

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA



DIREITO COMUNITÁRIO

MANFRED A. DAUSES

**LA PROTECTION
DES DROITS FONDAMENTAUX
DANS
L'ORDRE JURIDIQUE
DES COMMUNAUTES EUROPEENNES**

**POSITION DU PROBLEME,
ETAT ACTUEL ET TENDANCES**

I. INTRODUCTION

La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés fait depuis longtemps l'objet d'une discussion aussi vive que critique. Trois raisons semblent être à l'origine de la sensibilité croissante aux droits fondamentaux:

D'abord, la montée inquiétante de l'intolérance, des atteintes à la liberté et de la violence, qui président dans de vastes régions du monde au débat politique, a aiguisé la perception des nécessités de la protection des droits fondamentaux et des droits de l'homme. La "charte pour une nouvelle Europe", adoptée le 21 novembre 1990 à Paris par les chefs d'Etat et de gouvernement des 34 Etats de la CSCE, en constitue l'illustration éclatante. Nous citerons le passage suivante de ce document: "Les droits de l'homme et les libertés fondamentales appartiennent à tous les hommes de par la naissance; ils sont aliénables et sont garantis par la loi. Le premier devoir de chaque gouvernement est de les protéger et de les promouvoir. Leur respect constitue la protection essentielle contre l'abus de l'autorité publique. Leur observation et leur exercice sans restriction constituent le fondement de la liberté, de la justice et de la paix".

Une autre raison de la grande actualité du débat sur les droits fondamentaux semble résider dans les liens étroits entre ces problèmes et l'aspiration à un Etat de droit et à la démocratie. L'Europe accomplit actuellement une transformation sociale et économique profonde. Les espoirs et les attentes nourris pendant des décennies par tous les peuples européens en vue d'obtenir des formes de gouvernement démocratique fondées sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales semblent désormais s'exaucer.

Un troisième aspect se rapporte à l'évolution de la conception des droits fondamentaux dans la société moderne. Si les catalogues classiques des droits fondamentaux figurant dans les constitutions, accordaient la priorité aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme libéraux tels que la protection de la liberté individuelle face à la tutelle et à la réglementation de l'Etat, les droits fondamentaux d'ordre social, tels que le droit au travail, à la sécurité sociale, à l'instruction et à la culture, occupent aujourd'hui une place de plus en plus centrale. Leur fonction consiste moins à assurer à l'individu des espaces de liberté qu'à créer des droits à des prestations à la charge de l'Etat et de la société ainsi que des droits sociaux de cogestion et de participation.

II. DROITS FONDAMENTAUX ET CONSTITUTION COMMUNAUTAIRE

On sait que la protection des droits individuels est solidement ancrée dans les ordres juridiques de tous les Etats membres de la Communauté européenne. La plupart des Etats membres consacrent dans leurs constitutions écrites certains droits fondamentaux et droits de l'homme élémentaires.

Seule la Constitution française de la V^{ème} République, remontant à 1958, n'énumère pas différents droits fondamentaux, mais se réfère, dans son préambule, à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à sa confirmation dans la préambule de la constitution de la IV^{ème} République, de 1946.

Si Le Royaume-Uni n'a pas de constitution écrite et ne dispose donc pas d'une protection des droits fondamentaux sous la forme écrite, les "fundamental liberties" et "civil rights" sont reconnus comme faisant partie des traditions constitutionnelles non écrites.

En revanche, l'ordre juridique communautaire ne possède ni catalogue global des droits fondamentaux, ni même différentes dispositions définies expressément comme constituant des droits fondamentaux ou des droits de l'homme. Seul le préambule de l'Acte unique européen, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1987 et qui constitue jusqu'à ce jour la réforme la plus ambitieuse

dans le domaine des traités communautaires, comporte une consécration générale du "respect du droit et des droits de l'homme", fondé sur "les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des Etats membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale". Le droit communautaire écrit ne dit rien de plus en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux.

Le silence des traités a des raisons historiques. Le caractère largement technique de la première des trois Communautés, instituée en 1951, la Communauté européenne du charbon et de l'acier, laissait apparaître comme peu probable des atteintes portées par le pouvoir communautaire à des situations ayant valeur de droits fondamentaux. Quant aux traités de Rome signés en 1957, qui ont donné naissance à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique, ils se trouvaient dans le sillage d'un échec politique. Les ambitieux projets d'une Communauté européenne de défense et d'une Communauté politique européenne avaient échoué en 1954. L'euphorie des premiers jours a fait place à un froid opportunisme, axé exclusivement sur les nécessités économiques et masquant la perspective transcendante des droits fondamentaux et des droits de l'homme.

Si les traités ne prévoient donc pas de garanties expresses des droits fondamentaux, ils n'en comportent pas moins différentes dispositions se rattachant de manière non équivoque à ceux-ci. Il s'agit essentiellement de dispositions ayant le caractère d'expressions concrètes de certains principes généraux du droit. Nous n'en citerons ci-après que les plus importantes:

- L'article 7 du traité CEE interdit "toute discrimination exercée en raison de la nationalité";
- L'article 40 du traité CEE exclut toute discrimination entre producteurs et consommateurs dans le cadre d'une organisation commune des marchés agricoles;
- L'article 48 du traité CEE pose le principe de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Cela vise l'"abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail", ainsi que le droit des travailleurs "de répondre à des emplois effectivement offerts" et

- “de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres”;
- L'article 52 du traité CEE introduit le principe de la liberté d'établissement. Cela vise le droit des travailleurs indépendants d'accéder aux activités non salariées dans tout Etat membre et de les exercer, ainsi que de constituer et de gérer des entreprises;
 - L'article 119 du traité CEE oblige les Etats membres à appliquer le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail;
 - même si les traités ne protègent pas expressément la propriété privée, on trouve en différents endroits des références significatives au droit de propriété, comme par exemple dans la disposition selon laquelle les restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent entre les Etats membres peuvent être justifiées aux fins de la protection de la “propriété industrielle et commerciale” (article 36 du traité CEE) ou selon laquelle le traité “ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres” (article 222 du traité CEE);
 - Le principe de proportionnalité a également trouvé son expression directe ou indirecte dans différentes dispositions des traités. C'est ainsi qu'il est prévu que les organisations communes des marchés ne peuvent prendre que les mesures nécessaires en vue de la poursuite de certains objectifs du traité et doivent se limiter à poursuivre ces objectifs. Les Etats membres étaient en droit, pendant la période de transition, de prendre, en cas de difficultés économiques dans un Etat membre, les mesures nécessaires, mais ils devaient alors choisir par priorité les mesures apportant le moins de perturbations au fonctionnement du marché commun (article 40, paragraphe 3, premier alinéa, ainsi qu'article 115, deuxième et troisième alinéas, du traité CEE).

III. PROTECTION PRETORIENNE DES DROITS FONDAMENTAUX

Malgré l'absence de garanties complètes des droits fondamentaux dans les traités communautaires, la protection des droits fondamentaux ne

constitue nullement dans la Communauté européenne un problème marginal.

La Communauté européenne est plus qu'un groupement d'intérêts fonctionnel ou qu'une organisation internationale spécialisée de type traditionnel. Elle est une construction ayant une personnalité juridique propre et un pouvoir normatif, exécutif et juridictionnel complet, axée sur une intensification constante du réseau des rapports sociaux. Les interdictions d'importation et d'exportation, les règles de production et de commercialisation, les réglementations des prix, les systèmes de quotas dans les organisations de marché agricoles et dans le secteur sidérurgique ainsi que les règles de la concurrence offrent des points de contact étroit avec le droit de propriété et le droit au libre exercice professionnel. La liberté d'association et de coalition peut entrer en conflit avec l'ordre public des Etats membres, qui s'incorpore au droit communautaire; la liberté de religion et de conscience limite le pouvoir d'organisation de la Communauté, en tant qu'employeur public, dans le cadre du droit de la fonction publique. Enfin, l'ordre communautaire est inspiré et imprégné, dans toutes ses ramifications, par le principe d'égalité et par le principe de proportionnalité.

Il est reconnu, à titre de postulat littéralement axiomatique de la notion d'Etat de droit, que le transfert de droits de souveraineté à la Communauté, opéré par une cession de prérogatives de puissance publique, ne peut conduire à une réduction du niveau des droits fondamentaux garanti par les ordres constitutionnels nationaux. Des droits de souveraineté ne peuvent dès lors être transférés à la Communauté que moyennant la garantie d'une protection des droits fondamentaux qui réponde aux exigences du niveau national ou qui, tout au moins, lui équivaille. La nécessité d'une équivalence dans le domaine des droits fondamentaux constitue, à son tour, une expression spécifique de la nécessité générale, plus large, d'une homogénéité structurelle dans le rapport entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques des Etats membres. Le fond de la démarche concernant les droits fondamentaux en droit communautaire consiste dès lors à garantir que, malgré l'absence souvent critiquée d'un catalogue des droits fondamentaux dans les traités, la protection communautaire des droits fondamentaux ne reste pas en deçà des ordres constitutionnels, basés sur la démocratie et la notion d'Etat de droit, des Etats membres. L'accomplissement de cette mission a incombé à l'activité juridictionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans une jurispru-

dence entre temps bien établie, protège les droits fondamentaux à titre de principes généraux du droit communautaire.

La Cour a eu pour la première fois à se pencher sur des questions relatives aux droits fondamentaux dans un arrêt du 15 juillet 1960, en statuant sur un recours formé par plusieurs entreprises allemandes relevant de la communauté européenne du charbon et de l'acier à l'encontre d'une décision de la Haute autorité de cette Communauté, recours fondé notamment sur la protection de la propriété privée garantie, selon elles, par l'article 14 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. Dans cette première décision intervenue en la matière, la Cour s'est encore imposée une prudence très perceptible. Elle s'est bornée à la constatation lapidaire qu'elle n'était compétente ni pour interpréter, ni pour appliquer la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. Elle a poursuivi en énonçant que le droit communautaire tel qu'il résulte du traité CECA, ne contenait, lui non plus, aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises⁽¹⁾.

Depuis lors, la position de la Cour a fondamentalement changé. Dans sa jurisprudence ultérieure, elle a apprécié de plus en plus le droit communautaire dérivé au regard des droits fondamentaux.

Le virage a été amorcé par l'arrêt du 12 novembre 1969 dans l'affaire Stauder. Il s'agissait de statuer sur le point de savoir si une certaine décision de la Commission était compatible avec le droit communautaire. La décision organisait la cession de beurre à prix réduit de telle manière que — selon la version allemande — les ayants droit, à savoir les bénéficiaires de certains régimes d'assistance sociale, ne pouvaient acheter le produit en question que sur présentation d'un "bon mentionnant leur nom". La question se rapportait en définitive à la compatibilité de la mesure attaquée avec le respect de la dignité humaine qui, selon le moyen articulé par le demandeur, bénéficiaire d'un régime d'assistance sociale, aurait été violée par le fait qu'il devait se faire connaître vis-à-vis du vendeur en tant que bénéficiaire d'un tel régime. La Cour a, certes, conclu à la légalité de la mesure en donnant au texte rédigé dans plusieurs versions linguistiques une interprétation astucieuse; toutefois, elle a saisi cette occasion pour faire pour la première fois des déclarations de principe concernant les droits

(1) Arrêt du 15 juillet 1960 (Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a.), affaires 36-38/59 et 40/59, Rec. 1960, p. 857, plus spécialement p. 889 s.

fondamentaux dans l'ordre communautaire. Elle a jugé qu'«ainsi interprétée, la disposition litigieuse ne (révélaît) aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect»⁽²⁾. Cette formule percutante contient deux déclarations importantes, valables d'une manière générale. Tout d'abord, il en résulte que les droits fondamentaux de la personne font partie des principes généraux du droit communautaire. Ensuite, la Cour s'est reconnue compétente pour assurer le respect de ces droits fondamentaux.

Par la suite, la Cour a maintenu de manière cohérente et a affiné la jurisprudence qu'elle avait amorcée avec l'arrêt Stauder.

Dans l'arrêt du 17 décembre 1970 dans l'affaire Internationale Henselgesellschaft, c'est la question des sources des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire et du rapport entre le droit communautaire dérivé et le droit constitutionnel national qui se trouvait au premier plan. Il s'agissait d'un système de certificats d'exportation et du «régime de cautionnement» qui lui était lié, donc de moyens de contrainte administrative. Selon la juridiction de renvoi, ce régime était contraire à certains principes de structure du droit constitutionnel national allemand, à savoir les principes de liberté d'action et de disposition, la liberté économique et le principe de proportionnalité. La juridiction de renvoi a par ailleurs exprimé le point de vue que, selon elle, le droit communautaire devait également respecter les droits fondamentaux élémentaires garantis par la loi fondamentale allemande et qu'en cas de violation de ces principes, la primauté du droit supranational s'effaçait devant les principes de la loi fondamentale allemande. La Cour était dès lors invitée, du même coup, à prendre position sous l'angle du conflit entre le droit communautaire et le droit national. Elle a résolu comme suit les questions qui lui étaient soumises: elle a certes refusé d'apprécier la validité du droit communautaire dérivé au regard du droit constitutionnel national, mais elle a — comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt Stauder — reconnu l'existence, dans l'ordre juridique communautaire lui-même, de principes généraux du droit assurant la protection des droits fondamentaux. La Cour a précisé que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes

(2) Arrêt du 12 novembre 1969 (Stauder), affaire 29/69, Rec. 1969, p. 419, plus spécialement p. 424. s.

aux Etats membres, devait être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté⁽³⁾.

Que signifie cette formule, en partie nouvelle par rapport à l'arrêt Stauder, dans laquelle la Cour a moulé la protection des droits fondamentaux dans la Communauté? Elle signifie tout d'abord que les droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire découlent d'une source de droit autonome, à savoir des principes généraux du droit. Ceux-ci font partie intégrante de l'ordre communautaire. Mais elle signifie également que la protection communautaire est étroitement liée à la protection résultant des constitutions nationales, de sorte que pour déterminer les principes du droit communautaire, on peut parfaitement recourir aux principes de base des ordres juridiques nationaux. Ceux-ci contribuent, comme M. l'avocat général Dutheil de Lamoth l'a souligné dans ses conclusions, à former un substratum philosophique, politique et juridique commun aux Etats membres à partir duquel se dégage de façon prétorienne un droit communautaire non écrit⁽⁴⁾.

Deux autres arrêts ayant une signification de principe pour la protection des droits fondamentaux dans la Communauté sont intervenus respectivement le 14 mai 1974 dans l'affaire Nold et le 13 décembre 1979 dans l'affaire Hauer.

En bref, il s'agissait dans l'affaire Nold de la compatibilité d'une décision de la Commission prise dans le secteur de la CECA avec la garantie de la propriété ainsi qu'avec la liberté du commerce, du travail et de l'exercice d'autres activités professionnelles. Dans l'affaire Hauer, il s'agissait de statuer sur la compatibilité d'un règlement du Conseil édictant une interdiction, pour plusieurs années, de toute plantation nouvelle de vignes avec le droit de propriété et la liberté professionnelle. La Cour a tout d'abord confirmé, dans son arrêt, sa jurisprudence antérieure selon laquelle les droits fondamentaux faisaient partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect et qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, elle était tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Elle a cependant dépassé ce stade. Tout d'abord, elle a fait ressortir encore plus nettement qu'auparavant le rapport

(3) Arrêt du 17 décembre 1970 (Internationale Handelsgesellschaft), affaire 11/70, p. 1125, plus spécialement p. 1135.

(4) Rec. 1970, p. 1141, plus spécialement p. 1149.

existant entre la protection communautaire des droits fondamentaux et les garanties des droits fondamentaux figurant dans les constitutions des Etats membres. Elle a en effet souligné qu'elle "ne (saurait admettre)... des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces Etats".

Les arrêts Nold et Hauer sont toutefois pleins d'enseignement également à un autre titre. Les demandeurs au principal ne s'étaient en effet pas bornés à faire état d'une violation de certains droits fondamentaux nationaux; ils avaient également invoqué des traités internationaux de protection des droits de l'homme, principalement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Cela a donné l'occasion à la Cour de prendre position en même temps sur la portée, dans le cadre du droit communautaire, des garanties des droits fondamentaux conférées par le droit international public. A cet égard, elle devait tenir compte du fait que d'une part la Communauté elle-même n'est partie à aucun des accords internationaux applicables, mais que d'autre part, cependant, les Etats membres avaient, par leur adhésion à ces accords, intégré leur contenu dans leurs ordres juridiques. La Cour a résolu ce conflit de la manière suivante: elle a reconnu aux instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres avaient coopéré ou adhéré une fonction importante d'orientation, sans toutefois se reconnaître pour autant comme directement liée par eux. Au contraire, comme la Cour l'a prudemment formulé, de pareils accords peuvent seulement "fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire"⁽⁵⁾.

Les arrêts Nold et Hauer ont en outre contribué à l'élaboration de la doctrine des limites résultant de manière immanente des droits fondamentaux. Selon la Cour, les droits fondamentaux en cause sont "loin d'apparaître comme des prérogatives absolues", mais doivent être considérés "en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés". Les limites fixées aux atteintes à des situations ayant valeur de droits fondamentaux sont d'une triple nature:

(5) Arrêt du 14 mai 1974 (Nold), affaire 4/73, Rec. 1974, p. 491, plus spécialement 507; arrêt du 13 décembre 1979 (Hauer), affaire 44/79, Rec. 1979, p. 3727, plus spécialement p. 3745.

1. justification de l'atteinte par les objectifs d'intérêt général de la Communauté;
2. proportionnalité de l'atteinte au regard du but poursuivi;
3. garantie de la substance du droit protégé.

La jurisprudence initiale de la Cour avait, par la nature des choses, mis l'accent sur les sources du droit et sur la place des droits fondamentaux dans l'économie d'ensemble du droit communautaire, alors que l'élaboration en droit matériel de garanties spécifiques de droits fondamentaux, n'a pris de l'importance que progressivement. Conformément aux finalités principalement économiques de la Communauté, les garanties de droits fondamentaux à caractère économique et social constituent le principal objet de la jurisprudence intervenue jusqu'à maintenant; toutefois, la Cour a d'ores et déjà reconnu différents autres droits fondamentaux.

Abordons maintenant un bref aperçu des différents droits fondamentaux et droits apparentés à des droits fondamentaux:

a) Le principe d'égalité (principe de non-discrimination)

Dans la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité, droit fondamental classique qui figure déjà dans la déclaration américaine d'indépendance et dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Révolution française, joue un rôle important. La Cour l'a reconnu comme un principe général de l'ordre juridique communautaire. Il trouve son expression dans les domaines les plus divers, ainsi par exemple en ce qui concerne l'"égalité des utilisateurs devant la réglementation économique"⁽⁶⁾ ou le "principe de l'égalité devant les charges publiques"⁽⁷⁾.

(6) Arrêt du 21 juin 1958 (Groupement des Hauts Fourneaux et Acieries belges), affaire 8/57, Rec. 1958, p. 223, plus spécialement p. 247.

(7) Arrêt du 13 juillet 1961 (Meroni), affaires 14, 16, 17, 20, 24, 26, 27/60 et 1/61, Rec. 1961, p. 319, plus spécialement p. 337 s.

La Cour a défini le principe d'égalité pour l'essentiel au moyen des formulations suivantes. C'est ainsi qu'elle a déclaré que les différenciations de traitement ne sont admissibles que si elles "correspondent à une différence dans les conditions où (les intéressés) se trouvent placés"⁽⁸⁾, mais qu'en revanche, il y a discrimination lorsque l'administration a "traité d'une façon différente des situations comparables", à moins qu'il n'existe des "différences objectives d'une certaine importance"⁽⁹⁾. Ou bien: "Les situations comparables ne (doivent pas être) traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée"⁽¹⁰⁾.

Cette formule reste cependant muette sur les conséquences qu'implique une éventuelle violation du principe d'égalité. La Cour s'est penchée pour la première fois sur cette question dans trois arrêts du 5 juillet 1977 ("lait écrémé en poudre"). Dans ces arrêts, elle a déclaré non valide un règlement du Conseil prévoyant l'achat obligatoire de lait écrémé en poudre détenu par les organismes d'intervention et constaté à cet égard que l'obligation d'achat était prévue à un prix disproportionné et constituait dès lors une répartition discriminatoire des charges, injustifiable, entre les différents secteurs agricoles⁽¹¹⁾.

On sait que les tribunaux peuvent remédier de différentes manières aux violations du principe d'égalité. Si la Cour a pu, dans le cas venant d'être évoqué, où il s'agissait de supprimer une charge discriminatoire, déclarer purement et simplement non valide la mesure discriminatoire et supprimer ainsi le grief, la situation se présente différemment lorsque la mesure discriminatoire ne constitue pas une charge, mais se borne à refuser un avantage. Si la Cour annulait dans ce cas la mesure attaquée, l'avantage serait ainsi retiré à tous, mais la demande de l'intéressé visant à une amélioration de sa situation ne serait pas prise en compte. Mais d'un autre

(8) Arrêt du 21 juin 1958, loc. cit.

(9) Arrêt du 13 juin 1962 (Klöckner et Hoesch), affaires 17 et 20/61, Rec. 1962, p. 615, plus spécialement p. 652.

(10) Arrêt du 19 octobre 1977 ("Quellmehl"), affaires 117/76 et 16/77, Rec. 1977, p. 1753, plus spécialement p. 1770 s.; arrêt du 29 juin 1988 (Van Landschoot), affaire 300/86, Rec. 1988, p. 3443, plus spécialement p. 3460.

(11) Arrêt du 5 juillet 1977 ("lait écrémé en poudre"), affaire 114/76, Rec. 1977, p. 1211, plus spécialement p. 1221; affaire 116/76, Rec. 1977, p. 1247, plus spécialement p. 1264; affaires 119 e 120/76, Rec. 1977, p. 1269, plus spécialement p. 1287.

côté, la Cour excèderait ses pouvoirs si elle accordait elle-même à la partie lésée l'avantage sollicité.

La Cour s'est penchée sur ces questions dans un arrêt du 19 octobre 1977 ("quellmehl"). Cette affaire avait pour objet la question de savoir si une disposition d'un règlement du Conseil est invalide au motif qu'elle prévoit une restitution à la production pour la transformation de maïs en amidon mais non pour le maïs utilisé pour la fabrication du quellmehl et si, dans l'affirmative, les fabricants de quellmehl peuvent faire valoir directement un droit à une restitution à la production identique à celle qui est accordée aux fabricants d'amidon gonflé ou s'il faut pour cela un acte du Conseil.

Les questions soumises à la Cour lui ont donné l'occasion de faire certaines déclarations de principe concernant la nature et la portée de l'interdiction de discrimination: "L'interdiction de discrimination énoncée à la disposition... n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire;... ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée".

Toutefois, compte tenu des particularités de cette affaire, la Cour n'a pas déclaré non valide la disposition attaquée, mais s'est bornée à la déclarer incompatible avec le principe d'égalité et à demander aux institutions compétentes de la Communauté de remédier à la violation du principe d'égalité. Il existe en effet, selon l'arrêt, plusieurs possibilités pour rétablir l'égalité de traitement et pour porter remède au préjudice éventuellement causé aux intéressés. Il appartient donc "aux institutions compétentes en matière de politique agricole commune d'apprécier les facteurs économiques et politiques dont dépendront ces options"⁽¹²⁾.

La Cour a statué dans le même sens dans un autre arrêt du 19 octobre 1977 ("gritz de maïs"). Cette affaire avait pour objet le fait que certains règlements du Conseil avaient supprimé la restitution à la production pour le gritz de maïs destiné à la brasserie alors qu'ils avaient maintenu la restitution à la production pour l'amidon de maïs⁽¹³⁾.

(12) Arrêt du 19 octobre 1977 ("Quellmehl"), affaires 177/76 et 16/77, Rec. 1977, p. 1753, plus spécialement p. 1771 s.

(13) Arrêt du 19 octobre 1977 ("Gritz de maïs"), affaires 124/76 et 20/77, Rec. 1977, p. 1795, plus spécialement p. 1811 s.

Dans une affaire plus récente, qui a été jugée le 29 juin 1988 et qui avait pour objet un prélèvement de coresponsabilité dans le secteur des céréales, la Cour a eu à statuer sur la compatibilité d'une mesure exonérant certaines catégories de producteurs du prélèvement avec le principe d'égalité. Elle a retenu une violation du principe d'égalité et déclaré invalide la disposition en cause. Elle a cependant rappelé au législateur communautaire qu'il lui appartenait de prendre les mesures appropriées pour établir l'égalité des opérateurs en ce qui concerne le régime d'exonération litigieux. Elle a ajouté que, en attendant l'adoption d'un nouveau régime, les autorités compétentes devaient continuer à appliquer l'exonération prévue par la disposition invalidée, tout en étendant le bénéfice de cette exonération aux opérateurs qui font l'objet de la discrimination⁽¹⁴⁾.

b) Protection de la propriété et liberté professionnelle

En ce qui concerne la protection de la propriété et la liberté d'exercice professionnel, nous avons déjà vu, à travers les affaires *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold et Hauer*, la manière dont la Cour a élaboré, précisément dans ce contexte, sa doctrine selon laquelle les droits fondamentaux ne sont garantis qu'en vue de leur fonction sociale et sont soumis à des limitations prévues en fonction de l'intérêt public ou des objectifs communautaires.

Des voix se sont en conséquence élevées pendant longtemps pour critiquer que la Cour ne reconnaisse que du bout des lèvres le droit à la propriété et au libre exercice des activités économiques, sans en tirer de conséquences décisives pour ses arrêts. Il est vrai que dans la plupart des arrêts en question, l'existence d'une violation des droits fondamentaux a été niée in concreto. Ceux qui sont en proie à des doutes ont dû voir leur religion éclairée au cours de la période récente. Dans l'arrêt *Wachauf* du 13 juillet 1989, la Cour a énoncée, en ce qui concerne un régime de quotas laitiers, qu'"une réglementation communautaire qui aurait pour effet de priver sans compensation le preneur à bail, à l'expiration du bail, des fruits de son travail et des investissements effectués par lui dans l'exploitation affermée serait incompatible avec les exigences découlant de la protection

(14) Arrêt du 29 juin 1988 (*Van Landschoot*), loc. cit., plus spécialement p. 3464.

des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire". Ladite affaire avait pour objet un régime selon lequel le quota laitier revenait, à l'expiration du bail, au bailleur, même lorsque le preneur avait apporté la contribution décisive à l'installation de la production laitière sur l'exploitation⁽¹⁵⁾.

c) La liberté d'association

La liberté d'association a également déjà fait l'objet d'une décision de la Cour. Dans un arrêt du 8 octobre 1974, qui avait pour origine un recours formé, entre autres, par l'Union syndicale — service public européen — à l'encontre du Conseil des Communautés européennes, on lit:

"... la liberté syndicale... implique, selon les principes généraux du droit du travail, non seulement le droit, pour les fonctionnaires et agents, de constituer librement des associations de leur choix, mais encore celui, pour ces associations, de se livrer à toute activité licite dans la défense des intérêts professionnels de leurs membres"⁽¹⁶⁾.

d) Les principes généraux du droit administratif et de la procédure propre à un Etat de droit

La Cour a laissé une large place, dans sa jurisprudence, également aux principes du droit administratif et du "due process".

C'est ainsi qu'elle a déjà reconnu dans sa jurisprudence ancienne, qu'un acte administratif accordant illégalement un avantage pouvait être, "dans certains cas, en raison des droits acquis", révoqué "ex tunc", c'est-à-dire rétroactivement⁽¹⁷⁾. De même, la mise en vigueur rétroactive d'un

(15) Arrêt du 13 juillet 1989 (Wachauf), affaire 5/88, non encore publié au Recueil.

(16) Arrêt du 8 octobre 1974 (Union syndicale — service public européen), affaire 175/73, Rec. 1974, p. 917, plus spécialement, p. 925.

(17) Arrêt du 1^{er} juin 1961 (Simon), affaire 15/60, Rec. 1961, p. 223, plus spécialement p. 242 s., arrêt du 13 juin 1965 (Lemmerz-Werke), affaire 111/63, Rec. 1965, p. 835, plus spécialement p. 852 s.

règlement ne saurait préjudicier à des personnes dont le droit a été ouvert avant la publication du règlement⁽¹⁸⁾.

La Cour s'est également prononcée sur le rapport entre la sécurité juridique et la protection de la confiance légitime d'une part et le principe de la légalité d'autre part. Elle a fait observer que ces principes étaient antinomiques l'un par rapport à l'autre. Cela signifie "que le principe du respect de la sécurité juridique, pour important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue, mais que son application doit être combinée avec celle du principe de la légalité; que la question de savoir lequel de ces principes doit l'emporter dans chaque cas d'espèce dépend de la confrontation de l'intérêt public avec les intérêts privés en cause"⁽¹⁹⁾.

Dans deux arrêts plus récents du 28 avril 1988, la Cour a déclaré invalide un régime de quotas laitiers de la Communauté dans la mesure où il excluait de l'attribution d'un quota les producteurs laitiers qui, en exécution d'un engagement de non-commercialisation financièrement aidé par la Communauté, n'ont pu livrer de lait au cours de l'année de référence retenue. La Cour a vu dans cette exclusion une violation de la confiance légitime des exploitants concernés. Selon la Cour, ceux-ci ont en effet été incités, par un acte de la Communauté, à suspendre la commercialisation pour une période limitée, dans l'intérêt général et contre paiement d'une prime. En conséquence, ils peuvent légitimement s'attendre à ne pas être soumis, à la fin de leurs engagements, à des restrictions qui les affectent de manière spécifique en raison précisément du fait qu'ils avaient fait usage des possibilités offertes par la réglementation communautaire. L'infraction constatée par la Cour au principe de la confiance légitime résidait ainsi en définitive dans le fait que les exploitants concernés avaient vu tromper leur confiance dans le caractère limité de l'engagement qu'ils avaient contracté⁽²⁰⁾.

La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur le principe de proportionnalité et le choix des moyens. C'est ainsi, selon elle, que les institutions

(18) Arrêt du 15 juillet 1964 (Van der Veen), affaire 100/63, Rec. 1964, p. 1105, plus spécialement p. 1124.

(19) Arrêt du 22 mars 1961 (SNUPAT), affaires 42 et 49/59, Rec. 1961, p. 99, plus spécialement p. 159.

(20) Arrêt du 28 avril 1988, (Mulder), affaire 120/86, Rec. 1988, p. 2321, plus spécialement p. 2353; arrêt du 28 avril 1988 (von Deetzen), affaire 170/86, Rec. 1988, p. 2355, plus spécialement p. 2373.

communautaires ont le devoir de faire en sorte que “les buts poursuivis puissent être atteints dans les conditions les plus favorables et avec les moindres sacrifices possibles pour les entreprises assujetties; que ce principe de justice doit toutefois être aménagé avec le principe de la sécurité juridique qui, lui aussi, est basé sur des exigences de justice et d’économie; que ces deux principes doivent être conciliés de manière à entraîner un minimum de sacrifices pour l’ensemble des sujets de la Communauté”⁽²¹⁾.

Dans l’affaire Schräder, la Cour a eu à statuer sur l’argument selon lequel un régime communautaire introduisant un prélèvement de coresponsabilité dans le secteur des céréales est contraire au principe de proportionnalité au motif que le prélèvement en question n’était ni approprié, ni nécessaire, à la stabilisation du marché des céréales. Sur ce point, la Cour a énoncé, d’une manière générale, dans son arrêt du 11 juillet 1989: “Le principe de proportionnalité fait partie, selon la jurisprudence constante de la Cour, des principes généraux du droit communautaire. En vertu de ce principe, la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu’un choix s’offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés”⁽²²⁾.

Une violation du principe de proportionnalité a certes été niée dans le cas d’espèce. La Cour a en effet déclaré qu’en matière de politique agricole commune, le législateur communautaire disposait d’un large pouvoir discrétionnaire dont les limites n’étaient outrepassées que lorsque la mesure arrêtée était manifestement inappropriée par rapport à l’objectif poursuivi.

Fait également partie des principes élémentaires d’une procédure propre à un Etat de droit, du due process, le respect des droits de la défense. La Cour a reconnu ces droits dans plusieurs arrêts comme constituant un principe fondamental de l’ordre juridique communautaire. C’est ainsi qu’elle a énoncé: “... ce serait violer un principe élémentaire du droit que de

(21) Arrêt du 13 juillet 1962 (Klöckner et Hoesch), affaires 17 et 20/61, Rec. 1962, p. 615, plus spécialement p. 645.

(22) Arrêt du 11 juillet 1989 (Schräder), affaire 265/87, non encore publié au Recueil.

baser une décision judiciaire sur des faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont donc pas été en mesure de prendre position"⁽²³⁾.

Au demeurant, le principe du respect des droits de la défense ne s'applique pas seulement dans la procédure devant la Cour elle-même, mais également dans la procédure administrative, et notamment dans les procédures pouvant déboucher sur une amende ou sur une sanction disciplinaire.

Sur ce point, la Cour a énoncé, dans l'arrêt Hoffmann-La Roche, rendu en 1979: "... Le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif". Ce principe signifie que "l'entreprise intéressée (doit avoir) été mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les documents retenus...". Si certains faits et circonstances ne peuvent être divulgués, par exemple pour des raisons tenant au respect du secret des affaires, ceux-ci ne peuvent être retenus si cela affecte la possibilité de l'entreprise de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité ou la portée de ces circonstances et documents ou sur les conclusions qui en sont tirées"⁽²⁴⁾.

C'est en invoquant ce principe que la Cour a annulé en 1985, pour violation des formes substantielles, dans l'affaire Timex, un règlement du Conseil qui avait institué un droit antidumping sur des montres-bracelets mécaniques originaires d'URSS"⁽²⁵⁾.

Dans l'arrêt AM & S du 18 mai 1982, La Cour a reconnu l'existence, dans l'ordre juridique communautaire, du "legal privilege" conféré depuis toujours en Angleterre. Il s'agit de la sauvegarde de la confidentialité de la correspondance échangée entre l'avocat et son client. L'application de ce

(23) Arrêt du 22 mars 1961 (SNUPAT), Loc. cit., plus spécialement p. 156.

(24) Arrêt du 13 février 1979 (Hoffman-La Roche), affaire 85/76, Rec. 1979, p. 461, plus spécialement pp. 511-513.

(25) Arrêt du 20 mars 1985 (Timex), affaire 264/82, Rec. 1985, p. 849, plus spécialement p. 870.

principe dans les affaires de concurrence devant la Commission a pour conséquence que les entreprises soumises à vérification peuvent refuser de produire la correspondance échangée avec leur avocat en fournissant les éléments utiles de nature à prouver que celle-ci remplit les conditions justifiant une pareille protection légale⁽²⁶⁾.

Dans une autre affaire, la Cour a précisé que si, pour préserver l'effet utile de la procédure en matière de concurrence devant la Commission, celle-ci était en droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires et à lui communiquer les documents y afférents, la Commission ne saurait toutefois imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence d'une infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve. Dès lors, la Commission ne saurait, par une décision de demande de renseignements, porter atteinte aux droits de la défense reconnus à l'entreprise⁽²⁷⁾.

L'arrêt Hoechst rendu le 21 septembre 1989⁽²⁸⁾ a été très remarqué. Il s'agissait, dans cette affaire, des limites fixées au droit de vérification de la Commission, dans les affaires de concurrence, par le principe de l'inviolabilité des locaux commerciaux. Les fonctionnaires de la Commission ont certes un droit de perquisition, mais la Commission ne peut obtenir le respect de ses droits qu'au moyen d'une astreinte. Si elle veut recourir à la force, elle doit demander l'assistance des autorités compétentes des Etats membres. Celles-ci, à leur tour, ne sont autorisées à procéder à une perquisition forcée que dans le cadre des règles de leur droit national respectif. La Cour a eu à statuer, dans cette affaire, sur la question de savoir si le droit communautaire reconnaît un droit fondamental à l'inviolabilité des locaux commerciaux et, le cas échéant, sur la portée d'un pareil droit fondamental.

La Cour a opéré, dans l'arrêt Hoechst, une différenciation subtile. Elle a reconnu que, si la reconnaissance d'un tel droit en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'imposait, il n'en allait pas de

(26) Arrêt du 18 mai 1982 (AM & S), affaire 155/79, Rec. 1982, p. 1575, plus spécialement p. 1613.

(27) Arrêt du 18 octobre 1979 (Orkem-Solvay), affaires 374/87 et 27/88, Rec. 1989, p. 3283, plus spécialement p. 3351.

(28) Arrêt du 21 septembre 1989 (Hoechst), affaires 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 2859.

même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des Etats membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques. Il n'en reste pas moins que, même la perquisition de locaux commerciaux est soumise à certaines exigences procédurales. Elle doit, dans tous les systèmes juridiques des Etats membres, avoir un fondement légal et être justifiée par les raisons prévues par la loi, de sorte à exclure des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protection doit donc être reconnue comme un principe général du droit communautaire.

Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Hoechst*, c'est le droit national qui définit les modalités procédurales d'une perquisition. Il en résulte que la perquisition imposée à des entreprises dans les Etats membres qui prescrivait à cet effet un mandat judiciaire ne peut intervenir qu'en vertu d'une pareille décision de justice. Toutefois, le juge national doit se borner à examiner, après avoir constaté l'authenticité de la décision de vérification de la Commission, si les mesures de contrainte envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification. L'appréciation du caractère nécessaire de la perquisition en tant que telle ne lui appartient pas. En conséquence, ce n'est pas la question de savoir "si", mais uniquement le choix des moyens de contrainte par les fonctionnaires nationaux délégués pour assister la Commission qui relève de l'examen du juge national. Tout autre résultat serait incompatible avec le principe de la primauté du droit communautaire.

Il y a lieu enfin de mentionner l'interdiction de la dualité des peines ("non bis in idem"). La Cour a annulé l'ouverture d'une procédure disciplinaire par la Commission dans un cas où les faits de l'espèce ne permettaient pas d'exclure que deux procédures disciplinaires eussent été engagées en raison d'un même ensemble de faits⁽²⁹⁾.

e) La liberté religieuse

Même la liberté religieuse, liberté intellectuelle qui semble à première vue n'offrir aucun point de contact avec le pouvoir communautaire princi-

(29) Arrêt du 15 mars 1967 (*Gutmann*), affaires 18 et 35/65, Rec. 1967, p. 75, plus spécialement p. 83.

pablement axé sur l'économie, a déjà donné à la Cour l'occasion de se prononcer. Il s'agissait du recours d'une candidate de confession juive qui avait postulé auprès du Conseil des Communautés européennes un emploi de juriste-linguiste et dont la demande de report des épreuves du concours, dont la date tombait sur une fête juive, n'avait pas été accueillie par le Conseil. La Cour a donc eu à se pencher sur un conflit entre le pouvoir d'organisation de la Communauté et le droit à l'exercice sans entrave d'une religion. Elle a tranché ce litige par un jugement de Salomon. Selon la Cour, si l'autorité investie du pouvoir de nomination est tenue de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'éviter d'organiser les épreuves à une date à laquelle les convictions religieuses d'un candidat empêcheraient celui-ci de se présenter, elle doit par ailleurs respecter le principe d'égalité. Celui-ci veut que les épreuves aient lieu dans les mêmes conditions et que, dès lors, leur date soit, dans la mesure du possible, la même pour tous les candidats. En conséquence, l'obligation de l'administration d'éviter de telles dates ne s'applique pas lorsque le candidat ne l'a pas informée en temps utile de ses difficultés⁽³⁰⁾.

IV. DROITS FONDAMENTAUX COMMUNAUTAIRES ET NATIONAUX

On s'est à plusieurs reprises demandé, dans le contexte de la jurisprudence de la Cour, de quelle manière la protection des droits fondamentaux de la Communauté se rattache au niveau des droits fondamentaux des différents Etats membres. La Commission des Communautés européennes et une partie de la doctrine ont estimé que le niveau de protection de la

(30) Arrêt du 27 octobre 1967 (Paris), affaire 130/75, Rec. 1976, p. 1589, plus spécialement p. 1599.

Communauté devait s'orienter dans chaque cas au niveau le plus élevé des droits fondamentaux consacré dans les ordres constitutionnels des Etats membres. Selon cette opinion, le contenu matériel des droits fondamentaux communautaires doit donc être défini par référence à la norme nationale qui, dans chaque cas, assure la plus forte protection à l'individu. En d'autres termes: pour réaliser une protection maximale, optimale, des droits fondamentaux, on doit retenir dans chaque cas la solution nationale la plus ambitieuse.

On ne peut méconnaître que cette opinion correspond à la tendance qui a trouvé à s'exprimer dans la jurisprudence de la Cour. Si on se souvient de la formule des arrêts *Nold* et *Hauer*, selon laquelle la Cour ne saurait admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions des Etats membres, il semble en ressortir nettement que la Cour n'est pas disposée à accepter une solution qui serait incompatible avec les garanties des droits fondamentaux accordés ne serait-ce que par une seule constitution nationale. Le fait de ne retenir qu'un niveau minimum ne correspondrait donc certainement pas à la jurisprudence intervenue jusqu'à présent. En outre, une telle solution ne serait pas non plus conforme aux objectifs de l'intégration, pour la réalisation normale de laquelle un niveau élevé des droits fondamentaux constitue précisément une garantie.

Toutefois, une certaine prudence semble s'imposer à l'égard de formules théoriques. Un rattachement, par voie de formules schématiques, de la protection communautaire au niveau de protection d'un ou plusieurs Etats membres, ne serait-ce qu'à celui de l'Etat qui, dans le cas concret donné, dispose du niveau de protection le plus élevé, serait non seulement incompatible avec l'autonomie de l'ordre juridique communautaire mais serait également incapable d'offrir une garantie pour une solution juste et efficace. La Cour a toujours su, jusqu'à présent, garder les mains libres. Elle ne s'est pas sentie obligée de fonder ses décisions sur un moyen arithmétique ou sur une solution liée par des processus mathématiques de soustraction ou d'addition aux ordres juridiques des Etats membres. Or, c'est précisément ce qui lui a permis d'adapter avec souplesse le contenu et les limites des droits fondamentaux aux nécessités et aux circonstances concrètes du cas particulier. La Cour doit comparer et évaluer, apprécier et juger. Elle doit rechercher la solution la meilleure et la plus adéquate pour le problème concret et tenir compte, à cette occasion, du contexte économique, social et politique.

Il y a lieu de souligner, à ce stade, que les conventions internationales de sauvegarde des droits fondamentaux et des droits de l'homme, au premier rang desquelles se trouve la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, sont conçues comme des conventions entre Etats et que dès lors, elles ne lient pas directement la Communauté, qui n'y est pas partie. Il est toutefois vrai que la jurisprudence de la Cour tend à donner aux droits fondamentaux du droit communautaire un contenu qui correspond pleinement aux exigences de protection posées notamment par la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette tendance était déjà à la base des arrêts Nold et Hauer, dans lesquels la Cour a eu recours aux dispositions conventionnelles applicables en tant qu'éléments supplémentaires de légitimité. Elle a reçu une confirmation expresse dans l'arrêt Pecastaing du 5 mars 1980, qui avait pour objet la protection juridictionnelle des citoyens communautaires à l'encontre des mesures prises par les Etats membres en matière de police des étrangers. La juridiction de renvoi avait interrogé la Cour sur le point de savoir s'il y avait lieu d'observer dans l'ordre juridique communautaire également l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux termes duquel "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle". La Cour a développé une argumentation méthodiquement subtile: les dispositions applicables du droit communautaire répondent à l'exigence posée par ledit article 6, du moins en ce qui concerne le régime des recours juridictionnels qui y est prévu. Elle a en conséquence estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la délicate mais logique question préalable concernant l'observation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire⁽³¹⁾.

Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, l'exigence d'une protection communautaire efficace des droits fondamentaux constitue en même temps une nécessité du droit constitutionnel national, puisque le transfert de droits de souveraineté à la Communauté ne doit pas conduire à une

(31) Arrêt du 5 mars 1980 (Pecastaing), affaire 98/79, Rec. 1980, p. 691, plus spécialement p. 716.

chute du niveau des droits fondamentaux. Différentes voix se sont en conséquence élevées pour demander que les structures constitutionnelles internes soient incorporées de façon plus ou moins schématique dans l'ordre communautaire.

Ce souhait semble être à la base de la décision contestée du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale) allemand du 29 mai 1974, appelée en doctrine "décision Solange (aussi longtemps que...)" d'après les termes introductifs de son sommaire officiel. Le Bundesverfassungsgericht a certes reconnu que le droit communautaire constituait un ordre juridique autonome émanant d'une source de droit autonome; il a cependant critiqué que, du moins dans l'état alors atteint par le processus d'intégration européenne, une sécurité suffisante quant à une protection efficace des droits fondamentaux n'était pas encore garantie, puisque l'ordre juridique communautaire ne comportait pas encore de catalogue formulé, adopté par un parlement, de droits fondamentaux, conforme au catalogue des droits fondamentaux de la loi fondamentale allemande. Or, du moins aussi longtemps que ces conditions n'étaient pas remplies — ainsi a poursuivi cette juridiction —, il incombait au Bundesverfassungsgericht de contrôler la compatibilité du droit communautaire dérivé avec les droits fondamentaux de la loi fondamentale⁽³²⁾.

Ladite décision du Bundesverfassungsgericht a été généralement ressentie comme un coup porté à l'intégration européenne et vivement critiquée en doctrine. Mais elle avait aussi un bon côté, puisqu'elle a incité la Cour à tenir compte davantage par la suite des questions relatives aux droits fondamentaux. Alors même qu'un catalogue des droits fondamentaux n'avait pas été adopté entre temps pour la Communauté européenne, le Bundesverfassungsgericht a pu en conséquence lever, par une décision du 22 octobre 1986 ("décision Solange-II") ses réserves à l'égard du prétendu déficit de droits fondamentaux de la Communauté. Il a reconnu que la Cour garantissait désormais, au moyen d'une élaboration jurisprudentielle, une protection des droits fondamentaux équivalant pour l'essentiel à celle exigée par la loi fondamentale allemande. Le Bundesverfassungsgericht a donc déclaré qu'il n'exercerait plus de contrôle normatif sur des dispositions de droit communautaire servant de base juridique à des actes de juridictions ou d'administrations allemandes aussi longtemps que la

(32) BVerfGE — Recueil des décisions du Bundesverfassungsgericht — 27, p. 271.

Cour garantirait une protection efficace des droits fondamentaux face au pouvoir de la Communauté. Les saisines visant à un pareil contrôle ont été déclarées irrecevables⁽³³⁾.

“Solange-II” constitue pour la Cour à Luxembourg à la fois une marque de reconnaissance et une source d’obligations. Elle se sent obligée de maintenir un niveau élevé de droits fondamentaux.

V. EVOLUTIONS JURIDICO-POLITIQUES

On sait que les droits fondamentaux n’ont pas seulement une fonction de protection individuelle, mais qu’ils constituent en même temps des éléments d’une échelle de valeurs objective. Dans cette optique, il a été soutenu que la protection des droits fondamentaux aménagée de manière ponctuelle, que la Cour a créé par sa jurisprudence, n’était pas suffisante. On a déploré que le droit jurisprudentiel allait nécessairement de pair avec l’insécurité juridique et un manque de prévisibilité. On s’est également demandé si l’orientation en fonction des principes généraux du droit était apte à permettre, par delà les principes élémentaires d’un Etat de droit, des solutions globales et nettes, et ce d’autant plus que les jugements de valeur communs ne peuvent finalement être élaborés que par des instances ayant une légitimité démocratique.

Dès 1979, La Commission des Communautés européennes a opté prudemment, à titre de premier pas vers la consolidation du niveau communautaire des droits fondamentaux, pour une adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l’homme⁽³⁴⁾. Il ne fait pas

(33) Référence 2 BvR 197/83, publié dans *Europäische Grundrechte — Zeitschrift* 1987, p. 10.

(34) Mémoire du 4 avril 1979 (‘Adhésion des Communautés à La Convention des droits de l’homme’), *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/79.

de doute qu'une pareille adhésion présenterait des avantages: un catalogue global des droits fondamentaux, tel qu'il est contenu dans la convention, créerait davantage de sécurité et de clarté juridiques. L'adhésion constituerait en outre un acte d'une grande portée et d'une grande signification politiques, qui pourrait renforcer la personnalité juridique et la position internationale de la Communauté.

Malgré cela, la prudence semble être de mise. La convention protège principalement les droits politiques et civiques, mais ne garantit qu'un niveau minimal de droits économiques et sociaux; or, ceux-ci jouent précisément un rôle prépondérant dans l'ordre communautaire. De ce fait, l'adhésion aurait pour conséquence nécessaire un certain déséquilibre. Alors que certains droits faisant l'objet de la convention, comme le droit à l'intégrité de la vie humaine ou l'interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé, n'offrent aucun point de contact avec le pouvoir communautaire, des garanties juridiques réelles et essentielles, comme la liberté des activités économiques ou la protection de la propriété ne seraient pas suffisamment assurées.

Ce qui apparaît plus prometteur dans le paysage politique d'aujourd'hui, c'est la demande, exprimée notamment par le Parlement européen, de voir la Communauté se doter d'une charte autonome des droits fondamentaux à l'instar des constitutions nationales. Dans cet esprit, le Parlement européen, après plusieurs résolutions d'ordre général concernant les droits fondamentaux des citoyens communautaires, a présenté pour la première fois, le 12 avril 1989, un catalogue entièrement formulé des droits fondamentaux, qui pourrait constituer une partie de la constitution de la future Union européenne⁽³⁵⁾.

La "charte communautaire des droits fondamentaux sociaux des travailleurs"⁽³⁶⁾, adoptée à Strasbourg les 8 et 9 décembre 1989 par le Conseil européen, va dans le même sens. Il s'agit pour l'essentiel d'une obligation assumée d'eux-mêmes par les Etats membres, ayant une fonction d'orientation pour la politique. La Commission a depuis lors entrepris de transposer la charte sous forme de propositions législatives.

(35) Texte dans le Journal officiel des Communautés européennes de 1989, C 120.

(36) Texte dans: Commission des Communautés européennes (éditeur), Charte communautaire des droits fondamentaux sociaux des travailleurs, 1990.

Un catalogue des droits fondamentaux spécifique à la Communauté, ayant rang de traité, constituerait une contribution faisant date à l'oeuvre historique d'une législation constitutionnelle européenne. Si un pareil catalogue devait voir le jour avec la contribution de la représentation populaire européenne élue au suffrage direct, il renforcerait en outre de manière durable la légitimité démocratique de la Communauté, tout en développant le sens de cohésion des peuples européens et en dégageant ainsi de nouvelles forces d'intégration.

Le sens des réalités commande cependant de ne pas se voiler la face devant les difficultés que rencontrera son élaboration dans la pratique, notamment dans le domaine des droits économiques et sociaux, difficultés qui doivent être surmontées si le résultat ne doit pas constituer une solution minimale peu satisfaisante au niveau du plus petit commun dénominateur. Une pareille solution serait plus nuisible que profitable à une protection effective des droits fondamentaux dans la Communauté, car elle serait de nature à faire chuter le niveau de protection créé en deux décennies par la jurisprudence de la Cour et priver ainsi de leur efficacité les garanties des droits fondamentaux.

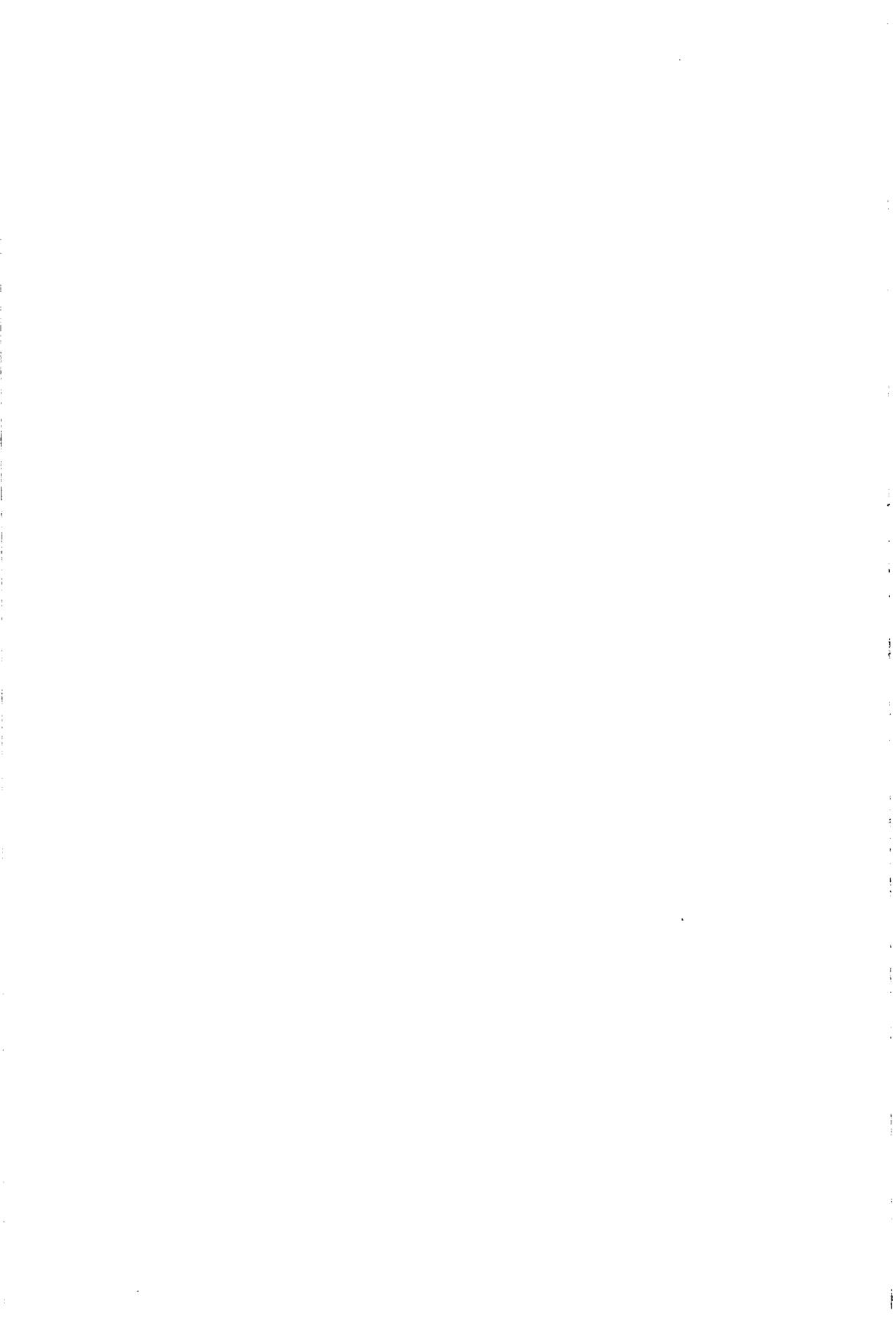
VI. CONSIDERATIONS FINALES

Si on examine, dans une perspective d'ensemble, l'état de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, trois points apparaissent essentiels:

1. Les droits fondamentaux dans la Communauté n'ont pas seulement une fonction protectrice de l'individu, mais également une fonction se rapportant à l'ordre politique. Ils représentent des jugements communs, en matière d'ordre et de valeur, d'une société qui cherche à trouver une identité nouvelle, européenne.

2. La protection des droits fondamentaux et le sens de ces droits ne sont pas des éléments statiques, mais dynamiques. En tant qu'expression du rapport de base, en cours d'évolution, entre l'individu et la communauté, entre le particulier et l'Etat, ils sont soumis, précisément à notre époque, à une profonde transformation, qui va de pair avec les changements de l'ordre social dans lequel ils déploient leurs effets.

3. Enfin, l'exemple de l'ordre juridique communautaire a fait apparaître que les garanties des droits fondamentaux ne valent que se que vaut la protection juridictionnelle dont bénéficie l'individu face aux violations de ses droits. Un ordre juridique peut se passer de garanties écrites des droits fondamentaux sans dommages pour l'efficacité s'il dispose d'un système juridictionnel qui fonctionne.



**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM**



MARTA SANTOS PAIS

**A CONVENÇÃO
DESAFIO PARA O FUTURO**

**CELEBRAÇÃO
DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO
SOBRE
OS DIREITOS DA CRIANÇA**

Gulbenkian / 9 de Abril de 1991

A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

— QUE FUTURO?

1. No quadro deste encontro comemorativo da ratificação por Portugal da Convenção sobre os Direitos da Criança, coube-me a tarefa de apreciar a realidade que o futuro nos trará, face à adopção deste instrumento jurídico. Realidade que, numa palavra, poderia definir como esperança.

Não por acreditar que, por golpe de magia, a Convenção pode resolver, de um dia para o outro, todos os problemas da vida da criança, em Portugal ou em qualquer outro canto do mundo. Ou sequer por este texto estabelecer o elenco exaustivo dos direitos da criança, expressão de um igualmente exaustivo conjunto de necessidades sentidas; ou ainda por reflectir a receita adequada para enfrentar essas dificuldades.

Mas esperança, pelo *espírito de consenso* que presidiu à elaboração da Convenção, reflexo de um compromisso entre diferentes sistemas jurídicos e concepções filosóficas, e que se reafirma no extraordinariamente amplo número de ratificações, regionalmente tão diversificado. Consenso que significa o reconhecimento de que este texto constitui um conjunto inegável de princípios e orientações, desenhadores de um *estatuto mínimo* de protecção da criança, indispensável ao seu desenvolvimento completo e harmonioso, a que a comunidade internacional atribui validade universal e se empenha em tornar realidade.

Esperança, por se desenharem, de modo construtivo, formas de diálogo e cooperação internacionais, unindo esforços para melhorar, progressivamente, a situação dos direitos da criança no mundo, de que a Cimeira Mundial, realizada em Setembro último em Nova Iorque, é, sem dúvida alguma, um exemplo bem expressivo.

Esperança, ainda, pela própria consideração dos direitos da criança, não mais em oposição aos direitos dos adultos, ou de forma particular, em desafio ou simples alternativa aos direitos dos pais, mas como forma integral dos direitos do homem, a que se aliou uma particular atenção à específica vulnerabilidade das crianças. Consideração que assegura a formulação dos direitos da criança, no leque de situações que virtualmente preenchem a sua vida — sobrevivência, desenvolvimento, protecção e participação — de forma a evidenciar a interdependência e complementaridade dos direitos reconhecidos, sem hierarquias ou compartimentalizações, reafirmando-se simplesmente a sua inerência a todo o ser humano.

Esperança, enfim, por se encarar a criança na sua individualidade e valor próprios, com o direito a uma infância feliz, em clima de amor e compreensão, e não já simplesmente como etapa para a idade adulta; titular de direitos e liberdades fundamentais, e não mero objecto de programas de protecção e assistência, expressão de uma concepção paternalista que as anteriores Declarações de 1924 e 1959 haviam concretizado.

Aqui temos, pois, um texto que se encara como a chave da mudança da situação da criança no mundo e que, para além de reiterar a importância das medidas de sobrevivência, protecção e desenvolvimento, atribui a esta questão um valor político inovador. Com efeito, determina-se agora que o interesse superior da criança deve constituir consideração primacial das decisões de qualquer órgão legislativo, autoridade administrativa ou judicial. E associa-se a este princípio o reconhecimento do direito à *participação* da criança, nomeadamente através da sua liberdade de opinião e de expressão e da necessidade de as suas opiniões serem tomadas em consideração.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, é, deste modo, um texto a que importa dar aplicação, através de uma concertação de esforços desenvolvidos por diversos actores — a família, o Estado, as instituições de diferente natureza e ainda, importa não esquecer, como parceiro essencial, a própria criança.

E a sua concretização dependerá fundamentalmente da complementaridade de três vectores: informação e formação, acção do Estado e cooperação internacional.

A CONVENÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EDUCAÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Adoptada que foi a Convenção, no espírito de consenso e compromisso a que atrás se aludiu, dado o passo da ratificação pelo nosso país, importa agora torná-la uma realidade vivida. E, sobretudo, beneficiar deste momento de entusiasmo que galvaniza os ~~mais~~ diferentes quadrantes da sociedade, e que importa não deixar adormecer!

Desde logo, difundindo o texto da Convenção. Mas, há que sublinhá-lo, desmistificando também o cariz técnico e por vezes inacessível da sua natureza jurídica, evidenciando a sua validade perante as coisas simples que constituem o dia a dia da vida de toda a criança.

1. O primeiro passo é naturalmente divulgar os princípios e disposições da Convenção, única forma de a tornar amplamente compreendida, condição prévia da sua efectiva aplicação. Reconhecendo a relevância de tal medida, este caminho é-nos sugerido pela própria Convenção que, no seu artigo 42, sintomaticamente incluído como primeira disposição do capítulo relativo à implementação, estabelece para os Estados a obrigação de tornar conhecidos os princípios e normas deste instrumentos jurídico, junto dos adultos e das crianças.

2. Neste espírito, importa igualmente assegurar a difusão do texto junto de destinatários específicos, a quem se reconhece inegável papel na aplicação da Convenção.

- a) Pensamos, naturalmente, nos profissionais das diversas áreas envolvidas no acompanhamento da vida da criança — no domínio da segurança social, do apoio à infância, da educação ou da saúde; os representantes das diferentes igrejas, os magistrados, advogados, polícias ou jornalistas que, nas suas diferentes actividades podem desempenhar um papel de tão decisiva importância de sensibilização para os direitos previstos pela Convenção, e de aplicação dos seus princípios.
- b) Pensamos igualmente na acção das Organizações não Governamentais, entidades privadas criadas para se ocupar, no terreno, dos problemas enfrentados pelas crianças.

Por um lado, das organizações que desenvolvem a sua acção no plano da assistência e do desenvolvimento; por outro, das que se dedicam à promoção dos direitos da criança. Ambas têm, na diversidade da sua actuação, um importante papel a desempenhar, indispensável e complementar, mas que importa agora redefinir à luz dos princípios estabelecidos pela Convenção e, desde logo, da consideração do interesse superior da criança.

A relevância da acção das Organizações Não Governamentais durante a redacção da Convenção, vai necessariamente reforçar-se no plano da sua aplicação, nomeadamente através do estabelecimento e reforço de redes nacionais e internacionais de informação, tão fundamentais à definição de qualquer política que se pretenda adequada e de sucesso garantido.

- c) Enfim, e de forma fundamental, queremos evidenciar, entre o grupo dos destinatários específicos, as próprias *crianças*.

Trata-se, naturalmente, de contribuir para a sensibilização da criança para os direitos de que é titular, de lhe reconhecer o papel e responsabilidade decisivas na concretização dos seus direitos. Mas igualmente de permitir que desempenhe um papel de relevo na prevenção da violação dos mesmos.

É, por outro lado, uma forma de assegurar uma aprendizagem e interiorização crescentes neste domínio, de que as futuras gerações virão necessariamente a beneficiar e que permitirá, de forma inegável, melhorar a situação mundial — há que ter presente, que as crianças constituem cerca de metade da população do nosso planeta.

3. Tem sido igualmente sugerido o estabelecimento de uma Comissão Nacional dos Direitos da Criança, onde teriam assento as diferentes entidades, de natureza governamental e não governamental que promovem e protegem os direitos da criança.

Esta instituição, contribuiria para uma natural coordenação e articulação de diferentes actividades desenvolvidas. Mas asseguraria sobretudo a constituição de um centro de informação sobre os direitos da criança e, em particular, sobre a aplicação da Convenção.

Trata-se de uma medida já ensaiada em alguns países e que permite, de forma objectiva e independente, constatar os progressos realizados, evi-

denciar as dificuldades ou carências sentidas, viabilizando igualmente o delinear de prioridades e o estabelecimento de estratégias a seguir.

E se a tal apreciação for assegurada uma divulgação periódica, ter-se-á garantido transparência à acção desenvolvida no domínio dos direitos da criança e criado simultaneamente as condições propícias a uma participação mais activa da comunidade, fonte de uma cadeia universal de compreensão, solidariedade e responsabilidade.

4. Enfim, preconiza-se ainda, e as próprias Nações Unidas recentemente o referiram⁽¹⁾, a criação de um Provedor da Criança, órgão independente que, à luz do interesse superior da criança, promoveria os seus direitos, apreciaria as violações praticadas, interviria como possível mediador nos conflitos no seio da família e ainda como representante da criança, perante as instâncias nacionais e internacionais.

5. Tratando-se de um instrumento jurídico internacional, é natural que se aluda, ainda que de forma sucinta, a um conjunto de medidas que, neste plano, permitirão garantir o seu melhor conhecimento e uma mais efectiva aplicação.

Antes de mais, para assinalar a importância da acção a desenvolver pelo Centro de Direitos do Homem das Nações Unidas, tanto na realização de reuniões de formação, como a que neste momento decorre em Lisboa, quanto na aplicação de estudos sobre a Convenção — de que me permito realçar o Comentário sobre este instrumento jurídico, a editar brevemente sob a égide conjunta do Centro e da UNICEF.

Em segundo lugar, para sublinhar o papel decisivo que os órgãos e Agências Especializadas das Nações Unidas assumirão no diálogo vivo a estabelecer entre os objectivos e princípios da Convenção e os programas de assistência a instituir, na diversidade dos seus mandatos, realidade que convida a uma cooperação mais estreita entre estes organismos.

Enfim, para alertar para a importância da acção do Comité dos Direitos da Criança, previsto pela Convenção e recentemente eleito, a que adiante se aludirá com maior detalhe.

(1) Princípios de Riade, par. 57.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1. Como instrumento jurídico internacional que é, a Convenção reconhece ao Estado uma particular responsabilidade na sua aplicação. É o Estado que, pela ratificação da Convenção, assume perante a comunidade internacional o compromisso solene de criar as condições necessárias e adequadas ao exercício efectivo pelas crianças sujeitas à sua jurisdição dos direitos reconhecidos por este texto.

Ao ponderar o futuro da Convenção, urge naturalmente atender à natureza desta responsabilidade, que cocondicionará, naturalmente, o sucesso da sua aplicação.

No fundo, o que significa tal expressão?

Um conjunto de duas realidades essenciais.

Por um lado, assinala-se um fim último, uma *obrigação de resultado* traduzida no respeito e garantia dos diferentes direitos previstos, independentemente da sua natureza civil, política, económica, social ou cultural, a todas as crianças sem qualquer discriminação.

Por outro, prescreve-se uma *obrigação de conduta* tendente à prossecução daquele objectivo, obrigação que se caracteriza justamente pela necessidade de adoptar medidas, todas as medidas necessárias à realização de cada um dos direitos previstos pela Convenção.

2. Trata-se de uma ideia chave da Convenção, na esteira, aliás, de uma concepção reafirmada por outros instrumentos jurídicos adoptados no domínio dos direitos do homem. Julgamos, assim, que se justificará que nos detenhamos um pouco sobre esta realidade, reflectida nos artigos 2.º e 4.º deste texto internacional.

a) O Estado compromete-se, pois, pela ratificação, a respeitar e a garantir os direitos reconhecidos pela Convenção. A *respeitar*, isto é, a abster-se de adoptar qualquer medida que viole algum dos direitos previstos — impedindo, por exemplo, o exercício do direito à liberdade de associação (prevista pelo artigo 15).

Mas, para além disso, a *garantir* os direitos, ou seja, a agir de forma a que sejam criadas as condições necessárias a permitir o seu gozo e exercício efectivo, por todas as crianças sujeitas à sua jurisdição.

b) Por outro lado, o respeito e a garantia dos direitos reconhecidos pela Convenção deverá ser assegurado sem *discriminação alguma*. Refira-se que a Convenção não define o que se entende por discriminação, ao contrário do que sucede com alguns outros instrumentos jurídicos.

Mas indica, a título exemplificativo e não exclusivo, um amplo leque de fundamentos susceptíveis de desencadear um tratamento discriminatório. E determina mesmo a necessidade de o Estado assegurar a protecção efectiva da criança contra qualquer forma de discriminação (n.º 2), manifestando a capital importância atribuída a esta disposição na aplicação da Convenção.

c) Uma palavra, agora, sobre a obrigação de conduta estabelecida, ou seja, a necessidade de adopção de medidas.

Antes de mais, para referir que o Estado se compromete, pela ratificação da Convenção, a *agir*, a dar passos tendentes à realização dos direitos reconhecidos pela Convenção, não podendo desta forma remeter-se a um papel passivo, considerando, por exemplo, que a situação existente é plenamente satisfatória e compatível com o quadro de protecção definido pela Convenção. Em direitos do homem, há que reconhecê-lo, nenhuma situação é perfeita ou ideal e haverá certamente sempre lugar a uma melhoria.

A Convenção deixa naturalmente ao Estado a liberdade de apreciar que medidas importará adoptar e que natureza específica deverão revestir. Mas tal discricionariedade não é absoluta, antes vinculada à consideração de que as medidas terão primordialmente em conta o interesse superior da criança e se revelam necessárias e adequadas à realização dos direitos previstos pela Convenção. Direitos, recorde-se de natureza civil e política ou económica, social e cultural.

No caso destes últimos, o Estado tomará as medidas necessárias no *limite máximo dos seus recursos disponíveis*, o que em qualquer circunstância não afasta a obrigação de garantir a satisfação do núcleo essencial de cada um destes direitos e de proteger de forma prioritária os sectores mais vulneráveis da população.

Por outro lado, menciona-se o papel que a cooperação internacional poderá desenrolar no âmbito da realização destes direitos.

Ora, a cooperação internacional constitui justamente um dos elementos essenciais da Convenção, uma das razões da sua individualidade, facto que me leva a abordá-la, agora, enquanto vector decisivo da sua concretização futura.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O PAPEL DO COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Num instrumento jurídico aprovado pelas Nações Unidas não surpreende que se reconheça à cooperação internacional um papel de relevo, dado que um dos objectivos da Organização é, justamente, realizar a cooperação internacional na promoção do respeito pelos direitos do homem.

O próprio preâmbulo da Convenção o reafirma, ao reconhecer a importância da cooperação internacional na melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, e em particular nos países em desenvolvimento.

Com esse intuito, a Convenção convida à celebração de acordos bilaterais ou multilaterais, ao intercâmbio de informações e conhecimentos nos diferentes domínios da Convenção, e, de forma muito significativa, atribui ao Comité dos Direitos da Criança uma acção importante e inovadora no estabelecimento de um modelo de cooperação internacional.

De facto, para além da decisiva intervenção na formulação de observações gerais, interpretativas das normas e princípios convencionais; para além das tradicionais atribuições de mecanismo de controlo sobre a forma como os Estados parte dão cumprimento às disposições da Convenção, ao Comité cabe uma decisiva acção de promoção da solidariedade e da cooperação internacionais.

Num espírito de diálogo, que se pretende franco e aberto, alia, à apreciação de situações de violação dos direitos da criança, ou de constatação da insuficiência de medidas adoptadas para a sua protecção, a sugestão de modelos de ajuda e assistência.

De que forma delineou a Convenção esta intervenção?

A Convenção reconhece ao Comité uma função de *supervisão* da forma como o Estado respeita e garante os direitos da criança, dos pro-

gressos realizados no gozo desses direitos, e ainda dos eventuais factores ou dificuldades que hajam impedido ou condicionado o cumprimento das obrigações assumidas.

Para esse efeito, o Estado apresenta relatórios periódicos, destinados, como a própria Convenção o reconhece, a dar ao Comité uma ideia precisa da aplicação da Convenção no referido país.

À primeira vista poderíamos ser levados a pensar que se procura simplesmente instituir uma forma de controlo da acção dos Estados, através de uma instância independente. Ou que a apresentação do relatório é mera formalidade, prescrita por um instrumento internacional.

Ora, de facto não é assim. O Comité não desempenha funções de mero controlo, de natureza quasi-judiciária, sendo antes uma entidade destinada, em colaboração com o Estado, a promover uma mais ampla aplicação da Convenção, conhecendo a realidade, avaliando o progresso, assinalando insuficiências e encorajando o desenvolvimento.

Por outro lado, a apresentação de relatórios prossegue diferentes objectivos, constituindo, desde logo, um importante documento de conhecimento da realidade e de diagnóstico para o próprio Estado, facilitando a ponderação de orientações a seguir, estratégias e prioridades a definir. Daí a importância de se assegurar, como o impõe a Convenção, uma larga difusão dos relatórios no país.

É neste espírito de diálogo e colaboração que se revela importante incluir nos relatórios uma indicação das dificuldades enfrentadas pelo Estado na realização dos direitos da criança, permitindo um mais profundo conhecimento da situação e, conseqüentemente, abrindo a possibilidade de formulação de sugestões e recomendações gerais para a sua eventual melhoria.

E o relatório do Estado pode ainda conter pedidos ou indicar necessidades de assistência e conselho técnicos, que em seu entender podem contribuir para uma melhoria do nível de protecção assegurada e, acima de tudo, para a realização do superior interesse da criança.

Ora, é exactamente neste quadro que a acção do Comité se pode revelar inovadora. Com efeito, ao tomar conhecimento dos pedidos de assistência e conselho, pode dar-lhes seqüência, colaborar na procura de uma solução, não se remetendo ao simples papel de os anotar ou encarar como uma pretensa desculpa do Estado para o não cumprimento pleno e efectivo das obrigações assumidas.

Que faz então o Comité? Socorre-se, justamente, das entidades que, no sistema da Nações Unidas, têm programas específicos de assistência e apoio técnico, designadamente no âmbito dos direitos da criança. Entidades que acompanham a actividade do Comité e a quem a Convenção reconhece a capacidade de promover a aplicação efectiva da Convenção e de encorajar a cooperação internacional — referimo-nos às Agências Especializadas, à UNICEF, outros órgãos das Nações Unidas e ainda às Organizações não Governamentais.

A visão de conjunto alcançada assegurará a percepção das carências mais gritantes e o conhecimento das experiências bem sucedidas, permitirá delinear prioridades e estabelecer estratégias, na prossecução de objectivos definidos à luz dos princípios da Convenção.

E ter-se-à contribuído então decididamente para que o estatuto mínimo de protecção da criança, a que a Convenção aspira, possa ser uma realidade universal!

A realização deste propósito é um desafio que, a meu ver, vale a pena vencer. A solução de solidariedade e cooperação que a Convenção nos propõe de forma inovadora, parece exequível e realista, e a esperança que todos nela depositam não merece ser desperdiçada!

Note-se que estas entidades asseguram um papel de grande importância no plano da aplicação da Convenção, tanto na formulação de pareceres técnicos, quanto na apresentação de relatórios no âmbito dos respectivos domínios de actividade.

E na especificidade da sua acção, poderão decerto contribuir, através do estabelecimento de programas adequados às necessidades evidenciadas, para a melhoria decisiva da situação do país em causa.

Ora, da convergência de relatórios sobre a implementação da convenção, da complementaridade de medidas adoptadas pelos Estados e levadas a cabo pelas instituições especializadas e outros organismos competentes, decorrerá naturalmente um mais profundo conhecimento da situação existente em cada país e em cada região.

Para terminar, gostaria de concluir assinalando que, uma vez aprovada a Convenção dos Direitos da Criança e ratificada por um número sem precedentes de Estados, o seu futuro está, em meu entender, dependente da articulação das realidades que abordei — informação e formação, acção desenvolvida pelo Estado e cooperação internacional.

Mas para que esse futuro seja pleno de sucesso, importa que lhe associemos ainda a esperança de melhor fazer, a criatividade nas soluções encontradas e um pouco de sonho.

Sonho, como dizia Miguel Torga no seu poema “Brinquedo”

*“Foi um sonho que eu tive:
Era uma grande estrela de papel,
Um cordel
E um menino de bibe.*

*O menino tinha lançado a estrela
Com ar de quem semeia uma ilusão;
E a estrela ia subindo, azul e amarela,
Preso pelo cordel à sua mão.*

*Mas tão alto subiu
Que deixou de ser estrela de papel.
E o menino, ao vê-lo assim, sorriu
E cortou-lhe o cordel.”*

Oxalá também nós sejamos capazes de o fazer!

ESTUDOS

**BANCOS
DE DADOS JURÍDICOS
EM PORTUGAL**

**A EXPERIÊNCIA
DO
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**



BANCOS DE DADOS JURÍDICOS EM PORTUGAL*

A EXPERIÊNCIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

1. Introdução

Definimos aqui *bancos de dados jurídicos* como o conjunto de informação legislativa, jurisprudencial ou de doutrina do direito, memorizada e tratada automaticamente em ordem à sua exploração conversacional.

A abordagem que se segue deixa de lado a informação legislativa e doutrinária concentrando-se especificamente na jurisprudência, isto é, nas decisões dos tribunais quando aplicam o direito ao caso concreto.

O brocardo ou adágio “*memo legem ignorare censetur*” — a ninguém aproveita a ignorância da lei — ainda que em crise, pelo menos no âmbito do direito penal, tem sido invocado como fundamento para o dever do Estado não só de publicar a lei no jornal oficial, mas de a divulgar ao ponto de se tornar acessível ao cidadão em geral e ao jurista em particular.

Entre nós, o n.º 2 do art.º 20 da Constituição da República confere a todos os cidadãos o direito à informação (e consulta) jurídicas, embora logo se acrescente que esse direito existirá “nos termos da lei”.

Tal lei, ainda que pouco incisiva, vem incumbir o Governo de realizar “de modo permanente e planeado, acções tendentes a *tornar conhecido o direito* e o ordenamento legal, através de publicações e de *outras formas de*

* Texto que serviu de suporte a uma intervenção no Seminário sobre Modelos de Representação do Conhecimento Jurídico, organizado pelo INESC — Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores, que decorreu, em Lisboa.

comunicação, em termos de proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos” (art.º 4 do Decreto-Lei n.º 387-B/81, de A Experiência do Ministério da Justiça).

Embora se possa dizer que não aproveitar da ignorância da lei não é sinónimo de obrigação do conhecimento efectivo da lei, torna-se de meridiana evidência que aquele adágio tende a ser ultrapassado, sob pena de flagrante hipocrisia. Quem está aí, ainda que jurista, que conheça (mesmo só) as leis essenciais que regem o país, mesmo só estar?

Por isso se desperta e se insiste progressivamente na *publicação repetida da lei*.

O mesmo, todavia, não se passa com a jurisprudência, que normalmente só chega aos “iniciados”.

Ora, o dever de tornar conhecido o direito, por qualquer forma de comunicação, que incumbe ao Governo, justifica-se *tanto para as leis como para as decisões jurisprudenciais* que as interpretam (implicitamente para a doutrina dos pensadores do direito).

2. O discurso jurisprudencial

2.1 Importa caracterizar o discurso jurisprudencial tal como se exprime na decisão do julgador.

Uma vez que vamos olhar predominantemente para a informática como meio de tornar conhecidos os actos de autoridade do Estado através dos quais se presta justiça aos cidadãos que recorrem (ou são obrigados a recorrer) aos *tribunais*, torna-se útil conhecer melhor esses actos de realização do direito.

O julgamento, traduzido num texto escrito e emanado do juiz (a sentença) ou juizes (o acórdão) é — diz alguém — um “monólogo elaborado”, tal como se apresenta no seu resultado final.

Nesse discurso, por intermédio do qual se dá o *contacto* entre a regra geral e abstracta do direito com a vida concreta, necessariamente se encontram o *direito* e o *facto*, o geral e o particular.

Por isso que em vez de uma só linguagem — a do técnico que produz a obra jurídica — possam ser introduzidas várias linguagens, *a do direito, a do factò e a da lógica.*

Tudo isto para além do estilo do julgador e passando agora por alto sobre a forma de elaboração das decisões colegiais (em que um relator procura extrair o consenso dos seus pares intervenientes).

Em termos de imagética, o tribunal apresenta-se como um *teatro* em que cada processo, cada caso de espécie, constitui *a peça*. Dentro desta, cada actor assume o seu papel: vítima ou réu, o lesado ou o lesante, o acusador ou o defensor, o perito ou a testemunha.

Através do discurso unitário do julgador têm de perpassar os discursos incorporados de cada um dos *actores*, protagonistas da peça.

Vejamos como se decompõe esse discurso.

2.2 Uma *decisão jurisprudencial* constitui a resposta do juiz ao pedido das partes.

Assim, a decisão decompõe-se na *questão*, com o resumo das circunstâncias da causa e a pretensão das partes, vindo depois a *resposta*, constituída pela justificação (motivação) e pela solução final.

Para o que ora mais importa, anotar-se-á que a decisão de um *tribunal superior* (incluída a 2.^a instância) geralmente incide sobre uma questão de direito, formal ou materialmente considerada, em que os factos já foram apurados, estabelecidos pela instância anterior.

2.2.1 *Inicia-se o discurso por uma narração histórica (mais ou menos sintética) sobre a origem do litígio e a descrição dos factos (o acidente de viação que deu causa ao pedido de indemnização, o teor da acusação pelo crime que se imputa ao réu) naquilo que se deu como demonstrado na 1.^a instância. O tom é descritivo, de estilo neutro, objectivo, em linguagem corrente. O autor do relato apaga-se em face do acontecimento.*

Segue-se a apreciação das formalidades do processo, da sua regularidade.

Verificada esta, concretiza-se o objecto do litígio, a questão ou questões de direito que o tribunal é chamado a decidir.

2.2.2 *E vem a resposta, a parte essencial do julgamento.*

Até aqui o juiz deu vida às cenas representadas por outrém.

A partir de agora, corrido o pano sobre o drama, cabe-lhe o veredicto. A resposta do juiz traz a marca da sua autoridade.

“Tudo visto, cumpre decidir”, é a fórmula comumente empregada pelos juízes portugueses para lhe dar início.

Subdivide-se em duas partes: a justificação ou motivação e a solução ou parte dispositiva.

A justificação ou motivação corresponde a um discurso demonstrativo, com vista a *explicar e persuadir*.

Na explicação ou explanação o discurso do juiz afirma-se pelo confronto com cada uma das questões levantadas. Aprecia os textos legais invocados, interpreta-os, considerando os argumentos deduzidos a favor e contra uma dada interpretação, procura as referências comparativas de outros textos legais, analisa a discussão dos mesmos pelos pensadores do direito (a doutrina) e pelos precedentes da jurisprudência. Busca os princípios imanes no conjunto do sistema jurídico.

Deixando em segundo plano o estilo literário, o juiz move-se pela linguagem da lógica, progredindo no seu discurso por unidades lógicas de raciocínio.

Por outro lado, o entrelaçamento entre os *factos* e o *direito* torna-se agora por vezes difícil de destrinçar.

A motivação, sendo embora imediatamente dirigida às partes em litígio, ela dirige-se a todo o intérprete, tem “valor universal”.

Em breve apanhado poderíamos dizer com um autor: “A motivação entrelaça várias ciências na arte de julgar: a lógica, a observação do facto, o conhecimento do direito, a qualificação, a apreciação de todas as coisas”.

Como resultado último da motivação decorre o veredicto, a solução, a resposta à pergunta (à questão) das partes, através da qual o juiz, *como voz do tribunal*, diz, declara, pronuncia, condena, absolve, conforme os casos.

Pode dizer-se que, nesta parte (final) da decisão, a concisão jurisdicional aproxima-se da concisão legislativa. Aplica a regra geral ao caso particular submetido à apreciação do tribunal.

3. A linguagem no discurso jurisprudencial

Em geral, a linguagem do direito “é um pouco como uma moeda marcada pela efígie daquele que faz a sua emissão” (G. CORNU).

E parece não haver dúvida de que tal linguagem traduz uma mensagem especial, ligada a um certo grupo profissional, a comunidade dos juristas.

Muitas vezes a linguagem jurídica não é compreendida de imediato pelos não juristas. Um fenómeno de opacidade, de “corpo estranho”, ocorre com grande frequência.

Repare-se num comezinho exemplo (art.º 2053 do Código Civil):

1. “A herança deferida a menor, interdito, inabilitado ou pessoa colectiva só pode ser aceita a benefício de inventário.
2. A aceitação a benefício de inventário faz-se requerendo inventário judicial, nos termos da lei de processo, ou intervindo em inventário pendente”.

O vocabulário jurídico é constituído pelo conjunto de termos que numa dada língua exprimem um ou vários sentidos jurídicos.

As relações entre as palavras fazem do vocabulário um léxico.

Há palavras que pertencem *em exclusivo* ao mundo do direito, especialmente as respeitantes a regras processuais: petição, notificação, extradição, *exequator*. Outras pertencem à linguagem jurídica e à linguagem comum, podendo o seu significado ser igual ou diferente do significado jurídico: acção, estado.

Como corolário de o número de significados ser incomensuravelmente maior que o número de significantes a *polissemia* é um fenómeno por agora irreduzível. Também as noções jurídicas são em muito maior número que as palavras existentes para as discriminar.

Logo, pode um termo jurídico possuir dois ou mais significados jurídicos (*a polissemia*) em vez de apenas um (*monossemia*). Um único suporte (o significante) para a dualidade ou multiplicidade de conteúdos (significados).

Mas para além desta polissemia “interna” detecta-se a polissemia “externa”, ou seja, um termo tem um significado jurídico e outro extra-jurídico, sem que entre os dois exista uma relação perceptível.

Exemplos: confusão (sentido jurídico = extinção de uma obrigação resultante da reunião na mesma pessoa das qualidades de devedor e de credor; sentido comum = erro, perturbação); alimentos (sentido jurídico = alimentação e despesas de alojamento, vestuário, saúde, educação; sentido comum = alimentação).

Em certos casos fala-se da polissemia “em estrela” como se um sem número de sentidos fossem lançados, como luzes, em direcções diversas.

Exemplo: o adjectivo *material*.

Por oposição a moral, significa pecuniário, económico, patrimonial; por oposição a processual, significa o fundo do direito (competência material); por oposição a formal, significa o conteúdo de um acto, o seu objecto; por oposição a intelectual, significa o concreto, tangível, (ex: falsificação material de um escrito). E por aí fora!..

Adiante se verá como na transposição da linguagem jurídica para o computador, importa *recensear* estes diversos sentidos, separando-os uns dos outros e *classificando-os*. Nem sempre é possível proceder a classificações que sejam adoptáveis em qualquer ramo do direito (público, privado, constitucional, administrativo, civil, comercial, etc.). Há especialidades de cada ramo que têm de ser conservadas e distinguidas.

Se passarmos, porém, da semântica de cada vocábulo para as relações com os outros, cumprirá assinalar as relações de sinonímia, antonímia, por parentesco de classificação (em linha ascendente ou descendente), por ordem de generalidade especialidade, por vizinhança.

Exemplos: usucapião — → *sinónimo* = prescrição aquisitiva;

prescrição aquisitiva — → *antónimo* = prescrição extintiva;

acto jurídico — → acto unilateral — → testamento — → testamento cerrado (*parentesco* descendente e também *generalidade/especialidade*);

disposição a título gratuito — → testamento — → doação
(vizinhos).

A importância dos aspectos relacionais agora aflorados ver-se-á também melhor quando se procura transpor a decisão jurisprudencial para o computador e, especialmente, no momento em que se procede à pesquisa e recuperação da informação para um efeito concreto.

4. Selecção das decisões jurisprudenciais

Ao pretender-se informatizar a jurisprudência de qualquer jurisdição uma das primeiras questões a colocar é da *selecção* dos espécimes.

Certo que os arestos proferidos nos tribunais superiores, porque em regra mais elaborados tecnicamente e de maior relevo subsequente nas decisões futuras, surgirão naturalmente como pontos de partida.

No entanto, no domínio das leis *recentes* ou de *reformas legislativas*, o conhecimento das decisões da primeira instância assume grande importância até porque, nos primeiros tempos, só elas existem... Posto que de autoridade menor, a jurisprudência da primeira instância, até pela confluência mais rica entre o facto e o direito, pela maior diversidade e especificidade, não deixa de ser mais viva e atraente.

A necessidade da *selecção* é inevitável.

A experiência francesa demonstrou que, trabalhando sobre 50.000 decisões da “Cour de Cassation” e das “Cours d’Appel” de Paris e Versalhes, apenas 10%, ou seja, 5.000 daqueles arestos, se mostravam úteis e instrutivos, sendo os restantes de simples controlo de formalidades elementares do processo ou repetitivos de soluções adquiridas e confirmadas.

Se a selecção se torna necessária para a publicação no clássico suporte de papel não deixa de ser importante quando se almeja a constituição de bancos de dados informatizados, não tanto pelos custos de introdução e memorização (estes cada vez menores), mas antes pelas dificuldades que

surtem no *momento da interrogação* e das respostas obtidas, excessivas ou impertinentes.

E pode haver soluções intermédias.

Se não se justifica a memorização integral de determinado aresto, pelo seu carácter formal ou repetitivo, pode no entanto ser vantajoso o seu registo parcial ou a recolha de algumas referências que permitam associá-lo na busca de certo tema. Não deverá, na verdade, confundir-se a jurisprudência constante com a repetitiva. Naquela o tribunal, embora mantendo a posição anterior, actualiza-a, especialmente se era posta em causa.

5. A transposição da decisão para o computador

5.1 Pese embora a pouca receptividade que os juristas sempre têm demonstrado assistir-se-à hoje a uma mudança com o micro computador? pelos processos com uma componente “mecânica” para o tratamento das actividades relacionadas com o Direito, de que são exemplo as máquinas de escrever, o uso de fotocópias, a gravação de voz, a comunicação à distância de documentos que carecem de assinatura ou selo branco do departamento que os emite, o certo é que a realidade foi impondo a proliferação destas técnicas, o mesmo se passando com o tratamento automático da informação jurídica, nas suas componentes de informática jurídica de gestão e de apoio à decisão.

Marcadamente caracterizada pelos meios de comunicação, a nossa sociedade em geral e a sociedade jurídica em particular mais não faz, porém, que dar o relevo devido ao factor sempre presente na sua evolução — a informação.

As comunicações e a informação são as constantes presentes na história do homem, na forma da sua linguagem seja a escrita, a arte, o telegrafo, o telefone, o cinema, a televisão, a informática, etc.

- 5.2. Antes do aparecimento da informática, os sistemas de documentação e de difusão da informação tinham como suporte o papel e, com o objectivo de gerir e “recuperar” essa informação, utilizavam-se ficheiros, também de papel.

Durante alguns anos, numa fase prévia à divulgação da informática, as técnicas de microfilmagem vieram introduzir algumas alterações aos sistemas de tratamento da informação mas, no que respeita à informação considerada “viva”, o impacto situou-se quase exclusivamente no domínio dos instrumentos de gestão desses sistemas, isto é, incidiu na microfilmagem dos ficheiros auxiliares para armazenamento e recuperação da informação e, em menor grau, nos próprios documentos.

As técnicas de microfilmagem aplicadas aos documentos propriamente ditos tinham um objectivo prioritário, quase exclusivo, de libertar espaço e de actuação sobre os espécimes pouco utilizados.

Por um lado, a metodologia de trabalho que vinha a ser seguida com a microfilmagem e, por outro, o facto de as ferramentas informáticas serem pouco versáteis, arrastou a que na fase inicial do processo de *informatização da documentação*, se seguisse de muito perto o que se fazia com a microfilmagem, isto é, a pura adaptação das fichas até então produzidas para que fossem tratadas pelo computador.

Com este procedimento pouco mais se obtinha que a possibilidade de extrair alguns pequenos resumos (que serviam de informação ao utilizador), a classificação universal decimal atribuída pelo documentalista e elementos de catalogação capazes de recuperar o documento original.

Um primeiro passo foi dado quando a evolução informática permitiu um processamento mais adequado das “palavras” contidas no suporte que servia de base à informação passando-se, progressivamente, a tratar as fichas com descritores e, posteriormente, com o armazenamento e tratamento de todas as palavras contidas num texto.

Desta evolução ficaram as designações, ainda correntes, de “sistema de descritores” e “sistema de texto integral”.

Daqui decorre que, quando em muitas ocasiões, *em informática*, se fala em aplicações “full text” estejam também abrangidas aquelas que, sob o ponto de vista do utilizador, não passam de resumos de textos.

Por outro lado, o sistema de informação pode conter o *texto completo* no sentido mais geral do termo e ser considerado um “sistema de

descritores”, já que só foi atendida a recuperação dos documentos por descritores e o texto serve como elemento informativo, unicamente quando o documento é localizado.

Uma terceira hipótese existe quando além do tratamento informático do *texto completo ou integral* o documento é complementado com descritores ou outros elementos (referências legislativas, resumos, etc.).

Os sistemas de “full text” (em sentido informático) permitem que qualquer palavra existente no texto, com excepção das que foram consideradas “palavras vazias de significado”, possa servir como elemento de pesquisa do documento.

5.3. Procuremos dissecar algumas noções frequentemente utilizadas quando se prepara (*analisa*) um texto jurídico (ou outro) com vista à sua transposição para o computador.

5.3.1 *Referências diversas*

A decomposição da informação (do acórdão) num certo número de zonas facilita a sua futura busca. Assim, a data em que foi proferido, o número do processo, os seus autores, o tribunal emitente, o local onde o documento foi publicado, constituem algumas dessas possíveis referências.

As normas interpretadas, os precedentes jurisprudenciais, citados em apoio, a doutrina (referências bibliográficas) são ainda outro tipo de referências autonomizáveis na análise jurídica.

5.3.2. *Indexação — Palavras-chave — Descritores*

Normalmente aquele que pesquisa um banco de dados não se serve de elementos objectivos como os acabados de descrever.

A pesquisa repousa essencialmente em ficheiros de “index-mots” “mots-clefs”, em português, palavras-chave.

Indexar um documento é a operação que consiste em ligá-lo a um certo número de conceitos ou “palavras-chave”. A expressão “key word in context”, ou seja, palavras-chave no contexto (KWIC) — designação dos índices actualizados para automatização de documentos simboliza o

método ou técnica utilizada que consiste em escolher os termos significativos de modo a que o seu conjunto represente o mais completamente possível os assuntos tratados no texto.

Entre nós, costumamos utilizar as noções *descritores*, para nos referirmos a esta situação.

O analista extrai do texto as noções expressas, explicita as noções implícitas, e transpõe para um certo nível de conceptualização ou de generalização os factos e as proposições jurídicas. No fundo, é retirar do texto as ideias, fixando-as em síntese de uma metalinguagem.

Já veremos que auxiliares podem ser colocados à disposição do *analista* tendo em vista a uniformização e a garantia da futura recuperação dos textos.

5.3.3. “Abstracts” e títulos

Segundo CATALA, a análise dos textos com vista à obtenção de “abstracts” desdobra-se em três operações.

A primeira é consagrada à recensão da informação útil, ou seja, conceitos de direito, dados de facto e decisão em si. Determinar o “facto pertinente” é o ponto que suscita maiores dificuldades.

A segunda, consiste na escolha dos “termos descritores da informação”.

A terceira reconduz-se à elaboração da estrutura formal do “abstract” que se articula em duas técnicas: uma que consiste em hierarquizar os conceitos, segundo uma regra (com excepções) de generalidade decrescente, a mais conforme à “leitura do jurista” e que permite ao analista completar o encadeamento através de conceitos intermediários, por vezes deficientes no texto integral e que servem para corrigir o silêncio ou o ruído no momento da interrogação; a outra, leva à decomposição do “abstract” em frases e parágrafos, subconjuntos de tamanho variável que permitem depois na interrogação utilizar restrictores de distância.

Poderíamos dizer, com alguma imprecisão, que as técnicas do “abstract” conjugam a indexação (descritores) com o resumo ou sumário, adiante referidos.

5.3.4. *Resumo ou sumário*

Através do sumário ou resumo procura-se sintetizar em algumas frases o conteúdo essencial do documento.

É evidente que se tal se torna possível — com riscos como veremos — na jurisprudência, o mesmo não se dirá de uma monografia, muito menos de um tratado.

Vai-se generalizando a prática, quanto a artigos de revista, de o próprio autor, por vezes em mais de uma língua, fazer o resumo ou o sumário do artigo. Este será, em regra, um resumo fidedigno.

A principal vantagem do resumo ou sumário reside na celeridade que proporciona à pesquisa, permitindo a concentração nos espécimes que mais interessam.

Todavia, várias críticas lhe são opostas, nomeadamente se se estiver apenas perante o resumo.

Apointa-se-lhe um duplo risco: um extracto sintético deixará escapar elementos úteis da fonte integral; por outro lado, o analista ou redactor do resumo tem de proceder a escolhas subjectivas podendo resultar em distorção ou infidelidade.

A técnica seguida por alguns de proceder a transcrições, só resultará inteiramente se não deixar de fora o encadeamento e justificação do raciocínio. Na verdade, a solução de uma contenda jurídica não se reduz facilmente a uma “proposição declarativa”. Ela decorre da motivação atingindo-se a conclusão através do modelo silogístico.

Deste modo, o resumo ou sumário, apegando-se às regras ou proposições jurídicas que emanam do acórdão em detrimento dos aspectos dialécticos e retóricos e da própria matéria fáctica — só visíveis em texto integral —, acabará ou por amputar substancialmente a decisão ou alargar-se em termos tais que... deixa de ser resumo!

Logo — remataremos — os riscos do resumo ou sumário, mas *cuja utilidade é notória*, podem ultrapassar-se mediante a conjugação com outras referências e, evidentemente, com o “full text”.

5.3.5. “Thesaurus”

O “thesaurus” ou dicionário como também se diz, é constituído por uma lista de termos estruturados de acordo com as relações semânticas, relações de generalidade, especialidade, sinonímia, antonímia, equivalência, vizinhança, permitindo estender a interrogação ao banco de dados no “halo de significação” das palavras usadas para colocar a pergunta.

O “thesaurus” é menos útil no caso do banco de dados em “texto integral interrogável” e menos ainda se o texto integral for explicitado por meio de vocabulário controlado. Pode então ser desproporcionado o custo de prestação e manutenção de um “thesaurus”. Aliás, costuma encarar-se a sua preparação em termos sectoriais, por ramos de direito.

A *memorização* do “thesaurus” no computador, ou seja, daquele vocabulário sistematizado e normalizado, constitui um auxiliar automático da pesquisa, conseguido pela rede de ligações, semânticas e linguísticas em que o mesmo se traduz. Serve de “guia” ao utilizador do banco de dados, dando-lhe a segurança de que sobre certa matéria vai encontrar respostas.

Se não estiver memorizado o “thesaurus” pode ser consultado *manualmente*, em momento prévio ou durante a interrogação.

O que se diz para o “thesaurus” é igualmente aplicável a uma “listagem de descritores” ou de “palavras-chave” usadas na análise jurídica dos documentos previamente à sua introdução em computador.

6. Comparação de sistemas

A comparação dos sistemas referidos em 5.2 terá de ser feita analisando o tratamento prévio da informação, antes do seu armazenamento no computador, os problemas da linguística, os custos dos sistemas, a actualidade dos descritores, relacionando este último aspecto com o valor de qualquer palavra no domínio dos textos jurídicos.

No “sistema de descritores” a análise documental tem de ser prévia do registo dos documentos no computador a fim de determinar quais as palavras-chave que estabelecem a indexação do documento. No caso destes documentos estarem organizados segundo um “thesaurus”, torna-se necessária a participação de linguistas que realizem a construção e futura actualização do próprio “thesaurus”.

Uma vez a informação disponível para a pesquisa, é fácil realizá-la com elevado índice de precisão, já que o trabalho prévio de atribuição de descritores eliminou a ambiguidade da linguagem natural, estabeleceu as relações associativas das palavras e ideias, permitiu a utilização de sinónimos, e qualificou os campos semânticos em que cada termo é utilizado, quando da existência de homografias.

No sistema de “full text”, o trabalho inicial é menos complexo sob o ponto de vista da análise jurídica. Se porém, se *associa* a técnica do “full text” com a dos descritores, a elaboração destes pode eventualmente mostrar-se de menor relevo sendo, contudo, importante a ruptura da polissemia de termos que apareçam no texto e se entenda necessário incluir nos descritores.

A constituição de um “thesaurus” como melhor metodologia para a utilização de um sistema de descritores coloca, na fase de implementação, questões que extravasam o campo da análise jurídica e se situam no âmbito linguístico, como já se referiu. A complexidade da constituição de um “thesaurus” associada ao facto de o mesmo dever estar construído, ainda que numa forma de protótipo, para o arranque de outras actividades de análise e desenvolvimento informático, pode traduzir-se num sério factor de perturbação no desenvolvimento do projecto.

O “full text”, pela capacidade de estar mais próximo da linguagem normal, se não for complementado com descritores (podendo não estar constituído o “thesaurus”) colocará problemas que decorrem da utilização de palavras com significados múltiplos — polissemia — e, talvez o mais importante, a produtividade das pesquisas a efectuar, posteriormente, fica dependente do estilo literário dos diferentes autores e da cultura dos mesmos.

Este último aspecto tem a maior importância nos sistemas de “full text”, em que se atribui um “peso” (no sentido probabilístico) à frequência do aparecimento das palavras nos documentos a seleccionar.

O aparecimento repetido de um mesmo termo num texto jurídico pode decorrer do próprio *estilo literário*, no sentido de pôr em relevo a ideia ou conceito que lhe está associada, ou pode ser a expressão duma menor cultura linguística.

O estilo e uma evoluída cultura linguística podem arrastar a um fenómeno contrário ao citado, que se traduz na *não* utilização do termo correcto e preciso, sendo este substituído por “figuras de estilo”, um certo “barroquismo literário”.

Para salientar o impacto destes dois aspectos, basta referir que o léxico necessário para o entendimento humano no comum dos idiomas se situa nos 1.000 vocábulos. Uma pessoa culta não utiliza mais de 5.000 termos, um grande escritor não ultrapassa nas suas obras literária, em conjunto, 10.000 palavras diferentes, citando-se como excepção Shakes-

peare que nos brindou, na sua obra, com cerca de 20.000 vocábulos diferentes.

Ainda no domínio do “full text” e das questões linguísticas, situa-se a selecção das palavras desprovidas de sentido stop words, cuja escolha depende da área do saber a que o sistema é aplicado.

Problema que carece de ser resolvido, com um cariz muito semelhante à sinonímia, é o da antonímia, ou mais genericamente, o problema dos “contrários”. Por exemplo, pode falar-se em “inconstitucional” ou “não constitucional”, “falta de constitucionalidade”, etc., todas estas expressões como antónimos da palavra “constitucional”.

E se uma referência fáctica — por exemplo, a designação de um organismo ou instituição — ou uma expressão ou figura jurídica mudam de nome?

No “sistema de descritores”, aparentemente, perder-se-ia a informação para efeitos de recuperação, enquanto que, no sistema de “full text”, ela poderia ser sempre recuperada.

Crê-se que a questão deve ser analisada precisamente ao contrário.

No “sistema de descritores”, para resolver o problema bastaria, *no mínimo*, uma actualização do “thesaurus”, designadamente através do estabelecimento de uma relação de equivalência ou sinonímia, ou *no máximo* uma actualização do “thesaurus” e um carregamento correspondente da base de dados.

No caso do “full text”, já que, em princípio, cada palavra se utiliza no seu próprio valor linguístico, uma mudança no nome da figura jurídica ou da referência fáctica, passando a ser designadas por outros termos, acarreta, ao longo do tempo, o esquecimento da utilização inicial dessas figuras ou factos. Quando isto acontece, não há solução para a recuperação da informação, se se utilizar um sistema de “full text” *puro*.

Os problemas abordados parecem ser suficientemente denunciadores da conclusão de que a utilização *simultânea* dos dois sistemas para o tratamento informático dos textos jurídicos constitui a *solução ideal*.

Fala-se hoje em texto integral, “enriquecido” por descritores ou indexação ou mesmo por resumos.

Foi essa a decisão tomada na informatização em curso no Supremo Tribunal de Justiça.

Relativamente ao *custo* dos sistemas crê-se que, se se compararem os encargos com os sistemas orientados por descritores, mas em que se utiliza

o texto completo como produto final à disposição do utilizador, e os sistemas orientados por “full text”, os mesmos são sensivelmente semelhantes. Contudo, são mais dispendiosos os primeiros, nas componentes de análise jurídica e linguística e, os segundos, na ocupação de espaço em memórias externas e nas verbas a dispendir com os programas base e de aplicação. Globalmente, os sistemas de “full text” ficarão disponíveis por preço ligeiramente superior, mas muito afastado da relação de 1/50, como ocorria nos sistemas de descritores que só usavam os próprios descritores e as referências bibliográficas de catalogação.

7. Aplicações de Jurisprudência no Ministério da Justiça

7.1 Nos últimos três anos, houve um grande empenho do Ministério da Justiça na informatização da Jurisprudência, estando concluídas, em fase adiantada de conclusão ou em marcha, as seguintes aplicações:

- Pareceres da Procuradoria Geral da República (concluída);
- Acórdãos do Tribunal Constitucional (em vias de conclusão);
- Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (em fase adiantada);
- Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (em início de introdução de dados);
- Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (em início de introdução de dados).

Ainda que toda a decisão jurisprudencial suponha, pelo menos, uma questão jurídica posta e resolvida, o certo é que, em regra, o órgão decisor é confrontado com várias questões principais e outras secundárias.

Se todo o parecer ou acórdão é fisicamente um documento único, coloca-se a questão de a utilizada dever ser ou não confrontado com um conjunto de considerandos que não se reportam ao tema original da pesquisa.

Neste aspecto, e contrariamente ao que sucede noutras aplicações congéneres, optou-se por que houvesse sempre uma correspondência biunívoca entre o documento fonte e o documento produzido pela informática.

Tal evitou que o analista jurídico tivesse que decompor a informação dos textos originais num ou mais “documentos”, de acordo com as matérias.

Foi também entendido que o documento base da análise jurídica conducente à entrada de dados contivesse toda a informação produzida, isto é, não só o resultado do parecer ou acórdão, mas também os factos averiguados e o raciocínio jurídico que fundamenta a decisão.

7.2 Houve, de seguida, que *seleccionar os espécimes a introduzir em computador*.

Se para algumas bases de dados (Pareceres da PGR e acórdãos do Tribunal Constitucional) o critério se mostrou simples, não só pelo seu volume — histórico e de aditamento progressivo dos documentos que vão sendo proferidos — como também pelo valor intrínseco e interesse de cada documento para o utilizador, já em outros casos (STA, STJ e Tribunal de Justiça das Comunidades) havia que actuar selectivamente.

Na verdade, não só a informatização do “arquivo histórico”, isto é, do acervo de decisões já *proferidas*, já se revelava de escasso interesse, logo que haviam decorrido 20, 30 anos sobre a sua produção, como também uma parte significativa dos espécimes aparece como de valor reduzido para os utilizadores, dado o seu carácter repetitivo ou porque as questões decididas incidiam sobre regras de processo, normalmente de menor interesse.

Ainda no tocante ao “arquivo histórico”, uma boa razão para não progredir para além de certo período ou ano está no facto de, entretanto, o corpo legislativo que a jurisprudência aplicou ter sido alterado, em virtude das profundas mudanças sociais e económicas vividas nos últimos tempos e repercutidas no sistema jurídico.

O valor “doutrinário” de um acórdão, isto é, o peso da interpretação das disposições legais, como precedentes com tendência a influenciar decisões futuras do mesmo e de outros tribunais de escalão diferente, constitui o critério de maior importância selectiva.

Não se pense, porém, ter sido linear a aplicação do critério.

É que, para além do valor “doutrinário” de certos acórdãos outros aspectos foram tomados em conta.

Com efeito, se se concluiu, por exemplo, no Supremo Tribunal de Justiça, que apenas cerca de 15% dos acórdãos proferidos se apresentavam revestidos daquelas características, entendeu-se que, a partir de certa data

(variando para a jurisprudência civil, penal ou social) *todos* os acórdãos deviam ser introduzidos, ainda que por *forma* diferenciada.

Estavam em jogo, interesses variados: *não deixar inédita* esta jurisprudência hoje não publicada (a publicação oficial do Ministério da Justiça apenas engloba cerca de 9% dos acórdãos do STJ); tentar colmatar o *atraso* de mais de um ano mesmo em relação a esses 9% da jurisprudência publicada; enfim, proporcionar *estudos de investigação científica e estatística* sobre toda a jurisprudência a partir de certa data.

Continuando no exemplo do Supremo Tribunal de Justiça resumiremos: a partir de 1990 serão introduzidos *todos* os acórdãos proferidos, sendo os “doutrinários” em *texto integral*, com *ficha complementar* e os restantes por simples *ficha*.

O “arquivo histórico” será introduzido em computador segundo o critério da sua utilidade já descrito (até 1977 a jurisprudência civil; até 1982 a jurisprudência penal; desde o início a jurisprudência social).

7.3 Vejamos a *forma de transposição* dos acórdãos para o suporte informático.

Na fase inicial das aplicações de jurisprudência o texto completo dos documentos (ainda) não está presente no sistema informático, opção que não foi determinada pela ocupação exagerada de espaço em suporte magnético, como se poderia pensar.

Pondere-se uma primeira comparação com os documentos legislativos. Enquanto que a legislação não se compadece com resumos ou truncagens — pelo menos se o destinatário da base for um aplicador do direito — o mesmo não sucede com a jurisprudência, pelo que a abordagem do conteúdo da informação a figurar nas bases de dados de uma ou outra natureza pode encaminhar para posicionamentos diferentes.

As opções tomadas, denunciadoras de *certa evolução*, tiveram em conta algumas condicionantes de ordem prática — v.g. o custo da dactilografia do texto completo — bem como evitar o excessivo “ruído” na pesquisa, decorrente do próprio texto integral.

De qualquer modo, as soluções adoptadas repousam sempre num tratamento prévio cuidadoso e uniformizado, que resulta de a análise jurídica de cada documento ser efectuada por juristas experimentados, em alguns casos os próprios *relatores* dos espécimes jurisprudenciais.

Por outro lado, o sistema *está aberto* a aperfeiçoamentos constantes e à própria inclusão do texto integral quando tal se considerar exequível.

O registo informático — um por cada documento, como se disse — é decomposto em *parágrafos* e estes, por sua vez, em *frases*, podendo ser emitidos em blocos individualizados não só de pesquisa como de visualização posterior no ecran.

Atentemos nos parágrafos mais importantes:

— ÁREA TEMÁTICA

— DESCRITORES

— LEGISLAÇÃO NACIONAL

— LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

— JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

— JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

— DECISÃO

— SUMÁRIO OU CONCLUSÕES

A ÁREA TEMÁTICA, contendo informação fundamentalmente relacionada com as diferentes áreas ou ramos do Direito, conjuntamente com os descritores, resolve a maior parte das vezes as questões em que um número exagerado de documentos tornaria difícil, oneroso e moroso, o processo de pesquisa, com vista a encontrar o documento mais adequado, isto no caso da existência de polissemia dos termos utilizados nos descritores ou no texto (integral, no sumário ou conclusões).

Para além do que já se disse, voltaremos adiante aos *descritores*.

A individualização, em diferentes parágrafos, da LEGISLAÇÃO (interpretada) e da JURISPRUDÊNCIA (citada), conforme são de origem nacional ou estrangeira, constituem elementos de pesquisa de grande utilidade, especialmente o primeiro.

Os elementos de informação que aqui figuram estão normalizados de acordo com critérios pré-estabelecidos, diferentemente do que se passa no

“parágrafo” que contém o *texto do documento*”, dado que o autor não teve normalmente essa preocupação de normalização.

No tocante à legislação pense-se na utilidade de pesquisar por um determinado artigo da Constituição, de um decreto-lei, decreto regulamentar ou outro diploma, de um código (civil, penal, administrativo, etc.), do qual o tribunal fez aplicação.

Ao centrar a pesquisa em determinado parágrafo — aquele que indica quais as disposições legais interpretadas pelo tribunal — o sistema elimina os documentos em que aquele artigo de certo diploma aparece mencionado em parágrafo diferente. Elimina uma fonte de “ruído” já que embora o artigo apareça referido em outro parágrafo ou no texto integral do acórdão ele não foi objecto de interpretação específica (trata-se de uma referência ocasional).

Em algumas aplicações (Tribunal Constitucional, STA e STJ) num parágrafo e de forma normalizada, dá-se o sentido da DECISÃO: a norma foi declarada inconstitucional, o recurso provido ou não provido, a acção procedente ou improcedente.

Muito importante, se mostra, a nosso ver o SUMÁRIO (ou resumo).

Trata-se de uma síntese da matéria sujeita à apreciação do tribunal e da decisão tomada. Nos pareceres da PGR, aqui se incluem as conclusões, isto é, a súmula da opinião do Conselho Consultivo.

Este campo — algo mais do que um “abstract” — é de grande importância quando o utilizador já seleccionou os documentos que pretende visualizar para escolher apenas os que, a final, lhe interessam. Evita a perda de tempo (e gastos da ligação), na visualização de todo o registo, afastando, com segurança, através da simples leitura deste sumário, os documentos não pertinentes.

Na metodologia seguida, abandonou-se a constituição prévia de um ou vários “THESAURI” fundamentalmente por razões de ordem pragmática, normalmente o tempo que levariam a preparar.

No entanto, no levantamento dos *descritores* ou *palavras-chave* e na sua estruturação procura-se suprir aquele auxiliar de trabalho.

Assim, para cada uma das aplicações, e partindo dos espécimes jurisprudenciais sobre que iria incidir a informatização, inventariou-se previamente uma listagem aproximativa de descritores, a aditar progressivamente com o decurso da análise.

Nessa “*listagem de descritores*”, uma para cada base, ordenada alfabeticamente, utilizam-se diversos “expedientes” — aliás, de uso quase normalizado internacionalmente —, que procuram afastar situações de polissemia, ao mesmo tempo que se adopta um tratamento uniforme para as situações de sinonímia, antonímia, equivalência, relações de generalidade/especialidade e de vizinhança semântica, em conformidade com o que se disse em 3..

Tal listagem está aberta ao *aditamento* normalizado de descritores novos e constitui base de trabalho dos analistas.

Oportunamente será distribuída aos utilizadores das bases de dados, e actualizada sucessivamente.

8. Análise crítica do sistema

Era vulgar ver-se, em lugar de destaque, nos gabinetes onde se trabalhava em informática, um quadro (normalmente escrito em inglês) com a seguinte mensagem:

“Nenhuma aplicação está terminada enquanto a documentação da mesma não estiver concluída”

A experiência revela, contudo, que “as aplicações” ou “sistemas aplicativos” nunca estão verdadeiramente concluídos independentemente da documentação.

Um sistema, qualquer que seja o seu objectivo, está sempre em evolução, por razões determinadas no seio do próprio organismo que tem a tutela da informação, por imposições externas (pressões legislativas, dos utilizadores, etc.) e, como reflexo das próprias alterações das ferramentas informáticas. Tal corresponde a afirmar que os sistemas informáticos após a sua implementação estão constantemente, de modo mais ou menos científico, a ser submetidos a critérios de avaliação, com vista a verificar se respondem às necessidades de cada momento, que ultrapassam muitas vezes (outras até divergem...) a finalidade para que foram criados. Desta avaliação contínua resultam novos problemas e, conseqüentemente, a necessidade da sua solução. Acresce ao que ficou referido, a apetência,

também louvável, da utilização da informação armazenada em sistemas informáticos para ser tratada de modo complementar ao que foi delineado como objectivo principal, com a finalidade de obter outros subprodutos, os quais se tornam necessários para uma gestão mais eficaz do próprio sistema e das organizações.

Nos sistemas documentais e, no caso concreto do tratamento da jurisprudência, há alguma dificuldade em estabelecer ou aplicar critérios rigorosos (científicos) para determinar a sua eficácia ainda que, em termos teóricos, possam ser equacionados.

O objectivo prioritário de um sistema documental é ser alvo de pesquisas, destinando-se estas a obter a informação pertinente a determinada questão.

Se aceitarmos o enquadramento do objectivo, como ficou definido, resta saber o que se entende “por informação pertinente” e como se expressa em termos quantitativos.

Como refiremos, a expressão quantitativa da “pertinência” ainda será a questão menor!

Tem de reconhecer-se, no caso das aplicações existentes de jurisprudência, que as pessoas capazes de avaliar a pertinência de um documento no contexto de uma pesquisa são, por um lado, os especialistas (juristas) que colaboram na constituição das bases de dados e estão familiarizados com todos os procedimentos de pesquisa e, por outro lado, os utilizadores da informação que, na sua maior parte, sendo juristas, não têm o mesmo nível de especialização e, eventualmente, conhecem menos profundamente as potencialidades do sistema de recuperação da informação.

Quer para uns, quer para outros, a “pertinência” traduz-se num juízo de valor e, como tal, está condicionada (na sua determinação) por um conjunto de factores objectivos e subjectivos.

Os referidos factores *subjectivos* condicionam, até, o posicionamento individual do observador.

Por exemplo, o mesmo observador tem uma reacção completamente diferente em relação à pertinência de um conjunto de documentos que logo decorre da ordem pela qual eles são exibidos.

Se o primeiro se enquadra completamente no âmbito da pesquisa e responde em 100% aos seus interesses, verifica-se que todos os restantes são qualificados também com alguma pertinência, excluindo-se os que são manifestamente impertinentes.

Se os primeiros documentos são impertinentes, os restantes são classificados, normalmente, como pouco pertinentes, exceptuando aquele ou aqueles que são, de facto, caracterizadores da questão em análise.

Também sucede que, se o primeiro documento for muito pertinente, mesmo que o segundo o seja, também, este é classificado com menos valor.

Quando o observador conhece a existência de um documento que “devia” estar no sistema e não está, é a catástrofe...!

Quando o observador conhece a existência do tema e o encontra na pesquisa, oscila entre a satisfação e uma certa indiferença.

Quando o observador encontra um documento de sua autoria então é o júbilo...!

9. Quantificação do desempenho do sistema

A valorização de um sistema impõe, fundamentalmente, quantificar os resultados obtidos na sua pesquisa, analisando o número de respostas consideradas como “ruído”, falta de resposta, erros e respostas positivas.

Considerando que uma base de dados de jurisprudência está actualizada, isto é, contém a globalidade dos documentos que se definem como sendo os necessários para a sua exploração, atentemos na seguinte representação, tendo por base um conjunto de pesquisas:

X — Número de documentos encontrados;

Y — Número de documentos que interessam de entre os encontrados;

Z — Número de documentos que interessam existentes no sistema.

Designa-se de “factor de precisão” a relação:

$$P = \frac{Y}{X}$$

Ou seja, o valor da razão entre o número de documentos que interessam (entre os encontrados) e o número de documentos seleccionados pela pesquisa.

O ideal seria que o valor de P fosse igual a 1, embora, na circunstância, tal não signifique, em absoluto, a boa construção do sistema, já que pode haver documentos que existem na base de dados e que também seriam pertinentes, se tivessem sido seleccionados.

Designa-se por “factor de ruído” a relação:

$$R = \frac{X-Y}{X}$$

Ou seja, valor da razão entre o número de documentos encontrados mas sem interesse, e o número de documentos encontrados.

O ideal seria que este valor fosse igual a 0.

Designa-se por “factor de exaustividade” a relação:

$$E = \frac{Y}{Z}$$

Ou seja, valor da razão entre o número de documentos pertinentes encontrados durante o processo de pesquisa e o número de documentos que existem na base de dados e que são também pertinentes.

Se o valor desta razão for igual a 1, significa, em termos jurídicos e informáticos, que o sistema possui a melhor qualidade.

Anote-se, desde já: se é difícil determinar em termos jurídicos a pertinência do documento, mais difícil é determinar se existem documentos pertinentes no sistema e que não foram exibidos. Abordaremos esta questão em sede própria.

Designa-se por “factor de omissão” a relação:

$$O = \frac{Z-Y}{Z}$$

Ou seja, a razão entre o número de documentos pertinentes não encontrados e existentes no sistema e o número de documentos pertinentes existentes no sistema.

Situaremos a nossa apreciação em dois dos factores, já que o “factor de ruído” é o complemento do “factor de precisão”, e o “factor de omissão” é o complemento do “factor de exaustividade”:

$$(R = 1 - P; O = 1 - E)$$

A pertinência é avaliada de acordo com o factor de precisão, podendo considerar-se um bom “factor de precisão” quando este se situa entre os valores 0,6 a 0,8 (valores comumente aceites).

Pese embora a subjectividade da apreciação da pertinência de um documento, consideram-se como motivos justificativos da existência de um “factor de precisão” baixo, o seguinte:

- A utilização de descritores com um significado bastante amplo pelo analista, embora sob o ponto de vista do utilizador a amplitude do termo usado seja restrita.
- Uso de palavras e descritores muito específicos na fase de análise jurídica.
- Utilização errada de operadores ou falta de uso dos operadores adequados.
- A existência de sinónimos.
- Utilização de palavras ou descritores com significado bastante amplo sem qualificar a pergunta (situando-a num número limitado de parágrafos).
- Desconhecimento da estrutura da base de dados e das possibilidades de pesquisa.
- Defeitos da estrutura da base de dados por não terem sido previstos os parágrafos e/ou campos necessários recorde-se.

A exaustividade é avaliada de acordo com a relação entre o número de documentos pertinentes encontrados numa pesquisa e o número de documentos pertinentes existentes no sistema.

Se nos alhearmos da complexidade que existe em determinar o que é pertinente ou não, o numerador da fracção que exprime o “factor de exaustividade” fica bem determinado enquanto o denominador é desconhecido.

Existem, contudo, alguns métodos que permitem calcular, ainda que por aproximação, este último parâmetro da fórmula.

O processo mais simples, sob o ponto de vista teórico, seria fazer uma análise com base no próprio fundo documental e, para um tema de pesquisa, verificar quantos documentos pertinentes foram introduzidos na base de dados. Para uma base de dados de grande volume seria impensável utilizar este método analítico, a não ser que se procedesse a tal estudo para temas muito restritos.

O método de "Cleverdon" utiliza o processo de pesquisas sucessivas, cada vez mais amplas, a partir da pesquisa inicial que determinou os documentos pertinentes encontrados. Isto é, depois de se terem encontrado os documentos pertinentes para uma pesquisa, fazem-se pesquisas sucessivas em que se adicionam parâmetros ao critério de pesquisa inicial, relacionando esses novos parâmetros com os anteriores por intermédio do operador booleano "OU".

O número de documentos encontrados irá crescendo e tenderá para um limite que se traduz na estabilização do seu número, igual ao de todos os documentos pertinentes existentes na base de dados.

Por exemplo, relativamente a pareceres que abordam a problemática do "destacamento" de funcionários, num sistema que tem 7.000 documentos, encontram-se 15 documentos considerados como importantes. Aumentando a amplitude da pesquisa, generalizando-a, com o tema "mobilidade":

— "Destacamento" "OU" Mobilidade"
encontram-se 17 documentos.

Acrescentando o termo "Inerência":

— "Destacamento" "OU" "Mobilidade" "OU" "Inerência"
encontram-se 25 documentos.

Acrescentando "Deslocação"

— "Destacamento" "OU" "Mobilidade" "OU" "Inerência" "OU"
"Deslocação"
encontram-se 23 documentos.

Dever-se-ia analisar os 8 documentos que não figuravam nos 15 iniciais e verificar se, de facto, eram pertinentes.

No caso de só 20 serem pertinentes o “factor de exaustividade” a considerar seria:

$$E=Y/Z=15/20=0,75$$

10 — Problemática das linguagens de “interrogação” da base de dados

10.1 O objectivo prioritário de um sistema informático documental é poder ser acedido para efeito de pesquisa, como se disse.

Daqui decorre que tão importante como ter um bom sistema de indexação e armazenamento dos documentos é relevante a linguagem de interrogação que materializa a “equação” de pesquisa.

Falamos em “equação” de pesquisa, porque de modo mais ou menos transparente ela existe sempre, ainda que para o utilizador a “acção” que leva à sua construção seja também mais ou menos complexa.

Cada “software de base” tem a sua estrutura e impõe que a “equação” de pesquisa seja formulada utilizando uma simbologia adequada para cada caso específico. O que é certo é que, qualquer que seja a simbologia utilizada, para o sistema informático essa equação se apresenta com o significado e o rigor que decorrem da *lógica matemática*. Quer isto dizer que, qualquer que seja a metodologia, há sempre traduções entre a “pergunta” formulada pelo utilizador e o modo como essa mesma pergunta se apresenta ao computador.

Independentemente da capacidade do “software” gerir da maneira mais adequada a informação armazenada, aquilo que mais pesa na qualificação como “bom ou mau”, para o utilizador final, é a *facilidade* da linguagem de interrogação.

Como veremos, as balizas do que se entende por “facilidade” não devem ser tão amplas que, a troco da simplicidade a todo o custo, não se retirem ganhos significativos da versatilidade do sistema. Por outro lado, a dificuldade de utilização do sistema de interrogação nunca deve ser tal que iniba o seu uso.

Entre aquilo que seria a interrogação, numa forma “nativa”, para o “software” de base utilizado, e a maneira como o utilizador faz essa mesma pergunta, são desenvolvidas “interfaces” que procedem a essa tradução, com vista a tornar, globalmente, o sistema “amigável”.

Mais ou menos elaboradas, as “interfaces” tentam simular, por aproximação, a linguagem corrente ou utilizam metodologias que são de uso frequente e que supõem um adestramento prévio dos potenciais utilizadores, como por exemplo, a utilização de quadros pré-formatados, que são completados com as palavras que se pretendem pesquisar.

Também vão aparecendo, com sucesso ainda duvidoso, sistemas interactivos que vão orientando o interessado no modo de construir a sua “equação” de pesquisa.

10.2 Ao abordar a questão das linguagens de interrogação e da sua complexidade, talvez mereça alguma reflexão a própria linguagem comum.

Quando se formula uma pergunta em linguagem comum, por mais objectivo que se seja, o interlocutor terá sempre que ensaiar uma tradução para a poder interpretar e responder.

A “tradução” subordina-se a uma multiplicidade de factores, dependendo da cultura, da “técnica” linguística, da tradição, da norma, etc., e consequentemente a resposta é condicionada.

Por exemplo, se se perguntar a alguém: “Tem um filho?”, o interlocutor responderá, eventualmente: “Não, tenho três”, no caso de ter 3 filhos! Contudo, se se perguntar: “Tem uma moeda de 5\$00?” o mesmo interlocutor responderá que “sim”, sem explicitar se tem, por exemplo, 10 moedas de 5\$00.

Sendo que o Direito se exprime através de uma linguagem científica, que na sua expressão, falada ou escrita, se socorre predominantemente da linguagem comum, o mesmo não sucede com outras linguagens científicas, designadamente a matemática, a física, a química, etc.

A expressão da “equação” que formula a pergunta, por exemplo em matemática, pode ter várias formas, mas traduz sempre o mesmo objectivo rigoroso; porém, em Direito, tal como na linguagem comum, a maior parte das vezes, a mesma expressão conduz a entendimentos diferentes.

Sem pensar na questão informática, suponhamos que o utilizador pretende consultar um sistema documental pelos termos DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO COMISSÃO ADIDOS.

Se pretender essa informação referida *cumulativamente* nos documentos deverá exprimi-lo do seguinte modo:

DESTACAMENTO, MOBILIZAÇÃO, COMISSÃO, ADIDOS.

Serão, pois, seleccionados os documentos que refiram, conjuntamente:

DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO COMISSÃO ADIDOS.

Bastaria que um documento referisse só três dos termos para não ser seleccionado.

No caso de pretender os documentos que fizessem referência aos mesmos termos, mas não interessando que estes aparecessem simultaneamente, escreveria:

DESTACAMENTO ou MOBILIZAÇÃO ou COMISSÃO ou ADIDOS.

Neste caso, cada um dos termos apareceria como alternativa ao anterior, mas qualquer deles não excluía a existência do outro.

Poder-se-ia, como resultado, obter um universo em que figuravam os 4 termos, acrescidos dos documentos em que figuravam 3, 2, ou 1.

Se enunciasse a sua necessidade de informação por:

DESTACAMENTO ou MOBILIZAÇÃO, COMISSÃO ou ADIDOS

o utilizador pretendia cumulativamente os dois conjuntos separados por (,) mas em cada um deles havia uma hipótese alternativa.

Assim, seriam seleccionados os documentos que referissem:

DESTACAMENTO e MOBILIZAÇÃO e COMISSÃO e ADIDOS

DESTACAMENTO e COMISSÃO e ADIDOS

MOBILIZAÇÃO e COMISSÃO e ADIDOS

DESTACAMENTO e COMISSÃO

DESTACAMENTO e ADIDOS

MOBILIZAÇÃO e COMISSÃO

MOBILIZAÇÃO e ADIDOS

DESTACAMENTO e MOBILIZAÇÃO e COMISSÃO

DESTACAMENTO e MOBILIZAÇÃO e ADIDOS

Não seriam, contudo, seleccionados os documentos que referissem um só dos termos, contrariamente, à situação anteriormente descrita.

A questão poder-se-ia complicar um pouco mais se a frase fosse escrita:

DESTACAMENTO, MOBILIZAÇÃO, COMISSÃO ou ADIDOS.

A conjunção (ou) aplica-se ao termo **COMISSÃO** ou ao conjunto **[DESTACAMENTO, MOBILIZAÇÃO, COMISSÃO]**?

Os resultados finais serão diferentes, conforme se seguir um ou outro entendimento, embora a interpretação mais razoável seja aquela em que a conjunção (ou) se aplica ao resultado do conjunto que a precede. O resultado que satisfaria a pesquisa seria constituído pelos documentos que contivessem:

DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO COMISSÃO ADIDOS

DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO COMISSÃO

ADIDOS

Como escreveríamos então a frase se se pretendesse que o termo Adidos fosse só alternativo para **COMISSÃO**?

Isto é, pretendíamos que os documentos contivessem os termos **DESTACAMENTO** e **MOBILIZAÇÃO** podendo ter o termo **COMISSÃO** conjuntamente com **Adidos** ou só num deles como alternativa do outro.

O conjunto dos documentos que interessariam seria portanto os que contivessem:

DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO COMISSÃO ADIDOS

DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO COMISSÃO

DESTACAMENTO MOBILIZAÇÃO ADIDOS

Deveríamos então escrever como pedido de informação, para esta última situação:

— **DESTACAMENTO, MOBILIZAÇÃO, COMISSÃO, OU ADIDOS** —

E como escreveríamos se pretendêssemos que qualquer elemento pudesse ser alternativo dos outros (individualmente ou em conjunto) e simultaneamente exclusivo?

Creemos que não bastariam “vírgulas” e “ou’s”!

Como poderemos exigir que o computador “responda” numa linguagem simples e intuitiva quando na nossa própria linguagem, mesmo sem restrições do uso dum léxico limitado, temos dificuldade em expressar as ideias?

Utilizando, porém, uma notação próxima da notação matemática resolvia-se facilmente a questão:

DESTACAMENTO XOU MOBILIZAÇÃO XOU COMISSÃO XOU ADIDOS

(**XOU** tem um significado de — ou exclusivo — isto é, quando aplicado a dois conjuntos resulta da operação **XOU** um conjunto cujos elementos cumprem a condição de pertencer a um deles, sem que pertençam simultaneamente aos dois)

No estágio actual da arte parece difícil simplificar, utilizando o suporte da língua vulgar, sem correr o risco de se perder objectividade.

2.10.3 *Suponhamos uma situação mais simples e tentemos dar-lhe uma solução, teórica, com “interfaces” que utilizam écrans para orientar a pesquisa. Por exemplo, pretendíamos saber quantos documentos existiam, numa base de dados, que referissem os termos “Destacamento” ou “Comissão”, separadamente ou em conjunto, e se qualquer destes elementos existisse, pretendíamos, ainda, que, obrigatoriamente, os documentos só fossem seleccionados se a palavra “ADIDOS” também existisse.*

Em termos de lógica matemática o problema fica bem definido pela expressão:

(DESTACAMENTO OU COMISSÃO) E ADIDOS

Um ecran para tolerar este tipo de pesquisa teria de comportar pelo menos lugar para as três palavras que se querem usar na pesquisa, mas tal não bastava.

De algum modo o utilizador teria que ser questionado para indicar qual era o “operador” que pretendia entre a primeira e 2.^a palavras. Nos ditos sistemas amigáveis, até poderiam ser exibidos os diferentes operadores e o utilizador “marcaria” aquele que pretendia.

Seguidamente, teria de relacionar o 3.^o termo com os anteriores, mas este relacionamento não se esgota por uma relação com o imediatamente anterior, já que o objectivo é fazê-lo actuar sobre o resultado da operação dos dois primeiros. Portanto, o utente teria que decidir sobre o operador a ser seleccionado mas também teria de responder a outro tipo de pergunta que visava esclarecer o sistema sobre o universo a que se applicava.

Para a pergunta poder ser genérica, provavelmente, teria de se responder à seguinte questão:

“Escolha um operador de entre e, ou, xou...)

“Diga se está relacionado com:

- o primeiro termo (1);
- com o segundo termo (2);
- com o resultado da primeira operação (3).

Um leitor mais prevenido notaria até que as questões que se colocam em relação ao segundo “operador” se colocam logo com o primeiro deles; bastava que o utilizador tivesse formulado o raciocínio invertendo a ordem das condições a verificar: ADIDOS E (DESTACAMENTO OU COMISSÃO).

Por mais objectivas que sejam as “perguntas” no écran, tem-se chegado à conclusão de que, a partir de 3 elementos, o *método não se revela suficiente*. Aquilo que se ganha em simplicidade (?) perde-se em versatilidade e capacidade do sistema.

Mesmo só com três elementos de pesquisa a situação ainda se torna mais complexa, se se quiser tirar partido da qualificação que pode ser atribuída a cada vocábulo introduzido, tal como, especificar que o termo ADIDO deve ser encontrado no parágrafo DESCRITOR e o termo DESTACAMENTO no parágrafo CONCLUSÕES.

O problema não é, segundo pensamos, de índole informática. Qualquer pessoa pode tentar resolver a questão anteriormente colocada, elaborando um desenho, em que, por preenchimento de espaços deixados em “branco”, consiga traduzir a mensagem suscitada pela pergunta.

10.4 Outra metodologia usada para simplificar o processo de pesquisa é denominada por “sistema interactivo”.

Fundamentalmente, o sistema começa por pedir ao utilizador que introduza um termo para pesquisa.

Quando este termo é introduzido, pergunta se existe mais algum e, em caso afirmativo que o introduza, seguidamente pergunta se há algum operador entre eles e qual é.

Aqui começa, a nosso ver, a complexidade da escolha. É que o primeiro operador pode não estar relacionado unicamente com o segundo operando, mas com o resultado de uma operação que decorre posteriormente.

Ainda aqui diríamos, por mais simples e bem formuladas que sejam as perguntas, a selecção das respostas a dar ao sistema torna o método complexo... para as situações complexas!

Apesar de menos motivadora a aprendizagem, porém, partilhamos a opinião de que as linguagens de interrogação que se situam perto da estrutura da linguagem corrente são as que resolvem da melhor maneira a questão que temos vindo a abordar.

A desmotivação, às vezes encontrada, resulta do facto de o utilizador, para iniciar o manejo do sistema, requerer alguma formação para apreender o alcance dos “operadores” e dominar algumas regras de sintaxe para construir as “equações” de pesquisa.

A apetência pelos sistemas ditos “amigáveis” é gerada pela sua simplicidade de utilização que, diga-se em seu abono, é quase intuitiva... e quanto mais intuitiva mais ineficaz!

10.5 Outros problemas que se colocam, quando da fase de interrogação, resultam do facto de se utilizarem ou não normalizações na representações de alguns termos, algumas destas por abreviaturas.

Este problema pode resultar numa falsa questão!

Bastará que o órgão de tutela a informação diga ao sistema informático que abreviaturas entende por sinónimos, ou a regra que preside à sua obtenção, para as dificuldades serem (parcialmente) vencidas.

Outra maneira de tornear o problema é possibilitar aos utilizadores o acesso a *tabelas externas* com as respectivas equivalências.

Mais uma vez o problema não é meramente informático e situa-se na escolha da regra para obtenção das abreviaturas que se consideram sinónimos.

O que não significa que a existência de demasiadas regras não se torne em algum empecilho!

Se na base de dados a designação “ARTIGO” (quando referido a um diploma legal) foi substituída sempre por ART, é óbvio que qualquer pesquisa que contenha como operando o termo ARTIGO dará como resposta — zero documentos.

O problema pode, pois, ser resolvido com uma tabela de sinónimos (no próprio sistema) com a equivalência ART=ARTIGO, ou pela consulta de tabela manual externa.

Esta situação não abrangia contudo as abreviaturas A., ARTG,.. etc. (ainda que em termos informáticos se pudesse implementar).

Claro está que a regra de obtenção de sinónimos por abreviaturas não pode ser tão generalizada que permita a eliminação de quaisquer caracteres, na sequência em que eles aparecem, da direita para a esquerda, com excepção do primeiro, pela confusão que daí adviria.

10.6 Relativamente ainda ao problema das pesquisas, é sabido que utilizadores de bases de dados produzidas por diferentes fornecedores de serviços de informática são confrontados com metodologias e linguagens de interrogação diferentes de caso para caso.

Apesar de se entender que o investimento efectuado para conhecer o mecanismo de funcionamento de um sistema de pesquisa auxilia bastante o entendimento e utilização futura de outros, este é, de facto, um problema real e de difícil solução, sendo esta mais difícil se não houver um órgão de cúpula ou centralizador que possa impor directrizes no sentido de uma uniformização de procedimentos.

Noutros países, designadamente em França, a solução tentada ultimamente (a partir de 1985) orienta-se no sentido de um órgão centralizador que “aparece” ao utilizador como interlocutor único para este tipo de serviço.

Esta solução, também parece a mais adequada ao caso português.

Em Portugal, tanto quanto nos é dado conhecer, não existem instituições com sistemas informáticos especificamente vocacionados para o tratamento da informação jurídica. Daqui resulta que os fornecedores destes produtos usam os “softwares” dos seus equipamentos também para outras actividades e, a maior parte das vezes, foram estas que determinaram e continuam a determinar a selecção dos seus recursos de “software”. Dificilmente um organismo de cúpula poderia impor a existência de um programa único para todos os equipamentos a não ser à custa de elevados encargos.

No caso de um órgão centralizador, que fosse o difusor da informação, e a que estivessem também ligados os organismos produtores, poder-

-se-ia implementar um sistema de “interface” que se apresentasse aos utilizadores com um formato único, e que se encarregaria de proceder às conversões adequadas para cada um dos diferentes sistemas em que residisse a informação.

10.7 O objectivo último de qualquer aplicação informática no domínio documental é o de fornecer ao utilizador os meios que lhe permitam aceder à informação de que necessita (pertinente) de forma rápida, simples e económica..

A diversificação dos critérios de pesquisa é, em grande medida, condicionante da selecção do “software de base” e applicacional que é utilizado, já que não se pode isolar o problema da recuperação da informação da própria organização interna dos dados em suporte magnético.

Para essa organização ser a mais adequada não basta ter, à partida, um “bom software” de base para carregamento dos suportes magnéticos e, depois destes carregados, implementar bons programas “aplicacionais”.

A organização dos dados a introduzir mostra-se essencial.

ANEXAM-SE exemplares de espécimes incluídos nas bases de dados jurídicas residentes na Direcção-Geral dos Serviços de Informática, tal como apareceu exibidos ao utilizador.

ANTÓNIO GOMES LOURENÇO MARTINS
(Procurador-Geral Adjunto)

LUÍS ALBERTO LOPES SALGADO
(Director-Geral dos Serviços de Informática)

Lisboa, Janeiro de 1991

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Fernando MANTOVANI — “Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Abril-Junho 1990.

Andrés DUNES — “La non — publication des decisions de Justice”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Abril-Junho 1986.

P. LECLERQ *et alia* — “Rapport de Mission sur les Banques de Données Juridiques”, 1984.

CEE — “Livro Verde sobre os Direitos de Autor e o Desafio da Tecnologia”, 1989.

Gérard CORNU — “Linguistique Juridique”, Monchrétien, Paris, 1990.

KEMP, Alasdair D. — “Computer-based Knowledge retrieval”, London, Aslib, 1988.

MOÑIZ GOÑI, Miguel Lopez — “Informática Jurídica”, Madrid, Diaz dos Santos.

PAICE, Chris — “Expert systems for information retrieval”, Aslib proceedings 38/10, October 1986.

PERCITT, Jr. Henry H. — “Artificial intelligence technique for evaluating employed terminations on a personal computer” in “Rutgers Computer of Technology Law Journal”, vol. 13, 1987.

ANEXO

EXEMPLARES EXTRAÍDOS DAS BASES DE DADOS:

**PARECERES DA PROCURADORIA GERAL
DA REPÚBLICA**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMU-
NIDADE EUROPEIA**

PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

NUM.DOC = PPA19870729009263
PARECER = P000921986
LIVRO = 63
PEDIDO = 861126
DISTRIB = 861127
RELATOR = FERREIRA RAMOS
SESSÕES = 01
VOTAÇÃO = 870729
TIPVOT = UNANIMIDADE
DATAINF = 000000
DESPPGR = 000000
ORGCONS1 = MPAT
**ENTCONS1 = MIN DO PLANO E ADMINISTRAÇÃO DO
TERRITÓRIO**
SERVCON1 =
ORGCONS2 =
ENTCONS2 =
SERVCON2 =
ORGCONS3 =
ENTCONS3 =
HOMOLOG1 = HOMOLOGADO
DATADES1 = 860813
HOMOLOG2 =
DATADES2 = 000000

HOMOLOG3 =
DATADES3 = 000000
PRIVAC = 01
DATAJO = DR880218
NUMJO = 040
PAGJO = 01557
RECTIF = 000000
NUMBMJ = 377
PAGBMJ = 086
REFPUB =
INDEV1 =

INDEV2 =

INDEV3 =

AREA TEMATICA

DIR ADM * ADM PUBL/DIR FISC.

REF PARECERES

P000301951 P000881953 P000901961 P001241980
P001841983 P001221984 P000391985 P000151986
P000591986 P000141987

LEGISLAÇÃO

CONST76 ART237 ART241 ART242.
DL 98/84 DE 29/03/1984 ART1 N4 ART3 N1 E ART8
G ART9 N1 ART29.
DL 100/84 DE 29/03/1984 ART2 ART39 N2 ART51 N1
P ART76 ART89 ART96.
CE54 ART25 N4.
RCE54 ART12.

JURISPRUDÊNCIA

AC TC 277/86 IN DR 2 SERIE DE 17/12/1986.
AC STA DE 02/11/1978 IN AP-DR DE 28/06/1983.

DESCRITORES

- * TAXAS MUNICIPAIS.
IMPOSTO.
TARIFA.
PODER REGULAMENTAR DAS AUTARQUIAS
LOCAIS.
MUNICIPIOS DE LISBOA E PORTO.
FINANÇAS LOCAIS.
OCUPAÇÃO DA VIA PÚBLICA.
- * ESTACIONAMENTO PRIVATIVO.
- * ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS DO ESTADO.
COMPETÊNCIA DA ASSEMBLEIA MUNICIPAL.
COMPETÊNCIA DA CAMARA MUNICIPAL.
DELIBERAÇÃO CAMARARIA.

CONCLUSÕES

- 1 — O artigo 3, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 98/84, de 29 de Março, diferenciava — nos exactos termos em que hoje o faz o artigo 4, n.º 1, alínea h), da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro —, como receitas do município, o produto da cobrança de taxas resultantes da prestação de serviços pelo município, por um lado, e, por outro lado, o produto da cobrança de tarifas resultantes dessa mesma prestação de serviços.
- 2 — O artigo 9, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 98/84 (hoje o artigo 12, n.º 1, da Lei n.º 1/87) enunciava as actividades a que as tarifas podem respeitar, não incluindo, entre elas, o estacionamento de veículos em parques ou outros locais a esse fim destinados (cfr., também, o artigo 51, n.º 1, alínea p), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março);
- 3 — As quantias que os municípios podem cobrar como contrapartida do estacionamento referido na conclusão anterior, são cobradas a título de taxas e não de tarifas (artigo 8, alínea g), do Decreto-Lei n.º 98/84, e 11, alínea g), da Lei n.º 1/87);
- 4 — Compete a assembleia municipal, mesmo nos municípios de Lisboa e Porto, estabelecer, nos termos da

lei, taxas municipais e fixar os respectivos quantitativos (artigos 39, n.º 2, alínea 1), e 96, ambos do Decreto-Lei n.º 100/84);

- 5 — A deliberação da Câmara Municipal de Lisboa n.º 47/CM/86, publicada no Diário Municipal n.º 14931, de 28 de Julho de 1986, esta ferida de ilegalidade, por vício de incompetência, arguível nos termos gerais de direito;
- 6 — O Estado está isento do pagamento de todas as taxas devidas as autarquias locais, ao abrigo do disposto no artigo 27, n.º 1, da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

NUM.DOC = TPV1988053188107P
ACORDÃO = 88-107-P
DATAAC = 880531
RELATOR = MONTEIRO DINIS
PROCESSO = 88-0220
ESPECIE = PREVENTIVA B
RTE = PRESIDENTE DA REPÚBLICA

RDO = ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

DR.NUM = 141
SERIE = I
DATA = 880621
DR.PAG = 2516
BMJ.NUM = 377
BMJ.PAG = 155
ACTC =
ACTC.PAG =
REFPUB =
VOTAÇÃO = MAIORIA COM 3 DEC VOT E 5 VOT VENC
PRIVAC = 01

DECL VOTO VITAL MOREIRA. NUNES DE ALMEIDA. MARIO DE BRITO.

VOTO VENCIDO

MARTINS DA FONSECA. RAUL MATEUS. CARDOSO DA COSTA. MESSIAS BENTO.
MARQUES GUEDES.

CONSTITUIÇÃO

1982 ART53 ART55 D ART57 N2 A ART59.

NORMA APRECIADA

D 81/V AR ART1 N2 ART2 A D F S.

NORMA DECL INC

D 81/V AR ART1 N2 ART2 A D F S.

LEG NACIONAL

L 1952 DE 1937/03/10. DL 47032 DE 1966/05/27. DL 49408 DE 1969/11/24. DL 783/74 DE 1974/12/31. DL 372-A/75 DE 1975/07/16. DL 84/76 DE 1976/01/28. DL 841-C/76 DE 1976/12/07. L 48/77 DE 1977/07/11. L 68/79 DE 1979/10/09. DL 398/83 DE 1983/11/02.

LEG ESTRANGEIRA

CONST RFA ART80. CONST IT ART76.

JUR CONSTITUC

AC TC 31/84 IN DR IS 1984/04/17. AC TC 451/87 IN DR IS 1987/12/14. AC TC 15/88 IN DR IS 1988/02/03. AC TC 70/85 IN DR IIS 1985/06/01. AC TC 131/86 IN DR IIS 1986/08/13. AC TC 328/86/IN DR IIS 1987/02/16. AC TC 122/86 IN DR IIS 1986/08/06. AC TC 126/84 IN DR IIS 1985/03/11. AC TC 204/85 IN DR IIS 1986/01/25. AC TC 309/85 IN DR IIS 1986/04/11. *CONT JUR INTERNAC.

OUTRA JUR AC STJ DE 1983/03/13 IN BMJ N327 PAG 573.

AC STJ DE 1983/07/29 IN BMJ N329 PAG475.

JUR INTERNAC.

CONT JUR CONSTITUC. AC TC 18/86 IN DR IIS 1986/04/24. AC CC 458 IN AP-DR 1983/08/23. AC CC

476 IN AP-DR 1983/08/23. P CC 17/81 IN PCC V16 P14.

JUR ESTRANGEIRA

SENT TC IT 75 DE 1957/05/25 IN GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 1957 PAG770.

AREA TEMATICA1

FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE. TEORIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. TEORIA DA LEI. DIREITOS LIBERDADES E GARANTIAS DOS TRABALHADORES. DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS.

AREA TEMATICA2

DIR TRAB.

DESCRITORES

PROCESSO CONSTITUCIONAL. FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. LEGISLAÇÃO DO TRABALHO. PARTICIPAÇÃO NA ELABORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO. DESPEDIMENTO SEM JUSTA CAUSA. DESPEDIMENTO. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. DIREITO AO TRABALHO. SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITOS LIBERDADES E GARANTIAS DOS TRABALHADORES. DIREITO ORDINARIO ANTERIOR. INDEMNIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. LEI FORMAL. PODER DE COGNIÇÃO. NORMA. OBJECTO DO PEDIDO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. COMISSÃO DE TRABALHADORES. SINDICATO. REPRESENTANTE DOS TRABALHADORES. DECISÃO DO TRIBUNAL. CONTRATO DE TRABALHO. OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS. REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO. SUSPENSÃO DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO. SUSPENSÃO DE DESPEDIMENTO.

DECISÃO

Pronuncia-se pela inconstitucionalidade das normas dos artigos 1 n.º 2, 2 alíneas a), d), f) e s) do Decreto n.º 81/V da Assembleia da República, relativo a revisão do regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, do contrato de trabalho a termo e do regime processual da suspensão e redução da prestação do trabalho.

SUMÁRIO

- I — As normas de uma lei de autorização são concebidas e pretendidas pela Constituição enquanto normas geradoras do processo legislativo das leis delegadas e por tal circunstância são aplicadas com a emissão destas, sem prejuízo de, desde logo, constituírem instrumento jurídico-normativo quanto a determinação do segmento do ordenamento em vias de modificação e quanto ao sentido genérico das alterações a introduzir. Detendo, assim, a natureza e qualidade de normas, legitima-se que quanto a elas, seja accionado o mecanismo da fiscalização preventiva da constitucionalidade.
- II — O Tribunal Constitucional, no âmbito dos seus poderes de cognição, não se encontra impedido de abordar questões de constitucionalidade diversas daquelas que vêm postas no pedido relativamente as normas aí referenciadas.
- III — Para tanto não constitui impedimento que o Tribunal Constitucional haja de socorrer-se de factos que, embora não alegados no pedido, foram objecto de publicação em jornal oficial de um órgão de soberania, constando ademais do processo.
- IV — A Constituição atribui às comissões de trabalhadores e às associações sindicais o direito de participarem na elaboração da legislação do trabalho, conceito que abrange a legislação regulamentar dos direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos na Constituição.
- V — No caso, todas as normas que integram o pedido respeitam a legislação laboral, devendo como tal ser

havidas, para efeitos do direito de participação, sem que, para tanto, algum obstáculo represente o facto de integrarem uma lei de autorização legislativa.

- VI — Uma vez que a Assembleia da República não levou a efeito qualquer consulta as organizações representativas dos trabalhadores, nem lhe foi dado conhecimento pelo Governo das opiniões e outros elementos eventualmente por ele recolhidos aquando da audição das organizações dos trabalhadores, na fase preparatória da proposta de lei, conclui-se que as normas impugnadas são inconstitucionais, por não se haver respeitado o referido direito de participação.
- VII — Razões de ordem prática e de economia processual que se prendem com a celeridade do procedimento legislativo e com a própria natureza da fiscalização preventiva da constitucionalidade aconselham a que mesmo que se tenha reconhecido a inconstitucionalidade formal se apreciem as questões de constitucionalidade material.
- VIII — O artigo 168 n.º 2 da Constituição na sua versão actual acolheu o princípio da especialidade das autorizações legislativas devendo assim entender-se que, se através do objecto se enuncia a matéria sobre que versa a autorização e da extensão qual a amplitude da lei autorizada, através do sentido são fixados os princípios base, as directivas gerais que devem presidir à elaboração da lei delegada.
- IX — Não viola deste modo, aquele preceito constitucional a norma do artigo 1, n.º 2 do decreto em apreço, a qual, conjugada com outros preceitos do mesmo diploma, define o sentido da autorização, de modo a poder ser dimensionado o objectivo e o critério da disciplina legislativa no tocante às matérias inscritas na área reservada da competência da Assembleia da República, a concretizar pelo Governo.
- X — Uma rigorosa captação do âmbito normativo dos conceitos constitucionais impõe que se proceda ao

recenseamento das fontes e das vicissitudes formativas que conduziram ao seu texto actual e respectivo enquadramento sistemático, compatibilizando-os com o próprio texto.

- XI — A proibição constitucional do despedimento sem justa causa, constante do artigo 53 da Lei Fundamental, consente uma certa margem de liberdade de configuração legislativa concreta do conceito de justa causa, mas o legislador não pode transfigurá-lo, de modo a fazer com que ele cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas das que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa.
- XII — A Constituição não admite o renascimento da figura do despedimento com base em motivo atendível, contemplada na versão originária do Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho.
- XIII — O alargamento do conceito de justa causa operado pela norma do artigo 2, alinea a), do decreto em exame, a factos situações ou circunstâncias objectivos ligados a aplicação do trabalhador ou fundados em motivos económicos, tecnológicos, estruturais ou de mercado, relativos a empresa, estabelecimento e serviços, traduz-se na adulteração do conceito de justa causa, em violação do artigo 53 da Constituição.
- XIV — Também viola o mesmo artigo 53 a norma que admite a substituição judicial da reintegração do trabalhador por indemnização em caso de despedimento judicialmente declarado ilícito, após pedido da entidade empregadora, quando o Tribunal crie a convicção da impossibilidade do reatamento das normais relações de trabalho. E que esta eventual impossibilidade, ao menos na generalidade das situações, se deve ao próprio despedimento ilícito, permitindo assim que a entidade patronal sempre possa despedir o trabalhador a margem de qualquer causa constitucionalmente lícita.

- XV** — O artigo 56 n.º 6 da Constituição estabelece de um lado um direito dos representantes eleitos dos trabalhadores a uma protecção adequada contra formas de constrangimento, condicionamento ou limitação das suas actividades funcionais e de outro consagra uma imposição dirigida ao legislador no sentido deste criar uma disciplina normativa que dê satisfação, nos diversos planos do seu exercício, a esse direito.
- XVI** — A Constituição, porém, não impõe necessariamente uma certa e determinada forma especial de protecção, designadamente a reserva de acção e decisão judicial em casos de despedimento de trabalhadores, membros das respectivas organizações representativas, como garantia da segurança no emprego e da liberdade sindical, mas exige um conteúdo protector adequado cuja concretização, ao menos no plano abstracto, pode ser assumido pela lei delegada de diversificadas maneiras.
- XVII** — O direito ao trabalho constitucionalmente consagrado no artigo 59 na lei fundamental, enquanto assegura a realização do homem numa dimensão pluridireccional, deve haver-se como algo mais complexo do que uma pura relação económica na qual o acento tónico seja posto na retribuição auferida pelo trabalhador. Para além desta componente essencial, outras existem a ela associadas entre as quais deve conter-se o próprio exercício do trabalho ou do emprego do qual o trabalhador não pode, salvo motivo ilícito, ser afastado ou impedido de o actuar.
- XVIII** — Assim sendo, a norma do artigo 2, alínea s) do decreto em apreço que consente à entidade patronal a suspensão da prestação do trabalho fora do processo disciplinar e na ausência de justificação judicialmente atendida, colide com o disposto no artigo 59 da Constituição.

XIX — As decisões judiciais só valem nos exactos e estreitos termos da lei que as suporta, não sendo o seu conteúdo determinado pelo julgador.

XX — Não se pode afirmar, deste modo, que o princípio da autoridade judicial resulte violado ao conceder-se à entidade patronal a faculdade de, posteriormente a decisão judicial de suspensão de despedimento e para além dela, suspender o efectivo exercício da prestação de trabalho.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

NUM.DOC = SA119880211024485
PROCESSO = 024485
DATAAC = 880211
TRIBUNAL = 1 SUBSECÇÃO DO CA
RELATOR = PEREIRA DA SILVA
DATAENT = 861117
RTE = OUTEIRO, GILBERTO

RDO1 = MINAPA

RDO2 =

VOTAÇÃO = UNANIMIDADE

COL.VOL =

ANO =

PAG. =

APENDICE =

DATAAP = 000000

AP.PAG =

REFPUBL1 = BMJ N374 PAG293

REFPUBL2 =

PRIVAC = 01

MEIO PROCESSUAL
REC. CONT.

OBJECTO DESP MINAPA DE 1986/07/31. DECISÃO INDEFERIMENTO.

IND EVENTUAIS
QUESTÃO PREVIA.

AREA TEMATICA1
DIR ADM GER — FUNÇÃO PUBL DISCIPLINAR.
DIR ADM CONT.

LEG NACIONAL
L 16/86 DE 1986/06/11 ART16 N1 N2.
EDF84 ART26 N4 D.
LPTA85 ART51 N2.
RSTA57 ART46 N1 ART47 PARI.

DESCRITORES
PROCESSO DISCIPLINAR.
* DEMISSÃO.
AMNISTIA.
MODIFICAÇÃO DE PENA DISCIPLINAR.
REQUERIMENTO.
APOSENTAÇÃO COMPULSIVA.
ACEITAÇÃO.
LEGITIMIDADE ACTIVA.
SUBSTITUIÇÃO DO OBJECTO DO RECURSO.
PROSSEGUIMENTO DO RECURSO.

SUMÁRIO I — Tendo o recorrente, punido disciplinarmente com a pena de demissão, requerido, nos termos do art. 16 da Lei n.º 16/86, de 11 de Junho, a substituição daquela pena pela de aposentação compulsiva, “sem prejuízo do direito de recorrer contenciosamente da decisão do processo”, decisão a proferir, no recurso que ia interpor, ressaltou o direito de impugnar contenciosamente a decisão punitiva.

- II — Por isso, tendo a autoridade recorrida substituído a pena de demissão imposta (por despacho que estava a ser impugnado contenciosamente) pela de aposentação compulsiva, pode o recorrente substituir o objecto do recurso impugnando o novo despacho que lhe aplicou esta pena de aposentação compulsiva, com os mesmos fundamentos, nos termos do art. 51 n.º 1 da L.P.T.A.
- III — O requerimento de substituição da pena nos termos do art. 16 da Lei n.º 16/86, com a referida ressalva de impugnar o acto punitivo, não constitui aceitação tácita derivada da prática sem reserva de facto incompatível com a vontade de recorrer, nos termos do parágrafo 1 do art. 47 do RSTA.
- IV — Não perdeu, por isso, o recorrente, ao fazer aquele requerimento, com a referida ressalva, a legitimidade para impugnar o acto que o puniu.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Texto integral)

NUM.DOC = SJ199001100404903
PROCESSO = 040490
APENSO =
DATA.AC = 900110
NUMUNICO =
RELATOR = MENDES PINTO
VOTAÇÃO = UNANIMIDADE
REFPUBL =
TRIB.REC = T J SANTIAGO CACEM - T MAR LISBOA

PROC.REC = 127/86
DATA = 890607
PRIVAC = 01
TEXTPOINT = S
RECURSO =
PROC.REF =

MEIO PROCESSUAL

CONFLITO COMPETÊNCIA.

DECISÃO

DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

AREA TEMATICA

DIR JUDIC - CONFLITOS.

LEG NACIONAL

L 35/86 DE 1986/09/24 ART1 N3 ART5 ART17.

PORT 606/87 DE 1987/07/15.

L 38/87 DE 1987/12/23 ART70.

DESCRITORES

CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

COMPETÊNCIA.

TRIBUNAL COMPETENTE.

SUMÁRIO

Só devem seguir pelos tribunais marítimos, enquanto tribunais de competência especializada, os processos, acções e papéis entrados posteriormente à data da sua instalação. DEC T INTEGRAL Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

O Ex.mo Procurador Geral Adjunto neste Supremo Tribunal requereu se decida o conflito negativo de competência suscitado entre o Ex.mo Juiz da comarca de Santiago do Cacem e o M.mo Juiz Tribunal Marítimo Lisboa, para conhecer do recurso interposto pela Sociedade Portuguesa de Navios Tanques, Limitada, Soponata, para o primeiro, da decisão do Ex.mo Capitão do Porto de Sines que a condenou a pagar a multa de 391 500 escudos. Na verdade, este declarou-se incompetente para conhecer do recurso e ordenou a remessa dos autos para o Tribunal

Marítimo de Lisboa, com fundamento no artigo 70 da Lei n.º 38/87, de 23 de Dezembro, artigo 5 da Lei n.º 35/86 de 24 de Setembro e Portaria n.º 606/87, de 15 de Julho, o qual, por sua vez se declarou incompetente, com base em ter entrado em funcionamento já posteriormente a entrada do recurso no Tribunal de Santiago de Cacém, sendo certo que a lei só lhe atribue competência para o futuro; além de ter sido proferido despacho neste Tribunal, já transitado em julgado, que aceitara a competência para o feito. As decisões sobre a incompetência transitaram em julgado. Subiram os autos a este Supremo Tribunal e, determinada a audição das autoridades em conflito, nenhuma delas se pronunciou.

Ex.mo Procurador Geral Adjunto neste Supremo Tribunal, manifestou-se no sentido de o conflito ser decidido atribuindo-se a competência ao Tribunal de Santiago do Cacém. Correram os autos os vistos legais e veem agora para decidir.

E decidindo: Pode desde já adiantar-se que razão tem o M.mo Juiz do Tribunal Marítimo de Lisboa. Efectivamente, dando execução ao preceituado pelo n.3 do artigo 1 da Lei n.º 35/86, de 4 de Setembro, cujo n.1 uniu os “tribunais judiciais de 1 instância e de especializada denominados tribunais marítimos”, a Portaria n. 606/87, de 15 de Julho, declarou instalado o de Lisboa. Portanto, a partir desta data. E o artigo 17 da referida Lei estabeleceu que “os processos, acções e papéis pendentes manteem-se nos actuais tribunais ou juízos até ao seu termo ou arquivamento. Da conjugação destes normativos resulta, sem sombra de duvida, que só os processos, acções e papéis entrados posteriormente a data da instalação dos tribunais marítimos e que, obviamente, se enquadrem na sua competência especializada, neles deverão seguir termos até final. E, adversamente, todos os que já anteriormente a sua criação e instalação se encontrassem pendentes nos tribunais ou juízos então existentes, neles continuariam até final. E, como bem refere o M.mo Juiz do Tribunal Mari-

timo, esta doutrina não é abalada pelo disposto pelo artigo 70 da Lei n.º 38/87, de 23 de Dezembro, que fixa a competência destes tribunais, já que esta norma não tem eficácia retroactiva, apenas se aplicando, pois, para futuro e a partir da entrada em vigor dessa Lei. Ora, o recurso a que se reportam os presentes autos deu entrada no Tribunal de Santiago do Cacém em 20 de Junho de 1986, cerca de 3 meses, por conseguinte, antes da publicação da Lei n.º 35/86, e 1 ano antes da instalação do Tribunal Marítimo de Lisboa. Assim, pela simples aplicação a hipótese “sub indice” do estatuido pelo transcrito artigo 17 da Lei n.º 35/86, o conhecimento do referido recurso exclue-se da competência do Tribunal Marítimo de Lisboa e integra-se desde logo na do Tribunal da comarca de Santiago do Cacém. A mesma solução se chegaria, afinal, conforme bem salienta o Ex.mo Procurador Geral Adjunto, pelo princípio do “juiz natural”, consagrado no n.º 7 do artigo 32 da Constituição. Nesta conformidade, e, sem necessidade de quaisquer outras considerações, decidem o presente conflito julgando competente para conhecer do recurso interposto, o Tribunal da comarca de Santiago do Cacém.

Sem imposto por não ser devido.

MENDES PINTO,
VASCO TINOCO,
LOPES DE MELO.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(Ficha resumo)

NUM.DOC = SJ199001100405433
PROCESSO = 040543
APENSO =
DATA.AC = 900110
NUMUNICO =
RELATOR = LOPES DE MELO

VOTAÇÃO = UNANIMIDADE
REFPUBL =
TRIB.REC = T REL PORTO
PROC.REC = 9187/88
DATA = 890517
PRIVAC = 01
TEXTOINT = N
RECURSO =
PROC.REF =

MEIO PROCESSUAL
REC PENAL.

DECISÃO
NEGADA A REVISTA.

AREA TEMATICA
DIR CRIM - CRIM C/PESSOAS / TEORIA GERAL.

LEG NACIONAL
CE54 ART59 B ART61 N2 B.
CP82 ART48.

DESCRITORES
INIBIÇÃO DA FACULDADE DE CONDUZIR.
SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA.

SUMÁRIO I — Somente circunstâncias verdadeiramente excepcionais, justificam que o período de inibição da faculdade de conduzir não corresponde ao período de tempo da pena de prisão aplicada;

- SUMÁRIO II** — Não é legalmente possível, face ao disposto no artigo 48 do Código Penal, a suspensão apenas da execução da pena acessoria de inibição da faculdade de conduzir.
- SUMÁRIO III** — Não é caso de substituição a mesma inibição (resultante de culpa grave e exclusiva do réu) pela caução de boa conduta (fiança em depósito de quantia determinada) quando os factos provados não revelam que o réu será de futuro um bom condutor e evitará as infracções de tipo daquela que foi julgado — artigo 61, n.º 4 do Código Penal.

**JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DA COMUNIDADE EUROPEIA**

NUM.DOC = 689JO169
PROCESSO = 169/89
DATA.AC = 900323
TRIBUNAL = T DE JUSTIÇA
TRADUÇÃO = N
CONCLADV = N
DESPJUIZ = N
NUMJOCEE =
DATJOCEE =
INFJOCEE =
PAGJOCEE =
TIPO PROCESSO

QUESTÃO PREJUDICIAL.

REQUERENTE

REINO DA HOLANDA.

REQUERIDO GOURMETETTERIE VAN DEN BURG - HOLANDA.

AREA TEMÁTICA

POLITICA COMERCIAL COMUM.

PROTECÇÃO DO AMBIENTE.

DIREITO COMUNITÁRIO - APROXIMAÇÃO DE
LEGISLAÇÕES.

LEG COMUNITARIA

DIR CONS CEE 79/409/CEE DE 1979/04/02. REG
CONS CEE 82/3626 DE 1982/12/03. T CEE ART30
ART36.

LEG NACIONAL

LEI HOLANDESA SOBRE PÁSSAROS SELVAGENS
ART7.

JUR COMUNITARIA

AC T DE JUSTIÇA DE 1988/06/14 PROC29/87.

AC T DE JUSTIÇA DE 1988/04/27.

DESCRITORES

PRIMADO DO DIREITO COMUNITARIO.

RESTRIÇÃO A IMPORTAÇÃO.

LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS.

PROTECÇÃO DA FAUNA.

CONCLUSÕES

O acórdão proferido no processo 169/89, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial apresentado ao Tribunal de Justiça das CE por Hoge Raad Der Nederlanden sobre a interpretação dos Artigos 30 e 36 do Tratado de Roma, no quadro de um procedimento penal intentado contra La Gourmetterie Van Den Burg, condenada por infracção as disposições de uma lei Holandesa que protege os pássaros vivendo na Europa, em estado selvagem, e que interpos recurso alegando que o passaro confiscado tinha sido morto legalmente no Reino Unido, de acordo com o Artigo 6, paragrafos 2 e 3 do Anexo 3 — 1.2 da Directiva 79/409/CEE do Conselho,

de 20 de Abril de 1972, relativa a conservação dos pássaros selvagens, conclui: Os Artigos 30 e 36 do Tratado de Roma em conjugação com a Directiva 79/409/CEE de 2 de Abril de 1979 relativa a protecção de pássaros selvagens deve interpretar-se no sentido de que a interdição de importar e comercializar não é justificada quando se aplica a uma determinada espécie de pássaro que não vive no território do Estado que pretende aplicar uma lei nacional, sendo proveniente de outro Estado membro, onde a sua caça é autorizada quer pelo direito nacional quer pela referida Directiva, não sendo considerada ave migradora nem em extinção. LR.

ABILIO MANUEL DE ALMEIDA MORGADO

**A EVASÃO FISCAL
FACE A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO
DA LEI FISCAL**

**ABORDAGENS DO TEMA
E SUAS IMPLICAÇÕES METODOLÓGICAS**

Setembro de 1990



SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO

I. NATUREZA JURÍDICA DA EVASÃO FISCAL

- I.1. **Noção de evasão fiscal, condições de existência, figuras afins, causas e efeitos.**
 - I.1.1. *O fenómeno da “resistência” ao imposto.*
 - I.1.2. *Noção de evasão fiscal e seu conteúdo.*
 - I.1.3. *A evasão e o planeamento fiscais. O sentido da dialéctica: interpretação (extensiva)/integração de lacunas.*
 - I.1.4. *A evasão e a fraude fiscais. O sentido da dialéctica: licitude/ ilicitude da evasão fiscal.*
 - I.1.5. *A evasão e a simulação fiscais. O sentido do elemento subjectivo da evasão fiscal.*
 - I.1.6. *Causas e efeitos da evasão fiscal.*
- I.2. **Natureza da norma fiscal evadida. A incidência fiscal.**
- I.3. **Os meios jurídicos de evasão fiscal.**

II. O PROBLEMA DA EVASÃO FISCAL PERANTE O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI FISCAL. NATUREZA PROBLEMÁTICA DESTA CONFIGURAÇÃO DO TEMA

II.1. Configuração abstracta do tema.

II.1.1. *A delimitação recíproca de cada um dos problemas.*

II.1.2. *A problemática da metodologia do pensamento jurídico.*

II.2. Configuração doutrinal do tema.

II.2.1. *Afirmção da licitude da evasão fiscal. Delimitação positiva e delimitação negativa dessa valoração jurídica.*

a) O sentido oposto do comum esquema subsuntivo utilizado e suas implicações ...

b) ... na delimitação positiva.

c) ... na delimitação negativa.

II.2.2. *Afirmção da ilicitude da evasão fiscal. Construção teórica dessa valoração jurídica. Crítica de cariz metodológico.*

II.3. Limitações resultantes da configuração do tema por uma metodologia jurídica lógico-subsuntiva.

II.3.1. *Os limites próprios do esquema lógico-subsuntivo.*

II.3.2. *A legalidade e a tipicidade fiscais. A lógica de "implicação intensiva" e o princípio de "exclusivismo". O sentido normativo da opção pelo "argumentum a contrario" em detrimento da analogia. As implicações na interpretação extensiva.*

II.3.3. *A teoria da interpretação da lei fiscal. Crítica. Devolução da problemática da evasão fiscal ao legislador.*

III. A CONSTRUÇÃO DA JURIDICIDADE PELA RELAÇÃO DE RECÍPROCA IMPLICÂNCIA ENTRE A ESTRUTURA DA EVASÃO FISCAL E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO TIPO TRIBUTÁRIO. TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PROBLEMA METODOLÓGICO

- III.1. A superação do esquema lógico-subsumtivo. A concreta realização do direito.
- III.2. A importância do elemento subjectivo da evasão fiscal no sentido da compatibilização da interpretação extensiva da norma fiscal de incidência com o princípio da tipicidade tributária.
- III.3. A fundamentação da tipicidade tributária por dimensões valorativas com sentido jurídico que transcendem a própria lei e a fundamentação da incidência fiscal.
- III.4. A importância dos limites estruturais da interpretação extensiva para a configuração da relevância do elemento subjectivo da evasão fiscal.
- III.5. Conclusão. Sentido final da implicância recíproca: consumpção do fenómeno “evasão fiscal”; legitimação da interpretação fiscal extensiva.

BIBLIOGRAFIA CITADA



INTRODUÇÃO

Ao contrário de algumas opiniões, pensamos que a estrutura jurídica da evasão fiscal conduz logicamente à sua exclusão das hipóteses de aproveitamento, tão lícito quanto legítimo, das lacunas do ordenamento jurídico fiscal. Esta abordagem fatalmente conflui para a mesma problemática de cariz metodológico em que assentaremos. Tem, contudo, a vantagem perversa de usufruir de argumentação facilitada pela firmeza acrescida, perante a interpretação extensiva, com que é banida a possibilidade de integração das lacunas de incidência fiscal.

Configuraremos a evasão fiscal pela consciência de afastar a aplicação da norma de incidência através da prática de um acto jurídico lícito, literalmente não contido na lei evadida, mas capaz de prosseguir o resultado económico previsto no seu espírito. Deste modo, o nosso tema reconduzir-se-á naturalmente à questão da interpretação extensiva da norma fiscal de incidência, na debatida análise da compatibilização desta com o princípio tributário da tipicidade com cariz de exclusivismo.

De facto, a sua abordagem tem sido feita nestes termos, concluindo-se logicamente a licitude ou a ilicitude da evasão fiscal da resolução, com autonomia e como premissa, da questão dos limites da interpretação jurídica fiscal.

Mesmo aquelas posições, em si mesmas criticáveis, que, avançando em linha recta, tratam a problemática da evasão fiscal delimitando positivamente a sua licitude, aludindo a um direito de resistência ao imposto, se vêem forçadas a enraizar penhoradamente a sua argumentação nos mesmos princípios que enquadram os referidos limites interpretativos ou, pelo menos, estendem até eles as consequências da sua tese. Por outro lado, as

posições que tentam alicerçar a ilicitude da evasão fiscal em esquemas jurídicos diferentes da violação frontal da lei — e, portanto, da lógica interpretativa — fazem-no porque, confrontadas com um fenómeno que sentem merecer repulsa do direito, não encontram naquela lógica a resposta adequada.

A afirmação da licitude ou da ilicitude da evasão fiscal é, contudo, como veremos, uma falsa colocação do problema, de resultados claramente insuficientes. Por resolver fica, na verdade, uma questão essencial: como tributar o acto jurídico em que evasão fiscal se materializa, seja ele lícito ou ilícito.

Por outro lado, o enquadramento jurídico da evasão fiscal pela aceitação da interpretação extensiva da norma fiscal de incidência — qualquer que seja o regime jurídico que daí se extraia —, único com capacidade para assumir com frontalidade aquela questão essencial, fica irremediavelmente exposto à crítica comumente avançada que evidencia, com inegável razoabilidade, ser essa interpretação atentatória dos princípios de certeza e de segurança que num Estado Social de Direito justificam o carácter tipológico da incidência fiscal. E isto apesar de se reconhecer, conformadamente, quer os que a vêem lícita, quer os que a vêem ilícita, entre outras incongruências, ser a evasão fiscal, fenómeno capaz de, por si mesmo, afrontar esses mesmos princípios de certeza e segurança que a resguardam, pela violação arbitrária que acarreta de outros princípios tributários: a igualdade e a capacidade contributiva.

Eis-nos, desta forma, remetidos para o convencimento da inoperatividade prática do direito, assaltados por um sentimento de frustração. Na verdade, falhada a tentativa de correctamente perspectivar a evasão fiscal pelo momento interpretativo — porque a aceitação da interpretação extensiva da norma fiscal de incidência não é fundamentada metodologicamente —, aquele dilema entre licitude e ilicitude parece intransponível e aquela questão essencial da tributação da conduta evasiva permanece obscura!

Mas não será o direito, por definição, uma realidade fundamentalmente operativa? Não existirá ele para se realizar na aplicação ao caso concreto? Não implicará ele a coexistência com o problema? Mais ainda, não se constituirá o direito apenas perante o problema decidendo?

A resposta afirmativa a estas interrogações leva-nos a configurar a metodologia do pensamento jurídico e a interpretação jurídica, um seu momento decisivo, com um sentido metodologicamente problemático, isto

é, com um sentido que assume a necessidade de promover a mediação entre o problema factual, a norma de direito e ainda outros elementos extratextuais de “co-constituição” normativa. Mediação concretizadora essa que, porque vital ao direito, tem um carácter criador da própria juridicidade.

A interpretação jurídica ganha, deste modo, dimensão normativa, deixando de se constituir com objectivos meramente dogmáticos ou analíticos de um direito pressuposto, cognoscível por meio de um esquema lógico-subsuntivo; pretende, antes, renovar a problematicidade deste pelo confronto com as necessidades próprias de juridicidade do caso jurídico.

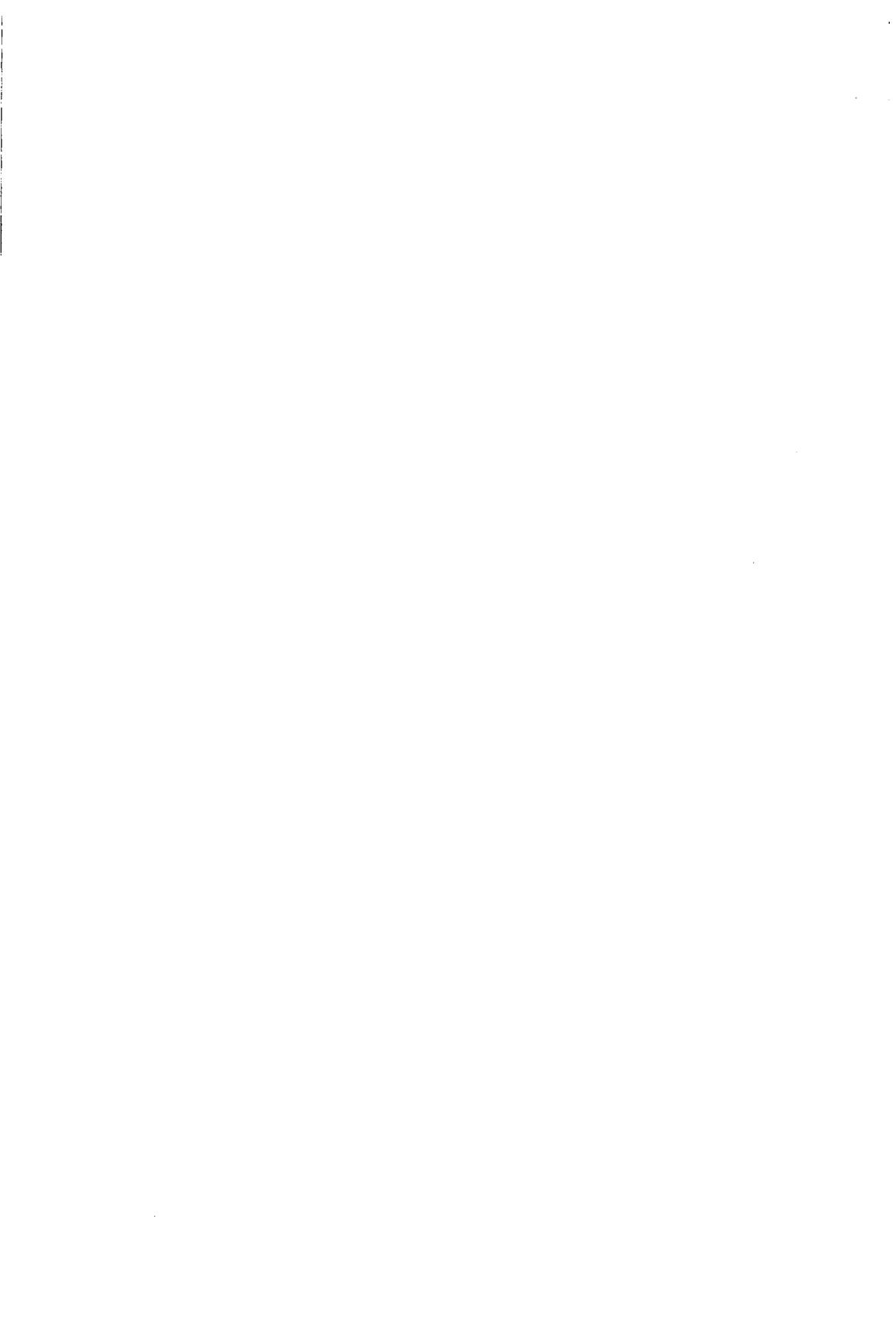
De modo como estivermos preparados para configurar esse confronto e, assim, a própria metodologia jurídica, estaremos necessariamente a conformar as possibilidades da concreta e prática realização do direito pela força argumentativa conferida ao pensamento jurídico.

Desta forma, o nosso tema vem a desaguar no seio da temática da concreta realização do direito que abarca os momentos da interpretação, integração e aplicação jurídicas, metodologicamente integrados no “continuum” daquela concreta realização.

A dificuldade que o pensamento jurídico tem demonstrado no debate da questão rebelde da evasão fiscal resulta, exactamente, em nossa opinião, da utilização de uma metodologia jurídica lógico-subsuntiva, obnubiladora das potencialidades que a interpretação jurídica pode conferir ao justo decidir.

É que, não ultrapassando a mera hermenêutica da norma de incidência fiscal e a óptica imanente ao direito tributário objectivado na lei para a resolução da questão determinante da aceitação da interpretação extensiva daquela norma, esquecem as particulares exigências (e potencialidades) de juridicidade impostas pelo elemento subjectivo que em cada acto jurídico de evasão fiscal se manifesta à saciedade.

O nosso estudo representa, deste modo, uma tentativa de delinear um novo enquadramento para a questão, pela análise problemático-normativa, de implicância metodológica recíproca, entre a estrutura da evasão fiscal e os limites intrínsecos da interpretação extensiva do tipo legal de incidência fiscal... porventura legitimando esta; porventura também ultrapassando naquela o dilema (artificial) entre licitude e ilicitude, configurando-a pelos problemas metodológicos comuns da norma aplicável e da sua interpretação. Daí o subtítulo com que anunciámos o objecto da nossa análise.



I. NATUREZA JURÍDICA DA EVASÃO FISCAL

I.1. Noção de evasão fiscal, condições de existência, figuras afins, causas e efeitos.

I.1.1. *O fenómeno da “resistência” ao imposto.*

O princípio legitimador do “consentimento do imposto” ou de “auto-tributação” dificilmente obtém repercussão psicológica individual. A resistência ou repulsa à tributação é fenómeno de todos os tempos e lugares e, cada vez mais, suscita a atenção dos Estados e a reflexão teórica da doutrina.

Não nos referimos, por agora, à figura do “direito de resistência” que, como veremos, tem derivações no âmbito do direito fiscal e sentido oportuno na economia do presente trabalho. Referimo-nos sim ao sentimento contrário ao imposto genericamente patenteado pelo contribuinte de forma quase natural e que o leva a tentar reduzir, adiar, ou suprimir as suas obrigações fiscais, a resistir à contracção compulsória do seu património, e que, no fundo, assenta sempre no distanciamento psicológico do cidadão para com os objectivos prosseguidos pelo Estado. Ninguém quer pagar de imposto o que sente poder evitar.

É esta fragilidade da virtude fiscal que suscita dos contribuintes vários tipos de comportamentos destinados a contornar a dívida fiscal. Uns de cariz tipicamente económico, outros de contornos essencialmente jurídicos. Esta distinção é, naturalmente, não rigorosa e meramente indicativa da vertente dessas acções que primordialmente constituem objecto de reflexão dogmática.

Na verdade, os meios económicos promovem-se fundamentalmente por um conteúdo jurídico e os meios jurídicos não deixam de ter efeitos económicos; e há meios integrados numa figura simultaneamente de cariz económico e jurídico (ex.: abstenção de consumos e planeamento fiscal) (Cf. Alberto Xavier, 1971:7 a 9, Garcia - Quintana, 1971:39 a 42, Sampaio Dória, 1970:41 a 44, Narciso Amoros, 1965:573 a 586, Gonzalez Garcia, 1970:82-83).

Interessam-nos apenas os meios jurídicos de resistência ao imposto, sejam lícitos ou ilícitos, e, mais especificamente, aqueles que revistam um carácter anormal, por não previstos pelo próprio direito. Deixaremos de lado, nesta perspectiva, por exemplo, o fenómeno da repercussão económica no preço final do produto das colectas fiscais dos empresários, a capitalização, a abstenção de consumos ou a contestação do imposto pelas vias legalmente previstas; dedicar-nos-emos à chamada “fuga fiscal”, que abrange três realidades distintas: a “fraude fiscal”, a “evasão fiscal”, o “planeamento fiscal”. E, dentro destas, desembocaremos, por um processo de sucessiva concretização, na análise da “evasão fiscal”. Como é óbvio, a utilização destas expressões pressupõe uma opção terminológica.

1.1.2. *Noção de evasão fiscal e seu conteúdo.*

A evasão fiscal⁽¹⁾ traduz-se na adopção pelo contribuinte de uma conduta querida, em si mesma lícita do ponto de vista fiscal, não prevista expressamente na norma de incidência fiscal mas que permite prosseguir

(1) A utilização da expressão “evasão fiscal” com o sentido em que aqui o fazemos não é, de todo, unânime na doutrina, a revelar dificuldades terminológicas que, nalguns casos, podem traduzir uma deficiente apreensão do fenómeno da evasão fiscal. Assim, por exemplo, e como veremos, a sua adjectivação de “lícita” ou “ilícita”.

São as seguintes as expressões mais comumente utilizadas: “evasão fiscal legítima” (Vitor Faveiro, 1984:111 e ss., Lino Castillo, 1971 e Maria Trigo de Negreiros, 1971), “evasão legal impositiva” (Margarita Lomeli Cerezo, 1971 e Garcia-Quintana, 1971), “elisão fiscal” (Sampaio Dória, 1970), “via menos tributada” (Thomas Delahaye, 1977), “negócio jurídico fiscalmente menos oneroso” (Alberto Xavier, 1971), “fraude fiscal”, “fraude legítima” ou “fraude à lei tributária” (Perez de Ayala, 1967, Palao Taboada, 1966, Gonzalez Garcia, 1970 e Pamplona Côte-Real, 1971).

Especificamente sobre a questão terminológica, cf., por exemplo, Gonzalez Garcia, 1970:67 a 98, Robbez Masson, 1990:33 a 72 e Garcia-Quintana, 1971.

resultado económico equivalente à que aí se prevê, com o fim consciente de, pelo afastamento daquela norma (lei evadida), suprimir ou diminuir a tributação. O contribuinte pratica um acto (ou conjunto de actos) lícito e realmente querido, isto é, correspondente à sua vontade verdadeira, não simulado, com o fim exclusivo e consciente de tornar menos onerosa⁽²⁾, ou até suprimir, a obrigação fiscal; e este acto permite obter o resultado económico equivalente a outro acto (ou conjunto de actos) tributado menos favoravelmente e que, se não fossem estas razões de oportunidade fiscal, constituiria a conduta do contribuinte pois permitiria a realização dos seus objectivos substanciais práticos de forma mais directa e adequada (cf. Alberto Xavier, 1971:16 a 19)⁽³⁾.

O primeiro elemento a reter desta noção, e sem prejuízo de um maior desenvolvimento desta ideia em momento ulterior, é que a evasão fiscal

(2) "Em matéria de elusão não é adequado falar de negócios simulados ou dissimulados, porque o negócio elusivo é querido pelas partes, só que não é o normal para conseguir tais efeitos" (Hensel) (Cf. Gonzalez Garcia, 1970:124).

(3) É o caso de um filho que, de comum acordo com o seu progenitor, aproveita a escritura de partilhas resultante da devolução dos bens por efeito da sucessão aberta por morte da mãe do primeiro e esposa do segundo para adquirir também o património deste, visto ser a taxa da Sisa que incide sobre o valor das tornas presumivelmente menos gravosa que a taxa do Imposto sobre Sucessões e Doações que incidiria sobre a transmissão dos bens por morte do progenitor sobrevivente. É também o caso do proprietário de um prédio que, pretendendo vendê-lo a um revendedor, confere a este apenas um mandato de venda, de molde a evitar um duplo pagamento de Sisa.

É ainda o caso de uma sociedade anónima proprietária de imóveis que, em vez de vender um bem correspondente, por exemplo, a um décimo do seu património, opta por transmitir dez por cento das suas acções e conferindo, de seguida, por deliberação social, o gozo daquele bem ao comprador das acções.

É, por fim, e num exemplo extremo, o caso de certas regalias que algumas empresas optam por oferecer aos seus trabalhadores a preços inferiores aos do mercado com o fim de incentivar o emprego, cujo valor, constituindo na prática maior disponibilidade financeira para estes, não é tributado em Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

A evasão fiscal pode adquirir contornos muito sofisticados. Um exemplo claro dessa sofisticação é-nos dado quando ela se baseia numa série de actos jurídicos que, isoladamente considerados, não deturpam a letra ou o espírito da lei, mas que na sua consideração conjunta permitem configurar uma conduta evasiva. Assim a contracção de um empréstimo por uma sociedade com amortização total a curto prazo com o objectivo de diminuir os lucros. No sentido de combaterem estes fenómenos alguns países anglo-saxónicos e o Japão desenvolveram expedientes que permitem a consideração conjunta destes "esquemas" — por exemplo, a doutrina da "transacção por etapas". (Cf. Cahiers de Droit Fiscal International, 1983).

não resulta do aproveitamento de uma lacuna da norma de incidência fiscal mas sim de uma deficiente expressão literal do seu espírito, de uma “deficiência de técnica legislativa” (Pamplona Côrte-Real, 1971:49) resultante da falta de previsão pelo legislador dos meios pelos quais a evasão se prossegue como reveladores de capacidade contributiva, ou de não terem sido previstos da mesma maneira que o foram os meios considerados mais idóneos para a produção de certo resultado económico, precisamente porque essa idoneidade não se lhe deparou (Cf. Maria Trigo de Negreiros, 1971:10-11). Daí que Perez de Ayala (1967:553) afirme que a evasão fiscal assenta “na substituição de factos tributários, contra o espírito da lei” ou que “falar de intencionalidade fraudulenta implica a possibilidade de apoiar-se na letra de um preceito burlando o seu espírito” (1976, Tomo I:363). A demonstração desta premissa significará, por isso, a remissão da temática objecto do nosso estudo para a problemática da compatibilização da interpretação extensiva com o princípio da tipicidade tributária.

Em segundo lugar, importa esclarecer que a evasão fiscal não constitui, por si mesma, uma infracção fiscal pois os meios utilizados são sempre lícitos. O que está em causa na problemática da evasão fiscal é precisamente a definição da existência, ou não, de uma obrigação fiscal pela verificação das possibilidades jurídico-metodológicas de fazer abranger a conduta do contribuinte no âmbito da incidência tipificada na norma fiscal. E para esta questão é inútil qualquer valoração de licitude; esta é-lhe mesmo anterior. A perspectivação de uma infracção fiscal pressupõe-a resolvida mas não a resolve. Perez de Ayala (196:552) bem refere que o problema da evasão fiscal “está intimamente ligado com a etapa da realização do facto tributário, ...”. E, de facto, assim é pela própria natureza da evasão fiscal.

Mas esta afirmação necessita algum aprofundamento. É comum restringir a evasão fiscal ao “tatbestand” tributário, ao pressuposto de facto do imposto e aos factos impeditivos, traduzidos em isenções, reduções de imposto, benefícios fiscais vários; e é, porventura, aqui, no âmbito dos elementos de previsão do tipo tributário, que o fenómeno se nos depara com maior evidência. Mas não deixa de referir-se ele igualmente aos elementos de estatuição do tipo — taxas, elementos quantitativos referenciadores desta e elementos de determinação da taxa a aplicar, deduções à colecta. Ou seja, a evasão fiscal, assentando num “jogo de tipos legais” (Alberto Xavier, 1971:11), diz respeito a todos os elementos integrantes da tipologia tributária que são, no fundo, todos os necessários para a concreta definição da obrigação de imposto. Daqui resulta que a única noção capaz

de traçar os contornos da evasão fiscal é a de “incidência tributária”, em sentido objectivo⁽⁴⁾.

Uma terceira ideia deve ser esclarecida; e ela é de grande interesse para o nosso estudo. A evasão fiscal comporta um elemento subjectivo que, como veremos, se traduz na consciência de evitar a aplicação da lei evadida.

A referência ao elemento subjectivo da evasão fiscal conduz-nos à anotação, em quarto lugar, do paralelo existente entre esta e o problema da “fraude à lei”.

Segundo Manuel de Andrade (1964, 2.º vol. :180-181 e 337 a 340)⁽⁵⁾, enquanto os negócios “contra legem” ofendem “aberta ou declaradamente” uma proibição legal, os negócios “in fraudem legis” procuram “contornar ou circunvir” essa proibição, “tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei designadamente previu e proibiu”. Se os primeiros ofendem a própria letra da lei, os segundos, pelo “modo disfarçado e oblíquo” utilizado, ofendem-na apenas no seu espírito (Cf. *ibidem*:337).

Bem refere o ilustre Professor (1964, 2.º vol. :337) que “a fraude à lei ultrapassa o domínio dos negócios jurídicos. Quando o pressuposto de certa regulamentação legal é um simples acto jurídico ou uma situação de facto dependente da vontade humana (...) podem os interessados provocar a aplicação desse regime praticando o respectivo acto ou criando a respectiva situação.”

(4) É a dificuldade em abranger esta ideia pelo inculcar da perspectiva de que, na primeira o contribuinte impede a realização do pressuposto de facto do imposto pretendendo não entrar na relação jurídica do imposto, enquanto na segunda pretende sair dela, que leva Alberto Xavier a criticar as noções anglo-saxónicas de “tax avoidance” e “tax evasion” (Cf. Alberto Xavier, 1971:10-11), correspondentes às nossas “evasão fiscal” e “fraude fiscal”. Para nós, o que está em causa na evasão fiscal não é um problema de licitude ou de ilicitude mas precisamente a descoberta de um processo metodológico que possibilite abranger a conduta do contribuinte (sempre lícita) pela incidência fiscal e, assim, sujeitá-la à obrigação fiscal. Afirmar que na evasão fiscal o particular está dentro ou fora dessa obrigação é pressupor o problema resolvido.

(5) Além do autor referido, cf. sobre a problemática da “fraude à lei” Mário Raposo, 1977:1618-1619 e Pamplona Côte-Real, 1971:43 e ss. No ordenamento jurídico-privado português a “fraude à lei” é referida apenas no art.º 21.º do Código Civil, a propósito da problemática da aplicação das normas de conflitos. Sobre esta perspectiva da fraude à lei em Direito Internacional Privado, cf. Ferrer Correia, 1973:581 a 587.

Porque em matéria preceptiva ou proibitiva o direito privado “não deve curar de intenções”, até porque isso causaria dificuldades probatórias, opta Manuel de Andrade por configurar a fraude à lei com um conteúdo meramente objectivo. Para que esta exista basta que a situação ou o resultado esteja em contraste com a finalidade legal. Assim supera as concepções subjectivas, segundo as quais a fraude à lei implica uma intenção fraudatória, o propósito doloso de atingir, de forma escusa, o resultado proibido por lei (na variante mais radical) ou, pelo menos, o “animus fraudandi” (na variante mais atenuada) (Cf. 1964, 2.º vol. :338).

No entanto, logo a seguir, refere o nosso Mestre não repugnar que, em certos casos, “só deva considerar-se escandalosa” a violação indirecta da lei quando seja intencional ou malévola e, negando que os negócios “in fraudem legis” devam ser equiparados aos negócios “contra legem” e, assim, logo considerados inválidos, refere que este regime (que contesta) seria o correspondente à teoria objectiva (Cf. 1964, 2.º vol. :338-339).

Qual então o regime jurídico dos negócios em fraude à lei? Todo o problema, tem razão Manuel de Andrade, reconduz-se ao problema da interpretação da norma proibitiva, segundo a sua finalidade e alcance substancial. Deste modo, a fraude só será relevante quando a interpretação jurídica nos leve a concluir que o intuito da lei foi proibir também os negócios jurídicos tendentes a produzir o mesmo resultado que aqueles nela expressamente referidos e que não o foram por o legislador não ter previsto a sua possibilidade ou ter tido deliberadamente mero propósito exemplificativo.

Perante isto, conclui Manuel de Andrade que a teoria da fraude à lei nada mais acarreta do que uma proposta de directriz interpretativa quanto às leis proibitórias de negócios jurídicos. Para que ela tivesse autonomia seria preciso circunscrevê-la aos actos que conduzem a resultado diferente do combatido pela proibição legal, “mas bastante próximo para que o objectivo dessa norma saia praticamente frustrado”, o que depararia com a dificuldade de tais actos não poderem incluir-se na proibição legal nem esta se lhes estender por analogia, dado o seu carácter excepcional, “sendo portanto inatacável a sua validade” — salvo se existisse um texto geral do qual se pudesse retirar a sua invalidação, o que não acontece no direito português (Cf. 1964, 2.º vol. :339-340).

São nítidas as relações entre a problemática da fraude à lei e a problemática da evasão fiscal. Esta, verdadeiramente, consubstancia uma “fraude à lei fiscal”; contudo, o sentido particular da tipicidade tributária fornece, como veremos, contributos que julgamos decisivos para a sua compreensão.

Não faz, de facto, sentido tratar a evasão fiscal com aquela autonomia a que Manuel de Andrade se refere. Constatar-se-ia, como analisaremos ao longo deste estudo, a inutilidade desse esforço, pois a evasão fiscal ficaria totalmente desenquadrada em termos jurídicos, não fosse rigorosamente excluída a analogia por efeito da tipicidade fiscal.

A evasão fiscal não é mais do que uma “forma oculta da violação da lei” (Manuel de Andrade, 1964, 2.º vol. :339) e a sua configuração, bem vistas as coisas, esgota-se, como deixámos dito, na problemática da interpretação da norma de incidência pretensamente evadida, independentemente de considerações de validade ou de licitude. Tudo estará em saber se a metodologia interpretativa permite sujeitar o facto em causa à incidência daquela norma. E cremos que, perante a específica configuração do nosso problema, em que a argumentação se encerra decisivamente no âmbito dos valores da certeza e da segurança, o elemento subjectivo da evasão fiscal, como o identificámos, tem um importantíssimo papel a desempenhar. Sem ele a evasão fiscal perde a sua identidade dogmática. E não se diga que com isto estaremos a restringi-la; tudo dependerá da forma como se estruturar esse “animus”. A questão será retomada.

Uma nota final sobre as relações entre a evasão fiscal e a fraude à lei: costuma apontar-se a necessidade de em ambas existir uma “norma instrumento”, uma “lei de cobertura”, do acto ou facto pelo qual se consubstanciam. Não cremos que assim seja. Bem o esclarece Alberto Xavier (1971:25 a 28) ao demonstrar a existência de negócios indirectos — é desta forma que configura o meio de evasão fiscal, como veremos — “de exclusão” (se não se encontram previstos em qualquer outro tipo tributário).

Para concluir, o esclarecimento de que o nosso estudo não se debruçará sobre a “evasão fiscal internacional”⁽⁶⁾. É este um fenómeno que tem

(6) Sobre a “evasão fiscal internacional”, cf. Manuel Pires, 1980 e 1984 e bibliografia citada, Alberto Xavier, 1974 e bibliografia citada e Cahiers de Droit Fiscal International, 1983.

vindo a incrementar-se em resultado do aumento generalizado das cargas fiscais, da diversidade de critérios utilizados nos sistemas fiscais e da abertura das economias nacionais propiciadora da intensificação dos movimentos de capitais, pessoas, bens e serviços; e, tal como a evasão fiscal interna, não é alheia ao estudo e aplicação das técnicas de evasão. Estruturalmente, contudo, afasta-se do nosso tema, pois caracteriza-se pela utilização conjugada dos regimes fiscais de mais de um país⁽⁷⁾.

É evidente que a configuração particular da evasão fiscal de nível internacional torna-a imune às medidas utilizadas pelos estados para combaterem a evasão fiscal interna. Daí os governos lançarem mão a providências legislativas especialmente vocacionadas para a vertente internacional do fenómeno⁽⁸⁾, não podendo contudo o legislador deixar de ter em

(7) Anotem-se os exemplos apontados por Manuel Pires, 1984:1331: utilização de sociedades-base, transferência indirecta de bens mediante a manipulação dos preços, o recurso aos “paraísos fiscais”.

(8) Por exemplo: ampliação dos deveres fiscais do contribuinte durante um certo período de tempo subsequente à sua emigração; tributação das sociedades considerando a sua nacionalidade com base, quer no critério da constituição, quer da direcção efectiva; consideração como dissolução de uma sociedade a sua saída do território de um Estado, assim impondo a liquidação e a tributação das reservas ocultas, ou necessidade de obtenção de autorização para essa saída com o fim, entre outras coisas, de evitar que as sociedades residentes iniciem novas operações no estrangeiro mediante filiais a fim de deduzirem as perdas do início da actividade, convertendo depois o estabelecimento permanente em filial quando as operações resultam lucrativas; medidas tendentes a dificultar a transferência de activos para o estrangeiro; fixação do preço de transmissão de bens ou serviços, visto a subavaliação ou a sobreavaliação das mercadorias e serviços transferidos entre sociedades conexas de diferentes nacionalidades constituir um dos meios para deslocar as receitas fiscais entre os Estados; controle do abuso da dedução de impostos devidos a países estrangeiros; tributação, genericamente verificável, dos rendimentos obtidos por estrangeiros em território de um Estado ou da tributação em mais-valias das operações de especulação em bens imóveis, por exemplo, feitos em território desse Estado por sociedades estrangeiras sem qualquer conexão com o Estado; controle, geralmente feito, dos câmbios, o que desempenha uma importante função na luta contra a evasão fiscal, como, por exemplo, o condicionamento a autorização para estabelecer filiais no estrangeiro ao comprometimento de repatriação dos rendimentos sob a forma de dividendos; tributação dos benefícios obtidos por filiais de sociedades nacionais situadas em paraísos fiscais que são cobrados dos accionistas residentes independentemente da distribuição de rendimentos; e, por fim, medidas tendentes a combater o abuso de tratados internacionais (seja ele traduzido numa violação directa, numa violação indirecta — “ir à compra de tratados”, que consiste em o contribuinte procurar um país com uma rede favorável de tratados fiscais a fim de estabelecer uma estrutura jurídica que lhe permita aproveitar indirectamente as vantagens de

consideração o efeito dessa legislação sobre o comércio internacional. É que uma medida destinada a proteger a cobrança de certa parcela de rendimento fiscal pode determinar perdas elevadas para os tesouros resultantes do decréscimo das trocas comerciais entre países.

Mas é, concerteza, pela cooperação internacional concretizada na celebração de acordos internacionais (bilaterais ou multilaterais) que a evasão fiscal internacional melhor pode e deve ser combatida. Neles assume decisiva importância a troca de informações e a assistência mútua para a cobrança de impostos. São de realçar os esforços que nesse sentido têm sido desenvolvidos pela Comunidade Económica Europeia, pelo Comité da OCDE sobre Assuntos Fiscais, pelo Grupo Ad Hoc das Nações Unidas de Peritos de Cooperação Internacional em Assuntos Fiscais, pelo Conselho da Europa, pelo Centro Interamericano de Administrações Tributárias, pela Associação Internacional de Advogados e pela Associação Fiscal Internacional (Cf. Manuel Pires, 1980 e 1984 e Cahiers de Droit Fiscal International, 1983).

Embora a estrutura da evasão fiscal internacional imponha o seu afastamento do objecto deste estudo, não deve deixar de reconhecer-se que a metodologia jurídica tendente à interpretação e aplicação das normas fiscais de direito interno ou de direito internacional pode, em certos limites, constituir um meio de a combater.

1.1.3. A evasão e o planeamento fiscais. O sentido da dialéctica: interpretação (extensiva) | integração de lacunas.

O planeamento fiscal⁽⁹⁾ caracteriza-se por o contribuinte organizar a sua actividade de modo a minimizar o imposto, mas sem que essa organi-

(continuação da nota 8)

um tratado com um terceiro país que de outro modo não se aplicaria — ou na exploração de um acordo sobre dupla tributação a fim de eliminar uma carga fiscal que existiria de outra maneira), nomeadamente os destinados a evitar a dupla tributação, sendo certo que é no âmbito dos próprios tratados que essas medidas melhor deverão ser consideradas. Sobre estes e outros exemplos, cf. Cahiers de Droit Fiscal International, 1983.

(9) Também aqui a terminologia não é unânime. É comum o uso das expressões “opção fiscal”, “economia de escolha”, “economia de opção”, “evasão lícita induzida pela lei”, “ilusão tributária”, com o sentido do nosso “planeamento fiscal”.

zação acarrete a prática de qualquer infracção fiscal ou, sequer, as actuações em que se concretiza se integrem no espírito de uma norma de incidência fiscal, isto é, não constituindo uma conduta evasiva. Como diz Narciso Amoros (1965:584 e 591), no planeamento fiscal o contribuinte não chega a entrar na relação tributária, ele é anterior ao facto constitutivo da obrigação fiscal. No sentido referido pelo mesmo autor (Cf. *ibidem*: 597-598) o planeamento fiscal exige ainda que as condutas evasivas tenham uma certa relação com o facto tributário, entenda-se, com os elementos integrantes da tipicidade fiscal. Se assim não for, se não estivermos numa área que esteja “rondando” ou “rodeando” o facto tributário, o conceito de planeamento fiscal torna-se desnecessário. A distinção entre evasão fiscal e planeamento fiscal pode, concerteza, não ser isenta de dificuldades. E elas, de facto, constantemente se verificam no tratamento doutrinal do tema.

Não existe, logicamente, contudo, evasão fiscal relativamente ao imposto que incide sobre o consumo de tabaco por se deixar de fumar ou relativamente ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares por se deixar de desenvolver actividades profissionais ou relativamente ao imposto que incida sobre o número de janelas por se passar a construir quase sem as rasgar. Isto é, não há evasão fiscal mas simples planeamento fiscal quando se verifica uma abstenção da prática de factos ou actos previstos no pressuposto objectivo ou nos restantes elementos típicos de um imposto.

Se nesta perspectiva, “se se parte da vida para a norma”, a questão parece não suscitar dificuldades, na perspectiva simetricamente oposta da tipicidade fiscal, “se se parte da norma para a vida” (utilizando as expressões de Oliveira Ascensão, 1968:39) (Cf. n.º 88), já a questão, curiosamente, parece alertar para alguns problemas. É que, na perspectiva da incidência fiscal, desemboca-se, deste modo, na problemática das lacunas das normas que a prevêem.

No âmbito do nosso tema, a pergunta que, assim, ganha acuidade é a de saber se o aproveitamento das lacunas da incidência fiscal corresponde a evasão fiscal ou a planeamento fiscal, sendo seguro que a opção pela primeira alternativa significa um alargamento claro do âmbito da evasão fiscal⁽¹⁰⁾ e a remissão do planeamento fiscal apenas para as áreas em que se

(10) É assim que, se analisados atentamente, alguns dos exemplos indicados por Alberto Xavier como de evasão fiscal verdadeiramente constituem simples planeamento fiscal (Cf. Alberto Xavier, 1971:17 a 19).

comprovasse que o legislador conscientemente não pretendeu tributar certo facto ou acto.

Mas a tipicidade tributária não implicará, por si mesma, melhor ainda, não imporá sempre a presunção de que o legislador fiscal, ao não se referir a certos factos ou actos, inevitavelmente pretendeu não os tributar? Cremos que a resposta deve ser afirmativa, com o corolário lógico de caracterizar sempre como planeamento fiscal o aproveitamento de um caso omissis na tipologia fiscal.

Como veremos, a tipicidade tributária anda ligada a um sentido lógico de “implicação intensiva”, constituída como é pelos princípios do exclusivismo e da determinação. Com isto pretendeu o legislador constitucional restringir rigorosamente à lei o sentido normativo, pelos elementos que integram o tipo fiscal, de forma a que, para além dele, verdadeiramente não houvesse direito. Daí a não aceitação do processo da metodologia jurídica constituído pela analogia no âmbito dos elementos típicos do imposto.

Não se quer, com isto, negar, como bem refere Castanheira Neves (1967:265), que “não deixarão de subsistir os casos inequivocamente omissos, para os quais se poderia pelo menos invocar a possibilidade de decisão analógica, se ela não estivesse imperativamente vedada...”, isto é, que na realidade possam existir lacunas, subjectivas ou objectivas, primárias ou secundárias (Cf. Bigotte Chorão, 1985:598-599), na área jurídica ora em análise.

Só que essas lacunas descaracterizam-se como tais, perante o referido sentido de juridicidade atribuível à tipicidade tributária.

O que se pretende acentuar pois é sim que a tipicidade fiscal contém uma dimensão positiva de juridicidade com o alcance de determinar a não tributação dos factos ou actos não integrados na letra e no espírito do tipo tributário. Como voltaremos a referir, a lógica constitucional da tipicidade tributária “imperativamente prescreve uma decisão negativa” (Castanheira Neves, 1967:265), impondo a opção pelo “argumentum a contrario” em detrimento da analogia⁽¹¹⁾.

(11) É a percepção desta realidade que determina não fazer sentido, em direito fiscal, falar-se em lacunas “voluntárias” ou “intencionais”: resultantes de uma abstenção deliberada do legislador, “o qual entende preferível não regular desde logo o caso e deixar as respectivas soluções à iniciativa integradora” do aplicador do direito (Cf. Bigotte Chorão, 1985:599).

É neste sentido que, com Alberto Xavier e Blumenstein, podemos dizer ser a tipicidade tributária completamente liberta de lacunas⁽¹²⁾, e é neste sentido que perde significado a distinção feita por Sampaio Dória (Cf. 1970:53-56) entre “evasão lícita induzida pela lei” e “evasão lícita resultante de lacunas da lei”.

E esta perspectiva é claramente reconhecida por Palao Taboada (Cf. 1966:691 e ss.) num argumento cuja lógica nos parece de realçar. Comentando uma disposição fiscal do direito espanhol, de que falaremos, refere não ser possível reagir contra a evasão fiscal por meio da aplicação analógica do tipo legal pretensamente evadido, pois significa esta construção um desconhecimento da verdadeira natureza do fenómeno. É que se o pressuposto em que a evasão se consubstancia não estivesse realmente regulado nesse tipo não chegaria a existir obrigação de imposto e, bem assim, evasão fiscal. Isto é, não havia o que combater pela analogia. Não existe, pois, qualquer aplicação analógica; mas a aplicação do próprio preceito realmente destinado a regular aquele pressuposto. E no mesmo sentido nos diz Perez de Ayala (1967:567) que na reacção contra a evasão fiscal “não há aplicação analógica, mas apenas a aplicação ao facto do preceito realmente destinado a regulá-lo (lei defraudada), em lugar daquele a que o particular pretendeu acolher-se”.

Com isto, fica o nosso tema da evasão fiscal restrito, como já atrás deixámos dito, à sua relação com a problemática da interpretação (extensiva) do tipo tributário, aproveitando a diferenciação clara, do ponto de vista teórico, entre analogia e interpretação extensiva, entre os momentos metodológicos da integração e de interpretação jurídicas⁽¹³⁾. A evasão fiscal

(12) Pensamos que pode colocar-se teoricamente no âmbito do direito fiscal o problema que também teoricamente Oliveira Ascensão (Cf. 1968:236 a 243 e 299 a 302) coloca no âmbito dos direitos reais: a questão das “lacunas ocultas”. Na verdade, pode revelar-se que a interpretação restritiva de um tipo tributário se impõe e, deste modo, manifestar-se uma lacuna (oculta). No seu preenchimento não há recurso à analogia pois, ao afirmar-se a exclusão de certo facto ou acto do tipo por se ter concluído dever ser interpretado restritivamente, afirma-se implicitamente que esse facto ou acto deve caber no tipo fiscal. “O mesmo raciocínio que serviu para detectar a lacuna serviu para a preencher” (Oliveira Ascensão 1968:301).

(13) É claro que a montante desta distinção e com evidentes implicações nela temos o problema da própria noção de “lacuna”. Se é seguro que a lacuna exige a falta de norma reguladora do caso, a determinação dessa falta origina grandes dificuldades e alerta para uma delicadíssima questão de fronteiras (Cf. Bigotte Chorão, 1985:595. Cf. ainda n.º 98).

resulta da insuficiência da letra da lei⁽¹⁴⁾ e, segundo cremos, consome-se pela interpretação extensiva, justificando esta como elemento normal da interpretação fiscal. Vê-lo-emos!

*I.1.4. A evasão e a fraude fiscais. O sentido da dialéctica:
licitude/ilicitude da evasão fiscal.*

Ao contrário da evasão fiscal que, como vimos, é em si mesma constituída por uma conduta fiscalmente lícita, a fraude fiscal (não considerando a ilicitude fiscal sem conteúdo penal) coincide com a noção de infracção fiscal. Na fraude verifica-se a violação da lei fiscal, está-se perante uma conduta voluntária ilícita, do ponto de vista tributário.

Porque inserida no âmbito do direito penal, à fraude fiscal, à infracção fiscal, aplicam-se os princípios resultantes da ideia de tipicidade inerente, desde Beling, à dogmática daquele (sobre a problemática da infracção fiscal e da sua natureza jurídica e sobre os sentidos diferentes da ilicitude no direito fiscal material e no direito fiscal formal, cf. Pedro Soares Martinez, 1983:305 e ss.. Cf. ainda Vítor Faveiro, 1984:439 e ss. e Maria Celeste Cardona, 1984). Se para Beling o facto típico era considerado numa perspectiva meramente naturalista e causal, hoje a ideia de tipicidade expressa o princípio da estrita legalidade da definição dos elementos do crime: o crime deverá ser um facto tipicamente ilícito e tipicamente culpável. Foi Feurback que, em direito penal, como reacção ao arbítrio judicial na incriminação e na aplicação das penas, traduziu o princípio da legalidade nas fórmulas latinas: “*nullum crimen sine lege stricta*” e “*nulla poena sine lege*”.

Ligadas à ideia de Estado de Direito, tais fórmulas traduzem o princípio da reserva absoluta de lei que vem a significar, por efeito da separa-

(14) E veja-se como Larraz, citado por Gonzalez Garcia (1970:89), demarca a evasão fiscal e o planeamento fiscal pela actuação, respectivamente, “contrária ou não contrária ao querido pelo espírito da lei”. E o mesmo Larraz esclarece expressamente que a correcção da fraude à lei fiscal “se opera mediante o método crítico” da interpretação extensiva (ibidem:150) Cf. ainda Perez de Ayala e Eusébio Gonzalez Garcia, 1976, Tomo I:370 e ss., que referem aliás (ibidem: 371), depois de negarem que o problema da evasão fiscal se possa resolver pelo recurso à analogia, tendo em conta a legalidade tributária, ser um dos pressupostos metodológicos da figura a superação “da corrente metodológica que postulava uma aplicação automática (literal) das normas jurídicas.”

ção de poderes, o fim da possibilidade de incriminação pela Administração e pelos próprios Tribunais, por um lado, e, por outro, a delimitação da realidade factual relevante para o direito penal por meio de uma tipicidade taxativa (“numerus clausus”) e suficiente, de tal modo que fora dos tipos previamente criados pelo legislador não há crime — traduzindo a ideia de que o ordenamento jurídico penal é isento de lacunas.

O alcance da tipicidade penal, tal como o da tipicidade tributária, é pois duplo: na feitura da lei penal deve o legislador descrever rigorosamente, de forma precisa e clara, os elementos essenciais constitutivos do crime, deve construir os crimes por tipos, a lei penal deve ser certa; na aplicação da lei penal deve o intérprete limitar-se a subsumir o facto na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal (excepto quanto à estatuição da norma, visto ter o julgador liberdade para, dentro de certos limites, fixar a medida da pena), deste modo se proibindo a analogia e, porventura, a própria interpretação extensiva.

A afirmação constitucional do princípio da tipicidade penal⁽¹⁵⁾ tem repercussão na lei ordinária. O Código Penal de 1886, no art.º 1.º, afirmava o princípio da legalidade; no art.º 5.º, exigia a anterioridade da lei incriminadora; no art.º 18.º, proibia expressamente a analogia e a interpretação extensiva da norma incriminadora e afirmava a ideia de taxatividade. O Código Penal de 1982 definiu, no art.º 1.º, n.º 1, o princípio da legalidade, exigindo expressamente a incriminação por lei e a anterioridade desta; na disposição do n.º 3 do mesmo artigo proíbe a analogia “para qualificar o facto como crime, definir um estado de perigosidade, ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde.”

Afirma o Professor Cavaleiro Ferreira (1985:8) que no novo Código “esbate-se, porém, o princípio da legalidade na sua feição mais rígida por-

(15) Cf. as disposições do art.º 29.º da Constituição, maxime as dos n.ºs 1, 3 e 4, consagradas dos princípios da legalidade — reserva relativa de Lei da Assembleia da República (Cf. art.º 168.º, n.º 1, al. c)) na definição de crimes e respectivas penas, proibição de intervenção normativa de regulamentos, exclusão do direito consuetudinário como fonte de definição de crimes ou de punição penal —, da tipicidade — suficiente especificação dos factos que constituem o tipo legal de crime, proibição da analogia, determinação por decorrência directa da lei de qual o tipo de penas que cabe a cada crime — e da não retroactividade da penalização e aplicação retroactiva da lei penal mais favorável. Quanto ao princípio “nulla poena sine iudicio”, cf. art.º 27.º, n.º 2 (Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1984, 1.º vol. 196 e ss.).

quanto, na descrição das normas incriminadoras e dos preceitos da parte geral, se utiliza com grande frequência uma descrição mediante indicação de critérios de valoração, sem definição da matéria valorada”, permitindo-se “uma interpretação hesitante na fixação dos limites da incriminação”.

De especial interesse para o nosso estudo é o problema da interpretação extensiva. O actual Código Penal, à semelhança de muitos outros, admite-a no âmbito das normas incriminadoras, único caso em que era proibida pelo Código de 1886. Como dele diz Cavaleiro Ferreira (1981:104-105), os limites interpretativos impostos por lei no âmbito do direito penal não se justificam pelo carácter excepcional das suas normas mas precisamente pelo princípio da legalidade e a razão concreta da proibição da interpretação extensiva das normas incriminadoras “deve encontrar-se na dificuldade prática de distinguir entre interpretação extensiva e aplicação analógica.” (...) “O legislador quis afastar em Direito Penal todas as dúvidas que pudessem obstar ao conhecimento prévio e exacto dos factos que são considerados como crimes. Assim se garante de maneira segura a liberdade e segurança dos indivíduos”. Também Castanheira Neves (1967:299) refere que as “intenções axiológico-jurídicas que transcendem a lei” e que justificam a tipicidade penal devem encontrar-se nos pressupostos ideológico-políticos que nela afirmam com especial sentido o “valor ou o direito da liberdade”. Justificações estas que, em termos de princípio, tornam de facto duvidosa a compatibilização da interpretação extensiva com o princípio da tipicidade penal⁽¹⁶⁾.

Sendo este mesmo o problema central do nosso tema, veremos com algum detalhe como deve ele configurar-se no âmbito da incidência fiscal.

Posto isto, resta-nos afirmar que os princípios interpretativos da norma incriminadora facultados pela específica dogmática penal deverão ser os mesmos a utilizar no âmbito das infracções tributárias ou das frau-

(16) Sobre o princípio da tipicidade penal e a sua relação com a problemática da interpretação e aplicação da norma incriminadora, cf. Cavaleiro Ferreira, 1981:90 a 112 e 1985:7-8 e 17-18 e Eduardo Correia, 1971, 1.º vol.: 129 a 153.

Em momento ulterior da nossa exposição dedicar-nos-emos à questão da tipicidade tributária. Muitas das ideias aí expressas têm evidentemente aplicação à tipicidade penal. Destacamos a lógica de “implicação intensiva” que vai subjacente a uma tipicidade de cariz “exclusivo” (pela conjugação da “taxatividade” e da “suficiência”), a qual permite justificar por razões normativas ligadas à concreta realização do direito, e não meramente lógico-formais, a exclusão da analogia e a imediata opção pelo “argumentum a contrario”, numa inferência negativa de juridicidade.

des fiscais, cujo regime se concentra hoje, revogado que foi o DL n.º 619/76, de 27 de Julho, no DL n.º 20-A/90, e 15 de Janeiro, que acolhe a estruturação bipartida entre crimes e contra-ordenações (art.º 3.º). Essa uniformidade de regimes resulta aliás expressamente do art.º 2.º do diploma que refere constituir infracção fiscal “todo o facto típico, ilícito e culposo declarado punível por lei fiscal anterior.”

Para além do “abuso de confiança fiscal” (art.º 24.º), da “frustração de créditos fiscais” (art.º 25.º) e da “violação de segredo fiscal” (art.º 27.º), o DL n.º 20-A/90 tipifica como crime fiscal⁽¹⁷⁾ a chamada “fraude fiscal” (art.º 23.º). Trata-se, naturalmente, na perspectiva da nossa terminologia, de uma noção de “fraude fiscal” em sentido restrito. No âmbito desta é integrada a “simulação fiscal”, a qual, porque nos permitirá ter um ponto de referência para a análise do elemento subjectivo da evasão fiscal, será analisada de seguida.

Nenhuma das condutas que o DL n.º 20-A/90 tipifica se pode integrar nos limites da configuração da evasão fiscal, o que vem confirmar aquilo que já acentuámos: a evasão fiscal é composta por actuações inequivocamente lícitas, em termos tributários. A necessidade sentida de a combater levou, contudo, alguns autores a equipararem-na à fraude fiscal, pela formulação de critérios tendentes a afirmar a sua ilicitude. Veremos como esses critérios nos parecem de excluir, quer porque, por si mesmos, quando aplicados à evasão fiscal, não permitem delimitar essa ilicitude, quer porque a eventual ilicitude da evasão fiscal em nada contribuiria para a resolução da questão central da definição da norma de incidência que

(17) Como contra-ordenações fiscais são tipificadas: a “recusa de entrega, exibição ou apresentação de escrita e de documentos fiscalmente relevantes” (art.º 28.º), a “falta de entrega da prestação tributária” (art.º 29.º), a “violação de segredo fiscal” (art.º 30.º), a “entrega de declarações fora do prazo” (art.º 31.º), a “falta de entrega de declarações” (art.º 32.º), a “falta de entrega, de exibição ou de apresentação de documentos” (art.º 33.º), as “omissões ou inexactidões nas declarações ou em outros documentos fiscalmente relevantes” (art.º 34.º), a “inexistência de contabilidade ou de livros fiscalmente relevantes” (art.º 35.º), a “não organização da contabilidade de harmonia com as regras da normalização contabilística e atrasos na sua execução” (art.º 36.º), a “falta de apresentação, antes da respectiva utilização, dos livros de escrituração” (art.º 37.º), a “violação do dever de emitir ou exigir recibos ou facturadas” (art.º 38.º), a “falta de designação de representantes” (art.º 39.º) e a “transferência para o estrangeiro de rendimentos sujeitos a tributação” (art.º 40.º).

O DL 20-A/90, no seu art.º 3.º, equipara todas as transgressões fiscais tipicamente descritas a contra-ordenações, sendo certo que aquelas cujos factos nelas previstos sejam subsumíveis aos tipos de ilícito de mera ordenação social agora tipificados são revogadas.

abranja a conduta evasiva e, deste modo, da questão da sua tributação. Tentar ver na evasão fiscal um fenómeno contrário à lei é, na verdade, não alcançar a sua dimensão dogmática fundamental.

1.1.5. A evasão e a simulação fiscais. O sentido do elemento subjectivo da evasão fiscal.

O art.º 23.º do referido DL n.º 20-A/90, no seu n.º 1, integra no crime da “fraude fiscal” a “simulação fiscal”. Esta é tipificada nos termos seguintes: “Quem, com a intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida (...) celebrar negócio jurídico simulado, quer quanto ao valor quer quanto à natureza quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas, dirigido a uma diminuição das receitas fiscais ou à obtenção de um benefício fiscal injustificado, será punido com multa até 1000 dias.”

Elemento específico deste tipo penal é o dolo de promover uma diminuição das receitas fiscais ou a obtenção de um benefício fiscal injustificado e, assim, de obter uma vantagem patrimonial indevida; todos os outros elementos nos remetem para a problemática da simulação como ela é tratada pela Teoria Geral do Direito Civil⁽¹⁸⁾.

A simulação fiscal nunca é, deste modo, inocente pois nela intervém sempre o “animus nocendi”, visando prejudicar terceiros; ela é, por isso, sempre fraudulenta. Por outro lado, ela pode verificar-se nas suas formas absoluta⁽¹⁹⁾ e relativa. E esta (pois só aí a distinção tem cabimento), como

(18) Sobre as figuras jurídicas da “Simulação” e da “Reserva mental”, de que em breve falaremos, cf. Manuel de Andrade, 1964, 2.º vol.: 168 a 218 e Carvalho Fernandes, 1974, 3.º vol.: 140 a 177, e bibliografia neles referida. Atente-se igualmente no regime jurídico destes institutos que se contém nos art.ºs 240.º a 244.º do Código Civil. A conexão entre a infracção fiscal e a simulação não é descoberta recente e foi bem patenteada por Hensel, Cardin e Delepierre, Amoros (Cf. Gonzalez Garcia, 1970:119).

(19) É o caso das dívidas contraídas ficticiamente para serem deduzidas como encargos da herança na liquidação do respectivo imposto de transmissão (Cf. Manuel de Andrade, 1964, 2.º vol.: 191).

resulta expressamente da referida disposição, pode efectivar-se pela simulação do valor do negócio, da sua natureza ou dos seus sujeitos⁽²⁰⁾.

Além da aplicação da pena tipificada, a simulação fiscal traduz-se, em termos de tributação efectiva, na irrelevância do negócio simulado e na sujeição ao imposto devido pelo negócio real que subsista válido (Cf. art.º 241.º, n.º 2 do Código Civil). É aliás o regime que melhor se adequa à nulidade do negócio simulado e à validade do negócio dissimulado⁽²¹⁾ (art.ºs 240.º e 241.º do Código Civil). A figura da simulação fiscal encontra-se, entre nós, expressamente prevista quanto aos impostos em que, tal como a evasão fiscal, tem maior possibilidade de existir: aqueles, como a Sisa e o Imposto sobre Sucessões e Doações, cujos pressupostos de facto são tipificados com base em conceitos de negócios jurídicos. No entanto, ela pode existir mesmo nos impostos cujos pressupostos de facto apelam a conceitos exclusivamente económicos. Se os efeitos penais da simulação fiscal hoje são tratados unicamente pelo DL n.º 20-A/90, ter-se-á que recorrer ainda aos preceitos dispersos pelas várias leis e Códigos fiscais para traçar o regime dos efeitos não penais da simulação e, em especial, ao regime que se contém no Código da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações⁽²²⁾.

(20) É o caso, respectivamente, da simulação de um preço inferior ao real para diminuição do valor da Sisa, da simulação de uma venda quando realmente se efectua uma doação para sujeitar o negócio a Sisa fugindo ao Imposto sobre Sucessões e Doações ou, por fim, a simulação de uma venda de A a C quando realmente A vendeu a B e este revendeu a C para evitar um duplo pagamento de Sisa — trata-se aqui da simulação pela omissão de um sujeito mas pode a simulação subjectiva efectivar-se pela sua interposição fictícia ou pela sua substituição.

(21) Quanto ao sentido em que deve ser encarada esta validade, cf. referências da n.º 18. Sentido esse que não é prejudicado pelo regime da simulação fiscal (Cf. n.º 22) visto não consagrar ele a validade, em geral, do acto dissimulado.

(22) O carácter não formalista do direito fiscal permite a conclusão de que nos impostos directos sobre o rendimento a incidência fiscal abarca as realidades reveladoras do rendimento aí previsto, independentemente da forma externa dos factos reais em que o rendimento se objectiva, ao passo que nos impostos sobre a despesa ou sobre o capital, servindo-se o direito fiscal de instituições constitutivas da titularidade ou da transferência de bens, já o carácter formal dos factos jurídicos é de grande importância. Esta configuração tem consequências, entre outros aspectos, precisamente no problema de saber qual o relevo jurídico-fiscal assumido pelos negócios jurídicos que, correspondendo embora aos geradores ou moduladores do tipo legal, são todavia inválidos. A revelar aquela importância está, pois, fundamentalmente o regime da Sisa e o regime do Imposto sobre Sucessões e Doações, este contendo uma disposição

Verdadeiramente importante para o nosso tema é a análise do elemento subjectivo da simulação fiscal. Independentemente do “*animus nocendi*” que só se verifica na simulação fraudulenta, o elemento intencional comum a todas as formas de simulação é a “consciência, por parte do declarante, de que emite uma declaração que não corresponde à sua vontade real” (Cf. Manuel de Andrade, 1964, 2.º vol.: 169). Essa divergência intencional é, além do mais, livre e não coagida. Por outro lado, consubstancia-se ela num acordo entre declarante e declaratário (“*pactum sumulationis*”), enquanto na reserva mental, como “simulação unilateral”, a divergência intencional não se manifesta por meio desse acordo. Por fim, a intenção dessa divergência visa enganar ou iludir (“*animus decipiendi*”) (não prejudicar — isso só acontece na simulação fraudulenta) terceiros (simulação) ou o declaratário (reserva mental)⁽²³⁾

(continuação da nota 22)

específica (cf. art.º 82º) relativa ao regime em que pelos órgãos fiscais deverão ser considerados os actos formais. Dela devem extrair-se as seguintes regras interpretativas, válidas também para a Sisa, visto constituírem um corolário de exigências gerais em matérias de incidência do imposto sucessório e da Sisa e reflectidas noutros preceitos do Código: 1) a inexistência ou nulidade do acto só deve ser conhecida pela Administração fiscal se esse conhecimento for provocado pelas partes ou necessário à defesa dos interesses do Estado, salvaguardados sempre os casos em que, das situações de facto, do comortamento das partes e dos elementos aproveitáveis do negócio jurídico resultar a possibilidade de uma transmissão mesmo que diferente da titulada; 2) a anulabilidade do acto nada influi na liquidação a não ser que tenha sido declarada por sentença judicial; 3) mesmo havendo a referida sentença, deverá fazer-se a liquidação se ainda subsistir qualquer outra forma real e efectiva de transmissão sujeita a imposto. Este regime justifica-se por um princípio de “incompetência” da Administração para apreciar as manifestações da vida jurídica dos particulares no âmbito da sua autonomia privada à luz do direito objectivo que cabe aos tribunais e para evitar situações de dúvida à Administração e prevenir a evasão ao pagamento do imposto (Cf. Vítor Faveiro, 1960:57 a 62 e Cardoso da Costa, 1976. Este em sentido algo diverso ao exigir a declaração judicial prévia de inexistência ou de nulidade do acto para que a Administração fiscal possa não proceder à liquidação (embora se manifeste uma aproximação quando este autor exclui dessa exigência o vício de forma). Regime este absolutamente válido para a simulação (Cf. art.s 162.º e 169.º do C.S.I.S.D., Vítor Faveiro, *ibidem*: 71 a 78 e Cardoso da Costa, *ibidem*: 41-42). E é, no fundo, o mesmo regime que deve estender-se a todos os casos de invalidade dos actos tributários submetidos a certa forma, a revelar que o direito fiscal se interessa fundamentalmente pelas realidades de facto e não pela configuração jurídica do facto tributário (Cf. Vítor Faveiro, *ibidem*: 68 a 71).

(23) Se nos referimos à reserva mental é porque entendemos que a evasão fiscal pode efectivar-se, não só por meio de um negócio jurídico bilateral, embora seja a situação

Também na evasão fiscal existe esta intenção de iludir o fisco. Mas, enquanto na simulação ou na reserva mental ela é prosseguida tendo o declarante consciência de que a sua vontade real não corresponde à que se ostenta, na evasão fiscal o declarante nada disfarça, querendo realmente o que declara. Isto é, na evasão fiscal o contribuinte conscientemente declara o que quer, mas quer-o porque conscientemente pretende evitar a aplicação de uma norma fiscal com consequências tributárias mais onerosas.

Tal como na responsabilidade civil ou na responsabilidade penal podemos prolongar o elemento subjectivo até ao próprio resultado (seja ele o facto constitutivo da responsabilidade seja o dano) por efeito da teoria da causalidade adequada⁽²⁴⁾ — já que o juízo “a posteriori” de probabilidade (Cf. art.º 563.º do Código Civil), de adequação abstracta da causa ao resultado, exige que se atenda, não só à realidade efectivamente conhecida pelo agente, mas também à realidade cognoscível por uma pessoa normal à data da produção do facto⁽²⁵⁾ —, também na evasão fiscal a sua estru-

continuação da nota 23)

normal, mas igualmente por meio de um acto jurídico, de uma conduta do contribuinte não consubstanciada num acordo de vontades e sem quaisquer efeitos na esfera jurídica de terceiros mas com significado fiscal. Por razões de identidade justifica-se pois a referência à reserva mental em tudo idêntica à simulação — pois o declaratório que nos interessa é a Administração fiscal e ela naturalmente, para existir relevância desta figura, tem de conhecer a reserva mental (Cf. art.º 244.º, n.º 2 do Código Civil) — excepto quanto ao carácter bilateral daquela.

(24) É que a teoria da causalidade adequada, bem vistas as coisas, constitui, quer o critério definidor da voluntariedade do facto constitutivo da responsabilidade — a qual não exige a intencionalidade mas apenas a previsibilidade, a possibilidade objectiva de a vontade humana controlar esses factos, excluindo os casos fortuitos e de força maior —, quer o critério definidor dos danos indemnizáveis. Atente-se no seguinte exemplo: A mata sem dolo (para evitar conexões criminais, dado o dano involuntário não constituir crime) o cavalo de B assim lhe causando danos. O facto constitutivo da responsabilidade civil é a morte do cavalo de B e importa, por um lado, averiguar com base nos pressupostos da causalidade adequada se as acções desenvolvidas por A são de molde a poder imputar-se-lhe essa morte, por outro lado, e com base nos mesmos pressupostos, quais os danos sofridos por B que podem considerar-se causados pela morte do seu cavalo. É a distinção feita pelos autores alemães entre “primeiro resultado” que fundamenta a responsabilidade e as “consequências desse resultado”; o primeiro essencial para a responsabilidade penal, o segundo para a responsabilidade civil, pela diferente natureza dos bens protegidos por ambas.

(25) Esta ideia da ligação entre os pressupostos da responsabilidade (civil ou criminal) constituídos pelo “nexo de causalidade” e pela “culpabilidade”, ou seja, a aproximação

tura subjectiva abarca o afastamento da norma tributária (evadida) com o consequente prejuízo do Fisco e favorecimento do contribuinte.

Na maioria dos casos esse afastamento da norma fiscal é intencional. Mas entendemos que mesmo nos casos em que essa intenção se não verifique e apenas possa dizer-se ter existido imprevidência desse afastamento embora ele, logicamente, fosse objectivamente previsível, estamos ainda perante evasão fiscal. Isto é, a evasão fiscal pode ser intencional ou meramente culposa.

Mais ainda: porque a evasão fiscal é um fenómeno essencialmente ligado ao conhecimento do direito positivo, que é de presumir, não é concebível teoricamente uma evasão fiscal independente da previsibilidade por parte do contribuinte. A evasão fiscal é, pois, sempre voluntária; mesmo naqueles casos, certamente excepcionais, em que não é mesmo intencional. Como dizem Gonzalez Garcia (1970:98) e, como vimos, Perez de Ayala, “falar de intencionalidade fraudulenta implica a possibilidade de apoiar-se na letra de um preceito burlando o espírito desse ou de outro preceito do ordenamento.” E acrescentam (1976, Tomo I:362) que “quanto maiores sejam as possibilidades que o ordenamento oferece para presumir a intenção fraudulenta, tanto mais efectiva será a luta contra a fraude à lei tributária, ...”

(continuação da nota 25)

do primeiro ao elemento subjectivo daquelas responsabilidades, numa configuração dogmática destas pela confrontação dinâmica dos seus pressupostos, mais do que pela soma estática deles, é tema ainda por desbravar convenientemente (ou, pelo menos, conscientemente), embora sejam grandes as potencialidades dogmáticas dessa abordagem, bem demonstradas pela teoria finalista da acção, embora com um sentido próprio que não cabe aqui explorar. E ela é quase ostensivamente provocada pela evidente semelhança estrutural entre o nexó causal configurado pela causalidade adequada e a mera culpa ou negligência e pela falta de unanimidade doutrinal na “arrumação” desta no seio da culpabilidade ou da ilicitude. Quanto a este aspecto, cf. Pessoa Jorge: 1968; quanto àquele, repare-se como Alfred Légal (1922:189 e ss.) testemunha a identidade entre a causalidade adequada e a negligência ao referir a propósito daquela: “C’est donc à la conduite d’un individu-type que l’on en arrive à comparer la conduite de la personne envisagée, et c’est en définitive le critérium de la négligence qui est pris comme critérium de l’existence de la relation de cause à effet.” (ibidem: 199).

No fundo, o que está em causa é a necessidade de repensar a teoria da responsabilidade aceitando a integração dos seus elementos respectivo e objectivo — que a doutrina já constatou — partindo de uma acção naturalística em que esses elementos são incidíveis e que se estruture na ligação de um evento a uma pessoa por um juízo de imputação. Evidentemente, temos que nos deter por aqui.

Equivale isto a dizer que, se para configurarmos a fraude à lei basta, como vimos, encontrar-lhe um conteúdo meramente objectivo, na evasão fiscal, como exemplo de fraude à lei, existe sempre, senão intenção fraudatória, o “animus fraudandi”. E veja-se como Gonzalez Garcia (1970) e Perez de Ayala (1976:355 e ss.) encontram nesta “intencionalidade fraudulenta” o “quid iuris”, “a peça chave”, da figura, logo alertando que esta ideia tem suscitado mais a atenção para os problemas de prova que envolve que para a definição correcta desta característica fundamental conectando-a com os seus pressupostos lógicos. E veja-se também como Alberto Xavier (1971:26) indica como elementos essenciais do conceito de negócio indirecto em direito fiscal a divergência entre os fins típicos do negócio e os fins que as partes pretendem atingir (elemento objectivo) e a intenção de excluir ou diminuir o encargo fiscal (elemento subjectivo) (Cf. ainda Saldanha Sanches, 1985).

Voluntariedade essa que contém um elemento para nós sobremaneira importante. É ele a consciência ou possibilidade objectiva de consciência de se estar a evitar a aplicação da norma evadida. Numa área da juridicidade em que vigora uma delimitação taxativa por razões de certeza e de segurança, a impor sérios limites à metodologia jurídica, a constatação de que o contribuinte está, ou pode objectivamente estar, consciente de que a sua conduta é evasiva, permitindo assim a consideração concreta da falta de justificação em se apelar aos valores da certeza e da segurança, é evidentemente elemento a ter em conta nas opções metodológicas a fazer no sentido de enquadrar juridicamente a evasão fiscal. Porque a analogia está constitucionalmente banida da incidência fiscal, é no âmbito do momento interpretativo e concretamente da interpretação extensiva que aquelas opções deverão ter lugar.

I.1.6. Causas e efeitos da evasão fiscal.

Não se nega que como causa mediata da evasão fiscal tenha decisiva importância a excessiva carga fiscal e a injustiça dos sistemas fiscais. Aliás a teoria económica demonstra com clareza como o sistema fiscal promove incentivos à evasão e à fraude fiscais (cfr., por exemplo, , C.V. Brown, 1983:131 a 144). E é exactamente apoiados na ideia de resistência legítima à carga fiscal considerada “opressiva” que se tem defendido positivamente a licitude da evasão fiscal, como veremos.

Mas cremos que deverá sobretudo atentar-se nas causas imediatas; e elas têm a ver principalmente com as oportunidades técnicas que o próprio ordenamento jurídico-fiscal deixa às condutas evasivas, com a percepção do comportamento fiscal dos outros contribuintes e, em grande medida, com a formação ética dos cidadãos.

De facto, Urban Laurin (1986) bem o demonstrou, num estudo fundamentado na lógica da teoria da acção colectiva e destinado à explicação da evasão e da fraude fiscais e baseado em sondagens feitas à população sueca, especialmente onerada com a fiscalidade. Comprova que a carga fiscal e o sentimento de injustiça nutrido pelo sistema fiscal não afectam o comportamento dos contribuintes, pelo menos com o significado que comumente lhes é atribuído. E, pelo contrário, o sentimento ético e moral para com a evasão fiscal tem um efeito muito considerável na lógica da acção colectiva e dos comportamentos tributários, o que demonstra que os factores normativos são de grande significado na análise da evasão fiscal.

Se esta constatação vem, por um lado, explicar a razão pela qual as posições que delimitam positivamente a licitude da evasão fiscal não se cansam de querer afirmar o carácter eticamente neutro desta — e mesmo da fraude fiscal —⁽²⁶⁾, acarreta, por outro, a inequívoca demonstração de que assim não é e alerta para a importância decisiva da modificação do estado de espírito e da educação fiscal dos contribuintes; tendo, nesta fase, agora sim, enorme força argumentativa a comprovação da justiça do sistema fiscal e da razoabilidade dos níveis de tributação.

Como já se deixou antever, não cremos que os limites metodológicos impostos pela tipicidade fiscal possam ser ultrapassados no sentido de garantir ajustado remédio para a evasão fiscal com base em considerações de valor, como a de cariz ético, estranhas à própria reflexão sobre a metodologia jurídica. Mas é inegável que a procura de novas soluções metodológicas é despoletada e incentivada, senão legitimada, por aquelas considerações determinadas pelos efeitos negativos da evasão fiscal nas concretas realidades sociais.

E são conhecidos e comumente afirmados esses efeitos negativos da evasão fiscal: sobrecarga tributária sobre os contribuintes diligentes ou

(26) "Tax evasion is not a "common crime" in Western civilization; in fact, in most of Europe it is more of an international sport. The European who does not practice a little evasion is often the laughing of his fellow business men." (Charles Adams, 1982:266). Já em Adam Smith o contribuinte que fugia ao fisco não deixava de ser um "excelente cidadão".

sobre os que materialmente estão impossibilitados de a ela recorrerem⁽²⁷⁾; frustração dos princípios da igualdade tributária e da distribuição dos encargos fiscais segundo a capacidade contributiva dos indivíduos; afectação das finalidades redistributivas dos impostos — e promoção de formas próprias de redistribuição com carácter perverso (Cf. C.T. Sandford, 1979) —; compressão das receitas públicas, privando o Estado dos recursos indispensáveis à prossecução das suas finalidades; distorção das condições de concorrência.

Daí as razões de carácter ético, jurídico, político, psicológico, económico e técnico com que se avança para a condenação da evasão fiscal. Daí a veemência com que alguns autores a querem ferir de ilicitude. Daí também o cuidado com que se explicam as razões ligadas ao carácter tipológico da incidência fiscal, limitador da metodologia jurídica, que parecem impor a inevitabilidade da evasão fiscal e a inviolabilidade da autonomia privada em que ela se consubstancia. Daí, por fim, a tentativa que fazem os autores que delimitam positivamente a licitude da evasão fiscal, em obscurecer aqueles efeitos⁽²⁸⁾.

I.2. Natureza da norma fiscal evadida. A incidência fiscal.

Delimitado já o fenómeno da evasão fiscal ao âmbito da incidência fiscal objectiva, importa agora anotar os sentidos essenciais dessa incidência pois contribui isso decisivamente para a compreensão da sua condição normativo-estrutural que constitui factor da sua permeabilidade a condutas evasivas.

É comum a doutrina distinguir entre pressupostos de facto de natureza económica (tipos funcionais) e de natureza jurídica (tipos estruturais)

(27) "Unfortunately, the richer a taxpayer, the easier the avoidance." (Charles Adams, 1982:270). "..., the anti-avoidance measures deal only with a small group of highly artificial schemes." (J.A. Kay, 1979:140).

(28) Veja-se como Charles Adams (1982:266) esclarece que fora dos impostos de repartição ou de contingente (Cf. Soarez Martínez, 1983:43 a 45) a fraude ou a evasão fiscais não acarretam para os outros contribuintes um acréscimo de tributação e, pelo contrário, "the less tax paid, the less the government has to spend — and most people believe that the government has too much money to spend any way".

(Alberto Xavier, Tipke, Perez de Ayala, Giannini). Os impostos, pela sua própria natureza, visam fundamentalmente realidades económicas. Mas podem ter como pressuposto, não um facto especificamente económico, mas um facto jurídico, “cuja própria essência radica no plano do direito” (Cf. Cardoso da Costa, 1976:9-10).

A autónoma estrutura do direito fiscal, patente, por exemplo, em relação aos sujeitos e ao objecto da relação jurídica tributária⁽²⁹⁾, não significando a hostilização recíproca, (entre ele e o Direito Privado), dos meios de regulamentação das situações da vida que a cada um pertencem, representa a necessidade de que as realidades da vida económica sejam especificamente consideradas, tendo em conta os seus específicos objectivos. O que exige, naturalmente, por parte do aplicador do direito, uma qualificação factual em harmonia com os princípios específicos do direito tributário. É efectivamente pelo facto tributário que melhor se constata a autonomia estrutural do direito fiscal.

Mas, fora dos casos em que o tipo de incidência fiscal refere conceitos resultantes de uma elaboração autónoma da do Direito Privado, opta ele por referir conceitos próprios de outros ramos do direito que correntemente são conhecidos como reveladores ou constitutivos das realidades económicas visadas por aquela incidência. Esta assimilação pode significar, quando a figura jurídica com todos os seus elementos esgota o tipo, a aceitação pelo direito fiscal de todos os efeitos que o ramo do direito de que a figura provem lhe atribui, mas pode implicar também a adequação do regime jurídico da figura em causa pelos critérios e regras gerais da lei fiscal.

De uma forma ou de outra, a lei fiscal adopta muitas vezes, para modelar a sua incidência, a figura do negócio jurídico, já que ele constitui expressão comum das realidades tributáveis. Assim se transportam para o

(29) Cf. Vítor Faveiro (1960:22 a 29) que explica, por um lado que, ao contrário do Direito Privado em que a figura do sujeito da relação jurídica é construída com base no conceito de “pessoa”, no direito fiscal o lado passivo da relação jurídica não oferece o mesmo rigor da estrutura do Direito Privado no que se refere à personalidade e, por outro lado, “se o objecto da relação jurídica em geral é constituído pelo interesse concreto da tutela jurídica, em direito fiscal deverá considerar-se como preenchendo esse conceito, pelo lado do Estado, o direito de receber uma certa prestação em relação a factos ou situações consideradas na lei e, pelo lado do contribuinte, a obrigação de realizar essa prestação.” (ibidem: 26).

direito fiscal, se o contrário não resultar da lei, as exigências de ordem formal implicadas no seu regime de origem⁽³⁰⁾. E pode também acontecer que seja o direito fiscal a exigir certos requisitos de forma a actos que não são formais no âmbito do Direito Privado (Cf. Vítor Faveiro, 1960:51).

O Direito Fiscal é, contudo, essencialmente não formalista. O seu fundamento aponta para a repartição dos encargos tributários em função dos rendimentos, do capital ou da riqueza e, assim, interessa-lhe decisivamente as realidade de facto em que essas demonstrações de capacidade contributiva se encontrem. E grande parte das normas de incidência refere-se directa e expressamente a essas situações de facto, não considerando em absoluto os aspectos formais ou até esquecendo o valor formal configurado pelo direito comum.

É que as exigências de forma encontram a sua justificação jurídica na necessidade de se assegurar a formação de uma vontade segura e isenta de vícios, a sua clara e exacta manifestação, a perpetuação dos seus efeitos. Ora, no âmbito fiscal, o papel desempenhado pela vontade não é de molde a impor essas exigências, ela “não entra nunca na configuração dos elementos típicos estabelecidos por lei para a constituição da relação jurídica tributária” (Cf. Vítor Faveiro, 1960:30), pois o que o direito fiscal procura atingir são as realidades constitutivas ou reveladoras de capacidade contributiva, situando-se fora do âmbito da relação jurídica tributária a faculdade voluntária que o contribuinte tem de optar por realizar ou não as condições legais de sujeição do imposto.

No entanto, é inegável uma certa subordinação do direito fiscal aos conceitos e às estruturas próprias do Direito Privado. Mas a adopção de conceitos civilísticos como elementos constitutivos do tipo de incidência

(30) E, deste modo, o direito fiscal tem de enfrentar uma série de “problemas que possam eventualmente surgir dentro do próprio regime de Direito Privado em relação à forma desses mesmos actos, acrescida ainda dos particulares aspectos com que esses mesmos problemas de inspiração e comando jurídico-privado possam tomar perante a especial natureza e finalidades do direito fiscal” (Cf. Vítor Faveiro, 1960:7). Desde logo, é de acentuar que nos casos em que o direito fiscal não introduz rectificações à estrutura e configuração das instituições que adopta o valor das formalidades que se destinem à substância ou validade dos actos tem de ser reconhecido e respeitado por ele. Depois, como vimos a propósito da simulação fiscal, importa analisar os efeitos que a invalidade dos negócios jurídicos acarreta para a substância dos factos tributários. E também quanto a estes, importa analisar o poder de interpretação dos actos formais por parte da Administração fiscal. Os efeitos da forma jurídica na prova dos factos tributários deve também integrar esta análise. Sobre todos estes aspectos, cf. Vítor Faveiro, 1960.

fiscal revela-se sobretudo nos impostos sobre a despesa e sobre o capital e não nos impostos directos sobre o rendimento, “uma vez que o que interessa fundamentalmente a estes impostos é a realidade do rendimento, seja qual for a forma jurídica por que se apresente”. (Cf. Vítor Faveiro, 1960:40).⁽³¹⁾

Quanto aos primeiros resulta isso de não ser possível usar outros métodos para o conhecimento do rendimento consumido que não sejam os “reportados à cobertura ou à forma dos actos ou factos que, segundo a prática normal da vida corrente constituem sempre objecto de despesa ou consumo de bens” (Cf. Vítor Faveiro, 1960:41); quanto aos segundos, o direito fiscal, designadamente nos casos em que o capital só é sujeito a imposto quando transmitido, recorre às figuras jurídicas do Direito Privado constitutivas ou reveladoras das transmissões de bens “para surpreender nelas os próprios bens, a sua extensão e o alcance do fenómeno de transmissão de que são objecto” (ibidem). Daí a importância com que as instituições do Direito Privado são recebidas no Código da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações, embora sofram uma adequação clara às finalidades específicas da tributação (Cf. ibidem: 42 a 48).

Conhecidos os contornos da evasão fiscal e atento o carácter tipológico da incidência fiscal que confere aos tipos tributários um carácter de “ratio essendi” do imposto e não de uma simples “ratio cognoscendi”, justificam-se os esclarecimentos acabados de fazer pela constatação de que as condutas evasivas surgem mais frequentemente nos impostos cujos pressupostos são elaborados com base em conceitos jurídicos⁽³²⁾. Mas o certo é que essas condutas não deixam de poder verificar-se nos impostos cuja previsão apela a conceitos especificamente económicos, “pois não se conhece nenhum pressuposto cuja realização integral não envolva ou tenha como antecedente necessário um ou mais actos jurídicos (Cf. Alberto Xavier 1971:9).

(31) Sobre esta distinção entre impostos sobre o rendimento, sobre a despesa e sobre o capital, cf. Soarez Martínez, 1983:53.

(32) É neste sentido que J. A. Kay (1979) na sua análise anatómica da evasão fiscal refere que são os próprios sistemas fiscais que a fomentam pelas dificuldades em implementar-se os conceitos económicos, nomeadamente o de “rendimento”, em forma legislativa aceitável, “is the inability of the legislator to give effect to the (...) economic concept” (ibidem: 140). E com base nesta constatação J. A. Kay pronuncia-se pelas vantagens de um imposto pessoal e directo sobre a despesa (“expenditure tax”). E logo G. Whittington, comentando o estudo de Kay, alerta para que este imposto implicaria, além de problemas de justiça e equidade, que todas as formas de poupança permitissem a evasão fiscal (ibidem: 148). Sobre o “expenditure tax” cf. E. Philip Howrey e

É, no entanto, esta constatação que leva o legislador a preferir configurar os tipos legais pela descrição do facto tributável ou de outros factos fiscalmente relevantes atendendo sobretudo ao resultado económico produzido, independentemente do tipo estrutural do negócio subjacente, raro dando relevância ao fenómeno da abstracção.

É também esta constatação que levou as posições mais radicais das doutrinas da “Typisierungstheorie”, da “interpretação funcional” ou da “consideração económica”, independentemente de razões assentes na metodologia jurídica, a defender que o tipo tributário deveria ser ultrapassado de forma a que o intérprete pudesse substituir a configuração jurídica dos factos tributários por uma configuração típica geral de cariz económico, de que os factos jurídicos seriam mera concretização, esquecendo os limites impostos pelo carácter tipológico do Direito Fiscal.

Mas sem dúvida que esta constatação como que catapultava intuitivamente a temática da evasão fiscal para o seio da problemática da metodologia jurídica. Tem, pois, razão Gonzalez Garcia (1970:98-111) ao descrever os limites impostos à interpretação jurídica por certas concepções dogmáticas como o pressuposto metodológico da evasão fiscal.

I.3. Os meios jurídicos de evasão fiscal

Não é inédito indicar-se como meio predominante de efectivar a evasão fiscal o chamado negócio indirecto nas modalidades, quer de exclusão — quando a estrutura do negócio jurídico é elemento da previsão da norma tributária e a do negócio indirecto não se encontra prevista em

(continuação da nota 32)

Saul H. Hymans (1980), Richard Goode (1980), David F. Bradford (1980), William D. Andrews (1980), Michael J. Graetz (1980) e Joseph J. Minarik (1980). A ideia de um imposto pessoal sobre a despesa assenta já em Stuart Mill e caracteriza-se por constituir a matéria tributável pelo resultado da diferença entre os valores do rendimento e da poupança. Só na Índia e no Sri Lanka um imposto deste tipo foi experimentado (por curtos períodos) muito por influência de um seu destacado defensor, Nicholas Kaldor.

Também George Cooper (1979), após analisar casos típicos e bem definidos de evasão fiscal no imposto norte-americano sobre a propriedade, que o tornam segundo diz um “imposto voluntário”, aponta propostas de reforma que culminam na defesa de um imposto periódico sobre o património ou a riqueza.

qualquer outro tipo de imposto —, quer impeditivo — quando a estrutura do negócio jurídico é elemento da previsão da norma tributária e a do negócio indirecto se encontra expressamente prevista numa norma de isenção —, quer redutivo — quando a estrutura do negócio é elemento da previsão da norma tributária e a do negócio indirecto encontra-se prevista noutro tipo tributário, cujas consequências fiscais são menos onerosas (substituição de pressupostos), ou quando o negócio indirecto permite desencadear efeitos fiscais menos gravosos do que o negócio directo que é elemento de qualquer zona da estatuição daquela norma (taxa, pressupostos da taxa, deduções) (substituição de elementos de estatuição) (Cf. Alberto Xavier, 1971:25 a 28 e Manuel Pires, 1984: 1331). E há, de facto, identidade estrutural entre as figuras da evasão fiscal e do negócio indirecto.

A doutrina tem tratado o negócio indirecto apelando à teoria da causa. O negócio indirecto traduz-se na celebração pelas partes de um negócio nominado, cujos efeitos são realmente queridos, não havendo portanto simulação, mas por um motivo ou para uma finalidade ulterior diversos dos que estão de acordo com a função típica, com a causa, desse negócio, e correspondentes a outro negócio típico ou tipificável. “As partes querem efectivamente o negócio porque a sua causa típica não é incompatível com a finalidade que as mesmas perseguem, mas apenas simplesmente incongruente” (Kohler e Betti) (Cf. Gonzalez Garcia, 1970:114)⁽³³⁾. O negócio indirecto é plenamente válido a não ser, como afirma a nossa doutrina dominante, que consubstancie um caso de fraude à lei. E já atrás nos referimos a como a problemática da fraude à lei e, bem assim, da evasão fiscal, nos deve remeter para a questão metodológica do sentido interpreta-

(33) Sobre o negócio indirecto cf. Manuel de Andrade, 1964, 2.º vol.: 179-180, Carvalho Fernandes, 1974, 3.º vol.: 172 a 174 e Gonzalez Garcia, 1970: 111 a 130, e bibliografia neles referida.

O primeiro dá-nos conta da divergência doutrinária quanto ao conteúdo da figura: para uns é necessário que o escopo ulterior não se reflecta em adequadas estipulações das partes, isto é, que seja de molde a ser conseguido apenas pelos efeitos típicos do negócio-meio; para outros, e em sentido diametralmente oposto, importa que as partes aditem ao negócio-meio cláusulas de adaptação, mas sem quebra da sua tipicidade. “De qualquer modo, porém (acrescenta Manuel de Andrade, *ibidem*: 180), o negócio indirecto não será uma categoria dogmática, mas só uma categoria económica.” No mesmo sentido diz Gonzalez Garcia (1970:114) que “no negócio jurídico indirecto não se oculta uma realidade jurídica, o que trata de ocultar-se é uma realidade económica”.

tivo da norma que estabelece uma proibição ou da norma de incidência, respectivamente⁽³⁴⁾.

A existência de negócios indirectos de exclusão, impeditivos e redutivos deve alertar-nos para um esclarecimento relativo ao elemento subjectivo da evasão fiscal. É que o legislador fiscal pode ter querido excluir do espírito de determinada norma de incidência certas actuações jurídicas dos contribuintes, quer retirando-as da incidência fiscal, quer isentando-as, quer onerando-as em menor grau. Se isso se demonstra evidente nas hipóteses de negócios indirectos impeditivos e redutivos, não deixa de poder acontecer nos casos de negócios indirectos de exclusão embora não seja possível afirmar-se tão patentemente aquela intenção do legislador. Ou seja, o legislador pode ter querido tratar diferentemente em termos fiscais certas condutas que se não fosse esse diferente tratamento se integrariam no espírito de outra norma de incidência.

Esta constatação deve avisar-nos, mais uma vez, para o sentido metodológico da questão da evasão fiscal, orientando-a a esgotar-se no problema da interpretação das normas de incidência fiscal. Deve também avisar-nos para as hipóteses de irrelevância da vontade de evitar a aplicação de certa norma de incidência, da consciência evasiva, sempre que seja possível afirmar-se, com base num adequado esquema interpretativo, que o legislador pretendeu tratar diferentemente as actuações utilizadas pelo contribuinte com aquela vontade ou consciência⁽³⁵⁾.

(34) Não entrando em consideração com os aspectos criminais da simulação fiscal é patente a ligação entre o negócio simulado e o negócio indirecto já que em ambos “se produz uma divergência (...) entre a intenção económica concreta perseguida pelas partes que realizam o negócio jurídico e a causa típica deste último”, “uma falta de coincidência entre o fim perseguido pelas partes e a forma jurídica adoptada”, “um vício de causa, porque esta não existe ou é falsa.” (Cf. Gonzalez Garcia, 1970:117, 121 e 122, respectivamente); o que os permite qualificar de “negócios anómalos” (Cf. *ibidem*). Não cremos, contudo, mesmo na hipótese da simulação fiscal não ser penalizada, que o negócio simulado possa ser visto como uma forma de evasão fiscal. É que a tributação do negócio dissimulado e do negócio evadido, ou seja, o resultado idêntico a que se chega em ambas as figuras, é atingido por diferentes mecanismos. No primeiro a dogmática civilista permite colocar a questão na problemática da invalidade negocial, naturalmente mais radical do que a configuração jurídica do segundo: a problemática da interpretação da norma de incidência, como temos vindo a afirmar.

(35) Tal como é irrelevante a intenção criminosa ou a intenção de causar um dano civilmente ressarcível quando não se exprimam por meio de um adequado nexos causal.

Noutro momento dissemos já (Cf. n. 23) não crermos que a noção de negócio jurídico bilateral esgote as possibilidades de evasão fiscal. Na verdade ela pode efectivar-se, segundo julgamos, por meio de um acto jurídico, porventura de cariz não negocial, não consubstanciado num acordo de vontades e sem quaisquer efeitos na esfera jurídica de terceiros mas com significado fiscal. E, nesta perspectiva, a observação deve também servir para esclarecer a verdadeira dimensão do negócio indirecto no âmbito da evasão fiscal. É por isto que Pamplona Côrte-Real (1971:75) alerta para que “a técnica do negócio indirecto não esgota as possibilidades de actuação na fraude à lei fiscal”.⁽³⁶⁾

(36) Atente-se no caso de um (hipotético) imposto que incida anualmente sobre as piscinas e cuja colecta varie de acordo com a dimensão destas. Se alguém, com a finalidade de evitar o pagamento deste imposto, constrói na sua quinta um tanque para rega agrícola, isento de imposto, porventura com as condições de comodidade suficientes para funcionar como piscina, sendo porventura seguro que esse tanque não era indispensável para as operações de rega, perguntar-se-á se não estaremos perante um exemplo de evasão fiscal?



II. O PROBLEMA DA EVASÃO FISCAL PERANTE O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI FISCAL. NATUREZA PROBLEMÁTICA DESTA CONFIGURAÇÃO DO TEMA.

II.1. Configuração abstracta do tema.

II.1.1. *A delimitação recíproca de cada um dos problemas.*

Consolidada a distinção entre as noções de evasão fiscal e de fraude fiscal e remetida esta para a problemática da infracção tributária a que anda ligada a específica teoria da interpretação jurídica da norma incriminadora, reconduz-se o tema objecto do presente estudo à relação dinâmica entre dois problemas: o da evasão fiscal e o da interpretação da lei fiscal, mais concretamente da lei fiscal de incidência — que é onde este problema pode autonomizar-se da problemática geral da interpretação jurídica.

Só indirectamente a questão da fraude fiscal se relaciona com o nosso tema: na medida em que conseguirmos fazer o acto jurídico pelo qual a (pretensa) evasão se efectiva conter-se na norma de incidência (pretensamente) evadida, o não cumprimento da obrigação fiscal que assim se constitui integrar-se-á logicamente no tipo de uma infracção tributária.

Cada um daqueles problemas com que ficámos para o nosso estudo, na sua autónoma configuração, seria, naturalmente, passível de reflexão jurídica independente; e elas têm sido feitas. Não é esse, contudo, o nosso objectivo.

Também não se pretende apenas relacionar formalmente, entre si, as temáticas da evasão fiscal e da interpretação jurídica fiscal, de forma a que cada uma fosse, em momentos distintos, objecto investigado pela outra. Isto na tentativa de esclarecer como pode (se é que pode) a evasão fiscal ser delimitada (combatida) pela interpretação da norma fiscal de incidência, ou, ao invés — e porque parece estarmos perante temas com idêntica legitimidade fundamentante — como deve esta interpretação quedar-se perante a afirmação “de per se” da licitude daquela. Formas de tratamento de sentido oposto, com secante comum (aparentemente), que a doutrina tem, de facto, utilizado.

Pretende-se acima de tudo, numa dinâmica juridicamente conclusiva, em que as duas problemáticas são confrontadas nas suas essências constituintes e numa relação de dependência recíproca, que cada uma delas da outra obtenha os fundamentos da sua própria identidade.

Não se trata, pois de uma circunscrita análise dogmática de um instituto do direito positivo, de explanar os resultados a que se chegar num concreto problema de “interpretação” ou de “construção”; trata-se, antes, de uma perspectiva metodológica, de concretizar (no nosso tema) a própria metodologia jurídica.

II.1.2. *A problemática da metodologia do pensamento jurídico.*

O direito tem uma índole essencialmente operativa e não especulativa. Esta sua vocação prática, ou problemática, promove o momento decisório à mais destacada dimensão da juridicidade.

Esta dimensão do decidir jurídico inevitavelmente pressupõe uma qualquer relação entre a realidade factual decidenda e os critérios decisórios da norma de direito, relação essa que integra a própria metodologia jurídica, isto é, o modo como o pensamento jurídico intervém. A interpretação jurídica, como mais à frente melhor veremos, é um dos momentos desta metodologia.

Se, com Sforza, citado por Castanheira Neves (1967:3), entendermos que “o facto e o direito existem enquanto coexistem”, que o direito só se constitui perante o concreto problema decidendo e não que existe pressuposto a esse problema e se lhe aplica por um esquema subsuntivo de cariz lógico-dedutivo, então a distinção entre o “direito” e o “facto”, a metodologia (normativa) da aplicação do direito, passa a ser a chave para a compreensão do próprio direito.

Um dado é inegável: do modo como estivermos preparados para configurar a metodologia jurídica, a relação entre o “problema” e o “direito”, do modo como estivermos preparados para testar a juridicidade positivada pelo confronto com as necessidades de juridicidade do problema, assim estaremos a definir os limites da argumentação do pensamento jurídico e, deste modo, a constituir as possibilidades da realização concreta do direito⁽³⁷⁾.

Pensamos que o nosso tema deve ser analisado exactamente como uma concretização desta metodologia jurídica. No fundo, desenha-se ele pela distinção entre o acto jurídico que efectiva a evasão — pelo lado do facto — e a norma de incidência evadida — pelo lado do direito pressuposto.

Não é, pois, a distinção entre “evasão fiscal” e “interpretação jurídica fiscal” que nos interessa. A relação a que há pouco aludimos entre estes dois temas promover-se-á enquanto a interpretação jurídica fiscal — momento da metodologia do direito — levar a cabo a mediação (uma certa mediação) entre o facto de evasão e a lei evadida.

Faremos, neste segundo capítulo, uma análise regressiva: limitar-nos-emos a dar a conhecer as formas como a temática que nos ocupa tem sido abordada e as consequências a que conduzem. No terceiro capítulo tentaremos já apontar algumas conclusões, fixadas certas premissas.

II.2. Configuração doutrinal do tema.

II.2.1. *Afirmção da licitude da evasão fiscal.*

Delimitação positiva e delimitação negativa dessa valoração jurídica.

A afirmação da licitude⁽³⁸⁾ da evasão fiscal tem sido proferida em resultado da utilização de esquemas argumentativos de sinal contrário: ou

(37) Cf. sobre esta perspectiva, por todos, Castanheira Neves, 1967.

(38) Importa acentuar, desde já, que a perspectiva que nos interessa é a da “licitude” e não a da “legalidade” ou da “legitimidade”, tendo em conta a forma algo confusa com que por vezes estas expressões são utilizadas no âmbito da temática deste estudo. A distinção é mais clara na perspectiva negativa destes conceitos. Enquanto na “ilicitude” a norma violada impõe um “dever jurídico” e acarreta uma “sanção” pelo seu desrespeito, na “ilegalidade” a norma violada envolve um “ónus jurídico” e acarreta apenas uma

se delimita positivamente essa valoração jurídica pela configuração de um direito à evasão fiscal que encontra a sua fundamentação na estrutura e objectivos próprios do acto jurídico que a efectiva, ou essa valoração resulta negativamente, como corolário lógico da não aceitação dogmática da interpretação extensiva — ou da integração das lacunas, para quem a elas ligue a evasão fiscal — da norma de incidência tributária. Para os primeiros, porque a evasão fiscal é lícita, a interpretação extensiva não deve ser aceite sob pena de pôr aquela em causa; para os segundos, porque a interpretação extensiva — ou a analogia — não deve ser aceite, a evasão fiscal é lícita.

a) O sentido oposto do comum esquema subsuntivo utilizado e suas implicações...

Em ambas as posições é verificada a utilização de esquemas metodológicos de cariz subsuntivo — a aplicação do direito é reduzida à dedução abstracta do direito pressuposto — mas de sinal contrário.

Para aqueles que, esquecendo os efeitos negativos da evasão fiscal e promovendo as vantagens intrínsecas que lhe encontram, delimitam a sua licitude pela positiva, é o próprio facto que molda o direito, independentemente de reflexão sobre a metodologia jurídica.

Para aqueles que, esquecendo as necessidades de juridicidade do facto, ignoram as possibilidades da metodologia jurídica relativa à aplicação da norma fiscal de incidência e não enfrentam o problema essencial da perspectivação da evasão fiscal como um fenómeno ligado à problemática da interpretação extensiva ou da analogia, é o próprio direito que

(continuação da nota 38)

“desvantagem” pelo seu desrespeito (Cf. Almeida Costa, 1984:368). A “ilegitimidade” — cujo regime é traçado pela doutrina sobretudo a partir do regime do Código Civil sobre a compra e venda de bens alheios, já que este não se ocupa da figura com autonomia — traduz-se numa actuação inválida por não existir a relação entre a pessoa e o direito ou obrigação pressuposta pelo ordenamento jurídico (Cf. Carvalho Fernandes, 1974, 1.º vol.: 176 a 180 e autores citados). Esclarecido que o aspecto determinante ora em causa é definir se o acto jurídico pelo qual a evasão se efectiva vem, ou não, a integrar-se, por um qualquer processo de metodologia jurídica, na norma de incidência evadida — e, assim, confirmar se, de facto, existe evasão fiscal —, com a consequente constituição, ou não, de uma obrigação de imposto, e esclarecido que a temática da moralidade da evasão fiscal não cabe, pois, na noção de “legitimidade”, fica justificado o reparo.

molda o facto, pela desistência da procura de correctas abordagens metodológicas.

Como veremos, porque são distintos os objectivos que as referidas posições prosseguem, não se pode afirmar tratar-se simplesmente de diferentes perspectivas, com uma secante comum, de encarar o nosso tema. De facto, os resultados a que chegam apresentam áreas de sobreposição, a evidenciar diferentes horizontes de implicações.

As distintas abordagens referidas permitem já diferenciar, na óptica que para o nosso tema interessa, uma crítica preliminar às implicações lógicas de cada uma.

Se a afirmação pela positiva da licitude da evasão fiscal, numa coerência em si mesma criticável, como veremos, desloca para ambiente estéril a problemática da evasão fiscal, a afirmação da sua licitude pelo traçar dos limites da interpretação jurídica fiscal cai na incoerência de afirmar (conformadamente) a licitude de algo que o é por natureza, não advindo também daí qualquer efeito útil. Isto porque, ou se ignora a problemática da metodologia jurídica no tratamento da evasão fiscal, no primeiro caso, ou porque se conhece apenas um esquema (subsuntivo) de abordar essa problemática, no segundo caso.

Por resolver fica sempre a questão que aqui reputamos essencial: a definição da incidência fiscal sobre o acto jurídico de evasão.

A este propósito diz Saldanha Sanches (1985:286) que “a linha principal da argumentação a ser seguida consiste em que essa abordagem do problema — que reflecte no campo de direito fiscal (...) a concretização do normativismo positivista — se pode hoje considerar esgotada, dados os problemas que tem encontrado, sem conseguir resolver, nos sistemas fiscais dos países industrializados do ocidente, onde se reflecte com mais intensidade a problemática das modernas formas de fuga legal aos impostos, ...”

b) ... na delimitação positiva.

A afirmação da licitude da evasão fiscal independentemente da argumentação retirada da estrutura da metodologia jurídica tem como suporte fundamental a configuração de um direito de resistência de que o contribuinte é titular e que lhe permitiria, apelando a uma generalidade de meios, opor-se à “opressiva” intenção tributária do Estado.

É certo que as posições legitimadoras da resistência ao imposto⁽³⁹⁾ podem encontrar, de forma mais ou menos expressa, a sua fundamentação ainda mais a montante, em concepções de cariz filosófico-político. Referimo-nos, a título de exemplo, à concepção de Robert Nozick (1974), próxima dos ideais financeiros do neo-liberalismo na afirmação de que o Estado deve reduzir ao mínimo, qualitativa e quantitativamente, a sua actividade financeira, que deve ser neutral para com as relações económicas⁽⁴⁰⁾. Só este “minimal state” não contende com a eficaz preservação dos direitos e das liberdades individuais, sendo suficiente para a superação da anarquia e para se obterem as condições necessárias a uma correcta justiça distributiva.

A “proporção geométrica”⁽⁴¹⁾ das vantagens que a justiça distributiva confere aos cidadãos afere-se unicamente pela justiça do título da aquisição originária ou da transferência dos bens⁽⁴²⁾, podendo intervir um princípio de rectificação de uma injustiça anterior (“Entitlement Theory”⁽⁴³⁾). Não leva em conta os atributos naturais dos indivíduos —, porque essa consi-

(39) Independentemente da afirmação de um direito de resistência à tributação, o fenómeno da resistência ao imposto é, de facto, como já se referiu, passível de tratamento dogmático nas suas várias vertentes — sujeitos, causas, meios, objectivos, efeitos, reacção do direito (...). Como fenómeno de todos os tempos e espaços tendente a conseguir a redução ou a supressão da fiscalidade pela conjugação de vários tipos comportamentais lícitos ou ilícitos, a que se associa uma contestação declarada que não obrigatoriamente agressiva, a um sistema sentido como opressivo, a resistência ao imposto é de facto praticada em termos quase universais, pois “nada é mais frágil que a virtude fiscal” (Mehl, 1984:3), e tornou-se objecto de consideração séria por parte do Estado.

(40) “At no point does our arguments assume any background institutions more extensive than those of the minimal night-watchman state...” (Nozick, 1974:127).

(41) Sobre esta noção ver Oliveira Ascensão (1978:165).

(42) Se a transferência justa depende da sua aceitação pelas partes — “From each as he chooses, to each as he is chosen” (Nozick, 1974:106) —, a aquisição originária justa depende, tal como em John Locke, do trabalho acrescentado ao bem mas, interpretando-o, concebe Nozick como justa a aquisição que esgota a disponibilidade do bem desde que não prejudique a situação das restantes pessoas, caso em que poderão ser impostos limites à propriedade.

(43) “The general outlines of the theory of justice in holdings are that the holdings of a person are just if he is entitled to them by the principles of justice in acquisition and transfer, or by the principle of rectification of injustice (as specified by the first two principles). If each person’s holdings are just then the total set (distribution) of holdings is just.” (Nozick, 1974:100).

deração afectaria a liberdade individual —, tem um carácter histórico — porque as circunstâncias passadas podem diferenciar os títulos aquisitivos — e não ignora a reivindicação social⁽⁴⁴⁾.

(44) Opondo-se, deste modo, às chamadas “Patterned Theories” que apelam a aspectos como a produtividade, moralidade, interesse para a sociedade, esforço, etc. — embora com elas partilhando o seu carácter histórico e a relevância conferida à reivindicação social de certos bens ou satisfação de certas necessidades — e em contraste com os “current time-slice principles” de justiça das “End-Result Theories” (Utilitarismos, Igualitarismos, “Welfare Economics”, etc.) que apelam a princípios baseados na estrutura dos resultados de justiça distributiva obtidos, esquecendo a relevância da reivindicação social e do elemento histórico — tendo de comum com as “Patterned Theories” a consideração das qualidades naturais dos indivíduos.

Importa aqui referir, como integrada nas “End-Result Theories”, uma das mais marcantes posições da filosofia política moderna, a “Theory of Justice” de John Rawls. Quando, dentro em breve, nos referirmos à problemática do direito de resistência veremos que a configuração que lhe é própria no moderno Estado constitucional fica, em grande medida, a dever-se à acentuação da autonomia individual e do primado da consciência na conduta humana, afirmados sobretudo em Kant. Essa moralidade baseada na autonomia individual, e não já imposta transcendentemente, vai permitir secularizar a ideia de “contrato social”, renovando-a, no âmbito de um pensamento político normativo, como fundamento da soberania popular. Em conjunto com as ideias de universalismo e criticismo, típicas da Ética Kantiana, essa moralidade legítima democraticamente — pela crítica não condicionada às instituições — a ordem política. Ora o pensamento político de Rawls desenvolve-se exactamente retomando as ideias Kantianas.

Renovando, na sua “Theory of Justice” (Cf. John Rawls, 1971) a tradição liberal —democrática do pensamento político, John Rawls analisa qual o modelo social de justiça da distribuição dos bens materiais e dos bens imateriais como a liberdade, o poder, a organização política, o respeito, etc. Parte, sem dúvida, da tradição doutrinal do “contrato social”, mas a sua reflexão é mais abstracta do que a mera análise dos deveres dos cidadãos perante o Estado e deste perante aqueles; o núcleo das suas reflexões dirige-se ao contrato ideal tendente à aceitação de certos “princípios de justiça”, ordenados por ordem de prioridades, e definidores da distribuição dos bens por meio de uma “escolha racional”. Imagina um circunstancialismo de justiça — “justice as fairness” — (“original position”) apropriado àquela convergência social de vontades (em que as pessoas são interessadas, têm igual capacidade e poder de adiantar propostas, são racionais na adequação dos meios aos fins, têm profundo desenvolvimento cultural, são totalmente ignorantes quanto aos seus futuros individuais). Neste circunstancialismo (idêntico ao “estado da natureza” da teoria tradicional do “contrato social”) acordar-se-iam os princípios ideais de justiça para as sociedades actuais.

Seriam eles, e por ordem de prioridades, o princípio da igualdade de direitos ao sistema total de “liberdades básicas” (políticas, de consciência e de pensamento, propriedade privada, garantia de inexistência de prisão arbitrária), compatível com idêntico sistema de liberdade para todos, e o princípio da “diferença” — este com efeito incentivador e ligado ao princípio prioritário da igualdade de oportunidades no acesso a posições mais favoráveis. Estes princípios são conjugados com os da “justa poupança”

Esta posição fundamentante da atribuição das vantagens ao indivíduo no seio da sociedade assume, por extensão, uma concepção filosófico-política profundamente contestatária da tributação do rendimento, em especial do rendimento do trabalho e do lucro, porque, apelando à ideia de trabalho forçado (“forced labour”), envolveria a apropriação inaceitável do comportamento e da acção dos outros⁽⁴⁵⁾. No fundo, a crítica é dirigida aos próprios princípios da “redistribuição”, se não baseada na distribuição não forçada, porque, infringindo a liberdade individual, o “direito de escolher o que fazer com aquilo que se tem” (Nozick, 1974:112), não se enquadrariam nos justos títulos de aquisição⁽⁴⁶⁾.

(continuação da nota 44)

(das gerações presentes para as futuras), da “eficiência” — procura de uma eficiente distribuição de bens de forma a que não exista “redistribuição” que se apresente como mais eficiente —, o clássico princípio da “utilidade” — distribuição de forma a garantir o maior grau possível de satisfação das necessidades, as quais se devem conformar àqueles dois princípios de justiça. A opção utilitarista seria negada, segundo Rawls, porque ninguém na “original position” poderia estar seguro de não vir a pertencer ao grupo mais desfavorecido, dada a possibilidade de a máxima utilidade poder significar posições desiguais; sempre adoptariam uma ideia mais realista assente num princípio de vantagens recíprocas.

(45) “Seizing the results of someone’s labour is equivalent to seizing hours from him and directing him to carry on various activities. If people force you to do certain work, or unrewarded work, for a certain period of time, they decide what you are to do and what purposes your work is to serve apart from your decision. This process whereby they take this decision from you makes them a part owner of you; it gives them a property right in you”. (...)

“End-state and most patterned principles of distributive justice institute (partial) ownership by others of people and their actions and labour. These principles involve a shift from the classical liberal’s notion of self-ownership to a notion of (partial) property rights in other people.” (Nozick, 1974:116).

(46) “From the point of view of an entitlement theory redistribution is a serious matter indeed, involving, as it does, the violation of people’s rights.” (Nozick, 1974:113). Esta posição de Nozick dificilmente se enquadra com a disposição do art.º 106.º, n.º 1 da Constituição portuguesa que leva pressuposta a estruturação de um “regime económico” de “intervencionismo” estadual.

Na lógica financeira liberal, como “período tributário”, o imposto assim predomínio entre as receitas do Estado mas os sistemas fiscais do liberalismo tributam relativamente pouco os rendimentos do trabalho e o lucro empresarial, com o fim de favorecer o crescimento económico com base na livre iniciativa, e rejeitam a ideia de utilizar o tributo como meio de redistribuição. A justiça fiscal era aferida pela igualdade formal perante a lei e pela moderação da carga fiscal, devendo observar-se as quatro célebres regras afirmadas por Adam Smith: “justiça”, “comodidade”, “certeza” e “igualdade de todos perante o imposto”. Cf. sobre estas perspectivas, Sousa Franco, 1981.

Para uma ideia sobre a problemática da “Redistribuição”, cf. Sousa Franco, 1977 e bibliografia referida.

Em Nozick só implicitamente, ou mesmo por autónoma concretização, se pode delinear a afirmação de um direito de resistência ao imposto. A sua crítica à tributação, ou a parte dela, tem um cariz filosófico-político, assente na configuração de um modelo social de justiça distributiva essencialmente suportado pela autonomia individual na transferência patrimonial, isto é, baseia-se na inadequação estrutural de certa tributação a uma específica configuração da justiça social. Os limites da fiscalidade são impostos pela estrutura do seu modelo e, assim, por uma certa autonomia que o constitui.

Mas, bem vistas as coisas, a construção teórica da justiça distributiva pela autonomia individual — independentemente do desenho de um concreto modelo social e, por isso, de uma qualquer caracterização desta autonomia —, sendo a base legitimadora da soberania fiscal do Estado, dado o princípio do “consentimento do imposto”, é que permite justificar a afirmação de um direito de resistência ao imposto constatada a desadequação dos objectivos e dos efeitos da fiscalidade ao bem comum — como quer que ele se configure teoricamente. Direito esse consubstanciado pela recuperação da autonomia individual⁽⁴⁷⁾ do contribuinte perante a fiscalidade ilegítima.

Na sequência da disposição do art.º 8.º, n.º 16 da Constituição de 1933, o direito de resistência em matéria fiscal está expressamente previsto no art.º 106.º, n.º 3 da Constituição em vigor, como regime especial da garantia geral contida no art.º 21.º. Segundo aquela disposição, “ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança se não façam nas formas prescritas na lei.”

(47) Como bem acentua Maria da Assunção Esteves (1989:157), a protecção dos direitos fundamentais — na qual se integra o direito de resistência como “direito-garantia”, reconhecido por uma norma de competência, que atribui uma “competência” — “tem a ver com uma determinada concepção do homem, da sociedade e do papel do Estado no reconhecimento dos valores da dignidade e da autonomia da pessoa”. E, a propósito da configuração do direito de resistência como tutela inorgânica e subsidiária dos direitos fundamentais, própria do Estado constitucional, havia já esclarecido (ibidem:93) que ele “passa a figurar na Constituição”. E acrescenta (ibidem:93): “Trata-se já de um direito subjectivo, positivado. Não se prende já com questões de obrigação jurídica e obrigação política, discutidas ao nível do pensamento ético-político, em conexão com a questão da legitimidade. Mas é ainda essa dimensão material, da defesa da autonomia do indivíduo e da legalidade da actuação da Administração, que lhe está na base.”

A referência aos “termos da Constituição”, por oposição às “formas prescritas na lei”, a propósito da criação dos impostos remete-nos directamente para os princípios da legalidade e da tipicidade — embora tenha de se entender, naturalmente, que a liquidação e cobrança gozam da protecção do princípio geral da legalidade administrativa e de uma regra de reserva material de lei não podendo conter-se em regulamento (Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1984, 1.º vol.: 463). Princípios esses ligados à ideia de “auto-tributação” dos cidadãos pelo consentimento dos seus representantes, própria da concepção liberal — democrática (Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ibidem* e Maria da Assunção Esteves, 1989:239-240).

Mas esta afirmação de um direito de resistência ao imposto, no nosso espaço cultural, tem já raízes nos teólogos da escolástica medieval, para quem a fraude se legitimaria perante a injustiça da obrigação do imposto, a qual tinha um cariz meramente penal e não de consciência de acordo com a teoria das leis puramente penais (“lege mere poenales”). Injustiça essa aferida pela falta de “causa” da obrigação tributária quando não indispensável para a prossecução do bem comum⁽⁴⁸⁾.

Actuando o direito de resistência pela exclusão da ilicitude da fraude fiscal, não teria o tema qualquer implicação no nosso estudo se, por detrás da afirmação desse direito de resistência, nas sociedades modernas, não estivesse muitas vezes o sentimento de que ele se justifica por causa de uma excessiva carga fiscal de cariz opressivo, que é vista como algo necessariamente inerente à fiscalidade de certos sistemas e em certas épocas.

E é desta forma que, em alguns autores, se salvaguarda a licitude da fraude fiscal como possibilidade de resistência, quer à violação da competência parlamentar em matéria tributária e às características de instabilidade, complexidade e incerteza do direito fiscal, quer à injustiça provocada

(48) Cf. Jean-Claude Martinez, 1984:924 e bibliografia citada. Segundo a teoria das “lege mere poenales”, porque a obrigação fiscal não é moral, o contribuinte não estava vinculado em consciência. A obrigação resultava da lei fiscal que, por ter carácter meramente penal, não vinculava por si mas pela sanção que preconizava. O contribuinte que não a respeitasse ficava portanto sujeito apenas à aplicação da sanção e não vinculado ao cumprimento da obrigação fiscal.

Sobre a doutrina medieval da causa do imposto, cf. Pedro Soares Martínez, 1983:182 a 184. Sobre o fundamento da soberania fiscal, cf. *ibidem*:72 a 77. Cf. n.º 106.

pela excessiva carga fiscal e pela maior permeabilidade que certos tipos de impostos demonstram perante a evasão fiscal — que não, certamente, os que incidem sobre os rendimentos do trabalho, sobretudo o dependente —, quer, ainda, à incoerência dos fins da fiscalidade, quando organizada em proveito dos interesses de certos grupos de pressão mais activos, e à incoerência da gestão dos recursos fiscais, quer, por fim, à espoliação fiscal, aferida pela pressão fiscal objectiva e pela pressão fiscal psicológica⁽⁴⁹⁾.

Além da crítica que deve ser avançada inerente aos critérios mais ou menos libertários da configuração dessa “opressão fiscal”, o que se traduz na configuração do direito de resistência desligado do seu carácter excepcional e não adequado à formulação contida na disposição constitucional portuguesa há pouco referida que afere o direito de resistência pela violação dos princípios da legalidade e da tipicidade⁽⁵⁰⁾ — e, portanto, a exigir o apelo a um direito de resistência não constitucionalizado, ou até ao direito de resistência colectiva que, como se sabe, prossegue diferente função⁽⁵¹⁾ —, legitimando, se não promovendo, em termos demasiadamente amplos a fraude fiscal, além desta crítica, dizíamos, o ponto de partida da posição ora em análise permite, de facto, que ela contenda com o nosso tema.

É assim porque, apelando a uma configuração ampla do direito de resistência, como uma espécie de direito geral de ludibriar o Fisco⁽⁵²⁾, é

(49) Cf. Jean-Claude Martinez, 1984:925 e ss.

(50) Como esclarece Maria da Assunção Esteves (1989:241-242) a função do preceito do art.º 106.º, n.º 3 é dupla: garante objectivamente o princípio da legalidade em matéria fiscal e reconhece o direito subjectivo de resistência ao acto tributário ilegal o qual desenvolve uma função de salvaguarda de outros direitos fundamentais, como o de propriedade e o de participação política.

(51) Veja-se, a este propósito, como Maria da Assunção Esteves (1989:97-98) escreve “que a codificação de um direito de resistência não equivale à consagração de um direito à subversão da ordem constitucional liberal-democrática. A Constituição não consagra os meios da sua própria ruptura, que terão necessariamente de ter carácter extra-constitucional, assentar no domínio dos “factos”, que não do “Direito”,...”.

(52) E, desta forma, configurando estruturalmente o direito de resistência — ultrapassada agora a crítica sobre a irrelevância dos fundamentos apresentados — em termos porventura próximos da forma como ele é configurado no direito constitucional alemão em que, pelo aditamento em 1968 de um parágrafo IV ao art.º 20.º da Lei Fundamental de Bona de 1949, se estabelece que “todos os alemães têm um direito de resistência contra todo aquele que emprenda a supressão deste ordenamento, quando outro remédio não seja possível”. O direito de resistência tem aqui uma feição objectiva de

lógico que fará referência, de forma mais ou menos expressa, a todos os meios capazes de entravarem a intenção tributária do Estado, incluindo a contestação da possibilidade de interpretação extensiva e de integração das lacunas da norma de incidência, senão mesmo a própria técnica legislativa limitadora da evasão fiscal⁽⁵³⁾ (54).

Parte-se, pois, para a contestação da admissibilidade da interpretação extensiva da incidência fiscal, não por meio de argumentação de cariz

(continuação da nota 52)

protecção colectiva da ordem constitucional e não, como entre nós, uma dimensão individualista, de protecção dos direitos individuais. Se este foi proposto pelo iluminismo, aquele resulta de uma concepção em que o direito de resistência prossegue uma função ordenadora pela manutenção das posições relativas entre os vários "estamentos".

Sobre a evolução histórico-filosófica da função do direito de resistência, sempre ligado à problemática do "Estado limitado", de um Estado estamental — em que um moral-político direito de resistência se configura como garante do equilíbrio e da estabilidade dos poderes dos vários corpos ou ordens e do papado, em função de valores transcendentes vinculativos e não do arbítrio individual, com inspiração nas posições do cristianismo face ao Estado, nas concepções comunitaristas germânicas, segundo as quais o poder estadual do povo era deferido ao príncipe por meio de um "pactum" que, se desrespeitado, libertaria os cidadãos pela transformação do dever de obediência em direito de resistência, e nalgumas doutrinas escolásticas e neo-escolásticas — para um Estado constitucional — em que o direito de resistência nos aparece como um direito subjectivo, exercitável em livre consciência, positivado como uma competência individual, que é um elemento de tutela inorgânica e subsidiária dos direitos fundamentais, individuais e naturais, que hoje são conteúdo necessário dos sistemas jurídico-políticos, e que, a par da divisão de poderes e da participação, inerente a uma renovada ideia contratualista de soberania popular, asseguram o exercício legítimo e não abusivo do poder, desempenhando, em conjunto, pela manutenção da ordem constitucional democrática, a mesma função que o direito de resistência do Estado estamental — Cf. Maria da Assunção Esteves, 1989.

Sobre a evasão fiscal como uma forma de resistência ao imposto, cf. ainda Robbez Masson, 1990:44 a 59.

(53) "La sanction individuelle, de la spoliation fiscale, prend toutes les formes de la fuite devant l'impôt." (Martinez, 1984:941).

(54) A importância da redacção dos textos legais como elemento de combate à evasão fiscal será analisada mais à frente. Por agora, importa acentuar o efeito negativo que a atitude legiferativa tendente a dificultar a resistência ao imposto pode ter sobre o direito fiscal. Refere-o Pierre Beltrame (1984:21 e ss.) ao analisar as consequências de inflação legislativa e de fraccionamento disciplinar, bem como a patente permeabilidade do legislador a interesses instituídos com capacidade de pressão, o que contribui para a proliferação de regimes jurídicos transitórios, disposições derogatórias e, em geral, legislação pouco cuidada e permeável à própria evasão.

metodológico, ligada ao sentido delimitativo próprio do direito fiscal, pelo princípio do exclusivismo, mas por razões assentes na contestação mais ou menos emotiva dos fundamentos de um concreto sistema fiscal. E, assim, se por um lado se apela ao carácter tipológico do direito fiscal para fundamentar a proibição da interpretação extensiva, por outro ele é esquecido quando, pela legitimação excessiva da evasão e da fraude fiscais, se ferem de morte a certeza e a segurança jurídicas, valores fundamentais à justiça e equidade dos sistemas fiscais⁽⁵⁵⁾.

Como veremos, o problema da interpretação extensiva em direito fiscal não pode colocar-se nestes termos. É que estamos perante um problema que integra um dos momentos essencialmente constitutivos da metodologia jurídica e, como tal, implica a sua resolução dentro da moldura delimitadora dessa metodologia. Na nossa questão essa moldura é-nos dada pela necessidade de, partindo (como sempre) do caso concreto, compatibilizar — pelo lado do direito pressuposto — os limites resultantes da configuração tipológica da incidência fiscal com os limites abstractamente traçados à estrutura da interpretação extensiva.

É certo que a referida configuração tipológica não se fundamenta por si mas em “intenções axiológico-jurídicas que transcendem a lei” (Castanheira Neves, 1967:299) e que podem ter a ver, como certamente têm, com razões de preservação da autonomia individual perante a ingerência dos poderes estaduais, nas quais se insere a lógica argumentativa da posição ora em análise. Só que essas razões permitem-se apenas fundamentar o carácter delimitativo de certas áreas jurídicas pelo princípio do exclusivismo. A problemática da interpretação extensiva não pode referir-se directamente àquelas intenções axiológico-jurídicas mas, em segunda linha, resulta metodologicamente deste princípio, tendo de resolver-se neste âmbito⁽⁵⁶⁾.

(55) E veja-se como contraditoriamente Jean-Claude Martinez (1984:929 e 932), por um lado, tenta justificar não conduzir a fraude a uma sobrecarga fiscal sobre os contribuintes que a ela não recorrem e, por outro, não hesita em ver na evasão fiscal um factor de injustiça social.

(56) Dai que idêntica crítica deva ser formulada àquelas posições que defendem a aceitação da interpretação extensiva e mesmo da analogia no âmbito da incidência fiscal, apelando apenas ao carácter não odioso e não excepcional do direito fiscal. Como à frente afirmaremos (Cf. III.4.), a passagem do Estado de Direito a Estado Social de Direito por impor a reponderação da configuração da tipicidade tributária, pela reanálise do sentido da protecção que deve ser dispensada à confiança jurídica.

Mas perguntar-se-á: implicando a metodologia jurídica a mediação entre o facto e a juridicidade pressuposta e assentando-se na licitude do facto concretizador da evasão fiscal, não implicará essa própria licitude uma carga metodologicamente valorativa capaz de determinar a exclusão do acto de evasão da incidência de uma norma que, se interpretada extensivamente, a imporá?

A resposta tem de ser negativa e os próprios termos contraditórios da questão a revelam. É que a relevância do problema, a relevância factual no processo interpretativo, tem, como todo esse processo, um cariz metodológico. Daí que a relevância do facto é-o também nesse sentido, de forma a obter-se uma indicação sobre se a sua configuração objectiva e subjectiva justifica, ou não, a sua integração nos limites da interpretação extensiva de uma norma que abstractamente abarque, por essa extensão, esse próprio facto. Trata-se de uma questão que por natureza é neutral à valoração jurídica de licitude do facto, pois o que está em causa é logicamente anterior: a própria definição do direito regulador do problema, e que num outro momento o valorará. Daí a irrelevância para o nosso tema da procura de critérios de licitude ou ilicitude da evasão fiscal.

O que realmente nos interessa, sabêmo-lo já, é descobrir se o acto jurídico de evasão, pela sua própria estrutura, se integra ou não no âmbito da incidência da lei evadida, o que está em causa é saber como tributar esse acto, independentemente da sua licitude ou ilicitude. E esta é a própria questão da metodologia jurídica e como tal deverá ser encarado o nosso tema.

É talvez ainda neste âmbito da delimitação positiva da licitude da evasão fiscal que devem inserir-se aquelas posições que buscam a sua argumentação, não já no seio do direito de resistência, mas nos próprios limites metodológicos impostos pelo carácter tipológico da incidência fiscal. De forma que só ao legislador caberá, no momento da feitura da norma de incidência, prevenir a evasão fiscal.

O afastamento relativamente às posições de delimitação negativa da licitude da evasão fiscal, para as quais esta é tendencialmente criticada por razões morais e conformadamente aceite por razões jurídicas, afere-se

(continuação da nota 56)

Mas, enquanto esta tipicidade for o que é, só metodologicamente pode, perante ela, resolver-se a questão da interpretação extensiva da norma de incidência fiscal.

unicamente pela acentuação de que ela não é eticamente condenável, de que “nenhum obstáculo, de ordem jurídica ou ética, inibe o contribuinte de buscar minimizar seus custos tributários, assim também quaisquer outros, agindo licitamente dentro das opções várias que a própria lei lhe possibilita”, como defende Sampaio Dória (1970:44).

Não se considera “realístico falar-se em Moral Tributária num sector em que o comportamento dos indivíduos é rigorosamente condicionado pela cogência da norma, ... a evidenciar como seria falacioso e até falsamente virtuoso concitar o contribuinte a se abster da elisão fiscal.” (Sampaio Dória: 1970:80).

Naturalmente, estas últimas posições partilham com aquelas que delimitam negativamente a licitude da evasão fiscal a crítica de que a visão que demonstram da problemática da metodologia jurídica assenta num esquema lógico-subsuntivo que subvaloriza o facto concreto e, deste modo, a especial relevância de juridicidade do elemento subjectivo da evasão fiscal⁽⁵⁷⁾.

Mas, porque a evasão fiscal não é, em si mesma, vista, como um mal, acabam estas posições por integrar-se com as implicações que daí advêm, no âmbito daquelas que temos vindo a referir, com elas partilhando a crítica dirigida à contestação dos fundamentos apontados para justificar essa licitude. E parece evidente, tendo em conta sobretudo a dimensão voluntária do acto jurídico concretizador da evasão fiscal e, assim, a consciencialização de que esta não pode deixar de ser alvo que a neutralidade moral a que se aludiu é condenável com frontalidade. O próprio autor ultimamente referido demonstrou sabe-lo ao afirmar que o “verdadeiro rationale que está por detrás das várias teorias da ilegitimidade da elisão fiscal... são inspirações éticas.” (Sampaio Dória, 1970:87).

Uma última ideia importa anotar: a afirmação da neutralidade ética da evasão fiscal, comum às posições que delimitam positivamente a sua lici-

(57) E só porque a exclusão da incidência fiscal do acto jurídico de evasão fica desta forma obtida é que Sampaio Dória pode justificar o carácter eticamente neutro da evasão fiscal pela formulação da seguinte questão: “se a própria lei me possibilita a opção de não pagar, por que razão palusível hei-de pagar o que não devo?” (1970:88-89). No fundo, queremos dizer com isto que não é esta posição passível da crítica há pouco feita com base na noção de que a questão da interpretação extensiva no âmbito da incidência fiscal não pode resolver-se fora da moldura da problemática da metodologia jurídica; o que é refutável é o esquema dessa metodologia que é utilizado.

tude, carrega logicamente nos seus pressupostos a incompreensão, ou mesmo reprovação, da defesa que por outros autores é feita da educação fiscal e cívica como forma de combater a evasão fiscal.

c) ... na delimitação negativa.

Assentando nas implicações lógicas que o princípio constitucional da legalidade em matéria de impostos e que a eficácia rigorosamente delimitativa da norma de incidência fiscal resultante da consagração, com idêntica dignidade, do princípio da tipicidade com cariz de exclusivismo fazem incidir sobre a interpretação extensiva e a integração das lacunas da norma fiscal de incidência, que assim — sobretudo, e com maior veemência, esta — são banidas, alguns autores (porventura a maioria), como corolário natural, como efeito consequencial, são levados a afirmar a licitude da evasão fiscal⁽⁵⁸⁾, sem que daí advenha, como vimos, o efeito útil exigido pelo nosso tema.

Não é, por agora, o momento de aprofundar a reflexão sobre a estrutura e as implicações dos princípios da legalidade e da tipicidade em matéria fiscal. No entanto, algumas considerações devem ser já tecidas à lógica inerente a esta argumentação.

Esgotados os remédios proporcionados pela metodologia jurídica, apontam estes autores, no âmbito das formas de combater a evasão fiscal, para o momento da feitura da lei e para os processos de que o legislador dispõe para definir a incidência fiscal de molde a dificultar as possibilidades de esta ser iludida através de comportamentos evasivos.

Em segunda linha, é também referida, como forma de prevenir a evasão fiscal, a educação do contribuinte, promovida por vários meios e no sentido de alterar o seu estado de espírito negativo quanto à tributação.

É evidente que nada temos a apontar à utilização destes meios e à sua eficácia como forma de contrariar a evasão fiscal e, por isso mesmo, à frente nos debruçaremos sobre os mecanismos de que o legislador dispõe com esse fim.

(58) Veja-se como Alberto Xavier (1971:45) refere que “o negócio indirecto fiscalmente menos oneroso permite, efectivamente aos particulares, atingir os seus fins tributários” (...) sendo que “tal consequência é mero corolário inevitável da própria natureza do direito fiscal, como ramo do direito dominado por um rigoroso princípio de tipicidade taxativa.”

Mas o endossar da problemática da evasão fiscal ao legislador, verdadeiramente, significa a demissão de se encontrar nos quadros da metodologia jurídica a solução para ela. É que, ou a evasão fiscal não chega a existir, ou quando existe nada pode ser feito para combatê-la, porque o aplicador do direito não tem para isso disponibilidade argumentativa e porque o legislador não tem a possibilidade de retroactivamente a enquadrar.

Importa, pois, catapultar o nosso tema para o seio da problemática da realização do direito no sentido de, procurando ultrapassar os esquemas metodológicos de cariz lógico-subsumtivo, tentar abranger na incidência da norma (a que se pretende fugir por evasão) o concreto acto jurídico utilizado para prosseguir essa pretensão.

A crítica de cariz metodológico que aqui vai pressuposta merece, no entanto, uma precisão e é este o local apropriado para fazê-la: a superação daqueles esquemas metodológicos não pode conseguir-se no âmbito da problemática da incidência fiscal pela reflexão unilateral sobre a problemática genérica da aplicação do direito. Uma vez encontrada por essa reflexão novos contributos metodológicos importará também e com dificuldade acrescida tratá-los no âmbito de um sector jurídico dominado pelos princípios da legalidade e da tipicidade⁽⁵⁹⁾.

Significa esta precisão um aprofundamento do objecto que, com este estudo, nos propusemos tratar e determina ela um outro esclarecimento: apesar da dificuldade prática, comumente apontada e que é real, em distinguir o processo de analogia do processo de interpretação extensiva, a distinção teórica entre o problema da integração das lacunas e o problema da interpretação jurídica é suficientemente clara para tornar mais veemente

(59) E veja-se como Alberto Xavier (1972:294) delimita a metodologia jurídica pelo princípio da “reserva absoluta” da lei em matéria tributária, ou da “lex stricta”, ao afirmar que no direito fiscal este princípio “subsistiu para além da crise do iluminismo e, em geral, de todas as concepções que viam na aplicação da lei um mero mecanismo automático de subsunção lógico-dedutiva. É que (justifica), neste ramo do direito o princípio da reserva de lei não se limitava a espelhar uma dada orientação acerca do direito em geral; antes tinha alicerces mais fundos, radicados na própria essência do sistema económico a que respeitava e a cujos princípios ordenadores repugnava a sua violação.”

E veja-se também como Gonzalez Garcia (1970:109) se interroga, no âmbito da temática da evasão fiscal, sobre a compatibilização entre a interpretação teleológica da norma de incidência e a tipicidade fiscal.

a recusa em se aceitar no âmbito da incidência fiscal o primeiro processo em relação ao segundo. E de facto há autores que, aceitando a interpretação extensiva da norma fiscal de incidência, negam a possibilidade da sua aplicação analógica e assim mesmo, como veremos, resolvem a temática da evasão fiscal (Cf. Pamplona Côrte-Real, 1971).

Estranha-se, por isso, que muitas vezes não seja aprofundada a análise, verdadeiramente importante, sobre se a evasão fiscal se consubstancia ou no aproveitamento de uma lacuna legal ou no aproveitamento da falta de previsão expressa na letra da lei, que não no seu espírito, de certos actos jurídicos. E, logicamente, a opção pela primeira alternativa, por nós já afastada, e aceite, por exemplo, por Alberto Xavier (1971), Saldanha Sanches (1985), Gonzalez Garcia (1970) ou Sampaio Dória (1970), entre muitos outros, além de consumir parte do planeamento fiscal pela evasão fiscal, torna mais radical a reflexão metodológica, porque mais evidente é a incompatibilidade da analogia com a tipicidade fiscal. De facto, sem essa reflexão metodológica prévia não é possível compreender a posição de Vítor Faveiro quando afirma (1984:347) que o “efeito da maior importância do princípio da tipicidade em direito fiscal é o da rejeição, no campo da teoria da evasão fiscal legítima, de qualquer possibilidade de consideração como tributáveis os chamados negócios indirectos, ...”, a revelar também, perante a nossa visão uma opção pela primeira das referidas alternativas.

Reflexão essa que, apesar de todas as dificuldades, deve ser tentada e que, como veremos, encontra no elemento subjectivo da evasão fiscal contributo argumentativo decisivo. A revelá-lo estão as dificuldades apresentadas pelas posições que delimitam negativamente a licitude da evasão fiscal.

E a principal dificuldade reside na incongruência de se permitir a fertilização da incerteza e da insegurança jurídicas por efeito directo dos limites impostos pelos princípios da legalidade e da tipicidade, constitucionalmente afirmados exactamente para as combater... mas que assegurariam também a propagação da evasão fiscal. Assegura-se a “justiça formal” e descuida-se a “justiça-material” pela aceitação de actuações atentatórias dos princípios, que gozam de idêntica dignidade constitucional, da igualdade e da capacidade contributiva (Cf. Saldanha Sanches, 1985).

Note-se que não pretendemos, por agora, afirmar a necessidade de se encontrar a justificação da eficácia delimitativa das normas de incidência

em intenções axiológico-jurídicas que as transcendem. Pretendemos sim alertar para que estamos perante um problema dogmático de conflito entre princípios constitucionalmente afirmados com idêntico valor.

Conflito esse que não cremos possa resolver-se pela afirmação, com sentido de opção política, de que, ao contrário do princípio da legalidade, que “se impõe directamente ao órgão de aplicação do direito” os “princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária contêm exclusivamente um comando ao legislador ordinário, esgotando neste plano a sua eficácia” (...) obrigando-o, “na sua actividade de selecção e escolha das realidades a tributar, a cingir-se às que exprimam uma capacidade económica de pagamento ou, por outras palavras uma aptidão para contribuir” (...) e “a imprimir uma disciplina jurídica igual a todas as realidades que revelem uma igual capacidade contributiva” (Alberto Xavier, 1971:42) (Cf., no mesmo sentido, Pedro Soares Martínez, 1983:142). E não cremos possa assim resolver-se porque — não entrando agora no carácter exequível, ou não, destes princípios preceptivos⁽⁶⁰⁾ — na verdade o conflito não se resolve; logo renasce pela negativa, na perspectiva da inconstitucionalidade por omissão resultante da não previsão pelo legislador da incidência sobre o acto de evasão.

Independentemente de se aceitar, na lógica apenas destes termos de opção política, que esta opção deve favorecer a legalidade e a tipicidade tributárias, não se justificará, pois, aprofundar mais a temática metodológica na tentativa de evitar que a preeminência a conferir a um ou a outro destes princípios seja resolvida por meio de critérios, tão legítimos como delicados, de valoração e opção política? (Cf. Alberto Xavier, 1971:45)⁽⁶¹⁾.

(60) Sobre estas noções, cf. Jorge Miranda, 1981:527 e ss. e 1980:487 e ss.

(61) Veja-se como Alberto Xavier (1971:46) promove a sua opção: “Permitir-se que os princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária exorbitem das suas actuais funções de limites ao legislador ordinário para conferir amplos poderes aos órgãos administrativos e jurisdicionais, com vista a reprimir na fase da interpretação e da aplicação do direito o negócio indirecto fiscalmente menos oneroso, é porventura legítima preocupação da justiça material ou de engrossamento das receitas do Tesouro; mas é do mesmo passo enfraquecer o significado político e económico do princípio da legalidade tributária, retrocedendo no caminho da construção de uma sociedade, em que o reconhecimento das liberdades civis e políticas, a vinculação das intervenções públicas e um melhor funcionamento da economia de mercado, permitam uma mais plena expressão dos valores da personalidade.”

II.2.2. *Afirmação da ilicitude da evasão fiscal.*
Construção teórica dessa valoração jurídica.
Crítica de cariz metodológico.

Confrontadas com um fenómeno que sentem merecer repulsa jurídica, algumas posições doutrinárias, com o apoio mais ou menos expresso da lei, afirmam a ilicitude da evasão fiscal, sendo certo, como já deixámos dito, cremos nós que em si mesmos os meios utilizados são lícitos.

Desde já, podemos estabelecer uma distinção entre aqueles autores que alicerçam essa ilicitude na violação frontal da norma de incidência e aqueles que recorrem a outros esquemas como o do negócio simulado, do negócio em fraude à lei, do abuso do direito. Trata-se de uma distinção que tem, como veremos, plena razão de ser na economia do nosso estudo, dado os diferentes sentidos dogmáticos por cada uma utilizados, a permitirem diferentes implicações conclusivas.

Para alguns autores, como o alemão Plattner ou o espanhol Amorós, à evasão fiscal deveria aplicar-se o regime prescrito pelo direito civil para os negócios simulados. É que o fim prosseguido pelas partes seria um fim fraudulento e o meio seria simulado, visto não se pretenderem os efeitos típicos do negócio mas apenas obter-se uma aparência prejudicial para Fisco.

Já atrás fizemos referência (Cf. n. 34) à ligação entre o negócio simulado e a evasão fiscal pela indicação de que em ambos se verifica uma falta de coincidência entre o fim prosseguido pelas partes e a forma jurídica adoptada, o que permitiria qualificá-los de “negócios anómalos”. No entanto, este elemento de aproximação não nos pode fazer esquecer as diferenças já sobejamente apontadas entre as duas figuras; aliás bem patentes na criminalização tributária da simulação fiscal e não da evasão fiscal e no especial regime de invalidade do negócio jurídico que a Teoria Geral do Direito Civil prescreve para aquela e não para esta. A evasão fiscal, tal como a fraude à lei, remete-nos para a problemática da interpretação da lei. Como a doutrina comumente refere, a discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prosseguida em concreto pelas partes não pode reduzir-se, na simulação fiscal, aos termos de uma simples

“incongruência” — como na evasão fiscal —, mas gera uma verdadeira “incompatibilidade” (Cf. Gonzalez Garcia, 1970:116)⁽⁶²⁾.

Tem também sido avançada a ideia de que a evasão fiscal corresponde a uma actuação em fraude à lei, que não a fraude fiscal que constitui um tipo de infracção tributária (Cf. Alberto Xavier, 1971:20). A evasão fiscal seria, pois, um mero exemplo do instituto geral da fraude à lei⁽⁶³⁾.

Conforme já afirmámos, cremos, com efeito, que a evasão fiscal se consubstancia num exemplo de fraude à lei, de fraude à norma de incidência fiscal. E nesse sentido se pronunciou a “Ley General Tributaria” espanhola de 1963, ao qualificar, no art. 24.º, n.º 2⁽⁶⁴⁾, como em fraude à lei

(62) Ao contrário da opção doutrinal pelo abuso do direito (Cf. a monografia recentíssima de Robbez Masson, 1990), o legislador francês parece ter querido enquadrar a evasão fiscal pela figura da simulação (Cf. Pamplona Côte-Real, 1971:54-55 e Thomas Delahaye 1977).

(63) É o caso de Narciso Amoros (1965) numa posição que muito influenciou Carlos Pamplona Côte-Real (1971). No entanto, importa reconhecer que estas posições que defendem a ilicitude da evasão fiscal com base na teoria geral da fraude à lei acabam por não a conseguir distinguir claramente da infracção fiscal (N. Amoros diz (ibidem: 600) que à medida que as formas genéricas de fraude à lei fiscal vão sendo conhecidas vão também “emigrando” para a área do delito fiscal), do abuso do direito (veja-se, já a seguir, a posição de Pamplona Côte-Real, veja-se como N. Amoros refere (ibidem: 610-611) que a necessidade de que o facto fraudulento tenha aparência legal obriga a abusar das formas jurídicas, que pode ter importância para detectar a fraude à lei tributária e veja-se como Palao Taboada diz (1966:683) que o problema central da fraude à lei fiscal consiste em saber em que se traduz a anormalidade da forma jurídica adoptada) e da simulação (para N. Amoros (ibidem: 609-610) a distinção teórica entre simulação e evasão fiscal resulta de difícil compreensão na prática. “pois situar o centro de gravidade da distinção na consideração sobre se o acto externo que acompanha ambas as figuras resulta ou não querido pelas partes carece de relevância, porque chegado o momento de analisar os pressupostos da possível fraude à lei tributária, deparamo-nos com a nota da aparência legal que equivale à admissão da necessidade de que o facto fraudulento seja consequência de actividades de simulação.” (Cf. Gonzalez Garcia, 1970:128-129) para uma crítica a esta posição, cf. Pamplona Côte-Real, 1971:49 a 51)). Por outro lado, pressupõem a possibilidade de interpretação extensiva da norma de incidência e a consideração económica dos tipos tributários, como é preconizado por algumas teorias interpretativas específicas do direito fiscal, entre as quais, a teoria defendida pela Escola de Pavia da “interpretação funcional” (Cf. N. Amoros, ibidem: 605 e ss.). Veremos mais à frente como um dos defensores desta teoria, Dino Jarach, encontra nela os fundamentos para configurar a problemática da evasão fiscal como uma mera questão interpretativa, independente de considerações de ilicitude.

(64) Refere esta disposição que “para evitar a fraude à lei entender-se-á, para o efeito do número anterior, que não existe extensão do facto tributável quando se tributem fac-

fiscal os factos realizados com o propósito provado de eludir o imposto, sempre que produzam um resultado equivalente ao derivado do facto tributável. Mas também deixámos já claro que, tal como em direito civil a problemática da validade do negócio em fraude à lei se coloca como uma questão de interpretação da norma proibitiva ou preceptiva e não de ilici-

(continuação da nota 64)

tos realizados com o propósito comprovado da evasão do imposto, sempre que produzam um resultado equivalente ao derivado do facto tributável." E o n.º 1 do preceito afirma que "o âmbito do facto tributável ou das isenções ou reduções não poderá ser alargado para além dos seus estritos termos por intermédio de extensão analógica." Se transcrevemos este preceito é porque foi a propósito dele que Palao Taboada teceu a crítica à configuração da evasão fiscal pelo aproveitamento de uma lacuna de incidência fiscal e que referimos quando tratámos o confronto entre a evasão e o planeamento fiscais. Não concorda com a crítica da Taboada, porque vê já no preceito não uma autorização para a analogia mas apenas para a interpretação extensiva, Pamplona Côte-Real (Cf. 1971:59 e 67 a 69). Jaime La Peña (1971) debruça-se longamente sobre a análise destas disposições. Dá-nos conta do sentido maioritário da doutrina espanhola que nega a possibilidade genérica de utilização da analogia e admite-a como instrumento sancionatório da luta anti-fraude, por efeito da disposição do n.º 2 que, para não romper com o princípio geral do n.º 1, dispõe expressamente e um "pouco ingenuamente" (ibidem: 52) que não se considera existir aí extensão ou ampliação normativa. Não deixando de criticar a deficiente redacção do preceito, La Peña entende que o princípio da legalidade tributária não permite a aceitação da analogia e que a melhor leitura do preceito vai no sentido de encontrar no n.º 1 uma proibição genérica da interpretação extensiva (que critica), a qual o n.º 2 admite como meio de combate à fraude fiscal (ibidem: 40 a 47). E veja-se como Perez de Ayala (1967), partindo da ideia de que a obrigação fiscal não existe quando se produz uma realidade económica mas apenas quando, pelos aspectos que essa realidade adquire, coincide ela com o conceito legal tipificado no facto constitutivo (ibidem: 556), critica abertamente a redacção deste preceito (que considera autorizar apenas a interpretação extensiva (Cf. 1976, Tomo I: 101-102)) por afectar toda a construção da lei fiscal como norma abstracta, o seu fundamento no princípio da legalidade e a definição do facto constitutivo como categoria jurídica, única a ter em conta no mundo do direito (ibidem: 559). E, assentando nos efeitos dos princípios da capacidade contributiva, igualdade e generalidade perante o imposto, interroga se é possível encontrar no direito fiscal "um efeito imperativo (...) no que se refere à eleição do facto constitutivo para "vestir" uma dada realidade económica" (ibidem 560). Se "o intérprete não pode rectificar o legislador" (ibidem: 562) o que ele pode e deve fazer é "definir qual era a relação entre o facto constitutivo tipificado e o objecto do imposto que como fenómeno socioeconómico o legislador pretendeu tributar através da tipificação daquele conceito legal. Não para aplicar o segundo, em lugar do primeiro, mas para evitar (...) a fraude à lei." (ibidem: 563). Contestando as teorias da "interpretação funcional" ou da "interpretação económica", entende que o combate à "fraude fiscal" "exige que se parta da aplicação das regras da hermenêutica jurídica para interpretar os preceitos da lei fiscal relativos aos factos constitutivos da obrigação fiscal e fazer derivar de tal interpretação qual foi a realidade económica que o legislador pretendeu tributar ao tipificar o

tude, em direito fiscal ela manifesta-se também, não como um problema de ilicitude, mas de interpretação da norma de incidência, no sentido, aliás, com que parte da doutrina espanhola (e não só) tem interpretado aquele preceito⁽⁶⁵⁾.

À figura do abuso do direito têm recorrido outros autores para ferirem de ilicitude a evasão fiscal (Cf. Maria Fernanda Trigo de Negreiros, 1971 que, a partir do regime do art.º 334.º do Código Civil, defende a aplicação à actuação evasiva da lei de cobertura e a reparação dos interesses defraudados do Estado por meio de uma indemnização). Parte-se do carácter tipológico da incidência fiscal para afirmar que ele permite que o contribuinte se coloque fora dessa incidência ou que utilize os negócios jurídicos da forma que melhor se ajuste aos seus interesses. Os limites a essa liberdade resultariam, como em geral, do instituto do abuso do direito e seriam configurados pela necessidade de não se ofenderem os interesses fiscais do Estado pela utilização de formas jurídicas inadequadas para a realização dos interesses privados em causa.

Esta ideia de “abuso de formas jurídicas”⁽⁶⁶⁾, quando não são utilizadas as formas jurídicas “adequadas” para a realização dos resultados eco-

(continuação da nota 64)

pressuposto legal no dito preceito, de forma a que se impeça a sua aplicação de modo distinto do querido pelo legislador” (ibidem: 566). A única forma de evitar a evasão fiscal é, através de uma interpretação sistemática (jurídica e não económica) de cada concreta lei fiscal, definir qual é o objecto (categoria económica, extrajurídica) do imposto que o legislador pretendeu atingir fiscalmente. “Quer dizer, por outras palavras, nunca será a realidade económica que determinará o nascimento de uma relação jurídica tributária em substituição da fraudulenta. Mas apenas o que existe no ordenamento jurídico, ... (ibidem: 568). Alberto Xavier (1971:41), por seu turno, refere que “o referido preceito, mais do que conter uma regra excepcional de aplicação analógica do direito, formula uma regra geral de interpretação, nos termos da qual o tipo legal que se refere a um negócio jurídico directo, abrange necessariamente o negócio indirecto equivalente.”

Além deste art.º 24.º, o art.º 25.º da Lei Geral Tributária autoriza o intérprete, quando o facto constitutivo da obrigação fiscal é delimitado por conceitos económicos, a prescindir das formas jurídicas utilizadas pelas partes (Cf. Palao Taboada, 1966:692-693).

(65) Neste sentido, cf. Alberto Xavier, 1971:21. Diverge, todavia, da nossa posição ao considerar a norma tributária como insusceptível de fraude à lei por não ser proibitiva ou preceptiva (ibidem:22), o que pensamos não ser de aceitar visto a norma de incidência impor nitidamente uma obrigação.

(66) Presente no direito alemão, conforme nos dá conta Alberto Xavier, 1971:23. Alertamos também este autor para a divergência da doutrina alemã sobre o exacto sentido

nómicos pretendidos, traduz a configuração pelo direito fiscal, independentemente da solução do direito privado, de uma figura específica de abuso do direito capaz de tornar ilícita a não utilização pelo contribuinte das formas jurídicas adequadas, a que estava vinculado.

Para além da arbitrariedade inerente à ideia de “formas jurídicas adequadas ou normais” (Cf. Palao Taboada, 1966:689 a 691 e Perez de Ayala e Eusébio Gonzalez, 1976, Tomo I: 357), a figura do abuso do direito não é, contudo, a adequada para enquadrar o fenómeno da evasão fiscal. Com esta, não querem os contribuintes causar qualquer dano a outrem nem usar um direito subjectivo para fins diversos daquele para os quais a lei o atribuiu. As partes apenas pretendem utilizar o ordenamento jurídico tributário da forma que lhes pareça menos onerosa; e não é reconhecível ao Estado um interesse tributário geral mas apenas nos precisos limites da tipicidade fiscal fora dos quais não pode falar-se em dano; por outro lado, não se está perante um direito subjectivo mas uma esfera de liberdade do contribuinte (Cf. Alberto Xavier, 1971:24-25).

Independentemente de análise mais aprofundada sobre a estrutura do abuso do direito, a qual não teria cabimento neste estudo, parece-nos evidente não estarmos na evasão fiscal, objectivamente, perante um caso de excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico no exercício de um direito (Cf. art.º 334.º do Código Civil). É que não pode considerar-se abusiva a conduta do contribuinte que se manifesta fora dos limites da tipicidade fiscal, onde já não existe direito ao imposto; e se essa conduta se integrar nessa tipicidade não há evidentemente razão para se falar em abuso de direito. Queremos com isto dizer que as possibilidades eventuais de ligação da evasão fiscal ao abuso do direito sempre exigiram a resolução prévia da questão de saber se a conduta evasiva se integra ou não na tipicidade fiscal. E, conforme temos vindo a afirmar, é exactamente este o problema típico da

(continuação da nota 66)

do preceito ora em causa (o parágrafo 6.º da *Steuranpassungsgesetz* que refere que “o débito tributário não pode ser iludido ou diminuído mediante abuso de formas ou a possibilidade de configuração do Direito Civil”) consagração no direito fiscal do princípio da proibição do abuso do direito ou apenas consagração de uma regra geral de interpretação no sentido de se integrar sempre o pressuposto estrutural da norma pela definição do resultado económico segundo critérios de normalidade ou adequação (ibidem). Cf. ainda, sobre o direito alemão, Gonzalez Garcia, 1970:72 e ss., Pamplona Côte-Real, 1971:55-56 e Palao Taboada, 1966:689 a 691.

evasão fiscal, só resolúvel por via interpretativa, como não deixa de ser aceite no próprio direito alemão com base em certa interpretação doutrinal (Cf. n. 66). A teoria do abuso do direito não resolve, de facto, o problema da evasão fiscal; pressupõe-o resolvido⁽⁶⁷⁾.

Para outros autores, em contrapartida, a ilicitude da evasão fiscal é traçada pela violação frontal da norma de incidência. Entre nós, por exemplo, Carlos Pamplona Côrte-Real (1971) sustenta a adopção de um processo de repressão, com base na fraude à lei, “de determinadas actuações astuciosas dos contribuintes em ordem a isentarem-se da obrigação de pagamento do imposto” (ibidem: 48) e denuncia a natureza ilícita das condutas evasivas. Contesta mesmo a licitude, geralmente afirmada, das formas jurídicas utilizadas pois “a simples circunstância do resultado atingido pela utilização de tais formas permitir a frustração da finalidade sócio-económica da norma definidora do âmbito de incidência do imposto, parece relevante para afectar a validade jurídica ou licitude dos meios empregados” (ibidem) e, deste modo, adopta o conceito de “legalidade aparente” de N. Amoros. Também Palao Taboada (1966:685) refere que na evasão fiscal existe uma discrepância entre a causa objectiva e a finalidade prosseguida pelas partes, da qual resulta a ilicitude da fraude à lei tributária; por ela se procura “conseguir a não satisfação de um tributo que, na realidade, é já devido.” Vendo no facto tributário típico apenas um “índice denunciador de capacidade contributiva”, a “via normal de consecução de dado resultado económico” (ibidem: 49 e 68) — como as teorias da interpretação funcional —, afirma Pamplona Côrte-Real que é este resultado económico que efectivamente se pretende tributar.

Contesta-se a teoria do abuso de formas jurídicas quando este é configurado, como é comum na jurisprudência e doutrina alemãs, pelo carácter não usual das mesmas; mas reconhece-se que o abuso do direito pode ser um critério de fundamentação da ilicitude da evasão fiscal se olhado no sentido da valoração da conduta. Parafraseando Taboada refere o mesmo autor que “o abuso das formas está, não nelas, mas no mau uso que delas se faz.” (Pamplona Côrte-Real 1971:57).

Se o abuso do direito olha a evasão fiscal do ponto de vista da apreciação da conduta, a interpretação extensiva encara-a na perspectiva do resultado obtido, nomeadamente, da sua repressão. E desta forma com-

(67) Em sentido equivalente, cf. Gonzalez Garcia 1970:95 a 97.

plementar se obtém, segundo Pamplona Côrte-Real, o enquadramento jurídico da evasão fiscal (Cf. 1971:60). Contudo, se esta solução é válida “de jure condendo”, esclarece o mesmo autor que a não tipificação entre nós de uma infracção fiscal constituída pelo abuso do direito torna impossível a relevância da figura como forma de repressão da evasão fiscal (Cf. *ibidem*:63-64). Deste modo se defende que em Portugal a evasão fiscal só por via da interpretação extensiva da norma de incidência pode ser enquadrada juridicamente. Como se defende que a interpretação extensiva, que é equiparada à interpretação funcional de Griziotti, é compatível com o princípio da tipicidade fiscal (Cf. *ibidem*: 70 a 72), a evasão fiscal vê a sua ilicitude resultar “da violação concreta da obrigação imposta nessa norma” (Cf. *ibidem*: 65 e 73). Pode, assim, ser reprimida a evasão fiscal, dando-se expressão concreta ao princípio da igualdade tributária.

Sendo patente a crítica à ideia de que os meios de evasão são por si mesmos ilícitos, para mais evidenciada pela falta de clareza da noção de “legalidade aparente”, e sendo já conhecida a crítica à posição que reconduz a evasão fiscal ao abuso do direito, que dizer mais desta concepção que alicerça a ilicitude da evasão fiscal na violação frontal da norma de incidência? Que, se se constata que o acto pelo qual o contribuinte pretende efectivar a evasão se deve incluir por meio de um adequado processo interpretativo no âmbito da incidência fiscal, evidentemente que o não cumprimento da obrigação fiscal que deste modo nasce constitui um exemplo nítido de fraude fiscal. Por outras palavras: esta concepção falha o propósito de ferir de ilicitude a evasão fiscal. E é, de facto, ilógico afirmar-se que a conduta evasiva é ilícita porque viola a norma por que vai precisamente ser tributada⁽⁶⁸⁾.

(68) Em termos de direito comparado pode, de facto, constatar-se que as medidas de direito interno de combate à evasão fiscal reconduzem-se fundamentalmente às figuras acabadas de referir, podendo notar-se na conciliação difícil dos valores da certeza e da segurança jurídicas com a diminuição do alcance da evasão algumas posições extremadas, patentes, quer na atitude formalista de alguns países latinos, quer no emprego de disposições amplas contra a evasão que deixam vasto campo à intervenção jurisdicional, como sucede em certos sistemas do casuísta e jurisprudencialista Common Law, pese embora o rigorismo interpretativo com que a jurisprudência nestes sistemas encara a “Statute Law”. (Cf. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 1983).

Sobre os exemplos específicos da Holanda, da Bélgica, da França e da Inglaterra, cf. Thomas Delahaye, 1977. Dá-nos conta da existência de uma disposição legal genérica complementada com uma construção jurisprudencial da fraude à lei, na Holanda; da utilização da teoria da simulação com base numa disposição legal ou na construção jurisprudencial, respectivamente, em França e na Bélgica; do prescrutar dos motivos dos contribuintes na interpretação das concretas normas fiscais, na Inglaterra.

Todas estas posições acabadas de enunciar se vêem obrigadas a aparelhar artificialmente a ilicitude da evasão fiscal a diferentes institutos jurídicos porque, utilizando uma metodologia jurídica de cariz lógico-subsuntivo não conseguem ultrapassar pela via metodológica as dificuldades que a tipicidade fiscal, com cariz de exclusivismo, coloca ao enquadramento jurídico do fenómeno. Sendo certo, como temos vindo repetidamente a afirmar, que a descoberta dessa pretensa ilicitude em nada nos ajuda na resolução do verdadeiro problema da sujeição a imposto do acto evasivo.

E veja-se como mesmo as posições que correctamente perspectivam a evasão fiscal pela problemática da interpretação jurídica não conseguem fugir ao espectro da ilicitude. Independentemente do problema da equiparação da interpretação extensiva às doutrinas da “Typisierungstheorie”, da “interpretação funcional” ou da “consideração económica”, é, no entanto, evidente o avanço patenteado pelo enquadramento jurídico da evasão fiscal de acordo com as possibilidades da interpretação extensiva da norma de incidência. Contudo esta posição não é imune a uma crítica fundamental: como já afirmámos, a compatibilização da interpretação extensiva com os limites metodológicos impostos pela tipicidade fiscal só metodologicamente pode conseguir-se, pois se assim não for aquela compatibilização transformar-se-á em mera opção de cariz político, como também já se viu. Opção essa em que, por um lado, se nos depara a bem fundamentada tipicidade fiscal, por outro, as ideias correctas mas de sentido algo indefinido — do ponto de vista metodológico — do carácter não odioso e não excepcional do direito tributário.

Só uma concepção metodológica que perspetive o direito na sua concreta realização nos permitirá obter para o nosso problema o significado pleno do diálogo factó-direito, pela percepção do sentido de juridicidade resultante do elemento subjectivo do primeiro capaz de, pelo con-

(continuação da nota 68)

Remetendo apenas para o legislador a oposição à evasão fiscal, Delahaye é profundamente crítico destas soluções tendo em consideração os limites da legalidade tributária e a liberdade negocial das partes. Cf. Saldanha Sanches, 1985.

Além de disposições com carácter geral o legislador pode utilizar disposições com carácter específico, visando determinado negócio jurídico e consequências precisas (“sniper approach”), visando transacções definidas de um modo geral (“shotgun approach”), visando transacções realizadas de modo não independente (“transaction not arm’s length approach”) ou visando a concessão de maiores poderes de fiscalização a uma autoridade ou tribunal (Cf. Manuel Pires, 1980:181-182).

fronto com as intenções axiológico-normativas fundamentantes da tipicidade fiscal, delimitar metodologicamente o verdadeiro alcance desta.

E esta tarefa passa, em primeiro lugar, pela análise dos limites próprios do esquema metodológico lógico-subsuntivo em duas perspectivas decisivas para o nosso tema: a escolha da norma aplicável e a interpretação jurídica. Passa, depois, pela análise da verdadeira natureza da tipicidade fiscal e dos limites dela resultantes. No contexto que deriva do confronto destes limites apontaremos as dificuldades assim criadas à interpretação fiscal e as questões resultantes de se remeter para o legislador a prevenção da evasão fiscal. Não terminaremos sem que antes se faça uma tentativa metodológica de superação do sentimento de inoperatividade do direito imposto pelo confronto daqueles limites com base numa perspectiva lógico-subsuntiva. É este o sentido ulterior da nossa exposição.

II.3. Limitações resultantes da configuração do tema por uma metodologia jurídica lógico-subsuntiva.

II.3.1. *Os limites próprios do esquema lógico-subsuntivo.*

Assente na ideia de que o direito existe pressuposto aos concretos casos decididos e que a sua aplicação se realiza por uma operação de mera dedução lógica, o positivismo legalista — que assumiu o sentido metodológico-jurídico do silogismo, o qual comporta o momento lógico-subsuntivo — não está preparado para entender o sentido de constituição do direito que se obtém no momento da sua concreta realização, pela implicância juridicamente conclusiva entre o facto e a norma.

A primeira ideia a acentuar é que a utilização de um esquema metodológico de aplicação do direito de cariz lógico-subsuntivo não se nos coloca como uma simples questão prática ou de conveniência aferida pela eficácia, mas sim como uma verdadeira questão da possibilidade de realização daquele esquema pela susceptibilidade de distinguir entre o facto e o direito. Possibilidade essa que pressupõe uma outra: a possibilidade metodológica de converter um pensamento teleológico-normativo num pensa-

mento lógico-cognitivo⁽⁶⁹⁾ e que, naturalmente, não se julga realizável. No entanto, a afirmação da validade do silogismo subsuntivo, nos seus três significados históricos⁽⁷⁰⁾, tem dominado a metodologia jurídica.

(69) Esta possibilidade condiciona a viabilidade de uma metodologia subsuntiva mas não a decide inteiramente. Independentemente das possibilidades daquela conversão (afirmada por Binder e Schreier), mantém-se inteiramente possível o questionar da validade metodológica do esquema subsuntivo (Cf. Castanheira Neves, 1967:106).

(70) 1) Como postulado ideológico-político e não princípio metodológico: mais do que afirmar a validade metodológica do esquema silogístico na decisão jurídica, pretendia-se com o iluminismo revolucionário determinar que essa decisão devia passar a constituir-se como um silogismo. Tratava-se de conferir, em nome dos corolários do princípio da separação dos poderes, às decisões judiciais um “poder nulo”, em termos de perfeito automatismo e estrita necessidade;

2) Com o positivismo jurídico legalista o silogismo adquiriu um sentido jurídico-metodológico, como estrutura metódica de aplicação do direito: era o resultado lógico da identificação do direito com a lei, a qual, só por si, determinava o jurídico. A aplicação do direito, identificada como o estudo da “lógica jurídica”, não punha um problema jurídico mas um mero problema lógico que se esgota na simples dedução. O que significava metodologicamente a intenção de ignorar o verdadeiro problema da aplicação do direito, tornando-o aproblemático e não-jurídico;

3) Fundamento de validade ou condição de objectividade da decisão: a evidenciação do momento silogístico da subsunção vem permitir revelar como o silogismo se esforçou por assimilar a autónoma problemática da aplicação do direito, visto a subsunção concretizar o momento da imediação na lógica silogística. É que o silogismo pressupõe a homogeneidade das premissas (de direito e de facto) e a homogeneidade lógica entre elas e implica uma conexão de identidade essencial à sua dedução. Era a subsunção que permitia referir os factos do caso ao direito, afirmando esta identidade e garantindo aquela homogeneidade. Esta referência veio alertar para o problema da formação das próprias premissas metodológica e intencionalmente adequadas ao caso decidendo. E, assim, se teve de reconhecer que a premissa do facto não se destinava apenas a enunciá-lo mas a constituir e enunciar pela subsunção a identidade do caso ao direito (Stammler). E, deste modo, teve de aceitar-se que a aplicação do direito e o momento subsuntivo não se distinguem temporalmente, abrindo-se à dificuldade inerente à aceitação de um esquema metodológico verdadeiramente problemático, quando a subsunção pressupõe distinções exclusivamente lógicas. Dificuldade traduzida na necessidade de integração da subsunção “identificadora”, como um “terceiro momento”, perante as tradicionais “interpretação do direito” e a “prova dos factos”, no âmbito do direito ou do facto, esquecendo-se que essa não era “mais uma questão” mas o próprio problema da concreta realização do direito, da validade do esquema subsuntivo nessa realização, e que implicava uma revisão do entendimento das duas premissas silogísticas. Por esta dificuldade em ver a verdadeira dimensão da questão, se começou por integrar a subsunção no âmbito do facto — porque o direito era geral e abstracto — e, depois, no âmbito do direito — com o alerta de Wehli para as questões de direito “concretas, em que a juridicidade não era determinável apenas em abstracto mas implicava a referência ao caso concreto, e com o reconhecimento da indispen-

Na economia do nosso estudo, importa alertar para os limites do esquema subsuntivo na perspectiva de duas questões fundamentais para a problemática da evasão fiscal⁽⁷¹⁾. Olhada esta como um problema metodológico de realização do direito pela escolha da norma fiscal de incidência que adequadamente interpretada permite enquadrar (tributar) a conduta promovida com consciência de evitar a aplicação dessa mesma norma, naturalmente importará aferir os limites metodológicos do esquema subsuntivo nas questões da escolha da norma aplicável e da interpretação dessa norma.

Utilizando a síntese que Max Weber, citado por Castanheira Neves (1967:110), faz do sistema de princípios metodológico-jurídicos do positivismo jurídico diremos que ele se caracteriza por: “1) Toda a decisão jurídica concreta traduz a “aplicação” de um preceito jurídico abstracto a um “Tatbestand” concreto; 2) deverá ser possível obter, mediante os meios da

(continuação da nota 70)

sabilidade do controle da aplicação concreta da lei, apoiados no argumento de que a subsunção era ainda interpretação —; como se o meio de relação entre as duas premissas se pudesse reduzir a uma delas? E como tem o silogismo positivista-legalista defendido o seu esquema subsuntivo das inúmeras análises metodológicas que vêm revelar a indispensabilidade para a concreta decisão de direito de momentos prático-emocionais e axiológico-valoradores, revelando que a decisão não é lógico-subsuntiva mas voluntária? Tentando ortodoxamente insistir que a aplicação do direito é meramente lógica (Scheuerle); distinguindo o conteúdo empírico e as determinações não lógicas (axiológicas, volitivas, emocionais, etc.) do acto psicológico das decisões, do esquema subsuntivo que é condição de objectividade metodológica da aplicação do direito (Engisch e Bender) — assentando nos pressupostos positivistas de que a lógica é condição da objectividade e de remissão das intenções axiológica e normativa para o juramento psicológico (não permitindo conhecer intenções prático-normativas e compreender o sentido do axiológico, enquanto fundamento do normativo). Mas como pode a subsunção ser ainda válida, ser condição de objectividade jurídica, quando o direito não é um “pensar de conceitos e sobre conceitos” mas o “pensar um sentido de uma certa realidade através de conceitos”, quando não deve confundir-se o conteúdo dos conceitos com o conteúdo do pensamento actuante da concreta aplicação do direito, quando o conteúdo abstracto e logicamente deduzível da norma positiva é permanentemente enriquecido pelos casos decididos? Aspectos que logicamente a lógica não alcança por não poder ultrapassar o conteúdo pressuposto das premissas.

Sobre esta perspectiva da validade do esquema subsuntivo, cf. Castanheira Neves, 1967, e concretamente sobre os significados históricos do silogismo subsuntivo, cf. pp. 105 a 128.

(71) Mais à frente teremos oportunidade de analisar, de forma breve, os mesmos limites por referência ao problema das lacunas e da discricionariedade administrativa (Cf. n. 98 e n. 100).

lógica jurídica e a partir dos preceitos jurídicos abstractos, uma decisão para cada caso concreto; 3) o direito objectivo vigente é um sistema “sem lacunas” de preceitos jurídicos ou leva em si latente um tal sistema, ou, pelo menos, haverá de ser tratado como tal para os fins da aplicação do direito; 4) o que juridicamente se não pode “construir” de um modo racional, também não é juridicamente relevante; 5) a conduta dos homens de uma determinada comunidade deverá ser pensada, sem excepção, como “aplicação” ou “execução” de preceitos jurídicos, ou, inversamente, como “infracção” de preceitos jurídicos.”⁽⁷²⁾

Como a lógica pressupõe a premissa, o esquema subsuntivo pressupõe resolvido o problema da norma aplicável ao caso decidendo antes de o problema da aplicação do direito se colocar. E quando não for possível a aplicação lógica do direito? Estamos fora da juridicidade? Ou, pelo menos, não teremos de reconhecer não esgotar o ordenamento jurídico positivo os casos jurídicos?

Aquelas questões justificam-se porque, de facto, os casos jurídicos, pela sua historicidade, porque vivem no real, não se oferecem à norma jurídica numa perfeita correspondência lógica com a hipótese nela prevista, de molde a haver sempre uma norma, e só essa, que lhes seja aplicável. A vida não se constitui para o direito; é este, pelo contrário, que se constitui para aquela. Daí que a todo o passo tropeçemos com elementos do facto com relevância jurídica não previstos na norma ou que lhe conferem um sentido particular que justifica o afastamento da norma em princípio aplicável. Tudo isto a inviabilizar a ideia de Garcia Maynez segundo a qual “aplicar um preceito genérico é operação que consiste em atribuir ao facto que realiza a hipótese os efeitos de direito que a disposição enuncia, ...” (Cf. Castanheira Neves, 1967:253-254), pois mesmo que o facto represente a objectivação de certa norma nada nos garante que não concorram nele outros elementos que invalidem o critério jurídico que nela se contém. Falha pois o critério lógico-subsuntivo da norma aplicável.

Se no caso concreto decidendo concorrem circunstâncias “exemplares” — porque correspondentes à hipótese legal —, concorrem igualmente as chamadas “circunstâncias do caso” — porque o individualizam, sem

(72) “Trata-se, assim, de um pensamento jurídico em que tudo se passaria logicamente: constrói logicamente, fundamenta logicamente (tanto as normas como os conceitos construídos) e decide ou julga logicamente. (...) Numa palavra, uma ciência do direito que se identifica idealmente com a lógica.” (Castanheira Neves, 1967:888-889).

terem de excluir o seu carácter típico, e perante as quais as hipóteses legais se apresentam como quadros conceituais necessitados de desenvolvimento e de concretização por meio de uma referência ao real. Mas mais ainda: concorrem circunstâncias que, em princípio, são irrelevantes para quaisquer perspectivas de relevância jurídica de um certo domínio do direito, e ainda circunstâncias irrelevantes para certos tipos mas relevantes para outros ou que no seu conjunto referem o caso a vários tipos ou o excluem da aplicação de qualquer dos tipos disponíveis.

Com isto podemos já dizer, acompanhando Castanheira Neves (1967:259), importar “reconhecer que a aplicabilidade de uma norma terá de pressupor um juízo autónomo de juridicidade sobre o caso decidendo, insusceptível, como tal, de fundamentar-se na norma que se decida aplicável, se alguma o for”. A norma não nos pode dizer quais as necessidades de juridicidade do caso; e o ordenamento jurídico no seu conjunto não nos pode garantir que esgote a relevância do jurídico. Esta relevância só por uma “autónoma (...) intenção de juridicidade” (ibidem: 260) sobre o real pode ser obtida — é a “faculdade de juízo” de Kant (ibidem: 255) presente na crítica da faculdade de julgar em que Kant analisa o raciocínio teleológico (capaz de constituir a simbiose entre a razão pura, especulativa, e a razão prática, moralidade) e a estética ou a arte (pela qual se impõe um dever ser ao ser, já que o Homem é capaz de actuar sobre o mundo porque tem fins para com este, constituídos pela liberdade). “Intenção de juridicidade” essa logo patenteada na necessidade, porque o direito positivo cobre as hipóteses comuns ou típicas, de aplicação extensiva ou restritiva (que não necessariamente “interpretação”) da norma, ou até da sua inaplicação porque, apesar de no caso concorrerem todas as circunstâncias típicas, concorrem igualmente outras que justificam a distinção onde a lei não distinguiu⁽⁷³⁾. Só a ponderação jurídico-normativa do caso permite pois decidir da aplicabilidade do critério jurídico da norma, pois esta aplicabilidade pressupõe um juízo de adequação daqueles critérios às necessidades de juridicidade do caso e não apenas de mera coerência lógica⁽⁷⁴⁾.

(73) “O sentido de uma norma e o seu domínio de aplicação nem sempre coincidem” (Ekelof, citado por Castanheira Neves, 1967:260).

(74) O que nos é confirmado pela constatação de que em termos meramente lógicos não é possível fundar a opção entre os processos opostos do “argumentum a contrario” e da

Mas, sem o apoio da norma, como compreender o sentido jurídico do caso concreto? A resposta é dada por Castanheira Neves (1967:269). O caso concreto não tem apenas pelos seus "factos" idoneidade para impor uma relevância jurídica, mas adquire-a enquanto "problema de direito". "Quer isto dizer que o nosso "caso concreto" se individualiza desde logo numa perspectiva jurídica, pois objectiva-se e vai assumindo através de e com um sentido jurídico." Perspectiva e sentido que não são traçada e definido pela norma jurídica. Antes que o critério jurídico que esta contém possa ser invocado há que questionar juridicamente o caso decidendo, colocar o seu problema jurídico, no sentido de aferir a adequação metodológica dos critérios. E é um problema porque existe uma interrogação de sentido; é um problema jurídico porque o sentido é um sentido de direito.

E é precisamente este problema jurídico que dá sentido a um caso jurídico concreto porque "se só pela referência à situação o problema se determina, também só pela referência ao problema a situação se objectiva e se individualiza no que tem de relevante. (...) É um "caso" porque nele se põe um problema; é "concreto" porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; ..." (Castanheira Neves, 1967:274).

E, como qualquer problema, é autónomo perante o saber disponível, o problema jurídico sempre se coloca independentemente do direito que já se sabe existir, o qual é enriquecido pelas "avaliações aditivas" (Heller) dos novos problemas jurídicos, pelas novas interrogações de sentido jurídico.

Ao normativismo subsuntivo não é possível a resolução do problema da "norma aplicável, pois, como todo o normativismo, vê o ordenamento jurídico positivo como logicamente conclusivo, fechado na completude e univocidade de um sistema axiomático puramente dedutivo e concebido como uma "pura teoria". E, assim, ignora a possibilidade de existência de outras realidades munidas de sentidos de juridicidade e perspectiva a reso-

(continuação da nota 74)

analogia (para além dos casos em que se devem excluir ambos e das hipóteses excepcionais de "implicações intensivas", de que em breve falaremos) pois logicamente ambos são possíveis, e ainda pela constatação de que a mera lógica subsuntiva não nos oferece critérios de opção por uma norma quando o caso concreto contém elementos que, em termos lógicos, suscitam a aplicação de duas ou mais normas que não permitem uma aplicação simultânea ou convergente, nem nos diz como construir o regime jurídico unitário resultante da aplicação de várias normas cuja aplicação é também suscitada pelo caso e que se não excluem (Cf. Castanheira Neves, 1967: 263 a 266).

lução de todas as questões jurídicas por um método conceitual lógico-dedutivo. Daí que realmente nem possa conhecer aquele problema porque para ele, de facto, “não se trata verdadeiramente de um problema de aplicação, mas apenas da lógica definição de um campo de aplicação, através da própria intencionalidade dos conceitos.” (Castanheira Neves, 1967:276). Daí que os factos não sejam mais “do que simples pontos de apoio para um pensar de conceitos, ...” (ibidem).

Como poderá, pois, uma metodologia lógico-subsuntiva analisar o sentido de juridicidade imanente à conduta consubstanciadora da evasão fiscal, sentido esse alimentado decisivamente pela configuração do elemento subjectivo dessa conduta? Esta interrogação patenteia bem a direcção do nosso raciocínio.

Também na problemática da interpretação jurídica é possível aferir os limites metodológicos do esquema lógico-subsuntivo.

Aliás, é a própria ideia de interpretação jurídica — se desligada do sentido de momento de concreta realização do direito, em que vem já implicada a adequação de sentidos jurídicos do facto e da norma — que pode ser imputada a um tal esquema metodológico, enquanto exprima o sentido da aplicação a um facto de uma lei que esgota todas as intenções (pressupostas) de juridicidade.

Por outro lado, a perspectiva da concreta realização do direito fomenta uma ligação metodológica entre os problemas da norma aplicável e da interpretação jurídica já que pressupõe que os momentos que comporta da interpretação, integração e aplicação jurídicas, abstractamente distintos, estejam metodologicamente integrados no “continuum” daquela concreta realização. As razões que limitam o esquema lógico-subsuntivo na resolução da problemática da norma aplicável são, por isso, as mesmas que lhe inviabilizam uma correcta compreensão do verdadeiro sentido da interpretação jurídica.

A interpretação do direito⁽⁷⁵⁾ é hoje algo profundamente problemático fruto da evidente mutação que nos nossos dias sofrem os contextos culturais, a concepção fundamental do direito, as perspectivas epistemológico-metodológicas do pensamento jurídico e a consciência dos imediatos objectivos práticos da realização do direito.

(75) Para maior desenvolvimento sobre a problemática da interpretação jurídica, no sentido que se contém no texto, cf., por todos, Castanheira Neves, 1985.

Como momento metodológico da problemática realização do direito, a interpretação visa a determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte de direito em ordem a dela obter um critério decisório. Critério esse só possibilitado pela interpretação que, assim, se traduz numa “concretização” constitutiva visto adequar a fonte de direito ao caso jurídico concreto. O sentido da fonte só se fixa através da concreta realização dos problemas jurídicos que a invoquem como critério dessa resolução; “a interpretação é o resultado do seu resultado” (Radbruch)⁽⁷⁶⁾.

A interpretação ganha, assim, um significado normativo e não simplesmente hermenêutico e daí que o seu objecto não seja o texto da lei como pretendia o positivismo legalista mas a norma que ele pretende manifestar⁽⁷⁷⁾.

A interpretação jurídica é sempre problemática, não numa visão patológica do direito, mas no sentido de implicar sempre um problema de prático esclarecimento e concretização de um sentido normativo-jurídico⁽⁷⁸⁾.

Não se negando a influência histórica da hermenêutica sobre a interpretação e os momentos hermenêuticos que toda a metodologia jurídica comporta e que (com Hruschka) a dimensão hermenêutica é “a condição

(76) Daqui resulta a falta de fundamento da tese da exclusão da interpretação da fonte clara e inequívoca, já que a clareza só pela interpretação se obtém e não é a obscuridade da fonte que justifica a interpretação mas a concreta realização do direito. Por esta constitutiva natureza normativa da interpretação se compreende que o legislador tenha querido reservar para si o poder de interpretar, ou até proibido a interpretação por outras instâncias que não ele próprio, ou mesmo criado instituições especialmente destinadas ao controle da interpretação judicial, como é o exemplo paradigmático do “*référé législatif*” do tribunal da Cassação francês. E é também este carácter normativamente constitutivo da interpretação jurídica que permite colocar a questão da sua legitimidade constitucional perante o princípio geral do Estado de Direito e os princípios específicos da separação de poderes e da legalidade, a qual terá de ser resolvida por uma renovada reflexão sobre aqueles princípios e não poderá esquecer que é na específica racionalidade metodológica que se encontra a melhor garantia da sua objectividade normativo-jurídica.

(77) Distingue-se, deste modo, a (normativa) interpretação da (analítica) *exegese*. E compreende-se assim que a letra da lei tenha apenas um valor heurístico, de ponto de partida para a descoberta de um sentido jurídico, e não normativo. E este aspecto é essencial para a questão de saber em que termos a letra da lei delimita a interpretação jurídica, determinante nos ramos do direito em que se afirma uma estrita e formal delimitação jurídica, como é o caso do direito fiscal.

(78) Daí que a interpretação jurisdicional seja vista como o paradigma da interpretação jurídica, pois é a sede da problemática do direito.

da possibilidade” do compreender dos textos jurídicos, o que é certo é que aqueles momentos não permitem concretizar a intencionalidade específica da interpretação nem esta dimensão nos diz algo sobre a sua validade. A interpretação é decisivamente normativa porque precisamente é “jurídica”, visa a justiça, o “justo decidir” prático e não o correcto conhecer, o seu ponto de vista não é o gnoseológico e o seu valor último não é a verdade. Quer-se encontrar no texto, por uma intenção prático-normativa, os critérios adequados às necessidades de juridicidade do caso, “o jurista não quer compreender no texto senão o que, de acordo com a sua ratio, lhe faz ou não possível pronunciar uma decisão satisfatória” (Esser). A interpretação não é, por isto, um problema jurídico-positivo objecto de uma dogmática; é ela própria problemático-metodológica⁽⁷⁹⁾.

É evidente que o sentido com que assumimos o problema da interpretação jurídica não corresponde ao sentido com que o positivismo legalista o assumiu. Também aqui não é possível ao normativismo subsuntivo aperceber-se desse sentido. E a determinar esta profunda diferença está o facto do pensamento jurídico no séc. XIX — que por sua vez representa, na nossa perspectiva, uma regressão relativamente ao secular (interpretação romana, medieval ou de todo o direito comum) entendimento anterior da interpretação e à sua intencionalidade normativa amplamente criadora — ter uma concepção diferente do direito e das suas fontes. O direito entende-se apenas como o imposto pelo Estado nas suas leis — com a excepção da Escola Histórica para quem o direito era apenas o histórico-

(79) O que levanta a questão do sentido e valor normativo que têm as prescrições legislativas sobre o problema da interpretação jurídica. E a resposta tem sido dada recorrendo às concepções acrílicas da onnipotência do legislador, à ideia positivista de que, porque são prescritas pela lei, são essas normas jurídico-positivas como quaisquer outras, e, em sentido oposto, afirmando os limites meta-interpretativos que atingirão essas mesmas prescrições, às concepções autonomistas — o direito prescreve e não ensina e a interpretação jurídica é problema com tal especificidade que só pode ser assumido por princípios superiores à lei positiva (Gény) — e redutivistas — as regras sobre interpretação jurídica são redutíveis ao direito positivo como normas de 2.º grau ou de “direito judicial material” ou mesmo a um “direito constitucional” da actividade normativa judicial (Esser). Mas valerá a pena dizer antes que, se o direito é um problema prático que a dogmática vai ajudando a resolver, a realização do direito (que o constitui) só é possível por meio de uma intenção problemática — normativa que transcende a meramente dogmática e aquelas regras sobre a interpretação jurídica são elas mesmas regras metodológicas participando, deste modo, na dimensão problemática do direito e não na sua dimensão dogmática.

positivo embora não limitado à pressuposição legislativa⁽⁸⁰⁾ — e era auto-suficiente e fechado em si e cujo sentido era exclusivamente imanente ao texto da lei; concepção que começou a brincar brechas com a descoberta dos elementos teleológicos da interpretação^{(81) (82)}.

O sentido da exposição aponta já para a necessidade de superação da metodologia jurídica do positivismo legalista e do esquema lógico-subsun-

(80) Sobre o sentido prático-normativo inerente à pureza inicial da Escola Histórica e da intenção histórica de Savigny que exigia uma relação “viva”, uma “integração orgânica” a realizar por uma “arte” e a excluir o esquema de um processo puramente lógico-subsumtivo de aplicação do direito e a ideia de “plenitude lógica do sistema” e sobre a evolução posterior da dogmática conceitual pandectista (Begriffsjurisprudenz) para uma concepção de sistema jurídico conceitual absoluto e fechado sobre si, “absorvendo” o positivismo e ainda sobre como este, por sua vez, assimilou o conceptualismo e se converteu sistemático-conceitualista, cf. Castanheira Neves, 1967:870 a 891.

(81) A dogmática tradicional da interpretação jurídica veio a ser desenvolvida a partir de três temas fundamentais: 1) Os objectivos da interpretação: aqui se desenvolveu a polémica, que perdeu a sua rigidez inicial com a histórica aproximação entre as duas teorias e o aparecimento de “teorias mistas”, entre o subjectivismo e o objectivismo que têm como ponto comum a consideração do texto como objecto de interpretação, estando a divergência no que aí se pretende ver, no entendimento que têm do “espírito” da lei, representando diferentes concepções de cultura, diferentes concepções de direito — “imperativo-decisão”, para o subjectivismo; “ordem significativo-normativamente objectiva” assimiladora de um consensus histórico-culturalmente comunitário, para o objectivismo —, diferentes objectivos imediatos prático-jurídicos — assegurar uma estrita obediência ao poder constituído, para o subjectivismo; “desentranhar da lei as soluções requeridas pelas necessidades da prática e pelas exigências do sentimento jurídico preponderante na comunidade social” (Manuel de Andrade), para o objectivismo (foi justamente neste plano das últimas opções práticas, do dilema “certeza”/ “segurança”, que, entre nós, sempre se orientaram as reflexões do ilustre Professor — cf. 1963). É também neste âmbito que se desenvolveu a distinção entre a interpretação dogmática — o direito é visto como uma ordem que em si subsiste, em termos de razão teórica — e a interpretação teleológica — deve privilegiar-se uma hermenêutica de racionalidade prática que possibilite a intenção de justiça. Para esta chamou, pela primeira vez, a atenção a “Escola do Direito Livre” e a “Jurisprudência dos Interesses” viria a afirmá-la. O êxito desta teoria resultou da conjugação dos elementos tradicionais com os inovadores — na norma legal deveria ter-se em conta o preceito prescristivo e o seu conteúdo prático-normativo e teleológico — e abriu as portas para uma nova perspectiva da interpretação para lá do subjectivismo/objectivismo e para lá de uma inaceitável radicalização de campos de cariz teleológico e dogmático; 2) os elementos da interpretação: a letra ou elemento gramatical e o espírito, que se atinge pelo elemento histórico, sistemático e teleológico — este a abrir o caminho para uma interpretação de sentido normativo, teleológico e vista como momento da realização do direito; 3) os resultados da interpretação: de acordo com a distinção entre letra e espírito da lei, pode a interpretação ser declarativa, restritiva ou extensiva, admitindo

tivo que a constitui de forma a reconhecer-se o sentido metodológico da concreta constituição da juridicidade. Ser-nos-á ela decisiva para a fundamentação da nossa opção dogmática relativa à evasão fiscal.

Antes, porém, analisemos o sentido da delimitação jurídica por que é responsável o ordenamento jurídico fiscal.

II.3.2. *A legalidade e a tipicidade fiscais. A lógica de “implicação intensiva” e o princípio de “exclusivismo”. O sentido normativo da opção pelo “argumentum a contrario” em detrimento da analogia. As implicações na interpretação extensiva.*

Os princípios tributários da legalidade e da tipicidade (“nullum tributum sine lege”) não são autónomos entre si⁽⁸³⁾. O segundo é, pela técnica que lhe vai implicada, a melhor concretização do primeiro, enquanto este, no âmbito do direito fiscal, por razões de segurança jurídica, se manifesta com a configuração de uma reserva de lei (“lex scripta”) com carácter absoluto (“lex stricta”), isto é, a necessidade da lei conter, para além do fundamento da conduta administrativa, o próprio critério do conteúdo da

(continuação da nota 81)

a concepção dogmática ainda a possibilidade de interpretações ab-rogante ou revogatória e enunciativa — pela utilização de argumentos lógico-jurídicos (maioria ou identidade de razão, argumentum a contrario). A concepção teleológica admite já a interpretação correctiva, a redução teleológica e a extensão teleológica — que não interpretação restritiva ou extensiva pois são já uma “correção do texto fundada teleologicamente”.

(82) Dá-nos conta Castanheira Neves (1967) do modo como os movimentos científicos anti-positivistas e anti-normativistas, pretendem constituir uma nova ciência do direito discutindo o seu objecto e a sua estrutura epistemológica (...) “mas cada um deles e todos impossibilitados de assumirem o verdadeiro problema do direito” (ibidem:891) (Escola do Direito Livre de Bülow, Ehrlich, Kantorowicz, Jurisprudência dos Interesses de Heck, Jurisprudência Teleológica de Jhering e Jurisprudência dos Valores de Oscar, Germann e Coing.

(83) Sobre estes princípios e as suas implicações no direito fiscal, cf. a desenvolvida exposição de Alberto Xavier (1972: maxime 261 a 395) e as referências bibliográficas que faz. Sobre a problemática específica da tipicidade dos direitos reais, cf. Oliveira Ascensão, 1968.

decisão do caso concreto (“normas de decisão material” — Werner Flume)⁽⁸⁴⁾.

A temática do princípio da tipicidade apresenta-se, deste modo, como a própria problemática do conteúdo do acto tributário, pela compreensão que permite da relevância da vontade na aplicação da lei fiscal.

No âmbito do direito dos impostos, tal como no direito penal, o princípio da legalidade encontra as suas origens em momento muito anterior ao aparecimento do Estado de Direito, a propósito do qual costuma ser tratado. A noção de Estado de Direito (aquele que materialmente prossegue o direito e formalmente actua segundo ele) veio, no entanto, a exigir reconsideração do seu conteúdo. Tendo surgido ligado à ideia do “consentimento do imposto”, de “auto-tributação”, resultante da criação dos impostos exclusivamente pelas assembleias representativas, vai agora significar a garantia da justiça formal, que a lei formal é a única expressão possível da justiça material, afirmando-se nas ideias de que os impostos só podem ser criados por lei formal — garantindo a separação dos poderes e a vinculação do poder executivo à competência tributária dos parlamentos — e carecem de lei que os autorize (“reserva de lei”), por constituírem uma intervenção do Poder na esfera de liberdade e de propriedade dos cidadãos. Os critérios de realização da justiça tributária material ancoram-se nos princípios da generalidade e da capacidade contributiva, como conteúdo negativo e conteúdo positivo, respectivamente, do princípio da igualdade⁽⁸⁵⁾.

(84) Mesmo que se aceite envolver a legalidade administrativa, para além do princípio da preeminência da lei — necessidade de o acto administrativo não contrariar a lei —, o princípio da reserva de lei — necessidade de o acto administrativo ser positivamente autorizado por uma lei material —, o que não é pacífico perante certas concepções que vêm na actividade administrativa mais a prossecução de certos objectivos do que a mera execução do direito (Cf. Alberto Xavier, 1972: 281 a 284) —, ela é sempre menos exigente que a legalidade tributária. Esta exige a reserva de lei formal (em princípio), aquela contenta-se com a reserva de lei material; esta exige a reserva absoluta de lei, aquela contenta-se com a reserva relativa de lei, pois à Administração são confiados os critérios de decisão do caso concreto.

(85) “Esta ideia de Estado-de-Direito — certo imprecisa, mas não menos rica de conteúdo — deu origem a que no terreno tributário os princípios da generalidade, da capacidade contributiva e da legalidade assumissem, para além de expressão constitucional, uma profunda unidade sistemática, constituindo a própria emanção do Estado-de-Direito no domínio dos impostos.” (Alberto Xavier, 1972:279).

É duplo, em matéria tributária, o alcance do princípio da reserva absoluta de lei ou da tipicidade: primeiro, na feitura da lei, tem o legislador de seleccionar (“função selectiva da tipicidade” — Maurach) as manifestações de capacidade contributiva que quer sujeitar a imposto (pois “os tipos tributários são todos eles emanação do conceito geral de imposto, baseado na ideia de capacidade contributiva, mas não esgotam esse conceito” — Alberto Xavier, 1972:321), por um processo casuístico, “catalogando” os casos pela descrição rigorosa dos elementos constitutivos da sua individualidade própria e, assim, não utilizando cláusulas gerais, isto é, tem o legislador que construir os impostos por tipos⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾; segundo, o aplicador do direito deve limitar-se “a subsumir o facto na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal” (Alberto Xavier, 1972:292), envolvendo esta ideia a proibição da analogia e da discricionariedade⁽⁸⁸⁾.

(86) Além das condicionantes constituídas pela capacidade contributiva e pelas finalidades do sistema fiscal, previstas no art.º 106.º, n.º 1 da Constituição, terá o legislador de contar com as condicionantes que decorrem de outros preceitos constitucionais, como os que garantem os direitos das famílias (Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1984, 1.º vol: 461-462).

(87) É o princípio da determinação, que autores como Friedrich e Salerno ligam às regras de Adam Smith (Cf. n. 46). O tipo deve ser rigorosamente fechado (não agora, como veremos, no sentido de ter subjacente uma lógica de “implicação intensiva”) pois deve conter elevado grau de determinação conceitual, não recorrendo às normas “incompletas” (Tesauro) ou “elásticas” (Zingali). É a “severidade” da legalidade tributária a que se refere Armindo Monteiro.

A segurança jurídica fundamentante da tipicidade e, assim, deste princípio da determinação, impõe que em direito fiscal a noção de “conceito determinado” abranja exclusivamente os conceitos determinados em sentido estrito e os conceitos determináveis por uma lógica meramente objectiva, nunca por uma valoração subjectiva (Cf. Alberto Xavier, 1972:335).

(88) Como refere Oliveira Ascensão (1968: 37 a 39), a tipicidade pode significar a conformidade do facto ao tipo (partindo-se da vida para a norma), ou significar um atributo da norma pela qual esta especifica um conceito de forma típica (partindo-se da norma para a vida). E, assim, se conciliam as várias posições doutrinárias que a configuram, quer como um atributo do facto (Von Wallis), quer como uma característica da actividade administrativa — os impostos só poderão ser cobrados quando se concretize a previsão da norma — identificando-a (Wacke, Tipke), ou não (Lademann, Kruse, Höppner), com a legalidade, quer como as características a que devem obedecer as normas tributárias — a legalidade traduzir-se-ia na legitimidade formal da norma, a tipicidade na legitimidade material (Bühler, Spanner, Alexandre do Amaral), impondo limites ao seu legislador e ao seu aplicador.

Como veremos em breve, esta última afirmação não pode significar uma opção metodológica por um esquema lógico-subsuntivo, antes concretiza o sentido normativo implicado na exclusão da analogia (e da discricionariedade).

O fundamento do princípio da tipicidade reside, como já se deixou antever, na determinação de realização da justiça fiscal material em termos seguros e certos. O direito fiscal é o ramo do direito onde a segurança jurídica assume maior relevo e “a doutrina dominante — especialmente a alemã — tende a ver a essência da segurança jurídica na susceptibilidade de previsão objectiva, por parte dos particulares, das suas situações jurídicas, ... de tal modo que estes possam ter uma expectativa precisa dos seus direitos e deveres e dos benefícios que lhes serão concedidos ou dos encargos que hajam de suportar. Daqui resulta que a ideia geral de segurança jurídica se analise — como observam Lohlein e Jaenke — num “conteúdo formal”, que é a estabilidade do direito, e num “conteúdo material”, que consiste na chamada “protecção da confiança”, ...” (Alberto Xavier, 1972:297).

Esta “protecção da confiança” é fundamental no direito tributário pela implicância que este tem no âmbito de um sistema económico de livre iniciativa, de concorrência — que pressupõe igualdade —, de propriedade privada⁽⁸⁹⁾.

São estes os fundamentos que determinam as características da tipicidade fiscal.

A tipologia tributária é condição necessária à constituição da obrigação fiscal, isto é, impõe-se também, por efeito daquela selecção (mesmo

(continuação da nota 88)

As duas primeiras concepções não permitem ainda revelar as relações entre o princípio da legalidade, criado no âmbito do Direito Público para delimitar juridicamente o poder executivo do Estado, e o princípio da tipicidade, tratado no âmbito do Direito Privado para delimitar a autonomia de vontade (Cf. Alberto Xavier, 1972:271).

Foi Albert Hensel que primeiramente alertou para a importância na dogmática fiscal do “Tatbestand” tributário. Definindo-o como o conjunto de pressupostos abstractos contidos nas normas tributárias materiais, cuja verificação concreta desencadeia efeitos jurídicos determinados, abriu caminho para a consideração da tipicidade como atributo do facto. (Cf. Alberto Xavier, 1972: 264-265).

(89) “O princípio da legalidade, como reserva absoluta de lei, não só não se revela incompatível com as modernas políticas económicas, como é o que melhor se coaduna com os princípios em que assenta uma livre economia de mercado.” (Alberto Xavier, 1972:305).

quando ela, por razões de clareza, exemplifica) determinada pela ideia de reserva absoluta de lei, como taxativa⁽⁹⁰⁾ — vigorando, deste modo, em direito fiscal, o princípio do “*numerus clausus*”, significando ele que (pela plenitude lógica da ordem a que essa tipologia se refere que, assim, fica liberta de lacunas) fora dos factos previamente seleccionados como tributáveis, melhor ainda, fora da verificação necessária e integral dos elementos descritos no tipo como constitutivos do facto tributável, não existe tributação⁽⁹¹⁾.

Mas a tipologia tributária é igualmente suficiente à fixação do dever fiscal, isto é, tem um carácter de suficiência — sendo, pois, aqueles elementos contidos no tipo o quanto basta para a tributação.

O efeito conjugado dos princípios da taxatividade e da suficiência determina uma lógica de “implicação intensiva” e um sentido de “tipicidade fechada”⁽⁹²⁾. O tipo tributário permite-se, por si mesmo, valorar os factos e determinar a produção dos efeitos sem aceitar o recurso a elementos e a juízos valorativos estranhos⁽⁹³⁾, contendo uma “valoração definitiva” (Alberto Xavier, 1972:326) das situações jurídicas sobre que se refere, para efeitos de tributação. A lógica da “implicação intensiva”⁽⁹⁴⁾ traduz-se, pois, num princípio de exclusivismo^{(95) (96)}.

(90) As tipologias podem ser exemplificativas, delimitativas e taxativas (Cf. Oliveira Ascensão, 1968:50 e ss.). A primeira permite a “*analogia legis*” e a “*analogia juris*”, a segunda admite penas a “*analogia legis*”, a terceira exclui qualquer forma de analogia (Cf. *ibidem*: 57-58).

Quando ao longo da nossa exposição temos falado no “carácter delimitativo” do direito fiscal não temos querido significar, naturalmente, que a sua tipologia tem uma feição delimitativa, em sentido técnico, mas apenas que a tipologia do direito fiscal fixa rigorosamente as fronteiras do seu objecto.

(91) A taxatividade coincide, pois, com “*enumeração*” no âmbito do direito fiscal. Em sentido contrário, nos direitos reais, cf. Oliveira Ascensão, 1968: 42-44 e 122 a 125.

(92) Foi Larenz que, em sede de teoria geral, alertou para a distinção entre tipos abertos e fechados. Neste sentido do tipo fechado, cf. Oliveira Ascensão, 1968: 63-64.

(93) “*Nullum tributum sine lege*” é brocardo que igualmente exprime o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei.” (Alberto Xavier, 1972: 328).

(94) “*Implicação intensiva*” é aquele tipo de relação lógica de pressuposto a consequência, a relação “*se-então*”, constituída de tal modo que os elementos enunciados do pressuposto não são apenas suficientes mas ainda necessários para a verificação da consequência: esta segue-se se aqueles elementos se verificarem, mas só se segue quando eles

E é exactamente aqui, neste princípio do exclusivismo, nesta lógica de implicação intensiva, que reside a razão da proibição da analogia. Não por uma qualquer lógica formal que entenda estruturalmente incompatíveis a analogia e a tipicidade, cremo-lo, mas porque a ideia de segurança jurídica que vem aparelhada àquele princípio impõe um sentido normativo de regulação pela positiva dos factos que ficam fora do tipo.

A proibição da analogia não resulta da qualificação como “excepcional” da norma em que o tipo se contém (Cf. art.º 11.º do Código Civil); resulta sim da configuração especial do carácter tipológico do direito fiscal.

Bem explica Castanheira Neves (1967: 263 a 266) que nas hipóteses de “implicações intensivas” é possível decidir em termos imediatamente lógicos

(continuação da nota 94)

se verificarem — isto é, eles são os únicos ou exclusivos pressupostos de aquela consequência. A implicação é “extensiva” se apenas se puder dizer que a consequência ou os efeitos se seguem à verificação desses pressupostos, mas já não que ela não se possa também verificar com fundamento em outros pressupostos — os pressupostos previstos limitar-se-ão agora a ser condição suficiente mas não condição necessária do efeito em causa”. (Cf. Castanheira Neves, 1967:264).

(95) Em sentido algo diferente, ligando o princípio do exclusivismo apenas à ideia de suficiência do tipo, pronuncia-se Alberto Xavier (Cf. 1972: 315 a 328 e 343-344). Só que, cremos, a suficiência do tipo não explica irrelevância da vontade na dispensa de elementos considerados acessórios pelo intérprete, como veremos na nota seguinte.

(96) É este princípio do exclusivismo que determina a crítica a certas concepções da “doutrina dos tipos” (Typisierungstheorie) de Ball e Becker e da interpretação funcional, de que falaremos. “O tipo não é mero índice de uma dada qualidade do facto — mormente a capacidade contributiva — cuja descoberta implique outro ou outros pressupostos que a ela acresçam.” (Alberto Xavier, 1972:326). “Quer isto dizer que os tipos tributários não representam um simples “ratio cognoscendi” da capacidade contributiva, formulando conceitos que seriam meras concretizações ou presunções de um tipo “real” mais amplo. Eles são, na verdade, a própria “ratio essendi” do tributo, exprimindo uma valoração e uma descrição definitiva e completa da realidade a tributar. Por isso, é nos seus limites e apenas nos seus precisos limites — tais como resultam da concreta interpretação — que se devem subsumir os factos da vida submetidos a tributo.” (Alberto Xavier, 1971: 42-43). Daí as restrições à analogia e à discricionariedade; mas repare-se que se mantêm intactas as possibilidades interpretativas.

E é o mesmo princípio do exclusivismo que determina a irrelevância da vontade do aplicador da lei fiscal na modelação dos elementos acessórios do tipo, pois isso poderia acarretar a configuração do próprio tipo: quer dispensando elementos tidos por acessórios, quer acrescentando outros igualmente qualificados — à semelhança do que se passa, por exemplo, nos direitos reais em que a autonomia privada pode intervir no âmbito do conteúdo acessório do tipo.

a opção entre “analogia” e “argumentum a contrario” a favor deste. A legitimidade desta imediata inferência negativa, segundo a qual a não aplicação da norma a um certo caso concreto determina que aquela prescreva a este um regime jurídico em tudo contrário àquele que estabeleceu para os casos por ela previstos (a não incidência fiscal)⁽⁹⁷⁾, no fundo, não evitando a existência de lacunas, descaracteriza-as pelas possibilidades de automática e imediata integração ...devendo considerar-se que o legislador não se esqueceu de tributar certo facto mas conscientemente, positivamente, não pretendeu sujeitá-lo à incidência fiscal. Não há, com efeito, uma frustração das intenções ordenadoras do sistema jurídico, estamos perante um “silêncio eloquente da lei”, uma “lacuna imprópria” (Cf. Bigotte Chorão,

(97) E é neste sentido que deve interpretar-se a afirmação de Armindo Monteiro, citado por Alberto Xavier, (1972:330), segundo a qual “a norma de imposto encerra, na sua letra, simultaneamente, tudo o que pode ser pedido pelo Estado ao contribuinte e tudo o que este tem de dar àquele. Fora desta fórmula não há direito...”. Não concordamos, como se verá, com a exclusão do espírito da lei da tipicidade tributária (isto é, que a tipicidade fiscal exclua a interpretação extensiva), mas a afirmação de que fora do tipo não existe direito ao tributo nada mais significa que o tipo tem um duplo sentido regulador: positivo, definindo os factos sujeitos a imposto; negativo, definindo numa lógica afirmativa, a não sujeição a imposto dos factos que não contempla.

(98) Naturalmente, não significa isto a aceitação do “dogma da plenitude do ordenamento jurídico” das concepções metodológicas do positivismo legalista (nas configurações de Bergbohm e Santi Romano — “espaço jurídico vazio” —, de Zitelmann e Donati — “princípio universal negativo”, “norma geral exclusiva” ou “norma geral de liberdade” —, de Kelsen — “teoria pura do direito”) hoje largamente condenado, mas não se ignora que actualmente essa ideia obtém identidade peculiar nas áreas do direito em que existem especiais preocupações de certeza e de segurança, como é o caso paradigmático do direito dos impostos (Cf. Bigotte Chorão, 1985: 600 a 607). Também Castanheira Neves (1967:299), ao apontar os limites das concepções metodológicas de cariz lógico-subsuntivo do positivismo legalista por referência ao problema das lacunas, negando a possibilidade de o sistema do direito positivo (legal) traçar as possibilidades do jurídico, não deixa de reconhecer “a eficácia delimitativa que as determinações do direito positivo possam ter em sectores ou institutos particulares, ...” como é o caso da “delimitação própria das prescrições taxativas, como as de “numerus clausus”. E logo acrescenta (ibidem) que “mesmo quando a lei se venha a reconhecer como um factor (nunca o factor único) delimitativo do jurídico, não tem ela essa eficácia com fundamento nela própria, com fundamento numa juridicamente inválida e metodologicamente impossível identificação do direito com a lei, mas em intenções axiológico-jurídicas que transcendem a lei, e perante as quais ela terá de se justificar (...), pois só elas oferecem os verdadeiros fundamentos e traçam os decisivos limites da juridicidade.” Desta forma se justifica a necessidade de uma visão metodológica nor-

1985:593)⁽⁹⁸⁾. “As obrigações tributárias substantivas que a lei não impõe expressamente, não existem” (Lino Castillo, 1971:83).

Aquele maior relevo da segurança jurídica que caracteriza o direito tributário perante outros ramos do direito e ue há pouco referimos, concretiza-se numa tipologia que respeita à previsão e à estatuição da

(continuação da nota 88)

mativa, de concreta realização do direito, da tipicidade tributária, como temos vindo a defender.

Sobre aquela verificação pelo problema das lacunas dos limites das concepções do positivismo legalista, cf. Castanheira Neves, 1967:278 a 328. Começa-se por referir que o “dogma da plenitude do ordenamento jurídico”, pelo qual o positivismo legalista, lógico-normativista, negava a possibilidade de existência de lacunas, assentava na visão do direito identificado com o sistema normativo-proposicional e conceitual que por redução conceitual dedutiva se constrói a partir das normas positivas legais, a determinar a ideia de sistema concluso e pleno. Contesta-se, depois, que o ordenamento positivo nos ofereça as condições para a “implicação intensiva” geral, a ideia de “princípio normativo positivo”, que vai subjacente ao “princípio universal negativo”; acrescenta-se que este princípio, como “princípio deontico de identidade” (Garcia Maynez), não ultrapassa o carácter de “tautologia” e, por isso, nada “prescrevendo”; contesta-se igualmente a concepção positivista legalista do direito que é enunciada pelo mesmo “princípio universal negativo”. O problema das lacunas, como problema da “relação da lei para o Direito”, é, assim, remetido para o plano supra-positivo em que se constituem as concepções do direito. Dá a conhecer como foi a evidência das lacunas como um “factum” da realidade da vida jurídica que fez despertar as concepções (movimentos do “direito livre” e da “jurisprudência dos interesses”) que negavam a suficiência da lei para cumprir integralmente a intenção jurídica e como esta evidência, reconhecida no art.º 1.º do Código Civil suíço de 1912, de Huber, determinou que o positivismo legalista não negasse já as lacunas mas as assimilasse no quadro do sistema jurídico positivo, delimitador do jurídico, pois só quando os seus princípios, fins e juízos de valor nos demonstrassem que o caso omissão estava na “linha da sua coerência sistemática” é que teríamos uma lacuna — a esquecer que surgem questões jurídicas completamente novas que obrigam a um dinamismo do sistema jurídico e que a consideração de uma lacuna “só tem sentido com base num juízo de valor normativamente autónomo do sistema positivo e metodologicamente ligada às intenções de juridicidade do caso concreto que, perante o carácter histórico da concreta vida social, não encontram no ordenamento jurídico positivo, também histórico, a resposta adequada e que podem exigir a transcendência do “sentido sistemático” do “estilo” deste (como, ainda, o positivismo legalista tentou impor, indo “o mais longe que lhe era possível”), porque só a “jurisprudência do presente” (Esser) pode conformar o espírito do sistema, porque “a juridicidade revelar-se-á sempre e apenas no modo por que for histórica e concretamente assumida”, não sendo por isso “o sistema positivo o titular definidor da juridicidade”. Com isto conclui Castanheira Neves que o problema das lacunas toca o decisivo problema da juridicidade pois reconduz-se à questão geral da realização concreta e histórica do direito. Por fim, recordando a fórmula do art.º 1.º do Código Civil suíço (quando nem a lei nem o costume se permitem integrar a lacuna, caberá ao juiz integrá-la “selon les règles qu’il établirait s’il

norma, aos factos e aos efeitos. Ao contrário do direito penal, em que o julgador tem a liberdade de, dentro de certos limites, fixar a medida da pena, o direito fiscal impõe, para além da tipicidade do facto sujeito a imposto, e dos factos impeditivos, traduzidos em isenções, a determinação do critério da sua tributação, a tipicidade de todos os elementos necessários à fixação da medida desse imposto, do “quantum” da obrigação tributária⁽⁹⁹⁾, afastando qualquer tipo de discricionariedade na decisão⁽¹⁰⁰⁾.

(continuação da nota 98)

avait à faire acte de législateur”) contesta Castanheira Neves as concepções ainda positivistas — legalistas que, embora reconhecendo a perspectiva acabada de referir pelo abandono do postulado ideológico da exclusividade do direito positivo, defendem que “essa juridicidade suscitada pela consideração do caso e não já com fundamento no ordenamento positivo, seria susceptível de se formular e aplicar de acordo com o esquema normativista-subsumtivo”, devendo o juiz dizer autonomamente o direito mas nos mesmos termos em que o faria o legislador: “subindo à formulação de uma regra geral (uma norma) para os casos daquele tipo, que depois aplicaria (segundo o método tradicional de aplicação) ao caso decidendo”, aplicaria segundo uma metodologia lógico-subsumtiva, já que à decisão judicial ia ainda pressuposta uma norma geral da qual se deduzia o critério de concreta decisão. E contesta-se esta metodologia porque “não é a “regra” geral o critério da relevância jurídica do caso, pois é, ao invés, a concreta relevância jurídica do caso o que, uma vez generalizada, pode dar lugar a uma regra jurídica”; a generalização não é mais do que uma “formalização” e o que verdadeiramente permite resolver o caso (omisso) é o seu “próprio e autónomo sentido jurídico”, tendo a invocação do legislador apenas uma “função legitimante”. Esta concepção é identificada com os pensamentos de Aristóteles, Kant e Stammler e considerada presente no art.º 16.º do Código de Seabra. “A decisão das lacunas (conclui Castanheira Neves) só poderá resolver-se, para além dos casos em que seja possível e válido o recurso à analogia, pela abertura a intenções jurídicas transistemáticas (...) que hajam de assumir-se no caso concreto — i.é, a intenções fundamentantes de juridicidade assimiladas no caso concreto e por ele, ao mesmo tempo que lhe determinam a sua concreta e individualizada relevância jurídica. Trata-se de uma juridicidade concreta (não geral-abstracta) que em referência ao caso historicamente concreto se constitui.”

(99) A tipicidade da estatuição abrange, assim, as taxas, os elementos quantitativos referenciadores da taxa, os elementos de determinação da taxa a aplicar, as deduções à colecta.

(100) Daí que a volição inerente ao objecto típico do acto tributário é rigorosamente vinculada, quer quanto à oportunidade da conduta, quer quanto à sua forma externa, quer quanto ao seu conteúdo. A lei fiscal, dada a tipologia dominada pelos princípios do exclusivismo e da determinação, não autoriza de facto a Administração a qualquer exercício de liberdade de escolha quanto aos elementos que concorrem para, em abstracto, definir a concreta obrigação de imposto. Os ideais de segurança jurídica impõem que caiba apenas ao legislador a definição dos pressupostos da existência e medida do tributo.

Como vimos, o critério da tributação tem de assentar no princípio da capacidade contributiva, assim funcionando como objecto da tipificação. E com isto podemos concluir com Alberto Xavier (1972:316) que o “conceito de facto tributário caracteriza-se, assim, por um requisito formal e por um requisito material: o primeiro consiste na tipicidade; o segundo, na capacidade contributiva.”

O que temos vindo a dizer funciona como critério interpretativo da disposição do art.º 106.º, n.º 2 da Constituição que refere: “Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes”.

(continuação nota 100)

O acto tributário no que respeita à vontade depara-se-nos, assim, como um “acto intencional determinado”, em que existe uma vontade de declaração e uma consciência dos resultados. Não constitui uma ordem ou comando visto tratar-se da declaração de existência de uma obrigação “ex lege”. Também não é um acto materialmente jurisdicional, apesar de ser totalmente vinculado, visto ser teleologicamente administrativo — a certeza é um meio e não um fim. Igualmente é de negar que tenha por conteúdo apenas uma declaração de ciência, pois envolve uma declaração de vontade (vinculada) de subsunção de um facto tributável à lei de imposto no sentido da obtenção dos efeitos típicos, uma decisão de um processo gracioso (Sobre estas opções, cf. Alberto Xavier, 1972: 387 e ss.).

Para afirmar a inexistência absoluta de discricionariedade no âmbito dos elementos que integram a tipicidade tributária Alberto Xavier (1972:337 e ss.) comprova: 1) que nesse âmbito não existe disponibilidade (que implica a discricionariedade) dos direitos tributários; 2) que os actos genéricos, de cariz regulamentar, que a lei remete para a Administração fiscal, se situam no âmbito da função tributária abstracta ou primária e não no da função tributária concreta ou secundária; 3) que nos casos em que se permite a livre concretização de conceitos indeterminados e se permite a fixação de factos essenciais à determinação da obrigação de imposto não se está perante a discricionariedade em sentido próprio, constitutiva ou volitiva, mas perante a mera discricionariedade técnica (Cammeo), a “liberdade científica” (Jellinek), a “margem de livre apreciação”; 4) que os actos de lançamento e liquidação — sujeitos ao princípio clássico da legalidade administrativa, quer como reserva de lei, quer como preeminência de lei — são meramente instrumentais relativamente ao acto tributário propriamente dito e que, assim, os problemas respeitantes à vontade daqueles não contêm com este.

Sobre os limites da metodologia lógico-subsuntiva aferidos pelo problema da discricionariedade pronuncia-se Castanheira Neves (1967: 351 a 422). Assentando que a discricionariedade administrativa “não se impõe como uma categoria metodológica autónoma no quadro metodológico geral da aplicação do direito” e, assim, tornando metodologicamente inválida a distinção entre “subsunção”, por um lado, e “discricionariedade”, por outro, conclui negativamente o nosso autor, não como outros (Jesch, Rupp, Ehmke ou Klein), que o problema da discricionariedade volte a colocar a questão do controle jurisdicional da actividade administrativa, que deveria ter-se por excluído nalgumas áreas dessa actividade, mas antes e apenas que o assumir dessa distinção pela teoria subsuntiva comprova a sua impossibilidade de “compreender o sentido e de prescrever o processo metodológico-jurídico da aplicação do direito.”

A estatuição de que é à lei que está reservado o poder de “criar” impostos a qual deve “determinar” os elementos essenciais à própria definição de imposto inculca, inequivocamente a noção de reserva absoluta de lei dominada pelos princípios do exclusivismo e da determinação (Cf. n.º 87).

Fazendo esta matéria parte da competência relativa da Assembleia da República (art.º 168.º, n.º 1, al. i) da Constituição), tratar-se-á, em princípio, de uma reserva de lei em sentido formal, excepto nos casos de autorização legislativa⁽¹⁰¹⁾.

Na economia da nossa exposição interessa agora acentuar a ideia de que o legislador constitucional ao definir o carácter tipológico do direito fiscal utilizando uma lógica de “implicação intensiva”, abstractamente afastou a possibilidade de recurso à analogia e abstractamente promoveu o processo do preenchimento das lacunas do tipo por meio de uma imediata inferência negativa que, verdadeiramente, como tal, desqualifica essas lacunas.

E implicará o tipo tributário o afastamento da possibilidade de interpretação extensiva? Certo que o art.º 11.º do Código Civil não a exclui das normas excepcionais e certo que a letra do preceito constitucional não determina essa consequência. O que o legislador constitucional pretendeu com a afirmação do princípio da reserva (absoluta) de lei foi, como vimos, confinar o aplicador do direito fiscal às fronteiras da própria lei, negando-lhe a possibilidade de utilizar quaisquer esquemas metodológicos que o transportem para lá dessas fronteiras. Apesar do carácter normativamente fluido da distinção entre “interpretação” e “analogia” e da dificuldade prática de distinguir desta a “interpretação extensiva”, é teoricamente clara esta distinção pelo apelo aos próprios limites da lei. A interpretação extensiva é certamente a fronteira exterior da investigação interpretativa, mas a analogia, do outro lado dessa fronteira, pertence ao domínio da investigação integradora⁽¹⁰²⁾.

(101) Apesar da referida disposição do art.º 168.º da Constituição falar apenas na “criação de impostos”, deverá entender-se estarem nela abrangidos todos os elementos que a lei deve “determinar”, por serem essenciais à definição da obrigação de imposto e por ser mais conforme à ideia tradicional da “auto-tributação” (Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1964, 1.º vol.: 462-463).

(102) Também as “extensão teleológica” e “redução teleológica” não se confundem com “interpretação extensiva” e “interpretação restritiva”, visto não procurarem a adequação entre a letra e o espírito da norma mas uma “correção do texto fundada teleologicamente” (Larenz) (Cf. Bigotte Chorão, 1985: 608 a 610 e Castanheira Neves, 1985: 692 a 695).

Com esta análise da letra do preceito constitucional não fica, contudo resolvida a nossa questão. É que uma outra questão emerge plena de significado: perante os fundamentos da reserva absoluta de lei, perante o espírito da disposição constitucional do art.º 106.º, n.º 2, não se justificará interpretar esta extensivamente de molde a nela incluir a proibição do método próprio da interpretação extensiva? Por outras palavras, conciliar-se-á a possibilidade de interpretação extensiva com a tipologia fiscal?

A resposta a estas questões constitui, concerteza, o aspecto fulcral do nosso estudo. Não é, por agora, o momento de a elas responder, mas importará demarcar já os critérios dessa resposta. Passam eles por duas perspectivas fundamentais.

Primeira, a de que não pode resolver-se por uma mera lógica formal a compatibilização da interpretação extensiva com os limites de uma lógica de “implicação intensiva”. Bem alerta Castanheira Neves (1967: 264-265) para o facto de o que há de integrativo em toda a “interpretação com função normativa”, em toda a concreta aplicação do direito, assim como o carácter sempre normativamente fluído da distinção entre a “interpretação” e a “analogia” levarem a ter de deixar de poder entender-se o princípio “*nullum tributum sine lege*” em termos puramente lógico-dedutivos ou formais.

De facto, uma tipologia dominada pelos princípios do exclusivismo e da determinação, como qualquer outra, não é incompatível com uma metodologia com cariz de concretização normativa. Pelo contrário, uma metodologia deste tipo permite justificar normativamente, como vimos, e não por mera lógica formal, os limites daquela tipologia e suas consequências. É pois em termos de concretização da juridicidade que devemos estudar a compatibilização da interpretação extensiva com esses limites.

Deste modo fica respondida uma questão colocada em passagem anterior desta exposição, no comentário às posições que delimitam negativamente a licitude da evasão fiscal: uma metodologia de sentido contrário a uma mera lógica subsuntiva não é, pois, incompatível com os sectores da ordem jurídica que rigorosamente delimitam a realidade objecto da sua juridicidade.

Tal como a exclusão que o legislador faz da analogia não resulta de uma mera constatação de incompatibilidade processual mas tem um sentido de positiva juridicidade baseado na imediata justificação da inferência negativa, do “*argumentum a contrario*”, também (desta vez) o intérprete

deverá argumentar quanto à aceitação da interpretação extensiva pela justificação de um qualquer sentido normativo, e tendo em consideração a ideia da concreta realização do direito possibilitado pela interpretação extensiva do tipo, isto é, tendo em conta a implicância entre o tipo e o facto. Não basta, pois, verificar a adequação formal da estrutura da interpretação extensiva com a estrutura do tipo.

E daqui, encadeadamente, passamos à segunda perspectiva. Se a analogia foi abstractamente afastada pelo legislador, o intérprete evidentemente não poderá mover-se nessa dimensão abstracta quanto à opção relativamente à interpretação extensiva. Só a partir da concreta relação entre o tipo e as necessidades de juridicidade próprias do caso concreto que à interpretação extensiva porventura apelem é que se poderá obter o critério (normativo e não lógico-formal) que permite compatibilizar, ou não, essa concreta aplicação do direito com o espírito fundamentante da tipologia fiscal.

Concluindo: é o sentido da concreta realização do direito pela interpretação extensiva que importa ver se se adequa aos fundamentos da tipologia fiscal aferidos também por um sentido normativo e não lógico-subsumtivo. Adequação essa que só por uma perspectiva metodológica pode conseguir-se; e essa perspectiva não tem sido utilizada. Vê-lo-emos já de seguida!

II.3.3. A teoria da interpretação da lei fiscal. Crítica. Devolução da problemática da evasão fiscal ao legislador.

Como acabámos de constatar, os efeitos da tipicidade fiscal traduzem-se, quer em limites impostos ao legislador, quer em limites impostos ao aplicador do direito. Aos primeiros nos referiremos no final deste parágrafo. Importa, por agora, que nos refiramos aos segundos e, dentro destes, especialmente aos limites da interpretação jurídica da norma de incidência fiscal, já que o nosso tema, como vimos, se afasta da problemática das lacunas.

Certas posições tentaram conciliar com o princípio da tipicidade fiscal a doutrina segundo a qual o intérprete deveria descobrir o sentido da norma fiscal de incidência segundo o princípio da realidade económica ou da consideração económica, abstraindo das formas jurídicas utilizadas.

Fundamental na tarefa interpretativa seria, pois, a definição do sentido económico do pressuposto de facto do imposto. Sentido este que constituiria o verdadeiro elemento delimitador da incidência fiscal, independentemente dos conceitos jurídicos utilizados pelo legislador e da forma jurídica dos actos integrantes da conduta dos contribuintes. Por outras palavras: ao intérprete caberia surpreender o tipo económico geral, por detrás das formas jurídicas que seriam mera concretização ou exemplificação daquele. Só assim se respeitariam os princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária e, pela via interpretativa, se enquadraria a evasão fiscal, visto a conduta tendente a consumir a evasão fiscal conduzir ao mesmo resultado económico que a conduta típica.

Com o apoio mais ou menos claro das disposições legais de alguns países (Cf. Alberto Xavier, 1971: 33 e 35-36), estas orientações vieram a consubstanciar-se na doutrina suíça da “consideração económica” (Schlegel e Blumenstein), na Typisierungstheorie (Ball e Becker) e na teoria da “interpretação funcional”⁽¹⁰³⁾ da escola de Pavia (Benvenuto Griziotti, seguido por Vanoni, Pugliese, Dino Jarach, Massimo Severo Giannini).

(103) Como base da sua reflexão sobre a interpretação funcional da lei fiscal, Griziotti (1949) analisa a natureza da relação entre o Estado e os contribuintes — vista no sentido da procura do interesse público —, a função das instituições financeiras, a autonomia e princípios gerais do direito financeiro e os critérios da interpretação da lei fiscal. Decisiva é a análise da função das instituições financeiras que é vista através de uma série de relações causais que têm como ponto de partida teórico os elementos constitutivos de cada entrada financeira a favor do Estado. Estes elementos configuram-se com uma dimensão política (razões de ética política para essa entrada que variam no tempo e no espaço e que têm uma tríplice configuração: 1) visam estabelecer a ligação entre o interesse público e o interesse privado pela afirmação dos princípios da contraprestação, do benefício, da antecipação (correspondência directa), ou pelo conhecimento de indícios das vantagens obtidas pelas despesas públicas consubstanciadas na ideia de capacidade contributiva (correspondência indirecta); 2) referentes apenas ao interesse público, visando princípios como a redistribuição, protecção, sanção, confisco; 3) referentes à medida da repartição dos encargos, pela afirmação de princípios como a proporcionalidade, progressividade, regressividade), com uma dimensão ou função económico-social, com uma dimensão jurídica — de adequação das duas primeiras dimensões — e com uma dimensão técnica — relativa à natureza da operação de entrada financeira. Trata-se de elementos “concausais” que constituem os princípios gerais do direito financeiro e que conduzem à afirmação da sua autonomia dogmática. A interpretação causal ou funcional é defendida com base na particular relevância dos elementos político e económico-social, de cuja conjugação depende a configuração do pressuposto de facto do imposto. Aquela interpretação permitiria a adequação do processo interpretativo à natureza da entrada financeira definida pelos quatro referidos princípios, levando, assim, ao conheci-

Mas valerá a pena, na economia do nosso estudo, apreender correctamente o conteúdo interpretativo destas posições, desde já pondo de parte a aceitação da possibilidade defendida por alguns autores (Cf. Griziotti, 1949), não por todos (Cf. Jarach, 1943)⁽¹⁰⁴⁾, de que os pressupostos de que partem fundamentem a aplicação analógica ou mesmo a correcção da norma de incidência fiscal⁽¹⁰⁵⁾, possibilidade essa que, como vimos já, claramente extravasa os limites traçados pela tipicidade fiscal.

Da descrição da concepção de Griziotti sobre a interpretação funcional (Cf. n. 103) resultou claro que a dogmática referente a ela anda intrinsecamente ligada à teoria da causa do pressuposto de facto do imposto, ou seja, do facto constitutivo ou do facto gerador da obrigação fiscal (Tesoro)

(continuação da nota 103)

mento da função e natureza da norma fiscal e à acentuação da capacidade contributiva como exacta via para compreender a letra da lei. A consideração dos elementos constitutivos das entradas financeiras a favor do Estado, sobretudo a análise do elemento político, permitiriam, segundo Griziotti, um acréscimo de certeza e de segurança na aplicação justa da lei e significaria uma concepção mais profunda, mais completa e mais ampla que a doutrina da consideração económica, no dizer de Giannini, que o próprio Griziotti cita.

- (104) De facto, Dino Jarach (1943: 144-145) afirma a inexistência de verdadeiras lacunas no âmbito da incidência fiscal e a impossibilidade, perante o princípio da legalidade tributária, da interpretação analógica. No entanto, a sua concepção causal do pressuposto de facto do tributo assente na capacidade contributiva nem a exige, visto os casos de evasão fiscal estarem, por essa concepção, integrados no espírito da norma de incidência. Só quando assim se não entenda, como é o caso da posição suíça que defende certa relevância do elemento subjectivo da evasão fiscal, é que o enquadramento desta teria de passar pela interpretação analógica. Para Jarach, logicamente, só nos casos em que o pressuposto de facto seja definido em termos puramente abstractos é que não seria possível ir mais além do acto meramente formal (como a sua causa exigiria). Estes aspectos serão melhor esclarecidas na sequência da exposição.
- (105) “A teoria da interpretação funcional situar-se-á, por essa via, no campo das doutrinas histórico-evolutivas. Estas doutrinas oferecem, por certo, muitas vantagens para a implantação de regimes políticos nascentes. E, partindo do princípio de que tais regimes possam assegurar melhores critérios de justiça, a interpretação histórico-evolutiva, em todas as suas modalidades, apresentar-se-á como mais justa. Mas o Direito visa sempre o melhor equilíbrio entre a justiça e a certeza. Ora do ponto de vista da certeza, da segurança, aquelas doutrinas serão fortemente objectáveis, facilitando mesmo a arbitrariedade das soluções pela interpretação das normas jurídicas em função de aspectos políticos e económicos alheios não apenas à “mens legislatoris” mas à “mens legis”, objectivamente considerada.” (Cf. Pedro Soarez Martínez, 1983:

(Cf. Gonzalez Garcia, 1970:140)⁽¹⁰⁶⁾. E esta causa é para os discípulos de Griziotti da escola de Pavia (Cf. Dino Jarach, 1943), numa evolução dogmática relativamente a este, feita coincidir com a capacidade contributiva. Esta consubstanciaria, pois, o critério que a lei assume como razão necessária e suficiente para justificar que ao verificar-se determinado pressuposto de facto resulte a obrigação fiscal — conceito dogmático-substancial por oposição ao conceito dogmático-formal de cariz anti-causalista — e

(106) Referimo-nos aqui à causa da relação jurídica do imposto (causa eficiente) e não à causa do poder de tributar (causa final), que coincide com o fundamento da soberania fiscal. No entanto a distinção nem sempre é fácil como o comprovam as posições de Blumenstein (para quem a causa da relação do imposto coincide com a “ratio legis” ou o “pressuposto constitucional daquela relação”, tal como em Buhler), ou de Vanoni (para quem aquela causa coincide com a justificação teleológica da regulamentação jurídica). A doutrina medieval tratou a problemática da causa da fiscalidade proclamando a ilegitimidade da tributação, aliada ao correspondente direito de resistência, quando ela se revelasse destinada a satisfazer interesses que não se identificassem com o bem comum ou fossem determinados por despesas desordenadas ou imoderadas. A centralização do poder naturalmente contrariou a doutrina medieval da justa causa do imposto e procurou transpor essa problemática, do plano concreto, para o plano abstracto do poder de tributar, esclarecendo-se que a causa final da obrigação tributária seria inoperante no plano jurídico.

No séc. XVIII Ranalletti retomou a noção de causa mas desinserida da obrigação fiscal individual. Causa do imposto coincidiria com a contra-prestação do Estado à sociedade cujos custos deveriam ser repartidos, não em função das vantagens individuais mas sim em função da capacidade contributiva.

Também a concepção medieval não assentava na ideia de vantagens individuais mas sim na de vantagens globais. Aquela ideia só com a posição causalista de Griziotti despertou. Esta via a causa do imposto como as vantagens gerais da pertença a uma sociedade sentidas por cada contribuinte. A capacidade contributiva seria mero índice daquelas vantagens. E é precisamente aqui, na capacidade contributiva, que os discípulos de Griziotti vêem a verdadeira causa da obrigação fiscal (Dino Jarach), por contraposição à causa do poder de tributar. Deste modo se constata que a escola de Pavia se aproxima da concepção de Ranalletti. Sobre as dificuldades e utilidade do conceito de “causa” no direito fiscal e no direito privado, cf. Pedro Soares Martínez, 1983: 181-189 e extensa nota bibliográfica que aí se contém.

Sobre a distinção entre facto constitutivo, facto gerador ou pressuposto de facto da relação jurídica tributária — como conjugação dos vários pressupostos tributários — e a causa dessa relação jurídica e sobre os efeitos esclarecedores que essa distinção acarreta para a definição do sentido da obrigação jurídica fiscal como obrigação “ex lege”, cf. Pedro Soares Martínez, 1983: 169 a 179. Por outro lado, sobre a ligação do conceito de “causa do imposto” ao princípio (jurídico-positivo, ético-económico e técnico-económico) da capacidade contributiva, quando tomada no sentido amplo (capacidade de pagar imposto por se ter disponibilidade financeira ou por se ter beneficiado de uma actividade ou prestação de um ente público), cf. Perez de Ayala e Eusébio Gonzalez, 1976, Tomo I: 163 a 170 e Manuel Pires, 1980:127 e ss..

Cf. n. 48.

daria a esse pressuposto de facto uma configuração económica (Cf. Dino Jarach, 1943: 90 a 99). Os problemas da fonte e do pressuposto da obrigação fiscal e da causa desta não são, deste modo, tratados distintamente. É que, se a vontade da lei é a fonte exclusiva da obrigação fiscal, importa considerar esta vontade no seu conteúdo e no seu fundamento causal. A vontade jurídica que no negócio jurídico diverge da vontade empírica deve ser posta de parte e deve enquadrar-se o facto, como encontrado no contexto económico-social da vida, na categoria tributária que corresponda à vontade empírica tendente à criação do negócio típico correlativo. Por outras palavras: a vontade criadora do contribuinte não pode significar a aquisição de um regime fiscal particular diverso daquele que corresponde à situação factual originada pelo seu intento empírico (Cf. Dino Jarach, 1943:25). Os negócios jurídicos como factos tributários são-no exclusivamente por causa da existência factual dos seus efeitos económicos.

Naturalmente não se ignora que em certos impostos uma relação jurídica de direito privado adquira relevância como pressuposto da relação tributária, mas logo se afirma que essa relevância não resulta senão da relação económica que a mesma cria. O pressuposto de facto de todos os impostos não é o negócio jurídico por si mas a manifestação de vontade que cria uma relação de cariz económico, a qual é idónea para evidenciar capacidade contributiva. Daí a crítica à distinção entre factos constitutivos jurídicos e económicos (Cf. Dino Jarach, 1943:110 e ss.). É a “*intentio facti*” e não a “*intentio juris*” que é relevante para o nascimento da obrigação fiscal. Se assim não fosse, estar-se-ia a atribuir à vontade privada um poder criador dessa obrigação e a negar o seu carácter de obrigação “*ex lege*”.

Mas se na maioria dos casos o facto constitutivo é causal, já que o intérprete pode indagar qual a relação económica que a lei pretendeu definir como pressuposto de facto do imposto, não ignora a doutrina da interpretação funcional que em certas hipóteses o facto constitutivo pode apresentar-se como abstracto⁽¹⁰⁷⁾ ou formal (na terminologia de Buhler). Isto

(107) O que, logicamente, não coincide com a noção de negócio abstracto aos quais o direito fiscal raramente confere relevância. Anote-se, com Alberto Xavier (1971:30), que “o negócio abstracto não pode por natureza ser um negócio indirecto, precisamente porque a abstracção consiste em autorizar um mesmo esquema negocial a realizar uma pluralidade de fins, não sendo possível distinguir o fim típico objectivo das finalidades ulteriores que as partes tiveram presentes no caso concreto.”

acontece, nos casos tidos por excepcionais, em que o legislador taxativamente define em termos formais quais os factos que constituem pressuposto do tributo. Quando, por razões de certeza, em detrimento da justiça e da igualdade, a vontade explícita do legislador vai no sentido de ligar o facto constitutivo a requisitos de forma, ao intérprete estaria vedada a busca da relação económica causal subjacente (Cf. Dino Jarach, 1943: 118 a 120).

Se a defesa da interpretação funcional assenta na análise causal da obrigação fiscal definida pela noção de capacidade contributiva e se aquela análise é decisiva para definir a autonomia do direito fiscal (concretizada fundamentalmente na ideia geral de que para este ramo do direito não é relevante a “*intentio juris*” mas apenas a “*intentio facti*” e, portanto, a disciplina que o direito privado prevê para certa relação jurídica só é fiscalmente relevante se for adequada a esta “*intentio*”) ela é também decisiva para a configuração da própria evasão fiscal. Esta é vista não constituindo senão um caso particular de aplicação do princípio da consideração económica, não necessitando de qualquer regulamentação específica (Becker e Ball). Assim se afirma a irrelevância do elemento subjectivo da evasão fiscal e se critica a configuração desta pelo instituto do abuso do direito.

Deste modo é criticada a teoria suíça (Blumenstein e Wurlod) segundo a qual a evasão fiscal implicaria dois elementos objectivos (anormalidade das formas jurídicas e diminuição do imposto) e um elemento subjectivo (intenção de desagrar a carga fiscal). Perante estes elementos seria possível, para aquela concepção, tributar o acto pelo qual se pretendia consubstanciar a evasão com o imposto que incida sobre as formas jurídicas normais. Só nos casos de evasão fiscal é que precisamente o direito fiscal revelaria a sua autonomia e “seria possível desatender ao conceito de direito privado, recorrendo a uma noção económica diversa, como forma excepcional de sancionar uma tentativa provada de “*elisão*” do imposto” (Alberto Xavier, 1971:38).

Para Jarach (1943:134) o elemento subjectivo, naturalmente, não é suficiente para tornar sujeito a imposto um negócio jurídico que de facto não o é, ou é-o de outra forma; seria arbitrário proceder de outro modo. Ou o pressuposto de facto do imposto se deve considerar sempre autónomo perante os conceitos do direito privado ou não há razão para só o considerar autónomo nos casos de evasão fiscal. É pois irrelevante, como

sempre, a vontade correspondente à “*intentio juris*”. Continuando, acrescenta Jarach (1943:135), que o elemento subjectivo da evasão fiscal demonstra alguma relevância apenas para qualificar a conduta como evasiva, mas em nada influi no regime desta.

E à afirmação de Blumenstein de que a não consideração do elemento subjectivo poderia conduzir a tributação exagerada, porque a vontade das partes pode significar uma razão objectiva relevante para recorrer a outro tipo de negócio, tributado de maneira diferente daquele relativamente ao qual a conduta poderia constituir-se como evasiva, contrapõe Jarach (1943:136) que esta hipótese nada acrescenta a favor da consideração do elemento subjectivo da evasão fiscal visto não poder nela falar-se de formas jurídicas anormais para prosseguir aquela específica finalidade económica, que continua a ser o único elemento relevante. Não é o intento evasivo mas a inexistência de uma finalidade económica que releva para a evasão fiscal.

Naturalmente, de forma expressa, é afirmada a licitude da conduta evasiva com base na ideia de plena liberdade negocial do contribuinte e criticada a teoria do abuso do direito. O negócio evasivo não é ilícito; apenas irrelevante para o regime fiscal, assente na primazia da relação de cariz económico (Cf. Jarach, 1943: 138-139); a evasão fiscal não é um conceito arbitrariamente concebido para resolver um conflito de interesses, mas um caso particular de aplicação da autonomia dogmática do direito fiscal (ibidem: 141). Por isso, só nas hipóteses de factos tributários abstractos se não applicaria o conceito de evasão fiscal (ibidem: 143).

Afastadas que sejam as consequências preconizadas por alguns autores tendentes à aceitação dos processos analógico e correctivo e afirmada a distinção entre facto constitutivo e causa da relação jurídica fiscal, há que reconhecer que as especiais doutrinas interpretativas que consideram a relevância económica do imposto, como elemento causal revelador de capacidade contributiva, têm a virtualidade de captar o fenómeno da evasão fiscal, pela sua dimensão real: a irrelevância das considerações sobre a sua licitude e a exclusiva relevância do processo interpretativo. Pode mesmo dizer-se que estas concepções nem mesmo acrescentam nada ao processo interpretativo dos tipos fiscais, como vem configurado pela teoria geral da interpretação jurídica, sejam eles “tipos funcionais” ou “tipos estruturais” (Cf. Alberto Xavier, 1971:38). Neste sentido diz Uckmar, citado por Pamplona Côrte-Real que com ele concorda (1971: 69 a 79), que a questão da interpretação funcional “reduz-se hoje a um simples problema

de nome, já que tal interpretação não seria senão a interpretação lógica” ou teleológica, com resultados próprios da interpretação extensiva. E Nuno Sá Gomes refere (1965: 13-14) que “é indubitável que na indagação do alcance da lei fiscal deve o intérprete socorrer-se dos referidos elementos (aqueles em que Griziotti assenta a interpretação funcional) mas nem por isso a interpretação (fiscal) passa a ter natureza diferente da que diz respeito a qualquer outra lei.” Também Perez de Ayala e Eusébio Gonzalez (1976:97), depois de criticarem a teoria da “interpretação económica”, enquanto conduza ao excesso de substituir o conceito legal do facto constitutivo pelo conceito do objecto económico do imposto, reconhecem que as considerações de tipo económico “plasmadas nos fins do sistema tributário ou nos objectos económicos dos diversos tributos, integram e constituem um dos dados teleológicos que deve ter-se em conta, conjuntamente com os outros dados da interpretação jurídica, ...” (Cf. neste sentido as posições de Alexandre do Amaral e de Cardoso da Costa que o refere (1970: 195-196) e de Gonzalez Garcia, 1970:143) (Cf. ainda n. 64, n. 96 e n. 104).

Por outro lado, não é negada a relevância do elemento subjectivo da evasão fiscal para a configuração da figura e, tal como nós, é afirmada a sua irrelevância naqueles casos em que a conduta das partes foi propositamente tratada pelo legislador fiscal de forma diferente daquele outro regime de incidência em que a conduta eventualmente se integraria pelo processo interpretativo se não fosse aquele diferente tratamento.

E é lógico que, uma vez definido o processo interpretativo a adoptar, em nada depende ele da consideração do elemento subjectivo da evasão fiscal.

E mais ainda: estas teorias, pelo menos nalgumas das suas configurações, alertam para os limites do processo interpretativo pelo reconhecimento de que quando o legislador taxativa e expressamente considerou apenas certo acto formal como pressuposto de facto do imposto, deixa de poder assimilar-se a evasão fiscal pelo processo interpretativo e, verdadeiramente, deixa de poder falar-se em evasão fiscal; se nos dizem que a “ratio legis” deve buscar-se na capacidade contributiva revelada por uma relação de conteúdo económico⁽¹⁰⁸⁾, dizem-nos também que deixa de poder falar-se dessa “ratio legis” e, assim, de interpretação extensiva, naqueles

(108) “Pode por consequência entender-se que a intenção ou espírito duma norma de incidência é a tributação dum resultado económico, não obstante a previsão legal ser

casos em que o legislador demonstrou não querer tributar, ou querer tributar em menor grau, certo acto jurídico⁽¹⁰⁹⁾.

Vimos, contudo, que o enquadramento jurídico da evasão fiscal, se pressupõe o traçar dos limites estruturais da interpretação extensiva, pressupõe igualmente, e sem menor importância, a possibilidade da conciliação deste processo interpretativo com o princípio da tipicidade fiscal. E neste sentido, de facto, estas teorias nada nos oferecem, tal como nada nos oferecem aquelas posições que defendem a possibilidade da interpretação extensiva da norma de incidência fiscal independentemente de uma reflexão de cariz metodológico. E é para esta reflexão que a consideração do elemento subjectivo da evasão fiscal, como o temos vindo a configurar, desempenha papel de inigualável importância.

Na verdade, se as posições que defendem a inadmissibilidade da interpretação extensiva no âmbito da incidência fiscal o fazem porque se entende ser ela incompatível com os princípios da legalidade e da tipicidade fiscal, como acontece, entre nós, com o Professor Soares Martínez (Cf. 1983: 137 a 142) ou Pessoa Jorge, na sequência de Armindo Monteiro (Cf. Bráz Teixeira, 1965:121 e ss.), as posições contrárias, porventura dominantes, entre nós (desde Oliveira Salazar) como no estrangeiro, ali-

(continuação da nota 108)

integrada por referência ao processo jurídico de o conseguir.” (Pamplona Côte-Real, 1971:68).

- (109) Neste sentido não cremos que exista, de facto, oposição entre a posição de Dino Jarach e a posição de Alberto Xavier (1971:38 e 39) quando afirma: “O que importa, portanto, é procurar apreender — independentemente de qualquer preconceito hermenêutico — se a letra e o espírito da lei inculcam se na construção do tipo tributário em que um dos elementos seja um negócio jurídico, o legislador quis erigir em elemento principal o resultado económico da conduta ou o esquema negocial que, em regra, normalmente, é pressuposto da sua obtenção (...) Quer dizer: no caso em que a interpretação da lei tenha conduzido à conclusão de que o elemento essencial do tipo legal é a estrutura do negócio jurídico, independentemente da averiguação do seu resultado económico, então o negócio jurídico indirecto não fica submetido à disciplina jurídico-tributária definida para o negócio directo correspondente.” Nem percebemos bem a diferença que Perez de Ayala (1967) encontra entre a sua teoria (Cf. n. 64) e a teoria da “interpretação funcional”. De facto, se entendida esta correctamente, não poderá sobre ela dizer-se que a “aplicação “económica” da lei fiscal “legítima-se” nos fins político-económicos do ordenamento jurídico, não deduzidos, naturalmente, da letra do próprio preceito da lei fiscal (...) mas sim contra ou à margem da interpretação do preceito, ...” (ibidem: 566).

cerçam a sua argumentação no carácter não odioso e não excepcional do direito fiscal e, assim, como uma opção política (Cf. Alberto Xavier, 1974:171 e ss., António José Brandão, 1941, Manuel Pires, 1980:160 e ss., Cardoso da Costa 1970:184 e ss., Pamplona Côrte-Real, 1971:70 e ss., Nuno Sá Gomes, 1965, e Bráz Teixeira, 1965:129 e ss.).

Se é certo que metodológico-concretamente a analogia e a interpretação extensiva dificilmente se distinguirão, “se é que não deverá mesmo negar-se a validade da própria distinção conceitual (...), uma vez superado o dogma voluntarístico no problema da interpretação” (Cf. Castanheira Neves, 1967:263), e se é certo que é precisamente a dificuldade desta distinção que leva os autores a afirmarem a não compatibilização da tipicidade fiscal com a interpretação extensiva, importará fundamentar metodologicamente essa compatibilização⁽¹¹⁰⁾. E mesmo que se pretendesse que a própria analogia fosse admissível no âmbito da incidência fiscal, como alguns autores defendiam (Cf. António José Brandão, 1941), o que hoje não pode aceitar-se pois está expressamente afastado de acordo com a interpretação do art.º 9.º do DL n.º 215/89, de 1 de Julho, que aprova o Estatuto dos Benefícios Fiscais⁽¹¹¹⁾, essa opção e aquela outra relativa à interpretação extensiva sempre teriam de fundar-se, como temos vindo a afirmar, em razões de cariz metodológico, pois metodológico é o problema por participar na dimensão problemática, e não dogmática, do direito, tal como metodológicas são as próprias regras jurídico-positivas sobre a interpretação jurídica fiscal — a exigirem no momento da sua aplicação a refundamentação concreta da problemática que, em termos gerais, tentaram abarcar. Só essa análise permitirá configurar a tutela dos valores da certeza

(110) As afirmações que tecemos sobre o continuum da realização do direito que integra os momentos de interpretação, integração e aplicação não inviabilizam a diferenciação entre a realização do direito feita pela mediação de uma norma do direito positivo pré-constituído e a realização do direito feita sem o apoio de um critério desse tipo. (Cf. Castanheira Neves, 1985: 697 a 700).

(111) Refere esta disposição que “as normas que estabeleçam benefícios fiscais não são susceptíveis de integração analógica, mas admitem interpretação extensiva”. Se daqui se deve extrair a expressa proibição da analogia no âmbito da incidência fiscal, em coerência com os princípios da legalidade e da tipicidade fiscais, não cremos que possa igualmente extrair-se a aceitação genérica da interpretação extensiva no mesmo âmbito, pois sempre se poderia argumentar com o sentido de favorecimento do contribuinte inerente aos benefícios fiscais. E é nesta perspectiva que Cardoso da Costa coloca a questão da admissibilidade da interpretação extensiva (Cf. 1970:189).

e da segurança, e a sua concatenação com a justiça fiscal, de uma forma adequada aos desígnios do Estado Social de Direito e metodologicamente válida, pela superação dos dogmas do positivismo normativista (Cf. Saldanha Sanches, 1985).

E é exactamente a dificuldade desta análise metodológica que está na base da remissão da problemática da evasão fiscal exclusivamente para o legislador. Não se nega a vantagem, na perspectiva do nosso tema, das medidas legislativas tendentes a obstaculizar a evasão fiscal como aquelas a que já atrás nos referimos (Cf. n. 68); tal como não se nega a vantagem de o legislador configurar os tipos legais de incidência por uma perspectiva de “resultado económico”, de recorrer à técnica das presunções⁽¹¹²⁾ (“*juris tantum*” ou “*juris et de jure*”), de utilizar os “pressupostos objectivos suplementivos ou suplementares” (Palao Taboada, 1966:686) de forma a abranger no âmbito de incidência de certo imposto condutas que se não integram rigorosamente no pressuposto de aplicação do mesmo, de atribuir sentido próprio a conceitos bem definidos de outros ramos do direito (Cf. Pamplona Côte-Real, 1971: 61-62 e Garcia-Quintana, 1971:66 e ss.).

Mas se há que reconhecer a incapacidade de todos estes mecanismos porem cobro ao fenómeno da evasão fiscal e as limitações que os princípios da legalidade e da tipicidade fiscais impõem ao legislador na configuração dos tipos de imposto (Cf. Saldanha Sanches 1985:296 e ss.), como vimos, importa sobretudo, na óptica que agora mais nos interessa, afirmar que, verdadeiramente, quando são bem sucedidos, não o permitem combater porque a evasão fiscal não chega a existir; e quando, apesar deles, ela existe nada valem. Deste modo, logo se retoma o nosso tema pela óptica da problemática metodológica da concreta realização do direito.

(112) “Tais presunções têm um diverso significado quanto à simulação e ao negócio indirecto: quanto à simulação, limitam-se a dispensar o especial regime probatório previsto nos vários Códigos, autorizando a Administração a liquidar imediatamente o imposto pelo eventual negócio dissimulado e cometendo ao particular o ónus da prova da inexistência de simulação; quanto ao negócio indirecto determina uma assimilação ao regime do negócio directo correspondente, que na inexistência da presunção não seria possível realizar.” (Alberto Xavier, 1971:31).

III. A CONSTRUÇÃO DA JURIDICIDADE PELA RELAÇÃO DE RECÍPROCA IMPLICÂNCIA ENTRE A ESTRUTURA DA EVASÃO FISCAL E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO TIPO TRIBUTÁRIO. TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PROBLEMA METODOLÓGICO.

III.1. A superação do esquema lógico-substantivo. A concreta realização do direito.

Temos já elementos disponíveis para perceber que o nosso tema desagua no seio da problemática da concreta realização do direito. E sabemos que ela abarca os momentos da interpretação, integração e aplicação jurídicas. Estes momentos são abstractamente distintos mas metodologicamente estão integrados no “continuum”⁽¹¹³⁾ daquela concreta realização.

Pressuposta a esta ideia de metodológica integração dos três momentos presentes na concreta realização do direito está a aceitação de que esta problemática em cada um desses momentos, sendo em si mesma decisivamente fundamentante do pensamento jurídico — por ser o seu problema —, encerra um sentido metodologicamente problemático, isto é, que exige a implicância da concreta factologia. Dito de outro modo e quanto ao

(113) Porque, como vimos, a “interpretação é o resultado do seu resultado”, porque mediando problemático-normativamente a norma e o caso obtém um conteúdo normativo jurídico que acaba por imputar-se à norma interpretada, reconstituindo-a e enriquecendo-a, a interpretação só se consuma na concreta decisão. Se, deste modo, não se diferenciam interpretação e aplicação também aquela não se diferencia da integração porque “a interpretação como determinação do sentido “secundum legem” não pode separar-se do desenvolvimento do direito” (Rhinow). Integração que o pensamento dedutivo logicamente não podia conceber. (Cf. Castanheira Neves, 1985:697 e ss.).

momento que agora mais nos interessa: a interpretação jurídica, porque o direito como realidade essencialmente operativa só perante o problema decidendo se constitui, exige uma argumentação metodologicamente de juridicidade; e esta, para o ser, pressupõe a mediação de constituinte concretização entre esse problema factual, a norma de direito e outros elementos de “co-constituição normativa”. A interpretação jurídica, como problema daquela metodologia jurídica, como problema normativo, deixa assim de se constituir com objectivos meramente dogmáticos ou analíticos de um direito pressuposto cognoscível por meio de um esquema lógico-subsumtivo. Antes se constitui com o objectivo de, no momento decisório, da concreta constituição do direito, renovar a problematicidade desses elementos pressupostos pelo confronto das necessidades próprias de juridicidade do caso com essa juridicidade (meramente hipotética) pressuposta. E a consciência exacta do sentido desse confronto, cerne da própria metodologia jurídica, é também o cerne da concreta realização do direito pela força argumentativa conferida ao pensamento jurídico. E a questão rebelde da evasão fiscal exige um novo fôlego de argumentação.

Fôlego esse que só a percepção do verdadeiro sentido da realização concreta da juridicidade e da importância decisiva que nela têm os casos concretos nos pode emprestar. E essa percepção só é possível se estivermos aptos a compreender que só “a adequação material ao caso concreto decide sobre o domínio de aplicação das normas jurídicas” (Coing), que “o caso será submetido à lei por subsunção só depois que a lei foi declarada apta para o caso por valoração” (Cossio), “pois não são os critérios disponíveis que decidem da possibilidade dos problemas (do surgir e do sentido dos problemas) e sim os problemas da possibilidade e validade metodológica dos critérios — não se parte da solução para o problema, mas do problema para a solução.” (Cf. Castanheira Neves, 1967: 262 e 269).

Significa isto que, para além de dever garantir a coerência normativa com o caso, a norma jurídica só lhe será aplicável se garantir para com ele uma adequação normativa. E para que esta adequação exista impõe-se, por um lado, que a norma pressuponha e solucione o mesmo tipo de problema jurídico e que, por outro, suporte a ponderação normativa da específica intenção jurídica daquele concreto caso jurídico. Este não é um ponto de apoio para um pensar de conceitos meramente lógico; os conceitos, ao invés, é que só valem enquanto possam ser pontos de apoio metodológicos para a constituenda decisão concreta — o que uma intenção dedutiva não vê pois para ela os conceitos são entidades absolutas.

E neste processo de concretização constitutiva do direito pela decisão concreta o sentido do apoio metodológico dado pelos conceitos é obtido pela interpretação jurídica, momento daquela constitutiva concretização. E, por isso, esta implica também que os fundamentos dogmático-conceituais pressupostos se não fechem numa auto-suficiência a implicar uma hermenêutica apenas explicitante; devem, pelo contrário, possibilitar uma intencionalidade materialmente normativa que na decisão concreta se apoie naqueles fundamentos pressupostos problematizando-os e reconstituindo-os pela sua experimentação concretizadora. E nesta problematização e reconstituição os elementos de interpretação conjugar-se-ão de acordo com o melhor sentido argumentativo possível perante os factos do problema concreto (os elementos de interpretação “têm carácter tópico”).

Mas, e por outro lado, a constitutiva concretização do direito revelou a impossibilidade do dogma da imanência do sentido do direito positivo, apregoadado pelo positivismo legalista, e veio a fazer reconhecer que só o texto legal não continha os critérios necessários à decisão. E hoje reconhece-se a necessidade da interpretação jurídica fazer uso de elementos normativos extratextuais que são, assim, factores de co-constituição normativa — e não apenas de explicitação do sentido do texto da norma⁽¹¹⁴⁾.

A mudança de perspectiva que vem sendo afirmada conduz naturalmente à constatação de que agora é a realização do direito — e não qualquer dos seus momentos — que caracteriza o verdadeiro problema metodológico, problema esse constituído pela dimensão dupla (sistemática e problemática) daquela realização. E nesta realização a norma é duplamente transcendida, num processo metodológico unitário e em que ambos

(114) Factores ontológicos (natureza das coisas e, mais geralmente, todos os argumentos de carácter institucional), factores sociais (“interesses”, de Heck; situações sociais relevantes tipificadas e a estrutura jurídico-social referida intencionalmente pela norma, de Muller; a própria situação social juridicamente problemática; os efeitos jurídico-sociais da decisão; etc.), factores normativos em sentido estrito (critérios ético-jurídicos, normativo-sociais e os standards translegais — sejam ou não solicitados por cláusulas gerais —; os conceitos de valor, etc.; modelos normativo-dogmáticos das “teorias” dogmáticas de sentido normativo e não conceitual e os precedentes jurisprudenciais; os princípios normativo-jurídicos e a ordem material dos valores pressuposta pela ordem jurídica; etc.).

“Cada interpretação representa uma associação da *lex scripta* e *ius non scriptum*, a qual unicamente cria a própria norma positiva”. (Esser).

(Cf. Castanheira Neves, 1985:695 e ss.).

os momentos são necessários e se condicionam e que só é cindível em termos teóricos.

Primeiro, é ela transcendida pelos valores e princípios normativos que, fundamentando a ordem jurídica, fundamentam igualmente, em momento ulterior, a realização do direito. Como afirma Stammler, citado por Castanheira Neves (1985:702) “quando se aplica um parágrafo de um Código, não só se aplica todo o Código, como se faz intervir o pensamento do direito em si mesmo.”

Depois, é a intencionalidade normativo-jurídica do caso decidendo que a transcende. Entre este e a norma gera-se um “diálogo problemático e normativamente constituinte” (Castanheira Neves, 1985:703) exigido pela realização do direito. É que necessitando esta, como vimos, de uma adequação (não apenas coerência) normativa entre o facto e a norma, essa adequação só se consegue pela consideração do sentido normativo geral da norma como de valor meramente hipotético e a ser experimentado na relevância jurídica material do caso (jurídico) concreto (naquela experimentação a que ainda agora nos referimos, verdadeiramente essencial à decisão), para concluir sobre a aplicabilidade da norma⁽¹¹⁵⁾.

(115) E é também por este sentido de construção da juridicidade que deve ser encarado o problema do carácter científico do direito. Disso nos dá conta Castanheira Neves. “Denunciada, como ficara (numa referência a Kirchmann pela sua negação da cientificidade do direito), no entanto, a iniludível intervenção de momentos valorativos (...) nos conteúdos dogmáticos e nos critérios que verdadeiramente decidiam das questões jurídicas, uma de duas atitudes se tornava necessária para que se pudesse aspirar a resolver positivamente esse problema (o de restaurar a dignidade do pensamento jurídico): ou eliminar esses elementos do pensamento jurídico-científico, da ciência do direito, para o referir a uma base e a uma estrutura estritamente objectivas, ou tentar reconduzir de qualquer forma esses elementos a uma perspectiva teórica (objectivando ou ontologificando esses elementos, para que também eles se convertessem em transcendente “objecto”). E foi um ou outro destes caminhos que (...) foram efectivamente percorridos.” (Castanheira Neves, 1967:895). Por um lado, pela sociologia jurídica e pela “teoria pura do direito”, sobre que Castanheira Neves (1967:897) questiona: “Mas se nem os meros factos nem a pura forma dominam o direito, se nem o exclusivamente empírico, nem o puramente lógico-ideal realizam, só por si, aquele objectivo epistemológico, não estará a solução numa ciência do direito que se constitua na base de uma síntese entre aqueles dois momentos?” Por outro lado, pelas teorias que renovam o pensamento de Kant, o qual, por meio daquela síntese, da síntese entre o racionalismo dogmático e o empirismo radical, solucionou o problema do conhecimento (neo-Kantismo no sentido de Stammler e no sentido de Lask, Radbruch, Mayer, Binder, Sauer, Schwinge e outros). (Cf. Castanheira Neves, 1967: 891 a 906).

Deixa, assim, de fazer sentido o esquema subsuntivo da distinção entre facto e direito. O jurídico não se circunscreve à norma; o caso concreto não comporta apenas dados de mero ou puro facto.

Tentemos, pois, agora, descortinar a relevância jurídica material comum às hipóteses de evasão fiscal e o sentido da juridicidade pressuposta da incidência fiscal para, em seguida, experimentarmos esta por aquela, tentando obter entre ambas uma adequação normativa.

III.2. *A importância do elemento subjectivo da evasão fiscal no sentido da compatibilização da interpretação extensiva da norma fiscal de incidência com o princípio da tipicidade tributária.*

A relevância jurídica material dos casos jurídicos concretos de evasão fiscal é-nos fornecida decisivamente, como temos vindo a afirmar, pelo elemento subjectivo que sempre, em cada um deles, existe.

Assentámos que a problemática da evasão fiscal coincide com a problemática da interpretação extensiva da norma de incidência fiscal e não com a problemática da analogia, visto a lógica de “implicação intensiva” inerente a tipicidade tributária conter uma dimensão positiva de juridicidade que, desqualificando as lacunas como tais, tem o alcance de determinar a não tributação das condutas não abrangidas pela letra ou pelo espírito daquela norma.

Constatámos também dever ser ultrapassada a configuração da evasão fiscal como uma valoração jurídica de licitude ou de ilicitude, pelo esclarecimento de que a verdadeira questão reside em saber como tributar a conduta que a consubstancia e, assim, na problemática realização do direito.

Fixámos igualmente a dimensão do momento interpretativo no seio da problemática da metodologia jurídica e o sentido de concreta realização do direito com que esta metodologia deve ser encarada. E assentámos, para mais, que a tipologia fiscal aceita a superação metodológica do esquema lógico-subsuntivo.

Esclarecemos, por fim, que é numa reflexão com este cariz essencialmente metodológico que deve procurar-se a compatibilização da interpretação extensiva com o carácter tipológico do direito fiscal, isto é, que deve ser o sentido da concreta realização do direito no âmbito da evasão fiscal, pela interpretação extensiva, que importa ver se se adequa àquele carácter.

Assentes estas premissas, evidente se torna a importância de perceber qual o sentido de juridicidade que, pelo lado do facto, nos é transportado pelo elemento subjectivo da evasão fiscal, como contributo para a realização problemática do direito.

E sabemos já quais são as características essenciais deste elemento subjectivo. Na evasão fiscal o contribuinte não simula o que pretende; mas pretende-o porque exactamente tem a consciência de pretender evitar com a sua conduta a aplicação de certa norma de incidência. E é precisamente aqui, nesta consciência ou conhecimento do afastamento de um tipo fiscal, que se manifesta a grande relevância da estrutura subjectiva da nossa figura.

E a razão metodológica dessa relevância é-nos dada pelo fundamento de certeza e de segurança que justifica a tipicidade da incidência, como veículo de efectivação da justiça tributária. Fundamento esse à luz do qual deve (metodologicamente) pensar-se a problemática da interpretação extensiva do tipo fiscal de incidência. E parece-nos evidente que aquela consciência de evasão, que aquele “animus fraudandi”, acarreta um sentido concreto de juridicidade capaz de justificar a interpretação extensiva perante aqueles fundamentos da tipicidade que, assim, se vêem metodologicamente reponderados ou experimentados. Por outro lado, como sabemos, só efectivamente a interpretação extensiva — porque a ela se reconduz a questão da evasão fiscal — permite aproveitar metodologicamente a consciência de defraudar a lei fiscal, o elemento subjectivo da evasão fiscal.

Mas a relevância da estrutura subjectiva da evasão fiscal vai mais além. Configurada ela, quer com uma dimensão intencional, quer com uma dimensão meramente culposa; ou seja, reconhecida a relevância, nalguns casos (certamente excepcionais em relação àqueles que são intencionais), da simples possibilidade de consciência fraudatória (que, para mais, anda ligada ao problema do conhecimento do direito positivo, que é de presumir) uma outra conclusão se nos depara: a evasão fiscal esgota todas as hipóteses de interpretação extensiva da norma fiscal de incidência. É que ela acaba, assim, por consubstanciar todos os casos de condutas que se afastam da letra dessa norma mas que se integram ainda no seu espírito.

A consideração metodológica deste elemento subjectivo permite, por outro lado, alicerçar na concreta realização jurídica a opção entre os valores da certeza e da segurança e os valores, constitucionalmente consagrados, da igualdade tributária e da capacidade contributiva. Valores esses que, como vimos, não conflituantes no âmbito do problema da evasão

fiscal. Superada, assim, a mera opção política, permitimo-nos, segundo cremos, justificar metodologicamente a preeminência a conceder a uns perante os outros, ultrapassando o sentimento de frustração resultante da aparente inoperatividade do direito, bem patenteado em momento anterior.

III.3. A fundamentação da tipicidade tributária por dimensões valorativas com sentido jurídico que transcendem a própria lei e a fundamentação da incidência fiscal.

Se uma correcta perspectivacão metodológica implica a transcendência do tipo fiscal de incidência pela intencionalidade normativo-jurídica da concreta conduta de evasão, implica ela também, e sem menor dimensão jurídica, a transcendência daquele tipo pelos princípios normativos que fundamentam a tipicidade fiscal e o sentido da incidência tributária.

Temos vindo a afirmar que a tipicidade tributária, como, aliás, todas as áreas jurídicas delimitadoras da realidade, não se justifica de per se mas com base em fundamentos axiológico-jurídicos que transcendem a própria lei. E vimos já que no âmbito da incidência fiscal esses fundamentos têm a ver com a realização da justiça fiscal material em termos seguros e certos. A comunidade social reconhece aos cidadãos e impõe ao legislador a possibilidade daqueles preverem objectivamente as situações jurídicas que lhes respeitam “de tal modo que ossam ter uma expectativa precisa dos seus direitos e deveres e dos benefícios que lhes serão concedidos ou dos encargos que hajam de suportar.” Ou seja, a tipicidade fiscal visa garantir a protecção da confiança, já que, tendo presente os efeitos económicos dos sistemas fiscais, só essa confiança garante a livre iniciativa económica, a igualdade concorrencial, a propriedade privada.

Mas perante o “animus fraudandi” que essencialmente caracteriza a evasão fiscal será legítimo ou sequer razoável falar de quebra de expectativas dos particulares ou de atentado à fundada confiança destes por se aplicarem a certa actuação jurídica as consequências fiscais previstas numa norma de incidência que não comporta aquela actuação no seu elemento literal, recolhendo-a, contudo, no seu espírito?

O sentido negativo da resposta a esta questão, que ela mesma transporta, permite-nos concluir como a metodológica implicância entre o sentido de juridicidade inerente ao próprio fenómeno factual da evasão fiscal

e o sentido axiológico da incidência fiscal típica vem, não só legitimar a interpretação extensiva da norma de incidência — a comprovar o carácter tópico da conjugação dos elementos de interpretação —, como vem resolver o dilema relativo à opção entre a justiça tributária formal e a justiça tributária material. A aceitação da perspectiva metodológica de que o direito só se constitui no momento em que concretamente se realiza vem assim reconhecer que na concreta evasão fiscal o mecanismo técnico-jurídico da tipicidade ao qual genericamente se reconhece a virtualidade de prosseguir a igualdade tributária e, assim, os princípios da generalidade e da capacidade contributiva, é ele próprio limitador dessa prossecução. E, assim, se preserva o sentido básico da justiça fiscal e se garante a inviolabilidade da causa típica do imposto, o requisito material do conceito de facto tributário.

III.4. A importância dos limites estruturais da interpretação extensiva para a configuração da relevância do elemento subjectivo da evasão fiscal.

Conseguida a adequação normativa entre facto e direito, pela experimentação do sentido normativo deste perante a intencionalidade jurídica daquele, levada a cabo por uma metodologia jurídica tendente à realização concreta da juridicidade, importa agora analisar os limites estruturais desta mesma metodologia.

E estes limites são exactamente os que resultam dos próprios limites do espírito da norma de incidência. Se a opção metodológica entre os valores da justiça fiscal material e da justiça fiscal formal no âmbito da evasão fiscal recaiu sobre os primeiros exactamente porque a conduta consciente do contribuinte se considera ainda típica de acordo com o espírito da norma de incidência em causa, se a relevância do elemento subjectivo da evasão fiscal assenta na conformação do acto jurídico que a consubstancia àquele espírito, então ter-se-á que considerar não ser relevante o “animus fraudandi” e, verdadeiramente, não existir evasão fiscal, naqueles casos em que a conduta concreta extravasar desse espírito — por mais perversa que possa ser a intencionalidade do contribuinte.

Deste modo, sempre que se demonstre ter o legislador pretendido não tributar, ou tributar em menor grau, a actuação concreta do contribuinte,

ter-se-á que entender não ser essa actuação tributável, ou sê-lo apenas com menor gravidade relativamente à carga fiscal prevista em qualquer outra norma de incidência, não havendo relativamente a esta outra norma qualquer conduta evasiva, seja qual for a intenção do contribuinte. É aqui que reside o carácter de “ratio essendi” do tipo tributário. Mas quando aquela demonstração não for possível importará considerar estar o acto concreto do contribuinte, não previsto na letra do tipo, contido ainda no seu espírito, sejam tipos estruturais, sejam tipos formais.

E, mais uma vez, se comprova o verdadeiro sentido da metodologia que preconizamos: se o juízo de adequação entre facto e direito pressupõe, como fizemos, a consideração do sentido de juridicidade daquele, pressupõe igualmente que a intencionalidade jurídica deste não esteja esgotada. E no âmbito da incidência fiscal ela esgota-se no momento interpretativo; não cremos que o elemento subjectivo da evasão fiscal possa adquirir relevância suficiente para justificar a legitimidade do momento integrativo que aliás, por isso mesmo, além de ser expressamente proscrito pelo legislador, é incompatível com a própria lógica da tipicidade fiscal.

É, pois, também nesta perspectiva metodológica que a questão da analogia no âmbito da incidência fiscal deve ser colocada; e não como uma mera opção política, como em Vanoni que a aceita exclusivamente com base no princípio da igualdade (Cf. Alberto Xavier, 1972: 292-293).

Não se nega que a passagem do Estado de Direito a Estado Social de Direito — com a inevitável crise do normativismo positivista — não imponha a reponderação da configuração da tipicidade tributária, pela reanálise do sentido da protecção que deve ser dispensada à confiança jurídica. “A procura da segurança jurídica deslocar-se-á assim da sua problemática tradicional, da proibição da analogia ou da retroactividade na aplicação da lei fiscal para a necessidade de estruturação do sistema fiscal em torno de um corpo de princípios determinados, (...) dotado de unidade e coerência.” (Saldanha Sanches, 1985: 313 e 315). O que se afirma é que, enquanto essa tipicidade apresentar a estrutura que delineámos com vista à prossecução dos objectivos que também especificámos, a sua relação com as problemáticas especificamente tributárias da interpretação extensiva e da analogia deve delinear-se numa perspectiva de metodologia jurídica.

E é deste modo que, embora seguindo caminhos diversos, com Alberto Xavier (1971:44) podemos concluir que ou o acto evasivo do contribuinte fica, “por força da interpretação da lei” submetido ao regime da norma de incidência, “ou então permanece — por via da vontade da

mesma lei — submetido ao seu regime próprio: inexistência de tributação ou tributação menos onerosa. Em caso algum é, pois, admissível, falar-se numa ilicitude, ilegalidade ou ilegitimidade tributária, ...”

III.5. Conclusão. Sentido final da implicância recíproca: consumpção do fenómeno “evasão fiscal”; legitimação da interpretação fiscal extensiva.

Legitimada a interpretação extensiva da norma fiscal de incidência, limitado a esta incidência o fenómeno da evasão fiscal, esclarecido que este fenómeno esgota todas as hipóteses daquela interpretação, posto isto, há que concluir, sem que nesta conclusão estejamos isolados, que a evasão fiscal verdadeiramente não existe, já que se consome no processo da concreta realização do direito porque se reduz à mera interpretação do tipo tributário.

Eis, pois, como se atinge o objectivo a que nos propusemos: numa dinâmica juridicamente conclusiva, em que o problema da evasão fiscal e o problema da interpretação da lei fiscal são confrontados nas suas essências constituintes e numa relação de dependência recíproca, possibilitar que cada um deles do outro obtenha os fundamentos da sua própria identidade.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ADAMS, Charles
1982 *Fight, Flight, Fraud — The Story of Taxation*, Nova Iorque, Euro-Dutch Publishers, pp. 290.
- AMOROS, Narciso
1965 “La Elusion y la Evasion Tributaria (Tax Avoidance y Tax Evisión)”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Setembro, pp. 573-620.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues
1963 *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, Arménio Amado — Editor, Sucessor (3.ª ed., 1978), pp. 196.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues
1964 *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 2 vols., Coimbra, Livraria Almedina, pp. 302 e 480.
- ANDREWS, William D.
1980 “A Supplemental Personal Expenditure Tax”, in AAVV, *What Should Be Taxed: Income or Expenditure?*, Relatório da Conferência patrocinada pelo Fund. for Public Policy Research e a Brookings Institution, Joseph A. Pechman, The Brookings Institution, Washington, pp. 127-160.
- ASCENSÃO, José de Oliveira
1968 *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, pp. 396.
- ASCENSÃO, José de Oliveira
1978 *O Direito-Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pp. VIII-540.
- AYALA, José Luis Perez de
1967 “La Naturaleza de las Leyes Fiscales y el Problema del Fraude a la Ley Tributaria”, *Memoria de la Association Española de Derecho Financiero*, Madrid, pp. 545-570.
- AYALA, José Luis Perez De e Eusébio Gonzalez
1976 “*Curso de Derecho Tributário*”, 2 Tomos, Espanha, Editorial de Derecho Financiero (Tomo I, 2.ª edição de 1978; Tomo II, 3.ª edição de 1980), pp. XXXI-386 e LXIX-266.
- BELTRAME, Pierre
1984 “La résistance à l'impôt et le droit fiscal”, *Revue française de Finances publiques*, 5, sobre “Les résistances à l'impôt”, pp. 21-34.

BRADFORD, David F.

1980 "The Case for a Personal Consumption Tax", in AAVV, *What Should Be Taxed: Income or Expenditure?*, Relatório da Conferência patrocinada pelo Fund. for Public Policy Research e a Brookings Institution, Joseph A. Pechman, The Brookings Institution, Washington, pp. 75-126.

BRANDÃO, António José

1941 "Alguns Preconceitos Correntes sobre a Interpretação da Lei Tributária", *O Direito*, Ano 73.º, n.º 5, Lisboa, pp. 130-143.

BROWN, C.V.

1983 *Taxation and the Incentive to Work*, Oxford University Press, pp. 186.

CAHIERS DE DROIT FISCAL INTERNACIONAL

1983 *Evasão Fiscal/Fraude Fiscal*, vol. LXVIIIa, Roterdão, Associação Fiscal Internacional pp. 644.

CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira

1978 *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora (2.ª ed., 1984), 2 vols., pp. 481 e 670.

CARDONA, Maria Celeste

1984 "A Infracção Fiscal no Direito Comparado — Contributos para uma Reforma", in Colóquio sobre o Sistema Fiscal por ocasião da comemoração do XX aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, D.G.C.I., pp. 427-498.

CASTILLO, Juan Lino

1971 "Evasion Legítima" (Comunicação apresentada nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 152, Agosto-Setembro, pp. 77-86.

CEREZO, Margarita Lomeli

1971 "Modalidades y Tratamiento de la Evasión Legal Impositiva" (Relatório nacional mexicano apresentado nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 145-146, Janeiro-Fevereiro, pp. 43-64.

CHORÃO, Mário Bigotte

1985 "Integração de Lacunas", *Polis*, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado-Antropologia, Direito, Economia, Ciência Política 3, pp. 591-618.

COOPER, George

1979 *A Voluntary Tax? New Perspectives on Sophisticated Estate Tax Avoidance*, Washington, The Brookings Institution, pp. 115.

CORREIA, Eduardo

1968 *Direito Criminal*, Coimbra, Livraria Almedina (reimpressão, 1971), 2 vols. pp. 464 e 453.

CORREIA, Férrer

1973 *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra (lições policopiadas), pp. 600.

CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona

1971 "A Interpretação Extensiva como Processo de Reprimir a Fraude à Lei no Direito Fiscal Português" (Comunicação apresentada nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 152, Agosto-Setembro, pp. 43-86.

COSTA, José Manuel Cardoso

1970 *Curso de Direito Fiscal*, Coimbra, Livraria Almedina, pp. 483.

COSTA, José Manuel Cardoso

1976 *A Invalidade dos Negócios Ídicos no Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 113, pp. 54.

COSTA, Mário Júlio de Almeida

1984 *Direito das Obrigações*, (4.ª ed.), Coimbra, Coimbra Editora, pp. 811.

DELAHAYE, Thomas

1977 *Le Choix de la Voie la Moins Imposée, Étude de Droit Fiscal Comparé*, Bruxelas, Émile Bruylant, pp. 230.

DORIA, António Roberto Sampaio

1970 "A evasão fiscal legítima: conceito e problemas" (Relatório brasileiro apresentado nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 143, Novembro, pp. 41-97.

ESTEVES, Maria da Assunção Andrade

1989 *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, A.A.F.D.L., pp. 269.

FAVEIRO, Vítor António Duarte

1960 *A Forma Jurídica dos Factos Tributários*, Separata do Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 19, pp. 129.

FAVEIRO, Vítor António Duarte

1984 *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português, 1.º vol., Introdução ao Estudo da Realidade Tributária, Teoria Geral do Direito Fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 716.

FERNANDES, Carvalho

1974 *Teoria Geral do Direito Civil*, 3 vols., Lisboa, (lições policopiadas), pp. 674, 206 e 488.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de

1981 *Direito Penal Português, Parte Geral*, Lisboa, Verbo, 2 vols. (vol. I - 1981; vol. II - 1982) pp. 702 e 546.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de

1985 *Lições de Direito Penal, A Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa, Verbo, pp. 283.

FRANCO, António Luciano Sousa

1977 "Redistribuição", Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura 16, pp. 10-12.

FRANCO, António Luciano Sousa

1981 *Manual de Finanças Públicas*, Lisboa, A.A.F.D.L., pp. 323.

GARCIA, Eusébio Gonzalez

1970 "La Evasion Fiscal Legítima" (Relatório espanhol apresentado nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 144, Dezembro, pp. 67-158.

GARCIA - QUINTANA, César Albiñana

1971 "La Evasión Legal Impositiva: Concepto Y Problemas" (Relatório Geral das IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 148, Abril, pp. 33-80.

GOMES, Nuno Sá

1965 "A Interpretação das Leis Fiscais", *Ciência e Técnica Fiscal* 79, Julho, pp. 7-28.

GOODE, Richard

1980 "The Superiority of the Income Tax", in AAVV, *What Should Be Taxed: Income or Expenditure?*, Relatório da Conferência patrocinada pelo Fund for Public Policy Research e a Brookings Institution, Joseph A. Pechman, The Brookings Institution, Washington, pp. 49-74.

GRAETZ, Michael J.

1980 "Expenditure Tax Design", in AAVV, *What Should Be Taxed: Income or Expenditure?*, Relatório da Conferência patrocinada pelo Fund for Public Policy Research e a Brookings Institution, Joseph A. Pechman, The Brookings Institution, Washington, pp. 161-296.

GRIZIOTTI, Benvenuto

1949 "L'Interpretazione Funzionale Delle Leggi Finanziarie", *Revista di Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze*, Anno VIII, vol. III, parte I, Milão, Dott. A. Giuffrè, pp. 347-362.

HOWREY, E. Philip e Saul H. Hymans

1980 "The Measurement and Determination of Loanable — Funds Saving", in AAVV, *What Should Be Taxed: Income or Expenditure?*, Relatório da Conferência patrocinada pelo Fund for Public Policy Research e a Brookings Institution, Joseph A. Pechman, The Brookings Institution, Washington, pp. 1-48.

JARACH, Dino

1943 *Le Fatto Imponibile*, (tr. italiana de Raffaello Braccini) Verona, Aldo Manuzio, 1981, pp. 187. (título original *El Hecho Imponible*) (2.ª ed., Buenos Aires, Abeledo — Perrot, 1971).

JORGE, Fernando Pessoa

1968 *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 80, pp. 422.

KAY, J.A.

1979 "The Anatomy of Tax Avoidance", in AAVV, *Income Distribution: the Limits to Redistribution*, organizado por David Collard, Richard Lecomber e Martin Slater, Bristol, pp. 135-149.

LAURIN, Urban

1986 *Upon my Honour. The Causes and Extent of Tax Evasion*, Estocolmo, Norstedts, Tryckeri, pp. 463.

LEGAL, Alfred

1922 *De la Négligence et de l'Imprudence Comme Source de Responsabilité Civile Délictuelle*, Paris, Jouve & C., pp. 220.

MARTINEZ, Jean-Claude

1984 "La légitimité de la fraude fiscale", in AAVV, *Études de Finances Publiques, Mélanges en L'Honneur de Monsieur le Professeur Paul Marie Gaudemet*, organizado pelo Centro Nacional de Letras, Paris, pp. 921-942.

MARTINEZ, Pedro Soares

1983 *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, pp. 594.

MASSON, Charles Robbez

1990 *La Notion D'Évasion Fiscale en Droit Interne Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pp. 503.

MEHL, Lucien

1984 "Introdução" à Revue française de Finances publiques 5, sobre "Les résistances à l'impôt", pp. 1-7.

MINARIK, Joseph J.

1980 "Conference Discussion", in AAVV, *What Should Be Taxed: Income or Expenditure?*, Relatório da Conferência patrocinada pelo Fund for Public Policy Research e a Brookings Institution, Joseph A. Pechman, The Brookings Institution, Washington, pp. 297-324.

MIRANDA, Jorge

1980 *Direito Constitucional — Direitos, Liberdades e Garantias*, Lisboa, Universidade católica Portuguesa (Lições policopiadas), pp. 573.

MIRANDA, Jorge

1981 *Manual de Direito Constitucional I*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 683.

NEGREIROS, Maria Fernanda Trigo de

1971 "A "Evasão" Legítima e o Abuso de Direito no Sistema Jurídico Português" (Comunicação apresentada nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 151, Julho, pp. 7-25.

NEVES, António Castanheira

1967 *Questão-de-facto-Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, (Ensaio de uma Reposição Crítica) *I A Crise*, Coimbra, Livraria Almedina, pp. 927.

NEVES, António Castanheira

1985 "Interpretação Jurídica", Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado — Antropologia, Direito, Economia, Ciência Política 3, pp. 651-707.

NOZICK, Robert

1974 "Distributive Justice: The Entitlement Theory", in AAVV, *Philosophy as It Is*, organizado por Ted Honderich e Myles Burnyeat, Nova Iorque Penguin Books (ed. de 1986), pp. 91-130 (corresponde a trechos do livro *Anarchy, State and Utopia* de Robert Nozick, Nova Iorque, Basic Books, Inc., Publishers).

PEÑA, Jaime Basanta de la

1971 "Posicion del Ordenamiento y de la Doctrina Científica Respecto a Considerar la "Analogia" como una Clase de Interpretación de las Normas Impositivas" (Comunicação apresentada nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Estoril, Setembro de 1970), *Ciência e Técnica Fiscal* 151, Julho pp. 27-60.

PIRES, Manuel

1980 *Direito Fiscal — Apontamentos*, Lisboa, A.A.F.D.L. (lições policopiadas), pp. 704.

PIRES, Manuel

1984 "Evasão Fiscal", Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado — Antropologia, Direito, Economia, Ciência Política 2, pp. 1329-1332.

RAPOSO, Mário

1977 "Fraude à Lei", Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura 8, pp. 1618-1619.

RAWLS, John

1971 "A Theory of Justice", in AAVV, *Philosophy as It Is*, organizado por Ted Honderich e Myles Burnyeat, Nova Iorque, Penguin Books (ed. de 1986), pp. 57-90 (corresponde a trechos do livro *A Theory of Justice* de John Rawls, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press).

SANCHES, J. L. Saldanha

1985 "A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito — Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário", Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 140, pp. 275-374.

SANDFORD, C.T.

1979 "Tax Compliance Costs, Evasion and Avoidance", in AAVV, *Income Distribution: the Limits to Redistribution*, organizado por David Collard, Richard Lecomber e Martin Slater, Bristol, pp. 150-164.

TABOADA, Carlos Palao

1966 "El Fraude a la Ley en Derecho Tributário", Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, Maio-Junho, pp. 677-695.

TEIXEIRA, António Braz

1965 *Princípios de Direito Fiscal*, vol. I, Coimbra, Almedina (3.ª edição de 1985), pp. 345.

XAVIER, Alberto Pinheiro

1971 *O Negócio Indirecto em Direito Fiscal*, Lisboa, pp. 50.

XAVIER, Alberto Pinheiro

1972 *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Coimbra, Livraria Almedina, pp. 653.

XAVIER, Alberto Pinheiro

1974 *Manual de Direito Fiscal I*, Lisboa, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa (reimpressão 1981), pp. 435.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés Européennes: position du problème, état actuel et tendances.

Manfred A. Daus 7

ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

A Convenção sobre os Direitos da Criança:
Desafio para o futuro.

Marta Santos Pais 39

ESTUDOS

**Bancos de Dados Jurídicos em Portugal —
A experiência do Ministério da Justiça.**

*António Gomes Lourenço Martins
e Luís Alberto Lopes Salgado.* 55

**A evasão fiscal face à teoria da interpretação da lei fiscal:
Abordagem do tema e suas implicações metodológicas.**

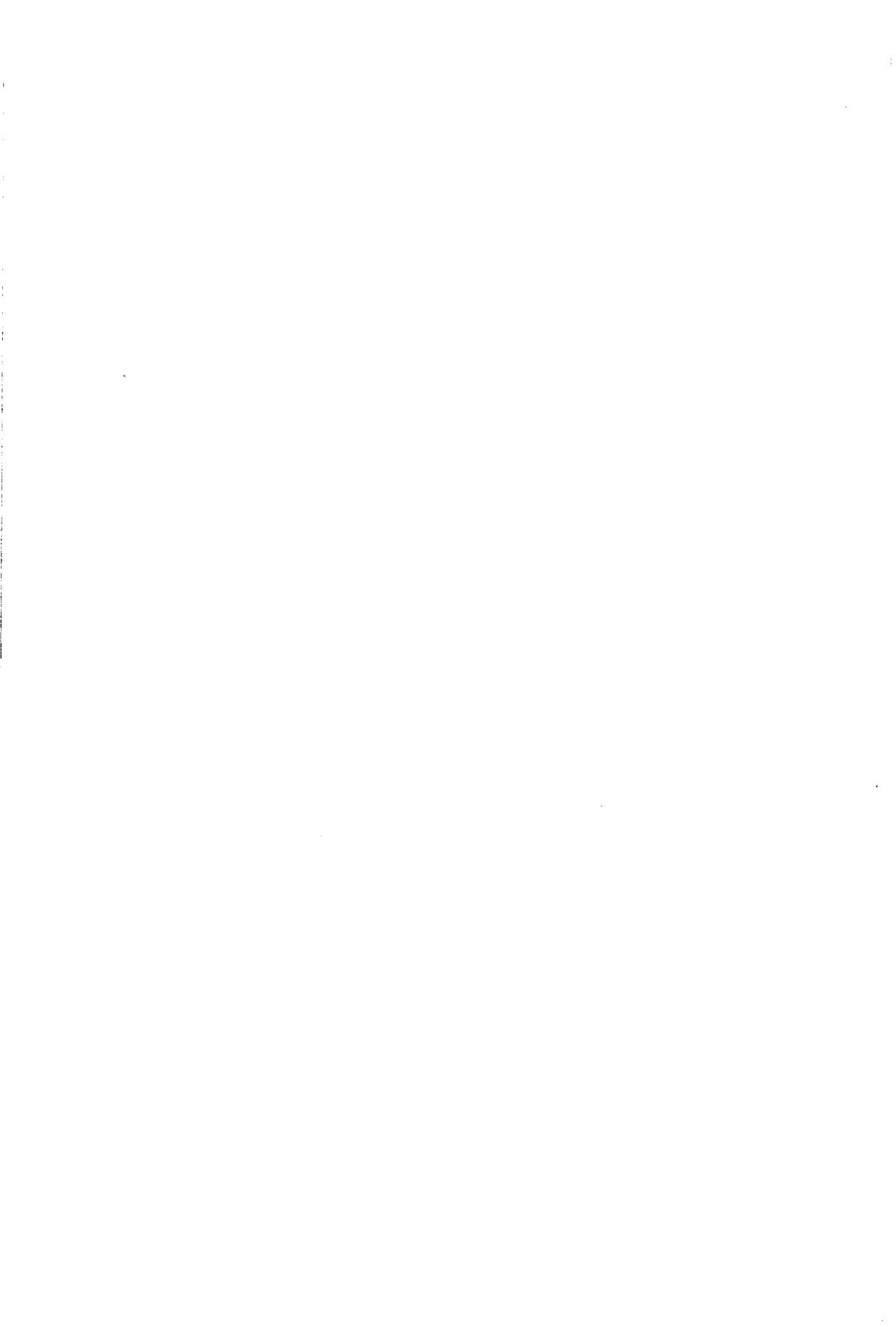
Abílio Manuel de Almeida Morgado 115

Assinaturas podem ser pedidas a
Subscriptions may be addressed to
Abonnements pourront être adressés à

**GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL**

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Other communications concerning this Review shall be addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 - 4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL
Tel.: 68 11 41 — Telex 42 701 PROLUR P**



**Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO**

**Lisboa
PORTUGAL**