

M
442-5

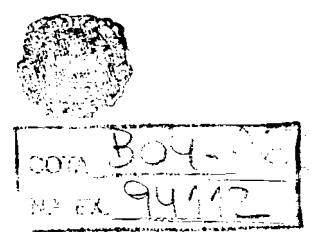
UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
CENTRO DE ESTUDOS
ENTRADA
AV 206 02 21

CECÍLIA XAVIER
MESTRE EM DIREITO
ESPECIALISTA DA INSPECÇÃO-GERAL DE FINANÇAS

À Biblioteca da fac. Dto de Lisboa:
Como sinal de gratidão pela colaboração
e amizade de todos os funcionários que
me ajudaram durante a fase de pesquisa

**A PROIBIÇÃO DA APLICAÇÃO
ANALÓGICA DA LEI FISCAL
NO ÂMBITO DO ESTADO SOCIAL
DE DIREITO - REFLEXÕES**

e do elaborador da presente obra,
Cecília Xavier
Lx, Jan. 2006



PREFÁCIO

Deverá o princípio da legalidade fiscal, com a tipicidade fechada a servir de arame farpado, constituir, com as suas regras especiais de interpretação e aplicação da lei, uma espécie de muro à volta do enclave fiscal?

Será verdade que no Direito Fiscal temos sempre de recorrer a uma interpretação estrita ou literal da lei, implicando a segurança do contribuinte necessariamente a proibição estrita da analogia no âmbito da determinação da matéria colectável?

Todas estas verdades que pareciam inabaláveis estão hoje perto da ruína: o tema deste livro, a ligação que nele se faz entre analogia e estado social de direito – fazendo escapar a proibição da analogia da sua condição de verdade eterna válida em todos os tempos e em todos os lugares - e a análise metodológica da analogia como forma de operação insita à própria aplicação do direito constituem um ultrapassar desses preconceitos.

Numa citação feliz de Kaufmann, com a qual se termina este livro, “não será o Direito originariamente analógico?”. Podemos ter Direito sem recurso à analogia? Daí o irrealismo do enclave fiscal. Pode o ordenamento jurídico tributário conter uma previsão exaustiva de todos os negócios jurídicos e de todos os factos tributários, de modo a que possamos ter a celebrada subsunção do facto à norma como processo de aplicação da lei fiscal, e dispensando a Administração fiscal, atada de pés e mãos pelo carácter fechado da tipicidade fiscal, da realização de qualquer valoração ou qualquer outra operação jurídica?

Só uma confortável distância em relação à realidade ou uma completa subalternização da realização da justiça fiscal pode sustentar estes pressupostos da aplicação literal da lei fiscal; de facto, na economia de hoje, especialmente no mercado financeiro, a mutabilidade permanente das formas jurídicas - longe estamos da época da predominância dos negócios típicos! - torna a forma cada vez mais irrelevante.

Os contratos que hoje se utilizam no tráfico jurídico já não são aquele grupo, pachorrentamente classificado no Código Civil, dos contratos típicos, construídos com o inultrapassável rigor jurídico que a estabilidade social e económica então vigente tinha permitido atingir.

Aqueles, devidamente classificados, permitiam uma previsão normativa formal da matéria tributável: por exemplo, o imposto do selo sobre os empréstimos realizados mediante mútuo e que exigiam escritura pública podia ter como objecto de tributação o mútuo tal como se encontrava formulado no Código Civil. Tudo isto era possível e funcionava.

A aplicação da lei feita pelo notário tornava a cobrança mais importante que a liquidação.

Hoje, tudo mudou: quando o imposto do selo, na sua difícil sobrevivência, passa a ter como objecto o crédito bancário nas suas múltiplas formas, qualquer previsão formal se mostra inútil e impotente. Em vez da simples tributação do negócio jurídico típico mútuo, vamos ter a tributação de certas operações de crédito típicas e, também, das operações similares com um efeito equivalente.

A contribuição principal deste livro da Mestra Cecília Xavier é reconduzir a discussão fiscal para a zona central da discussão jurídica, tratando o Direito Fiscal como qualquer outro ramo do Direito e trazendo para a aplicação da lei fiscal as questões metodológicas da aplicação da lei.

Esse é, na verdade, o único caminho possível. Quando se fala da previsibilidade da lei fiscal, está a falar-se de metodologia jurídica, de um sistema que deve ser coerente e ter regras claras. Estamos, portanto, a falar de segurança jurídica como segurança da regra.

A ideia do Direito Fiscal como uma terrível ameaça à integridade patrimonial do contribuinte, e da Administração fiscal como um bando que a lei deve conter retirando-lhe quaisquer poderes efectivos, era a pré-compreensão que justificava as particularidades insanáveis do sistema fiscal.

Se os justributaristas falarem de Direito como se faz neste livro, tais ideias vão ser definitivamente enterradas. Bem precisamos que tal aconteça.

J.L. Saldanha Sanchez