

DIGNIDADE DA PESSOA E IMPOSTOS

Pelos Prof. Doutores Hélio Sílvio Ourém Campos(*)
e Diogo Leite de Campos(**)

Como sempre, ao Tudo e Único.

SUMÁRIO:

I. A pessoa digna. 1. Introdução. A dignidade da pessoa. 2. Cont. A pessoa (digna). 3. Projeto do estudo. **II. A pessoa jurisdicção.** 4. A pessoa. Cont. A centralidade da pessoa: os seus direitos e a sua criação do Direito. 5. A pessoa. Precisão. Pessoa em si mesma e em relação. 6. Políticas financeiras e valores/justiça. 7. Cont. O respeito pela pessoa e os seus direitos. A nova sociedade e o novo Estado. 8. O desenvolvimento económico e social como exigência, mas problema, às políticas públicas. Limitações às políticas públicas. 9. O positivismo na aplicação das leis. Preferência pela certeza e segurança na aplicação, com menor cuidado na criação. O princípio da legalidade. 9.1. Generalidades. 9.2. A interpretação/aplicação das normas. Limites. 9.3. A hermenêutica. 9.4. Sentido atual do princípio da legalidade. 9.5. Genealogia do princípio da legalidade. 10. Algumas insuficiências do princípio da legalidade. 10.1. O legislador “real”. 11. A ilusão autoritária do positivismo não inclusivo. 12. Positivismo jusnaturalista e constitucionalista e positivismo legalista. **Conclusão(***)**.

(*) Professor Titular da Universidade Católica de Pernambuco. Coordenador do Grupo de Pesquisa/CNPq: Política e Tributação: aspetos materiais e processuais. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz Federal.

(**) Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra. Professor catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa. Doutor em Direito (Coimbra e Paris 2). Doutor em políticas económicas e sociais (Paris 9).

(***) Este texto destina-se ao livro em homenagem ao Professor Doutor António Carlos Santos.

I. A pessoa digna

1. Introdução. A dignidade da pessoa

Os impostos nasceram fora da invenção romana (pelo menos estoica) do Direito⁽¹⁾. E ao longo da Idade Média estiveram sempre afastados da longa e cuidadosa elaboração do Direito (privado) por moralistas, teólogos e juristas. Elaboração que assentava na dignidade da pessoa capaz de assumir obrigações, de as cumprir e de desenvolver as suas relações na ética e no respeito do outro, em termos de justiça⁽²⁾. Partindo-se da igualdade das almas e da dignidade da pessoa.

O Direito privado e especialmente o Direito dos contratos têm aqui as suas raízes.

Os impostos, como instrumento do poder, ficaram à disposição dos poderosos, mesmo quando autorizados nas Cortes.

O imposto como domínio e instrumento do poder afastou-se ainda mais de qualquer justificação ética ou de bem comum, na Idade Moderna, pela conceção do monarca como de “ciência certa e poder absoluto”. Cesando em Portugal a intervenção das Cortes na autorização dos impostos — e cessando mesmo a convocação das Cortes.

O reconhecimento pelas comunidades reformadas do poder absoluto dos soberanos como única fonte de Direito⁽³⁾, reforçou a autonomia destes na criação de impostos.

As revoluções liberais do fim do século XVIII e do século XIX limitaram-se a transferir o poder de criar impostos do rei absoluto para o parlamento.

Sem preocupação evidente da sua justiça material decorrente do exercício dos direitos da pessoa reconhecidos nas constituições e em outros diplomas.

Mais: criada uma lei tributária, o positivismo não inclusivo por respeito à vontade do legislador exigia que se lesse a norma e se aplicasse textualmente sob pena de sanções. Lembremos que, neste quadro, só a partir dos anos oitenta do século passado, em Portugal, se formou um consenso sobre a demarcação entre a função de julgar e a de administrar, aquela a cargo de juizes togados. Esta competindo à administração tributária. E verificando-se o alargamento da função judicial a todos os litígios.

(1) Cf. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Fiscalidade e Antropologia*, ROA, Lisboa, 1985.

(2) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A felicidade somos Nós*, Fundação Lusíada, Lisboa, 2019, p. 86, ss., e Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 106, ss.

(3) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, ed. da Fundação Lusíada, p. 182, ss., e ed. da Lumen Juris, p. 239, ss.

A Lei Geral Tributária, de fim do século XX, veio assentar com mais clareza a função judicial e o seu objeto⁽⁴⁾.

De qualquer modo, e sem esquecer os avanços realizados em matéria da compreensão e aplicação dos valores do Estado de Direito democrático e social, o parâmetro dos tributos tem sido sempre o das necessidades financeiras auto-declaradas pelo governo.

Com insuficiente análise e debate da satisfação dos direitos das pessoas, tanto de primeira geração como de segunda geração (habitação, saúde, educação, trabalho e suas condições, segurança, etc.). Não havendo a ponderação adequada da capacidade de o sistema tributário promover o desenvolvimento económico e social (direito de terceira geração).

A preocupação dominante tem sido a da segurança e certeza a nível da aplicação dos impostos. Pretende-se que a eventual ausência ou deficiência de justiça material, seja compensada a nível da aplicação por um discurso positivista rigoroso que proteja as expectativas dos contribuintes ao lerem as normas. Visando-se uma subsunção automática (e incontestável) do caso no texto da norma.

O que, diga-se desde já, é uma ilusão.

Mais: e a pessoa, sobre cuja dignidade assentam o Estado e o Direito (também a sociedade), como reconhece o art. 1.º da Constituição da República Portuguesa? O tema dos impostos é o da cobertura das despesas públicas; pouco ou nada a atenção à pessoa, à sua dignidade e aos seus direitos considerados com empatia e com simpatia. Dignidade e direitos em que devem assentar os impostos.

Vamos tentar integrar o mundo dos impostos na dignidade da pessoa e dos seus direitos. Tal como é imposto pela centralidade da pessoa em todos os setores da vida.

2. Cont. A pessoa (digna)

O art. 1.º da CRP reconhece que o Estado (e o Direito) assenta na dignidade da pessoa.

(4) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAMIM RODRIGUES e JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária*, Anotada e Comentada, referindo a lei 41/98 de 4 de agosto e com. ao art. 1.º da Lei Geral Tributária. É devida aqui uma homenagem muito sentida ao Professor Doutor António Luciano Sousa Franco, impulsionador da Lei Geral Tributária enquanto Ministro das Finanças e que sempre deu, como professor e político, grande apoio ao Estado de Direito democrático.

Sublinhe-se que o legislador está só a dar o reconhecimento devido à pessoa, aquele que pertence a esta. Não está a introduzir a pessoa digna na CRP. Ela sempre lá estaria, mesmo na falta de reconhecimento expresso.

A pessoa é anterior e superior ao Estado.

É a dignidade da pessoa que constrói a sociedade, o Estado e o Direito.

Assim, e como reforçaremos mais tarde, a pessoa é jurisdicção, criando o Direito através dos seus direitos.

Vamos portanto aperceber-nos, antes do Direito e do Estado, do que é a pessoa.

A dignidade tem sido associada à liberdade, qualidade na qual a pessoa excede todas as outras criaturas terrestres e as domina⁽⁵⁾.

Indo mais longe, a dignidade consubstancia-se em valores, sobretudo nos valores da liberdade, do amor, da razão e do reconhecimento do outro como outro eu⁽⁶⁾.

Prosseguindo estes valores à sua maneira, única e diversa de todas as outras.

A pessoa não é parte de uma totalidade, mas a própria totalidade que não admite divisão. É o ser único da sua espécie — reconhecendo todas as outras como seres únicos da espécie.

A dignidade

A dignidade da pessoa consubstancia-se em valores, sobretudo no amor, liberdade e razão que cada pessoa prossegue à sua maneira única e diversa⁽⁷⁾.

A pessoa é digna. Esta dignidade é de respeitar. Respeito, não enquanto mera indiferença, mas enquanto empatia e cuidado.

A dignidade é preenchida com valores e estes geram e contêm os direitos da personalidade, direitos que são gerados mas não criados pela pessoa ou pela sociedade, pois são naturais e integram a sua dignidade.

Os direitos da pessoa, numa primeira fase/geração, “só” têm de ser respeitados, no sentido de que não podem ser violados. Mas já se depara com um conteúdo positivo: têm de ser ativamente preservados pelo Estado, combatendo o crime, por exemplo.

⁽⁵⁾ Cf. BERNARD DE CLAIRVAUX, *On loving God*, Cap. II.

⁽⁶⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS e FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, *Pessoa, Direitos e Direito*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2021, p. 18.

⁽⁷⁾ Sobre esta matéria, *vd.* também PAULO OTERO, *Direito da Vida*, Coimbra, 2004, em geral, e especialmente par. 2 sobre a evolução do Direito Português.

Logo a seguir, reenviam ao seu preenchimento ativo: o direito à vida compreende não só a proteção contra a agressão, venha ela de onde vier, como os cuidados de saúde.

O respeito tem de ser um reconhecimento seguido de um cuidado.

A pessoa (digna) está antes da sociedade e do Estado que têm de se limitar a reconhecê-la, como ato devido. A ela e aos seus direitos.

A dignidade é o que há de humano no ser humano. É aqui que se situam os direitos da pessoa⁽⁸⁾.

O Estado-dos-direitos completa o Estado-de-Direito e reenvia ao Estado-Social.

A vida é o ser do vivente⁽⁹⁾. As pessoas são seres vivos, não integradas numa espécie ou num género (coletivo), mas numa comunidade em que cada indivíduo ocupa um lugar (único) definido por ele⁽¹⁰⁾ e respeitado pelos outros.

A pessoa tem algo de diferente das outras realidades: comporta-se consigo mesma de acordo com a sua própria realidade. A sua forma de realidade é ser pessoa, sede única e diversa de amor liberdade e razão, e a sua realidade é absoluta⁽¹¹⁾. O ser humano afirma-se a si mesmo como realidade absoluta⁽¹²⁾.

Os romanos, tal como os gregos, conceberam uma comunidade de pessoas na qual cada um deve os seus direitos, o seu estatuto, a outrem, e não como uma sociedade em que cada um é autónomo, “sui iuris”, por nascimento⁽¹³⁾. Haveria, para esses povos, uma desigualdade natural e originária.

Nesta perspetiva, a razão é para Platão a verdade, pois é o órgão do universal que determina o que é bom para o homem. Só que este pode não conseguir conhecer. Daí que a razão não reine em muitos homens, com as consequentes desigualdades. A autonomia do ser humano não é o domínio da razão⁽¹⁴⁾, sendo ela mesma o fundamento do agir do ser humano⁽¹⁵⁾.

Essa pretensa desigualdade, assente em muito diferentes capacidades de raciocinar, leva ao domínio dos filósofos no Estado. O Estado, domi-

⁽⁸⁾ DIOGO LEITE DE CAMPOS e NANCY ANDRIGHI, *ob. cit.*, p. 19.

⁽⁹⁾ ARISTÓTELES, *De Anima*, II, 4.

⁽¹⁰⁾ SIC, R. SPAEMANN, *Les personnes — Essai sur la différence entre «quelque» chose et «quelqu'un»*, trad. Fr., Paris, 2009, p. 11.

⁽¹¹⁾ X. ZUBIRI, *Tres dimensiones del ser humano: individual, social, histórica*, Alianza Editorial, p. 9.

⁽¹²⁾ *Aut. ob. cit.*, p. 9.

⁽¹³⁾ *Vd. infra* a propósito da dignidade da pessoa.

⁽¹⁴⁾ SIC, SPAEMANN, p. 31.

⁽¹⁵⁾ *Sic Aut. ob. cit.*, p. 33.

nado pelos filósofos, os cidadãos com maior capacidade de razão, é, para Platão, a recusa da dominação do homem pelo homem⁽¹⁶⁾, uma proteção do ser humano menos razoável.

Parece-nos, porém, que as pessoas são indivíduos, não enquanto casos de um elemento universal, mas por serem, como indivíduos, o próprio universal de um modo individual. Elevando-se ao universal, não são simples partes de uma totalidade que as ultrapassa, mas são a própria totalidade⁽¹⁷⁾.

O ser humano é o absoluto feito espécie⁽¹⁸⁾. Neste sentido, qualquer nascimento é o da primeira pessoa no mundo⁽¹⁹⁾.

A realidade humana é a afirmação do eu como entidade absoluta. A diversidade individual é característica da realidade humana. Não só sou distinto dos outros, como sou diverso. Todo o ser humano tem uma diversidade individual⁽²⁰⁾.

A resposta cristã à concepção do homem racional não é afirmar que há homens que não podem, mas antes homens que não querem, estes preferindo as trevas à Luz (J. 3, 19)⁽²¹⁾.

O Deus anunciado por Cristo não é o Deus da razão, mas o Deus do Amor, que É Amor. Deus é Deus do ser humano e não só da inteligência. O homem foi concebido na totalidade (S. Tomás de Aquino).

A nova sabedoria é a do amor.

A antropologia cristã veio elaborar noções como as de liberdade, de alma, e de responsabilidade muito embrionárias no «pensamento antigo» em que o ser humano estava subordinado à natureza e à cidade. A própria ideia de liberdade reduzia-se à liberdade da cidade e não abrangia a liberdade de cada um. Só a de todos.

O encontro e reconhecimento da pessoa é um encontro de iguais. Deixa de haver homens inferiores que não podem. Todos (iguais) podem; mas alguns não querem. Intervém aqui o sentimento, em vez do exclusivo pensamento racional antigo⁽²²⁾.

Sem a teologia cristã, a pessoa, não sendo como não é um fenómeno natural, teria continuado ausente de um mundo povoado por seres humanos criados e determinados pela natureza, desiguais e sem amor.

⁽¹⁶⁾ Sic *Aut. ob. loc. cits.*

⁽¹⁷⁾ Sic, SPAEMANN, pp. 34-5.

⁽¹⁸⁾ ZUBIRI, *ob. cit.*, p. 69.

⁽¹⁹⁾ BUBER, MARTIN, *Die Schrift und ihre Verdeutschung*, 1936, p. 146.

⁽²⁰⁾ ZUBIRI, *cit.*, p. 20.

⁽²¹⁾ *Vd. tb. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, A felicidade somos nós, cit.*, p. 41, ss., de ambas as edições.

⁽²²⁾ Sic, SPAEMANN, *ob. cit.*, p. 35.

A “pessoa” está ligada ao percurso “ocidental”⁽²³⁾ impulsionado pela Igreja Católica.

O ser humano deixa de ser visto como um animal político, integrado na cidade como realidade natural, com a personalidade referida ao estatuto social, para passar a ser criatura de Deus, criatura única, livre, à qual se dirige Deus. A relação deixou de ser de poder e submissão com os outros, para passar a ser o face a face da liberdade com Deus e o outro⁽²⁴⁾.

3. Projeto do estudo

Começámos por descrever mais a pessoa digna e em relação com os outros.

Esta pessoa, central à sociedade, ao Estado e ao Direito é titular de direitos originários. São estes Direitos que devem mover e fundamentar o Direito, nomeadamente o Direito dos impostos.

A pessoa é jurisdicção.

Contudo, há aqui uma deficiência de referência dos impostos aos direitos da pessoa. Para de algum modo compensar esta fraqueza, o legislador assentou que as normas de impostos deviam ser lidas e aplicadas através de um discurso positivista não inclusivo. Como garantia das expectativas do contribuinte — e também seguramente das do Governo às receitas.

Quanto ao “grande” direito da comunidade ao progresso económico e social, diversas dificuldades, para além das indicadas têm limitado seriamente a sua aplicação em matéria tributária.

⁽²³⁾ FOUCAULT, MICHEL, *Les mots et les choses*, Paris, 1966.

⁽²⁴⁾ DIOGO LEITE DE CAMPOS e NANCY ANDRIGHI, *ob. cit.*, p. 32, ss.

II. A pessoa jurisdgênica

4. A pessoa. Cont. A centralidade da pessoa: os seus direitos e a sua criação do Direito

A centralidade da pessoa que resulta dos seus valores, cuidado/amor, justiça, liberdade e igualdade e a estes conduz, substância da Paz social e da democracia, só adquire realidade quando a vida social, também governada pelo Direito, tem como referência essa mesma pessoa, a sua dignidade e os seus direitos; a pessoa como sede de valores; a pessoa em relação de empatia e de simpatia com o outro⁽²⁵⁾.

A realidade do discurso jurídico é a pessoa, o que afasta o egoísmo, pois a pessoa é para os outros.

A pessoa é a primeira e última referência do Direito: este começa pela pessoa e termina com ela⁽²⁶⁾.

O Estado e a sociedade têm valores próprios: mas estes têm de respeitar a dignidade da pessoa e decorrerem da pessoa em si mesma em relação com os outros, das múltiplas relações da pessoa e da moralidade social resultante. Relações tantas vezes contrariadas por modelos sociais egoístas de poder e utilidade.

Nas suas grandes linhas, o Direito persegue a satisfação dos direitos da pessoa, no quadro das políticas públicas possíveis e promovidas pelas pessoas, com as pessoas, para as pessoas.

5. A pessoa. Preciões. Pessoa em si mesma e em relação

Tomemos um momento para reafirmar a centralidade da pessoa em relação.

A pessoa reconhece-se pela pertença biológica à espécie humana. O ser humano, todo o ser humano é pessoa, tem esta dignidade⁽²⁷⁾.

As primeiras realidades de base são os corpos. O corpo físico é uma realidade de base por não derivar seja do que for⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Sobre o que se segue, ver DIOGO LEITE DE CAMPOS e NANCY ANDRIGHI, *ob. cit.*, p. 41, ss., que acompanhamos de perto.

⁽²⁶⁾ *Auts. ob. cits.*, p.

⁽²⁷⁾ *Vd.*, em geral, BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *A metadonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra, 1994.

⁽²⁸⁾ *Vd.* STRAWSON, *Les individus, Essai de Métaphysique descriptive*, trad. fr., Ed. du Seuil, Paris, pp. 42-4.

A animalidade humana não se esgota em si própria, mas é um meio de realização da pessoa⁽²⁹⁾. A personalidade é um modo de existência, a realização específica e individual da existência⁽³⁰⁾.

Pessoa não designa uma classe, mas o elemento de uma classe, não enquanto tal, mas enquanto é indivíduo, sendo pessoa um nome próprio⁽³¹⁾.

O nome da pessoa, o nome próprio — o nome próprio é um importante direito da personalidade — designa um só indivíduo diverso de todos os outros da mesma espécie. Dirigindo-se a precisar a sua identidade e a sua individualidade.

Pessoa é um “nomen dignitatis”⁽³²⁾, designando uma qualidade que só pertence a um⁽³³⁾. A pessoa é digna. O reconhecimento da pessoa envolve o reconhecimento de uma dignidade, de direitos próprios e de deveres específicos para com esse indivíduo⁽³⁴⁾.

O ser humano é único, é em si mesmo. É uma sede de valores única no universo. É muito mais do qualquer outra espécie o amor, a razão, a liberdade.

O amor é inato na pessoa, elemento principal da sua vida, na forma de solicitação a comportamentos.

É constitutivo e essencial ao ser humano o eu-tu. A pessoa é relação, cuidado⁽³⁵⁾. É com os outros, pelos outros e para os outros. A pessoa é amor.

É através desta dignidade que a pessoa gera a sociedade e o Direito. É jurisdgênica.

6. Políticas financeiras e valores/justiça

As políticas financeiras estaduais têm de ser fundadas em valores — do Estado, da sociedade e da pessoa — para se “justificarem” (para serem “justas”) para poderem ser impostas, para serem Direito (financeiro, do

⁽²⁹⁾ SPAEMANN, R., *Les personnes-Essai sur la différence entre “quelque chose” et “quelqu'un”*, trad. francesa, Paris, 2009, p. 344.

⁽³⁰⁾ SPAEMANN, p. 48.

⁽³¹⁾ *Aut. ob. cits.*, p. 48.

⁽³²⁾ *Aut. ob. cits.*, p. 48.

⁽³³⁾ SAINT VICTOR, RICHARD DE, *De Trinitate*, 4,6.

⁽³⁴⁾ SIC, SPAEMANN, p. 30.

⁽³⁵⁾ ZUBIRI, XAVIER, *Tres dimensiones del ser humano: individual, social histórica*, p. 24.

trabalho, da segurança social, etc.). Pois só é lei vinculativa a que é justa e a que é injusta é só força, portanto ilegítima, despertando o direito de resistência de cada um e de todos.

Mas... que justiça? Como se encontra a justificação das normas?

A pessoa humana é uma sede de valores; a sociedade e o Estado têm valores. O Estado existe, não é um mero nome ou uma simples máquina administrativa.

O bem comum tem um conteúdo material de justiça. E esta justiça é integrada pelos direitos de personalidade sempre em descoberta e aprofundamento. Direitos de primeira, de segunda e de terceira gerações. Direitos de conteúdo ético e protetor da pessoa e da coletividade perante as outras pessoas e o Estado, mas também deste perante aqueles. Compete (também) ao Estado respeitar aqueles direitos e prosseguir-los.

Estes direitos estendem-se a comportamentos positivos, a prestações do Estado. Assim, o direito à vida — a não se ser privado da vida — aspira a que o Estado e a sociedade forneçam os bens necessários para que a vida não feneça, como alimentação, habitação, etc. O direito a casar-se e a constituir família exige que seja assegurado a cada um nomeadamente o espaço (casa de morada de família) e o tempo, livre de trabalho, para o casal e os filhos. E seguem-se os outros direitos.

Os direitos de personalidade têm um duplo sentido de proteção da pessoa: abstenção dos outros e do Estado de intromissão na esfera protegida; fornecimento pelo Estado dos bens necessários para assegurar a sua efetividade. O Estado e os outros, por um lado, têm de se desinteressar da esfera jurídica da pessoa; mas também devem contribuir para o preenchimento dessa esfera através de bens diversos. E o Estado caminha sem interrupção de Estado-de-Direito para Estado-de-Direito-social.

Os direitos ainda parecem reduzir-se à pessoa humana, ao indivíduo. Porém, numa terceira fase aparecem os grupos sociais e a própria sociedade em geral como titulares de direitos: os direitos dos idosos, das crianças, das minorias e o direito geral ao desenvolvimento económico e social, entre outros.

Tudo direitos no sentido técnico-jurídico do termo, envolvendo uma pretensão e um débito. Sendo a sanção das normas a sua inconstitucionalidade.

O Estado contemporâneo tem caminhado para um Estado-dos-direitos, no qual a relação Estado/cidadão se articula com base numa rede de pretensões e de deveres de prestação. O Estado exige tributos aos cidadãos; os cidadãos exigem a aplicação das respetivas receitas na satisfação dos seus direitos.

Todavia os recursos não são ilimitados: nem os das famílias e empresas para pagarem tributos; nem os do Estado para satisfazerem as necessidades. Há sempre muito a fazer com o suporte do desenvolvimento económico e social.

Estes direitos de conteúdo económico (direitos à habitação, à saúde, à educação, etc.) devem ser prosseguidos primeiro pelo seu titular, na medida da sua vontade e das suas possibilidades. Só complementados ou facilitados pelo Estado — ou assumidos completamente no interesse geral. Assim, uma tributação que impeça os cidadãos de prosseguirem os seus direitos seria ilegítima. Com seria ilegítimo impor ao cidadão certas maneiras ou certas vias de satisfação desses direitos, em prejuízo do seu direito a construir e a prosseguir o seu projeto de vida.

Há que situar aqui, repetimo-lo, o direito ao desenvolvimento económico e social. A cobrança de tributos não pode esquecer este direito, prejudicando-o gravemente. Seria o caso, por ex., de uma política de consequências recessivas a longo prazo.

As normas constitucionais, dotadas do carácter indeterminado de quaisquer normas, permitem uma boa margem de apreciação e de governo, controlada pelo Tribunal Constitucional.

No extremo oposto da prossecução dos direitos da pessoa encontra-se uma política sem ética, radicalmente diversa e com consequências antagónicas.

Para atentarmos só nas suas raízes mais próximas, lembremos que para Montesquieu o indivíduo era súbdito da vontade geral (de si mesmo...). Pelo que a liberdade passava a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite ou impõe⁽³⁶⁾.

Para controlar a apropriação desta base pelo totalitarismo, exigiu-se, mas deu-se como assente, a coincidência do Direito (vontade geral) com a justiça (inerente a essa vontade). A vontade geral não poderia deixar de ser justa.

O soberano “de ciência certa e poder absoluto” do despotismo esclarecido, corre o risco de só mudar de nome, sendo substituído por outro soberano escondido por detrás da vontade geral.

Experimentando-se e reconhecendo-se a incerteza desta “justiça” “criaram-se” os direitos da pessoa como condicionantes e limites da vontade geral, como conteúdo do próprio Direito ao auto-limitar-se. Reti-

⁽³⁶⁾ *Sur l'esprit des lois*, xi, cap. 3.

rando-se ao Direito a característica de mero instrumento de poder. Salvaguardando-se o indivíduo ao afirmar-se a total e incondicionada dignidade do ser humano, para além da conjuntura histórica, do país ou da época. Exigindo-se de qualquer materialismo, de qualquer economicismo, de qualquer ordem de produção que seja justa ao respeitar e promover os direitos da pessoa. Na ausência do que seria ilegítima e, em última análise, ineficaz.

7. Cont. O respeito pela pessoa e os seus direitos. A nova sociedade e o novo Estado

A pessoa digna abre o espaço a uma política com ética, respeitando os direitos das pessoas, de modo ético-jurídico. Pode ser eficaz sem deixar de ser ética, sendo ética para ser eficaz e legítima.

A pretensa oposição entre justiça e eficácia é descabida. Só é eficaz o que for justo. O resto é violência ilegítima.

O Direito tem um fundamento axiológico que é a sua “justificação” — que o faz justo e assim converte a imposição em Direito. Esta justificação está na pessoa humana enquanto sede de valores e, portanto, de direitos. Mas também na dimensão dos valores sociais. Todos estes a promoverem os valores da pessoa e do Estado previstos na Constituição formal ou perceptíveis na constituição material. A primeira tarefa do jurista é a procura da conformidade (do “compliance”) da observação destas regras e valores⁽³⁷⁾. Tarefa que, em última análise, tem de ser exercida pelos tribunais.

O Direito tem de se limitar a reconhecer a pessoa humana e a declarar os seus direitos. Embora estes existam “juridicamente” mesmo sem consagração jurídico-formal. Mas tem sempre de se afirmar simultaneamente a dimensão social da pessoa, a existência de um sistema de valores através dos quais a conduta de cada indivíduo (e de todos) é regulada de acordo com os valores sociais. O ser humano vive *com os outros* (e gostaríamos de pensar que vive *para os outros*)⁽³⁸⁾.

O Estado de hoje (“*pós-moderno*”) é menos o Estado dos “*poderes*”, das sanções, das ordens a que se obedece sem discutir.

⁽³⁷⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A génese dos direitos da pessoa*, in “Nós — Estudos sobre o Direito das pessoas”, Almedina, Coimbra, 2004, p. 54.

⁽³⁸⁾ *Aut. ob. cit.*, p. 55.

Assume uma função “*promocional*” através das “*sanções positivas*”, dos incentivos, das recompensas que não visam (diretamente) punir os atos socialmente indesejáveis, mas promover os socialmente desejáveis⁽³⁹⁾.

Segue-se a prossecução de tal finalidade através de normas de organização que visam promover a associação concertada entre indivíduos e organizações prosseguindo fins comuns.

Finalmente, atua cada vez menos por imposições, ordens ou castigos. E mais por associação dos indivíduos e das organizações à roda de referências comuns de carácter ético-social, geradas ou aceites pela comunidade.

A família, as sociedades, as associações, as organizações políticas estão “*reguladas*” por normas de organização — não por normas de conduta — que permitem e promovem valores ético-jurídicos e sociais.

Há que afastar a concepção do Direito como (só) estabelecendo conexões entre obrigação/coação/sanções.

Não é de menosprezar a importância que o “*mero*” imperativo ético ou social e as recompensas de toda a ordem a ele associadas têm no cumprimento das normas.

A escassez natural de meios tem de respeitar os valores constitucionais, hierarquizando-os embora; deve ser comparticipada pelos cidadãos — condições da sua legitimidade e eficácia. E não ser só financeira, mas ver a sociedade e os seus valores de modo interativo e interdependente. Serão respeitados os valores constitucionais, sabendo-se que as normas contêm uma certa margem de indeterminação. E sujeitando-se ao escrutínio político e dos tribunais.

As normas imperativas — nomeadamente as que impõem, ou impunham, obrigações — têm-se transformado em relações de associação, na dependência da vontade dos cidadãos, dotadas de sanções reduzidas e “*externas*” a elas⁽⁴⁰⁾.

Vendo-se em conjunto o sentido do Estado; a natureza imperativa dos direitos da pessoa; e a impossibilidade de reduzir qualquer política financeira a uma política “*meramente*” financeira.

Qualquer política financeira tem de se integrar numa “*política geral*” em que se insere a proteção e a promoção dos direitos da pessoa como ingredientes nucleares de qualquer política pública.

Tal política, como qualquer política pública, deve ser entendida e comparticipada pelos cidadãos como objetivos e procedimentos entendi-

⁽³⁹⁾ *Vd.* BOBBIO, NORBERTO, *Da estrutura à função*, (trad. em port.) Manole, p. 2.

⁽⁴⁰⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Pessoa, tempo e agregado social na relação jurídica*, Revista da Ordem dos Advogados, 72, 1, Lisboa, 2012, p. 23, ss.

dos e partilhados por todos. Os cidadãos não são “sujeitos” ao Estado; é antes este que é um Estado-dos-cidadãos, atuado por estes cidadãos.

Começa assim a delinear-se a legitimidade (e a constitucionalidade) da política, mesmo restritiva.

Os direitos da pessoa são limites jurídicos à atividade do Estado e, simultaneamente, valores a promover. Nesta perspetiva, uma política legítima terá de se limitar a estabelecer uma hierarquia e aproveitar o carácter indeterminado das normas que fixam esses direitos como margem de actuação do legislador ordinário. Tudo sujeito ao controlo dos tribunais e à consciência de que só a justiça é eficaz e legítima.

8. O desenvolvimento económico e social como exigência, mas problema, às políticas públicas. Limitações às políticas públicas

A conceção das políticas públicas está sujeita a profundas dificuldades, como a História e sobretudo diversos regimes políticos do século XX demonstraram.

Qual a razão da organização “*caleidoscópica*” das grandes cidades? pergunta John Holland⁽⁴¹⁾. Existe nestas cidades uma “*coerência*” que se “*sobrepõe a um fluxo perpétuo de pessoas e estruturas*”⁽⁴²⁾, apesar da ausência de planeamento central — ou talvez por causa desta ausência...

Só pode estranhar esta coerência — e Holland não a estranha, antes a explica — quem continuar a pensar que a sociedade é explicável por regras matemáticas assentes no “*pressuposto da linearidade*”⁽⁴³⁾.

O todo não é resultante da soma dos valores das partes; e a divisão do todo dá valores diferentes.

Pensou-se até há pouco — e continua a praticar-se este pensamento — que as coisas, os objetos, são independentes uns dos outros, sendo a realidade separável. Hoje caminha-se antes no sentido de não-separabilidade dos objetos.

Detenhamo-nos um pouco nesta não-separabilidade.

Parecia possível separar pelo pensamento a realidade (exterior ao observador) em vários elementos distintos e localizados. É certo que estes

⁽⁴¹⁾ *A ordem oculta*, trad. port., 1997, Gradiva, pp. 23 e 24.

⁽⁴²⁾ *Aut. ob. loc. cit.*

⁽⁴³⁾ *Aut. ob. cit.*, p. 38.

elementos podiam interagir, mas só dentro de limites que “*thes eram assinalados*”. Havia, pelo menos, uma “*relativa*” independência mútua das coisas na realidade do mundo exterior⁽⁴⁴⁾.

A conceção da inseparabilidade, essencial à mecânica quântica, abrange toda a matéria, mesmo a da vida quotidiana. E parece-me transponível para a sociedade humana. Alterando radicalmente a nossa perspetiva dos comportamentos coletivos, nomeadamente dos compostos por um grande número de constituintes idênticos.

Tanto na matéria exterior, como nos grupos sociais, um grande número de elementos da mesma espécie mostra comportamentos novos. Lembremos aqui o princípio da exclusão de Pauli segundo o qual dois fúmiões idênticos não se podem encontrar no mesmo estado físico. Assim, um estado coletivo deveria ser constituído a partir de estados individuais diferentes.

Voltemos à separabilidade.

Na mecânica clássica um sistema de diversas partículas pode separar-se em tantos subsistemas quantas as partículas.

Na mecânica quântica, para muitos autores, o sistema global será em princípio o único provido de propriedades físicas próprias, não pertinentes necessariamente a cada uma das partículas.

Repito que daqui se podem tirar influências importantes para os conjuntos sociais.

Passemos a um outro dos postulados da física tradicional: o determinismo.

Assentava-se em que era possível prever com segurança a evolução de um sistema físico a partir das suas condições iniciais.

Pelo contrário, a mecânica quântica não é determinista, dando só probabilidades dos diferentes resultados possíveis “*a priori*”.

A física e as ciências sociais dos séculos XIX e XX assentaram demasiadamente no determinismo, sobretudo as ciências sociais por influência de um mecanicismo nem sempre bem entendido.

São as flutuações incontrolláveis das variáveis suplementares (ou escondidas) que explicam a não-previsibilidade dos resultados.

Ultrapassando-se a matemática de Newton e de Leibniz que assentava num mundo caracterizado pelo determinismo, pela repetição e pela previsibilidade.

Afirmou-se que conhecimento exato, do tipo matemático e linear, das leis do movimento e do estado do universo num dado momento permitiria

⁽⁴⁴⁾ *Vd. D'ESPAGNAT, B., “Nonseparability and the tentative descriptions of reality, Physics Reports”, 1984.*

prever a história completa do Universo. É o ponto de vista de Laplace ainda no século XVIII.

Isto não é correto. O Universo é um sistema quântico, em termos de, mesmo se o seu estado inicial e as leis fundamentais da matéria fossem dadas, só se poderem determinar probabilidades.

Aliás, mesmo que se ignorassem os problemas da indeterminação quântica, uma alteração muito pequena na situação de partida levaria a uma grande diferença na chegada. A situação inicial seria sempre conhecida só parcialmente.

A realidade, a natureza, não são lineares e dificilmente previsíveis, quanto mais não seja pelo interagir de modos complexos, de factores ocultos. Os sistemas económicos e sociais desafiam a análise matemática e a simulação.

Os sistemas sendo não lineares, pequenas alterações nas entradas podem levar a consequências desmesuradas: o bater de asas de uma borboleta em Coimbra leva três séculos depois, a um céu azul nas Caraíbas.

Os sistemas muito complexos, à superfície, podem ser gerados por processos simples.

Integra-se aqui a teoria do “*caos*” que assenta em sistemas dinâmicos não lineares. Da interação das componentes individuais emerge uma propriedade global que não era previsível a partir do que se sabia das partes componentes. E esta propriedade global repercute-se para influenciar o comportamento dos componentes.

As propriedades globais resultam do comportamento agregado dos indivíduos, voltando esse agregado a ser afetado em “*ricochetes*”.

Fiquemos, sem ir mais longe, com a ideia de agregado, de comportamento agregado. É este sistema complexo que produz ordem⁽⁴⁵⁾.

Parece que a auto organização é uma propriedade dos sistemas genéticos complexos.

Os seres humanos, inseridos numa socialidade muito complexa têm a sociabilidade como expressão cultural, não inserida no seu código genético, mas essencial para a sua própria sobrevivência e progresso. A vida do ser humano individual é transformada qualitativamente pela situação de membro de uma entidade maior⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Para um sumário desta matéria, *vd.* PAGELS, HEINZ R., *Os Sonhos da razão*, Gradiva, Lisboa; McShea Arun V. Holden, ed., Manchester, Manchester University Press, 1986; LEWIN, ROGER, *Complexidade, A vida no limiar do caos*, Caminho, Lisboa.

⁽⁴⁶⁾ Pode ser associada a esta temática, a da “*inteligência colectiva*” que sustenta (através de múltiplas vezes) que a proximidade das pessoas através das novas tecnologias da informação, tende a

Nesta matéria, e no que se refere à “*querela dos universais*”, afirma-se um realismo moderado: a sociedade e o Estado também existem, mas só depois da pessoa humana.

As comunidades humanas — tal como as dos seres vivos — evoluem na direção do limiar do caos. Mas é neste limiar que surgem novas propriedades que impedem o caos. Emerge uma dinâmica auto-organizativa, um “*dedo invisível*” (eu falaria do “*dedo de Deus*”) que vai promovendo a estabilidade de baixo para cima, até atingir a globalidade da Terra. Ao contrário da teoria de Darwin, a vida não é produto de uma “*série de eventos, mas o resultado de uma dinâmica comum estruturante*”.

Daqui podem tirar-se influências significativas para as sociedades humanas, mesmo para os seus aspetos “*exteriores*”.

Os cultores e práticos das ciências sociais, nomeadamente da Economia e da Gestão, do Direito, etc., enquadravam o seu pensamento ou a sua ação em pressupostos de previsibilidade e de linearidade, assentes numa “*linguagem*” linear. Em que se partia de um impulso inicial para um resultado final, previsível e controlável.

Este modelo mecanicista foi posto em causa pela consciência de que o mundo é não linear, complexo, marcado pela natureza e imprevisibilidade.

As organizações — empresas, Estado, por ex. — são sistemas adaptativos complexos, integrados por um sem número de agentes sempre a interagir e assim criando novos comportamentos para o todo de sistema. Nestes termos, os dirigentes políticos, sociais, societários, etc., não podem controlar/determinar as suas organizações, mas só influenciá-las numa certa direção.

Assim se ultrapassam “*definitivamente*” as teorias que viam na sociedade um organismo/máquina e na fábrica/empresa também uma máquina na qual os trabalhadores eram definidos como unidades passivas de produção⁽⁴⁷⁾.

Os “*gestores sociais*” não devem tentar prever e controlar com muita minúcia, pois assim maior será o desvio final em relação às precisões. E tanto maiores quanto a complexidade dos sistema e o tempo, decorrido.

criar valores e modelos de comportamento comuns. Entre muitos outros, *vd.* TOVEY, MARK (ed.), *Collective intelligence, creating a prosperous world at peace*, 2008, Earth intelligence Network, Oakoin; LÉVY, PIERRE, (trad. inglesa), *Collective intelligence, Mankind's emerging world in cyberspace*, s.d., Perseus Books, Cambridge, Mass; SHIRKEY, CLAY, *Here comes everybody: the power of organizing without organizations*, s.d., Penguin Books, N.Y.

⁽⁴⁷⁾ Como queria TAYLOR, FREDERICK WINSLOW, em “*The principles of scientific management*, 1911. *Vd.* a interessante análise crítica de FRIEDMAN, D.H., *Is management still a Science?*, Harvard Business Review, Nov./Dez., 1992, p. 27. Também MILTON DE OLIVEIRA, *Caos, emoção e cultura*, Ophicina de Arte e Prosa, Belo Horizonte, 2000.

Podem “*compreender-se muito bem*” as partes; mas depois há um estudo sobre o sistema, sobre as interações das partes, tão importantes como a análise.

9. O positivismo na aplicação das leis. Preferência pela certeza e segurança na aplicação, com menor cuidado na criação. O princípio da legalidade

9.1. Generalidades

O princípio da legalidade dos impostos e demais prestações legais (de caráter tributário) vem disposto no art. 103.º, 2, da CRP: a lei criará os impostos, determinando a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. Este princípio é aplicado pelos arts. 165.º e 198.º da Constituição da República portuguesa⁽⁴⁸⁾.

A alínea *i*) do n.º 1 do art. 165.º determina que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre a criação de impostos, o sistema fiscal (e regime das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas). Poderá, porém, autorizar o Governo a legislar sobre estas matérias, devendo as leis de autorização legislativa definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização que pode ser prorrogada (n.º 2). As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada (n.º 3).

As autorizações legislativas inseridas nas leis do Orçamento, por fazerem parte destas leis, são um conjunto programático independente dos Governos em vigor durante o ano em causa, seja qual for o Governo⁽⁴⁹⁾.

A alínea *b*) do n.º 1 do art. 198.º da Constituição da República atribui ao Governo competência para fazer decretos-lei em matéria de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta.

As normas que temos vindo a enunciar consagram a reserva absoluta da lei formal.

Distingue-se entre reserva da lei material e a reserva da lei formal.

Há reserva da lei material quando certos problemas normativos devem ser regrados por um diploma de carácter geral e abstrato, indepen-

⁽⁴⁸⁾ No que se segue seguimos DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, *Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 111, ss., e Editorial D’El Rey, Belo Horizonte, 2000, *ibid.*

⁽⁴⁹⁾ Cf. J. M. CARDOSO DA COSTA, *Sobre Autorizações Legislativas da Lei do Orçamento*, Coimbra, 1992.

dentemente da forma que revista — Lei, Decreto-Lei, decreto regulamentar ou, mesmo, Portaria ou Despacho genérico.

Estaremos perante reserva da lei formal quando o diploma regulador dos problemas normativos é uma lei da Assembleia da República.

Haverá reserva absoluta quando a lei deve conter a descrição completa dos pressupostos de facto (previsão), bem como a descrição exaustiva das suas consequências (estatuição).

Em matéria tributária a lei deverá descrever todos os pressupostos de facto do imposto, de maneira completa, bem como regular todos os elementos necessários ao cálculo da obrigação do imposto. Excluindo qualquer mediação voluntarística da Administração ou do contribuinte entre a norma, o caso concreto e o imposto.

A reserva relativa da lei estabelece só os princípios, ou bases gerais, ou quadros, da regulamentação jurídica, deixando a outras fontes de direito de grau inferior (geralmente a diplomas do Governo) a tarefa de os concretizar, aproximando-os do caso concreto.

O princípio da legalidade aparece, no Direito Constitucional por português, como reserva absoluta da lei formal.

Não só a matéria de impostos deve ser regulada (e só pode ser) por lei da Assembleia da República (ou por decreto-lei no caso da autorização legislativa), como a lei deve conter, provendo-os, todos os critérios de decisão do caso concreto. A decisão jurídica deve resultar (o mais possível...) da subsunção (“quase automática”) do caso na norma.

9.2. A interpretação/aplicação das normas. Limites

A interpretação/aplicação das normas é regida, no essencial, pela Lei Geral Tributária portuguesa.

O seu art. 13.º, 1, vem afirmar que as normas fiscais são normas jurídicas, sujeitas à hermenêutica geral. Afastando a interpretação/aplicação das normas com base no princípio da realidade económica que permitia subordinar as normas ao fim, vago e arbitrário, da cobrança máxima de receitas⁽⁵⁰⁾. Isto na esteira da luta contra a “fraude fiscal” elevada a valor orientador do ordenamento jurídico-fiscal. Ora é a justiça, exigida pela pessoa, enquadrada na certeza e segurança do Direito, como valores que a

⁽⁵⁰⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, pp. 90-91.

não consomem, antes a ajudam, justiça que constitui o valor fundamental do Estado-de-Direito⁽⁵¹⁾.

Ainda em matéria de interpretação/aplicação, a Lei Geral Tributária, no seu art. 11.º, 2, veio dispor que os conceitos dos outros ramos de Direito adotados pelo Direito Fiscal, mantêm o seu sentido e o seu âmbito de origem⁽⁵²⁾.

Assim, o Direito fiscal deixa de poder afeiçoar conceitos como compra e venda, sociedade, prédio, etc., a pretensos fins de cobrança de receitas.

9.3. A hermenêutica

O descrito princípio da legalidade/tipicidade visa um especial “rigor” na aplicação das normas, assente na ilusão da mera leitura e aplicação dos seus textos.

O poder que a Administração Tributária tem de liquidar impostos e extrair títulos executivos dos atos de liquidação, enquanto não for limitado pelo imperativo constitucional de não se pagarem impostos ilegais ou inconstitucionais, permite aceitar alguns cuidados na interpretação.

Sabe-se que a aplicação lógico subsuntiva da norma ao caso é uma ilusão. Bem denunciada pelas variações da jurisprudência decidindo de modos diversos casos idênticos à luz das mesmas normas. Sobretudo, mas não só, em matéria de cláusula anti-abuso, preços de transferência e fixação da matéria coletável por métodos indiciários.

De qualquer modo, atenta a circunstância, já se propôs uma interpretação mais ontológica da lei fiscal, “uma análise das expressões lógico textuais das normas e dos correspondentes significados”, em prejuízo da reconstituição sistemática e dogmática dos enunciados das normas jurídicas⁽⁵³⁾.

Embora tudo acabe por recair na análise dos atos legislativos enquanto ações valoráveis e criticáveis⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ *Auts. ob. cits.*, p. 91, referindo diversos autores.

⁽⁵²⁾ Sobre esta matéria, *vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAMIM SILVA RODRIGUES e JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária*, Anotada e Comentada, com. ao art. 11.º.

⁽⁵³⁾ *Auts. ob. cits.*, p. 87.

⁽⁵⁴⁾ *Auts. ob. cits.*, p. 88.

9.4. Sentido atual do princípio da legalidade

No Estado-de-Direito contemporâneo, a exigência de tutela dos direitos da pessoa tem vindo a esgotar-se só na sua previsão na constituição e na sua regulamentação através de “leis” das Assembleias representativas.

Assim dispõe a constituição portuguesa de 1976; que, além de prever um certo número de direitos da pessoa, determina que só a lei (da Assembleia da República) é idónea para os regulamentar e restringir (art. 18.º).

Além disso, tem-se vindo a acentuar o controlo jurisdicional, não só sobre a constitucionalidade das leis que versem direitos da pessoa, como sobre a sua aplicação, a nível de mera legalidade.

A instituição de impostos (e outro tributos) constituindo, conforme referi, uma limitação à esfera da liberdade patrimonial — nomeadamente, aos direitos à propriedade, à destituição dos rendimentos do trabalho, etc. — e conseqüentemente, da liberdade pessoal, entra no quadro das matérias que têm de ser reguladas por lei.

Assim, a reserva da lei em matéria de impostos pretende-se uma garantia dos particulares, no sentido de que as assembleias representativas saberão harmonizar as exigências da coletividade com liberdades individuais.

Mesmo que se considere desvalorizado o princípio da legalidade, como reserva de lei forma, julgando satisfatório o grau de certeza proporcionado pelo decreto-lei do Governo, haverá que levar em conta os seguintes fatores — que já referimos.

Sendo os parlamentos os mais diretos porta-voz dos povos, o princípio da legalidade integra-se numa via adequada a conduzir à liberdade e à democracia que não se pode desprezar.

Nesta ordem de ideias, o mais longo e mais transparente processo legislativo dos parlamentos permite um melhor amadurecimento da lei e o mais seguro controlo pelo povo.

Numa época em que a “tecnoestrutura” se tem vindo a apossar do poder, bom será que a essência se mantenha nos “políticos” eleitos e dependentes do povo.

9.5. Genealogia do princípio da legalidade

A expressão “Estado-de-Direito” reveste um duplo significado. Em sentido material, revela a finalidade essencial do Estado, a realização da justiça e da segurança. Em sentido formal, traduz a ideia de que a realiza-

ção dos fins do Estado deve ser prosseguida unicamente através de formas jurídicas, sobretudo da lei em sentido formal.

Sucedem, porém, que no Estado-de-Direito liberal a realização da justiça se esgotava, aparentemente, no aspeto formal. A justiça é igualdade dos cidadãos perante a lei, a delimitação comutativa das suas esferas jurídicas. A justiça em sentido material depende do livre funcionamento da soberania dessas esferas jurídicas, do tecido social que elas livremente fabricarem. Será, portanto, uma justiça contingente, variável, situada no ponto de encontro das vontades dos particulares, que o Estado se limita a reconhecer sem tentar influenciar e muito menos moldar.

O Estado-de-Direito liberal é, portanto, largamente estranho à constituição de uma sociedade que se desenvolve fora dele. Estabelece as regras de jogo, mas não influencia o resultado. A realização da justiça esgota-se na disposição de que a lei é igual para todos. A justiça é um ponto geométrico, o do equilíbrio das forças individuais ou sociais, portanto contingente. Em direito privado, temos a liberdade contratual: em direito público, temos o liberalismo político, o Estado polícia.

Esta conceção do Estado e da sua função tem importância no campo das regras básicas da tributação. O conteúdo material do Estado-de-Direito esgota-se, também no campo fiscal, na simples estrutura formal. O princípio da igualdade exprime-se na simples proibição do arbítrio, ou seja, no mesmo tratamento pela ordem jurídica. Este princípio da igualdade significa que todos os cidadãos (princípio da generalidade) devem contribuir para os encargos na medida dos seus haveres (princípio da capacidade contributiva).

O princípio da igualdade tem, de início, um conteúdo predominantemente aritmético. Em impostos de taxas proporcionais, cada um se vê privado da mesma percentagem dos seus rendimentos. Por outro lado, como o estado se abstém de intervir na conformação da sociedade, o imposto tem a única função de cobrir as despesas.

Deste modo, o princípio da igualdade vem a reduzir-se ao princípio da legalidade. É à lei, que cabe definir os elementos essenciais dos impostos. Como os impostos representam uma intervenção do Estado nas, em princípio, invioláveis, esferas jurídicas dos cidadãos, devem ser consentidos por esses mesmos, atrevo dos seus representantes. Reserva-se, portanto, a criação dos impostos ao Parlamento, órgão principal da função legislativa, por representar mais do que qualquer outro, a vontade nacional. O princípio da legalidade tributária, como auto-tributação dos cidadãos, aparece com este sentido nas Constituições portuguesas, até hoje.

O princípio da igualdade tributária surge, portanto, como uma simples consequência do princípio da legalidade e a justiça material é absorvida no carácter formal da criação de impostos pela lei. Se os impostos forem criados e disciplinados pela lei, e forem os mesmos para todos, a justiça está assegurada. A função de atuação direta dos impostos na esfera social e económica é desconhecida ou relegada para segundo plano, podendo dizer-se que a finalidade dos impostos é a de cobrir as despesas públicas.

Com a evolução político-social do século passado e a pressão das classes mais desfavorecidas, o aspeto material do Estado-de-Direito passou a ter conteúdo, deixando de se esgotar no simples primado da lei. O Estado-de-Direito quer-se social (ou mesmo socialista); a lei passou a ser instrumento de uma justiça material integrada por grandes princípios de desenvolvimento económico, de igualdade de oportunidades, de igualdade social e económica, etc.

Esta alteração do conteúdo material do Estado-de-Direito refletiu-se no domínio fiscal.

O princípio da igualdade tributária ainda traduz — ou então não se tratará de um Estado-de-Direito — a igualdade perante a lei fiscal. Mas esta proibição do arbítrio já não impede que a diversa condição económica dos contribuintes esteja sujeita a tratamento também diverso, com o fim de promover a realização dos grandes fins político-económicos e sociais que a comunidade se assinala. Situações qualitativamente diferentes merecem tratamento também qualitativamente diverso, em vez de se tratar, como antigamente, de uma simples questão de quantidade.

De começo, as taxas dos impostos, moderadamente progressivas, pretendiam atingir uma igualdade de sacrifícios: pagar dez de imposto quanto se tem cinquenta representará talvez um sacrifício equivalente a pagar cinco quando se tem trinta de rendimento. E os impostos respeitam as grandes regras de jogo da economia capitalista, favorecendo a acumulação do capital e a transmissão dos bens por herança, respeitando o capital e tributando só o rendimento, etc. O Estado, nesta medida, intervinha para salvaguardar uma situação dada que se limitava a reconhecer, sem a modificar nas suas estruturas de base.

Os impostos continuam a ter fins predominantemente financeiros, de arrecadação de receitas; as finalidades sociais, económicas, etc., se bem que frequentes, continuavam de algum modo acessórias.

Todavia, a realização dos grandes objetivos económicos e sociais é inseparável do próprio conceito de imposto sobrelevando, mesmo, muitas vezes, o simples objetivo da obtenção de receitas.

10. Algumas insuficiências do princípio da legalidade

10.1. O legislador “real”

O princípio da auto-tributação, em que se funda politicamente o princípio da legalidade, exige que as leis fiscais sejam votadas pelos parlamentos; sendo estes representantes dos cidadãos e da vontade destes.

Assim, será a vontade dos cidadãos — da maioria destes — que os parlamentos exprimem ao votar os impostos.

A ciência política contemporânea adquiriu “definitivamente” o distanciamento entre a vontade popular e a vontade dos parlamentos e estes só muito incompletamente são o porta-voz dos eleitores que não dispõem de canais capazes de transmitir a sua vontade aos seus “representantes”.

Por outro lado, os parlamentos mais não fazem, a maior parte das vezes, do que aceder às propostas legislativas do Governo ou dos grupos parlamentares que veículam propostas do Governo.

Faltarão porventura a alguns parlamentares (“técnicos de ideias gerais...”) a competência técnica e o tempo para ponderarem adequadamente e com autonomia as propostas que vão votar; escapando-lhes múltiplos aspetos que exigem aprofundada preparação jurídica, económica e financeira. Assim, os parlamentos são, frequentes vezes, meras instâncias de ratificação da vontade dos Governos...

E, se virmos bem, nem dos Governos. Com efeito, estes últimos estão absorvidos por uma imensa massa de informação que têm de “tratar” para depois criar as normas jurídicas e os projetos políticos de governo da “polis”. Assim, cada vez são mais incapazes de se aperceber das consequências do sentido das normas que editam — para além de vago sentido geral apercebido com base em informações que recebam da Administração.

Necessitam de um pensamento complexo para o qual dispõem de tempo.

A escassa fundamentação das normas é bem reveladora da falta de trabalhos preparatórios na, pelo menos, ausência da sua publicação quanto à grande maioria dos mais significativos diplomas legislativos.

A legislação — nomeadamente a legislação fiscal — é frequentemente produzida (ou, pelo menos, inspirada) por níveis intermédios da Administração fiscal que a fazem atravessar incólume instâncias políticas impreparadas ou demasiadamente confiantes. Sendo, cada vez mais frequência, instâncias “técnicas” e administrativas as “reais” “autoras” da legislação atribuída aos órgãos políticos. Em prejuízo de políticas

financeiras animadas pela prossecução dos direitos das pessoas, pelos fins fundamentais do Estado assentes no desenvolvimento económico e social.

11. A ilusão autoritária do positivismo não inclusivo

O positivismo é considerado representar o ideal de um direito imposto e rígido e conseqüentemente a negação da procura do “justo”⁽⁵⁵⁾. Trata-se, por outras palavras, de um direito não inclusivo de valores externos, auto-suficiente, aplicado em si mesmo e por si mesmo.

Note-se que ao apreciar o positivismo, não se está valorar o Direito positivo. A crítica do direito positivo não parte e não termina no seu eventual positivismo. Pode haver sistemas positivistas dotados de elevado grau de justiça.

Contudo, a tendência moderna, desde o século XVII, de aceitar como Direito, sem discussão, ou com a mera afirmação de um conjunto de leis imutáveis aplicáveis por um processo semelhante ao da matemática, parece afastar a procura do justo. Tanto mais que os juristas dos países do centro e do Norte da Europa se preocupavam sobretudo com a paz social, como um bem em si e que a paz social assentava numa correta distribuição dos bens⁽⁵⁶⁾.

E se o sistema jurídico assenta e decorre do direito natural? Continuará a ser positivista ou compreenderá a procura do justo com base em valores extra-jurídicos?

Há que assentar que o positivismo não tem, nem exige, ver a mesma com maus olhos, a procura de uma justificação para o conteúdo da lei, pelo menos a nível da sua aplicação. Este decorre da mesma vontade soberana, seja esta a do príncipe de ciência certa e poder absoluto, ou das assembleias “representativas” da vontade do povo. O positivismo pode descrever a forma como a lei foi elaborada, a sua história e a vontade do legislador, mas não justificar o seu conteúdo.

Depois, quanto à sua aplicação recai no silogismo lógico-formal, na subsunção do caso na norma. Tendo sempre dificuldade em aceitar que as normas são equívocas permitindo diversas interpretações. E que há que discutir a justiça da norma e da sua aplicação.

⁽⁵⁵⁾ RENÉ SEVE, *Qu'est-ce que le positivisme?*, in «Droit, nature, histoire, Michel Villey, Philosophie du Droit», PU d' Aix-Marseille, 1985, p. 109.

⁽⁵⁶⁾ MICHEL VILLEY, sobre Grotius, in *Seize essais de Philosophie du Droit*, Paris, 1989, p. 107, ss.

Não se preocupando com a solução justa do caso — por muito que essa justiça parta e volte ao texto — mas com a solução “legal”: o direito do caso resulta da norma, enquanto que o positivismo inclusivo, ou o jus-naturalismo submetem a norma à justiça.

O Direito transborda do estudo das normas⁽⁵⁷⁾.

Enquanto para os positivistas há que eliminar do Direito o que deve ser, e restringirmo-nos a um fenómeno observável no espaço e no tempo. Justificando-se com a circunstância de que o positivismo é a salvaguarda da liberdade individual. É vinculando-se ao texto que o juiz protege a pessoa da incerteza e da insegurança. Sendo a certeza do Direito um valor fundamental.

As leis são vontades (Portucalis)⁽⁵⁸⁾.

Uma das zonas do Direito em que o positivismo autoritário e sectário tem tido mais sucesso, é o do Direito fiscal, campo preferido da dominação.

Os impostos têm que ser criados por lei do parlamento que define os seus elementos essenciais. O povo, através dos seus representantes eleitos, cria os impostos que pretende pagar (princípios da legalidade e da auto-tributação). O que é acordado ou consentido é justo, portanto neste contrato entre o povo e o estado consubstancia-se a justiça (noção muito distante) bem como a certeza e a segurança do direito. É lendo a lei fiscal — como fizeram e ainda fazem as administrações e alguns tribunais — fazendo dela uma aplicação literal, que se protege cada um, evitando interpretações variáveis. Justiça dos impostos? Não, pois o contrato é inviolavelmente justo.

Quando muito podia alterar-se nas próximas eleições a vontade de uma das partes, o povo, e alterar-se o “sistema”.

Tão rigoroso era o positivismo lógico que nem se admitiam, nem admitem, integrações das lacunas.

Numa fase seguinte, assentou-se que a justiça se tinha de procurar antes na aplicação das receitas dos impostos a fins sociais relevantes.

Durante um largo período nem se admitia que os tribunais julgassem os atos administrativos tributários por assentarem em leis claras e precisas, sendo portanto formalmente justas. Tinha de ser a administração a rever os seus erros.

Justiça de impostos em si-mesma? Tribunais constitucionais existem para os quais o único abuso, a única injustiça, é a violação da igualdade.

⁽⁵⁷⁾ M. VILLEY, *ob. ult. cit.*, p. 229.

⁽⁵⁸⁾ HENRI BATIFFOL, *A Filosofia do Direito*, E. N., trad. port. da 6.^a ed. de 1981, p. 15.

É esta orientação que se descortina no Tribunal Constitucional Francês, no chamado Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e de outros órgãos de menos relevo.

12. Positivismo jusnaturalista e constitucionalista e positivismo legalista

A seguir à “reforma” dos séculos XVI e XVII, houve um longo período de positivismo que se prolongou até hoje. Esse período compreende os próprios juristas reformados ditos “jusnaturalistas”, já que esse direito natural eram meras normas, embora julgadas mais gerais e emuláveis, criadas pela razão humana. Que se prolongavam dedutivamente nas normas de direito de segundo nível. Era uma espécie de Constituição?

E o período católico medieval também considerado jusnaturalista? Também era positivista?

Uma resposta negativa, impõe-se em matéria de contrato (e de direito civil em geral)⁽⁵⁹⁾.

O Direito natural era de criação divina, meta-jurídica, assente em valores teológicos e éticos. Valores que não determinavam, dedutiva e logicamente, as normas jurídicas. Era um “direito natural permissivo”⁽⁶⁰⁾.

Em matéria de Direito Civil, nomeadamente nos contratos, a reelaboração medieval foi realizada com base na pessoa, na sua dignidade, nas suas qualidades, na promoção da sua felicidade individual e coletiva. Tanto na criação do Direito como na sua aplicação, sempre inclusiva de valores.

Longe do positivismo.

Positivismo que existe também em certas correntes da tendência de ver nas Constituições a última sede da verdade e da justiça. Não se perguntando suficientemente quem elaborou a Constituição, com base em que valores ou interesses, e se a Constituição formal é incompleta e parcialmente inconstitucional.

Quem guarda os nossos guardas?

⁽⁵⁹⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A felicidade somos Nós*, *cit.*, p. 71, ss., e 84, ss.

⁽⁶⁰⁾ *Ob. loc. ult. cit.*

Conclusão

Nada substitui, antes tudo impõe, um Direito Fiscal regido pela dignidade da pessoa. Direito ao serviço dos seus direitos. Pessoa geradora de Direito, jurisgénica.

O Estado assente na dignidade da pessoa; o Estado-de-Direito (Estado dos Direitos) assente nessa mesma dignidade. O Direito como instrumento da prossecução dos direitos da pessoa.

Os direitos de primeira geração a exigirem os de segunda geração.

O direito ao desenvolvimento económico social como critério permanente.

Tudo será possível e evidente se a cultura de governo do Estado for assente na dignidade da pessoa.