

CLÁUDIO SACCHETTO
Catedrático de Direito Tributário e
Internacional, Comunitário e Comparado
da Universidade de Turim.

DOUGLAS YAMASHITA
Mestre em Direito Tributário pela
Universidade de Colômbia, Alemanha.
Doutorando em Direito Econômico
e Financeiro pela
Universidade de São Paulo.
Advogado em São Paulo.

HUMBERTO ÁVILA
Doutor em Direito pela Universidade de
Munique. Mestre em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul, onde é
Professor Adjunto Concurso de
Direito Tributário, Financeiro e
Econômico. Advogado, Consultor e
Parecerista em Porto Alegre.

J. L. SALDANHA SANCHES
Doutor em Direito. Professor da
Faculdade de Direito de Lisboa.

JOÃO TABORDA DA GAMA
Mestre em Direito. Assistente da
Faculdade de Direito de Lisboa.

JOSÉ CASALTA NABAIS
Professor da Faculdade de
Direito de Coimbra.



SOLIDARIEDADE
SOCIAL
E TRIBUTAÇÃO

74

Em terceiro lugar, as ponderações antes feitas propõem uma reavaliação do ordenamento jurídico brasileiro, cuja importância, mesmo que imperceptivelmente, terminou reduzida em face da euforia com que a doutrina começou a lidar com o Direito estrangeiro e comparado. Propor uma interpretação que se inicie pelo texto da Constituição brasileira parece algo por si só equivocado. Ora, o texto constitucional é o primeiro passo para uma interpretação constitucional que valorize a Constituição brasileira. Sem atentar para os significados incorporados pelo uso, técnico ou ordinário, à nossa Constituição, terminamos por desconsiderá-la.

Por fim, as afirmações precedentes sugerem uma reformulação da própria argumentação jurídica empregada na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. Tendo todo o texto um contexto, o intérprete é levado a abandonar o texto e seu significado nuclear em favor de um contexto amplo e multidirecional, cuja consideração desconjuntada só leva mesmo a criar um ambiente de incerteza que favorece argumentos consequencialistas de toda a ordem.

Todos esses argumentos crescem em importância na medida em que a solidariedade social, cuja menção se reveste de algo legitimador, tem sido utilizada para tudo, até mesmo - embora com certa raridade - para tentar melhorar as condições sociais no Brasil.

Pressuposto Administrativo e Pressuposto Metodológico do Princípio da Solidariedade Social: a Derrogação do Sigilo Bancário e a Cláusula Geral Anti-abuso*

J. L. Saldanha Sanchez

Doutor em Direito, Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

João Taborda da Gama

Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

"Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos. As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei!"
Carlos Drummond de Andrade¹

1. Introdução

Pressuposto é aquilo "que se supõe, e entende, ou requer, que seja antecedente, e anterior ao seu consequente"². Neste artigo, interessa apenas tentar dar conta de que à efetivação do princípio da solidariedade - o conseqüente - antecedem dois institutos jurídicos sem os quais aquele mais se assemelha a uma forma pantfletária, de conteúdo concreto duvidoso: a derrogação do sigilo bancário e a existência de meios jurídicos de desconside-
ração de atuações abusivas dos contribuintes.

* Os autores foram convidados a participar nesta obra coletiva pelo Professor Doutor Marco Aurelio Greco, através do Professor Doutor Marciano Seabra de Godoi. A ambos agradeço, penhorados, a amabilidade do gesto.

Parte do que ora se publica tem por base excertos de anteriores escritos, sobretudo do primeiro dos co-autores, adaptados para a presente publicação, dos quais destacamos J. L. Saldanha Sanchez, "Segredo Bancário e Tributação do Lucro Real", *Ciência e Técnica Fiscal*, n. 377, 1995; J. L. Saldanha Sanchez, "A Situação Atual do Sigilo Bancário - a Singularidade do Caso Português", *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, 1999; J. L. Saldanha Sanchez, "Segredo Bancário, Segredo Fiscal: uma Perspectiva Funcional", *Fiscalidade*, n. 21, 2005; J. L. Saldanha Sanchez, "A Interpretação da Lei Fiscal e o Abuso de Direito - Anotação ao AcSTA de 21.06.95. Proc. nº 14.275", *Fisco*, ns. 74-75, 1996; J. L. Saldanha Sanchez, "Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites", *Ciência e Técnica Fiscal*, n. 398, 2000; J. L. Saldanha Sanchez, "Abusos de Direito e Abusos de Jurisprudência - Anotação ao AcSTA de 03.05.00. Rec. nº 24.585", *Fiscalidade*, n. 4, 2000; J. L. Saldanha Sanchez, "Normas Anti-abuso, Jurisprudência Comunitária e Direito Português: as Provisões no Balcão Fiscal", *Acto Elisivo, Acto Lesivo - Fiscal Internacional*, Lisboa, 2003; J. Taborda da Gama, "Acto Elisivo, Acto Lesivo - Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Elisão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português", *RFDL*, XL, ns. 1 e 2, 1999; J. Taborda da Gama, "Cóio Fiscal Interrupido", *Journal "Diário Económico"* de 22.12.04.

¹ Excerto do poema "Nosso Tempo", *A Rosa do Poeta*, 1945.

² Na definição de António Morais da Silva, natural do Rio de Janeiro, na edição de 1891 do *Dicionário (Moraes) da Língua Portuguesa*, II, sub *pressuposto*.

O princípio da solidariedade social implica, pelo menos, que todos contribuam para as despesas coletivas de um Estado de acordo com a sua capacidade, tributando-se os cidadãos de modo a que as desigualdades efetivas entre estes se esbalem - e desejavelmente se extinguam - propiciando, a cada um, uma existência mais digna e plena, porque mais livre. Na desigualdade que se não escolhe há sempre menos liberdade potencial⁴.

Não é do próprio princípio da solidariedade social e do seu conteúdo de que vamos falar, tentando porventura alcançar a (sempre inalcançável) justa medida da tributação e da distribuição dos encargos, ou lançando-nos, até, na (interminável) busca do fiel entre o mínimo de existência e o máximo confiscatório.

Apenas nos interessa, *hic et nunc*, tomando como *dado* um qualquer sistema fiscal legitimamente modulado pelo seu poder político representativo, situado num estágio de desenvolvimento em que a *justiça* na tributação é um objetivo sério, verificado em princípios jurídicos de ordem estruturante conformadores do Direito Tributário que se lhe infra-ordene, averiguar, neste contexto, quais são afinal os *pressupostos* para que isto - a justa tributação - possa realmente ocorrer. Não pretendemos, naturalmente, excluir outros pressupostos de efetivação do princípio da solidariedade. Porém, os que escolhemos parecem-nos tão determinantes quanto esquecidos.

Só faz sentido falar-se em cláusula geral anti-abuso e derrogação do sigilo bancário como pressupostos metodológico e administrativo do princípio da solidariedade dando-se como assente - *perspicua vera non sunt probanda* - um fato: o de que, de modo livre e espontâneo, um número significativo de contribuintes não suporta a carga fiscal devida, não declarando certos rendimentos e/ou recorrendo a formas abusivas de diminuição da tributação.

Como procuraremos demonstrar, no processo de surgimento de um concreto sistema jurídico, da sua afirmação e maturidade - que nada mais é do que o momento em que os ideais e valores de uma idéia de Direito que, com maior ou menor violência, sucedeu a uma outra se concretiza com consistência mínima -, há insítuos que se impõem como pressuposto operacional desses mesmos princípios e que os adaptam à realidade concreta.

Naturalmente - e um pouco paradoxalmente - não surgem os pressupostos desde o início - vão, antes, surgindo. Primeiro, sobre à arena da História o princípio que proclama o ideal, normalmente pela positivação consuetudinária de um desejo. Se não é posto de parte, pela História, ou pelo Direito (feito-História), passa a ser tomado a sério, firma-se e enraíza-se; mas é necessário que o sistema jurídico, mais cá para baixo, num plano menos do princípio e mais da regra, dê uma ajuda. De pouco serve proclamar no texto fundamental a tutela judicial efetiva se os requisitos de acesso dos ci-

⁴ A. Castanheira Neves, "Justiça e Direito", *Digesta*, vol. I, Coimbra, 1995, pp. 280-281.

dadãos aos tribunais, no campo do Direito Administrativo, impõem uma impugnação administrativa prévia dos atos que os lesam, ou se não há formas de apoio judicial a cidadãos com menos recursos; de pouco serve consagrar o direito à greve se se considera injustificada a falta do trabalhador grevista; de pouco serve consagrar o direito ao ambiente, se não é investida qualquer receita pública em fiscalização das indústrias emissoras de poluentes, e assim por diante.

Para encerrar a nossa proposta de *duplo pressuposto* da concretização de um princípio constitucional da solidariedade, optamos pela enunciação de premissas fundamentais que se vão encadeando umas nas outras de modo a completarem-se e a esclarecerem-se progressivamente. São elas as de que não há Estado sem direitos, nem direitos sem impostos (2), nem impostos sem dinheiro (3), nem dinheiro sem Direito, nem Direito com abuso (4).

2. Não há Estado sem Direitos, nem Direitos sem Impostos

1. Estado de direitos

Da globalização do mundo de hoje resulta para os cidadãos desse mesmo mundo a consciência plena de que são, em qualquer parte, cidadãos de direitos, direitos esses opóvveis aos seus concidadãos, mas sobretudo às formas de poder que, em cada nação, legitimam. A pessoa-detentora-de-direitos é-o em cada canto do globo, com maior ou menor consciência sua, e com maior ou menor aquiescência do poder.

Hodiernamente existe, nunca é demais relembrá-lo, um vasto conjunto de nações, em cinco continentes, que comungam de uma constatação básica, alcançada que esteja, naturalmente, um patamar mínimo de desenvolvimento económico e de democraticidade político-institucional: a de que o poder organizado respeita os direitos imanes de cada um dos cidadãos e cria, mantém e potencia as condições materiais para o desenvolvimento e proteção desses direitos e da imane e única liberdade individual.

Hoje, dizer Estado é dizer direitos.

II. Estado fiscal

Qualquer recurso financeiro que o Estado despenda tem como fonte quase exclusiva os impostos pagos pelos cidadãos⁴, uma vez que, na atual configuração económica do Estado, este não gera por si - ou gera muito pouca - receita desde que abandonou o seu papel de produtor⁵. Pode, eventualmente, trazer-se à colação as receitas derivadas de riquezas minerais; porém, como se sabe, mesmo nos países que delas dispõem - e que já al-

⁴ Sobre o Estado fiscal J. Casalta Nabais, "Estado Fiscal. Cidadania Fiscal e Alguns dos seus Problemas", *BCE*, XLV-A, 2002, p. 565; J. Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de pagar Impostos*, Coimbra, 1998, pp. 191 ss.

⁵ Sobre o Estado-produtor, A. L. Sousa Franco, G. Oliveira Martins, *Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo*, Coimbra, 1993, pp. 255 ss.

cançaram um estádio de desenvolvimento econômico mínimo⁶, as receitas com estes obtidas são percentualmente pouco comparáveis com as obtidas por meio dos tributos, ou não são suficientes.

Todas as tarefas que uma Constituição dirige ao Estado não passam das páginas impressas das constituições sem o mínimo de substrato financeiro⁶. Assentam, por isso, na concretização que se for dando (ao princípio do) Estado fiscal.

A solidariedade entre os cidadãos⁷ - incentivada, realizada e protegida através do Estado - não é, pois, possível quando não coberta por receitas periódicas cobradas aos cidadãos. Caso o modelo atual de Estado evolua para um sistema que ao Estado não caiba satisfazer as necessidades coletivas, então, nesse caso, as receitas tributárias deixarão de ser um pressuposto do Estado. Nesse contexto, admita-se, parece difícil continuar a ser relevante a idéia de solidariedade social.

Hoje, falar do Estado é, portanto, falar de impostos. Pode mesmo dizer-se que no discurso jurídico e político muitas vezes o termo *Estado* está onde deveria estar o termo *contribuintes*.

É, por exemplo, o caso da responsabilidade do Estado. Deixar por indenizar os múltiplos danos que a incúria ou a omissão de agentes públicos provocam nos direitos dos cidadãos é pactuar com a injustiça. No entanto, sempre que se decide indenizar alguém por erro ou omissão de um agente público, sendo que não vai contra este haver direito de regresso (por não ser justo ou nem mesmo possível), convém não esquecer, quando se fixa a indenização, que quem vai pagar tal indenização são os contribuintes, ou seja, a comunidade que se pressupõe por detrás de um qualquer Estado e não uma entidade mágica (o tal Estado) que disporia de recursos infinitos cuja origem seria mal conhecida.

O Estado, *a se*, não paga nada. Em termos financeiros, o Estado é uma entidade transparente devida pelos contribuintes.

3. Não há Impostos sem Dinheiro

1. *Imposto, dinheiro e sigilo*

A relação entre impostos e *dinheiro* - aqui, naturalmente, sinédoque de *rendimento* - é tida num duplo sentido.

Começando por aquela que menos vem ao caso nestas notas, impostos pressupõem dinheiro no sentido de que a coleta financeira de um Esta-

⁶ É que, "not a single right valued by Americans can be reliably enforced if the Treasury is empty", como afirmam S. Holmes; C. R. Sunstein, *The Cost of Rights: why Liberty depends on Taxes*, Nova Iorque, 1999, p. 121.

⁷ Sobre a cidadania fiscal, J. Casalta Nabais, "Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e Alguns dos seus Problemas", *BCE*, XI, V-A, 2002, pp. 582 ss. Sobre os tipos de atitudes do contribuinte em face do dever de pagar, K. Töpke, *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuintes*, Madrid, 2002, pp. 112 ss.

do fiscal assenta num nível mínimo de desenvolvimento econômico. É do desenvolvimento econômico em sentido lato que surgem os fatos tributários, manifestadores da capacidade contributiva, que dão origem ao surgimento da obrigação de imposto: o recebimento de um salário, o lucro de uma empresa, uma transação comercial, a compra de uma casa, de um maço de tabaco ou de gasolina... Uma economia em crise gera menos receita tributária, fazendo deslocar maior pressão fiscal para os setores de tributação cuja receita fiscal responde mais lentamente aos ciclos económicos e cuja natureza permite menos opções de configuração dos fatos tributários destinadas à redução da carga fiscal - a tributação dos trabalhadores por conta de ourem e dos pensionistas. Não é, porém, esta relação que nos interessa. Aliás, ela pertence à política económica e à política fiscal, respondendo ao problema de saber como coordenar o desenvolvimento económico com formas e níveis ótimos de tributação que o pressuponham, maximizem e incentivem.

A relação que nos importa entre impostos e dinheiro é aquela que resulta da simples constatação de que a tributação pelo lucro ou rendimento real implica a existência de rendimento e lucro, e existência não ontológica, mas tributária: para que seja tributado, o rendimento tem de existir para o direito fiscal - tem de ser declarado pelo contribuinte e a declaração tem de ser verificavelmente verdadeira. E é isto que não se passa num sistema em que se admita que os rendimentos podem estar sediados num banco a coberto de qualquer poder investigativo do Estado.

Para que os depósitos bancários sejam expedidamente comparados com a declaração do contribuinte, o procedimento de derrogação do sigilo bancário deve ser um *procedimento administrativo*, ou seja, não deve ser um procedimento judicial. Independentemente da possibilidade de recurso para entidades judiciais - como em todos os demais campos da relação entre a Administração fiscal e o sujeito passivo -, o procedimento deve ter iniciativa administrativa e a administração deve ser dotada de todos os poderes para, sem a vinculação a qualquer ato prévio de outras entidades, poder levar o procedimento até o fim.

A derrogação do sigilo bancário é, assim, um pressuposto administrativo de âmbito *procedimental*: ao legislador de qualquer ordenamento jurídico cabe regulamentar os meios através dos quais as administrações fiscais possam comprovar de forma expedita se os rendimentos que o contribuinte declarou correspondem aos que ele guarda no banco. Isto sempre rodeado de cautelas mínimas, que não devem, no entanto, ser diferentes daquelas que rodeiam os demais atos administrativos próprios da administração agressiva.

E de forma expedita não em nome de um qualquer interesse ou poder do Estado que se justificaria a si próprio, mas em nome dos próprios contribuintes que vão suportar as despesas da fiscalização. De fato, os contribuintes cumpridores quando suportam todas as despesas do Estado têm o

direito de exigir uma Administração eficiente, e isso implica o dever de o legislador de, sem restrição inaceitável dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, mesmo dos que fogem aos impostos, encontrar as formas mais eficientes e mais baratas de controlar a aplicação da lei, o que, numa sociedade moderna, implica o controle administrativo da informação financeira.

II. *Sigilo bancário, privacidade e intimidade*

Um dos argumentos mais utilizados contra o acesso da Administração tributária às contas bancárias do contribuinte é o de que estaria em causa a intimidade dos contribuintes, valor absoluto e irrestingível. Nas linhas que se seguem, aduziremos alguns argumentos na tentativa de desmistificar tal concepção.

Procurando traçar uma distinção entre o direito à *reserva* da vida privada e a *intimidade* da vida privada, Paulo da Mota Pinto, hoje juiz do Tribunal Constitucional, conclui que esta constitui o "domínio mais particular desse que seria o que normalmente se exclui de todo o conhecimento alheio"⁸. Trata-se, no fundo, de encontrar dentro da zona relativamente alargada da vida privada, considerada como aquela que deve ser objeto de reserva e que pode ser limitada por um interesse legítimo - mas apenas por um interesse legítimo⁹ - uma outra zona que constitui um último reduto, precisamente aquele cuja violação, em princípio permitida apenas em caso de investigação criminal, constitui um sério dano pessoal para quem suporta a investigação.

Pode identificar-se o paradigmático *right to privacy* da jurisprudência constitucional norte-americana com um direito cujo conteúdo essencial permite a sua equiparação à "intimidade da vida privada e familiar" da ordem jurídica portuguesa¹⁰.

Há um Direito Constitucional à intimidade, do modo como este direito tem sido construído pela jurisprudência constitucional norte-americana, porque "os indivíduos têm o direito de tomar as suas decisões sobre questões que lhes são para eles pessoais e íntimas, livres da vigilância e dos imperativos morais dos restantes cidadãos"¹¹.

⁸ P. Mota Pinto, "O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada", *BFDUC*, n. 69, 1993, p. 531.

⁹ P. Mota Pinto, "O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada", *BFDUC*, n. 69, 1993, p. 565, interesse que é "as mais das vezes um interesse público".

¹⁰ Como faz R. Amaral Cabral, "O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve Reflexão acerca do art. 80 do Código Civil)", *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 381.

¹¹ R. Dworkin, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Nova Iorque, 1996, p. 282. Esta ideia de um direito à intimidade pode ser já encontrada no discurso de Pélites, quando das homenagens fúnebres prestadas aos atenienses mortos em combate, quando inclui, entre as liberdades de Atenas, a de estar livre de olhares que, mesmo sem intenção maldosa, são em si mesmo ofensivos. Tucídides, "A Guerra do Pelopone-

Podemos, nesse sentido, encontrar uma equiparação entre *privacy* e *intimidade*, equiparação tanto mais certa quanto as questões da *privacy*, na jurisprudência do *Supreme Court*, dizem sempre respeito a questões claramente íntimas, no sentido de questões conexas com as escolhas e vivências mais impregnadas de subjetividade de um qualquer cidadão¹².

Para a distinção entre a intensidade da proteção da intimidade, entendida esta como incluindo as manifestações mais profundas (e, por isso, com mais necessidade de resguardo e ocultação) da subjetividade de cada cidadão, e as zonas onde a proteção, continuando a existir, é menos intensa, cabe um papel decisivo à interpretação do texto constitucional¹³.

Tal decisão constitucional pode ter resultados opostos.

Em Portugal, por exemplo, o Tribunal Constitucional entendeu que os dois conceitos - de intimidade e de privacidade - tinham dignidade idêntica¹⁴, ao contrário, o Tribunal Constitucional espanhol, quando teve de julgar a constitucionalidade de uma norma que concedia poderes de controle à Administração fiscal em relação à situação bancária dos contribuintes, realizou uma distinção entre intimidade pessoal e familiar e "intimidade económica", em relação à qual a proteção constitucional é menos intensa¹⁵. Procurou ainda fazer uma distinção entre a violação da intimidade como *consequência* de uma análise das contas bancárias - colocando a hipótese de uma recusa de cooperação por parte do contribuinte se tal eventualidade se verificar - e a violação *direta* da intimidade, a qual não pode resultar de uma mera análise de movimentos bancários¹⁶.

¹² so", na edição de R. B. Strasser, *The Landmark Thucydides: a Comprehensive Guide to the Peloponnesian War*, Nova Iorque, 1996, p. 112.

¹³ A lista dos casos de *privacy* é a melhor demonstração da natureza destes problemas: neles se trata dos poderes de busca da polícia, dos limites à invasão da imprensa, dos poderes de fiscalização das entidades patronais, do uso de contraceptivos e da realização de abortos. Ver a sentença em E. Alderman; C. Kennedy, *The Right to Privacy*, Nova Iorque, 1997, ou os exemplos usados por J. Rubenfeld, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, n. 102, 1989, pp. 737-807, para vermos que se trata de tudo menos de questões patrimoniais. Em especial sobre a fundamentação em relação ao aborto, veja-se J. Nowak; R. Rotunda, *Constitutional Law*, St. Paul Minnesota, 1995, pp. 811 ss. e também F. Araújo, *A Prioridade Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, 1999, pp. 9-18, com uma posição crítica quer da criminalização, quer de um direito individual da mulher ao aborto.

¹⁴ J. J. Gomes Canotilho; V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 182, propõem um conceito de vida privada em oposição entre a distinção entre a esfera pessoal íntima e a esfera privada; e um conceito com uma "referência civilizational sob três aspectos (1) o respeito dos comportamentos (2) o respeito do anonimato (3) o respeito da vida em relação", o que conduz a resultados equivalentes. AcTC, nº 278/95.

¹⁵ M. Queralt; L. Serrano; P. Blanco, *Derrecho Tributario*, Pamplona, 1997, pp. 156-157.

¹⁶ A decisão do tribunal e o respectivo comentário podem ser encontrados em J. R. Ruiz García, *Secreto Bancario y Hacienda Pública*, Madrid, 1988, pp. 58-69.

O mesmo fez o Tribunal Constitucional italiano que, ao analisar as normas que criaram o dever de reserva da banca com a Administração fiscal, afirmou que o dever de reserva que cabe aos bancos não cria no

"singoli clienti delle banche una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta, né, men che meno, un diritto della personalità poiché la sfera di riservatezza contribuyente la quale vengono, di solito, circondati i conti o operazioni degli utenti dei servizi bancari è direttamente strumentale all'oggettivo della sicurezza o del buon andamento del traffico commerciale".¹⁷

A defesa do argumento de que o acesso a contas bancárias vai bulir com a intimidade dos cidadãos assenta - fora os casos em que é defendido por pura hipocrisia - numa perspectiva das coisas, no mínimo, ultrapassada. Qualquer que seja a perspectiva, deve ter em conta o caso concreto e o momento em que se vive. Não podemos continuar hoje a ter uma concepção de intimidade como de total reserva da pessoa perante os outros.¹⁸

Foi a ponderação de concretas circunstâncias que justificou a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que, accitando o dever de cooperação da banca com a Administração fiscal, conduziu à formulação existente no n.º 3 do artigo 111.º da *Ley General Tributaria*: "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo (deberes gerais de cooperação com a Administração fiscal) no podrá ampararse en el secreto bancario".

Fazendo uma comparação entre o segredo bancário e um outro segredo profissional - o segredo médico - Claus-Wilhelm Canaris salienta que, ao contrário da intromissão estatal no segredo do médico, a intromissão estatal no segredo bancário não põe em causa a intimidade¹⁹, se bem que podemos até encontrar situações em que o segredo médico deve ceder perante a necessidade de investigar um crime. Mas a decisão judicial de permitir esta investigação, resultante de uma ponderação de valores em que a esfera mais reservada de um cidadão é franqueada à investigação policial e ao conhecimento judicial, tem uma natureza distinta da permissão de acesso às contas conferida pela lei à Administração fiscal, ou mesmo, como vai sucedendo com frequência em outros ramos do Direito, da possibilidade da Administração proceder a um controle rotineiro dessas contas bancárias mediante mecanismos informáticos que permitem chamar a atenção das autoridades (desencadeando a investigação humana) para as contas bancárias onde haja indícios de irregularidades, desde a fraude fiscal à corrupção ou à lavagem de dinheiro.

¹⁷ Fava, "Il Segreto Bancario. Quale Segreto?" *Il Fisco*, n. 33, 1997, p. 9.594.

¹⁸ Como afirma Casalta Nabais, "manda o bom senso, que não podemos querer simultaneamente os *commoda* de amplos domínios reservados ou sigilosos", J. Casalta Nabais, "Estado Fiscal, Cidadania Fiscal e Alguns dos seus Problemas", *BCE*, XLV-A, 2002, p. 611.

¹⁹ C.-W. Canaris, *Bankvertragsrecht*, 3.ª ed., Berlin, 1988, p. 26.

Não é, portanto, o sigilo bancário uma restrição da intimidade de cada um, e muito menos um direito absoluto dos cidadãos. Não pode, em caso algum, ser um direito irrestritamente oponível à Administração tributária, uma vez que sobre esta impendem deveres de sigilo sobre os dados de que tenha conhecimento. O funcionário da Administração fiscal deve - em termos de *dever jurídico* - guardar sigilo de dados patrimoniais de que tenha conhecimento tanto quanto (ou até mais do que) o funcionário bancário. Na verdade, com o sigilo fiscal verifica-se uma situação semelhante à do segredo bancário - que é um tipo de segredo profissional - cujo fundamento reside, nas palavras de Casalta Nabais, "na esfera da privacidade (e não da intimidade) da vida privada e familiar que abrange naturalmente também a situação patrimonial e a vida económica dos cidadãos".²⁰

Além, pela análise dos dados bancários de um contribuinte, não se depara, na maioria dos casos, com indícios da sua *intimidade*. E, mesmo que assim fosse, teríamos sempre de admitir que, através da metodologia da colisão de direitos, se pudesse operar uma restrição do direito à intimidade.²¹

Por outro lado, não faz sequer sentido colocar-se a questão da intimidade em relação às *pessoas coletivas*, que a não têm. Aqui, o problema é de violação ou não de segredos comerciais e industriais que mereçam tutela - mas a sua lesão não decorrerá do acesso às contas bancárias por parte da Administração, ou pelo menos não resultará mais desse poder do que do normal acesso à contabilidade de uma empresa quer em sede de declaração tributária, quer em sede de prestação de contas.

Com efeito, a violação indireta da intimidade - sempre possível quando se detectam gastos ou movimentos financeiros - tem a sua origem efetiva não na atribuição de um poder à Administração fiscal de investigar as contas, mas sim numa outra opção soberana do legislador: o dever de declaração de rendimento atribuído a todos os residentes de um certo país.

O controle das contas bancárias ou dos sinais exteriores de riqueza constitui uma mera atividade de verificação das declarações tributárias e por isso uma crítica coerente do acesso administrativo às contas bancárias deveria abranger a tributação do rendimento com base na declaração, ou, mais exatamente, a tributação do rendimento e, por acréscimo, a criação de direitos sociais que impliquem o conhecimento do Estado do rendimento do cidadão. Uma vez que a determinação do rendimento pessoal é única forma de saber se alguém tem direito a uma pensão de reforma, ou ao *quantum* de uma prestação estadual por doença, por exemplo, todos os instrumentos do Estado assistencialista seriam, por assentarem no conhecimento do rendimento de cada um, inconstitucionais.

²⁰ J. Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de pagar Impostos*, Coimbra, 1998, p. 617.

²¹ Neste sentido, R. Capelo de Sousa, "O Segredo Bancário", *Estudos em Homagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, 2002, pp. 204 ss. e 218.

Levado às últimas consequências, o raciocínio que leva a afastar qualquer acesso administrativo às contas dos cidadãos pode levar à preclusão do exercício dos mais elementares direitos de solidariedade.

III. *Sigilo bancário, declaração tributária, rendimento real e igualdade*

Na Alemanha, por exemplo, a questão do sigilo bancário foi colocada a propósito de saber se seria conforme com a Constituição uma norma que limitava os poderes da Administração fiscal de controle da informação bancária, ou seja, a questão foi colocada a partir do problema da tributação do próprio setor bancário.

A questão colocou-se em 1988 em matéria de tributação dos juros de empréstimos a propósito de uma norma que limitava o acesso da Administração à informação bancária, e o Tribunal Constitucional alemão considerou que essa norma constituía um obstáculo estrutural ao cumprimento da lei fiscal, pois punha em causa o princípio da igualdade entre os contribuintes. Neste caso, o Tribunal Constitucional procedeu a uma comparação entre a situação dos titulares de rendimentos do trabalho - em que as empresas comunicam à Administração todos os pagamentos que fazem àqueles, juntamente com elementos respeitantes à sua situação familiar - e a dos depositantes bancários, protegidos pelo segredo bancário e podendo, por isso, deslocar livremente os seus depósitos para o estrangeiro²¹. Por esta razão, declarou a inconstitucionalidade da referida norma, fazendo notar que a tributação de acordo com a declaração deveria ser acompanhada da *verificação* dessa mesma declaração.

O Tribunal reconheceu assim, na sua decisão, a necessária conexão existente entre a declaração e o controle da conta bancária: se existe para o sujeito passivo uma obrigação de declarar a totalidade dos seus rendimentos (princípio da sujeição ilimitada ou *world wide taxation*), a verificação da conta bancária serve apenas para verificar a veracidade dessa declaração, pois os dados contidos na conta bancária só poderão acrescentar alguma coisa aos elementos já comunicados à Administração quando se tiverem verificado *violações* do dever de declarar. Ou seja, o controle da conta bancária é uma mera consequência do princípio da tributação segundo a declaração do contribuinte.

Com efeito, as alterações ocorridas nas últimas décadas nos sistemas fiscais modernos passaram sobretudo pelo alargamento da base tributável e pela inevitável e consequente devolução ao contribuinte de inúmeros deve-

res na quantificação da obrigação tributária²². Este fato resultou, *grasso modo*, num papel lógica e cronologicamente secundarizado da Administração tributária, que passou a intervir, com amplos poderes, sobretudo numa fase de fiscalização, que tem como objeto a aferição do cumprimento dos deveres atribuídos por lei aos contribuintes. A percepção das receitas tributárias fundamentais à continuidade do Estado de direito passa pelo justo equilíbrio dos deveres privados e dos poderes públicos.

A tributação com base na declaração do contribuinte é um pressuposto *administrativo* postulado não apenas por razões de praticabilidade e eficiência²³, mas por ser necessário ao mandato constitucional de tributação das empresas pelo seu lucro real e das pessoas singulares de uma forma que se tenham em conta as *necessidades* e os *rendimentos* dos agregados familiares²⁴. O princípio da declaração está ao serviço da igualdade de cidadãos e empresas entre si.

A proclamação constitucional do direito subjetivo do contribuinte a ser tributado de acordo com o seu lucro real²⁵ é uma particularidade do ordenamento jurídico-tributário português, constante do artigo 104º, n.º 2 da CRP: "a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real". Porém, dada a correspondência que necessariamente existe entre o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva e o princípio da tributação pelo lucro real, poderia já retirar-se a necessidade de tributar segundo o lucro real do princípio constitucional da igualdade²⁷. Por esta razão, a tributação segundo o lucro real, ou segundo a contabilidade, constitui uma prática fiscal comum nos países desenvolvidos. E a única forma de distribuir com equidade os encargos tributários entre as várias empresas e de utilizar o lucro como medida e condição da tributação das empresas.

A ênfase que a Constituição dá a esta regra só pode explicar-se se levarmos em conta a preocupação que dominava o legislador constituinte com

²¹ J. L. Saldanha Sanches, *A Quantificação da Obrigação Tributária - Deveres de Cooperação, Autovinculação e Avindação Administrativa*, Lisboa, 1995, pp. 380 ss.

²² Naturalmente que não seria hoje possível à Administração Tributária fixar a matéria co-letável de todos os contribuintes, pois dependeria mais recursos a fazê-lo do que, porventura, aqueles que auterria. Uma solução legislativa que consagrasse tal sistema violaria, entre outros, o princípio constitucional da *eficiência* (sobre este, sobretudo na perspectiva de uma imposição à administração, v. J. Tabor da Gama, *Decisão de Autovinculação e Acto Administrativo Devoluto*, FDL, 2003, pp. 141 ss. e J. Tabor da Gama, "Contrato de Transação no Direito Administrativo e Fiscal", *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Coimbra, 2003, pp. 650 ss.

²³ A. Salgado de Matos, *Código do IRS - Anotado*, Lisboa, 1999, pp. 372 ss.

²⁴ Sobre o importante tema da tributação pelo lucro real das empresas, entre nós, essencialmente, J. L. Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª ed., Coimbra, 2002, pp. 262 ss.

²⁵ Sobre a relação entre igualdade e capacidade contributiva, M. Seabra de Godoi, *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*, São Paulo, 1999, pp. 183 ss.

²¹ R. Seer, "§ 22: Steuerverfahrensrecht", *Steuernrecht Tipke/Lang*, 16ª ed., Colónia, 1998, p. 839. Sobre as relações do ordenamento alemão com o ordenamento europeu, em matéria de tributação de juros, v. A. Ehrhardt-Rauch, S. G. Rauch, "Ist der Schutz von Bankkunden nach § 30-A AO auch künftige noch haltbar?" - Neue Wege bei der europätschen Zinsbesteuerung", *DSR*, n. 3, 2002, pp. 59 ss.

a dificuldade de introduzir em Portugal práticas administrativas correntes nos países que tradicionalmente constituíram o nosso modelo e que há muito tinham enveredado pela tributação do rendimento; a opção constitucional de tributar de acordo com o lucro real procurava, assim, tornar o sistema simultaneamente mais justo e proporcional ao sujeito passivo a obtenção do controle judicial pleno das decisões administrativas, o que veio a suceder depois da reforma de 1989.

Isto conduz-nos às regras de determinação do valor ou da quantificação do imposto²⁸, uma zona onde uma obrigação de resultado - a distribuição justa dos encargos tributários - incide sobre o legislador ordinário²⁹. Essa específica concretização do princípio da igualdade vai exigir uma tributação segundo o rendimento líquido objetivo, que por sua vez se vai decompor num conjunto de subprincípios, como, por exemplo, o da *especialização dos exercícios*, com as suas regras quanto à atribuição temporal de ganhos e perdas; o da *realização*, com a limitação da contabilização dos ganhos e respectiva tributação no momento em que se verifica a realização; ou ainda o regime legal das amortizações e provisões³⁰.

Quanto às pessoas singulares, estas são obrigadas a declarar os seus rendimentos, e a justificar as despesas que queiram ver abatidas ao seu rendimento, revelando, por exemplo, faturas médicas, recibos de restaurantes, despesas com os descendentes, etc. Só deste modo se consegue que a carga tributária que incide sobre dois indivíduos que auferam o mesmo rendimento - integrados ou não em agregados - seja personalizada.

Mas que tem isto a ver com a questão do sigilo bancário?

Tudo. Na medida em que um qualquer rendimento se possa refugiar num banco, sem possibilidade de descoberta por parte da Administração tributária, então o objetivo constitucional de solidariedade pela e através da tributação não é alcançado. Não apenas no caso das pessoas singulares mas também das sociedades (com ou sem acordo dos demais sócios) sem recelar para a sua conta pessoal (com ou sem acordo dos demais sócios) sem recelar o controle da mesma tem, no sigilo bancário, o seu melhor instrumento de proteção. Os empresários ricos que controlam empresas pobres são o melhor sintoma desta distorção de funcionamento da economia de mercado.

²⁸ Sobre a quantificação dos impostos, por todos, J. L. Saldanha Sanchez, *A Quantificação da Obrigação Tributária - Deveres de Cooperação, Autovinculação e Atividade Administrativa*, Lisboa, 1995, *passim*.

²⁹ M. Jachmann, "Besteuerung von Unternehmen als Gleichheitsproblem", *DSJ/G*, n. 23, 2000, pp. 9-64.

³⁰ Para um estudo desta projeção dos princípios constitucionais nas regras do balanço, v. J. Schulze-Ostenloh, "Verfassungsrechtliche Grenzen der bilanzsteuerrechtlichen Gesetzgebung - Nettoprinzip, Massgeblichkeitsgrundsatz, Rückstellung, Gewinnerzielungs", *DSJ/G*, n. 23, 2000, pp. 67-85.

A Administração fiscal nunca poderá saber se há total verdade por parte do contribuinte no ato declaratório e apenas poderá fiscalizar com mais intensidade os contribuintes que tenham rendimentos fixos; pagos por entidades que têm interesse em declará-los como custos - é o caso dos trabalhadores por conta de outrem e dos pensionistas. A impossibilidade de acesso, ou de acesso expedito, com a possibilidade de correção de uma declaração incompleta, tem como resultado o agravamento da carga destes contribuintes, como contrapartida da baixa coleta originada por transações cujos rendimentos podem mais facilmente não ser declarados e sigilosamente guardados num banco³¹; uma venda não documentada de um comerciante, uma prestação de serviços de um médico sem quitação, ou as mais-valias da venda de uma casa.

O resultado deste choque entre os impulsos reformadores e a vaca sagrada do segredo bancário português foi a criação de um sistema em que as taxas liberatórias (excepcionais) se vieram sobpor à tributação regra do rendimento englobado num único sujeito passivo, criando-se assim um sistema de taxas liberatórias para residentes que Alberto Xavier (e também Teixeira Ribeiro) considera "evidentemente inconstitucionais: não só por violarem o princípio da progressividade (...) mas também por violarem o princípio da igualdade e da capacidade contributiva"³².

Mas, enquanto em Portugal a tributação dos depósitos a prazo por retenção na fonte constituía um regime fiscal privilegiado existente antes da reforma, sem deveres de englobamento e por isso sem personalização, na Alemanha sucedia precisamente o contrário: os juros dos depósitos bancários deviam ser englobados e tributados; considerando, no entanto, que havia algum incumprimento, o legislador criou uma retenção na fonte sobre os juros dos depósitos a prazo, com natureza de pagamento por conta, o que provocou uma forte reação por parte do contribuinte.

A solução alternativa, defendida entre outros por Klaus Tipke, seria a eliminação completa do sigilo bancário³³, com a concessão de uma anistia

³¹ Que são verdadeiros *escudos fiscais*, na expressão, por exemplo, de P. Hilpold, "Die Rückführung von Fluchgeld nach Italien - Steuerrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Überlegungen", *IS/R*, n. 15, 2002, p. 512, ou como *coitos fiscais* J. Taborda da Gama, "Coito Fiscal Interemplo", *Jornal "Diário Económico"*, de 22.12.04.

³² A. Xavier, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 1997, p. 374, n. 26. As taxas liberatórias, ao permitirem a existência de rendimentos num espaço juridicamente quase vazio, na medida em que dispensam a declaração, podem criar as maiores dificuldades para um combate efetivo à fraude fiscal que inclui sempre um elemento de relação entre rendimentos declarados e sinais exteriores de riqueza.

³³ Apesar de tal sigilo conhecer, ao contrário do nosso, numerosas restrições com possibilidades de investigação de casos concretos por parte da Administração fiscal, mas sem a integração num puro sistema de informação informático, como sucede nos países inicialmente referidos, uma vez que não existe uma obrigação de proporcionar informações periódicas e regulares. Para uma descrição dos contornos do sistema, Tipke, *Lang, Steuerrecht*, 15ª ed., Colónia, 1996, pp. 778-760.

para as irregularidades a cuja detecção o levantamento do sigilo necessariamente conduziria³⁴. Razões de natureza política, amplamente criticadas pela maioria da doutrina, levaram à opção pelo regime de retenção na fonte, o que provocou um intenso movimento de *fuga de capitais*, originada, como sempre, pelo esforço de reduzir a tributação e não pela existência ou inexistência de segredo bancário³⁵. A opção residia assim entre a manutenção do § 30-A da *Abgabenordnung*, que criaria limitações ao controle administrativo da situação bancária do contribuinte, e a adopção de um sistema de informação que reforçasse a eficácia das medidas contra a fraude fiscal. A manutenção do § 30-A, como decisão de natureza política³⁶ com a criação de outros (mais complexos) meios de combate à fraude fiscal, veio sofrer posteriormente a crítica do *Bundesverfassungsgericht*³⁷.

Ao tratar da questão da constitucionalidade da tributação dos capitais, o Tribunal Constitucional alemão considerou esta norma como um *obstáculo estrutural* à obtenção de uma igualdade na aplicação da lei³⁸. E um *obstáculo estrutural* ao cumprimento que implicava, como vimos, uma desigualdade inaceitável de tratamento entre as várias categorias de contribuintes, tratando de forma diversa os contribuintes com rendimentos de tra-

³⁴ E num sentido semelhante se pronunciou Werner Flume, segundo K. Tipke: "Über richtiges Steuerrecht", *StW*, 1988, p. 277, num número especial da *Steuer und Wirtschaft* dedicado aos "Werner Flume 80 Jahre".

³⁵ Sobre a fuga de capitais para Luxemburgo que esta tributação provocou Klotz: "Über den Verfall der Guten Sitten im Steuerrecht", *FS Klein*, Colônia, 1994, pp. 292-293.

³⁶ Defendida pela democracia-cristã e atacada pela oposição social-democrata que invocava o exemplo da Dinamarca e desde 1988, da Holanda, sendo estes últimos países expoentes da pequena economia aberta e sem qualquer controle quanto ao movimento de capitais. Sobre este debate, K. Tipke; Kruse, (AO) - *Kommentar*, 1997, § 30-A, an. 1.

³⁷ F. Klein, *Abgabenordnung (AO) - Kommentar*, 8ª ed., Munique, 2003, pp. 150 ss.

³⁸ Tipke; Lang, *Steuerrecht*, 15ª ed., Colônia, 1996, p. 771. Ver também as críticas de T. Pfele-Kruse AO, § 30-A, an. 2, outubro 1997. No mesmo sentido, considerando o § 30-A inconstitucional, D. Birk, *Steuerrecht*, 3ª ed., Heidelberg, 2000, pp. 216-217. H.-W. Amdt, *Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts*, Munique, 1988, p. 158, afirma também que os defensores desta norma não usam argumentos jurídicos, mas sim argumentos económicos, agitando o espantinho da fuga de capitais. Considerando também que os deveres de cooperação da banca previstos no § 93 da AO não atinge a liberdade de atuação da banca, S. Ehlers, *Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehers*, Colônia, 1988, p. 35. O § 30-A da AO sobre o segredo bancário é também considerado por Mussnug "uma norma injustificável, quase grotesca, profundamente duvida na perspectiva constitucional", R. Mussnug, "Le Prove Utilizzate dall'Amministrazione Finanziaria con Particolare Riguardo alle Presunzioni e al Segreto Bancario", *L'accertamento Tributario nella Comunità Europea. L'esperienza della Repubblica Federale Tedesca*, Milão, 1997, p. 68.

A crítica mais certeira aos argumentos jurídicos a favor da opontabilidade do sigilo bancário veio, no entanto, de C.-W. Canaris, *Handelsrechtbuch: Staub Grosskommentar*, vol. III, Berlin, 1983, n. 3, quando este afirma que utilizar o argumento da violação da intimidade neste caso equivale a uma banalização dos conceitos de intimidade e dignidade humanas.

balho - que vêem os seus rendimentos ser sempre comunicados à Administração fiscal - e os contribuintes que têm rendimentos de capital.

O sigilo bancário, como entorse assistemático de um sistema fiscal moderno, leva ainda a que este reaja, com o objetivo de manter constante a fonte de receitas de despesas constantes, com a criação de poderes também eles assistemáticos, como é o caso da tributação por métodos indiretos, ou através das manifestações de fortuna das pessoas singulares. A aplicabilidade destes métodos, não só é administrativamente mais dispendiosa, como a tributação que se alcança com ela está longe de ser a mais justa.

4. Não há Dinheiro sem Direito, nem Direito com Abuso

1. Direito e abuso

As diferenças culturais entre países e as diferentes tradições de cada um deles podem conduzir a diferenças profundas no Direito da Família ou nos Direitos Reais. No entanto, a crescente abertura das economias impõe, como uma condição da eficiência económica, um *sistema fiscal comum*, composto fundamentalmente por um imposto sobre as pessoas, outro sobre as empresas e um outro sobre o consumo. A existência deste *modelo fiscal comum* torna mais fácil a decisão do investidor externo.

Contudo, juntamente com o capital num mundo globalizado flui também a específica cultura da empresa multinacional, em princípio avessa ao fisco e por isso pouco propensa à violação da lei fiscal, mas ao mesmo tempo numa busca agressiva de todas as hipóteses lícitas de reduzir o imposto a pagar - o planeamento fiscal, em suma - que vai passar pela exploração implacável de toda e qualquer hipótese de redução do imposto, em especial pela fraude à lei fiscal, se o ordenamento jurídico-tributário do país que acolhe o investimento não estiver prevenido contra essa hipótese.

E, por isso, também a própria metodologia jurídica, com a difusão crescente de normas e procedimentos anti-abuso, é também cada vez menos diferenciada, quanto mais integração económica e social existe no espaço do mercado global. Mesmo assim, admira-se, as possibilidades da fraude à lei e do abuso de direito não desaparecem milagrosamente: as normas anti-abuso limitam-se a *reduzir* as hipóteses de abuso.

"Hecha la ley, hecha la trampa", diz-se para mostrar que, por vezes, dura pouco o caminho que a lei prevê que o seu destinatário escolha. No caso do Direito Fiscal, o caminho que a lei bebe do real e elege como manifestação da capacidade contributiva é muitas vezes, por essa mesma razão, o caminho menos percorrido.

Ao desenhar o sistema fiscal, com alterações periódicas no sentido, desejável, de um constante aperfeiçoamento do mesmo, o legislador prevê todas aquelas situações capazes de representar a capacidade para contribuir de um cidadão ou empresa - o recebimento de um salário, a venda de uma casa, o lucro de uma empresa, etc. Para que estas normas operem, são as-

essoradas por um enorme conjunto de outras que respondem a questões fundamentais: o valor tributável do salário, as despesas que se podem deduzir ao produto da venda de uma casa ou o modo de cálculo do lucro para efeitos de tributação. A resposta a este segundo grupo de perguntas está conformada pelo princípio enformador de toda aquela concreta tributação: a capacidade contributiva. É considerado rendimento de um imóvel a renda que resulta do seu arrendamento, mas a esta podem deduzir-se os trabalhos de construção civil realizados no imóvel para o seu melhoramento, uma vez que se trata de uma despesa necessária à percepção daquele rendimento.

Ora, quando é perpetrada a lógica da previsão do fato tributário, das deduções a efetuar em obediência ao princípio do rendimento líquido, ou mesmo de um qualquer benefício fiscal previsto em obediência a interesses extrafiscais, a tributação deixa de ser justa, há manifestações da capacidade contributiva que passam ao lado da tributação, ou seja, empresas e indivíduos que se locupletam com uma quota de bens coletivos proporcionalmente superior à sua contribuição para estes encargos gerais. Surgem assim, num primeiro momento, desigualdades relativas entre contribuintes cumpridores e incumpridores, e, num segundo momento, aumentos na carga fiscal daqueles, uma vez que, mantendo-se constantes as necessidades coletivas a satisfazer, o Estado financiar-se-á junto das fontes de rendimento mais escrupulosas.

II. Normas anti-abuso e legalidade fiscal

Tal como se assaca à derrogação do sigilo bancário a violação da integridade do cidadão, a bandeira contra a introdução de normas específicas ou cláusulas gerais anti-abuso é a da legalidade fiscal, em especial da tipicidade. O entendimento de que a existência de uma cláusula geral anti-abuso contraria o princípio da legalidade está diretamente relacionado com uma visão ultrapassada do mesmo. Procuraremos, nas próximas linhas, justificar esta afirmação de modo sucinto, pois o que delas consta é algo que começa hoje a ser quase pacífico³⁹.

Em primeiro lugar, há muito que a metodologia jurídica abandonou o positivismo legalista e o princípio da interpretação estrita das leis⁴⁰. Hoje, não há interpretação sem criação e sem pré-entendimentos do intérprete-aplicador⁴¹.

³⁹ O panorama doutrinário era, em Portugal, diferente quando, há precisamente vinte anos, o primeiro dos co-autores defendeu a necessidade de combater a evasão fiscal. V. J. L. Saldanha Sanchez, "A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito - Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroatividade no Direito Tributário", *CTF*, n. 310, 1985.

⁴⁰ J. L. Saldanha Sanchez, "A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito - Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroatividade no Direito Tributário", *CTF*, n. 310, 1985, p. 288.

⁴¹ Por todos, A. Castanheira Neves, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, vol. I, Coimbra, 2003, pp. 16 ss. e 45 ss.

Em segundo lugar, não faz hoje qualquer sentido fazer-se um paralelismo entre Direito Fiscal e Direito Penal, enxergando-se naquele um princípio da legalidade tão estrito como neste, por duas razões: *prima*, a legitimidade das normas de cada um dos ramos de direito é diferente - enquanto que no Penal se trata de prevenção e punição, no Direito Fiscal trata-se de financiar o Estado e redistribuir a riqueza -, num há privação de liberdade, no outro há participação na liberdade; *secunda*, o próprio Direito Penal comporta zonas de indeterminação e de discricionariedade valorativa judiciária⁴². Em terceiro lugar, o princípio da legalidade, *recius* a lei, não está nos dias de hoje colocado no pedestal que ocupava no liberalismo⁴³; a isto se deve a crescente legitimidade democrática do poder executivo, a suspensão⁴⁴ sobre a imparcialidade dos parlamentos e a crescente complexidade das normas que as afastam de uma comunhão comunicacional com os seus destinatários.

Em quarto lugar, a praticabilidade aplicativa das normas e a evolução técnica impõem que não se possa hoje continuar a exigir que a lei fiscal seja *pautadamente* determinada, de modo completo e exaustivo. Assistimos, por isso, à inclusão na norma de incidência tributária de conceitos e tipos, com a sua inerente generalização e indeterminação, para que a norma não seja frustrada e ultrapassada pela própria vida. Assim, na maior parte dos casos, e em especial nos impostos sobre o rendimento, a *ratio legis* é de uma abrangência plena de todos os fatos que produzem certos resultados ou resultados equivalentes.

Em quinto lugar, o princípio da legalidade é um dos princípios do ordenamento jurídico, mas não o único. Deve por isso ser ponderado⁴⁵ com princípios de sinal contrário⁴⁶, como o princípio da igualdade ou do Estado de bem-estar⁴⁷, e em certos casos dar lugar à prevalência destes.

⁴² Por exemplo, a técnica dos exemplos padrão como técnica metodológica de interpretação-aplicação das agravantes, T. Serra, *Homocídio Qualificado. Tipo de Culpa e Medida da Pena - Contributo para o Estudo da Técnica dos Exemplos-padrão no artigo 132º do Código Penal*, reimp., Coimbra, 1995 (1990).

⁴³ J. Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de pagar Impostos*, Coimbra, 1998, pp. 332 ss.

⁴⁴ J. Casalta Nabais, *Contratos Fiscais - Reflexões acerca da sua Admissibilidade*, Coimbra, 1994, pp. 226-7.

⁴⁵ Defendendo uma abordagem integrada da metodologia no direito público, entre outros, A. Salgado de Matos, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004, pp. 57 ss. Sobre a ponderação em especial, J. Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 639 ss.

⁴⁶ Sobre a relação entre a aplicação de uma cláusula anti-abuso e princípios conflitantes pode ver-se M. Sebora de Godoi, *Fruida a la Ley y Conflicto en la Aplicación de la Ley - La Constitución Tributaria*, Madrid, 2005, pp. 30, 169.

⁴⁷ Em especial sobre esta relação, J. Taborda da Gama, "Ato Lesivo, ato Lesivo - Notas sobre a Admissibilidade do Combate à Evasão Fiscal no Ordenamento Jurídico Português", *RFDUL*, XL, ns. 1 e 2, 1999, pp. 294 ss.

Em sexto lugar, a previsão e sobretudo a aplicação de uma cláusula geral anti-abuso situam-se dentro do Direito e não fora deste. São atividades com fundamento e limite no Direito, reguladas por um procedimento também ele sujeito ao Direito e com todos os mecanismos de controle dos limites. A vantagem de uma cláusula geral - por oposição a cláusulas específicas - é ainda a de permitir uma maior individualização de pressupostos e de procedimentos, alcançando-se uma tributação mais justa.

Em sétimo lugar, não se pode defender que a aplicação legítima da cláusula geral anti-abuso vá buir com a segurança jurídica dos contribuintes. Na verdade, a legítima aplicação de uma cláusula geral anti-abuso pressupõe que o contribuinte conheça dois caminhos - um mais tributado e outro menos tributado - e que opte pelo menos tributado. Ora, não pode vir depois dizer que não conhecia a norma de incidência que, intencionalmente, contornou.

Em conclusão, uma cláusula geral anti-abuso ao serviço de um ordenamento - ou de um Direito - justo e solidário é como a sua proteção imunitária contra todos os ataques a si próprio que mais não são do que ataques aos desígnios da Constituição e do povo. Como afirma João Baptista Machado, "o Direito (...) tem de impedir que os seus destinatários o convertam em 'objeto' ou matéria afeição tecnicamente aos seus desígnios, tem de evitar deixar-se comandar - para poder manter o comando"⁴⁸.

III. Normas anti-abuso e direito supranacional: o teste do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem como tarefa principal proceder à concretização constitucional das liberdades económicas sobre as quais assentou inicialmente a construção do Mercado Comum e, atualmente, a construção e desenvolvimento da União Económica e Monetária na Europa. Estamos perante um tribunal cuja jurisprudência tem tido cada vez mais a sua origem no impulso processual de um qualquer cidadão europeu que suscita uma questão de compatibilidade entre a lei nacional e o Direito Comunitário, questão que é considerada pertinente pelo tribunal nacional que a suscita e a considera prejudicial, e que, portanto, deve ser conhecida pelo tribunal europeu.⁴⁹

Estamos, assim, perante um tribunal cuja função tem como condição uma intervenção mais radical e um menor *self-restraint* judicial do que aquele que costuma integrar a cultura dos Tribunais Constitucionais, e que, por essa razão, tem sujeito os ordenamentos jurídico-tributários dos Estados-

⁴⁸ J. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Coimbra, 1999, (reimp. 1982), p. 285, n. 1.

⁴⁹ Sobre esses mecanismos processuais e a construção judicial da Constituição europeia, v. M. Poitares Maduro, "We the Court" - *the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998.

Membros a uma exigente e constante auditoria jurídica: trata-se sempre de saber se as normas fiscais dos Estados-Membros, em especial as normas anti-abuso que estes usam para dificultar a fraude e a evitação fiscais, são ou não compatíveis com as liberdades comunitárias, nomeadamente a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, a partir das quais se construiu o princípio da não-discriminação.

Em suma, trata-se de saber se as normas anti-abuso suportam este escrutínio do tribunal e se resistem ao efeito expansivo e irradiante que caracteriza os direitos e as liberdades fundamentais⁵⁰ e que tem levado inúmeras decisões do Tribunal de Justiça a considerar incompatíveis com as liberdades comunitárias normas anti-abuso de diversos ordenamentos jurídicos tributários europeus⁵¹.

Tem ainda sido chamado à colação o princípio da proporcionalidade, que fornece ao tribunal um estalão para julgar sobre a admissibilidade das normas que limitam o exercício de direitos fundamentais. No entanto, apesar dessa posição de exigência a respeito das normas anti-abuso, o Tribunal de Justiça tem aceite e decidido que o *princípio da inviolabilidade dos efeitos jurídicos fiscais* obtidos com negócios jurídicos que procuram obter efeitos não queridos pela ordem jurídica sem frontalmente a violar - em fraude à lei, em suma - faz parte da *ordem jurídica comunitária*.

Na área do Direito Aduaneiro, o Tribunal de Justiça aceitou a anulação de um negócio jurídico entre duas empresas sujeitas a controle comum, destinado apenas a conseguir um subsídio à exportação mediante a exportação com subsequente importação de uma mercadoria (no caso *Emstand-Stärke GmbH*⁵²), apesar de a norma expressa destinada a contrariar estas fraudes não estar ainda publicada.

É um caso paradigmático da exploração maliciosa da letra da lei na ausência de uma norma que expressamente impeça uma determinada conduta, o que só pode ser impedido por um princípio geral, se estivermos perante uma ordem jurídica que não tem ainda expressamente uma cláusula geral anti-abuso. Contudo, não só o tribunal seguiu essa via, como tal decisão pode hoje ser considerada parte da jurisprudência comunitária.

⁵⁰ Sobre este efeito v. F. Ossenbühl, "§ 15 Grundstätze der Grundrechtsinterpretation", *Mertens/Papier Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, Heidelberg, 2004, pp. 596-597.

⁵¹ Veja-se a este respeito J. Hey, "Perspektiven der Unternehmensbesteuerung in Europa", *StW*, n. 3, 2004, p. 196, em que se coloca a possibilidade de o tribunal estar a conduzir para a desestruturação dos sistemas fiscais europeus. De um modo mais crítico, F. Vantschendorf, "The Compatibility of the Basic Economic Freedoms with the Sovereign National tax Systems of the Member States", *EC Tax Review*, n. 3, 2003, pp. 137-138; C. Garcia-Herrera, P. M. Herrera, "Is Tax Fairness in Europe Under Siege? Spanish Law and Anti-avoidance Provisions", *EC Tax Review*, 13, n. 2, 2004, p. 57.

⁵² Acórdão de 14 de dezembro de 2000 (C-110/99, Colet., p. I-11.569).

Num caso muito recente, em que por se tratar de um imposto comunitário (o Imposto sobre o Valor Acrescentado) coube ao Tribunal de Justiça a decisão sobre os aspectos fundamentais do seu regime, o Advogado-Geral⁵³ afirmou que a posição-base da jurisprudência comunitária é que “os sujeitos da relação jurídica não poderão abusiva ou fraudulentamente prevalecer-se das normas comunitárias”⁵⁴.

E, procurando avançar no uso deste conceito faz seu outro princípio utilizado pelo Tribunal segundo o qual “a pessoa que reivindica o direito fica assim impedida de o invocar apenas no caso em que se prevaleça da norma de direito comunitário que formalmente confere esse direito para obter vantagens ilegítimas e manifestamente alheias ao objetivo da referida disposição”⁵⁵.

Nesta doutrina, o que faz o Tribunal de Justiça é, depois de ponderar cuidadosamente as questões da segurança jurídica (o que o leva a decidir que a intenção do sujeito passivo de fraudar a ordem jurídica deverá ser escrutinada e demonstrada no tribunal nacional), trazer para o Direito Fiscal comunitário o velho princípio “le droit cesse où l’abus commence”, por considerar tal princípio indispensável para a coerência e efetividade de qualquer ordem jurídica.

Deve ser notado que, enquanto o Tribunal de Justiça aceita a aplicação ao ordenamento jurídico tributário das Comunidades do *princípio da neutralização fiscal dos negócios jurídicos praticados em fraude à lei*, se tem mostrado muito crítico em relação às chamadas normas anti-abuso específicas, destinadas a ser aplicadas de forma automática e dispensando por isso o uso da ponderação administrativa específica sobre a sua utilização, e pondo em causa o caráter cego da sua aplicação sem que a vinculação que cria para a Administração fiscal permita a diferenciação caso a caso entre os comportamentos do sujeito passivo com e sem tutela jurídica⁵⁶. Ao invés, as normas anti-abuso gerais, que têm a sua raiz doutrinária no instituto da *fraus legis*,

⁵³ Conclusões do Advogado-Geral M. Poitars Maduro apresentadas em 7 de abril de 2005. Num caso semelhante, a Advogada-Geral J. Kokkot, ainda que aceitando a possibilidade da aplicação do princípio do abuso de direito, não considerou estarem preenchidas as condições para a sua aplicação naquele caso concreto (conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokot apresentadas em 17 de março de 2005, Processo C-63/04 *Centrulan Property Ltd contra Commissioners of Customs & Excise*, apresentadas em 7 de abril de 2005).

⁵⁴ Acórdão *Diamantitis* (C-373/97, Colet., p. I-1.705, n. 33).

⁵⁵ Acórdão *Diamantitis*, já referido, n. 33, também corroborada no Acórdão *Pufitis* (C-441/93, Colet., p. I-1.347, n. 68) e *Kefalas*, de 12 de maio de 1998, (C-367/96, Colet., p. I-2.843), n. 22.

⁵⁶ Em especial o caso *Lankhorst-Hohorst* de 12 de dezembro de 2002, (C-324/00, Colet., p. I-1.779, n. 37). Sobre as consequências deste caso nas diversas ordens jurídicas europeias, v. A. Cordewener, “Company Taxation, thin Capitalization and the EU Internal Market: some Comments on Lankhorst-Hohorst GmbH”, *European Taxation*, n. 43, 2003, p. 105, referindo que a decisão pôs em causa as normas sobre a *thin-capitalization* existentes em quase todos os países europeus.

permitted a distinction entre diversas circunstâncias jurídicas que rodeiam o comportamento do sujeito passivo.

Esta referência a um ordenamento supranacional não é alheia, resumindo e concluindo, ao fato de que “também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introversivamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais”⁵⁷.

⁵⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2ª ed., Coimbra, 2001 (1982), p. XXXIX do Prefácio à segunda edição.