se permite é que terceiro entre no fluxo das comunicações ali tratadas. No que respeita ao inciso X, ao que me parece, protegem-se não só as informações já existentes e objeto de registros - resultem ou não elas de uma comunicação - como também tudo aquilo que diga respeito aos valores lá consagrados. Enfim, tudo o que se refira ao “conjunto de modo de ser e viver, como

direito de um indivíduo viver sua própria vida".³⁶ Assim, por exemplo, a inviolabilidade alcança não só o diário de uma pessoa, as cartas que tem guardadas, como também a sua própria pessoa contra interferências de terceiros que vasculhem sua intimidade, através de, por exemplo, aparelhos de escuta, câmaras ocultas ou outros meios que decorram da evolução tecnológica.

Embora possa ser feita distinção entre intimidade e privacidade, o fato é que isso não é essencial para o efeito do que se pretende demonstrar nesta exposição. Isto porque, quer haja ou não diferença entre intimidade e vida privada, o certo é que se trata de categorias no mínimo relacionadas, e é por essa razão que não só a doutrina como também a jurisprudência têm, em muitas das vezes, feito referência às duas expressões como se da mesma se tratasse. Além disso, há uniformidade na jurisprudência quando se entende o sigilo bancário como algo que é desdobramento do direito à intimidade e à vida privada.

Creio que o tema está umbilicalmente ligado à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como mencionadas nos artigos 5º, caput, e 1º, inciso III, da Constituição Federal. Pudesse haver violação indiscriminada a tais direitos (intimidade/privacidade), perderia a pessoa a sua liberdade, não sendo de se afastar a possibilidade de se tornar refém do violador. Todos os indivíduos têm segredos íntimos que, se exteriorizados, podem prejudicar sua imagem e sua honra, ainda que se cuide de pessoa de bem. Tivesse o Estado, ou entidade privada, o poder de penetrar na intimidade dos indivíduos e ser detentor de seus segredos, estes não poderiam sequer, sem medo, lutar pelos direitos inerentes à sua condição de cidadão. O tema diz respeito, de perto, às liberdades públicas e à idéia de Constituição como estabelecidora de limites à ação do Estado em face dos indivíduos.

O direito à intimidade e à privacidade não é algo que conste do artigo 5º da Constituição Federal de maneira extravagante e que resulte apenas de solução legislativa. É mais do que isso. É desdobramento do caput do artigo, sobretudo no que assegura a todos os indivíduos o direito à liberdade. E, pelas conseqüências que sua violação pode causar, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana. Imagine-se, a tal propósito, apostas que um cidadão livre faz, vida amorosa que possa ter e que não prejudica a terceiros e tantas outras coisas mais que podem ser detectadas pelo disclosure dos múltiplos aspectos de sua vida íntima.

O direito examinado, por ser tão de perto inerente ao homem, deve, necessariamente, ser classificado como de primeira geração.

Importante assinalar que mesmo os que entendem que nem todos os direitos constantes da Constituição no rol dos fundamentais são imutáveis, devendo ser estabelecida hierarquia entre eles, não divergem quanto ao fato de que os direitos de

³⁶ Cita, em nota de rodapé: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 190.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

primeira geração revelam-se como os protegidos pela cláusula máxima de segurança posta no art. 60, § 4º e, por essa razão, não podem ser abolidos ou mesmo alterados em qualquer de seus aspectos essenciais. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que os direitos de primeira geração não podem ser alterados sequer por Emenda Constitucional. São as cláusulas pétreas propriamente ditas. Mais ainda, assinale-se que não podem sequer ser objeto de alterações que os enfraqueçam, mesmo porque se tal ocorrer haverá tendência a sua abolição.

Os direitos de primeira geração e que respeitam a intimidade e a vida privada, porque desdobramentos da liberdade do indivíduo, são, além do mais, essenciais à manutenção de sua dignidade.

É dentro desse pano de fundo que deve ser examinado o sigilo bancário. Visto pelo ângulo da pessoa que mantém conta em estabelecimento bancário, e que a movimentação relativamente a inúmeros atos que pratica, certamente que o registro de tais operações pode revelar aspectos fundamentais de sua intimidade. De fato, muitos dos atos praticados na vida cotidiana implicam pagamento e, desvendados pela quebra do sigilo, podem revelar múltiplos aspectos da intimidade e privacidade das pessoas.

Parece, pois, insuspeito concluir que o sigilo bancário está compreendido na proteção maior que a Constituição Federal dá à intimidade e à privacidade.

Enquanto direito individual de primeira geração, o direito à intimidade e à privacidade não pode ser de qualquer forma restringido ou anulado. Pode, entretanto, ser quebrado em circunstâncias especialíssimas, por determinação do Poder Judiciário. Isto porque nem mesmo os direitos de primeira geração são inconstitucionais, quando a um direito se opõe outro direito também constitucionalmente assegurado. Com efeito, mesmo um direito individual pode ter por limite outros direitos que também mereçam ser protegidos, sobretudo quando respeitam ao interesse público.

Sigo, sem qualquer divergência, os pronunciamentos acima assentados sobre a visão do sigilo bancário no ambiente constitucional.

Reconheço, portanto, que o sigilo bancário:

- a. é uma projeção do direito à intimidade;
- b. é um direito de natureza fundamental do cidadão;
- c. é, por outro lado, um direito que, em conflito com valores de maior hierarquia protetores à estrutura ética estatal e da cidadania, pode sofrer restrições;
- d. é um direito protegido pela cláusula pétreia;
- e. é um direito que o Poder Constituinte derivado, por via de emenda constitucional, não pode restringi-lo ou extingui-lo.

Na extensão colocada para o exame das estruturas legais do sigilo bancário, cumpro-me, agora, verificar se é constitucional a possibilidade de quebra desse sigilo mediante autorização judicial e se é compatível com a Carta Magna norma que autorize

MINISTRO JOSÉ AUGUSTO DELGADO

a quebra de sigilo bancário por decisão exclusiva de autoridade administrativa, independente de ordem emitida pelo Poder Judiciário.

A respeito de tais questões, em face do limite de espaço imposto ao presente trabalho, alinho, de forma resumida, a título de conclusão, os registros que passo a fazer.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.452-RJ, relatado pelo Ministro Celso de Mello, firmou entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm "competência para decretar, ex propria auctoritate, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico das pessoas sujeitas a investigação legislativa promovida por qualquer das Casas do Congresso Nacional", desde que o façam por decisão fundamentada e apoiada em indícios fortalecidos por situações concretas.

Confira-se parte do despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello no MSMC - 23639/DF, publicado no DJU, de 25 fev. 2000:

"Entendo, ao menos nesta instância de mera deliberação, que a pretensão deduzida pelo ora impetrante ressoante-se de plausibilidade jurídica. É que, ao contrário do que se sustenta na presente impetração, assiste à Comissão Parlamentar de Inquérito competência para decretar, ex propria auctoritate, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico das pessoas sujeitas a investigação legislativa promovida por qualquer das Casas do Congresso Nacional. Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, firmou orientação no sentido de reconhecer que a quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito, deixando assentadas, a propósito desse tema, as seguintes diretrizes: " O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo esses telefônicos que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ, 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal".

Há, no STF, voz discordante desse posicionamento. Em data de 12.01.2000, o Ministro Carlos Mário Velloso, fez publicar despacho proferido no MSMC 23614/DF, DJ, de 12 jan. 2000, com a fundamentação que transcrevo:

"Despachei dois casos semelhantes a este, em 20 e 21 de dezembro passado, os MMSS 23.5999-DF e 23.602-DF, impetrados, respectivamente, por Dório Antunes de Souza e Solange Antunes Resende. Em ambos, deferi a medida liminar. Assim a decisão que

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

proferi no MS 23.602-DF: " O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as decisões das Comissões Parlamentares de Inquérito, que decretam a quebra do sigilo bancário, fiscal e/ou telefônico, deve seguir o que ocorre com as decisões das autoridades judiciais. Indico, por exemplo, o decidido no MS 23.452-RJ. No voto que proferi por ocasião do citado julgamento, deixei expresso o meu entendimento no sentido de que adoto o princípio da reserva de jurisdição. É dizer, certos atos, relacionadas com os direitos e garantias fundamentais, a Constituição reservou aos juizes, exclusivamente. É o que Canotilho denomina de 'reserva constitucional de jurisdição'.

Assim posta a questão, vejo configuradas, no caso, os pressupostos do fumus boni juris e do periculum in mora. Por isto, defiro a liminar requerida, pelo que suspendo a eficácia do ato impugnado, suspenda-se a execução de qualquer providência para efetivá-lo [...]".

Em outros ângulos de apreciação, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

- a. que a quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da CF (AGRINQ_897_DF; Pet. 577);
- b. que "inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria do delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário. Lei nº 4.595, de 1967, art. 38" (Pet. QO_577/DF_DJ, 23 abr. 1993, p. 6918);
- c. ser impossível Tribunal Regional Eleitoral, no âmbito de inquérito policial instaurado contra Deputados Federais, quebrar o sigilo bancário dos investigados, por o Supremo Tribunal Federal ser o juiz natural dos membros do Congresso Nacional (Rec_511_PB_DJ, 15 set. 1995, p. 29.506);
- d. em face do CTN, o sigilo bancário não é absoluto (RE 71640-BA, DJ, 12 nov. 1971);
- e. ser impossível, em razão do art. 38 da Lei nº 4.595, de 31.12.64, deferir-se solicitação da Delegacia da Receita Federal de fornecimento de cópia da documentação resultante da quebra do sigilo bancário de indiciado para a instrução de inquérito penal (INQO 7321/DF, DJ, 17 maio 1996, p. 16320);
- f. "A quebra do sigilo bancário - não observado o disposto no art. 38, § 1º, da Lei nº 4.595/64 - não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa" (HC 74197-RS_DJ, 25 abr. 1997, p. 15200);
- g. considera-se prova ilícita a formada por violação de sigilo bancário sem autorização judicial (RHC 74807-MT, DJ, 20 jun. 1997, p. 28507);
- h. é possível a "quebra do sigilo bancário quando há interesse público relevante, como o da investigação criminal fundada em suspeita razoável de infração penal" (RMS 23002- RJ, DJU, 27 nov. 1998, p. 33);
- i. "a norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da CF, não autoriza ao MP, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém" (RECR_215301-CE, DJ, 28 maio 1999, p. 24);

j. "não tem caráter absoluto a garantia de sigilo bancário cuja dispensa se acha regulada pelo § 1º do art. 38 da Lei nº 4.595-64, sendo facultada ao juiz a providência, em caso de relevante interesse público" (AgrPet _ 1564 _ RJ, DJ, 27 ago. 1999, p. 58).

Essa rápida visão jurisprudencial firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal consolida o afirmado por Hamilton Dias de Souza, no trabalho já citado, que:

"De todo o exposto, e tendo em vista que, consoante a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, o sigilo bancário é desdobramento do direito à intimidade e à privacidade, que por sua vez, compreende-se no campo mais amplo do direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, e por ser o próprio desse direito que não possa ele ser violado sem prévia autorização do Poder Judiciário, que com isenção é quem o analisa e estabelece os limites para a sua quebra no caso concreto, penso que a proposta de Emenda Constitucional, se se entender que envolve ela direito autônomo da autoridade tributária à quebra do sigilo, é inconstitucional".

Assenta, também, que as Comissões Parlamentares de Inquérito, por decisão fundamentada, sem autorização judicial, podem afastar a garantia do sigilo bancário.

Por fim, determina que é incompatível com a Constituição Federal qualquer norma que autorize a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva de autoridade administrativa, independente de autorização judicial.

7 Conclusão

É danosa aos direitos fundamentais do contribuinte a política tributária adotada, atualmente, no Brasil.

O cidadão, em sua atividade normal, está sendo tributado com excessiva carga fiscal.

Adota-se sistema apoiado em mecanismos que facilitam a arrecadação de tributos. Nada mais fácil de que se cobrar do assalariado, com recolhimento antecipado na fonte, quaisquer espécies de tributos.

O mesmo sistema está sendo ampliado para a cobrança do ICMS. Este tributo, embora recolhido por pessoas jurídicas empresariais, é da responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas, que realizam, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (art. 4º da LC n. 87/96). Os incisos I, II, III, IV do artigo referido consideram, também, outras pessoas físicas ou jurídicas que, mesmo sem habitualidade, pratiquem determinadas fatos previstos em lei como contribuintes do ICMS.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

A adoção da técnica de arrecadação denominada de recolhimento antecipado do ICMS, embora pareça saudável para evitar a fuga do pagamento do imposto, há de ser aceita quando desenvolvida nos limites da legalidade. A exigência de ser pago o tributo tendo como orientação base de cálculo acima do real valor que a mercadoria vai ser comercializada no mercado, sem possibilidade de devolução do acréscimo exigido, logo que aconteça o fato gerador, atenta contra o princípio da estabilidade das relações jurídicas entre Fisco e Contribuinte, desagregando a confiabilidade que deve existir entre esses dois agentes.

Os limites da atuação fiscal não podem ultrapassar os rigores da legalidade, sob pena de ferir diretamente postulados da Democracia, além de produzir violação aos direitos da cidadania e ir de encontro às regras protetoras da dignidade humana. A ética na relação jurídica tributária deve ser exigida tanto de quem arrecada como de quem é chamado a cumprir com as suas obrigações. Essa conduta gera estabilidade social e fortalece a confiança na atuação do Estado.