

O princípio da boa-fé e a utilização retroativa dos dados da CPFM para fins de constituição de crédito tributário.

ELCIO FONSECA REIS

Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da UFMG
Professor de Direito Tributário na Faculdade de Direito Milton Campos
Ex-Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais – Advogado

Sumário. I. Introdução. II A tensão entre os princípios constitucionais e a retroatividade da quebra do sigilo bancário. 2.1 Princípios e regras. 2.2. O princípio da capacidade contributiva e a solidariedade tributária. 2.3. O princípio da boa-fé. 2.4. O princípio da segurança jurídica. III. A aplicação retrospectiva da lei 10.174/2001 e a violação ao princípio da boa-fé e da segurança jurídica. IV. Conclusão.

I. Introdução.

Ainda é corrente na doutrina a discussão a respeito da validade da LC 105 que pretendeu instituir a possibilidade de quebra do sigilo fiscal para fins de investigação da capacidade contributiva dos contribuintes, independentemente de autorização judicial.

Embora a questão esteja sob a análise do Supremo Tribunal Federal, que ainda não se manifestou a respeito da constitucionalidade ou não da quebra do sigilo pela autoridade administrativa, essa questão vem provocando manifestação do Poder Judiciário, em especial dos Tribunais Regionais.

Isto porque, a par da LC 105/01, foi alterada a Lei Ordinária 9.311/96 pela Lei Ordinária 10.174/2001, a fim de que os dados da CPFM pudessem ser utilizados pela Receita Federal para fins de apuração da capacidade contributiva, notadamente da receita e rendimentos de pessoas jurídicas e naturais.

A Receita Federal, em defesa, aduz que a possibilidade de utilização dos dados da CPFM, como mecanismo inicial de busca da identificação de receita e rendimentos dos contribuintes encontra apoio no princípio da capacidade contributiva.

Por outro lado, os contribuintes, embora discutam a questão sob a égide do princípio da irretroatividade e da violação ao direito e garantia individual que protege e garante a inviolabilidade dos dados (art. 5, XII da Constituição), não vêm encontrando apoio nas decisões proferidas pelos Tribunais.

Isto porque os Tribunais vêm analisando esta questão a luz do direito tributário formal, ao invés de buscarem solução para o conflito nos princípios constitucionais, preferindo discutir a validade da alteração legislativa em face do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

O presente estudo terá como norte a análise do problema a luz exclusivamente do princípio da boa-fé, na faceta proteção da confiança e segurança jurídica, e a tensão com o princípio da capacidade contributiva.

II A tensão entre os princípios constitucionais e a retroatividade da quebra do sigilo bancário

2.1 Princípios e regras

O estudo do ordenamento jurídico passa necessariamente pela análise da diversidade das normas que o compõe, de forma a se buscar todas as dimensões do fenômeno normativo.

A evolução e superação das teorias que estudam os princípios surgem num contexto de superação do formalismo, coincidindo ainda com a evolução dos direitos fundamentais, sobretudo pela positivação constitucional desses direitos e a forte dose de carga valorativa que vem sendo inserida nas Cartas Constitucionais.

É a teoria dos princípios, na visão de Paulo Bonavides, que confere uma nova versão de legitimidade ao ordenamento jurídico com fundamento na Constituição, fazendo o equilíbrio e a essência de um sistema jurídico legítimo. Situam-se no ápice da pirâmide normativa, sendo qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.¹

¹ BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*, p. 264.

Os princípios distinguem-se dos demais preceitos jurídicos uma vez que se constituem em “expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas.”²

Os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, ou seja, os princípios apresentam razões as quais podem ser afastadas por razões opostas, não trazendo em si determinações acerca da forma pela qual deverá ser eliminada a tensão entre a razão que a contém e aquela que eventualmente se apresente como oposta.

O conflito de princípios somente tem existência diante de um caso concreto, enquanto os conflitos entre as regras têm existência em abstrato. No caso das regras o conflito somente será resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção,³ pois a aplicação de uma afasta a outra, ou se uma delas for declarada não válida. Ou seja, as regras são vistas segundo a sua estrutura dinâmica, utilizando a terminologia de Kelsen, assim, ou valem ou não valem (juízo de validade), o que não significa não possam as mesmas ser densificadas com base no princípio da razoabilidade.

Os princípios, em específico, não estão submetidos, tão-somente, a um juízo de validade, mas especialmente a uma ponderação, a um balanceamento; não se declara válido ou não válido um princípio, não há uma norma de exceção. A solução é diversa: as circunstâncias concretas motivadoras da aplicação dos princípios conflitantes devem ser analisadas, observando-se qual o princípio prevalecerá no caso concreto, uma vez que eles têm peso diferente. Na *escolha* do princípio a incidir deverá ser utilizada a máxima da proporcionalidade.

4

Não há, portanto, verdadeira hierarquia entre os princípios, uma vez que ora poderá prevalecer um ora outro, deve ser feito o teste de proporcionalidade, para decidir qual rege o caso concreto. Há, pois, uma hierarquização em função do caso concreto.

² ROTHENBURG. *Princípios constitucionais*, p.16.

³ As normas de exceção podem estabelecer que a lei posterior revoga a anterior ou que a lei especial prevalece sobre a geral

⁴ Segundo a doutrina alemã de Alexy, a máxima da proporcionalidade se submete ao teste de adequação, de necessidade e da ponderação.

KONRAD HESSE ⁵ afirma a necessidade de se buscar uma interpretação das normas constitucionais levando em consideração, o princípio da unidade da Constituição, tendo em vista a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição.

Importante para o autor, é a vinculação da interpretação da norma a ser aplicada ao caso concreto, pelo que não se pode desconhecer o problema concreto a ser resolvido. Afirma que “não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.” ⁶

2.2. O princípio da capacidade contributiva e a solidariedade tributária.

As normas de tributação não são de fácil interpretação, especialmente pela tensão existente entre princípios que informam o dever de tributar e aqueles que protegem o contribuinte.

O tributo, nesse contexto, deixa de ser simples fonte de receita para o Estado, passando a ser utilizado como instrumento de realização de justiça, vale-se do princípio da capacidade contributiva como meio de onerar aqueles economicamente mais favorecidos, sendo utilizado, também, de forma extrafiscal, para criar benefícios para regiões mais pobres. Dessa forma, a igualdade no tratamento tributário deixa de ser meramente formal, passando a ser material. Esta é uma característica do Estado Social.

MISABEL DERZI ⁷, ao atualizar a clássica obra de Aliomar Baleeiro, afirma que são os critérios de comparação que permitem agrupar os seres em iguais ou desiguais, traçando as linhas mestras da igualdade material e cristalizando a escala de valores constitucionalmente adotada. Ensina que no campo tributário, o critério básico que mensura a igualdade ou a desigualdade é a capacidade econômica do contribuinte.

⁵ “A conexão e interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. Somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais. HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 65.

⁶ HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 63.

⁷ BALEEIRO. DERZI (Atual.) *Limitações constitucionais ao Poder de tributar*, p. 289 et. sq.

Desta forma, a capacidade contributiva é o critério que deve ser observado pelo legislador para estabelecer as discriminações, de forma que se faça justiça, tributando de forma mais gravosa as manifestações de riqueza mais acentuadas, o que se dá pela progressividade para os tributos diretos e pela seletividade para os indiretos. Assim, verificada a existência de capacidade contributiva, a isonomia deve ser respeitada em face desta, no sentido de que capacidades contributivas equivalentes devem receber igual carga tributária.

Isso implica ampliação e intensificação da tributação. Expansão essa que encontra na capacidade contributiva seu lastro inicial, o que permite ao legislador buscar a realização da justiça fiscal, porquanto o princípio da capacidade contributiva possibilita que o legislador busque seleção e identificação da riqueza que será tributada.⁸

Dentro da idéia de que o cidadão deve observar as normas de tributação e cumpri-las, tem-se o princípio da capacidade contributiva como norte para a tributação, que submete tanto o contribuinte quanto o Estado, sendo meio para se atingir a justiça tributária e a igualdade material.

Não se pode, todavia, invocar o princípio da capacidade contributiva para justificar a carga tributária de forma absoluta, pois este deve potencializar a arrecadação tributária, na medida em que busca a tributação de todas as manifestações signo presuntivas de riqueza, também atua como limite para a tributação.

A capacidade contributiva, princípio informador de todo o Sistema Tributário Nacional, tem como principal norte proporcionar a realização da justiça fiscal, mediante oneração daqueles que revelem signos presuntivos de riqueza, os quais serão tomados como pressuposto de fato da norma de tributação, ou serão utilizados como critério de graduação da imposição fiscal.

⁸ Para José Casalta Nabais “uma tributação assente no princípio da capacidade contributiva (isto é, na justiça contributiva) permite uma tributação mais extensiva e intensiva do que a baseada no princípio da equivalência (isto é, na justiça comutativa que estende a relação de troca, típica do mercado, às relações estado/contribuinte.) NABAIS. *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 576.

NUNO DE SÁ GOMES enxerga no princípio da capacidade contributiva duas funções: uma protetiva do contribuinte – imanente ao Estado Liberal, e a outra vinculada ao princípio da solidariedade – ligada ao Estado Democrático de Direito.⁹

ALBERTO XAVIER discorda da posição acima, entendendo que os princípios da igualdade e da capacidade contributiva desempenham assim uma *função negativa ou proibitiva*: vedam ao Poder Legislativo uma tributação alheia à capacidade contributiva, bem como uma tributação discriminatória, arbitrária ou desrazoável “entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente” de idênticas manifestações de capacidade contributiva. Mas esses mesmos princípios não têm uma *função positiva ou preceptiva* de ordenar ao legislador a tributação de toda e qualquer manifestação de capacidade contributiva.¹⁰

O princípio da capacidade contributiva, porém, não deve ser vista, ainda que se adote a sua função positiva ou de solidariedade, como uma “carta branca” para a tributação ou para a legislação tributária, porquanto deverá ser analisado a luz dos demais princípios constitucionais, notadamente o princípio da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

2.3. O princípio da boa-fé

Para uma correta compreensão do princípio da boa-fé e sua aplicação ao direito público, especialmente no campo do direito tributário, é necessário se fazer uma breve digressão histórica a respeito da origem e evolução do conceito de boa-fé.

Sem dúvida alguma é na *fides* romana que se encontram as raízes do princípio da boa-fé. Menezes Cordeiro¹¹ informa que três são os elementos históricos conhecidos da *fides* primitiva: *fides-sacra*, *fides-fato* e *fides-ética*.

A *fides-sacra* era uma sanção de ordem religiosa que era aplicada ao patrão que defraudasse a *fides* do cliente. A *fides-fato* era assim denominada por não se revestir de qualquer qualificação moral ou religiosa, estando associada à noção de garantia e à noção de clientela.¹²

⁹ GOMES. *Manual de Direito Fiscal*, p. 200.

¹⁰ XAVIER. *Tributação, simulação e norma antielisiva*, p 129.

¹¹ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no Direito Civil*, p.54.

¹² Conforme MENEZES CORDEIRO, clientela correspondia a um tipo de estratificação social que pressupunha uma graduação entre o cidadão livre totalmente *sui iuris* e o escravo. Implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras em troca de proteção. MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no*

A *fides-ética* extrapolaria a idéia simplesmente de fato, pois a partir do momento em que a garantia de que é expressão a *fides* passa a residir na pessoa, a *fides* deixa de ter simplesmente fato e passa a ter uma conotação moral.

PAOLO FREZZA, tratando da origem da boa-fé, observa na *fides* dois significados: (i) papel auto-limitador que o sujeito de um poder impõe a si mesmo; (ii) respeito às obrigações livremente contraídas.¹³

Da *fides* passou-se a *bona fides*, com as ações processuais de *bonae fidei iudicia*, que partiam do estudo das situações concretas, sendo as ações expressamente construídas pelo pretor, que apresentavam traços comuns. São exemplos: as ações de tutela, sociedade, fidúcia, mandato, comodato, depósito, gestão de negócios etc.

A *bona fides* influenciou também o direito alemão, porém a partir da década de quarenta do século passado, com os estudos de PRETZEL e de NEUMANN, estudos consolidados por STRATZ passaram a conhecer a moderna teoria da boa-fé.

A doutrina alemã passa a adotar o conceito de *Treu und Glauben* quando se pretende designar a boa fé objetiva, enquanto que a boa-fé subjetiva ligada ao conceito de *bona fides* é identificada pela expressão *guter Glauben*.

A boa-fé germânica partiu da idéia de crença, confiança, honra, lealdade alargando o sentido romano de boa-fé, construindo assim uma teoria própria, a da boa-fé objetiva, ligada ao racionalismo.

A boa fé é um conceito indeterminado e cambiante que sofre mutações em face de seu caráter móvel, sendo definido no momento de sua aplicação/reconhecimento conforme as circunstâncias de fato do caso e influências do meio.

A boa-fé subjetiva se funda no erro ou na ignorância da verdadeira situação jurídica, por isso que o erro ou a ignorância funcionam como pressuposto da crença do sujeito da relação

Direito Civil, p.59.

¹³ apud ZANELATO. *Da boa-fé no direito privado*. São Paulo, p. 21. (Dissertação, Mestrado em Direito Civil).

jurídica na validade do ato ou da conduta humana. A boa-fé subjetiva está relacionada ao sujeito da relação jurídica, enquanto a objetiva à própria relação jurídica.

A boa-fé subjetiva refere-se a correta situação do sujeito dentro da relação jurídica, não ao conteúdo ou aos efeitos da relação. É a consciência do sujeito em face da situação jurídica, consistente na crença ou ignorância de agir conforme o direito.

A boa-fé é um princípio implícito constitucional, derivado do princípio da moralidade,¹⁴ que determina que as relações jurídicas de direito público devam ser praticadas com a observância do dever de lealdade e com a confiança de que a conduta de ambas as partes ocorrerá sempre em respeito aos princípios éticos e morais. A boa-fé não está baseada na vontade das partes, mas na adequação da relação jurídica aos valores que esta inspira. Enquanto a boa-fé subjetiva está relacionada com o agente/parte, a boa fé objetiva atua sobre a própria relação jurídica, sobre o conteúdo desta.

A utilização do princípio da boa-fé trará um campo muito amplo de controle dos atos jurídicos, sendo de grande utilidade, sobretudo como um novo instrumento de defesa por parte do contribuinte contra os abusos e despautérios cometidos diuturnamente pela administração pública, sendo utilizado, inclusive, pelo Poder Judiciário como mecanismo de controle dos atos legislativos, quando estes forem praticados com abuso (abuso do poder de legislar), ou ainda quando violarem a proteção da confiança, na medida em que a boa-fé deve atuar de forma estabilizadora do sistema.¹⁵

¹⁴ BATISTA JÚNIOR. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 371-372. Onofre Batista Jr. assevera: “A idéia de moralidade administrativa, assim, adentra o reino do Direito, fornecendo referências para a garantia da realização dos valores expressos nas idéias de bem comum, de honestidade, de boa-fé, de lealdade, que se ajustam a uma idéia substancial de justiça. (...) A propósito, a moralidade administrativa, trazida para o mundo do Direito, não carrega a ilusão de poder expurgar todos os vícios e assentar todas as virtudes da atuação administrativa, mas volta-se apenas para alguns aspectos determinados da conduta da AP de grande relevância social. Podemos apontar algumas de suas facetas mais importantes: probidade administrativa, boa-fé, proteção da confiança dos administrados na AP, veracidade.”

¹⁵ “Se a boa-fé objetiva se desenvolve do *venire contra factum proprium*, nos institutos materiais da *supressio e da surrectio*, ou ainda no instituto processual anglo-saxão do *stoppel*, o fato é que no Direito Privado e, com mais razão, no Direito Público, a proteção da confiança, das expectativas criadas e o respeito à lealdade transformam-se em importantes equivalentes funcionais ou em acopladores estruturantes e estabilizadores do sistema.” DERZI, Misabel Abreu Machado. *Mutações, complexidade, tipo e conceito, sob o signo da segurança e da proteção da confiança*. In *Tratado de Direito Constitucional Tributário*. Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo. Saraiva. 2005, p. 245-284

Afinal, a boa-fé expressa na Carta Constitucional pelo *Princípio da Moralidade*, igualmente aplicável aos atos legislativos, constituindo-se, o apontado mandamento, em obstáculo à edição de normas arbitrárias, discriminatórias e abusivas, que visam tão-somente a criação de dificuldades e óbices injustificáveis no cumprimento das obrigações tributárias, podendo, entretanto, ser oposta, também, em face do administrado que agir em desacordo com a boa-fé.

A boa-fé objetiva atua diretamente na relação jurídica, valendo-se como norma de interpretação, de controle de posição jurídica, de limitação de exercício de direito subjetivo e de direito potestativo.

O princípio da proteção da confiança se encontra intimamente ligado ao conteúdo material da boa-fé. A idéia de confiança implica a validação de uma conduta e dos seus efeitos, na hipótese em que a pessoa tenha agido de forma omissiva ou comissiva, em virtude da aparência criada pela parte contrária de que a conduta teria sido praticada em conformidade com o ordenamento jurídico.

MISABEL DERZI manifesta-se no mesmo sentido entendendo que a boa-fé existe na confiança protegida, decorrente de uma das partes ter criado na outra, em virtude de um determinado comportamento, uma expectativa com relação ao comportamento adotado. Todavia, faz a ressalva que Roland Kreibich entende que a proteção da confiança seria mais abrangente que a boa-fé objetiva, na medida em que aquela seria aplicável a situações gerais e abstratas, enquanto que esta somente poderia alcançar as situações individuais e concretas.¹⁶

MENEZES CORDEIRO assim se manifesta a respeito do princípio da proteção da confiança: “A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e sua tutela. (...) Começou, então, por ser entendido como uma legitimação formal, atribuída por norma específica, para o exercício de determinado direito que, em abstracto, não teria sido conferido pelo ordenamento.”¹⁷

¹⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e suas conseqüências*. Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Coord. Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Torres. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, p. 961-992.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no Direito Civil*, p. 1234-1235.

Desta forma o princípio da proteção da confiança e o princípio da boa-fé formariam círculos jurídicos que parcialmente se justapõem e cuja interseção define a proteção da confiança na relação tributária concreta.

As conseqüências decorrentes da proteção da confiança podem, em teoria, ser duas: (i) manutenção da situação jurídica praticada com base na boa-fé objetiva; (ii) dever de indenizar pelos danos materiais e morais sofridos, em face da quebra, pela parte contrária, da situação praticada com base na confiança.

2.4. O princípio da segurança jurídica

No Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica em que está assente o princípio da legalidade é muito mais ampla do que este, moldando-o de forma que não basta a reserva formal, para a certeza e segurança do Direito, mas necessita-se da reserva material, ou seja, as condutas propulsoras de conseqüência jurídica devem ser descritas, exhaustivamente, pela lei.¹⁸

A idéia de segurança jurídica vem enraizada desde o iluminismo como forma de se proteger a liberdade e a propriedade dos cidadãos, que sofriam interferências do Estado, muitas vezes arbitrárias. Daí a necessidade de se prever nas leis as formas e condutas desencadeadoras de deveres jurídicos.

O princípio da legalidade visava retirar a ampla margem de livre apreciação e decisão, ou seja, pretendia-se restringir os poderes discricionários em matéria fiscal, os quais seriam incompatíveis com a idéia de segurança jurídica, de certeza do direito.

NUNO DE SÁ analisando o princípio da legalidade e a necessidade desta se apresentar através de conceitos determinados, ou seja, a impossibilidade da lei tributária valer-se de conceitos indeterminados ou de possibilitar a discricionariedade administrativa entende como

¹⁸ Cf. XAVIER. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*, p. 17-18. “Reserva ‘absoluta’ significa a exigência constitucional de que a lei deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério de decisão do órgão de aplicação do direito no caso concreto.” (...) “O princípio da tipicidade ou da reserva absoluta de lei tem como corolários o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação ou tipicidade fechada.”

inconstitucionais quaisquer tentativas de frustração do princípio da especificidade conceitual, impropriamente denominada de tipicidade fechada.

MISABEL DERZI a respeito do princípio da segurança jurídica e sua posição em face da norma tributária, tanto com relação àquela composta por tipos abertos e indeterminados, como em face daquela que se amolda em conceitos determinados e fechados – princípio da especificidade conceitual (denominado de forma equivocada pela doutrina como tipicidade fechada), revela que a segurança jurídica seria mais afeita aos conceitos do que aos tipos, embora estes pudessem estar mais presentes na idéia de justiça.¹⁹

Diante disso, outra solução não pode ser exceto a de minimizar o impacto da rigidez normativa, em face da boa-fé do contribuinte, adotando, no caso concreto, uma solução equilibrada, razoável e coerente com as circunstâncias, quer se tratem de deveres instrumentais ou de lançamento de tributo, inclusive hipótese de alterabilidade do lançamento.

Pode-se criticar tal postura em face do princípio da segurança jurídica, que não deve ser vista sob uma ótica restrita, apenas como critério de se proteger a liberdade e propriedade do particular, mas, sobretudo, numa forma de estabilidade das relações jurídicas.

Infelizmente, a análise do princípio da segurança jurídica sob a ótica do princípio da legalidade não pode ser a mesma, porque houve uma hipertrofia do ordenamento jurídico de tal forma que tornou impraticável ao contribuinte o conhecimento de seus deveres. Por isso, a idéia de segurança jurídica não pode ser resumida, tão somente, ao prévio conhecimento das leis, deve ser analisada e interpretada à luz do princípio da boa-fé, em todas as suas funções, faces e campo de atuação.

A segurança não é um princípio lógico da estrutura formal das normas, como um elemento estático, ao contrário, é um conceito dinâmico que busca a proteção de valores liberdade, justiça, os quais também são cambiantes, e que não mais possuem a configuração do Estado Liberal, sobretudo após a decretação da nova ordem constitucional que instalou o Estado Democrático de Direito, com princípios e valores típicos do Estado Liberal e outros tantos pertencentes ao Estado Social, que, agora, devem ser vistos em conjunto e em conjunto com a realidade que envolve o Direito (mundo circundante).

¹⁹ DERZI. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, p. 84, 91.

Caso contrário, a idéia de segurança jurídica se dará sempre do ponto de vista estritamente formal, sem que, de fato, esta esteja presente nas relações envolvendo os contribuintes e o fisco. Não se pode perder do contexto que o princípio da segurança jurídica não pode ser dissociado da idéia de justiça, pois não existe justiça sem segurança.²⁰

Isto significa que não podem ser aceitas mudanças na legislação tributária, que, a pretexto e estarem em conformidade com o princípio da capacidade contributiva, revelam evidente desprezo pelo princípio da boa-fé e, sobretudo, pelo princípio da segurança jurídica, que, extreme de dúvida, atua como um sobre-princípio.

III. A aplicação retrospectiva da lei 10.174/2001 e a violação ao princípio da boa-fé e da segurança jurídica.

Dentro do contexto acima, pode-se mencionar como hipótese de violação ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, a ampliação dos poderes de fiscalização decorrente da modificação da Lei 9.311/96 que instituiu a CPMF. O §3º do artigo 11º da referida lei, em sua redação original, expressamente impossibilitava a utilização dos dados da movimentação financeira para fins de constituição de crédito tributário.

Art. 11. Compete á Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministério do Estado da Fazenda.

§3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada

²⁰ CARVALHO. *Curso de Direito Tributário*, p. 92. Para Paulo de Barros Carvalho: “Desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor *justiça*, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos.”

sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.

Posteriormente, em virtude da introdução no ordenamento jurídico da Lei Complementar n. 105, que veio flexibilizar as regras atinentes ao sigilo bancário, foi decretada a Lei n. 10.174/2001 que modificou a redação originária do § 3º do art. 11º da Lei 9.311/96, de forma a possibilitar a utilização pela administração tributária os dados anteriormente protegidos para a constituição de crédito tributário.

§3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Esta modificação não teria relevância ante o princípio da proteção da confiança caso fosse aplicada sem retroatividade, apenas àquelas situações de fato nascidas posteriormente à modificação legislativa. Todavia, não foi isto que ocorreu, porquanto o fisco passou a utilizar os dados que eram anteriormente protegidos para constituir créditos tributários relativos a fatos geradores já ocorridos, sob o argumento de que o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional possibilita a aplicação retroativa das novas técnicas de fiscalização e dos poderes de investigação. Assim, não seria necessário o respeito ao princípio da irretroatividade das leis, pois se trata de norma de direito tributário formal e não material.

Todavia, a questão não deve ser analisada sob a ótica do princípio da irretroatividade das leis no âmbito do direito tributário formal²¹, que possibilita a aplicação imediata dos novos poderes de investigação inclusive àquelas situações já ocorridas. Deve, sim, ser analisada à luz do princípio da boa-fé objetiva (proteção da confiança) e do princípio da segurança jurídica²².

²¹ Neste sentido foram as decisões proferidas pelos Tribunais, conforme se infere dos acórdãos AI 2003.04.01.036218-7/RS, DJU 19.11.2003, RDDT 101/240; AP 2002.71.11.002890-0/RS, RDDT 100/195; Medida Cautelar 7.513-SP (2003/0223357-0), RDDT 102/213; REsp 792.812-RJ (2005/0180117-9), RDDT 141/233.

²² Paulo de Barros Carvalho afirma que a segurança jurídica é um sobre-valor do ordenamento jurídico, que é alcançada com o respeito ao princípio da irretroatividade, da estrita legalidade, da anterioridade, do não confisco.

Desta forma, constata-se evidente violação ao princípio da segurança jurídica, temperado pela proteção da confiança, na medida em que o contribuinte foi surpreendido por uma conduta contrária à expectativa criada anteriormente, qual seja, a de que seus dados bancários estariam protegidos e não seriam utilizados para a constituição de fato gerador. Ou seja, o contribuinte não precisaria se preocupar em criar modelos de controle da movimentação financeira para justificar eventuais e aparentes divergências entre a movimentação da CPFM e a sua declaração de Imposto de Renda, até porque movimentação financeira não é, por si só, prova de renda tributável.²³

Ora, os cidadãos confiavam que os dados estavam protegidos e que não seriam utilizados para a constituição de crédito tributário. A confiança decorria não de uma mera aparência, mas sim de expressa previsão legislativa. Desta forma, a mudança da legislação jamais poderia atingir aquelas situações nascidas sob a égide da norma modificada, porquanto assim fazendo se rompe com o princípio moral²⁴ que norteia a conduta da administração, quebrando a confiança do contribuinte na administração, violando, conseqüentemente, o princípio da boa-fé objetiva.

Entende que o respeito a estes princípios possibilita a realização do sobre-princípio da segurança jurídica, porquanto somente haverá segurança jurídica se forem respeitados os princípios ordenadores da tributação brasileira tal como consagrados na Carta Constitucional. (CARVALHO, Paulo de Barros. *A concorrência entre os sistemas tributários do ponto de vista da segurança jurídica e da proteção da confiança*. Revista Internacional de Direito Tributário. Associação Brasileira de Direito Tributário. Julho/dezembro de 2005, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 79-86.)

²³ Confirmam-se as decisões proferidas pelo Conselho de Contribuinte: “IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Compete ao fisco demonstrar que a operação que deu origem a depósito bancário derivava de receita tributável. A presunção de desvio de receitas baseada única e exclusivamente na existência de depósito não contabilizado, cuja origem o contribuinte não seja capaz de justificar, nasceu com o advento do art. 42 da Lei n. 9.430, de 27/12/96. Prevalente, na caso dos autos, a orientação jurisprudencial da súmula 182 do antigo TFR, bem como o disposto no artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei 2.471/88. Multiplicidade de precedentes. Recurso provido”. (Acórdão 108-07424, 8ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, 12.6.2003).

“IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Os depósitos bancários, embora possam indicar auferimento de renda, não caracterizam, por si só, disponibilidade de rendimentos, cabendo à fiscalização demonstrar onexo causal entre cada depósito e o fato para caracterizar omissão de rendimentos. Lançamento calcado em depósito bancário somente é admissível quando provado o vínculo do valor depositado com a omissão de receita que o originou”. (Acórdão 102-12191, 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, 24.08.2001).

²⁴ Gustav Radbruch assevera que “a moral não faz mais que submeter-se aqui a uma legislação estranha, abandonando-se à dialéctica específica dum outro domínio da razão e assinalando, por assim dizer, numa *letra em branco*, a aceitação dum dever, cujo conteúdo exacto há-de vir a fixar-se depois num outro domínio normativo. É ela quem, embora pondo no direito e na justiça o selo que os há de transformar em normas duma actividade moral, os abandona depois, para a determinação de seu conteúdo, a uma legislação diferente da sua e portanto extra-moral. (...) Verdadeiramente, se o direito serve a moral, não é isso devido aos deveres jurídicos que impõe, mas sim graças aos direitos que outorga. É do lado destes últimos, e não do lado dos primeiros, que ele se acha voltado para a moral.” Filosofia do Direito. Tradução do Prof. Luis Cabral de Moncada. 5ª Edição. Coimbra, Arménio Amado – Editor, 1974, p. 110-111.

IV. Conclusão.

Embora o princípio da capacidade contributiva seja informador do sistema tributário nacional e possa ser aplicável, tanto na feição de garantia constitucional ao contribuinte, quanto na de dever de solidariedade na repartição da carga tributária, deve ser visto em concordância com os demais princípios constitucionais.

Não se pode, dentro desta ótica, preferir o princípio da capacidade contributiva em detrimento do princípio da segurança jurídica ou do princípio da boa-fé, por razões eminentemente arrecadatórias.

A utilização retroativa dos dados da CPMF para fins de constituição do crédito tributário viola o princípio da boa-fé objetiva, na sua feição de proteção da confiança e o princípio da segurança jurídica.

A questão não é de direito tributário formal e não deve ser analisada com espeque no § 1º do art. 144 do CTN, mas a luz dos princípios constitucionais e da idéia de justiça, com a lembrança de que não pode haver estado justo se este não é moral, ético e se este se esquece do valor maior que a liberdade e a segurança jurídica.

Diante disto, não resta dúvida de que a utilização retrospectiva dos dados da CPMF para fins de constituição de crédito tributário, como sói ocorrer, é totalmente inconstitucional.