

## A quebra do sigilo bancário, o pacote antielisivo, o código tributário do Reich e o ideal de Direito

*Luiz Gustavo Fraxino\**

"Quando os selvagens da Luisiania querem ter frutas, cortam a árvore e apanham a fruta. Eis o governo despótico." Charles de Secondat, Baron de Montesquieu.

Há alguns dias tivemos o prazer de ler o artigo "Que país é este?" (1), de autoria do preclaro economista Prof. Jorge Eduardo Levi Mattoso, o qual aborda, com particular propriedade e percuciência, o tema da quebra do sigilo bancário, recentemente em voga em nossa mídia. Diríamos, na verdade, que o Professor Mattoso atingiu o ponto nodal da questão, sem a necessidade de rodeios ou teorias, ato que de per si já revela sua privilegiada capacidade como professor universitário que é.

Sem medo, entretanto, de expor em público nossa ignorância acerca das ciências econômicas, mas movidos pelo amor ao debate, propomos a análise do tema sob o enfoque jurídico, o qual, inobstante possua conclusão peremptoriamente contrária ao entendimento defendido pelo nobre Professor, é estudo movido pelo mesmo escopo, qual seja: a solução das perniciosas mazelas sociais geradas pela atual (equivocada) política tributária. Assim, inclusive cuidamos em atender à premissa de Mattoso: "Atacar a quebra do sigilo bancário sem propor alternativas que permitam enfrentar a sonegação é compactuar com uma estrutura tributária que onera os assalariados e o setor produtivo, e livra de impostos os tubarões."

O estudo jurídico, ora proposto, exigirá atenção a alguns aspectos metodológicos: a) em primeiro lugar, reputamos inútil a análise estante do ato legislativo que impõe a "quebra do sigilo bancário". Deve-se ter por norte, pois, conjuntamente, os demais atos perpetrados pelo Estado dentro do mesmo objetivo: a solução do problema da evasão fiscal – do contrário, dedicaríamos esforço sobre uma única árvore, em detrimento de toda a floresta da qual ela faz parte; b) em segundo lugar, identificados os meios utilizados para o combate à evasão, devem ser apreciadas as premissas adotadas pela autoridade pública – elas indicarão a razoabilidade do ato legislativo; c) posteriormente, sempre que possível, é interessante uma análise de dados históricos, e/ou de direito comparado que nos permitam vislumbrar uma referência, bem como prever os possíveis efeitos sociais da norma legal que ora se impõe; d) como pretendemos expor uma visão eminentemente crítica, deixaremos de lado os argumentos atinentes à constitucionalidade material das leis em tese.

Além da famigerada quebra do sigilo bancário, o Executivo Federal obteve êxito na aprovação de um importante instrumento, denominado "pacote antielisivo", consubstanciado, principalmente, na alteração do artigo 116 do Código Tributário Nacional.

Através da referida inovação, a autoridade fazendária passa a ter a prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos, praticados pelo contribuinte de forma legítima, mas que, supostamente, tenham sido movidos pelo intuito de evitar a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária.

Atendendo aos critérios supra, entendemos que a quebra do sigilo bancário deva ser analisada conjuntamente com o chamado "pacote antielisivo" (recentemente aprovado pelo Congresso), o que dará um panorama mais amplo acerca de nossa atual "política tributária".

Pois bem, como a consecução do objetivo dialético passa, necessariamente, pelos atos do Estado tendentes a combater a sonegação, é inevitável a análise da necessidade e razoabilidade dos mesmos. Assim tentaremos evitar o câncer da maior parte das construções teóricas: a falsa premissa. Às vezes, por deixar de questionar o que parece óbvio, todo um raciocínio se desmorona como um castelo de areia, vez que apoiado em fundações frágeis.

Analisemos, pois, as premissas.

De início já podemos dizer que discordamos da tese de que o problema da estrutura tributária, a qual onera mais os pobres e menos os ricos, poderia ser solucionado através da irrestrita quebra do sigilo bancário, ou da imposição do pacote antielisivo. Problemas estruturais devem ser objeto de reforma, uma reforma tributária, seja de ordem constitucional, seja infraconstitucional.

Então, caso a quebra do sigilo bancário, ou qualquer outra medida, esteja apoiada nesse argumento, é dispensável qualquer esforço teórico, já que faltaria razoabilidade, motivação, para o ato legislativo: quebra de sigilo não soluciona problemas estruturais. Em outras palavras, seria o mesmo que apresentar a pintura de uma casa como solução às suas enormes rachaduras.

Nos parece, entretanto, que a verdadeira justificativa não é esta, mas sim fornecer maior efetividade e poder fiscalizatório ao Estado, solucionando o problema da arrecadação.

Ora, há alguns anos foi criada a denominada DCTF (Declaração de Contribuições e Tributos Federais) através da qual as empresas são obrigadas a informar todos os dados financeiros que importam à Fazenda, sob pena de cometimento de crime contra a ordem tributária.

Percebemos, no entanto, que, na maior parte dos casos, a Fazenda não analisou qualquer destas declarações apresentadas pelas empresas. Assim, é evidente que a total abertura das movimentações financeiras ao Fisco não terá melhor sorte.

A incapacidade de fiscalizar é evidente. Entretanto ela não esbarra nos direitos e garantias individuais de cada cidadão; a verdadeira culpada é a estrutura tributária que possuímos, mantida por uma política desidiosa. Além de causar repugnância no contribuinte, é de impossível fiscalização.

E esta conclusão nos remete novamente à irrefutável necessidade de uma reforma tributária, demonstrando a inadequação da premissa adotada pelo Governo e, via de consequência, a completa desarrazoabilidade da violação do sigilo de dados.

Entretanto, jamais vislumbramos o esforço por uma reforma estrutural em nossa tributação. Com aquela preguiça peculiar, na base dos remendos, vai se desenvolvendo um arremedo de política tributária. Afinal, assim é muito mais fácil...

Primeiramente soluciona-se a contingência da opinião pública: através de argumentos desinformativos são erigidos os inimigos públicos, que ficam algum tempo expostos na mídia (v.g. os depósitos judiciais; a indústria de liminares). Quando os mesmos começam a gerar náuseas nos cidadãos, o projeto de lei é submetido ao crivo do Congresso Nacional e aprovado: todos regozijam...

Dando continuidade, ultrapassada a questão atinente às premissas, passemos ao exame da experiência histórica do direito comparado.

Alfredo Augusto Becker, um dos mais respeitados juristas brasileiros, em sua obra "Carnaval Tributário" (2), desenvolve um interessante comentário acerca das consequências geradas por um dispositivo (§ 10) do Código Tributário Alemão, cujas conclusões são perfeitamente compatíveis com a conjuntura legislativa atravessada por nosso País – especialmente após a aprovação do denominado "pacote antielisivo" e da "quebra do sigilo bancário".

Trata, o autor, de uma corrente doutrinária, originada no início do século XX, a qual pregava que "na interpretação da lei tributária dever-se-ia ter em conta o fato econômico ou os efeitos econômicos do fato jurídico referido na lei tributária, de tal modo que, embora o fato jurídico acontecido fosse de natureza jurídica diversa daquela expressa na lei, o mesmo tributo seria devido, bastando a equivalência dos fatos econômicos subjacentes ou dos efeitos econômicos resultantes de fatos jurídicos de distinta natureza".

Neste contexto, o dever tributário não poderia ser evitado ou diminuído pelo abuso das formas jurídicas, o que se verificava quando "na juridicização de um fato ou efeito econômico, a pessoa utilizasse ou criasse uma estrutura jurídica perfeitamente legal (porém não usual naquela época e circunstâncias) a fim de evitar o tributo que a lei determinara incidir sobre uma diferente estrutura jurídica que era a usual".

A teoria teve sua origem em face da forte influência dos ideais de direito inerentes ao nazismo, regime que pregava a supremacia do Estado sobre tudo e todos e considerava cada indivíduo (cidadão), como um mero fragmento subserviente. Assim, a promulgação do Código Tributário Alemão, em 13 de dezembro de 1919 (Reichsabgabenordnung – RAO),

refletindo perfeitamente os paradigmas autoritaristas que se encontravam em voga na época, impôs regras que, à toda evidência, nortearam-se pela ampla liberdade, concedida ao Estado despótico, de adaptar o conteúdo legislativo à necessidade prática de cada caso singular, por meio da livre interpretação do direito aplicável.

Surge, pois, "escola da livre indagação do direito tributário", a qual legitimou grande parte das barbáries de um Estado autoritário e, via de consequência, foi responsável pelo mais amargo retrocesso do direito tributário, gerando a migração de juristas para a economia, como bem comenta Becker: "Nas asas vertiginosas dos imensos déficits orçamentários, os economistas passaram por cima da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Direito e foram lançados diretamente dentro do Direito Tributário. A ignorância dos economistas sobre a ciência jurídica casou-se com a ignorância dos juristas sobre a economia. E como os juristas espontaneamente estavam fugindo em direção à economia, então, aconteceu – no mundo – um fenômeno inverso do da gênese bíblica, pois, no fim era o caos e dentro dele, patinhando grotescamente, o Direito Tributário Invertebrado."

Inobstante todo o esforço contemporâneo em juridicizar o direito tributário, os cidadãos brasileiros são obrigados a assistir passivamente a aprovação do Projeto de Lei da Câmara n.º 114/2000 (pacote antielisivo), o qual acrescenta a seguinte disposição ao artigo 116 do Código Tributário Nacional: "Parágrafo Único. A Autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária".

É de ser percebida, seja pela redação, seja pela exegese, a semelhança desta disposição com o retro citado parágrafo 10 do Código Tributário do Reich: "§ 10. A obrigação do imposto não pode ser evitada ou diminuída mediante o abuso das formas e das possibilidades de adaptação do direito civil".

Façamos uma pequena análise comparativa: o novo parágrafo único do artigo 116 dá suporte ao fisco, para que este desconsidere atos ou negócios jurídicos cuja finalidade seja dissimular (evitar) a ocorrência do fato gerador. Por sua vez, o Código Alemão determinava que a obrigação tributária não poderia ser evitada pelo abuso das formas e das possibilidades do direito civil. Assim, além das oito décadas que separam ambas as disposições, existe uma mera inversão de ordem na redação das mesmas – o que não prejudica a sua identidade exegética. Em outras palavras, a nova redação dada ao artigo 116 do CTN possui o mesmo sentido de uma das vigas mestras do autoritarismo nazista e fascista, observados na primeira metade do século passado.

Seria, talvez, uma ignorância completa sustentar, ou mesmo sugerir, a existência de resquícios de nazismo ou fascismo em nosso Poder Executivo (de quem partiu o projeto de lei) ou no Poder Legislativo (aquele quem aprovou o projeto). Outrossim, é cediço que a mera existência, na atualidade, de dispositivo legal semelhante ao de uma época de governo extremista, não conduz à assertiva de que os efeitos históricos serão os mesmos de outrora; há uma série de circunstâncias que não permitem esta conclusão. Por outro lado, e sem qualquer paradoxo, não podemos simplesmente fechar os olhos para a história, a qual

revela as odiosas conseqüências da imposição de regras deste calão, pelo simples fato delas terem sido levadas a efeito.

Não é nada absurda, pois, a constatação dos evidentes traços de autoritarismo na condução da política nacional, aliás muito evidenciados também pela recente aprovação da ampla e irrestrita "quebra do sigilo bancário", acachapando direitos e garantias individuais insertos em cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Ademais, ressalta aos olhos o cunho peculiarmente autoritário que orienta os recentes atos legislativos. A arrecadação tributária passa a ser o interesse maior. Os direitos e garantias individuais (assim como o direito civil) passam a ser questionados amplamente; o instituto do sigilo bancário passa a ser visto como um mero obstáculo ao interesse do Estado que, atualmente, se consubstancia exclusivamente na arrecadação tributária – sendo relegado a um distante segundo plano o interesse pela proteção da intimidade, da privacidade e do sigilo de dados. Por outro giro verbal, a arrecadação se torna de interesse público, ao passo em que os direitos e as garantias individuais ficam ampla e irrestritamente relativizadas a este interesse maior.

Trata-se, pois, da equivocada interpretação do conceito de "interesse público", que tende a ocorrer quando uma nação desconhece os seus verdadeiros paradigmas, causando danos irreparáveis. André Lara Resende, ex-presidente do BNDES, execrado por inútil escândalo em torno da privatização das empresas de telefonia, manifestou à Revista Exame, com um misto de mágoa e brilhantismo: "Sempre que os direitos individuais são relativizados, em nome de um interesse público supostamente superior, o estado de direito corre risco. A subordinação dos direitos individuais a interesses coletivos esteve sempre associada às maiores atrocidades e aos mais bárbaros regimes deste século" (3)

A questão de máxima relevância dentro do panorama que ora se expõe, tange exatamente na variação do conceito de "interesse público", que ocorre de acordo com a fenomenologia batizada por Georges Burdeau como "Idéia do Direito" e que tem o condão de vincular o direito aos paradigmas vigentes de sistematização intelectual e organização social.

É inquestionável, pois, que as leis que impõem o "dever ser" de uma sociedade, compatibilizam-se gradativamente com os padrões de razoabilidade preponderantes, vez que a função das regras jurídicas é justamente alcançar o ideal de organização social, o ideal de direito, em um dado momento político. Não é outra a opinião de Luís Roberto Barroso (4): "as normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia "racional ou intelectual", por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens".

Via de regra, o ideal de todos os governos é o bem comum, através da utilização de meios adequados. O que tende a variar diametralmente é a sensibilidade acerca da adequação dos meios utilizados para a consecução deste bem comum: em regimes despóticos, evidentemente, irão prevalecer as normas que esvaziam os direitos e garantias individuais.

Nestes termos, o ordenamento legal pode ser tido como um retrato perfeito dos valores sociais vigentes. E as normas em referência, vistas sob este aspecto, podem causar calafrios, vez que representam valores segundo os quais os direitos individuais devem ficar à mercê do Estado.

A aprovação de leis como a "ampla quebra do sigilo bancário" e o "pacote antielisivo", portanto, mais do que inconstitucionalidades isoladas, historicamente já se demonstraram verdadeiros desastres. Em primeiro lugar por admitir a intervenção do Estado, irrestritamente, sobre a vida privada de cada cidadão. Em segundo por autorizar ao Estado a livre interpretação do Direito, independentemente dos institutos vigentes do Direito Civil.

E ainda que o atual governo obtenha sucesso na utopia de não violar direitos e garantias individuais com o permissivo destas normas, os cidadãos brasileiros ficarão à eterna mercê de outros governos que estão por vir e, não se sabe, serão opressores ou não.

No que tange este aspecto, as leis em comento são fruto de uma inaceitável irresponsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, que cerram os seus olhos aos seus possíveis efeitos – revelados pela história. Mais inaceitável ainda porque aprovadas por nossos Deputados e Senadores, uma geração de pessoas que viveu intensamente o auge do regime ditatorial, iniciado em 1964.

Não se cogita, entretanto, na defesa do denominado "sigilo bancário absoluto", nem mesmo na legitimação da fraude ou da simulação (atacadas pelo pacote antielisivo). É importante ressaltar que não compactuamos com a corrente que sustenta "um sigilo fiscal absoluto e anacrônico", tampouco fazemos parte daqueles que "receiam o fim da esbórnica fiscal", referenciados por Mattoso.

A proteção constitucional ao sigilo bancário possui limitações, as quais já foram devidamente reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal. Se o Estado possui indícios veementes de sonegação fiscal, lança mão dos meios adequados para obter acesso às movimentações financeiras do contribuinte, mediante ordem judicial, o que garante o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como uma série de direitos que não podem ser suplantados pela mera pressa em arrecadar.

De outro lado, vislumbramos no pacote antielisivo somente os seus efeitos perniciosos. O Estado possui todos os instrumentos necessários ao combate de operações que se revelem simuladas ou fraudulentas, não havendo justificativa racional na permissão concedida para a autoridade fiscal simplesmente desconsiderar atos e/ou negócios jurídicos quando da verificação da ocorrência do fato gerador.

Consignamos aqui, portanto, ainda que sem a necessária profundidade, as razões pelas quais consideramos inadequada a atual política de combate à sonegação fiscal, lembrando: o Estado não é um ente de mãos atadas, incapacitado de exercer seu poder fiscalizatório – ainda que se coloque aos olhos da mídia como tal. Tampouco atravessa dificuldades de arrecadação: pelos dados fornecidos pela própria Receita Federal, somente durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, a receita quase triplicou – já extirpadas as distorções

inflacionárias (R\$ 64,319 bilhões em 1994 / R\$ 151,516 bilhões em 1999). E pelo que informa o jornal Gazeta Mercantil, a carga tributária, ao longo destes anos, elevou-se em aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento).

Isso tudo sustentado, entre outras, pelas seguintes alterações na legislação tributária: a) a implantação de severas limitações às compensações de prejuízos fiscais no Imposto de Renda (1996); b) a criação da CPMF (1996); c) a extinção da correção monetária das demonstrações financeiras (1996); d) a indedutibilidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido do lucro real (1997); e) a modificação na sistemática dos depósitos judiciais de tributos, em benefício do fisco (1998); f) a ampliação da base de cálculo da COFINS e concomitante elevação de sua alíquota (1998); g) a ampliação da base de cálculo do PIS (1998); h) a prorrogação da CPMF com elevação de sua alíquota (1999); i) a elevação da alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (1999); j) a limitação da compensação de créditos fiscais com débitos de terceiros (2000).

Considerando que, ainda assim, nossos cidadãos permanecem sem o devido acesso sequer à saúde, educação e segurança, ou seja, o básico dos básicos, repetimos a pergunta: que país é este?

#### NOTAS

1. Revista Carta Maior – [www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br)
2. Becker, Alfredo Augusto. Carnaval Tributário. 2ª Ed. Lejus. SP. 1.999.
3. Revista Exame, Ano 33, nº 16 – 11 de Agosto de 1999. Artigo "Má notícia é boa notícia". Frase atribuída a André Lara Resende, então presidente do BNDES, vítima de grampo telefônico e execração pública, sob o fundamento de "interesse público".
4. Barroso, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª Edição. Saraiva. SP. 1999

\* Advogado em Curitiba (PR), pós-graduado em Direito Tributário e Processual Tributario.

Disponível em: <http://www.direitovirtual.com.br/artigos.php?details=1&id=125>

Acesso em: 06/04/09.