



TRAJECTÓRIAS DE SUSTENTABILIDADE TRIBUTAÇÃO E INVESTIMENTO

Coordenação:
Suzana Tavares da Silva
Maria de Fátima Ribeiro

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico da
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva
Jorge Ribeiro

PRINT BY

CreateSpace

ISBN

978-989-26-1416-8

ISBN DIGITAL

978-989-26-1417-5

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1417-5>

© JULHO 2017

INSTITUTO JURÍDICO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

TRAJECTÓRIAS DE SUSTENTABILIDADE TRIBUTAÇÃO E INVESTIMENTO

COORDENAÇÃO

Suzana Tavares da Silva

Maria de Fátima Ribeiro

(Página deixada propositadamente em branco)

Nota Prévia

A sustentabilidade financeira é hoje muito mais do que um *conceito “da moda”*: é a *pedra angular* do princípio da *justiça intergeracional*.

Partindo desta *ideia-força*, procurámos discutir os diversos caminhos da juridicização do princípio da sustentabilidade no contexto constitucional e transnacional, num debate que reuniu duas visões simultaneamente antagónicas e complementares: a de Portugal, em plena crise económico-financeira, e a do Brasil, que vem atravessando um período de expansão económica.

Do lado de cá do Atlântico, os temas a debater centravam-se, primeiramente, na crise do Estado Fiscal e na sua recente transformação no contexto da globalização económica – fenómenos que fazem sobressair o princípio da neutralidade e impõem uma autocontenção do efeito programático da “Constituição Fiscal” – e, em segundo lugar, nas novas abordagens do princípio da protecção da confiança legítima, em especial aplicado à protecção dos investidores, confrontando as garantias que tradicionalmente lhes são reconhecidas no plano constitucional com os standards revelados pela arbitragem nos sistemas transnacionais de protecção do investimento estrangeiro, e, por último, na reorganização das funções sociais do Estado em contexto de mercado, que não podem deixar de estar associadas a um sistema fiscal eficiente e a mecanismos adequados de controlo.

Do lado de lá do Atlântico, percebemos, ainda antes das revoltas que se desencadearam um pouco

por todo o Brasil, que crescimento não era sinónimo de ausência de problemas, pois é fundamental avaliar se as políticas públicas acompanham o crescimento global, desde logo se esse crescimento é sentido por todos, ou seja, se existe uma justa repartição territorial do rendimento. Para além disso, interessa também que esse crescimento seja sustentável, ou seja, que corresponda a um investimento em competitividade e não apenas a uma redistribuição dos ganhos actuais a partir de uma “ideia social de Constituição”.

O *Workshop*, que teve lugar em Coimbra no dia 11 de Março de 2013, revelou-se um *fórum* adequado para discutir aspectos relacionados com as reformas estruturais da socialidade no actual contexto de passagem do Estado Fiscal Social para o Estado Regulador de Garantia. O desafio decorrente da integração em espaços económicos supranacionais em Portugal e as dificuldades na descentralização das políticas públicas no Brasil, a promoção do investimento estrangeiro entre nós e a promoção da internacionalização do investimento pelas empresas brasileiras, a jurisprudência constitucional e a do Supremo Tribunal Federal, comparadas com as soluções ditadas pela arbitragem internacional – foram algumas das abordagens e perspectivas propostas e debatidas, desafiando o pensamento dos juristas que nele participaram.

A obra que agora se publica não se limita a coligir os trabalhos daquela interessante jornada, vai mais além, e procura subsídios reflexivos para aqueles que considerámos alguns dos mais importantes novos desafios da justiça para o início do séc. XXI.

Coimbra, Julho de 2013

Suzana Tavares da Silva
Maria de Fátima Ribeiro

Considerações Introdutórias

Os textos que se seguem foram escritos e pensados, como se afirmou na nota prévia, sob o lema da *sustentabilidade*, e é exactamente sobre este conceito que importa, em primeiro lugar, deixar algumas considerações que orientaram a nossa reflexão.

A *sustentabilidade*, sendo um conceito especialmente associado e divulgado no domínio ambiental, corresponde, na verdade, a uma corrente da filosofia moral, originária do Iluminismo, tal como o liberalismo e o socialismo, mas que se baseia essencialmente num conceito de *equidade* diverso das outras duas correntes. Identifica-se com um “*tipo especial de socialismo*”, que se preocupa com a igualdade de oportunidades e com o nível de igualdade dos resultados também no plano *intergeracional* e não apenas com uma concepção substancial da igualdade de oportunidades.

A modernidade baseou-se maioritariamente numa confiança no progresso, assente em boa parte na pré-compreensão racional da Sociedade, à qual se somaria, mais tarde, mas ainda como produto dessa racionalidade, uma forte influência da matriz económica marxista, que tinha como contraposição a orientação liberal e o princípio do “Estado mínimo”, propugnados pela “escola austríaca”. Quando cai o muro de Berlim, e com ele

a doutrina de que a economia podia ser planificada pelo poder público estadual, a “esquerda democrática” do Ocidente, até então “ocupada” no combate aos modelos de economia liberal que se desenvolviam nos países anglo-saxónicos, primeiro pela divulgação das teorias da “Escola de Chicago” e depois pela sua operacionalização nos governos de Reagan e Thatcher, teria, naturalmente, assumido no seu ideário, para além do “serviço público” como instrumento de inclusividade, também a *bioeconomia*, na busca de uma *justiça no acesso* e no uso de recursos escassos, como são os recursos naturais e o ambiente.

Todavia, se o binómio “esquerda/direita” no início dos anos 90 já havia perdido, na Europa, boa parte da sua galvanização ideológica como motor da “revolução social”, em razão da melhoria significativa do bem-estar geral na fase pós-guerra e da implementação do denominado “modelo social europeu”, a “indiferença ideológica” acabaria mesmo por se agravar com a “interferência” marcante de Giddens, e a sua proposta de “terceira via”. Um “ideário” que haveria de “empurrar” a “esquerda democrática” e a “social-democracia” em muitos países europeus para o que podemos designar como *fase do pós-socialismo*, a qual pretendia ser um *Estado regulador*, mas que na realidade ficou muito aquém desses objectivos.

Na verdade, assistimos nesse momento à emergência de um modelo económico-social pretensamente hegemónico entre liberais e sociais-democratas, no qual, contudo, nunca se estabeleceram ideias claras sobre o papel do Estado na vida económica. Esta é uma fase marcada pela permanência do “consenso keynesiano” de que o Estado deve ser o “motor” da economia, recorrendo à política orçamental anticíclica em fases de recessão, aliado à *ética pública* que propugnava a garantia, primeiro em regime de monopólio ou quase monopólio, e depois através do financiamento público das obrigações de serviço público, das áreas e dos sectores da economia social de bem-estar, e ainda

complementada com uma gradual desregulação da área financeira. A verdade é que a participação cooperativa do público e do privado na área económica, sobretudo através dos instrumentos de financiamento das obrigações de serviço público em sectores antes reservados ao Estado, haveria de se revelar muito onerosa para os contribuintes e extremamente rentável para os privados, que descobriram aqui uma forma de obter lucros sem correr riscos – e nesta medida o novo modelo “perturbou” o “sistema capitalista”. Situação que se foi agravando à medida que mais sectores foram “abertos à concorrência”.

A este confuso estado da arte no plano económico haveria de somar-se ainda a dinâmica imparável da comunicação instantânea (sendo este um fenómeno mais marcante da globalização do que propriamente o comércio internacional) aliada à organização social em rede, promotora de individualismos cada vez mais vinculados por fragmentaridades sociais subreptícias, e, bem assim, os fenómenos do *risco*, da *modernidade reflexiva* e da *governance*.

A (des)orientação económica e ideológica que caracterizou o *modelo pós-socialista* foi responsável pelo avolumar de enormes dívidas públicas e privadas, resultantes do incentivo ao consumo privado, que se avaliava como *indicador de desenvolvimento* (responsável por uma enorme redução da poupança privada), e do *investimento público* em infra-estruturas e serviços públicos, apresentado por sucessivos Governos como *indicador de aumento de bem-estar*. Mas um investimento, onde, neste “novo modelo”, os privados eram convidados a participar na gestão e execução das áreas socio-económicas em regime de “*parceria*”, segundo esquemas de *project finance* que cedo perceberam tratar-se de negócios sem risco e, por essa razão, “alinham” na espiral do endividamento, contando com o “seguro público” do crédito, garantido, em última instância, pelos contribuintes.

A par destes fenómenos, mas não indissociados deles, os privados (os mesmos, que em muitos casos se apresentavam

como *parceiros “do público”*) promoviam, com a complacência e a tolerância dos Governos, mudanças vertiginosas nos mercados financeiros (florescimento da “*geração City e Wall Street*”) – mercados que, deixados à sua “*inovação criativa*” e à sua alegada capacidade de autorregulação, puseram em circulação diversas modalidades de “*títulos negociáveis*”, concebidos como complexos produtos estruturados, que se revelaram afinal “*veículos tóxicos*”, primeiro do sistema financeiro e depois do sistema económico, e fortemente epidémicos. Instrumentos que contribuíram para pressionar os sistemas fiscais, generalizando práticas hoje apelidadas de concorrência fiscal agressiva, algumas até entretanto legalmente banidas ou fortemente limitadas (ex. subcapitalização), mas à época toleradas e incentivadas sob a denominação de “*planeamento fiscal eficiente*” ou mesmo aforro fiscal legítimo.

Os Estados “alteravam” sucessivamente os respectivos sistemas fiscais, procurando dar resposta, simultaneamente, a dois objectivos de todo inconciliáveis: o aumento das receitas para fazer face à despesa pública crescente e o aumento da competitividade para assegurar a captação de investimento estrangeiro e conter a “*sangria*” industrial, resultante das sucessivas deslocalizações empresariais para o Leste Europeu e para o Oriente. Os Estados ficaram “aprisionados” num sistema irracional, pois a matriz fiscal do financiamento a partir da tributação do rendimento e do consumo “condenou-os” à promoção do crescimento económico a qualquer custo, com ou sem sustentação real, com ou sem respeito por valores e com ou sem justiça social. Os Estados não quiseram ou não souberam criar os instrumentos necessários para enfrentar os limites do crescimento económico.

É também nesta fase que os próprios Governos, com o auxílio dos seus “*parceiros*”, começam a “*maquilhar*” a real situação financeira do Estado, parcialmente “*opacizada*” por

bypasses orçamentais de engenharia financeira, sustentados em um arriscado serviço de gestão de dívida, que empurra para as gerações futuras as despesas das gerações actuais em serviço público, investimento e despesa corrente, acrescidas de elevadas taxas de juro.

Paralelamente aos resultados deste contexto nos planos nacionais, foram-se intensificando na esfera internacional os contributos da *nova ordem económica global*, inspirados e modelados pelas orientações do denominado *Consenso de Washington*, e que se traduziram, na prática, na liberalização das trocas comerciais em ambiente de *paç política*, especialmente sob a égide dos acordos firmados no âmbito do sistema da OMC, no surgimento de diversos mercados regionais, como o Europeu, e na *fragmentariedade* e transmutação do direito internacional, chamado, num primeiro momento, a dar resposta aos desafios impostos pela protecção das liberdades económicas globais, e, só mais tarde, à regulação de áreas consideradas eticamente sensíveis, como os direitos humanos, ou mesmo essenciais ao “*nosso futuro comum*”, entre elas o ambiente, a energia e o clima.

Aliás, a “universalização do *Consenso*” foi também impulsionada pelas transformações na China, cujo original modelo capitalista, baseado no denominado “*Consenso de Pequim*” (que seria uma espécie de “equivalente” do Consenso de Washington para os países em desenvolvimento), acaba igualmente por se “render” ao “pibismo” como indicador de desenvolvimento. A China, ademais, ao adoptar um modelo de “crescimento” apoiado em práticas de “*dumping social*”, obteve vantagens relativas em relação a outras economias emergentes, em especial comparativamente ao Brasil.

É sobretudo na sequência da crise financeira de 2008, que nasce nos EUA e afecta significativamente a Europa, que a *sustentabilidade* é “resgatada” e “reinventada”, para muitos até erigida em *princípio fundamental*, embora nem todos pareçam

dispostos a assumir inteiramente o que esta corrente filosófica pressupõe. Sobretudo porque a *sustentabilidade* aponta para soluções difíceis de aceitar pelo homem médio ocidental, inspirado por um século de “conquistas” de bem-estar e pela fé no progresso contínuo, medido quase exclusivamente pelo indicador do PIB e sem atentar nos dados do endividamento.

Ora, o *desenvolvimento sustentável* apresentado pelo Relatório Brundtland é coisa diferente do *desenvolvimento económico* interpretado como crescimento do PIB, e em alguns casos tende mesmo a assentar em pressupostos de *decrescimento controlado*, como a redução do consumo, a poupança energética, a redução da despesa pública e o limite do endividamento público, ou seja, adoptando mudanças político-económicas estruturais do lado da procura. Finalidades que, todavia, só podem ser eficazes com decisões à escala global e, mesmo assim, se essas decisões conseguirem assimilar os *inputs* da escala local, o que exige um aperfeiçoamento da denominada *governance*, com um correspondente enfraquecimento do *government*. Por essa razão, tornou-se imperioso reinventar, quer os instrumentos de negociação para além do Estado (*transestadualidade*), quer os esquemas de cooperação baseados na teoria dos jogos, quer as orientações da *governance* para a formação das decisões.

A definição do que seja o *interesse público* é hoje um dos maiores desafios que enfrentamos. Giddens afirmou há pouco que os Europeus e os ocidentais não devem ser arrogantes quanto ao sucesso das suas democracias. Pelo contrário, devem ter a humildade para compreender que fenómenos como a *corrupção* cresceram igualmente nestes sistemas, encontrando terreno fértil nas “parcerias” e assumindo proporções dramáticas, sobretudo no domínio da fuga, fraude e elisão fiscal abusiva. É por isso importante tentar perceber o que se passa em movimentos como o “*occupy wall street*” ou o “*13M*”, referiu o autor, complementando esta observação com uma outra igualmente

curiosa: “*uma sociedade altamente tecnológica ainda precisa de instituições clássicas: não há substituto para a Justiça e para o Estado de Direito*”.

Porém, a questão que se deve formular é a de saber como “ajustar” o Estado de Direito à nova realidade. O poder político já não é um *dominus* e enfrenta hoje problemas em se afirmar como um *primus inter pares*, sendo possível que este enfraquecimento não resulte, como muitos sublinham, da circunstância exclusiva de ter deixado de controlar ou de planificar e controlar o poder económico, nem por ter de se acomodar perante a nova envolvente da soberania – onde o Estado, desempenhando ainda um papel muito importante não é já o actor principal –, mas seja antes uma decorrência da “perda” dos *instrumentos fundamentais de previsão* (hoje os grandes grupos económicos dispõem de instrumentos para prever cenários de evolução que são muito mais sofisticados do que aqueles com que os Estados trabalham), por ter deixado de *gerir a informação* (a rede, como explica Castells, é um instrumento poderoso que tem sido utilizado e explorado minuciosamente pelos grupos económicos ou mesmo pelos grupos que atentam contra os poderes legítimos) e por estar em risco de não preservar sequer no seio das suas instituições a *promoção da inovação e do conhecimento*.

Sem estes instrumentos, o poder político *gere* com argumentos de autoridade enfraquecida um interesse público que não consegue verdadeiramente determinar e orientar, e esta é também uma razão substancial para o enfraquecimento do Estado. Mesmo as interferências da “política” são hoje difíceis de conceber no quadro da sustentabilidade, pelo menos se não forem objecto de uma reforma profunda. Por exemplo, a *ética pública* ou de *serviço público*, que alguma “esquerda democrática” e alguma “social-democracia” procuram salvaguardar, é essencial no combate ao individualismo exacerbado que a *sociedade de rede* origina, mas esta é uma ideia que tem de ser reinventada e não apenas resgatada, pois o *imperativo kantiano institucionalizado* tinha

como suporte a burocracia e o poder estaduais na conformação das actividades económicas, e são precisamente o suporte hegeliano da solidariedade, conjuntamente com o seu congénere financeiro – a tributação progressiva do rendimento –, que apresentam sintomas de incompatibilidade com a globalização e, nessa medida, impedem o “mero resgate da ética do serviço público” na reconstrução da socialidade.

É neste desafio que hoje trabalham também muitos juristas em diversas escolas do mundo, procurando novos procedimentos e novos princípios jurídicos que ajudem a tornar *efectiva* a sustentabilidade nas suas diversas acepções (ambiental, social, económico-financeira e até democrática). E é exactamente neste sentido que o *workshop*, reunindo trabalhos com ideias diversas, perspectivas culturais e mundividências distintas, procurou discutir algumas questões jurídicas, desde a forma como esta abordagem do modelo económico-social convoca a intervenção do Estado fiscal até aos desafios mais alargados que a globalização jurídica suscita.

Coimbra, Julho de 2013

Suzana Tavares da Silva

Comunicações

(Página deixada propositadamente em branco)

A crise do estado fiscal

José Casalta Nabais

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: I. O estado fiscal: 1. Sentido da ideia de estado fiscal; 2. A evolução do estado fiscal; II. A crise do estado fiscal: 3. As novas fronteiras do direito fiscal: 3.1. O contexto global do direito fiscal; 3.2. A descaracterização dos tributos; 3.3. A diversificação da despesa fiscal; III. A sustentabilidade do estado fiscal: 4. Ideia de sustentabilidade; 5. A sustentabilidade fiscal para os contribuintes: 5.1. O apartheid fiscal; 5.2. A duplicação do estado fiscal?

Palavras-chave: Estado fiscal. Sustentabilidade. Despesa fiscal

Falar da crise do estado fiscal não surpreende neste tempo já da segunda década do século XXI¹. O que requer, todavia, algumas reflexões sobre esse tipo de estado, tendo em conta como este se consolidou durante o século XX na forma de estado fiscal social. Depois, entraremos na problemática da crise do estado fiscal, em que, após darmos conta do advento do que vem sendo designado por estado pós-moderno, faremos referência à ruptura das tradicio-

¹ Estamos cientes que o título deste estudo repete o utilizado em 1918 por Joseph SCHUMPETER, «Das Krise des Steuerstaat», que podemos colher na sua republicação em *Ansätze zur Soziologie*, 1953, p. 1 e ss.

nais fronteiras do direito dos impostos. Dentro desta cuidaremos da actual sustentabilidade fiscal do estado, afinal de contas o aspecto que está no centro da aludida crise, a respeito da qual vamos referir-nos ao sentido dessa sustentabilidade e ao significado que a mesma tem para os contribuintes, os quais se confrontam presentemente tanto com um verdadeiro *apartheid* fiscal como com o risco de duplicação do estado fiscal.

I. O ESTADO FISCAL

Não constitui novidade afirmar que a quase totalidade dos estados actuais se apresentam, do ponto de vista do seu financiamento, como estados fiscais². O que significa um estado financiado fundamentalmente com base na figura dos tributos unilaterais ou impostos, e não com base em outros tributos ou outro tipo de receitas, os quais, acabam assim por ter uma carácter relativamente marginal. Uma ideia que, tendo importantes implicações traduzidas na rejeição de um estado patrimonial ou empresarial e no reconhecimento da falsa alternativa que representa a ideia de um estado financiado por tributos bilaterais ou taxas, requer ter presente a sua evolução ao longo do século XX para um estado fiscal social, bem como dar conta dos problemas que presentemente se lhe colocam. Algumas palavras muito rápidas sobre cada um destes aspectos.

1. Sentido da ideia de estado fiscal

Desde logo, a ideia de estado fiscal exclui tanto o *estado patrimonial*, que constituiu a forma característica de financiamento do estado na Idade Média, assente nos rendimentos proporcionados pelos bens (sobretudo imóveis) do Monarca ou da Coroa,

² Sobre a ideia de estado fiscal, v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 191 e ss.

como o *estado empresarial* que, tendo tido alguma expressão no estado iluminista, a primeira manifestação do estado moderno, ao qual se devem, de resto, os primeiros impulsos da industrialização, se concretizou sobretudo nos estados socialistas do século XX. Pois bem, em qualquer desses dois tipos de estado, o seu suporte financeiro não assentava, ao menos a título principal, na figura nos impostos ou tributos.

Diversamente, no estado fiscal são os impostos que constituem o seu suporte financeiro. O que se tem expressão eloquente na célebre afirmação do juiz do *Supreme Court* norte-americano *Olivier Wendell Holmes*: «os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada». Pelo que os impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado, pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na ideia de liberdade, a qual, ao implicar o reconhecimento, respeito e garantia de um conjunto amplo de direitos (em que se incluem também os direitos sociais), acaba por assegurar um mínimo de igual liberdade a todos, ou, por outras palavras, uma base mínima de solidariedade³. Daí que não possa ser um preço qualquer, mormente um preço de montante muito elevado, pois, a ser assim, não se compreende como possa ser preservada a liberdade que um tal preço visa servir. Nem pode ser um preço que se pretenda equivalente ao preço dos serviços públicos de que cada contribuinte usufrui. Pois, numa tal hipótese, ficaria arredada a ideia de solidariedade que está na base da instituição e funcionamento de um tal estado, já que, embora todos beneficiem dos serviços públicos, apenas contribuem para o seu suporte financeiro os que revelem capacidade contributiva ou capacidade de pagar.

³ Um preço que, estou certo, muitas das sociedades, que nos antecederam, gostariam de ter pago e algumas das actuais não rejeitariam suportar. Sobre este aspecto, v., por todos, Gabriel ARDANT, *Théorie Sociologique de l'Impôt*, vols. I e II, Paris, 1965, e *Histoire de l'Impôt*, vols. I e II, Fayard, Paris, 1972. V. também J. L. SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010, p. 19 e ss.

Mas a exclusão de um estado patrimonial ou de um estado empresarial, como os existentes no passado, não impõe como única solução a instituição de um estado fiscal, um estado financiado exclusiva ou predominantemente por impostos. Pois, podemos perguntar se não é possível conceber um estado que seja financiado predominantemente através de tributos bilaterais, isto é, através da figura tributária das taxas. Um estado no qual, em vez de serem todos os cidadãos a pagar e suportar o conjunto dos serviços públicos, ser cada um a pagar a sua parte, a pagar a parte dos serviços públicos de que beneficia ou cujos custos causa. O que levaria a um estado predominantemente assente na figura tributária das taxas, o qual pode ser designado por *estado taxador*⁴.

Uma ideia que vem, aliás, entusiasmando alguns autores, não para a aplicar ao conjunto dos tributos e ao conjunto das despesas do estado, mas no respeitante a certos sectores ou segmentos da mais recente actuação do estado, como é o relativo à tutela ou protecção do meio ambiente e, a seu modo, o domínio da actual regulação económica e social implementada no quadro da actual mudança de uma «prestação pública» para uma «provisão pública» através da prestação privada dos serviços públicos, sobretudo os de interesse económico geral. De facto, no chamado domínio da protecção do meio ambiente, há quem defenda que as despesas ambientais podem e devem ser financiadas através de tributos bilaterais, através portanto de eco-taxas, em vez de eco-impostos. Por seu lado, em sede do financiamento das múltiplas agências de regulação, que vêm sendo instituídas como autoridades administrativas independentes pelo actual *estado regulador*, procura-se a todo o custo lançar mão de tributos ou contribuições que, ao menos aparentemente, não se configurem como impostos⁵.

⁴ V. nesse sentido, Sérgio VASQUES, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 15 e ss. Uma expressão que assim corresponderá à de *Gebührenstaat* utilizada na Alemanha. Nós, porém, designámo-lo por «estado tributário» - v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 199 e ss.

⁵ Estamos a referimo-nos às taxas de financiamento dessas autoridades independentes que vieram a assumir os tradicionais serviços públicos financiados por

Mas, analisando um pouco mais especificamente essa problemática, devemos adiantar que, em rigor, nem em sede do financiamento geral do estado, nem em sede do específico financiamento da protecção do meio ambiente ou da regulação económica e social, a figura das taxas está em condições de se apresentar como suporte financeiro principal do estado nos tempos que correm. Uma ideia que vale igualmente para os municípios, apesar de o seu financiamento ser crescentemente pretexto para a criação de novas taxas e contribuições ou para o agravamento das já existentes, dando assim suporte à constituição de um «estado taxador municipal», ao lado do «estado fiscal municipal».

Assim e em sede geral, uma tal opção encontra-se arredada porque há todo um conjunto de bens, os *bens públicos*, cujos custos não podem ser repartidos pelos utentes, antes têm de ser suportados pelo conjunto dos cidadãos, por todos os contribuintes. Entre esses bens temos, de um lado, um conjunto de bens, correspondentes às funções clássicas do estado, às funções do estado *tout court*, como os bens públicos constituídos pela defesa nacional, pela política externa, pela política económica, pela política financeira, pela segurança e protecção policiais, etc., os quais, porque se trata de bens públicos por natureza, bens insusceptíveis de divisão nos seus custos pelos que deles beneficiam, não podem ser financiados por tributos bilaterais ou taxas, antes têm de ser suportados por tributos unilaterais ou impostos. Portanto esses bens públicos, porque são *bens públicos por natureza*, não podem ser financiados senão por impostos.

Porém, ao lado desses bens, temos no estado social ancorado nas constituições actuais, um conjunto de bens públicos, que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à saúde, à educação, à habitação, à

receitas fiscais (impostos), muito embora também haja taxas reguladoras de natureza extrafiscal que têm uma função reguladora e não reditícia – v. sobre essas taxas, Suzana TAVARES DA SILVA, *Novas Fronteiras do Estado Fiscal*, Sumários Desenvolvidos de Direito Fiscal I (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011/2012, p. 44 e ss.

segurança social, ou seja, os relativos aos direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, esses direitos devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmo àqueles que não tenham condições de os realizar através do funcionamento do mercado. Portanto àqueles aos quais o mercado não oferece condições de saúde, educação, habitação, previdência social, etc. Todo um conjunto de bens que não constituem bens públicos por natureza, antes se apresentam como *bens públicos por imposição constitucional*. Assim, é, por força de uma estrita exigência constitucional, que os custos com esses bens têm de ser suportados por todos os contribuintes⁶.

Mas o que vimos de dizer vale, em larga medida, também no respeitante aos domínios da protecção do meio ambiente e da regulação e supervisão económicas. É certo que, relativamente ao direito ambiental, o princípio estruturante nele vigente, o *princípio do poluidor-pagador*, parece ir claramente no sentido de um estado taxador, uma vez que concretizaria a ideia de cada um suportar, pagar a poluição que produz, financiando-se as correspondentes despesas públicas através de taxas ecológicas em vez de impostos. Mas essa é uma maneira um pouco superficial de ver a realidade, já que a realização desse princípio depara-se com importantes obstáculos relativos à determinação do poluidor ou a exacta imputação dos custos da poluição aos poluidores⁷.

E o mesmo, de algum modo, se verifica em sede dos tributos que suportam o financiamento da actividade de regulação e supervisão económicas, que tem vindo a substituir a intervenção económica. Tributos que terão estado na base da alteração da Constituição Portuguesa, em 1997, mediante a qual esta passou a conhecer em

⁶ Cf. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, ob. cit., p. 210 e ss., e «A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos», *Por uma Liberdade com Responsabilidade - Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 163 e ss. (186 e ss.).

⁷ V., quanto a este aspecto, o que dizemos no nosso estudo «Da sustentabilidade do Estado fiscal», em José CASALTA NABAIS / Suzana TAVARES DA SILVA, (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 44 e ss.

sede das figuras tributárias, ao lado dos impostos e das taxas, também as «demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas». O que veio a pôr em causa a tradicional divisão dicotómica dos tributos aceite tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que levava a integrar as contribuições especiais, que podemos designar clássicas, na figura dos impostos ou na figura das taxas consoante a sua estrutura se configurasse como unilateral ou bilateral.

2. Referência à evolução do estado fiscal

Mas, sendo o estado fiscal o estado financiado fundamentalmente com base na figura dos tributos unilaterais ou impostos, vejamos como esse financiamento evoluiu até ao presente, tendo em conta que um tal suporte financeiro assenta efectivamente na capacidade de pagar por parte dos contribuintes e na competência para cobrar impostos no presente e no futuro por parte do estado. Uma ideia que, como é sabido, tem estado presente no pensamento ocidental desde há séculos. O que demanda algumas considerações a tal respeito, referindo-nos, sucessivamente, à sua visão clássica, ao advento do estado social e à entrada no século XXI.

2.1. A visão clássica

Pois bem, podemos dizer que o suporte fiscal do estado esteve efectivamente presente desde a construção das fundações do edifício jurídico fiscal, ou seja, desde o aparecimento dos princípios rectores que integram a chamada constituição fiscal, em que se destacam os princípios que consubstanciam a ideia do autoconsentimento dos impostos e, entre todos eles, o princípio da legalidade fiscal. Pois, como já sublinhámos noutro lugar⁸, o princípio da legalidade

⁸ V. o nosso estudo «O princípio da legalidade fiscal e os desafios da tributação», *Volume Comemorativo do 75º Aniversário do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2003, p. 1068 e ss.

fiscal, concretização desse autoconsentimento, remonta à Idade Média em que teve expressão em numerosos documentos entre os quais se conta a célebre *Magna Carta Libertatum*, em que claramente se afirmou essa ideia depois vertida na célebre máxima *no taxation without representation*⁹.

Uma ideia que, esquecida durante séculos em virtude da centralização do poder real, veio a ser recuperada pelas revoluções liberais e concretizada no estado constitucional ou, numa outra versão, no estado de direito. Uma reposição que, todavia, não foi integral e que se reconduz a dois institutos diferentes: um, a votação anual da cobrança dos impostos através da aprovação anual do orçamento pelo parlamento; outro, a exigência de os impostos serem criados e disciplinados nos seus elementos essenciais através de lei parlamentar, como decorre do princípio da legalidade fiscal¹⁰.

Uma alteração que, durante os primeiros tempos do constitucionalismo e numa certa perspectiva, não significou uma modificação real da ideia medieval de autoconsentimento dos impostos. Pois o parlamento, ao aprovar a lei de cada imposto, de um lado, e o orçamento relativo às receitas, que o mesmo é dizer relativo aos impostos, de outro, no quadro de um sistema fiscal constituído por impostos de repartição, o que, afinal de contas, aprovava era o nível da despesa pública. Uma situação que, em rigor, não se alterou significativamente com o advento de um sistema fiscal assente preferentemente em impostos de quotidade, pelo menos enquanto perdurou

⁹ Pois, ao contrário do que por vezes se afirma, a ideia de autoconsentimento dos impostos está longe de se esgotar na máxima *no taxation without representation* ou da democracia representativa concretizada no parlamento. Na verdade, aquela ideia mais não era do que uma expressão, para o específico campo dos impostos, da concepção mais ampla, típica dos sistemas inspirados na *rule of law*, de que os direitos individuais, enquanto direitos naturais reconduzidos fundamentalmente à liberdade e à propriedade (*liberty and property clause*), constituíam um *prins* face ao poder do estado susceptíveis, por isso, apenas de autolimitação por parte do indivíduo - v., nesse sentido, L. ANTONINI, *Dovere Tributario, Interesse Fiscale e Diritti Costituzionali*, Milano, 1996, p. 34 e ss.

¹⁰ Assim, onde antes tínhamos a aprovação pelas Cortes dos impostos, passámos a ter o princípio da legalidade dos impostos e a aprovação anual do orçamento pelo parlamento.

o entendimento liberal do estado que o reconduzia a um estado mínimo a implicar finanças públicas ditas neutras assentes numa despesa pública moderada e, portanto, numa carga fiscal baixa. Pelo que o princípio da legalidade fiscal, que no estado liberal congregava em si as exigências que actualmente integram toda a constituição fiscal, tinha o importante alcance de controlar a despesa pública, limitando-a ao montante das receitas proporcionadas pelos impostos, o que implicava um efectivo suporte fiscal do estado.

2.2. O estado social

Mas todo esse quadro se alterou e alterou profundamente com a chegada do estado social. Na verdade, à medida que se foi impondo a ideia de umas finanças públicas funcionais, baseadas em elevada despesa social e numa alta tributação, bem como no recurso amplo ao crédito público, o poder parlamentar prático ou efectivo sobre o conjunto das despesas e, por conseguinte, sobre o suporte financeiro do estado enfraqueceu significativamente.

Assim e em relação às despesas públicas, para além da subtracção ao conhecimento do parlamento de montantes significativos destas, através de variadas e, por vezes, subtis ou imaginativas formas de desorçamentação, entre as quais em Portugal tiveram particular expressão as relativas às Parcerias Público-Privadas (PPP)¹¹, não restam dúvidas de que o poder parlamentar é muito diminuto sobre as despesas, já que se limita a aprovar ou a fazer pequenos acertos aos montantes apresentados pelo governo, sem poder efectivo para limitar o recurso ao crédito e, por conseguinte, para controlar realmente os défices públicos. O que, atendendo à rigidez apresentada pelas despesas, afectas em larga medi-

¹¹ V., sobre o fenómeno da desorçamentação, Paulo TRIGO PEREIRA e Outros, *Economia e Finanças Públicas*, ob. cit., p. 414 e s.; e Pedro NUNES, «O fenómeno da desorçamentação: breves considerações à nomenclatura», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº 14, 2009, p.101 e ss. Por seu lado, relativamente à maneira como tem funcionado a desorçamentação concretizada nas PPP, v. Carlos MORENO, *Como o Estado Gasta o Nosso Dinheiro*, Caderno, Lisboa, 2010.

da ao pagamento das remunerações dos servidores públicos e às políticas públicas suporte da realização dos direitos sociais, tem-se revelado, na prática, uma verdadeira impossibilidade.

Pelo que, com o advento do estado social, o controlo das despesas públicas pelo parlamento degradou-se significativamente. De um lado, num quadro de finanças funcionais e de ampla intervenção económica do estado, decorrente das ideias de *John Maynard Keynes*, o recurso ao crédito converteu-se num importante segmento das receitas públicas, ao lado das receitas efectivas constituídas pelos impostos ou, mais em geral, pelos tributos. Um segmento em relação ao qual o controlo dos parlamentos, quando não mesmo dos próprios estados, acabou por nunca ser o que deveria ser, designadamente em termos de salvaguardar a «regra de ouro das finanças públicas», segundo a qual o valor do défice orçamental não deve ser superior ao valor das despesas de investimento aptas a gerar no futuro receitas fiscais suficientes para fazer face aos encargos com os empréstimos contraídos.

Ao que acresce o contínuo aumento da carga fiscal implicada no desenvolvimento e consolidação do estado social nos anos sessenta e setenta do século passado. Daí que a partir dos anos oitenta e noventa se tenha começado a reivindicar nos países mais desenvolvidos, onde o problema dos limites da carga fiscal mais se fazia sentir, um limite a esse aumento da carga fiscal, o qual passou a ser objecto de discussão em dois planos. Num *plano jurídico*, em que se procurava uma solução jurídica, a qual, em geral, resultou na tentativa de introdução nos próprios textos constitucionais de alguns limites à tributação, abrangendo uma diversidade de propostas, tais como a previsão de limites à despesa pública, ao número de servidores públicos, à taxa ou alíquota de certos impostos, com destaque para o imposto sobre o rendimento pessoal, etc. O que teve expressão visível na discussão do *balanced budget ammendment* norte-americano, objecto de rejeição pelo Senado em 2 de Março de 1995¹².

¹² V. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, ob. cit., p. 590 e ss, e

E, num *plano político*, em que se pugnou por uma solução política a encontrar na arena democrática do estado, traduzida em os partidos políticos, através dos seus candidatos ao governo, apresentarem programas de redução ou de limitação dos impostos. Foi por este caminho que enveredaram os Estados Unidos da América, com a eleição de *Ronald Reagan*, o Reino Unido, com a eleição de *Margaret Thatcher*, e a Suécia, com a eleição de um governo conservador ao fim de décadas de governos sociais democratas. De facto, todas as forças políticas que ganharam as eleições nesses países apresentaram ao eleitorado programas de redução significativa da carga fiscal. Solução que levou ao esquecimento daquela proposta jurídica que desapareceu da preocupação da doutrina e das propostas de alteração constitucional.

2.3. A entrada no século XXI

Todavia, este tipo de resposta deixou de ser solução eficaz no século XXI. Por isso, não admira que assistamos hoje a um certo revivalismo focado naquelas soluções jurídicas, que foram discutidas justamente nos anos oitenta e noventa do século passado. Com efeito, sob a batuta da Alemanha, que introduziu em 2009 na *Grundgesetz* (GG) um limite para o défice orçamental, para valer a partir de 2016 (que será reduzido a 0 a partir do ano 2020)¹³, temos, de novo, vozes a propor que se introduzam nas constituições ou em legislação de valor reforçado dos Estados-membros da União Europeia rigorosos limites ao montante da despesa pública.

Abel L. COSTA FERNANDES, *A Economia das Finanças Públicas*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 524 e ss.

¹³ Referimo-nos ao artigo 115º da GG que dispõe, na nossa tradução: «(1) A obtenção de créditos e a prestação de fianças, garantias ou outros compromissos financeiros que possam ocasionar despesas em exercícios económicos futuros, carecem de habilitação de lei federal que determine ou permita a determinação do respectivos montantes. (2) As receitas e as despesas devem, em princípio, estar em equilíbrio sem recurso ao crédito. Este princípio considera-se observado quando as receitas obtidas com recurso ao crédito não excedam 0,35% do valor nominal do Produto Interno Bruto. (...).

Uma proposta em relação à qual temos fundadas dúvidas, as quais, a seu modo, não deixam de coincidir com as levantadas no século passado quando a questão do *balanced budget* agitou a doutrina jurídica e económica ou foi mesmo proposta e discutida nos parlamentos¹⁴. Pois não nos podemos esquecer de que, se a disposição alemã em causa tão extensa quanto intensa é verdadeiramente nova, a *ratio constitutionis* de um tal normativo não deixou de estar presente no pensamento constitucional alemão do segundo pós guerra, na medida em que se entendeu que a GG impunha que o recurso ao crédito fosse apenas para despesas de investimento, segundo a regra conhecida por *junctim* recurso ao crédito/investimento¹⁵.

Muito embora essa racionalidade tenha acabado por ser neutralizada, na prática, por disposições legais que impediram a efectiva concretização da vinculação do recurso ao crédito a despesas de investimento. Pois foi-se permitindo com grande amplitude a falta de correspondência entre as leis que autorizavam o recurso ao crédito e as leis que permitiam ou impunham os correspondentes investimentos, com fundamento na circunstância de a obtenção de créditos oneradores das futuras gerações se destinar à produção de património ou de activos duradouros¹⁶.

De outro lado, não podemos esquecer o que se vem passado nos países da União Europeia que integram a União Económica e Monetária (UEM), os quais, no quadro das *binding rules* do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), agora se encontram sujeitos a rigorosos limites no que respeita ao défice público e à dívida pública,

¹⁴ V. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, ob. cit., p. 590 e ss.

¹⁵ Regra que, apesar de estabelecida, não obsteu a défices orçamentais resultantes do recurso ao crédito muito para além do correspondente ao investimento - v., neste sentido e por todos, Christoph GRÖPL, «Schwächen des Haushaltsrechts – Wege zu einer nachhaltigen Finanzwirtschaft», *Die Verwaltung*, 2006/2, p. 220 e ss. Quanto à regra de ouro das finanças públicas, v. Paulo TRIGO PEREIRA e Outros, *Economia e Finanças Públicas*, ob. cit., p. 463.

¹⁶ Sobre as razões do fracasso v. CHRISTOPH GRÖPL, «Schwächen des Haushaltsrechts – Wege zu einer nachhaltigen Finanzwirtschaft», *Die Verwaltung*, 2006/2, p. 220 e ss.

não podendo ultrapassar, respectivamente, 3% e 60% do PIB, sob pena de abertura do Procedimento por Défices Excessivos. Pois, embora o cumprimento desses limites tenha sido exigido a pequenos países (caso de Portugal¹⁷), quando chegou a vez da violação dos mesmos pelos grandes países (caso da Alemanha e da França), procedeu-se à flexibilização do Pacto¹⁸.

Para além de que o respeito desses limites, mesmo nesse quadro de flexibilização, numa situação de crise económica e financeira como a que estamos vivendo, se depara com obstáculos praticamente intransponíveis. Com efeito, estando os Estados desprovidos dos instrumentos da política monetária, agora monopolizada no BCE e estritamente orientada para a estabilidade dos preços, e fortemente limitados nos instrumentos de política orçamental, têm como única via o aumento das receitas e a diminuição das despesas, vias largamente impraticáveis: a primeira, por a carga fiscal dos países mais afectados pela crise estar muito próxima do insustentável e insuportável; a segunda, em virtude de uma parte muito significativa das despesas públicas se revelar de elevada rigidez¹⁹.

A que acresce ainda a circunstância de a referida «regra de ouro das finanças públicas» ter presentemente por pano de fundo a nova *governance* financeira pública, em que a coexistência permanente da tradicional lógica político-jurídica com a actual lógica técnico-económica ou de gestão acaba por limitar o alcance da eventual constitucionalização de normas financeiras respeitantes a um efectivo equilíbrio orçamental. Pois, para além de a lógica económica ou de gestão contemporânea restringirem significativamente as iniciativas e escolhas políticas ou jurídicas, tais normas não podem deixar de ter uma adequada flexibilidade. Uma ideia que não é de todo

¹⁷ O primeiro país a ser objecto do Procedimento dos Défices Excessivos, em 2002.

¹⁸ Através do Regulamentos n.º 1055/2005 e n.º 1056/2005. Alteração levada a cabo depois de o Pacto ter sido suspenso no ECOFIN de 25 de Novembro de 2003.

¹⁹ Sobre a política orçamental na União Europeia, v., por todos, Paulo TRIGO PEREIRA e Outros, *Economia e Finanças Públicas*, ob. cit., p. 543 e ss.

compensada com o facto de esse equilíbrio financeiro dever reportar-se a todo o conjunto do sector público²⁰.

Por conseguinte, apesar das dúvidas que vimos de exprimir, admitimos, todavia, que a consagração constitucional ou em lei de valor reforçado de um limite ao endividamento público possa ter um papel importante enquanto parâmetro supralegal para legitimar a adopção de medidas, a seu modo de natureza excepcional, naquelas situações que podemos designar por «estado de necessidade financeiro» ou «estado de necessidade económico-financeiro». O que possibilitará passar a dispor de uma abertura constitucional ou supralegal expressa para este tipo de estado de necessidade, situado, de algum modo, entre o excepcionalíssimo «estado de necessidade constitucional» (conhecido por estado de sítio ou estado de emergência) e o ordinário ou corrente «estado de necessidade administrativo».

Porém, mais do que cuidar das exigências a integrar nas constituições ou em leis de valor reforçado, importa fazer referência aos prementes desafios que se colocam hoje em dia, os quais, pondo à prova as fronteiras clássicas do direito dos impostos, são a expressão mais visível da crise que afecta presentemente o estado fiscal.

II. A CRISE DO ESTADO FISCAL

Assim, entrando mais especificamente no tema desta nossa intervenção, ou seja, na crise do estado fiscal, vejamos como as tradicionais fronteiras do direito dos impostos estão sendo postas em causa, dando suporte ao redesenhar de novas fronteiras, bem como destacar, num tal quadro, um dos mais prementes problemas que o estado actual enfrenta, o da sua sustentabilidade. É, pois, a estes aspectos a que vamos dedicar as considerações que se seguem.

²⁰ V., a este respeito e por todos, as considerações feitas por Michel BOUVIER, «La règle d'or: un concept à construire», Editorial da *Revue Française de Finances Publiques*, nº 113, 2011.

3. As novas fronteiras do estado fiscal

Começemos, então, pelas novas fronteiras do estado fiscal no quadro do que vem sendo designado por estado pós-moderno. Antes, porém, uma alusão ao momento em que começou a verificar-se a realidade estadual face à qual faz algum sentido falar em estado pós-moderno, ou seja, quando se iniciou o século XXI, em que a perturbação do estado moderno passou a ser claramente visível. Pois bem, a este respeito, é de assinalar que o fim do século XX político e jurídico não coincide com o fim do século XX em termos cronológicos. Pois temos para nós que o século XX foi um século muito curto, cronologicamente falando. Com efeito, embora tenha sido muito longo do ponto de vista dos acontecimentos dramáticos que nele tiveram lugar, o século XX foi, contudo, do ponto de vista da duração dos quadros de compreensão política e jurídica da sociedade e do estado e da duração das concepções políticas e jurídicas em que se apoiou, um século relativamente curto, pois, tendo começado em 1919 com a aprovação Constituição de Weimar, terminou no ano de 1989, com a queda do Muro de Berlim e a consequente implosão da União Soviética.

Afinal um século de 70 anos, durante o qual houve tempo para destruir e reconstruir a Europa e modelar o estado social que, não é demais sublinhar, permitiu a maior prosperidade e bem-estar alcançados pela Humanidade²¹. Pois foi no século XX que se ergueu e consolidou o estado social, tendo sido, no quadro deste, que se desenvolveram sistemas fiscais paradigmas do progresso do estado, o qual se sedimentou sobre os pressupostos da «teoria de soberania» e do «monopólio de poder»²².

²¹ V. o nosso texto «A reforma fiscal num Estado fiscal suportável», *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 67 e ss. (76 e ss.).

²² A este propósito é de destacar Christoph MÖLLERS, autor que procurou esclarecer o sentido do conceito de estado no dealbar do século XXI, destacando que o estado perdeu força como conceito aglutinador e referencial da Sociedade, tendo vindo a ganhar inúmeros qualificativos (de direito, social, cooperativo, informal), que muitas vezes mais não são do que propostas paliativas para ir oxigenando uma «realidade», que se

O que conduziu a um estado fiscal correspondente, ao estado fiscal social, o qual, depois de tanto sucesso, enfrenta presentemente a ameaça real de ruptura das suas tradicionais fronteiras²³.. Entre os fenómenos que concretizam essa ruptura podemos apontar o contexto global em que actua o direito dos impostos, a descaracterização da figura dos tributos e a diversificação da despesa fiscal. Uma palavra muito rápida sobre cada uma destas manifestações.

3.1. O contexto global do direito fiscal

Sendo o direito fiscal um direito eminentemente territorial compreende-se facilmente a perturbação que o fenómeno da globalização económica lhe veio causar. O que tem múltiplas expressões. Desde logo, o direito fiscal deixou de ser produção monopolística do estado, porque respeitante a factos tributários totalmente localizados no seu território. De facto, nessa produção participam agora, de forma mais ou menos intensa, diversos operadores supranacionais e internacionais que produzem directamente direito fiscal como acontece com a União Europeia que vem, de resto, desenvolvendo uma verdadeira europeização do direito fiscal, ou limitam fortemente o mundo dos impostos como sucede com o sistema GATT/OMC que obsta a que os estados concedam auxílios fiscais às empresas que exportam²⁴. A que acresce o papel de diversas empresas transnacionais que vêm sendo o suporte de inúmeras soluções legais em sede do direito fiscal das empresas, em que sobressaem as regras relativas à contabilidade empresarial com destaque para as IAS e IFRS, que os ordenamentos da União Europeia e dos estados têm vindo a adoptar. O que proporciona um patamar de soluções normativas

aproxima cada vez mais de uma mera construção jurídica, distanciando-se, assim, de uma «certa ideia material de comunidade», em *Staat als Argument*, Beck, München, 2000.

²³ Para maiores desenvolvimentos, v. Suzana TAVARES DA SILVA, *Novas Fronteiras do Estado Fiscal*, ob. cit.

²⁴ Nos termos do Acordo sobre as Subvenções e as Medidas de Compensação adoptado pelo GATT / OMC.

tendencialmente globais de diversa proveniência que, estabelecido a montante dos estados, acaba constituindo o primeiro nível de um direito dos impostos efectivamente multinível. A que acresce tratar-se de direito produzido, em larga medida, à margem dos órgãos políticos legitimados para essa produção, e integrado crescentemente por normas de *soft law* que coloca diversos problemas, novos, designadamente em sede da sua aplicação.

Um outro segmento decorrente da globalização económica tem a ver com a concorrência entre os sistemas fiscais que se instalou, a qual mais não é do que uma resposta individual dos estados ao quadro alargado em que as empresas exercem a sua liberdade de empresa, em que naturalmente se inclui a liberdade de gestão fiscal traduzida em incorrer nos menores gastos possíveis. Uma resposta que, sendo expressão de um direito tributário claramente à deriva, está longe de ultrapassar os magnos problemas que essa concorrência coloca. O que tem particular expressão nos limites dentro dos quais a referida liberdade de gestão fiscal há-de conter-se, uma vez que esta liberdade, como qualquer direito ou liberdade fundamental, não pode ser exercida de forma abusiva, assumindo manifestações ou concretizações que vão além do seu âmbito ou conteúdo próprio. É que, enquanto a referida liberdade é exercida em ambiente global, a resposta concretizada nos limites a essa liberdade continua a ser dada fundamentalmente no quadro de cada estado, através da consagração de cláusulas gerais antiabuso, com longa tradição jurisprudencial nos EUA e no Reino Unido, e de outras disposições legais dirigidas ao combate à evasão e fraude fiscais. Daí que a concorrência fiscal tenha um significado totalmente diverso para as empresas e para os estados, já que, enquanto para as primeiras se trata, de facto, de obter o preço fiscal mais baixo a pagar pela sua actividade, para os estados, que antes tinham um preço fiscal de monopólio, assente na sua soberania territorial, passam a ter de praticar um preço do mercado fiscal cuja regulação não dominam nem tem qualquer sucedâneo internacional ou supranacional adequado para a mesma.

Pelo que, em consequência disso, presentemente os estados têm presentemente dois tipos de poder tributário: o exercido sobre os contribuintes e situações deslocalizáveis e o exercido sobre os contribuintes e situações resistentes à deslocalização. Assim, no primeiro caso, em que o poder tributário tem por destinatários sobretudo o rendimento das empresas e dos trabalhadores com maiores qualificações e rendimentos, os estados dispõem de um poder bastante limitado, porquanto têm que o exercer no quadro dos fortes constrangimentos decorrentes da concorrência entre as jurisdições fiscais, o que, de algum modo, desfigura o poder tributário tradicionalmente ancorado na ideia de soberania fiscal e, por conseguinte, da própria soberania *tout court*²⁵. Já em relação aos contribuintes e situações não deslocalizáveis, os trabalhadores pouco qualificados e os bens imóveis, o poder tributário continua a poder ser exercido segundo o figurino tradicional da soberania territorial. O que pode conduzir a consequências bastante nefastas, uma vez que a perda de receitas implicada na limitação de tributação dos detentores das manifestações de capacidade contributiva mais significativas tende a ser compensada pela sobretributação dos contribuintes que não podem beneficiar do fenómeno da globalização²⁶.

Aliás esta destruição do poder tributário dos estados tem particular incidência no respeitante aos países membros da União Europeia, em que, através da chamada harmonização fiscal negativa protagonizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Pois, embora a União Europeia não tenha logrado avançar no caminho da harmonização positiva, através da aprovação dos correspondentes actos de natureza legislativa (directivas ou regulamentos), em virtude sobretudo da regra da unanimidade que continua a vigorar

²⁵ Sobre o sentido e alcance com que ainda se pode falar em soberania estadual e, naturalmente, soberania fiscal, v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 290 e ss.

²⁶ Levando assim ao fenómeno do *apartheid* fiscal de que falaremos mais adiante no ponto 5.1.

para a matéria fiscal²⁷, o certo é que os estados têm vindo a ver o seu poder tributário, com destaque para a tributação das empresas, fortemente limitado pela actuação activista do TJUE, o qual vem julgando incompatível com o direito europeu numerosas soluções dos sistemas fiscais nacionais.

O que nos leva a questionar se, face à jurisprudência fiscal deste Tribunal, não nos deparamos com uma verdadeira situação de «esquizofrenia» de todo inaceitável e de consequências particularmente nefastas, uma vez que essa jurisprudência põe em risco os sistemas fiscais nacionais, os quais, podem morrer, assim, às mãos de uma mais que discutível extrafiscalidade europeia²⁸. Pois, de um lado, exige-se aos estados que tenham finanças saudáveis, segundo as rigorosas *binding rules* do Pacto de Estabilidade e Crescimento, traduzidas em o défice orçamental não poder ultrapassar os 3% do PIB e a dívida pública não poder ir além dos 60% do PIB²⁹, exigências que, obviamente, pressupõem a autonomia de organização e funcionamento dos correspondentes sistemas fiscais, mas, de outro lado, subvertem-se largamente estes sistemas com o argumento ou o pretexto de os compatibilizar com a realização do mercado interno e o respeito pelas liberdades fundamentais europeias. Por conseguinte, boicota-se, por esta via, o exercício da soberania fiscal que, à face dos tratados

²⁷ A qual, estranhamente, não sofreu alteração nem na malograda Constituição Europeia nem no mais recente Tratado de Lisboa que adoptou o TFUE. V., no respeitante à Constituição Europeia os seus artigos III - 62º e III - 63º, e, no concernente ao TFUE, o seu artigo. 113º. Sobre esta questão, tendo em conta a Constituição Europeia, v. o nosso texto «Constituição europeia e fiscalidade», em *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 174 e ss.

²⁸ Cf. A. CARLOS DOS SANTOS, *L'Union Européenne et la Régulation de la Concurrence Fiscale*, Buylant / LGDJ, Bruxelles / Paris, 2009, p. 120 e ss.

²⁹ Limitações que foram objecto de diversas críticas – v., por todos, RUI HENRIQUE ALVES, *Políticas Fiscais Nacionais e União Económica e Monetária na Europa*, 2ª ed., BVLP, Porto, 2000, 161 e ss., e P. PITTA E CUNHA, «A harmonização da fiscalidade e as exigências da união monetária na Comunidade Europeia», em *A Fiscalidade dos Anos 90*, Coimbra, 1996, p. 53 e ss., e *De Maastricht a Amsterdão. Problemas da União Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 122 e ss.

e do direito derivado europeu, os estados continuam a manter³⁰, e subverte-se a relação de «cidadania fiscal» em que a mesma assenta traduzida no dever fundamental de suportar financeiramente o estado, isto é, no dever fundamental de pagar impostos, o qual, como dever fundamental que é, constitui naturalmente um limite imanente também à realização do mercado interno e às liberdades fundamentais europeias que o Tribunal de Justiça, todavia, não ousa ter em consideração³¹.

3.2. A descaracterização dos tributos

Porém, a ruptura das fronteiras do actual estado fiscal vem ocorrendo também em sede da figura dos tributos, a qual que se vem descaracterizando nos últimos tempos. Uma descaracterização que é observável em dois planos: no plano do universo e arrumação das diversas figuras tributárias e no plano dos impostos paradigmáticos da actual estrutura dos sistemas fiscais.

Em sede do primeiro plano, é de assinalar que, desde há alguns anos, vimos assistindo ao questionar da arrumação tradicional dos tributos bem como à alteração do âmbito de cada uma das suas espécies. Uma descaracterização que é observável nas diversas arrumações que os tributos tradicionalmente comportam, as quais, a nosso ver, se reconduzem a três critérios, a saber: o clássico critério da estrutura da relação tributária³² que os suporta, com base no qual

³⁰ V. a este respeito, A. CARLOS DOS SANTOS, *L'Union Européenne et la Régulation de la Concurrence Fiscale*, cit., p. 117 e ss.; e Pietro BORIA, *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 61 e ss. e 413 e ss., autor que se refere ao TJUE, enquanto protagonista da harmonização fiscal negativa, como «o antisoberano», ou seja, como um destruidor da soberania fiscal dos estados. Sobre as relações estado / mercado, tendo em conta os serviços económicos de interesse geral, v. João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado. Serviços Económicos de Interesse Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

³¹ Sobre o carácter de limites imanentes aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos deveres fundamentais, v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 25 e ss., 76 e s., 117 e ss., e 551 e s.

³² Ou, porventura melhor, das relações tributárias, porquanto a relação tributária

temos impostos, taxas e contribuições especiais; o critério do sujeito titular activo da relação tributária, em que se ancora a distinção entre tributos fiscais e tributos parafiscais; e o critério da finalidade dos tributos quando esta seja definida em termos amplos, com base no qual se contrapõem os tributos fiscais aos tributos extrafiscais.

Podemos dizer que esta descaracterização se revela antes de mais e principalmente nos tipos de tributos segundo a estrutura da correspondente relação jurídica, em que, atenta a importância que essa arrumação tem tido e ao facto de se reportar ao universo da generalidade dos tributos³³, vem ganhando maior visibilidade. Uma realidade que opera quer essa arrumação assente numa divisão dicotómica ou binária, segundo a qual os tributos ou são tributos unilaterais ou impostos ou tributos bilaterais ou taxas, quer na versão tricotómica ou ternária, nos termos da qual os tributos se dividem entre tributos unilaterais ou impostos, tributos bilaterais ou taxas e contribuições ou tributos especiais, sendo certo que estes últimos eram tradicionalmente reconduzidos, consoante a sua efectiva estrutura, no todo ou em parte, ou aos impostos ou às taxas³⁴.

Trata-se de uma descaracterização que tem expressão não só em sede do aparecimento de novas figuras intermédias entre o imposto e a taxa, concretizada entre nós na autonomização de parte das contribuições especiais, mas também na crescente diluição da própria figura das taxas. Assim e relativamente às contribuições especiais, uma figura tradicionalmente conhecida da doutrina no quadro da referida divisão tripartida dos tributos, mas que acabava

comporta simultaneamente uma relação de direito constitucional, uma relação de direito administrativo e uma relação de direito obrigacional, como referimos no nosso *Direito Fiscal*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 227 e ss.

³³ Pois encontramos nela os diversos tipos de tributos que a doutrina costuma enumerar, não raro abarcando mesmo tributos que têm por base outros critérios que não apenas o da estrutura da correspondente relação jurídica.

³⁴ Consoante o universo dos seus destinatários fosse recortado essencialmente em função de uma especial manifestação da capacidade contributiva ou capacidade de pagar ou em função de uma especial configuração da contraprestação de que beneficiam - v. o nosso *Direito Fiscal*, cit. p. 45 e ss.

por não dispor de verdadeira autonomia ao menos em sede do seu regime jurídico-constitucional face aos impostos, podemos assinalar que conhecem presentemente duas modalidades: as *contribuições especiais* clássicas ou em sentido estrito³⁵, que continuam a ser tidas por impostos nos termos da Lei Geral Tributária³⁶, e as demais *contribuições financeiras* a favor de entidades públicas, uma categoria que, introduzida na Constituição na revisão Constitucional de 1997, si situa claramente em termos do seu regime jurídico, entre a figura dos impostos e a figura das taxas.

Relativamente à diluição da figura das taxas, é de lembrar que estas eram tradicionalmente cobradas com base em um dos três factos tributários, a saber: a prestação concreta de um serviço público, a utilização de bens do domínio público ou a remoção de um obstáculo jurídico à actividade dos particulares (as chamadas licenças)³⁷. Pois bem, quanto a estes tributos bilaterais assistimos presentemente quer à ampliação quer à restrição do seu âmbito. Com feito, se no respeitante às situações suportes de taxas devidas pela utilização de bens do domínio público e às situações base das taxas devidas pela remoção de um obstáculo jurídico à actividade dos particulares, assistimos à sua ampliação, já nas relativas à prestação concreta de um serviço público nos deparamos com uma certa restrição.

Assim, nas devidas pela utilização do domínio público, encontramos as devidas pela utilização do domínio privado dos entes

³⁵ Que conhecem ainda dois subtipos: as *contribuições de melhoria*, que têm lugar naqueles casos em que é devida uma prestação, em virtude de uma vantagem económica particular resultante do exercício de uma actividade administrativa, por parte de todos aqueles que tal actividade indistintamente beneficia; e as *contribuições por maior despesa*, que ocorrem naquelas situações em que é devida uma prestação em virtude de as coisas possuídas ou de a actividade exercida pelos particulares darem origem a uma maior despesa.

³⁶ Pois dispõe no n.º 3 do seu artigo 4.º: “[a]s contribuições especiais que assentam na obtenção pelo sujeito passivo de benefícios ou aumento de valor dos seus bens em resultado de obras públicas ou da criação ou ampliação de serviços públicos ou no especial desgaste de bens públicos ocasionados pelo exercício de uma actividade são considerados impostos”.

³⁷ Ou, como estabelece o artigo 4.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, «as taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares».

públicos, que não passam de preços, e nas devidas pela remoção de um obstáculo jurídico à actividade dos particulares, encontramos algumas que, por se reportam à remoção de obstáculos artificiais permanentes ao exercício de actividades, mais se assemelham a impostos porquanto são devidos pela capacidade contributiva revelada nessas actividades. Já quanto às taxas devidas por serviços públicos, dada a redução do campo destes, em virtude da deslocação do estado para o mercado da realização dos direitos base do estado social, concretizada na entrega ao mercado da satisfação dos serviços de interesse económico geral ou até de alguns serviços de interesse geral, os quais não surpreende que tendam a ser financiados mais por preços do que por tributos bilaterais.

Porém, a descaracterização em apreço não releva apenas face à arrumação dos tributos segundo a estrutura da correspondente relação jurídica, manifestando-se também quando considerados a partir do critério do sujeito activo dessa relação ou da finalidade dos tributos, o que, valendo relativamente aos três tipos de tributos, assume particular expressão no respeitante aos impostos que, assim, são objecto de significativa expansão no quadro da presente reconfiguração do estado social.

Limitando-nos aqui apenas à figura dos impostos, é de sublinhar que estes se expandiram tanto para os impostos parafiscais como para os impostos extrafiscais. Quanto aos primeiros, os impostos parafiscais, que têm de específico constituírem impostos especiais com receitas consignadas a entes não territoriais, devemos assinalar que os mesmos se multiplicaram nos últimos anos devido sobretudo ao fenómeno da desorçamentação que foi uma das bases da derrapagem das contas públicas e do endividamento público excessivo. Tendo em conta, porém, que este fenómeno tende a ser combatido pelo direito europeu, obrigando os estados a contas consolidadas de todo o sector público, sejam estas contas estaduais, regionais, municipais ou parafiscais, não é espectável que tais impostos possam continuar a prosperar como no passado. Um combate

que se tem incentivado particularmente no contexto de actual crise da dívida soberana dos estados endividados³⁸. Uma limitação que, ainda assim, não obstará à continuação da criação dos mais imaginativos tributos parafiscais normalmente designados por taxas, como acontece, por exemplo, no domínio dos seguros³⁹.

Por seu lado, no referente aos impostos extrafiscais é de referir que, como dissemos noutro lugar, não é de esperar muito deles, porquanto no domínio em que porventura teriam maior projecção, o domínio da protecção do meio ambiente, a preocupação ambiental, apresenta-se aí, por via de regra, mitigada, dominando como principal objectivo desses impostos o da obtenção de receitas públicas. É que os tributos que, à partida, teriam maior aptidão nesse domínio, não seriam os impostos, mas as taxas porquanto concretizariam o princípio do poluidor pagador, embora estas enfrentem obstáculos operacionais que limitam muito o seu campo de acção. O que resulta não só da inadequação à partida das taxas para se constituírem em tributos extrafiscais⁴⁰, mas sobretudo pela dificuldade em identificar o poluidor ou determinar o grau de poluição provocada para servir de base ao montante dos tributos. Por isso, os tributos ambientais serão na maior parte dos casos impostos e imposto em que o carácter extrafiscal é limitado, constituindo a obtenção de receitas públicas o objectivo claramente dominante como acontece em Portugal com os impostos sobre veículos automóveis e sobre os combustíveis⁴¹.

Passando agora ao mencionado segundo nível de descaracterização dos tributos, ou seja, a descaracterização dos impostos pa-

³⁸ V. o nosso estudo «Considerações sobre a figura dos tributos», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, 2012, p. 753 e ss.

³⁹ V. o que dizemos *infra*, no ponto 5.2.

⁴⁰ Nesse sentido, v. Suzana TAVARES DA SILVA, *Novas Fronteiras do Estado Fiscal*, cit. p. 46.

⁴¹ Ou seja, o Imposto sobre Veículos (ISV), o Imposto Único de Circulação (IUC) e o Imposto sobre os Produtos Petrolíferos e Energéticos (ISP).

radigmáticos da actual estrutura dos sistemas fiscais, podemos dizer que um tal nível de descaracterização se verifica em relação tanto aos impostos sobre o rendimento - o IRS e o IRC, como face ao imposto geral sobre o consumo – o IVA. O que tem expressão na limitação do carácter pessoal do IRS, no progressivo afastamento do IRC do rendimento real e na perda das características do IVA em segmentos cada vez mais significativos.

Assim e no respeitante ao IRS, a limitação e, em alguns casos, a efectiva eliminação das deduções de natureza pessoal, sobretudo das deduções à colecta das despesas dos contribuintes com a realização dos seus direitos sociais, que têm vindo a ser criadas ou ampliadas nos últimos anos, principalmente através das leis do orçamento do Estado, desfiguram esse imposto tanto face ao paradigma recortado no n.º 1 do art. 104.º da Constituição, como da sua concretização legal no Código do IRS. O que leva a que este imposto seja cada vez menos um imposto sobre o rendimento disponível quando não se aproxima mesmo de um imposto sobre o rendimento bruto dos contribuintes⁴².

Desfigurado tem vindo a ser também o IRC, pois cada vez mais incide sobre um lucro tributável que se afasta do rendimento real, ou seja, do rendimento revelado pela contabilidade regularmente organizada segundo os seus princípios contabilísticos. Pois que, muito embora o modelo de relação entre a contabilidade e a fiscalidade sempre tenha sido o da dependência parcial desta face àquela, nos últimos anos vem-se acentuado significativamente a não consideração fiscal de grandezas económicas e contabilísticas, em que sobressaem os gastos económicos e contabilísticos não considerados gastos fiscais como os constantes dos arts. 23.º, n.º 2 a 5, 34.º, 45.º, 51.º e 67.º do Código do IRC. A que acrescem as preocupantes tributações avulsas que têm vindo a ser instituídas, entre as quais se

⁴² Daí que nos interroguemos sobre se ainda fará sentido o art. 104 da Constituição – v. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 441 e s.

contam as tributações autónomas, eufemisticamente designadas por “taxas de tributação autónoma”, a derrama estadual, a contribuição sobre o sector bancário, etc.⁴³.

Um fenómeno que tem vindo a verificar-se inclusive em sede do IVA, um imposto geral sobre o consumo que tanto sucesso tem tido, o qual está bem patente no facto de ter sido adoptado pela generalidade dos países. Pois bem, também relativamente a este imposto, se vem assistindo a dificuldades que tornam a sua continuação problemática em alguns sectores. O que tem expressão eloquente no domínio das chamadas transacções intracomunitárias, decorrentes da abolição das fronteiras físicas imposta pela criação do mercado interno em 1992, em que tem proliferado uma verdadeira “indústria da fraude” cada vez mais complexa e sofisticada, protagonizada sobretudo pela vem conhecida fraude em carrocel. Mas não só, pois que em alguns sectores, mais expostos ao risco de fraude ou de evasão fiscal, se teve de introduzir, contra a lógica do sistema de um imposto sobre o consumo tipo IVA, a inversão do sujeito (*reverse charge*) que desfigura totalmente a tributação geral do consumo na União Europeia que tanto êxito havia alaçado.

3.3. A diversificação da despesa fiscal

Um outro aspecto que caracteriza o actual estado fiscal é a diversificação da despesa fiscal. Trata-se de derrogações deliberadas ao sistema normal de tributação, através do reconhecimento ou concessão de benefícios fiscais, permitindo-se assim aos estados actuarem sobre a economia privada de modo equivalente àquele em que operam as despesas públicas directas (subvenções ou subsídios).

⁴³ V. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 521 e ss, e 543 e ss., e o nosso estudo «investir e tributar: uma relação simbiótica?», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 141, 2011/12, p. 165 e ss.

As despesas fiscais representam, por conseguinte, um pagamento passivo realizado pelos entes públicos detentores de poder tributário a favor dos agentes económicos e sociais mediante a redução dos impostos a pagar por estes, ou seja, trata-se de despesas públicas levadas a cabo pelo sistema fiscal. Justamente porque constituem despesas, compreende-se que sejam objecto de controlo sob os mesmos parâmetros das despesas públicas directas. O que tem expressão, por exemplo, na exigência de a sua previsão constar de um específico anexo à proposta de Orçamento do Estado, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo da 106.º da Constituição Portuguesa⁴⁴.

Duas observações a respeito das despesas fiscais. Uma para assinalar que embora todos os benefícios fiscais se configurem, ao menos à primeira vista, como «despesas fiscais», há que ter em conta a distinção entre os benefícios fiscais estáticos e os benefícios fiscais dinâmicos, incentivos ou estímulos fiscais. É que, visando estes estimular determinadas actividades, no quadro de uma relação entre as vantagens fiscais atribuídas e as actividades estimuladas em termos de causa-efeito, compreende-se que, porque incentivam actividades que, de outro modo, não chegariam a ter lugar, vão efectivamente originar um aumento das receitas fiscais no futuro, as quais terão por suporte o resultado económico dessas actividades. Por isso mesmo, numa tal situação, estamos, em rigor, perante despesas fiscais impróprias ou despesas fiscais aparentes cujo significado económico-financeiro é completamente diferente do das efectivas despesas fiscais⁴⁵. O que, de resto, deve ser tomado em conta na sua consideração como auxílios de estado no quadro da União Europeia, já que tais benefícios fiscais apenas numa perspectiva estática e totalmente

⁴⁴ O que tem concretização legal nomeadamente no n.º 3 do artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, em que se dispõe: “[o]s benefícios fiscais são considerados despesas fiscais, as quais podem ser previstas no Orçamento do Estado ou em documento anexo e, sendo caso disso, nos orçamentos das Regiões Autónomas e das autarquias locais”.

⁴⁵ V. neste sentido Guilherme Waldemar OLIVEIRA MARTINS, *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 93 e ss.

desfasada da realidade podem ser tidos como suporte de distorções à concorrência⁴⁶.

Outra, para dar conta de que a atenção dispensada à despesa fiscal, decorrente da circunstância de tal despesa se concretizar na própria tributação, não pode continuar ausente em relação à generalidade da despesa pública, uma vez que esta é o segundo momento da tributação e a verdadeira razão das exigências da constituição fiscal, sobretudo do princípio da legalidade fiscal. Impõe-se, por isso, uma consideração (mais) unitária do fenómeno financeiro, de modo a que o poder tributário e o poder de gastar não sejam olhados como estranhos um ao outro, e evitar assim as consequências nefastas que essa separação provocou com abundante expressão nas actuais dívidas públicas dos estados. Uma visão que, repondo o sentido genuíno do princípio da legalidade fiscal, que visava limitar a despesa pública através da limitação do poder tributário, reclama uma recentragem do poder parlamentar em torno da despesa pública, dado que a limitação desta, num quadro de finanças funcionais, há muito que deixou de ser adequadamente obtida através da disciplina constitucional limitada ao poder tributário.

Mas a consideração (mais) unitária do fenómeno financeiro não se aplica apenas ao poder financeiro do estado, valendo a mesma também face aos destinatários do poder tributário, isto é, face aos contribuintes, sobretudo as empresas, no quadro da sua capacidade contributiva. Pois esta deve ser vista na sua globalidade, ou seja, tendo em conta não apenas a sua capacidade de pagar impostos (revelada no rendimento ou no património em si mesmos ou utilizados na aquisição de bens ou serviços), mas também a concretizada na sua contribuição para o interesse público através da realização de despesas de carácter comunitário, mormente de natureza social, as quais, na medida em que não sejam realizadas por esses con-

⁴⁶ No que não é diferente da consideração a ter em conta em sede do recurso a empréstimos públicos.

tribuintes, terão de ser satisfeitas por despesas do estado, ou seja, por impostos. Uma realidade que, estando presente na menor tributação com que são contempladas as entidades que integram o terceiro sector, faz todo o sentido que possa ter expressão também relativamente às micro, pequenas e médias empresas, na medida em que estas, ao contrário do que em geral acontece com as grandes empresas, contribuem para a comunidade nacional em termos bem mais amplos e diversificados do que aquele que é concretizado pelo pagamento dos impostos que as têm por destinatárias⁴⁷.

O que nos dá conta de como a despesa pública pode ter diversas vias de realização nem todas elas obedecendo ao figurino de, numa primeira fase, obter as receitas tributárias e, numa segunda fase, realizar a despesa, podendo esta ser realizada pelos contribuintes e como tal considerada pelo estado.

III. A SUSTENTABILIDADE DO ESTADO FISCAL

Uma perspectiva pela qual pode ser encarada a crise do estado fiscal, é a da sua sustentabilidade ou, talvez melhor, da sua insustentabilidade. Um problema que, naturalmente transcende, e em muito, o problema da sustentabilidade financeira dos estado, que é apenas uma das suas dimensões. O que nos impõe algumas considerações sobre a sustentabilidade em geral.

4. Ideia de sustentabilidade.

Pois bem, a sustentabilidade, no seu quadro mais amplo, reporta-se à ideia de homeostase como a capacidade biológica e insti-

⁴⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre esta consideração unitária do fenómeno financeiro das empresas, v. a nossa *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina Coimbra, 2013, p. 172ss.

tucional de promover o equilíbrio dinâmico que propicie o bem-estar sustentável num quadro de longevidade e qualidade subjectiva de vida. Tendo aqui em conta, naturalmente, a capacidade institucional de promover o mencionado equilíbrio, a sustentabilidade apresenta diversas dimensões entre as quais se conta a económico-financeira, a político-jurídica, a social e a ambiental⁴⁸.

A primeira, a dimensão económico-financeira da sustentabilidade, reporta-se ao desenvolvimento económico, que, para ser sustentável não pode pautar-se por um crescimento linear e permanente, como chegou a ser paradigma no passado, e a uma sustentação financeira do estado e demais entes públicos minimamente adequada a uma economia de mercado sem o crescimento conhecido no passado. O que mais não significa do que um desenvolvimento sustentável, em que a eficiência dos mercados não ponha de lado a equidade, assegurando a todos um rendimento mínimo que seja adequado ao respeito pela dignidade humana, nem abdique da consideração devida à complexidade do mundo natural. Nesta sede tem, a nosso ver, particular importância a redução do nosso «conselho de administração», pois impõe-se, como escrevemos noutra lugar, «ter presente que o problema magno do nosso país é, em larga medida, o dos custos avassaladores do que podemos designar por “conselho de administração” do estado, constituído pelos órgãos de soberania, das regiões autónomas e das autarquias locais. Daí que seja de nos interrogarmos sobre a efectiva necessidade da dimensão da máquina que suporta a Presidência da República, do número de deputados da Assembleia da República e das assembleias regionais, do número dos membros do Governo da República e dos governos regionais, do número de tribunais, dos níveis e do número das autarquias locais, etc. De facto, não nos podemos esquecer que somos 10 milhões

⁴⁸ V., para os diversos aspectos da sustentabilidade, e por todas, as obras de Wolfgang KAHL (Ed.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, p. 497 e ss., e de Juarez FREITAS, *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011, p. 53 e ss.

de habitantes e não 80 milhões como na Alemanha ou 60 milhões como em França». Pelo que se impõe um mínimo de coerência entre a dimensão do País e o correspondente PIB, de um lado, e a sua máquina política e administrativa, de outro, de modo a adaptarem-se os seus custos à correspondente capacidade económico-financeira.

Relativamente à sustentabilidade económico-financeira, é de assinalar ainda que a mesma pode ser encarada a partir de duas perspectivas: uma que, tendo em conta uma visão macro, se reporta à dimensão e custos globais do mencionado “conselho de administração”, procurando reduzir uma e outos; outra que, tendo em consideração uma visão mais micro, se refere sobretudo à obtenção de economia e eficiência na gestão dos serviços públicos através, designadamente, do recuso às diversas potencialidades proporcionadas pela “nova gestão pública” que vem penetrando a actividade administrativa das três últimas décadas⁴⁹.

Depois, a sustentabilidade social, tem por base a ideia de que não pode aderir-se a um modelo de natureza excludente que legitime a sobrevivência condigna apenas de alguns, reduzindo os restantes à situação de miséria seja esta imposta ou consentida. O que confere particular relevo à consagração e efectividade dos direitos sociais que, limando as arestas dos extremos da escala social, impeçam a desumanização tanto dos mais ricos como dos mais pobres. A que acresce a consideração da perspectiva intergeracional, que o equilíbrio requerido pela sustentabilidade não pode deixar de ter presente, pois quer, como também já o dissemos, se bem que a propósito da preservação, defesa e valorização do património cultural, que «parece-nos óbvio que nem o passado pode tramar o presente nem o presente pode tramar o futuro». Por conseguinte, os enormes custos que a actual situação de emergência económico-financeira comporta não-de ser repartidos pela cadeia de gerações – a geração

⁴⁹ V. sobre esta e por todos, Vital MOREIRA, «Nova gestão pública e direito administrativo», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 142, 2012/13, pp. 173 e ss.

passada, a geração presente e a geração futura – em conformidade com um estrito princípio de solidariedade intergeracional.

Por seu turno, a dimensão político-jurídica tem a ver com o papel que as decisões políticas e a sua correspondente roupagem jurídica têm para a sustentabilidade, em que esta aparece, logo à partida, como sendo objecto de um direito e de um dever fundamental, o qual tem, depois, numerosas concretizações nos específicos direitos e deveres económicos, sociais e culturais fundamentais que assegurem um adequado nível de bem-estar a todos os membros da comunidade. Nesta dimensão da sustentabilidade, trata-se de saber o que é que a política e a sua veste jurídica podem fazer pelo desenvolvimento sustentável que proporcione uma vida longa e de qualidade subjectiva. Um domínio em que releva de sobremaneira a capacidade operacional do sistema político para produzir normas que, nos diversos níveis em que operam, proporcionem um sistema jurídico minimamente coerente e competitivo no quadro da arena global em que os sistemas jurídicos hoje se movem. O que implica uma aturada e permanente preocupação com aprovação de normas jurídicas que sejam simples e estáveis de modo, a evitar, designadamente, os preocupantes níveis de litigação que, actualmente, enfrentamos. Ou seja, que também em sede de modelação e aplicação do ordenamento jurídico estejam presentes as preocupações que referimos relativamente à adequada dimensão do “conselho de administração” do estado, evitando assim o excesso insustentável das estruturas e dos correspondentes agentes jurídicos e judiciários.

Enfim, na sua dimensão ambiental, aquela que, por via de regra, mais vezes é tida em consideração, tendo estado, de resto, na base do actual protagonismo da temática da sustentabilidade, tem-se em vista a protecção do meio ambiente de modo a que este proporcione às pessoas, individual e colectivamente, uma vida digna de ser vivida. O que pressupõe viver em paz e harmonia com os nossos mais diversos companheiros ambientais da aventura humana. Num tal quadro, a assunção de uma adequada

responsabilidade ambiental pelas emissões que produzimos e a evitação de qualquer retrocesso no domínio da biodiversidade constituem dois dos vectores mais importantes da preservação do meio ambiente. Uma exigência que, ao pautar-se sempre pela conhecida tríade da sustentabilidade, concretizada em reduzir, reutilizar e reciclar os bens, proporciona, desde logo, uma base muito importante para a sustentabilidade económico-financeira dos estados e respectivas comunidades.

5. A sustentabilidade fiscal para os contribuintes

Centrando, porém, a nossa atenção na sustentabilidade fiscal do estado, devemos começar por referir que falamos em sustentabilidade fiscal e não em sustentabilidade financeira e fiscal, como seria mais rigoroso, porque entendemos que a sustentabilidade financeira do estado não passa, na prática, da sua sustentabilidade fiscal. Pelo que se torna imperioso concretizar o sentido e alcance da sustentabilidade financeira do estado fiscal, a qual, assenta efectivamente na capacidade de pagar impostos no presente e no futuro. Uma visão das coisas que, tendo estado presente no pensamento durante séculos, como vimos ao tratar da evolução do estado fiscal, coloca especiais problemas num contexto como o actual estado de necessidade económico-financeiro em que vivem os estados periféricos do sul da Europa como Portugal. Realidade que trouxe a sustentabilidade fiscal para o centro das preocupações actuais como o demonstra a aprovação pela União Europeia, seguindo aliás o mecanismo da cooperação reforçada, do Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária que obriga os Estados Membros que o subscreveram a introduzir, na respectiva constituição ou em lei de valor reforçado, limites estritos ao défice orçamental e à dívida pública⁵⁰.

⁵⁰ Uma exigência que, em rigor, não é nova, pois ela, se bem que em termos menos exigentes aos consagrados agora, integrava já o Pacto de Estabilidade e Crescimento

Todavia aqui vamos referir-nos à sustentabilidade do estado vista a partir de quem suporta os múltiplos e diversificados encargos concretizados nos impostos ou, mais em geral, nos tributos, perspectiva que implica outro tipo de reflexões ligadas seja à maneira como esses encargos são distribuídos pelos diversos grupos de contribuintes ou sujeitos passivos, seja ao risco de duplicação ou multiplicação camuflada da carga fiscal consubstanciada no conjunto dos tributos⁵¹. O que nos leva que teçamos aqui algumas considerações em torno, de um lado, do que vimos designando por «*apartheid* fiscal» e, de outro lado, do fenómeno que vimos referindo por «duplicação do estado fiscal».

5.1. O *apartheid* fiscal

Pois bem, quanto à distribuição dos múltiplos encargos fiscais pelos diversos grupos de contribuintes ou sujeitos passivos, é cada vez mais visível um certo *apartheid* fiscal. O qual, é de assinalar, se reporta não apenas à cada vez mais pesada carga fiscal, mas também aos numerosos e dispendiosos deveres que os contribuintes ou outros sujeitos passivos, mais especificamente as empresas, enquanto suportes da administração ou gestão da generalidade dos impostos⁵², têm de suportar.

Assim e no respeitante à distribuição da carga fiscal, um tal fenómeno é visível sobretudo em sede da tributação do rendimento

adoptado na sequência do Tratado de Maastricht, de 1992.

⁵¹ Uma vertente em relação à qual, atenta a sua feição subjectiva, seria mais adequado falar em *suportabilidade* do que em *sustentabilidade*, como, de resto, se encontra subentendido na nossa série, «Estudos de Direito Fiscal», justamente subordinada ao título «Por um Estado Fiscal Suportável». Refira-se que a sustentabilidade fiscal para os Estados que subscreveram o Tratado sobre a Estabilidade, Cooperação e Governança na União Económica e Monetária, aprovado com base no mecanismo da cooperação reforçada, constitui uma imposição de limites ao défice orçamental e à dívida pública a introduzir na constituição ou em lei de valor reforçado de cada um dos Estados.

⁵² No quadro do que configura uma verdadeira «privatização» da função de liquidação e cobrança dos impostos – cf. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 327 e ss.

e resulta em larga medida da proliferação de regimes fiscais de favor, decorram estes das limitações reais de tributação de alguns grupos de contribuintes, em virtude da possibilidade de deslocalização dos factos tributáveis, quer da atribuição de benefícios fiscais.

Efectivamente, é cada vez mais visível a existência, nesse domínio, de dois tipos de contribuintes: uns, sobretudo os trabalhadores dependentes, que pagam os impostos estabelecidos pelo parlamento nos termos constitucionais, designadamente com base numa ideia de igualdade aferida pela capacidade contributiva; outros, os quais integram uma parte significativa dos trabalhadores independentes e das empresas que, em virtude de regimes fiscais de favor que podem escolher ou, de algum modo, podem modelar através grupos de pressão ou lóbis em que se inserem, acabam pagando bastante menos de imposto do que os demais contribuintes.

Uma realidade que pode ser ilustrado em Portugal com a referência a alguns dados, os quais não podem deixar de considerar preocupantes. Dados esses que se reportam quer ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), quer ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC). Assim e em sede IRS, é de sublinhar que as receitas deste imposto provenientes dos rendimentos das categorias A (rendimentos do trabalho dependente) e H (pensões) ultrapassam os 80%. O que significa que os rendimentos do trabalho dependente e das pensões, que o mesmo é dizer rendimentos do trabalho dependente de hoje e, basicamente, do trabalho dependente de ontem. De outro lado, o rendimento anual médio declarado em IRS relativamente aos rendimentos empresariais e profissionais, isto é, por empresas individuais em sentido amplo, tem sido bastante inferior ao rendimento anual médio dos trabalhadores dependentes.

Por seu turno, em sede de IRC, é de sublinhar que mais de 80% das receitas provêm de poucas centenas de empresas e que perto de 50% das empresas sujeitas a IRC não pagam imposto, pois encontram-se inactivas ou apresentam prejuízos. Uma situação que

acaba por onerar drasticamente os outros contribuintes, porque lhes impõe, para além do pagamento dos impostos que lhes cabem, uma carga fiscal maior resultante do montante dos impostos que os «favorecidos» fiscais não suportam e dos impostos que os «fugitivos» fiscais, em virtude da capacidade de planeamento fiscal ou mesmo de evasão fiscal eficaz, não satisfazem.

Ora é insustentável a situação a que uma parte significativa de contribuintes se conseguiu alondorar, desonerando-se com assinalável êxito dos encargos implicados no pagamento dos impostos. Insustentável pela receita perdida que origina e, conseqüentemente, pelo *apartheid* fiscal que a mesma provoca, desonerando os favorecidos e fugitivos fiscais e sobrecarregando os demais contribuintes que, não podendo obter leis fiscais de favor ou «fugir» aos impostos, se tornam verdadeiros «reféns» ou «cativos» do Fisco por impostos alheios.

É que a capacidade de influenciar a legislação fiscal a seu favor, bem como a de fazer planeamento fiscal ou de fugir com êxito aos impostos não é igual para todos. De facto de uma tal capacidade apenas alguns contribuintes dispõem, mais especificamente as grandes empresas. O que, embora sendo particularmente visível no domínio da tributação mais importante e sensível do ponto de vista do princípio da justa repartição dos encargos públicos, a tributação do rendimento, diz respeito à generalidade dos impostos ou, mais amplamente, à generalidade dos tributos.

Mas o fenómeno do *apartheid* fiscal manifesta-se também, porventura até em termos mais insuportáveis, em sede do complexo e não raro labiríntico sistema de deveres de administração ou gestão dos impostos. De facto, na passagem do sistema de gestão pública para o sistema de gestão privada de liquidação e cobrança da generalidade dos impostos não se teve minimamente em conta a diversidade da *capacidade de prestar* dos diversos contribuintes ou sujeitos passivos. Capacidade que, enquanto reportada a encargos económicos em que têm de incorrer para suportar os gastos de cumprimento e de administração de impostos próprios ou alheios, não pode deixar

de ser tida como critério de medida da *igualdade perante os encargos públicos*. O que, a nosso ver, impõe o reconhecimento de um *mínimo de subsistência* traduzido num ou mais regimes simplificados de cumprimento desses deveres para as micro e pequenas empresas⁵³.

Um fenómeno que comporta ainda outras manifestações, as quais, apesar de menos referidas, não deixam de ser expressão ou concretização da mencionada divisão entre contribuintes ou sujeitos passivos, como é seguramente a que se verifica em sede dos direitos fundamentais de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efectiva nas relações tributárias, nos termos em que esses direitos se encontram assegurados nos artigos 20º e 168º da Constituição Portuguesa e na correspondente legislação ordinária. Uma diferença de tratamento que é visível também no domínio de acesso à arbitragem tributária recentemente introduzida no ordenamento jurídico português, pois o recurso a essa forma alternativa de resolução de litígios tributários revela-se naturalmente mais acessível aos contribuintes com maiores disponibilidades económicas⁵⁴.

Uma realidade que coloca a questão de saber se, através desta via, não estamos de algum modo a regressar à situação que com algumas excepções se manteve até ao triunfo do estado constitucional⁵⁵, em que as classes superiores, isto é, o clero e a nobreza, estavam excluídos da tributação que, assim, acabava por incidir apenas sobre os integrantes do povo ou do terceiro estado. O que, a verificar-se, mais não seria do que a reposição da velha distinção assente em classes, cuja existência, apesar de não ter por base, como no passado, vínculos de sangue, não poderia deixar de assumir idênticos sentido e alcance atento o seu resultado prático. Um regresso à Idade Média em que, atenta a realida-

⁵³ V. nesse sentido, J. L. SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, cit., p. 59 e s.

⁵⁴ V. sobre a arbitragem tributária em Portugal, as nossas «Reflexões sobre a introdução da arbitragem tributária», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 140, 2010/11, p. 239 e ss.

⁵⁵ Entre essas excepções conta-se a verificada em Portugal com a «décima militar», de 1641, que terá constituído senão a primeira uma das primeiras manifestações da tributação moderna – v., sobre esta, o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 429 e ss.

de política e social contemporânea, não podem funcionar, todavia, os correspondentes equilíbrios medievais⁵⁶.

Impõe-se, por isso, um combate eficaz à proliferação de regimes de favor, ao planeamento fiscal abusivo e à evasão fiscal, de um lado, e à excessiva oneração das micro e pequenas empresas concretizada nos múltiplos e diversificados deveres acessórios, de outro lado. O que envolve igualmente a rejeição de um discurso garantístico que, fazendo-se eco não raro de um verdadeiro fundamentalismo jusfundamental, favorece, mesmo sem querer, o clima daquela proliferação e evasão. Um discurso que, convém acentuá-lo, quase subliminarmente se vem impondo na chamada opinião pública (reduzida à opinião publicada ou mesmo à opinião publicitada), frequentemente dominada pelos interesses dos «favorecidos» e «fugitivos» fiscais, os quais não raro controlam, das mais variadas e subtis formas, os próprios meios de comunicação social. Até porque o hipergarantismo formal, traduzido em múltiplas e diversificadas garantias, sendo de fraca ou nula utilidade para a generalidade dos contribuintes, aproveita sobretudo aos poderosos ou economicamente mais fortes, os únicos que, dispondo do poder económico e de capacidade técnica adequados, as utilizam em toda a plenitude, inclusive em termos abusivos.

5.2. A duplicação do estado fiscal?

Tendo em conta a proliferação de tributos, sobretudo na modalidade de taxas e de outros tributos comutativos em que se inserem, como seus segmentos mais importantes, as taxas em sede da regulação económica e os tributos ambientais, é de nos interrogarmos sobre se, em geral e sobretudo em Portugal, não se

⁵⁶ Cf. o nosso estudo «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais», *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e deveres Fundamentais*, cit., p. 97 e ss., e Michel BOUVIER, *Introduction au Droit Fiscal Général et la Théorie de l'Impôt*, 10^o ed., LGDJ; 2010, p. 295 e ss.

está a engendrar uma «duplicação do estado fiscal», em que embora como cidadãos ou residentes⁵⁷ apenas beneficiemos de um estado, financeiramente acabemos suportando dois estados: um, o estado fiscal propriamente dito, expressão do contrato social suporte do estado comunidade que é financiado pela figura dos impostos e se encontra sujeito ao escrutínio democrático consubstanciado no funcionamento dos clássicos princípios da «constituição fiscal», especialmente o princípio da legalidade fiscal; outro, um estado fiscal paralelo, mascarado de não fiscal que é financiado basicamente por impostos especiais, mormente sobre consumos específicos, em geral com receitas consignadas, muito embora designados por taxas ou contribuições, os quais não só escapam assim à constituição financeira e fiscal, como, do mesmo jeito, se furtam ao escrutínio materializado na comparabilidade internacional da efectiva carga fiscal ou nível de fiscalidade que suportamos, uma vez que para essa comparabilidade contam apenas os impostos e as contribuições para a segurança social.

Uma realidade que tem expressão acentuada tanto em alguns importantes sectores da actuação estadual como sobretudo em relação aos municípios em que o recurso a novos tributos quase sempre designados por taxas, muitos deles de difícil qualificação, constituindo não raro verdadeiros impostos disfarçados, ou o crescente aumento das taxas dos já existentes, tem sido particularmente visível. Assim e no referente à proliferação de taxas e outros tributos normalmente referenciados como contribuições ou tributos para-fiscais⁵⁸ respeitante à actuação da administração estadual, podemos

⁵⁷ Uma vez que o decisivo, em sede da ligação dos contribuintes ao seu país, é mais o vínculo de cariz económico traduzido na residência do que o vínculo político expresso na cidadania ou nacionalidade ou, por outras palavras, é mais uma cidadania de natureza económica do que uma cidadania política – v. o nosso estudo «Alguns aspectos da tributação das empresas», *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. I, cit., p. 358.

⁵⁸ Uma designação que, é de sublinhar, tem apenas a ver com a *titularidade activa* da relação tributária, e não com a *estrutura* dessa relação que decorre, naturalmente, da configuração do correspondente facto gerador do tributo. Dai a nossa preferência pela

apontar, a mero título de exemplo, o sector dos transportes bem como o sector da actividade seguradora.

No domínio dos transportes, são de referir as taxas nos transportes terrestres (rodoviários e ferroviários), as taxas nos transportes marítimos, as taxas nos transportes aéreos, as taxas de acesso à actividade de transporte ferroviário e de utilização da infra-estrutura, a taxa de regulação das infra-estruturas rodoviárias, a contribuição de serviço rodoviário (CSR), etc⁵⁹.

Por seu lado, no concernente ao sector dos seguros, podemos mencionar diversos tributos parafiscais que incidem sobre as próprias seguradoras ou sobre estas e sobre os segurados ou apenas sobre os segurados embora sempre cobradas por aquelas como as «taxas» para o Instituto de Seguros de Portugal, para o Instituto Nacional de Emergência Médica, para Fundo de Garantia Automóvel, para o Fundo de Acidentes de Trabalho, para a Autoridade Nacional de Protecção Civil, a taxa favor do Instituto Financeiro de Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas, a qual é destinada ao Sistema Integrado contra as Aleatoriedades Climáticas⁶⁰, e a taxa de segurança alimentar mais com receita consignada ao Fundo Sanitário e de Segurança Alimentar⁶¹.

Em sede mais estrita da figura das taxas podemos dizer que se deve sobretudo aos municípios a crescente multiplicação e aumento desses tributos bilaterais. Uma situação que, ao contrário do que era de supor, não foi travada pela adopção do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais⁶², cujo objectivo foi justamente o de

designação de receitas parafiscais em vez de tributos parafiscais.

⁵⁹ V., sobre essas taxas, o nosso estudo «Apontamentos sobre a tributação dos transportes», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 142, 2012/13, pp. 57ss.

⁶⁰ V. para uma resenha destes tributos, Rogério M. FERNANDES FERREIRA / João MESQUITA, «Tributos parafiscais na actividade seguradora», *Informação Fiscal*, PLMJ, Fevereiro de 2011.

⁶¹ Criada pelo Decreto-Lei n.º 119/2012, de 15 de Junho, cuja regulamentação complementar consta da Portaria n.º 215/2012, de 17 de Julho.

⁶² Aprovado pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Fevereiro.

obstar ao arbítrio na criação das taxas e na fixação do seu montante, designadamente através da exigência do respeito pelo princípio da equivalência jurídica e da imposição da fundamentação económico-financeira do seu valor. Efectivamente, aproveitando o cumprimento da obrigação de adaptação dos regulamentos das taxas imposta no artigo 17º do referido Regime, a quase totalidade dos municípios acabou por proceder ao aumento generalizado das taxas municipais.

Por isso, para uma adequada análise da comunidade estadual a que pertencemos, no quadro do correspondente contrato social base do estado de direito democrático, avaliando e ponderando as correspondentes prestações recíprocas, ou seja, de um lado, o que pagamos ao estado e, de outro lado, o que recebemos dele, não podemos deixar de contabilizar, com base numa verdadeira «conta corrente», tudo o que pagamos, tanto em sede de fiscalidade como das múltiplas parafiscalidades que vão germinando um pouco por todo o lado neste estado que, em alguns sectores, parece movido por um verdadeiro «dirigismo regulatório». Pois não podemos estar dispostos a ser cidadãos face ao Estado e súbditos dos múltiplos senhores que os desdobramentos verticais (a montante e a jusante) e sobretudo horizontais desse mesmo estado vêm engendrando, cujos poderes e gastos não votamos e cuja necessidade da correspondente actividade não se percebe. Sobretudo quando não se controla nem fiscaliza democraticamente a actividade reguladora⁶³, pois o legislador português tarda em instituir instrumentos de *responsividade* administrativa e financeira que proporcionem um efectivo controlo do cumprimento das metas pré-estabelecidas⁶⁴.

⁶³ Quanto a esses desdobramentos, no quadro do que é designado por «salamização do estado», v. o nosso estudo «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais», *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, cit., p. 95 e s.). V., também, Michel BOUVIER, *Introduction au Droit Fiscal Général et la Théorie de l'Impôt*, 10ª ed., LGDJ, Paris, 2010, p. 200 e ss.

⁶⁴ As fórmulas de controlo segundo mecanismos de responsividade baseiam-se no aprofundamento do *status activus* dos cidadãos – v. Hans-Detlef HORN, «Erosion demokratischer Öffentlichkeit?», *VVDStRL*, 68, 2008, p. 437. A doutrina alemã reporta-se precisamente à descentralização dos centros de obtenção de recursos como característica

Efectivamente compreende-se e aceita-se facilmente que, atendendo à reforma do financiamento das despesas incorridas com as novas realidades da protecção ambiental e da regulação económica e social, se possa assistir a uma certa deslocação do estado fiscal para o «estado taxador». Uma situação que até pode aceitar-se. O que, porém, já não se afigura aceitável é que, fingindo essa deslocação, se esteja praticando uma verdadeira e inadmissível acumulação do estado fiscal com um «estado taxador», duplicando, no fim de contas, o estado fiscal. Em suma, condição para que seja admissível uma modificação nesse sentido, uma modificação no sentido de deslocar parte da carga do estado fiscal para o «estado taxador», é que o correspondente resultado final seja tendencialmente de soma zero.

Por isso mesmo se o estado fiscal, em alguma medida, for forçado a enveredar por esse caminho de duplicação, então que o faça de maneira transparente de modo a que os tributos, que a materializam, tenham por base uma armadura jurídico-constitucional idêntica à que suporta o sistema fiscal. Designadamente, impõe-se que os destinatários, os contribuintes, de uma tal duplicação se possam pronunciar, apoiando-a ou questionando-a, em termos que consubstanciem a velha máxima que suporta, há muitos séculos, o autoconsentimento dos impostos: *no taxation without representation*.

Mas, como é reconhecido e é visível, não é isso o que tem acontecido, uma vez que ao constante crescimento de tributos de natureza tendencialmente comutativa, não tem correspondido uma menor tributação baseada nos tradicionais impostos, tendo esta, de resto, vindo a aumentar em virtude do denunciado *apartheid* fiscal⁶⁵.

do «novo modelo de direcção» que define a actividade administrativa actual, preocupando-se em integrar este modelo de actuação com a criação de formas adequadas de controlo, incluindo as de natureza financeira – v. S. KORIOTH, «Finanzen», in HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLÉ (Org.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, Beck, München, 2009, p. 83 e ss (130-132).

⁶⁵ Daí que a exigência de um imposto sobre o rendimento pessoal, como se encontra recortado no n.º 1 do art. 104.º da Constituição, faça cada vez menos sentido, já que ele não mais pode ser único e incidente sobre o rendimento tendencialmente global. V. o que dissemos *supra*, no ponto II. 3.2.

Medidas fiscais e políticas públicas em tempos de crises econômicas

*Maria de Fátima Ribeiro**

Professora Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP.

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – São Paulo – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Políticas Tributárias e o Papel do Estado no Desenvolvimento Econômico e Social; 3. Função Fiscal e Finalidade extrafiscal dos tributos no Contexto da Ordem Econômica; 4. Aspectos relevantes sobre as Medidas Fiscais como efetivação de políticas públicas face às crises econômicas; 5. Considerações Finais; 6. Bibliografia.

Palavras-Chave: Política fiscal. Desoneração. Crise Econômica.

A maioria dos sistemas contemporâneos estabelecem medidas tributárias interventivas, por meio de políticas fiscais de desoneração em tempos de crise econômica. Tais medidas podem representar uma diminuição da receita pública, demonstrando também a possibilidade de restabelecer o equilíbrio orçamentário em períodos posteriores, com a recuperação econômica. No entanto, essas iniciativas devem ser tratadas à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), considerando a renúncia da receita. Desta forma, o sistema tributário deve ter

¹ Texto parcialmente exposto em obra coletiva coordenada pelo prof. Eduardo Paz Ferreira.

como objetivos o desenvolvimento econômico e social, sem que comprometa a criação de empregos, a eliminação da pobreza, as justiça fiscal e social, a diminuição das desigualdades regionais, citando estes como referências. Questiona-se então, até que ponto o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico? Serão feitas considerações também sobre os efeitos fiscais produzidos pela crise econômica de 2008 e as principais ações do governo federal como medidas anticíclicas, bem como a necessidade da instituição e controle de políticas públicas preventivas em matéria tributária, com destaque para questões essenciais previstas no PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, considerando as peculiaridades do pacto federativo brasileiro.

1. Introdução

A análise passa pela discussão do papel do Estado contemporâneo no desenvolvimento econômico, e, sua posição intervencionista, estimulando ou desestimulando determinadas condutas ou atividades, com vistas ao equilíbrio das atividades econômicas e seus reflexos. Vale destacar as lições de Aliomar Baleeiro² quando afirma que uma política tributária, para ser racional, há de manter o equilíbrio ótimo entre o consumo, a produção, a poupança, o investimento e o pleno emprego.

Diante a crise econômica atual que assumiu dimensões globais, os sistemas contemporâneos estão a exigir medidas tributárias interventivas, fundamentando uma política fiscal de desoneração em tempos de crise. Tais medidas, embora em um primeiro momento, podem representar uma diminuição da receita pública, podem demonstrar também quando há a possibilidade de restabelecer o equilíbrio orçamentário em períodos posteriores, quando da recupera-

² Aliomar BALEEIRO, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14^a, ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, pág. 171.

ção econômica. No entanto, tais iniciativas devem ser tratadas à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), considerando a renúncia da receita.

Desta forma, o sistema tributário deve ter como objetivos o desenvolvimento econômico e social, sem que comprometa a criação de empregos, a redução da dependência de capitais externos, a eliminação da pobreza, as justiças fiscal e social, a diminuição das desigualdades regionais, citando estes como referências. Nesse sentido, pode ser observado até que ponto o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico. Em seguida, serão tecidas considerações sobre os efeitos fiscais produzidos pela crise econômica de 2008 e as principais ações do governo federal como medidas anticíclicas. Para tanto, fica demonstrada a necessidade de constante criação e de implementação de políticas públicas preventivas em matéria tributária, com destaque para questões essenciais previstas no PAC – Programa de Aceleração do Crescimento³.

As normas tributárias extrafiscais estabelecidas durante a crise tiveram a importante função de estimular o crescimento econômico, com ênfase para a competitividade internacional, por meio da redução de impostos incidentes sobre o consumo, principalmente o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), impulsionando a compra de automóveis e eletrodomésticos, por exemplo, com a finalidade de incrementar a demanda doméstica. Tais medidas contribuíram, para equilibrar as distorções provocadas no mercado em virtude da crise de crédito e da retração do consumo, embora outros setores importantes da economia da indústria e serviços também poderiam ser objeto de atuação do Governo para minimizar a crise. As medidas ora postas pelo Governo central levam

³ O Programa de Aceleração do Crescimento – PAC foi lançado em 28 de janeiro de 2007, pelo governo brasileiro que engloba um conjunto de políticas econômicas planejadas para os quatro anos seguintes, e que tem como objetivo acelerar o crescimento econômico do Brasil.

à reflexão sobre o atual modelo de federalismo fiscal cooperativo quanto às competências tributárias e a repartição dessas receitas.

A consequente diminuição da receita tributária arrecadada pelo governo central, considerando as isenções tributárias como medidas anticíclicas, colocou em risco o orçamento dos municípios, que dependem constitucionalmente do repasse de parte dessa receita, comprometendo a efetivação das políticas públicas.

As medidas fiscais estabelecidas a partir de 2008 no Brasil, no tocante ao estímulo à economia e à preservação de empregos, levam as seguintes reflexões: Tais medidas tiveram os efeitos desejados, considerando a importante desoneração de alguns setores da economia? A escolha do setor automotivo seria o mais adequado para tais medidas? O que ocorreu, porém, em relação a algumas dessas empresas, que apesar do auxílio recebido do Governo, mantiveram cortes significativos de mão de obra? Poderia reduzir a tributação de outros setores para fins de competitividade internacional? Referidos incentivos fiscais concedidos pelo governo federal (face à crise de 2008) impulsionam a guerra fiscal entre os Estados, comprometendo o Pacto Federativo? Há que se falar em efetiva aplicação dos princípios da isonomia, igualdade e capacidade contributiva e da livre concorrência quando da concessão de incentivos fiscais em tempos de crise econômica? De um lado, normas tributárias isentivas de tributos federais editadas com a finalidade de estimular a demanda interna, de modo a garantir a manutenção do nível de empregos e o desenvolvimento econômico, garantidos pela Constituição Federal. De outro, os reflexos de tais normas no sistema de repartição de receitas tributárias, ocasionando a diminuição brusca de repasses de receitas aos municípios e o consequente comprometimento de políticas públicas e o enfraquecimento da Federação. Como conciliar tais situações à luz da Constituição Federal brasileiro, face às necessidades de ajustes, considerando as tendências internacionais? Até que ponto o sistema tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico?

2. Políticas Tributárias e o Papel do Estado no Desenvolvimento Social e Econômico

Atualmente a maioria dos Estados utiliza-se do Direito Tributário para alcançar a finalidade fiscal bem como a finalidade extrafiscal, para garantir o equilíbrio econômico, tutelar o meio ambiente, reduzir as desigualdades sociais, entre outros objetivos sociais e econômicos, impondo à tributação o desempenho de um papel que vai além da mera arrecadação de receita pública. Esse papel do Estado demonstra sua atuação direta com vistas às realidades social e econômica. Pode-se então afirmar que além do sistema tributário sujeitar-se aos limites constitucionais e legais ao poder de tributar, ultrapassa as fronteiras dessas imposições, quando considera tais realidades por meio da extrafiscalidade.

Durante muito tempo, a tributação foi vista apenas como um instrumento de receita do Estado. Apesar desta missão, ser por si só, relevante, na medida em que garante os recursos financeiros para que o Poder Público bem exerça suas funções, verifica-se que atualmente com a predominância do modelo do Estado Social, não se pode abrir mão do uso dos tributos como eficazes instrumentos de política e de atuação estatais, nas mais diversas áreas, sobretudo na social e na econômica.

As necessidades públicas devem ser atendidas diretamente pelo Estado. Esta sociedade, inserida no contexto econômico-social, deve ser relacionada também com o contexto internacional, cujos reflexos podem gerar encadeamentos diretos que repercutem nesta sociedade. Dentro dessas necessidades sociais, merece destacar os ditames da Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu art. 1º, os principais fundamentos que motivaram a sua criação, destacando-se a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Verifica-se que os princípios inseridos nesse dispositivo devem fundamentar toda a produção de normas no ordenamento jurídico, uma vez que os fundamentos de todo o Estado Democrático de Direito, necessariamente, precisam ser respeitados por todas as normas do ordenamento jurídico.

Em conjunto com esses fundamentos, a Carta Constitucional ressalta em seu art. 3º, os seus principais objetivos, isto é, as suas principais metas e finalidades de sua criação. Traz como finalidades primordiais do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos entre outros. Para tanto, elenca, em seu Capítulo VII (art. 170), uma série de normas referentes à Ordem Econômica.

O capitalismo sofreu mudanças ao longo de toda a sua história e, no atual Estado Contemporâneo, sofreu mutações em sua forma, uma vez que este não está livre para gerir as relações econômicas, mas sim, regulado por normas emanadas do ente estatal no intuito de estabelecer limites a essas práticas comerciais. Normas estas compreendidas, inclusive, na própria Carta Constitucional, no Título referente à Ordem Econômica (art. 170 e segs.), como bem observa Afonso Insuela Pereira: *o que o mundo moderno nos apresenta, hoje, é o que se denomina de democracia econômica, diversa da tese de abstenção do sistema liberal, que não punia excessos ou abusos, mas sim um sistema que procura formar nova mentalidade nas elites administrativas, instrumentando-as para que se sobreponham os ideais de um melhor rendimento em favor do homem.*⁴

O art. 170 da Carta Constitucional, traz uma série de princípios referentes à Ordem Econômica, mas que, na verdade, são instrumentos de persecução dos objetivos e de cumprimento dos fundamentos do Estado brasileiro, como bem observa João Bosco Leopoldino da Fonseca: *para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, necessário se faz adotar alguns princípios norteadores da atividade da ação do Estado.*⁵ Desse modo, os princípios

⁴ Afonso INSUELA PEREIRA, *O direito econômico na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. pág. 200.

⁵ João Bosco Leopoldino da FONSECA, *Direito econômico*, 2. Ed, Forense, Rio de Janeiro, 1998, pág. 87-88.

norteadores da Ordem Econômica determinam quais deverão ser as condutas dos particulares em suas práticas comerciais, sempre no intuito de se preservar os valores inseridos no Texto Constitucional e que representam os anseios de toda a sociedade.

É preciso inicialmente, determinar o conceito de política tributária, justificando-se a denominação escolhida. A política econômica que compreende toda a atividade produtiva cedeu lugar à política financeira, que se ocupa do direito público e esta, por sua vez, já deu origem à política tributária que passou a se ocupar exclusivamente das atividades estatais relativas aos tributos.⁶ O professor Alfredo Augusto Becker ensina que a política fiscal discrimina diferentes espécies econômicas de renda e de capital para sofrerem diferentes incidências econômicas de tributação, no intuito de alcançar seus objetivos econômicos-sociais.⁷ A política fiscal deve ser entendida ainda como o conjunto de medidas relativas ao regime tributário, gastos públicos que se desdobram em diversos seguimentos. Ou seja, a política fiscal pode utilizar-se dos tributos e dos gastos do governo para regular a atividade econômica sem desconsiderar os ditames da política monetária, vez que são políticas complementares.

A nova ordem econômica mundial destaca-se pela valorização do trabalho em relação ao desenvolvimento econômico. O Professor Paz Ferreira ensina que *a proclamação do direito ao desenvolvimento, com a conseqüente definição de obrigações para o Estado, fez a sua entrada em alguns textos constitucionais no segundo pós-guerra, na seqüência dos dolorosos problemas econômicos e sociais resultantes do conflito e de uma nova avaliação dos direitos do homem, que implicou a garantia da criação de condições para o pleno desenvolvimento da personalidade.*⁸ Desenvolvimento econômico

⁶ Rafael MORENO RODRIGUES, *Intributabilidade dos Gêneros Alimentícios Básicos*, Resenha Tributária, São Paulo, 1981, pág. 7.

⁷ Alfredo AUGUSTO BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva, São Paulo, 1963, pág. 458.

⁸ Eduardo PAZ FERREIRA, *Valores e interesses – Desenvolvimento econômico e política comunitária de cooperação*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 193.

não é apenas crescimento econômico e nem tampouco distribuição de riqueza. Pressupõe a distribuição dessa riqueza em favor do bem-estar social e a participação da sociedade. A Constituição Federal propõe, a busca pelo desenvolvimento econômico, sendo este uma efetiva mudança na situação atual da economia nacional. O desenvolvimento deve ser entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas. Nenhum Estado pode ser considerado desenvolvido se mantiver uma estrutura social caracterizada por vertentes simultâneas de riqueza e pobreza. O Estado desenvolvido é marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção dos valores coletivos. Assim, busca-se ao mesmo tempo o crescimento, com a liberdade das atividades econômicas, desde que tal conviva com a proteção do consumidor e do meio ambiente. Um Estado que enfatiza *apenas a vertente da modernização, desprezando a sua harmonia com os demais elementos, não pode se configurar como desenvolvido; pode, no máximo, ser um Estado modernizado*⁹.

Uma política tributária orientada para o desenvolvimento econômico e justiça social, que não tiver na sua essência o estímulo ao trabalho e à produção, *compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido*¹⁰.

Gustavo Miguez de Mello¹¹ assevera que a política tributária deve ser analisada pelos seus fins, pela sua causa última, pela sua essência, na medida em que o poder impositivo deve questionar: Por que

⁹ André ELALI, «Um Exame da Desigualdade da Tributação em face dos Princípios da Ordem Econômica», pág. 4, <<http://www.idtl.com.br/artigos/242.pdf>>.

¹⁰ Ives Gandra da Silva MARTINS, *Direito Econômico e Tributário – Comentários e Pareceres*. Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1992, pág. 6/7.

¹¹ Gustavo Miguez de MELLO, Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária *in Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, RJ, 1978, pág. 5.

tributar? O que tributar? Qual o grau de tributação? Atendendo as perspectivas e finalidades do Estado, estará executando política tributária.

Deve ser ressaltado que a política tributária, embora consista em instrumento de arrecadação tributária, necessariamente não precisa resultar em imposição. O governo pode fazer política tributária utilizando-se de mecanismos fiscais através de incentivos fiscais, de isenções entre outros mecanismos que devem ser considerados com o objetivo de conter o aumento ou estabilidade da arrecadação de tributos.

Assim, a política tributária poderá ter caráter fiscal e extrafiscal. Entende-se como política fiscal a atividade de tributação desenvolvida com a finalidade de arrecadar, ou seja, transferir o dinheiro do setor privado para os cofres públicos. O Estado quer apenas obter recursos financeiros. A finalidade da tributação *não é apenas a de proporcionar receita ao Estado, mas a de proporcionar receita para que o Estado possa fazer frente às necessidades públicas*¹².

Por meio da política extrafiscal, o legislador fiscal, poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou quanto à concessão de incentivos fiscais. Pode-se dizer que através desta política, a atividade de tributação tem a finalidade de interferir na economia, ou seja, nas relações de produção e de circulação de riquezas.¹³ Assim, para Becker, a principal finalidade de muitos tributos *não será a de instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada*¹⁴.

¹² Ezio VANONI, *Natureza e interpretação das leis tributárias*, Trad. Rubens Gomes de Souza, Financeiras, Rio de Janeiro, 1932, pág. 126.

¹³ Thiago Degelo VINHA / Maria de Fatima RIBEIRO, «Efeitos socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais», *Tributação, Justiça e Liberdade*, Marcelo Magalhães Peixoto, Editora Juruá, Curitiba, 2005, pág. 659.

¹⁴ Alfredo Augusto BECKER, *Teoria geral do direito tributário*, Saraiva, São Paulo, 1963, pág. 536.

A política fiscal poderá ser dirigida no sentido de propiciar a evolução do país para objetivos puramente econômicos, como seu desenvolvimento e industrialização, ou também para alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor privado. A determinação do objeto da política fiscal integra as políticas governamentais. É ponto pacífico, que cabe à política tributária se ocupar do planejamento e análise dos tributos que devem ser instituídos e cobrados, e, determinar que eles devem ser instrumentos indicados para alcançar a arrecadação preconizada pela política financeira, sem contrariar os objetivos maiores da política econômica e social que orientam o destino do país.

De igual modo o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riqueza, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária.

Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência entre outros pontos. Na prática, tais posições devem ser efetivadas através de leis isentivas ou com tributações simbólicas.

Neste diapasão tem-se que o Poder tributante, ao elaborar sua política tributária, deve levar em conta se o sistema tributário é justo, ou seja, se ele trata, de maneira igual todos os contribuintes que se encontram em situação idêntica, e também se está adequado à distribuição de rendas e ao desenvolvimento econômico. E mais, se favorece à política de estabilização da economia, combate do desemprego, à inflação entre outros aspectos.

O fator econômico é preponderante para a adequada política tributária, não podendo o Estado, interferir através da tributação, com medidas que provoquem instabilidade na economia. A estabilidade econômica é mantida quando o Estado controla a inflação, a política de juros, possibilita a capacidade produtiva da sociedade,

controla o orçamento público e os gastos públicos, garantindo a propriedade, propiciando a livre iniciativa e a livre concorrência. A política tributária deverá se adequar ao ordenamento jurídico vigente, sob pena de tornar-se ineficaz e nula.

A política tributária deve ser proposta como instrumento para a correção de desequilíbrios da diminuição das desigualdades, do crescimento e do desenvolvimento econômico. Por isso, os tributos devem ser avaliados com relação a sua eficiência econômica, quanto de um ponto de vista mais amplo, à sua adequação aos objetivos da política fiscal. Sob a ótica de sua eficiência, dois princípios norteiam a teoria da tributação: neutralidade e equidade. Num sentido mais amplo, ou seja, adequar os tributos aos princípios da Política Fiscal, a teoria da tributação tenta aproximar-se de um sistema tributário ideal através dos princípios da equidade, progressividade, neutralidade e simplicidade¹⁵.

De certa forma, para o desenvolvimento econômico nacional neste contexto de globalização, deve salientar a redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo. A justa repartição do total da carga tributária entre os cidadãos é imperativo ético para o Estado Democrático de Direito.

A arrecadação de tributos é importante para a economia nacional e internacional, não apenas como fonte de riqueza para o Estado, mas também como elemento regulador da atividade econômica e social. Desenvolvimento econômico *significa mudança de estrutura, como o crescimento da participação do produto industrializado no produto total, e melhoria dos indicadores sociais e da distribuição de renda*¹⁶. Pode-se com isso, afirmar que o desenvolvimento econômico deve corresponder

¹⁵ J. MATIAS-PEREIRA, «Gestão das Políticas Fiscal e Monetária: Os Efeitos Colaterais da Crise Mundial no Crescimento da Economia Brasileira», *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, Nº 148, 2010.

¹⁶ Nali de Jesus de SOUZA, *Curso de Economia*, Atlas, São Paulo, 2003, pág. 318.

com a melhoria do padrão de vida da sociedade. Diferentemente pode ser observado no Brasil, onde ocorre representativo crescimento econômico, industrialização e modernização, mas ao mesmo tempo registra profundas desigualdades sociais e regionais, podendo ocorrer novos registros positivos com os investimentos do Programa de Aceleração de Crescimento - PAC. Para que haja desenvolvimento, o sistema jurídico deve ser capaz de assegurar liberdades políticas aos seus cidadãos, uma vez que é somente através delas que metas sociais e econômicas são legitimamente estabelecidas.

Segundo Celso Furtado, o desenvolvimento se realiza sob a ação conjunta de fatores responsáveis por transformações nas formas de produção e de forças sociais que condicionam o perfil da procura.¹⁷ Por sua vez, Amartya Sen pondera que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam¹⁸. Assim, o desenvolvimento seria fruto de transformações sociais.

Conforme destaca Gilberto Bercovici¹⁹, o desenvolvimento é condição necessária para o bem-estar social, sendo o Estado seu principal condutor por meio de programas e ações, o qual envolve a ampliação de oportunidades individuais e coletivas geradas pelo crescimento econômico, pela observância de valores fundamentais balizados constitucionalmente, como a justiça e a redução da pobreza e das desigualdades.

As normas jurídicas tributárias, quando utilizadas como incentivos para determinados comportamentos econômicos, revelam-se instrumentos potencialmente aptos para alcançar finalidades do Estado, por meio de políticas fiscais.

¹⁷ Celso FURTADO, *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, Paz e Terra, São Paulo, 2000, pág. 106.

¹⁸ Amartya SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, Trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 2000, pág. 17.

¹⁹ Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, Max Limonad, São Paulo, 2003, pág. 58.

Enfim, no tocante às implicações da tributação com o desenvolvimento econômico, é patente de que a questão essencial não reside, somente, na menor ou na maior carga tributária, mas no modo pelo qual a carga tributária é distribuída. Todo tributo incide, em última análise, sobre a riqueza. Daí os dizeres de Aliomar Baleeiro: *Uma política tributária, para ser racional, há de manter o equilíbrio ótimo entre o consumo, a produção, a poupança, o investimento e o pleno emprego. Se houver hipertrofia de qualquer desses aspectos em detrimento dos outros, várias perturbações podem suceder com penosas consequências para a coletividade*²⁰.

E neste patamar o Poder Público deverá verificar se é possível aumentar ou diminuir a carga tributária, e a possibilidade de redistribuir a renda sem prejuízo do desenvolvimento econômico. Nesta feita, sustenta Hugo de Brito Machado²¹ que o Estado deve intervir no processo de desenvolvimento econômico, pela tributação, não para conceder incentivos fiscais à formação de riqueza individual, mas para ensejar a formação de empresas cujo capital seja dividido por número significativo de pessoas, de sorte que a concentração de capital se faça sem que necessariamente isto signifique concentração individual de riqueza.

Ao lado das medidas de natureza tributária, são indispensáveis medidas no plano da despesa pública. Isto requer que o produto da arrecadação de tributos seja empregado preferentemente nos setores sociais, de saúde pública entre outros interesses da sociedade.

3. Função Fiscal e Finalidade extrafiscal dos tributos no contexto da Ordem Econômica

O desenvolvimento econômico está aliado à atuação do Estado. Assim, o Estado poderá atuar através da política fiscal e extra-

²⁰ Aliomar BALEIRO, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14ª, ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984, pág. 171.

²¹ Hugo de Brito MACHADO, «A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política», *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*, 28, (2) – julh-dez, 1987, pág. 28.

fiscal, conforme já apresentado anteriormente. José Casalta Nabais, ao tratar sobre a extrafiscalidade, apresenta o direito econômico fiscal, como sendo o conjunto de normas jurídicas que regula a utilização dos instrumentos fiscais com o principal objetivo de obter resultados extrafiscais, em sede de políticas econômicas e sociais, *ou por outras palavras, a disciplina jurídica da extrafiscalidade*²². Assim, o autor sustenta dois grandes domínios ou setores do direito econômico fiscal: o setor dos impostos extrafiscais ou os agravamentos com função extrafiscal e o setor dos benefícios fiscais²³.

A extrafiscalidade caracteriza-se *quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa*²⁴. Por sua vez, destaca Geraldo Ataliba, que a extrafiscalidade configura-se pelo *emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política*²⁵.

Desse modo, Raimundo Bezerra Falcão aponta que a extrafiscalidade é a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípuo de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais²⁶. José Casalta Nabais afirma que a extrafiscalidade pode ser traduzida como um conjunto de normas que tem por finalidade dominante a consecução de resultados econômicos ou sociais, por meio da utilização do instrumento fiscal, e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas²⁷.

22 José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 425.

23 José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 426.

24 Roque Antonio CARRAZZA, *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed., Malheiros, São Paulo 2005, pág. 106/7, nota 66.

25 Geraldo ATALIBA, *Sistema constitucional tributário brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, pág. 151.

26 Raimundo Bezerra FALCÃO, *Tributação e mudança social*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 196.

27 José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*, Reimpressão, Almedina, Coimbra 2009, pág. 629.

O contribuinte brasileiro questiona constantemente o aumento da carga tributária. Afinal, vem pagando a expansão do gasto público, sobretudo o custo do endividamento. Tem-se, então, que a carga tributária é elevada e que a contraprestação de serviços precisa ser qualificada. A transferência de expressivos recursos da economia para as contas públicas enfraquece o investimento e reduz o consumo. Rogério Vidal Martins²⁸ ressalta que, a aplicação do tributo tão somente na sua função arrecadatória, tem como consequências a inibição da produção de bens e serviços em razão da diminuição da capacidade econômica, advinda do aumento da tributação; a diminuição dos níveis de emprego; a redução do poder aquisitivo do cidadão-contribuinte; a redução do consumo e, também, a diminuição da competitividade do país em relação ao mercado externo. Ou seja, pode causar um enorme prejuízo econômico e social para o país do que decorre a necessidade de, novamente, se promover um aumento da carga tributária. Ao adotar o tributo como instrumento de intervenção na economia, o legislador atua através da extrafiscalidade com a aplicação dos incentivos fiscais.

Com vistas ao desenvolvimento, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 o Estado investiu em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento industrial, com destaque para a infraestrutura especialmente nas estradas, na energia e telecomunicações.

Tais medidas de intervenção estatal com vista ao desenvolvimento nacional não podem resumir-se a aspectos econômicos conjunturais. Para sustentarem-se constitucionalmente, essas medidas precisam guardar consonância com o real significado da expressão - desenvolvimento - o qual envolve tanto a ideia de crescimento econômico quanto a de melhorias no bem-estar social. A conjuntura econômica pode servir apenas de amparo para medidas interventi-

²⁸ Rogério Vidal Gandra da Silva MARTINS, *A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*, IOB, São Paulo, 2002, pág. 33.

vas de caráter temporário, com objetivos de curto prazo bem delimitados, conforme destaca Matheus Assunção²⁹.

Afirma António Carlos dos Santos, com razão, que a intervenção estatal na vida econômica é, apesar dos tempos de neoliberalismo, uma realidade incontornável³⁰. Assim, a intervenção do Estado, com a finalidade extrafiscal, poderá se dar com vistas às perspectivas de crescimento da economia brasileira nos próximos anos bem como, para situações atuais considerando a crise econômica mundial e da política econômica proposta pelo Governo Federal com o PAC. Nesse contexto é importante considerar a necessidade de conciliar crescimento econômico com juros altos que pode comprometer o desempenho da economia.

4. Aspectos relevantes sobre as Medidas Fiscais como efetivação de políticas públicas face às crises econômicas

As crises econômicas e financeiras podem ocorrer frequentemente no mundo atual e são de difícil previsão. Seu custo repercute com perda de empregos, queda no investimento e na produção, considerando também os custos sociais. A crise financeira iniciada em 2008 continua a preocupar os países e blocos econômicos, principalmente com os reflexos que podem ser observados nos Estados Unidos e atualmente na União Europeia. Isso demonstra a necessidade de uma maior regulação governamental no sistema financeiro e fiscal e seus desdobramentos na busca da estabilidade econômica, tributária e financeira.

Apesar de, no Século XX, ter ocorrido representativo crescimento econômico com inovações tecnológicas e de produtividade,

²⁹ Matheus Carneiro ASSUNÇÃO, *Política Fiscal e a Crise Econômica Internacional*, Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010, pág. 13.

³⁰ António Carlos dos SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 27.

permitindo uma representativa melhora na diminuição da pobreza, existem ainda muitas regiões em situação crítica. Kemal Dervis e Ceren Özer defendem a importância da criação de mecanismos globais de governança para evitar crises de ordem política e econômica³¹.

No entanto, esse desenvolvimento é bem vindo quando aliado com a qualidade vida da população envolvida, tais como saúde, educação, infraestrutura básica entre outros pontos importantes. Embora os governos locais ou regionais tenham que atuar como gestores de medidas para reduzir a pobreza e dispor de condições para atender as demandas sociais e econômicas internas, poderá destacar o fortalecimento das instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Os sistemas tributários estão em profunda mudança, vez que não vivem fechados em si mesmos, alheios à vontade soberana dos demais Estados e agentes econômicos no cenário internacional. A globalização econômica e a conseqüente abertura dos mecanismos de troca de informação, pessoas e bens ditaram uma exposição inusitada do poder de tributar³².

Nos últimos anos com a crise econômica mundial, os sistemas tributários de diversos países precisaram ser reajustados para retomar ou estimular o crescimento econômico, desestimulando uns ou estimulando outros seguimentos importantes da economia. Pode-se afirmar que a tributação moderna não está mais vinculada ao orçamento, com o objetivo exclusivamente de angariar recursos para o Poder Público. Constitui atualmente um dos principais instrumentos caracterizados do desenvolvimento econômico com a distribuição da riqueza.

³¹ Os autores fazem tal destaque na obra *A better globalization – legitimacy, governance and reform*, citados por Pedro C. de Mello & Humberto Spolador em *Crises Financeiras – do século XVII à crise do subprime da zona do euro*, São Paulo: Editora Saint Paul, 2010, pág. 250.

³² João Ricardo CATARINO, «Os novos contextos das finanças públicas – Parte II Desafios da Tributação no ímpeto de uma maior codificação fiscal mundial», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* n° 4, ano III, 2011, pág. 10

No caso da Europa, desde 2009, as políticas de arrocho fiscal têm sido privilegiadas, mesmo em um quadro de desempenho muito diferenciado entre os países do bloco. Embora tivessem relativa liberdade para gerir suas políticas fiscais, os países ficaram limitados às políticas cambiais e monetárias impostas pelo Banco Central Europeu.

Um dos traços da dificuldade de a União Europeia encarar a atual crise é a ausência de reflexão teórica consistente sobre o tema. O Professor António Carlos dos Santos da Universidade Autónoma de Lisboa dedica um estudo sobre a crise financeira e a questão da fiscalidade na União Europeia, demonstrando que *a crise, cujo principal desafia no plano financeiro é hoje o cerceamento do crédito e, no plano económico, o aumento do desemprego decorrente da redução da atividade económica, é quase sempre vista como resultante da crescente falta de confiança dos agentes económicos dos mercados financeiros*³³.

Com a crise econômica global em 2008, teve como principal referência o abalo do crédito, com a negociação de *subprimes*, empréstimos de alto risco a pessoas que não ofereciam tanta garantia de adimplemento aos bancos. A constante elevação da taxa de juros, e a recessão no mercado como um todo, levaram ao não pagamento de inúmeros empréstimos dessa natureza³⁴. Depois dessa crise, o

³³ António Carlos dos SANTOS, «A crise financeira e a resposta da União Europeia: que papel para a fiscalidade?», *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, Sonia Monteiro / Suzana Costa / Liliana Pereira (coord.), Vida Económica, Porto, 2010, pág. 23. O autor faz análise retroativa das crises anteriores e da atual com estudo paralelo da situação econômica na União Europeia e outros países. Clotilde PALMA por sua vez apresenta estudo sobre a *Crise Económica e o Regime Fiscal do Centro Internacional de Negócios da Madeira* que integra a mesma coletânea supra citada.

³⁴ Podem ser destacados dois importantes fatores que contribuíram para tal situação: a) a falta de um disciplinamento mais severo quanto a negociação do crédito por instituições financeiras, b) uma política fiscal irresponsável por parte do governo americano, em período de elevados custos com guerras desencadeadas a partir de 11 de setembro. O cenário, apesar de semelhante ao pós-quebra da bolsa de 1929, é diferente, pois o perfil do Estado e da sociedade agora são outros. Importa, a essa altura, observar, de toda forma, que a nova intervenção não tem diretamente natureza social, mas econômica. A interferência deveria ocorrer apenas para a preservação global do equilíbrio econômico, ressalta Raquel Cavalcanti – n. Raquel Cavalcanti Ramos MACHADO, *Tributação após a crise económica de 2008: Limites ligados à legitimação e à finalidade da*

que se viu em vários países foi a interferência do Governo na economia, com a injeção de dinheiro e concessão de benefícios fiscais, na tentativa de restabelecer o crédito.

Pode-se afirmar que a tributação é um fenômeno econômico, no sentido de que produz efeitos no mercado. Tais efeitos econômicos repercutem para além das fronteiras dos entes públicos tributantes. Nesse sentido, *a tributação não pode ser compreendida sem que sejam consideradas as questões de mercado*.³⁵ As situações econômicas e financeiras nos Estados Unidos e na Europa mostram como está e como será economia internacional e os seus reflexos fiscais nos Estados nacionais na atualidade e no futuro.

No auge da crise econômica (2008), o Governo brasileiro reduziu as alíquotas de alguns tributos, sobretudo impostos flexíveis, para tentar diminuir custos e garantir alguma lucratividade a setores importantes da economia. Evidentemente, que a finalidade dessa medida era manter equilíbrio econômico, ante a esperança de prosperidade. O que ocorreu, porém, em relação a algumas dessas empresas? Apesar do auxílio recebido do Governo, mantiveram cortes significativos de mão de obra, afirma Raquel Ramos Machado³⁶. Dando seguimento ao estudo a autora destaca que *a prosperidade econômica não deve privilegiar um grupo específico, mas atingir o máximo de pessoas possível. Para evitar a frustração de condutas extrafiscais dessa natureza, o Governo deveria condicionar a concessão de algumas reduções e isenções à manutenção de empregos*. Nesse caso, não se trata da aplicação de uma teoria do bem-estar social, *mas subsidiário contemporâneo, pois o Estado não presta diretamente direitos*

intervenção estatal, Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, SP. De 04 a 07/11/2009 (<<http://www.conpedi.org.br>>, pág. 5153. Acesso em 20.01.2012).

³⁵ Gustavo do Amaral MARTINS, «Mercado e Tributação: Os Tributos, suas relações com a Ordem Econômica ...», *Direito Tributário e Políticas Públicas*, José Marcos Domingues (coord.), MP editora, São Paulo, 2008, pág. 144.

³⁶ Raquel Cavalcanti Ramos MACHADO, *Tributação após a crise econômica de 2008: Limites ligados à legitimação e à finalidade da intervenção estatal*, Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, SP. De 04 a 07/11/2009. (<<http://www.conpedi.org.br>>, pág. 5153. Acesso em 20.01.2012).

*sociais, mas intervém na economia, reduzindo a carga tributária, possibilitando o desenvolvimento econômico, mas com preocupações sociais*³⁷.

Em tempo de crise econômica, a política fiscal tende inevitavelmente a ter objetivos de curto prazo, respondendo a necessidades inadiáveis de assegurar o emprego e ajudas sociais bem como debater questões relacionadas com a tributação e seus modelos.

Devido à incerteza global no momento atual, os governos (principalmente o Brasil) devem ser prudentes na condução de suas políticas públicas e reconhecer que, embora se vislumbre um período favorável à frente, tal cenário está também sujeito a riscos consideráveis na política econômica. Por outro lado, gera substanciais oportunidades para o crescimento econômico da região e do país.

A repercussão da crise no Brasil foi esperada com a exaustão dos créditos para o comércio exterior, seguida da retração dos mercados externos e dos investimentos estrangeiros, paralelamente à queda brusca nos preços dos principais produtos de exportação, o que gerou desemprego setorial no Brasil e revisão completa dos planos de investimentos na base produtiva nacional, opina Paulo Roberto de Almeida³⁸.

Já, o Ministro da Fazenda Guido Mantega responde ao questionamento: Por que o Brasil está em melhores condições para resolver a crise? Porque o País se preparou e criou as condições de enfrenta-la.³⁹ Segundo o Ministro, o Brasil constituiu um merca-

³⁷ Ib. Idem, pág. 5153.

³⁸ Um dos momentos mais dramáticos foi a queda brutal da produção industrial no último trimestre de 2008, com o aumento concomitante do desemprego no setor, fazendo com que as estimativas dos analistas quanto aos indicadores de crescimento pasassem do pessimismo ao catastrófico. As respostas do governo, mais especificamente do Banco Central, foram adequadas ao momento, embora o lado monetário e financeiro tenha sido bem mais coerente do que o lado fiscal. No plano das autoridades monetárias, o que se fez foi classicamente keynesiano: injeção de liquidez na veia do sistema, com redução dos depósitos compulsórios; extensão dos créditos ao setor bancário; atuação na frente cambial e de comércio exterior, com a redução concomitante dos juros de referência, assegura Paulo Roberto de Almeida (<<http://www.viapolitica.com.br>>).

³⁹ Guido MANTEGA, «O Brasil se preparou para enfrentar a crise mundial», *Revista*

do interno que estimula o investimento e dá um horizonte de longo prazo aos empresários, menos dependente das turbulências do mercado internacional, afirmando que a solidez fiscal marca a atual política econômica. Em 2007, antes de a crise, o governo brasileiro lançou um plano de desenvolvimento, denominado Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), com investimentos de R\$ 503,9 bilhões até 2010, na melhoria e ampliação da infraestrutura. No início de 2009, referido Plano foi reforçado em R\$ 142,1 bilhões. Ressaltou também outro fator que contribuiu para o país enfrentar a crise que é a solidez do seu setor bancário. Em função de sua solidez, o Brasil pode adotar desde 2008 diversas medidas anticíclicas. O País reduziu seus juros básicos, flexibilizou a política monetária e adotou medidas fiscais de desoneração e ampliação do investimento público. Destaca ainda, *que o Brasil, portanto, tem um modelo de desenvolvimento que diminuiu as desigualdades e fortaleceu seu mercado interno e enfrenta a atual crise internacional de forma soberana, com crescente contribuição e participação nos fóruns internacionais, como o do G-20, adotou medidas anticíclicas e continuará adotando as que forem necessárias para manter o ciclo de crescimento sustentado que atingiu*⁴⁰.

Na oportunidade, o Banco Central, quanto ao aspecto monetário e financeiro atuou com a redução dos depósitos compulsórios, extensão dos créditos ao setor bancário, atuação na frente cambial e de comércio exterior, com a redução concomitante dos juros de referência. No tocante às medidas fiscais, o governo brasileiro promoveu a redução de impostos indiretos em alguns setores, aumento de gastos públicos, remuneração de servidores públicos entre outras despesas e pouco acréscimo nos investimentos de infraestrutura⁴¹.

Brasil Economia Sustentável, Ministério da Fazenda – abril de 2009 – n° 4, pág. 2. Destaca o Ministro que O País esteve em 2008 entre os que mais aumentaram suas exportações, chegando a US\$ 197,9 bilhões, e, neste ano o País atingiu o grau de investimento, e o equilíbrio das contas públicas não se alterou com o impacto da crise internacional.

⁴⁰ Id. *Ibidem*, pág. 7.

⁴¹ Sobre a indústria brasileira foi registrado no mês de dezembro de 2008, foi

Segundo Paulo Roberto de Almeida, o mérito do governo atual no plano econômico foi, justamente, o de ter preservado o *núcleo essencial das políticas adotadas antes do seu início, quais sejam: flutuação cambial, metas de inflação e responsabilidade fiscal, tanto pelo lado da preservação do superávit primário como da vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal*⁴².

Observa-se que o processo de retomada do crescimento econômico no mundo continuará lento nos próximos anos, com efeitos representativos sobre o emprego e a renda das populações mundiais. No Brasil, no entanto, o governo deverá avaliar sua política fiscal, para permitir que o setor privado possa investir e criar riquezas, emprego e renda.

Nesse sentido, há que se verificar a capacidade de recuperação dos países mais desenvolvidos, em particular, aos EUA e à União Europeia. As crises são fenômenos inerentes ao sistema capitalista, decorrentes de suas reconhecidas imperfeições, o que reforça a necessidade do Estado atuar de maneira consistente como ente regulador. Num contexto de provável retomada do crescimento mundial, o Brasil está entre os emergentes, por isso é importante salientar a necessidade de revisão do Sistema Tributário, com vistas aos ajustes das condições dos mercados internacionais.

Diante desse cenário, o Brasil adotou pacote de medidas fiscais, com finalidades extrafiscais para manter ou recuperar o desenvolvimento econômico. Na oportunidade, o governo federal procedeu alguns ajustes na legislação do Imposto de Importação (II), do Imposto de Exportação (IE), do Imposto sobre Produtos Industrializados e do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras), principalmente sobre o setor automobilístico, o financeiro, a construção civil e o moveleiro.

registrada desaceleração de 12,4% ante o mês anterior, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo o pior resultado da série histórica, iniciada em 1991, influenciado principalmente pelo setor automobilístico, cuja produção caiu 39,7%.

⁴² Paulo Roberto de ALMEIDA (<<http://www.viapolitica.com.br>>).

Uma das recomendações do Fundo Monetário Internacional (FMI) no tocante ao contorno da crise deflagrada em 2008, foi a promoção de medidas de estímulo fiscal até determinada data (como a redução de impostos sobre o consumo durante um certo período). Instrumentos fiscais anticíclicos devem, a princípio, ter impacto transitório, sendo revistos tão logo a economia apresente os sinais de recuperação esperados. Foi esse o principal caminho adotado pelo Brasil por meio da redução das alíquotas de tributos com acento extrafiscal, notadamente o IPI e o IOF.⁴³ Tais impostos apresentam características especiais, onde o Poder Executivo federal pode alterar as alíquotas, atendendo situações excepcionais, conforme dispõe o artigo 153 no §1º da Constituição Federal.

Para aumentar a demanda interna, aumentar os investimentos, e evitar maiores prejuízos na produção industrial, as quais afetam o nível de emprego e o crescimento do país, foi promovida redução por tempo determinado do IPI sobre veículos, eletrodomésticos da linha branca, materiais de construção e bens de capital. Em termos fiscais, uma das primeiras medidas implementadas foi a diminuição da alíquota do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados para o setor automobilístico para os automóveis de passageiros e veículos, com motor a álcool e gasolina, com redução em até 8%, bem como de eletrodomésticos da linha branca (Decretos nº 6.687, 6.825 e 6.890/2009). O setor dos automóveis de transporte de mercadorias teve a redução da alíquota do IPI (Decreto nº 7.016/2009). Com a Lei nº. 12.096, de 24 de novembro de 2009, o governo federal introduziu a redução a zero da alíquota da COFINS sobre determinadas motocicletas, reduzindo a alíquota do IOF (Decreto nº 6.707/2008). Outro setor beneficiado foi o de alimentos, contemplado com a redução a zero, até final de 2011, das alíquotas da COFINS e da Contribuição ao PIS sobre a importação e o faturamento decorrente da comercialização de farinha de trigo, trigo e pré-misturas próprias para fabricação de pão comum. Do mesmo modo, o setor

⁴³ Matheus Carneiro ASSUNÇÃO, «Política Fiscal e a Crise Econômica Internacional», *Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010*, pág. 6 a 41 <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>.

moveleiro, bem como o de eletrodomésticos tiveram redução do IPI, o que ocorreu a partir do Decreto n.º 7.016/2009, especialmente sobre painéis de partículas e de madeira, aglomeradas com resinas ou com outros aglutinantes orgânicos, dentre outras mercadorias. Outra ação fiscal para enfrentar a crise foi desonerar o IPI para o setor da construção civil, com alíquotas reduzidas para cimentos, tintas e vernizes, massa de vidraceiro, indutos utilizados em pintura, dentre outros, tiveram a alíquota reduzida nos percentuais 4% para 5%. Além disso, foi modificado o regime de tributação para a construção civil, que conjuga o IR, CSLL, PIS e COFINS, inerentes às construtoras, com redução de 7% para 6% e, caso a construtora esteja no programa de habitação do governo, seria reduzida a 1%⁴⁴.

As medidas fiscais estabelecidas em 2008 no Brasil, conforme apresentado, considerando o IPI no tocante ao estímulo à economia e à preservação de empregos, levam as seguintes reflexões: obteve os efeitos desejados? A escolha do setor automotivo seria o mais adequado

⁴⁴ No mercado financeiro, o pacote de medidas governamentais adotadas para o setor incluiu a redução do IOF nos empréstimos, bem como reduziu o prazo para apropriação de créditos de PIS/COFINS, na aquisição de bens de capital, de 24 para 12 meses. Do mesmo modo, houve a redução a zero do IOF de 0,38% sobre as operações de crédito do BNDES e FINEP. Com relação ao comércio exterior, é importante mencionar a abrangência do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e Ampliação da Estrutura Portuária para o segmento ferroviário, com a suspensão do PIS, da COFINS, do II e do IPI. Paralelamente, o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura abarcou os setores hidroviário e dutoviário com o pacote de redução dos mesmos tributos, o que ocorreu a partir do Decreto n.º 6.416, de 26 de março de 2008. Outra medida levada a efeito para o comércio exterior diz respeito à redução da contribuição patronal sobre a folha de pagamento, bem como da contribuição para o Sistema S para até zero, a depender da participação das exportações no faturamento total da empresa. No entanto, com a edição da Lei Complementar 128/2008 houve aumento da carga tributária sobre empresas optantes pelo Simples Nacional com número reduzido de funcionários. De igual modo, a Medida Provisória 449/2008 (art.29), impossibilita a compensação de créditos acumulados de PIS, COFINS e IPI, provenientes da aquisição de matérias-primas e insumos utilizados na elaboração de bens para o exterior, regra esta usada por pequenos exportadores, na medida em que arcam com o recolhimento de maior quantidade de IRPJ e CSL. Confira no trabalho sobre *A Política Fiscal no Brasil para enfrentamento da crise econômica global no biênio 2008-2009* de Ariane Costa Guimarães. Publicado nos Anais do II Congresso Brasileiro de Carreiras Jurídicas de Estado – 2010, <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina01texto2.pdf>> acessado em 22.01.2012.

para tais medidas? Os resultados da forte desoneração deste setor beneficiaram a toda sociedade? E sobre os produtos da Linha Branca? E ainda: se o objetivo era estimular o emprego, poderia também reduzir a carga incidente sobre o trabalho (folha e salários), para todos os setores que utilizam representativa mão de obra? Poderia reduzir a tributação de outros setores (alimentício, coureiro/calçadista ou têxtil, entre outros)? São questões cujas respostas dependem e dependerão da atuação do Governo federal, que elegeu diversos setores da economia, o que o pode ensejar uma discussão em torno do atendimento dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade da tributação, itens estes que não são objetos do presente estudo.

Paralelamente, o Programa de Aceleração do Crescimento alterou a tabela do IRPF, criando-se novas alíquotas, o que pragmaticamente implicou diminuições no valor final pago a título do imposto. Ademais, reduziu-se a alíquota do IOF sobre crédito direto a pessoa física no escopo de estimular sua concessão. Se, por um lado, a redução de alíquotas do IPI apresenta função típica contra a crise econômica, por exemplo, vez que foi concedida por tempo determinado e com gradual retorno após a verificação das condições econômicas que objetivavam promover, o mesmo não se pode afirmar com relação à alteração das faixas de incidência e novas alíquotas do IRPF, que configura medida totalmente atípica devido os efeitos permanentes da respectiva alteração. No quesito da renúncia de receitas, a prorrogação por seis meses do IPI reduzido para construção civil e a prorrogação por três meses do IPI reduzido de veículos com recomposição gradual em três meses, teve uma estimativa de renúncia de receitas tributárias decorrente de ações desonerativas durante a crise, para o ano de 2009, foi inicialmente avaliado pelo governo em 3,342 bilhões⁴⁵.

O Professor Celso Ribeiro Bastos, ao dispor sobre a atuação do Estado, afirma que *nos momentos de grande demanda, e nos momentos de*

⁴⁵ Dados do Ministério da Fazenda (<<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2009/p290609.pdf>>).

*crise, atua incentivando, instigando o mercado. É, por isso que se tem, no nosso sistema, bem como na maior parte do mundo, o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica*⁴⁶.

Com isso, as desonerações fiscais concedidas, destinadas a setores produtivos específicos e a faixas de renda com capacidade de consumo, prorrogadas em 2009, embora tenham gerado elevadas renúncias de receitas tributárias, contribuíram decisivamente para a frenagem dos efeitos negativos da crise no Brasil. A redução do preço final ao consumidor, em decorrência da aplicação de alíquotas menores do IPI (até zero), ocasionou um incremento nas vendas e, por conseguinte, na produção, evitando quedas acentuadas no nível de emprego⁴⁷.

Conforme estudos do DIEESE em 2011 existem condições melhores para uma reação do Brasil, dado o volume de reservas maior e certa desaceleração do ritmo da atividade econômica do país, que poderia abrir espaço para sua expansão. Segundo o estudo, para viabilizar essa reação, *o atual governo precisaria fazer uma forte inflexão no discurso do ajuste fiscal que tem expressado desde o início desse ano, em linha com as políticas que, aplicadas na Europa e EUA, têm empurrado o mundo para o acirramento da crise. Ou seja, seria necessário retomar as políticas de ampliação do crédito e do gasto público para impulsionar os investimentos*⁴⁸. E deveria, principalmente, executar uma política industrial fortemente articulada com a gestão macroeconômica e entre os vários elos da cadeia de produção, a fim de reduzir a elevada dependência do setor primário e evitar a queda da produção, da renda e do emprego no país⁴⁹.

⁴⁶ Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de Direito Econômico*, Celso Bastos, São Paulo, 2003, pág. 258.

⁴⁷ Matheus Carneiro ASSUNÇÃO, «Política Fiscal e a Crise Econômica Internacional», *Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010*, pág. 6 a 41. (<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio_TN/XVPremio/politica/MHpfceXVPTN/Tema_3_MH.pdf>).

⁴⁸ DIEESE – Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas Socioeconômicas. NOTA TÉCNICA 104 – Agosto 2011, pág. 11.

⁴⁹ É importante destacar que em agosto de 2011 foi criado o Conselho de Economia e Finanças da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), como um importante espaço autônomo de articulação de políticas regionais de enfrentamento da crise sendo um instrumento no sentido de reagir à crise aprofundando a integração regional sul-americana.

Caberia, portanto diferenciar a política fiscal em dois momentos distintos quer seja, o papel do Estado é prevenir, bem como elevar gastos para tentar atenuar os efeitos cíclicos. Assim, em meio à crise, caberia lançar mão da política fiscal mais como um paliativo, para segurar as expectativas do que como solução para reerguer a economia⁵⁰.

5. Considerações Finais

O Estado deve incentivar o desenvolvimento, em conformidade com o artigo 3º e 170 da Constituição Federal. Deve ser observado que o conceito de desenvolvimento adotado pelo constituinte é um conceito moderno (art. 225). Referido conceito apresenta o desenvolvimento como crescimento econômico, o desenvolvimento como desregulamentação e a redução do papel do Estado e o desenvolvimento com a globalização e o desenvolvimento como direito humano inalienável, e o meio ambiente equilibrado como ressalta o artigo 170.

O Brasil apresenta desequilíbrios regionais expressivos, sendo, portanto, necessários instrumentos que viabilizem a correção desse cenário, estabelecendo mecanismos que promovam um novo equacionamento das vantagens comparativas para a realização de investimentos produtivos. O Estado é um ente criado para o atendimento do bem comum em prol de toda a sociedade que o constituiu. Dentre os principais valores pretendidos pela sociedade brasileira, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a livre iniciativa encontram-se no topo da hierarquia dos valores preconizados pelo Estado.

Uma legítima política tributária deve ser fundada em diversos fatores e não apenas baseada na sua arrecadação procedida pelo Estado. Referida política deve atender os ditames constitucionais, visando o desenvolvimento econômico e social, garantindo os direitos do contribuinte.

⁵⁰ José Roberto AFONSO, *Keynes, investimento e política fiscal na crise*, Trabalho apresentado no III Encontro da Associação Keynesiana Brasileira de 11 a 13.08.2010 (<<http://www.ppgge.ufrgs.br/akb/encontros/2010/54.pdf>>).

Na busca do bem comum, os princípios constitucionais funcionam como fundamentos de todo o sistema normativo e são de fundamental importância para a estruturação do Estado brasileiro, na medida em que traduzem quais são os fundamentos e principais objetivos do Estado, e, conseqüentemente, orientam toda a política socioeconômica desenvolvida pelo Poder Executivo.

A intervenção do Estado na economia é reflexo do novo processo pelo qual passa o capitalismo mundial, na medida em que este sofre uma série de limitações em sua atuação, inserindo novos conceitos sociais, como forma de se alcançar os valores sociais previstos no texto constitucional. Os princípios que regulam tanto a ordem econômica, quanto a ordem social são instrumentos previstos no texto constitucional visando a preservação dos direitos sociais do cidadão, como forma de se alcançar a justiça social. De igual modo o Estado poderá atender suas finalidades através da distribuição de riqueza, satisfação das necessidades sociais, de políticas de investimentos, entre outras, que podem ser alcançadas por meio de uma política tributária e não necessariamente pela imposição tributária.

De certa forma, para impulsionar o desenvolvimento econômico nacional neste contexto de globalização, deve ser salientado a necessidade da redução dos gastos públicos, com um processo de diminuição da carga tributária, capaz de permitir uma maior disponibilidade de recursos para a poupança, investimento ou consumo.

As normas tributárias extrafiscais estabelecidas durante a crise tiveram a importante função de estimular o crescimento econômico por meio da redução de impostos incidentes sobre o consumo, impulsionando a compra de bens de capital, automóveis e eletrodomésticos, com a finalidade de incrementar a demanda doméstica. Contribuíram, assim, para equilibrar as distorções provocadas no mercado em virtude da crise de crédito e da retração do consumo, embora outros setores importantes da economia da indústria e serviços também poderiam ser objeto de atuação do Governo para minimizar a crise.

Percebe-se que, além de constituírem meios adequados para promover a promoção das finalidades constitucionais, que sustentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, verifica-se se as normas isentivas pelo governo federal para conter a crise, alcançaram os objetivos. Nesse patamar, é também considerado se houve afronta ao princípio constitucional da igualdade com a finalidade da promoção do desenvolvimento nacional, principalmente em se tratando das medidas fiscais em tempos de crise. A condução da política econômica no Brasil se apresenta bastante complexa, pois vai além da preocupação com a maximização do emprego e da estabilidade do valor da moeda. Foram eleitas metas no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC para a retomada do crescimento e dos investimentos das empresas provocando o crescimento da demanda doméstica relacionada à indústria e o estímulo ao crédito ao curto prazo. Deve ser considerada também a proteção social, a diminuição do nível da pobreza, a redução das desigualdades de renda pessoais, a redução dos desequilíbrios regionais, entre outros.

O poder do Estado de desonerar é amplo, mas não ilimitado, sujeitando-se às diretrizes normativas e aos valores contidos no texto constitucional, que dão os contornos das normas tributárias que dispõem de medidas extrafiscais à luz da proporcionalidade, da igualdade e dos objetivos propostos. Diante do atual contexto mundial e nacional, é essencial que o governo brasileiro procure ajustar a política econômica em vigor, utilizando com maior intensidade a política fiscal. Devem ser considerados os cortes nos gastos públicos, priorizando os investimentos em setores estratégicos, redução dos impostos indiretos entre outros tributos, em se tratando de política tributária, sem desconsiderar a diminuição da dívida, controle da taxa de juros, da inflação entre outras medidas. Tais medidas e ações devem ser consistentes na condução da política econômica, que são essenciais para permitir que o Brasil enfrente de maneira adequada os complexos problemas socioeconômicos, políticos e ambientais decorrentes dos efeitos que ainda persistem da crise financeira e econômica mundial. É preciso estimular a produção e

o consumo com ações coordenadas de políticas públicas de desenvolvimento para os setores industriais e agroindustriais. De igual modo, merece destaque o emprego como um elemento fundamental no equilíbrio das relações econômicas, devendo o Estado, por sua vez criar políticas públicas adequadas para que o mercado absorva o máximo possível do trabalho disponível. E essas políticas devem atender os princípios constitucionais para garantir a competitividade com igualdade de condições.

Com tudo isso, há necessidade de repensar o modelo de federalismo fiscal cooperativo adotado no Brasil. Com a concessão de incentivos fiscais de tributos federais, principalmente em tempos de crise, é necessário um planejamento que contemple a sustentabilidade financeira dos demais entes federados, principalmente dos municípios, que não podem depender da mera liberalidade de recursos pelo Poder Executivo central, com vistas ao desenvolvimento econômico. A política tributária não pode ser compreendida sem que sejam consideradas as questões de mercado nacional e internacional, a livre concorrência e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, mesmo em tempos de crise econômica.

6. Bibliografia

- AFONSO, José Roberto. *Keynes, investimento e política fiscal na crise*. Trabalho apresentado no III Encontro da Associação Keynesiana Brasileira de 11 a 13.08.2010. <<http://www.pppge.ufrgs.br/akeb/encontros/2010/54.pdf>>.
- ALMEIDA, Paulo Roberto. *A crise econômica internacional e seu impacto no Brasil*. <<http://www.viapolitica.com.br/diplomatizando>>.
- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. *Política Fiscal e a Crise Econômica Internacional* in Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010, pág. 6 a 41.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1966.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14ª, ed., RJ, Forense, 1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003 e 2004.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva, São Paulo, 1963.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. SP; Max Limonad, 2003.

- CARRAZZA, Roque A. *Curso de direito constitucional tributário*. 21ª. ed. SP, Malheiros, 2005.
- CATARINO, João Ricardo. *Os novos contextos das finanças públicas – Parte II Desafios da Tributação no ímpeto de uma maior codificação fiscal mundial*. In Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal nº 4, ano III, 2011.
- CONTI, José Maurício e SCAFF, Fernando Facury (Coord). *Orçamentos Públicos e Direito Financeira*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DALLAZEM, Dalton Luiz; LIMA JUNIOR, Joel Gonçalves. *Tributação e Ordem Econômica*. In Revista Argumentum, nº 09, ano 09, 2008/2, pág. 36-60.
- DIEESE – Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas Socioeconômicas -
NOTA TÉCNICA 104 – Agosto 2011.
- ELALI, André. *Um Exame da Desigualdade da Tributação em face dos Princípios da Ordem Econômica*, <<http://www.idtl.com.br/artigos/242.pdf>>.
- ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP, 2007.
- ELALI, André. *Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FERRAZ, Roberto Ferraz (coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2 – Os princípios da Ordem Econômica e a Tributação*. Quartier Latin, São Paulo, 2009.
- FERREIRA, Jussara S. Assis B. Nasser Ferreira; RIBEIRO, Maria de Fatima (org.). *Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo, Arte & Ciência, 2008.
- FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. *A Crise Financeira Mundial, o Estado e a Democracia Econômica*. In Argumentum – Revista de Direito da Universidade de Marília, nº 10, ano 9, 2009, pág. 117-136.
- FERRER, Walkiria Martinez H.; OLIVEIRA, Laércio Rodrigues de. *A Crise Financeira e a nova realidade criada pela dinâmica do Mercado Mundial*. In Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável. FERREIRA, Jussara S. A. B. N. São Paulo, Editora Arte & Ciência, 2008.
- FLORIDO, Irineu O. *A repercussão Econômica dos Impostos*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1987.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUIMARÃES, Ariane Costa. *A Política Fiscal no Brasil para enfrentamento da crise econômica global no biênio 2008-2009*. Artigo publicado nos anais do II Congresso Brasileiro de Carreiras Jurídicas de Estado, 2010.
- HENRIQUES, Elcio Fiori. *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LANGONI, Carlos Geraldo. *Distribuição da Renda e Desenvolvimento Econômico do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 2005.
- LOPTREATO, Francisco Luiz. *O papel da política fiscal: um exame da visão convencional*. Texto para Discussão. IE/UNICAMP n. 119, fev. 2006.
- MACHADO, Hugo de Brito. *A Função do Tributo nas Ordens Econômica, Social e Política*, in Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza, Fortaleza, 28 (2), julh-dez, 1987.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Ordem Econômica e Tributação*. In Princípios e Limites da Tributação 2. FERRAZ, Roberto (coord.), São Paulo: Quartier Latin. 2009.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Tributação após a crise econômica de 2008: Limites ligados à legitimização e à finalidade da intervenção estatal*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, SP. De 04 a 07/11/2009. <<http://www.conpedi.org.br>>.
- MANTEGA, Guido. *O Brasil se preparou para enfrentar a crise mundial*, in Revista Brasil Economia Sustentável, Ministério da Fazenda – abril de 2009 – nº 4.
- MARTINS, Gustavo do Amaral. *Mercado e Tributação: Os Tributos, suas relações com a Ordem Econômica...* in Direito Tributário e Políticas Públicas, coord. José Marcos Domingues, São Paulo: MP editora, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, 15ª ed. rev. Actual. - São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Econômico e Tributário – Comentários e Pareceres*. São Paulo: Resenha Tributária, 1992.

- MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. A Política Tributária como Instrumento de Defesa do Contribuinte. *A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002.
- MATIAS-PEREIRA, J. *Gestão das Políticas Fiscal e Monetária: Os Efeitos colaterais da crise mundial no crescimento da economia brasileira*. In Observatorio de la Economía Latinoamericana, n° 148, 210.
- MELLO, Gustavo Miguez de. Uma visão interdisciplinar dos problemas jurídicos, econômicos, sociais, políticos e administrativos relacionados com uma reforma tributária in *Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*. Mapa Fiscal Editora, Sup. Esp. I Congresso Bras. de Direito Financeiro, RJ, 1978.
- MELLO, Pedro C. de & SPOLADOR, Humberto. *Crises Financeiras*. 3ª ed., São Paulo: Saint Paul Editora, 2010.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 5ª. Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONTEIRO, Sónia; COSTA, Suzana e PEREIRA, Liliana (coord.). *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, Porto, Vida Económica, 2011.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.
- NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- NABAIS, José Casalta; TAVARES DA SILVA, Suzana (coord.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Almedina, Coimbra, 2011.
- PALMA, Clotilde. *Crise Económica e o Regime Fiscal do Centro Internacional de Negócios da Madeira* In *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*. MONTEIRO, Sonia; COSTA, Suzana; PEREIRA, Liliana (coord.). Porto: Editora Vida Económica, 2010.
- PAZ FERREIRA, Eduardo. *Valores e Interesses. Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*. Coimbra: Almedina, 2004.
- PAZ FERREIRA, Eduardo; TOMAZ, João Amaral; SANTOS; José Gomes; CABRAL, Nazaré da Costa. *Crise, Justiça Social e Finanças Públicas*. Lisboa: IDEEF, 2009.
- PEREIRA, Afonso Insuela. *O direito económico na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- RIBEIRO, Maria de Fatima. *Reflexos da Tributação no desequilíbrio da livre concorrência*. In

- Novos Horizontes da Tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Almedina, Coimbra, 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SANTOS, António Carlos dos. *A crise financeira e a resposta da União Europeia: que papel para a fiscalidade?* In *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*. MONTEIRO, Sonia; COSTA, Suzana; PEREIRA, Liliana (coord.). Porto: Editora Vida Económica, 2010.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económica*. 6ª ed. atual., Coimbra: Almedina, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUZA, Nali de Jesus de. *Curso de Economia*. São Paulo: Atlas, 2003.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Económico*. 2ª ed., Editora Método, São Paulo, 2006.
- TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuintes*. Tradução de Pedro M. Herrera Molina. Marcial Pons. Madrid. 2002.
- TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário e Ordem Económica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- VANONI, Ezio. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Financeiras, 1932.
- VINHA, Thiago Degelo e RIBEIRO, Maria de Fátima. *Efeitos Sócio-Económicos dos Tributos e sua Utilização como Instrumento de Políticas Governamentais in TRIBUTAÇÃO, JUSTIÇA E LIBERDADE*. Coord. Marcelo Peixoto e Edison Carlos Fernandes, *Curitiba*: Editora Juruá, Curitiba, 2005.
- WAGNER, José Carlos Graça. *Tributação Social do Trabalho e do Capital*. SP, Resenha Tributária, 1982.

Crise do Estado Fiscal, Competitividade e Bem-Estar Social

Eduardo Molan Gaban/ Juliana Oliveira Domingues

Doutor em Direito pela PUC-SP, Professor do Mestrado em Direito da UNIMAR. Advogado
Professora Doutora de Direito Econômico e Financeiro da USP. Advogada

“Competition drives innovation”

Sumário: 1. Introdução; 2. Objetivos e desafios da Política Industrial Brasileira; 3. Perspectivas do Setor Privado; 3.1 Breves considerações sobre o Contexto Brasileiro: carga tributária e custo de produção; 4. Desafios do sistema tributário: considerações finais

Palavras-chave: Sistema tributário. Carga tributária. Política tributária

1. Introdução

Após as aberturas comerciais que ocorreram na década de 90, o Estado tem enfrentado uma pressão cada vez maior para se tornar competitivo. No contexto da globalização dos mercados, os países passaram a participar efetivamente dos órgãos multilaterais, especialmente da Organização Mundial do Comércio (OMC), que trata das regras que regulam o comércio internacional.

A competitividade passou a ter mais importância, para todos os atores internacionais, especialmente diante dos resultados das crises mundiais que atingiram fortemente as economias capitalistas consideradas como mais sólidas (i.e. Estados Unidos da América e União Europeia).

Ao mesmo tempo, a busca de competitividade associada ao bem-estar social passou a ser um dos objetivos dos Países em Desenvolvimento (PEDs) que cada vez mais estão ganhando espaço no mundo globalizado. Contudo, ser competitivo e ao mesmo tempo adequar-se uma carga tributária elevada e complexa passou a ser um grande desafio para as indústrias brasileiras.

Assim, a economia dos países emergentes busca sustentar o crescimento econômico inclusivo, justamente em um contexto econômico adverso já que as economias ainda sofrem as consequências da crise internacional. Nesse sentido, o Brasil lançou Planos que “desenham” uma reforma estrutural e buscam o fortalecimento institucional.

O lançamento da Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) em 2008, apesar de, na prática, ser considerada como limitada em instrumentos, foi importante para a indústria uma vez que o governo reconheceu que *“a estabilidade macroeconômica não é condição suficiente para a retomada do processo de desenvolvimento industrial e econômico como um todo”*¹. Ou seja, houve o reconhecimento de que outras medidas de Políticas Industriais eram necessárias para o crescimento econômico e competitividade da indústria nacional.

Portanto esse estudo pretende apresentar alguns elementos trazidos pelos novos Planos da Política Industrial Brasileira, assim como buscará expor a perspectiva da iniciativa privada (e especialmente das indústrias do Estado de São Paulo), que enfrenta um grande desafio para se tornar mais competitiva, mesmo diante de uma das cargas tributárias mais complexas e altas que existem no mundo.

2. Objetivos e desafios da Política Industrial Brasileira

A política industrial brasileira, diante de todo contexto

¹ BRASIL. FIESP. DECOMTEC, Área de Competitividade. Plano Brasil Maior 2011/2014. Análise dos instrumentos, São Paulo, agosto de 2011, p. 5.

internacional, tem passado por um período de desoneração dos investimentos e das exportações. Esse movimento tornou-se necessário para a sobrevivência da indústria nacional e marca o início do enfrentamento da apreciação cambial, que passou a ser um dos grandes temas do momento.

Contudo, considerando o objetivo buscado (de maior desenvolvimento atrelado ao crescimento econômico) entende-se que ainda há espaço para outras medidas no sentido de se buscar um avanço do crédito e do aperfeiçoamento do marco regulatório da inovação.

A teoria econômica, especialmente a partir da década de 90, vem produzindo muitos estudos que demonstram que para o desenvolvimento é necessário o estabelecimento de instituições fortes que garantam, entre outras coisas, previsibilidade. De acordo com Douglass North (1993):

As instituições são as regras do jogo numa sociedade, ou, mais formalmente, são as limitações criadas pelo ser humano que dão forma à interação humana (...) reduzem a incerteza pelo fato de que proporcionam uma estrutura à vida diária, definindo e limitando o conjunto de escolhas dos indivíduos.

O Brasil está passando por um período de fortalecimento institucional, mas trata-se de um processo lento e que depende de uma série de variáveis. Recentemente observou-se também um movimento do Governo Federal para o fortalecimento da indústria. Ao mesmo tempo o país passou a se preocupar com o fortalecimento dos instrumentos contra a concorrência desleal internacional. Isso está refletido no Plano Brasil Maior do Governo Federal (Plano 2011/2014) que determina que o país mobilize suas forças produtivas para inovar, competir e crescer:

Focando no estímulo à inovação e à produção nacional para alavancar a competitividade da indústria nos mercados interno e externo, o país se organiza para dar passos mais ousados em direção ao desenvolvimento econômico e social.

Ao mobilizar as forças produtivas para inovar, competir e crescer, o Plano busca aproveitar competências presentes nas empresas, na academia e na sociedade, construindo um país mais próspero e inclusivo.

O Plano Brasil Maior integra instrumentos de vários ministérios e órgãos do Governo Federal cujas iniciativas e programas se somam num esforço integrado e abrangente de geração de emprego e renda em benefício do povo brasileiro. (Plano Brasil Maior, p.07).

A indústria nacional é uníssona no que diz respeito à necessidade de criação de incentivos para a facilitação de financiamentos para agregação de valor nacional e competitividade das cadeias produtivas. Nesse sentido, o Plano Brasil Maior estabelece um pacote de medidas que deveriam ser implementadas entre 2011-2014, tais como: i) desoneração dos investimentos e das exportações; ii) ampliação e simplificação do financiamento ao investimento e às exportações; iii) aumento de recursos para inovação; iv) aperfeiçoamento do marco regulatório da inovação; v) estímulos ao crescimento de pequenos e micronegócios; vi) fortalecimento da defesa comercial; vii) criação de regimes especiais para agregação de valor e de tecnologia nas cadeias produtivas; e viii) regulamentação da lei de compras governamentais para estimular a produção e a inovação no país.

Os objetivos buscados pelo Plano Brasil Maior também encontram respaldo na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo. 3º que estabelece os objetivos fundamentais da República, dentre os quais podemos destacar: i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ii) garantir o desenvolvimento nacional; iii) erradicar a pobreza e a marginalização; e iv) reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Além do Plano Brasil Maior merece destaque o Plano Compete Brasil que destaca a sustentabilidade, em consonância com as melhores práticas internacionais. Portanto, por meio deste plano, o Brasil tem como objetivo se fixar no cenário externo como potência

econômica com equilíbrio social e respeito ao meio ambiente. As ações previstas estão relacionadas com as estratégias do Plano Brasil Maior, aliando à política industrial do país o fortalecimento da indústria nacional por meio da promoção da inovação e do aumento da competitividade de forma sustentável.

Todos os esforços nesse sentido são muito elogiados, mas, na prática, a indústria tem se mostrado insatisfeita e teme que as medidas sejam insuficientes para tornar o parque industrial brasileiro mais competitivo. Nesse sentido vale citar estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP):

O Plano Brasil Maior é um importante conjunto de medidas de política que se torna condição necessária, mas não suficiente, para a manutenção do parque industrial brasileiro.

Seus instrumentos, porém, se apresentam ainda tímidos diante das condições macroeconômicas hostis que a indústria se defronta. Por exemplo, a desoneração prevista para os dois primeiros anos do Plano poderá chegar a R\$ 24,5 bilhões; ou seja, R\$ 12,3 bilhões/ano. Este valor é bastante inferior aos R\$ 86 bilhões anuais que é o diferencial de custos com juros que temos com a dívida pública, com relação a alguns de nossos concorrentes internacionais².

Diante de algumas críticas e de muita expectativa da indústria o governo tem buscado adotar outras medidas que possibilitem motivar a indústria nacional. Nesse contexto vale mencionar que, no início de abril de 2013, a secretária de Desenvolvimento da Produção, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e o presidente da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), apresentaram as Agendas Estratégicas Setoriais para 19 segmentos da indústria do país, de acordo com o Plano Brasil Maior³.

² BRASIL. FIESP. DECOMTEC, Área de Competitividade. Plano Brasil Maior 2011/2014. Análise dos instrumentos, São Paulo, agosto de 2011, p. 5.

³ “Dentre as medidas estão a elaboração de plano de saneamento fiscal das mi-

A expectativa é que cerca de 200 medidas sejam desenvolvidas até o final de 2014. A prioridade estratégica tem sido dada a alguns segmentos que investem em conhecimento e escala, tais como Petróleo, Gás, Naval, Automotivo, Indústria Aeronáutica e Espacial, Bens de Capital, Energias Renováveis, entre outros.

Cada setor possui um Conselho de Competitividade, que reúne membros do governo, do setor privado e dos trabalhadores. Assim, todas as medidas serão executadas por cada área, com o apoio governamental. A responsabilidade da execução é principalmente do MDIC com o apoio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), da ABDI, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), e da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil)⁴.

Na prática ainda é cedo para se chegar a uma conclusão sobre os resultados do Plano Brasil maior. De todo modo, observa-se um esforço do governo para motivar a competição da indústria nacional e promover a inovação e o desenvolvimento.

3. Perspectivas do Setor Privado

A indústria brasileira ainda considera as medidas do Plano Brasil Maior como “tímidas” em meio à concorrência internacional. Alguns dados indicam que, mesmo diante de dificuldades, houve um aumento da competitividade do País (segundo IC-FIESP), o que denota o potencial competitivo do Brasil.

Vale observar, no gráfico abaixo, que o contexto internacional mudou a configuração da concorrência internacional, uma vez que

cro, pequenas e médias empresas da cadeia de autopeças, a desoneração dos investimentos e isonomia entre fornecedores nacionais e estrangeiros do setor de Petróleo e Gás e a implementação de programa de estímulo à competitividade do etanol.” BRASIL. Plano Brasil Maior. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.gov.br/noticia/index/institucional/id/2118>>.

⁴ BRASIL. Plano Brasil Maior. Assessoria de Comunicação Social da ABDI. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.gov.br/noticia/index/institucional/id/2118>> Acesso em: 06 abr. 2013.

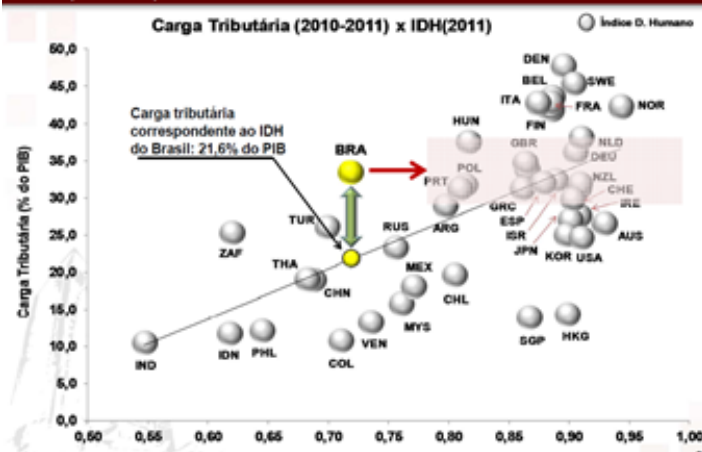
países tradicionalmente competitivos em razão de investimento em tecnologia (tais como Suécia, Finlândia e Japão) estão entre aqueles que mais perderam competitividade.

RANKING IC-FIESP 2011				FIESP DECOMTEC			
GRUPO	PAÍS	NOTA	RK	GRUPO	PAÍS	NOTA	RK
Q1 ELEVADA	Estados Unidos	91,8	1	Q3 MÉDIA	Espanha	51,1	23
	Hong Kong	75,3	2		Rússia	50,0	24
	Suíça	74,7	3		Itália	47,3	25
	Cingapura	74,4	4		Hungria	47,2	26
	Coreia do Sul	74,2	5		República Checa	46,5	27
	Noruega	70,2	6		Malásia	46,0	28
	Holanda	70,1	7		Argentina	41,9	29
	Irlanda	70,0	8		Portugal	39,9	30
	Japão	69,7	9		Polónia	38,3	31
	Israel	68,1	10		Grécia	37,2	32
	Dinamarca	68,0	11		Chile	36,3	33
Q2 SATISFA- TÓRIA	Suécia	67,4	12	Q4 BAIXA	México	28,3	34
	Alemanha	66,4	13		Tailândia	26,3	35
	Finlândia	62,6	14		África do Sul	24,0	36
	Canadá	61,7	15		Brasil	22,5	37
	Áustria	59,7	16		Venezuela	21,5	38
	Nova Zelândia	59,1	17		Colômbia	20,3	39
	Bélgica	58,9	18		Filipinas	19,2	40
	França	56,2	19		Indonésia	19,4	41
	Austrália	55,1	20		Turquia	17,2	42
	Reino Unido	54,9	21		Índia	8,9	43
	China	52,9	22				

No entanto, embora o Brasil tenha sido capaz, supostamente, de transformar competitividade em desenvolvimento, o IDH do País é menor do que o dos países indicados no Q1.

Na prática, destacam-se fatores que colaboram para o aumento da competitividade, como o aumento da produtividade

Em relação aos retornos sociais, ao nosso nível de IDH corresponderia uma carga tributária de 21,6% do PIB. Por outro lado, nossa carga atual, corresponderia a um IDH semelhante ao da Polónia, de Israel, do Reino Unido e da Nova Zelândia.



da indústria, os gastos em P&D, os investimentos em educação e as patentes. Nesse sentido, o plano Brasil Maior incluiu objetivos de curto, médio e longo prazo, que assim foram indicados expressamente:

- melhoria nos instrumentos financeiros e tributários de estímulo às exportações;
- defesa comercial, consolidação e harmonização de regras tarifárias;
- facilitação do comércio;
- estímulo à internacionalização de empresas nacionais visando à ampliação de mercados e o acesso a novas tecnologias; e
- atração de centros de pesquisa e desenvolvimento de empresas estrangeiras para o país⁵.

No Plano Brasil Maior, o fortalecimento das cadeias produtivas faz parte da diretriz estruturante dos programas acordados entre o governo e o setor privado e tem como pilares o enfrentamento do processo de substituição da produção nacional em setores industriais intensamente atingidos pela concorrência das importações. Em adição, objetiva-se aumentar a eficiência produtiva das empresas nacionais, aumentar a agregação de valor no próprio país e coibir práticas desleais⁶.

Em que pese a tentativa válida ainda existem muitos desafios para a indústria nacional, especialmente no que se refere à carga tributária e ao custo de produção, conforme se verá a seguir.

⁵ BRASIL. MDIC. Brasil Maior. 2010, p. 13. Disponível em: <http://www.brasil-maior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf> Acesso em: 03 abr. 2013.

⁶ BRASIL. MDIC. Brasil Maior. 2010, p. 11. Disponível em: <http://www.brasil-maior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf> Acesso em: 03 abr. 2013.

3.1 Breves considerações sobre o Contexto Brasileiro: carga tributária e custo de produção

A realidade brasileira apresenta grandes desafios para os empresários e iniciativa privada como um todo devido a alta carga tributária. A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) tem produzidos levantamentos que reiteram os elevados custos para as industriais que buscam seguir a legislação tributária. Nesse sentido, um estudo de 2011 da FIESP indicou que o custo para uma empresa é de cerca de 1,16% de seu faturamento (R\$ 19,7 bilhões por ano), o que equivale a pelo menos 10% de gastos com folha de pagamento e supera 58% do investimento em P&D⁷.

Os elevados custos totais da carga tributária também se refletem nos preços aplicados ao consumidor, uma vez que, de acordo com o mesmo estudo os tributos correspondem 42,9% do preço dos produtos. No que se refere ao custo com funcionários e gestores o valor chega a R\$ 13,1 bilhões /ano e representa a maior parcela de custo do sistema tributário (66,5%)⁸.

Em estudo sobre os instrumentos do Plano Brasil maior a FIESP destacou que:

[...] a necessidade de coerência da política macroeconômica com a política industrial é um ponto fundamental a ser perseguido pelo governo. O propalado “vigor” do mercado interno pode ter atenuado, por algum tempo, os efeitos que a deterioração das condições competitivas devidas à valorização cambial, aumento dos juros, etc. (portanto totalmente alheias ao setor produtivo) impuseram à produção doméstica. Todavia, isso não se sustenta no longo prazo, conforme tem se observado nos dados referentes à produção agregada da indústria e particularmente em certos segmentos, geralmente os que mais empregam e possuem maior conteúdo tecnológico e efeitos de encadeamento na economia.

⁷ BRASIL. FIESP. Carga Extra na Indústria Brasileira. São Paulo: 2011.

⁸ BRASIL. FIESP. Carga Extra na Indústria Brasileira. São Paulo: 2011.

Isso implica que, por melhores que sejam as políticas de incentivo ao investimento e exportações, inovação tecnológica, dentre outras, seus resultados certamente serão frustrados na presença do elevado nível da taxa Selic e spread bancário, taxa de câmbio valorizada e carga tributária desproporcionalmente concentrada no setor industrial encontrados no Brasil.

As políticas industriais não são um diferencial competitivo, e sim uma condição comum considerando-se os principais competidores do Brasil no mercado externo e doméstico de bens e serviços. Ocorre que os mesmos possuem políticas macroeconômicas alinhadas às suas estratégias de desenvolvimento industrial – portanto muito mais favoráveis à atividade produtiva.

Alguns aspectos do ambiente de negócios brasileiro ilustram bem esse disparate⁹.

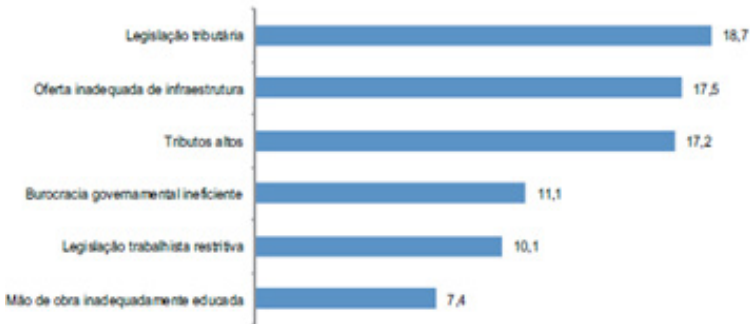
A taxa de câmbio brasileira ainda é considerada como uma das mais valorizadas do mundo por várias instituições internacionais (como, por exemplo, “índice Big Mac” da revista *The Economist*¹⁰) e a indústria nacional tem se queixado no sentido de que a valorização cambial no atual contexto macroeconômico tem gerado a importação de produtos para consumo, em detrimento da produção doméstica. Ao mesmo tempo isso seria um fato de desestímulo ao investimento, uma vez que nossa indústria não teria condições de competir.

Em adição, vale observar os dados abaixo que indicam os fatores considerados como mais problemáticos para a competitiva no Brasil:

⁹ BRASIL. FIESP. DECOMTEC. Área de Competitividade. Plano Brasil Maior 2011/2014. Análise dos instrumentos. São Paulo, agosto de 2011, p. 4.

¹⁰ De acordo com o índice Big Mac de julho/2012, o real encontrava-se valorizado em 14% em relação ao dólar, que foi o percentual utilizado para ajuste do câmbio no estudo. O estudo do Observatório do Câmbio da FGV EAESP mostrava um “desalinhamento cambial” de 15% em julho de 2012. O índice Big Mac divulgado em janeiro de 2013 indica uma valorização de 29% no real ante o dólar (ou seja, se for considerado esse valor, o diferencial de preços seria ainda mais significativo). Veja-se: BRASIL. FIESP. DECOMTEC. Departamento de Competitividade e Tecnologia. Custo Brasil” e Taxa de Câmbio na Competitividade da Indústria de Transformação Brasileira. São Paulo, março de 2013, p. 15.

Gráfico 33. Fatores mais problemáticos para competitividade no Brasil em % de respostas.



Fonte: LCA, com base em dados do GCR 2012-2013 – *World Economic Forum*.

Ou seja, existem outras questões que dificultam muito a competitividade da indústria nacional: uma empresa de médio porte no Brasil precisa atender a mais de 3000 (três mil) normas tributárias. O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário aponta que, em média 46 normas tributárias são editadas por dia útil no Brasil e que 2600 horas por ano são necessárias para uma empresa pagar tributos no Brasil, enquanto a média dos países da OCDE é de 207 horas por ano (Banco Mundial)¹¹.

O chamado “Custo Brasil” – termo recorrente nos estudos industriais – refere-se ao custo decorrente de deficiências em diversos fatores relevantes para a competitividade e que independe de estratégia empresarial, uma vez que é resultado de deficiências em fatores sistêmicos que apenas poderiam ser dirimidas por meio de políticas de Estado¹².

Os dados indicados acima apenas ilustram a situação complexa que tem sido vivenciada pelas indústrias brasileira e os grandes desafios para o governo, na implementação de seus planos, para que,

¹¹ FIESP. Carga Extra na Indústria Brasileira, 2011.

¹² Nesse sentido, veja-se: BRASIL. FIESP, DECOMTEC. Departamento de Competitividade e Tecnologia. Custo Brasil” e Taxa de Câmbio na Competitividade da Indústria de Transformação Brasileira, São Paulo, março de 2013, p. 29.

de fato, exista maior competitividade da indústria nacional frente aos concorrentes internacionais que enfrentam menos burocracia tributária. O Brasil ainda possui outros agravantes que enfraquecem suas instituições mais importantes, como um poder judiciário lento e imprevisível (jurisprudência cambiante) que pode influenciar negativamente a competitividade, a concorrência e a inovação.

4. Desafios do sistema tributário: considerações finais

Para que a indústria brasileira se torne mais competitiva é necessário que ocorra um fortalecimento institucional. Em adição, medidas mais arrojadas precisam ser pensadas para tornar o país não apenas mais competitivo, mas também apto a investir em inovação e tecnologia.

Entretanto, ainda existem muitos desafios para a indústria nacional: os encargos trabalhistas no Brasil são os mais elevados do mundo, a burocracia para pagar tributos representa 2,6% do valor dos produtos industriais e a taxa básica de juros é a 4ª mais elevada do mundo.

Outros dados reforçam ainda mais a situação da indústria brasileira, uma vez que, em 2011, o spread bancário foi 12,7 vezes maior do que em outros países (tais como Chile, Malásia, Itália, Japão) e o coeficiente de consumo de produtos importados aumentou de 10,5% em 2003 para 21,9% em 2011¹³.

Nesse plano, o desafio dos PEDs não é desprezível: sustentar o crescimento econômico inclusivo num contexto econômico adverso e sair da crise internacional, o que muitas vezes demanda profunda mudança estrutural, como é o caso do Brasil. Diante da crescente pressão por parte das economias desenvolvidas, como EUA e UE, bem como da grande variedade de oferta mundial para segmentos “*commoditizados*” de mercado, a estratégia para o

¹³Veja-se: FIESP. Carga Extra na Indústria Brasileira. 2011.

desenvolvimento nacional deve inevitavelmente focar a inovação e o adensamento produtivo do parque industrial brasileiro, objetivando ganhos sustentados da produtividade do trabalho.

No caso específico do Brasil e de acordo com a Constituição Federal de 1988, o papel do Direito é fundamental para o desenvolvimento econômico inclusivo. Nesse plano, o Estado passa por uma necessária mudança em sua concepção (i.e., em seu papel). O inchaço estatal em burocracias complexas, lentas e custosas contrapõe-se às sugestões por órgãos estatais enxutos, eficientes e menos custosos à sociedade (i.e. que demandam menos tributos) objetivando-se que mecanismos de livre concorrência e de regulação da economia gerem eficiências econômicas e aumento do bem-estar social.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. MDIC. Brasil Maior. Disponível em: <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/wp-content/uploads/cartilha_brasilmaior.pdf>.
- BRASIL. Plano Brasil Maior. *Assessoria de Comunicação Social da ABDI*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.gov.br/noticia/index/institucional/id/2118>>.
- BRASIL. FIESP. Carga Extra na Indústria Brasileira. São Paulo: 2011.
- BRASIL. FIESP. DECOMTEC. Área de Competitividade. Plano Brasil Maior 2011/2014. Análise dos instrumentos. São Paulo, agosto de 2011.
- BRASIL. FIESP. DECOMTEC. Departamento de Competitividade e Tecnologia. “Custo Brasil” e Taxa de Câmbio na Competitividade da Indústria de Transformação Brasileira. São Paulo, março de 2013.

(Página deixada propositadamente em branco)

Razão de Estado e princípio da razoabilidade

Suzana Tavares da Silva

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução; 2. Notas contextuais; 3. A perda de relevância das decisões de outorga de benefícios fiscais perante o actual contexto; 4. O Direito dos contratos de investimento estrangeiro – da “razão de Estado” ao princípio da razoabilidade; 5. Da razoabilidade à emergência de um interesse público global e de um rule of law global.

Palavras-chave: Princípio da razoabilidade. Investimento estrangeiro. Princípio da proporcionalidade

1. Introdução

O contexto de *crise económico-financeira* constitui, em regra, um momento em que inevitavelmente as Sociedades se confrontam com a necessidade de discutir aspectos fundamentais da sua organização enquanto comunidade-Estado. Um debate que envolve *aspectos estruturais* – o que privatizar e o que estadualizar ou manter sob a forma de serviço público – *aspectos funcionais* – que tarefas hão-de ser partilhadas com os restantes actores sociais (privados e terceiro sector) e em que termos e condições – *modos de gestão* – quais as medidas de racionalização que devem ser adoptadas para aumentar a eficiência do serviço público – e, derradeiramente, *aspectos financeiros* – como aumentar receitas e como alcançar novas formas de financiamento.

É deste último ponto que trataremos, mais concretamente, de duas cambiantes jurídicas do financiamento através do incentivo ao investimento estrangeiro, as quais se podem revelar perversas sem um tratamento jurídico adequado: o *excesso na fase de incentivo* e a *captura constitucional do Estado* perante a frustração de *expectativas legítimas*.

O Estado que procura financiamento de investidores estrangeiros concede, em troca, relevantes *benefícios fiscais* – instrumentos económicos de incentivo –, mas: devem estes benefícios subordinar-se a um controlo de proporcionalidade? E de razoabilidade? A outorga de benefícios fiscais ao investimento estrangeiro é hoje apenas limitada pelo direito europeu? A outorga de benefícios fiscais é materialmente uma decisão legislativa, político-legislativa, de governo ou administrativa? Quem concede benefícios fiscais, actua ao abrigo de uma margem de livre conformação ou no exercício de poderes próprios de valoração? Quem controla, fiscaliza ou reavalia os actos de outorga de benefícios fiscais?

Ao *contratualizar a sua soberania*, seja através de instrumentos contratuais ou legais (a forma não é determinante para o direito do investimento estrangeiro), o Estado “compromete-se” a não invocar no futuro a “razão de Estado” para, arbitrariamente, *frustrar as expectativas legítimas dos investidores*, mas sabe a Sociedade o que isso significa? Quais as regras aplicáveis em caso de alteração superveniente das circunstâncias? E perante uma modificação de opções políticas que consubstancie uma frustração, ainda que não deliberada, das expectativas dos investidores directamente fundadas no contrato ou em lei? Que *Direito* (ordenamento normativo) protege os investidores? Que *Direito* protege os contribuintes das futuras gerações, cujo esforço económico as gerações actuais dão como garantia? Existe neste sistema normativo fragmentário da ordem jurídica internacional uma salvaguarda para a “corrupção”?

As perguntas que provocatoriamente fazemos, e às quais procurámos dar resposta no *workshop*, visam sobretudo alertar para o contexto do direito do investimento estrangeiro, seus benefícios e riscos. No fundo, o *punctum saliens* desta abordagem é procurar, em

um contexto de sustentabilidade financeira, respostas normativas capazes de garantir que a *fadiga fiscal* das gerações actuais não será substituída pela *asfixia fiscal* das gerações futuras.

2. Notas contextuais

O objecto deste breve estudo incide sobre *algumas refrações normativas* do *novo Direito Público*¹, mais concretamente, sobre o sistema normativo de protecção dos investidores estrangeiros construído já sobre um “produto” dos pressupostos dogmáticos deste novo modelo: o *direito transnacional do investimento estrangeiro*.

O *direito do investimento estrangeiro* identifica-se com o estudo dos novos instrumentos jurídicos de protecção dos investidores estrangeiros. A necessidade de proteger estes investidores perante os abusos dos Estados que acolhem os respectivos investimentos é uma questão que ganhou especial relevância no contexto económico emergente após a Segunda Guerra Mundial e os movimentos de descolonização dos países Africanos e da América Latina, também designado como a “*nova ordem económica mundial*”².

Inicialmente assentes em mecanismos de *soft law* – como o *Código de Conduta da Comissão das Nações Unidas para as Empresas Mul-*

¹ Entre os trabalhos recentes dedicados ao estudo dos pressupostos teóricos e dogmáticos do *novo direito público*, o texto de Dieter GRIMM é, em nosso entender, dos mais bem conseguidos. O autor apresenta uma visão linear do problema, começando por explicitar o surgimento do *direito público* na era moderna e as suas principais funções na defesa do indivíduo perante o Estado e na “construção” de um modelo de bem-estar assente no conceito de *serviço público*, para depois se concentrar nas mudanças políticas e económicas que ocorreram no último quartel do século XX – com especial ênfase para a disseminação do modelo liberal económico pelas organizações internacionais que promovem a globalização e para as transformações na esfera política decorrentes da *internacionalização* – e daí retirar a conclusão principal: não é possível hoje continuar a tratar o direito público como uma realidade unitária e seguindo os pressupostos do método jurídico – *Das Öffentliche Recht. Vor der Frage nach seiner Identität*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

² Para uma perspectiva global do tema *v.* SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 3.^a ed., Cambridge University Press, 2010, pp. 8ss e Surya SUBEDI, *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford, 2012.

*tinacionais*³ ou o *Código do Investimento Estrangeiro* aprovado pelo Banco Mundial –, a estabilização de regras de protecção deste tipo em instrumentos jurídicos vinculativos não se revelou tarefa fácil – o que pode ser atestado, também, pela tentativa falhada, em 1995, de a OCDE aprovar um acordo multilateral sobre investimento⁴ –, mas acabaria por ser bem sucedida, em grande medida fruto da proliferação dos *Tratados Bilaterais de Investimentos* (os *Bilateral Investment Treaties*, ou simplesmente *BIT*), inspirados no “*modelo de tratado alemão*”.

Actualmente, o *sistema de protecção dos investidores estrangeiros* é composto pelos instrumentos normativos especiais – que incluem, para além dos *BIT*, também os *Tratados Multilaterais de Investimento* (os *Multilateral Investment Treaties*, ou simplesmente *MIT*), categoria onde se podem igualmente inserir os acordos regionais como o NAFTA e, em certa medida, também os acordos incluídos no sistema da Organização Mundial de Comércio⁵ – e pelos instrumentos arbitrais de composição de litígios⁶, entre os quais ganha

³ *The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, Current Studies, Series A, United Nations publication, New York, Annex I, pp.28-45. Um instrumento entretanto “atualizado” por outros do mesmo género, que visam assegurar objectivos relacionados com a *responsabilidade social das empresas*, com especial destaque para as *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights – v. Carolin F. HILLEMANNs*, «UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights», *German Law Journal*, (recurso on-line).

⁴ Cf. Peter BEHRENS, «Towards the Constitutionalization of International Investment Protection», *Archiv des Öffentlichen Recht*, vol. 45, 2007, pp. 157.

⁵ Para maiores desenvolvimentos *v.*, por todos, SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment...*, 2010, pp. 236 e ss.

⁶ Era essencial que estes litígios pudessem ser resolvidos numa instância jurisdicional adequada. Não sendo possível submete-los ao *Tribunal Internacional de Justiça* – uma vez que não se trata de litígios entre Estados, mas sim entre estes (ou entidades públicas económicas que actuam em sua representação) e investidores privados –, não sendo os tribunais dos Estados que acolhem os investimentos considerados instâncias adequadas – em alguns sistemas jurídicos o julgamento de actos praticados por poderes públicos não era sequer subordinado ao controlo de verdadeiros tribunais – e não existindo tribunais internacionais em matéria económica, o “*sistema encontrado*”, baseado na arbitragem internacional voluntária no âmbito de procedimentos institucionalizados em instrumentos de direito internacional, apresenta-se como a *melhor solução possível* – *v.* Phillippe KAHN, «The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention

especial destaque o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*⁷.

Todavia, a *especialidade* deste regime normativo gera consequências relevantes para os Estados, que assim se vêem confrontados com mais um aspecto da perda de soberania económica⁸. Aspecto do qual não podem deixar de ser extraídas algumas conclusões relevantes: *i)* este sistema deve estar pressuposto logo no momento em que o *Estado* “convida” os investidores⁹ e deve continuar subjacente à *decisão pública* quando se “acorda” ou “contrata” o investimento; *ii)* as *decisões* de promoção e captação do investimento estrangeiro directo em grandes infra-estruturas, assentes sobre projectos de capital intensivo que requerem longos períodos de tempo (mais de uma década) para a sua amortização, são uma “questão intergeracional” e, nessa medida, requerem especiais medidas de controlo da respectiva *sustentabilidade* (a *sustentabilidade* é um princípio-garantia das gerações futuras e, portanto, uma *dimen-*

on the Settlement of Investment Disputes», *Indiana Law Journal*, Vol. 44, 1968, disponível em <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss1/1>>.

⁷ O ICSID foi instituído pela Convenção de Washington de 1965 (uma Convenção sobre Acordos de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, que conta actualmente com 157 países signatários) e integra o sistema de incentivo e protecção do investimento estrangeiro directo regulado sob as directrizes do Banco Mundial. Apesar de instituído em 1965, o ICSID esteve quase sem actividade até 1990, data em que os litígios em matéria de investimento estrangeiro directo se multiplicaram e fizeram emergir o direito do investimento estrangeiro directo como um ramo de direito especial dentro do direito global ou transnacional – v. DOLZER / SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 2; e Tiago DUARTE, «Arbitragem ICSID e desenvolvimento económico dos Estados», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 269-295.

⁸ Sobre a formação de um poder público na esfera internacional que não corresponde a um modelo de legitimação a partir dos Estados, poder que é também uma expressão do *novo direito público* – v. Dieter GRIMM, *Das öffentliche Recht...*, pp. 40 e ss.

⁹ Para efeitos de *direito do investimento* as *expectativas legítimas* constituem-se mesmo na ausência de um instrumento contratual específico, pois a sua protecção funda-se, tradicionalmente, no direito costumeiro (*pacta sunt servanda*), nos princípios fundamentais do direito internacional (*most favoured nation – MFN Clause*) e hoje, de forma especial, nas cláusulas constantes dos tratados de investimento (*Fair and Equitable Treatment – standard FET*) – v. Martins PAPANINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair And Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013, pp. 252.

são concretizadora do princípio da justiça intergeracional¹⁰); iii) a “partilha do risco político” deve ser ajustada ao contexto da nova ordem económica mundial, o que implica uma realização do *standard FET* (parâmetro de protecção da confiança no direito do investimento estrangeiro¹¹) em conformidade com as circunstâncias concretas do litígio, o mesmo é dizer uma análise da *razoabilidade* da conduta do Estado perante o caso concreto e no contexto dos princípios e regras gerais do respectivo sistema jurídico¹².

Antes, porém, de iniciarmos a análise de cada um destes tópicos, é fundamental deixar uma nota de enquadramento das questões no contexto das transformações que o sistema jurídico vem sofrendo e que põem em crise a compreensão fundada na “autonomia do direito”¹³. Com efeito, a visão *sistémica Lubmanniana* permitiu-nos ultrapassar as compreensões simplistas da modernidade – baseadas no poder (Foucault) ou na luta de classes (Marx) – e perceber que a

¹⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de sustentabilidade *vide* texto inicial.

¹¹ Sobre o *standard FET*, por todos, Roland KLÄGER, *‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011 (sobre a aproximação ao conceito de expectativas legítimas *n. pp.* 117 embora se assuma este como um conceito que varia muito de ordenamento jurídico nacional para ordenamento jurídico nacional, sendo mais correcto falar-se neste caso em “conceitos comparáveis” *n. pp.* 165).

¹² A abordagem necessariamente casuística dos problemas – seguindo uma metódica anglo-saxónica – é aqui considerada mais ajustada do que a tradicional hermenêutica jurídica da lei e do contrato, porquanto a *justiça* será sempre um parâmetro medido perante o circunstancialismo do caso concreto segundo os princípios jurídicos fundamentais. Na verdade, a perspectiva duradoura das relações jurídicas faz desde logo antever que as mesmas serão objecto de litígios quase certos, perante as inevitáveis alterações supervenientes das circunstâncias (*rebus sic stantibus*), as quais estarão muito para além dos cenários que as partes tomaram como base no momento contratual.

¹³ João LOUREIRO refere-se, precisamente, às dificuldades que a “autonomia do direito” (na conceptualização de Castanheira Neves) hoje enfrenta perante os desafios da internormatividade, concluindo pelo “(in)disponível constituinte do direito” para expressar a existência de uma linha que separa os domínios da validade normativa, ancorada eticamente na necessidade, e aqueles onde a força juridicizadora decorre apenas da nossa “herança judaico-cristã” – cf. «A Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do *Fernrecht* e da *Fernverfassung* em diálogo com Castanheira Neves», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2010, pp. 44. Uma herança que, acrescentamos nós, tende cada vez mais a matizar-se perante o imparável momento de anglosaxonização jurídica, intrinsecamente associado à expansão da globalização económica.

organização social é complexa e que a “ordem” não tem um ponto de comando central, resultando antes de um equilíbrio, de uma articulação entre subsistemas, os quais funcionam (na sua parte interna) de acordo com as suas lógicas internas próprias, o que significa que o poder público não pode “comandar a economia”, como a “economia também não pode regular as relações sociais”¹⁴.

Todavia, a *teoria dos sistemas* de Luhmann não consegue abranger a *fragmentariedade* típica das constelações sistémicas pós-modernas, pois a *racionalidade sistémica* é unitária na complexidade, ao passo que os sistemas pós-nacionais apresentam-se numa relação de colisão e não de articulação – isto esclarece a tentativa de Teubner em criar uma “*racionalidade conflitual*” capaz de explicar a nova organização social, mas o autor acaba por concluir que todas as racionalidades são afinal parciais, o que justifica o papel do “novo direito internacional” enquanto instrumento de coordenação e de activação da cooperação. Uma cooperação difícil de promover, pois, como destaca Böckenförde, “*todo o direito estadual se apresenta nesta fase como um instrumento que procura reestabelecer o primado da política na governação*”¹⁵. Um desiderato que dificilmente pode ser alcançado se não partirmos do pressuposto básico de que *o método jurídico*, tal como foi concebido, *i. e.*, intimamente associado a uma ideia de *sistema*, já não é operativo¹⁶ – este é, porém, um postulado inicial que enfrenta resistências sérias por parte de um alargado leque de juristas.

¹⁴ Cf. Niklas LUHMANN, *Introdução à Teoria dos Sistemas* (tradução de Ana Cristina Nasser), Editora Vozes, Petrópolis, 2009.

¹⁵ Andreas FICHER-LESCANO / Gunther TEUBNER, *Regime-kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006, pp. 25-33.

¹⁶ Grimm explica consistentemente as razões pelas quais o *método jurídico* deixou de ser operativo perante o *novo direito público*, que evoluiu de um sistema normativo – sistema fundado em princípios hierarquizadores das normas, em regras para a solução de conflitos normativos (*lex superior, lex posterior, lex specialis*), em regras interpretativas e em instâncias judiciais de controlo que garantem a conformidade das decisões com o sistema através dos regimes de nulidade, anulabilidade e inexistência das decisões – para um *poder público* de regulação de um modelo social liberal assente em instrumentos de colaboração, de cooperação e de *governance* – v. Dieter GRIMM, *Das öffentliche Recht...*, pp. 21ss.

Não obstante algumas resistências, a doutrina jurídica contemporânea vem apresentando novas abordagens – várias perspectivas para a recomposição do método, centrando as suas preocupações na promoção da justiça, da segurança e da *racionalidade possível* perante a fragmentariedade¹⁷.

Encontramos um primeiro exemplo em Schuppert, que parte da produção normativa compreendida como tarefa “compartilhada” entre Estado e Sociedade - uma compreensão onde se encaixam na perfeição os instrumentos de *soft law*, *regulação técnica*, *regulação económica*, *produção de standards*, *metaregulação* (normas sobre a produção normativa em áreas de regulação, como a dos mercados financeiros) e *lex mercatoria* / *lex contractus* em articulação com as tradicionais normas legais ou administrativas¹⁸.

Em outra perspectiva, Kahl propõe como metódica para o mesmo problema a *diversificação das formas de controlo* das actuações dos poderes administrativos – o que implica a complementação dos tradicionais poderes de hierarquia, superintendência e tutela, com novos instrumentos ajustados à “recente complexidade” em que hoje assenta a prossecução do interesse público a partir da metódica da *ciência de direcção*¹⁹ (incluindo nesta abordagem o contexto multinível e público-privado), como a direcção, inspecção, avaliação, supervisão, *controlling*, *guidance*²⁰. Uma abordagem que pode ser complementada com o estudo

¹⁷ Para uma perspectiva geral do problema da *fragmentação do direito internacional* e respectivas consequências *v.* Martti KOSKENNIEMI, «Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law», UN – International Law Commission, 2006, disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>.

¹⁸ Cf. Gunnar Folke SCHUPPERT, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

¹⁹ Sobre o *direito administrativo como ciência de direcção* *v.*, por todos, Eberhardt SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2.^a ed., Springer, Heidelberg, 2006; e, entre nós, o nosso, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, dissertação de doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra, inédita, 2008 e Maria da Glória DIAS GARCÍA, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.

²⁰ Cf. Wolfgang KAHL, «Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle», *in* Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*

dos novos instrumentos operacionais em matéria de responsabilidade política, designadamente com os esquemas de *political accountability* e de *reponsividade pelas escolhas no campo das políticas públicas*²¹.

Mas entre as muitas propostas que neste momento são apresentadas como hipóteses de trabalho para ajudar a desenvolver um novo *método para a ciência jurídica, mais adequado* ao actual carácter fragmentário do direito, seleccionamos, neste caso, a que é desenvolvida por Kirchner, e que combina a *perspectiva económica* e a *perspectiva normativa* no contexto da promoção de uma *abordagem consequencialista*, enaltecendo, no aspecto económico, o método da “*new institutional economics*”, que rejeita uma racionalidade rígida (enquanto cânon metodológico), salientando que as decisões humanas no actual contexto são bem mais complexas do que os pressupostos em que se baseava a teoria do *homo economicus*, desde logo porque a análise custos benefícios não se reconduz apenas a um problema de dinheiro²².

Partindo desta compreensão, o autor destaca que a resolução de litígios não pode deixar de tomar em consideração as *expectativas legítimas* fundadas em uma análise normativa, o mesmo é dizer que as expectativas não são idênticas perante um litígio entre um investidor e o Estado no contexto de um contrato de investimento transnacional. Mais, neste último caso, haverá também diferenças entre as situações em que esse contrato corresponde a uma relação jurídica tradicional de colaboração privada na prossecução de tarefas públicas, daquelas em que estamos perante a aquisição de bens e

III, Beck, München, 2009, pp. 427 e ss; Marta VICENTE, *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, Coimbra Editora, 2012.

²¹ V. Maria Benedita URBANO, *Representação Política e Parlamento - Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*, Almedina, Coimbra, 2009.

²² Cf. Christian KIRCHNER, «Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode: Drei Beitrag des Rechtswissenschaft zur reziproken methodischen Annäherung von Ökonomik und Rechtswissenschaft», in *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Springer, 2008, pp. 37-49; e «The Power of Rational Choice Methodology in Guiding the Analysis and the Design of Public International Law Institutions», disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1002913>>.

serviços em regime de mercado, sob as directrizes de harmonização europeia em matéria de protecção da concorrência.

Uma diferença que resulta, desde logo, acrescentamos nós, da circunstância de o primeiro litígio se inscrever, à semelhança do que acontece com o comércio internacional em geral, num inequívoco quadro de *privatização da constituição económica* («*outside the 'shadow of law'*», na expressão de Calliess²³), mesmo que amparado pela nova ordem económica institucional (designadamente, a arbitragem internacional do investimento) e normativa (nomeadamente, no que os autores apelidam como refracções concretizadoras dos novos princípios do *constitucionalismo global*²⁴, um movimento que alguns denominam de *constitucionalização pela "porta das traseiras"*²⁵), ao passo que o segundo se reconduz ao quadro normativo resultante da *europização*, e encontra o seu *contexto de formação de expectativas* nos *standards* firmados não só pela jurisprudência nacional, mas também pela jurisprudência europeia, muitas vezes mais ajustada aos parâmetros da correcta interpretação e aplicação do *direito administrativo "europizado"*²⁶⁻²⁷.

²³ Cf. Galf-Peter CALLIESS / Jens MERTENS / Moritz RENNER, «Privatizing the Economic Constitution – Can the World Market Reproduce its own Institutional Prerequisites?», *Osgoode CLPE Research Paper Series*, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2056625>>.

²⁴ Por todos, SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008.

²⁵ Sobre o tema *v.* Ari AFILALO, «Constitutionalization through the back door: A European perspective on NAFTA's investment chapter», *New York University Journal of International Law and Politics*, 2001, pp. 1-55.

²⁶ O *direito administrativo europeizado* corresponde à designação adoptada por uma parte da doutrina alemã para descrever as transformações operadas nos ordenamentos jurídico-administrativos dos diversos Estado-membros, não só em decorrência da transposição das Directivas Europeias (em especial nos domínios da contratação pública e da liberalização dos serviços no mercado interno), mas também no que concerne a mudanças de índole material, procedimental e processual, que ocorrem como resultado da adaptação do direito nacional aos princípios europeus em matéria económica, com especial destaque para a promoção da concorrência, no contexto da liberalização dos sectores – para uma visão geral do tema *v.* Thorsten SIEGEL, *Europäisierung des Öffentlichen Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

²⁷ É ainda importante destacar que para uma completa e correcta compreensão do *direito dos contratos administrativos* concorrem também os subsídios doutrinários sobre a

Aliás, a imbricação metodológica entre a *europização*, a *internacionalização* e a *transnacionalidade* do direito administrativo terá tendência a intensificar-se nesta matéria após o Tratado de Lisboa, que “chama” ao *nível europeu* a política de comércio internacional e investimento estrangeiro²⁸.

Isto significa, portanto, que a *contratualização* levada a cabo pelo Estado, no contexto da captação de investimento estrangeiro, pela qual o mesmo se *vincula* a determinadas obrigações típicas, como é o caso das *cláusulas de estabilização*²⁹, não deve “confundir-se”,

própria natureza jurídica do direito europeu. Com efeito, não deixa de ser curioso destacar que enquanto alguns autores tentam reconstruir o *método jurídico* por acreditarem que os seus postulados não se ajustam ao direito público actual, menos autoritário, menos estadual e menos territorializado, outros autores procuram identificar no *direito europeu* (ou pelo menos no direito de integração europeia) um tipo de *direito administrativo*, sublinhando as suas semelhanças com: *i*) o *direito exorbitante da puissance publique* que derroga o direito comum; *ii*) a *teoria do fisco* e os limites funcionais do controlo judicial das decisões administrativas; *iii*) a existência de uma *burocracia autónoma* e subordinada a um *controlo especial*, próximo do modelo do *Conseil d'État*; *iv*) a criação de instituições de ensino especializadas que ajudam a promover a autonomia da ciência jurídica do direito europeu, reportando-se ao *Collège d'Europe*, ao Instituto Universitário de Florença ou mesmo ao financiamento europeu de projectos de investigação. A tese defendida pelos autores radica no pressuposto de que o *direito europeu* foi construído sobre as bases do direito administrativo francês tradicional, no intuito de consubstanciar uma ciência autónoma, apta a conseguir implementar pela via jurídica o que não era possível realizar pela via política, socorrendo-se para o efeito de muitos instrumentos semelhantes aos que haviam sido adoptados por Napoleão e àqueles que se generalizaram durante a fase de consolidação do império prussiano – neste sentido *v.* Armin von BOGDANDY, “El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo: perspectivas de una disciplina”, *El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 294ss.

²⁸ Sobre o tema, entre nós, Vital MOREIRA, «“União mais estreita”: A política de comércio externo da UE depois do Tratado de Lisboa», *Estudos de Homenagem ao Prof. Jorge Miranda*, Vol. V, FDUL, 2012, pp. 575ss.

²⁹ As *cláusulas de estabilização* (*Stabilization Clauses*) são cláusulas contratuais normalmente constantes dos contratos de investimento estrangeiro pelas quais se procura regular os efeitos que as modificações legislativas hão-de produzir no âmbito do contrato. O tema é analisado em profundidade e com muito interesse prático no estudo de Andrea SHERBERG, *Stabilization Clauses and Human Rights*, IFC – World Bank, 2008 (recurso online). O autor distingue entre três tipos característicos de cláusulas: as cláusulas de congelamento de regime jurídico (*freezing clauses*), as cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro (*economic equilibrium clauses*) e as cláusulas híbridas (*hybrid clauses*), que apresentam características das duas modalidades anteriores. Entre as diversas conclusões a que o autor chega depois de analisar muitos contratos, destacamos sobretudo a actual tendência dos sistemas jurídicos integrados na OCDE em flexibilizar o regime da estabilização perante as modificações

nem com um *contrato administrativo típico*, em que as normas se preocupam, sobretudo, em garantir o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos contraentes privados perante o exercício dos poderes públicos no âmbito da relação contratual ou fora dela (*máxime*, o direito ao reequilíbrio económico e financeiro ou à justa compensação em caso de extinção antecipada ou de alteração superveniente das circunstâncias), nem com os *contratos público* (contratos de aquisição de bens e serviços), onde a teleologia legal assenta em uma preocupação de garantir a igualdade de condições económicas entre os operadores privados, de modo a evitar que a “intervenção do Estado” consubstancie uma “falha de regulação” e/ou uma “distorção da concorrência”, seja quando adquire bens e serviços (*máxime* os procedimentos de escolha do contraente privado segundo as regras da contratação pública), seja quando prossegue actividades inseridas no denominado modelo social europeu, que visam garantir o bem-estar dos cidadãos (*máxime* as regras em matéria de subvenções e financiamento de obrigações de serviço público), nem mesmo com os *contratos administrativos sobre o exercício dos poderes públicos*³⁰, cuja teleologia essencial é ajustar os processos de decisão administrativa à nova complexidade das exigências impostas pela consensualização,

decorrentes de novos *standards* de protecção, quer em matéria de direitos humanos, quer em matéria de elevação do nível de protecção ambiental.

³⁰ Os contratos sobre o exercício de poderes públicos visam abrir à consensualização áreas que até aqui estavam reservadas ao exercício de poderes de autoridade pela Administração no domínio dos seus poderes de valoração própria, conferidos pelo legislador, ou seja, em área de discricionariedade administrativa em que a Administração reconhece que precisa da cooperação e da colaboração dos privados para a realização do interesse público (em especial no urbanismo e no ambiente) – *v.* Filipa URBANO CALVÃO, «Contratos sobre o exercício de poderes públicos», *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 327ss (341). Todavia, o que se verifica nos *contratos de investimento estrangeiro* não é uma negociação promovida pela Administração no âmbito dos seus poderes discricionários, mas antes uma negociação conduzida e firmada pelo Estado, no âmbito dos seus poderes de *livre conformação normativa*, dentro do quadro normativo constitucional e internacional, com entidades privadas de outros Estados, sob a égide de um especial quadro regulador (o *sistema do investimento estrangeiro*), em que a finalidade das partes consiste, no caso das entidades privadas, na mitigação do risco político, e, no caso do Estado, na obtenção de ganhos económicos para o país – *v.* Ivar ALVIK, *Contracting with Sovereignty. State contracts and international arbitration*, Hart Publishing, Portland, 2011.

democratização e racionalização dos procedimentos. Distinções que retomaremos mais à frente no texto.

3. A perda de relevância das decisões de outorga de benefícios fiscais perante o actual contexto

Um dos pontos fundamentais da actual discussão sobre a *competitividade* e a *captação de investimento estrangeiro directo* prende-se, essencialmente, na avaliação do papel dos *benefícios fiscais*³¹ e na sua decrescente importância perante o actual contexto económico global.

É que os benefícios fiscais, apresentando-se como verdadeiros instrumentos extraordinários da natureza fiscal que podem ser utilizados pelo Estado na implementação de políticas económicas, financeiras e orçamentais, devem ter carácter temporário (o que não tem acontecido na realidade!). Mas esta conformação jurídica revela as fragilidades que lhe estão inerentes: são instrumentos que utilizados desta forma (precária) afectam o *quadro de estabilidade e confiança* necessário à captação do investimento privado – veja-se o que tradicionalmente se afirmava a propósito do princípio da proibição da livre revogabilidade dos benefícios fiscais³²⁻³³ (art. 14.º/1 da

³¹ De acordo com o artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, estes constituem “medidas de carácter excepcional e natureza conjuntural, instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem” (art. 2.º EBF). Sobre o conceito de benefícios fiscais entre nós, *v.*, por todos, Manuel FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 381ss.

³² Sobre o tema, entre nós, por todos, José CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 321ss.

³³ Cumpre sublinhar, todavia, que no direito do investimento estrangeiro, os problemas da tributação dificilmente conseguem fundamentar um pedido de *expropriação indirecta*, veja-se o caso *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova*, UNCITRAL, 18.04.2002, em que o tribunal considerou que a mudança do regime fiscal (redução do valor dos benefícios e de parte das isenções concedidas para os consumidores na *Free Economic Zone of Chisinau*) não consubstanciava razão suficiente para fundamentar uma *expropriação indirecta* da actividade económica desenvolvida pela empresa recorrente; ou ainda o caso *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, 3.02.2006, em que o tribunal afirma expressamente que as modificações da legislação fiscal não consubstanciam violações contratuais, e que a conclusão não se alteraria ainda que existisse uma cláusula de estabilização fiscal (§173).

LGT) – e, por outro lado, se adoptarem um carácter de relativa permanência ou estabilidade, correm o risco de se tornar instrumentos distorcedores da economia de mercado e, mais ainda, de a sua modelação corresponder a esquemas de captura do Estado pelos *lobbies*, transmutando-se em *privilégios fiscais*³⁴.

Para além deste elemento estrutural que desaconselha o seu uso como estímulos ao investimento, os benefícios fiscais têm hoje obrigatoriamente de se articular com o *direito europeu* – onde são tratados como *auxílios de Estado* no contexto das categorias do direito da concorrência – e com as directrizes do *direito económico internacional*, mormente, com as regras fixadas pela OMC – veja-se o *Código Anti-Subvenções* aprovado após as negociações do “Tokyo Round” (sexta sessão das negociações multilaterais, que tiveram lugar em 1973) – e pela OCDE – vejam-se o *Code of Liberalisation of Capital Movements* e o *Code of Current Invisible Operations*.

A OCDE, nos estudos que promove com o propósito de sinalizar aos Estados os aspectos que podem ajudar a promover a sua competitividade internacional no quadro regulador das nações mais desenvolvidas, destaca o papel menos eficiente dos benefícios fiscais, que, muitas vezes, ajudam mesmo a constituir verdadeiras distorções fiscais perniciosas em sistemas que não integram as características dos “paraísos fiscais” ou das “zonas com regimes fiscais claramente mais favoráveis”³⁵. Por essa razão, e porque a competitividade deve ser alcançada a partir de factores que não envolvam uma distorção directa da fiscalidade, aquela Organização Internacional aponta a importância que os Estados devem dar à promoção de outros factores no incremento da sua atractividade económica no contexto concorrencial, como a simplificação administrativa, a

³⁴ Sobre a necessidade de substituição dos benefícios fiscais por incentivos financeiros no contexto de um regular funcionamento da economia liberal *v.* SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, FFMS, 2010, pp. 49.

³⁵ Conclusão que pode ler-se no denominado *relatório BEPS* – OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, pp. 42.

boa regulação pública³⁶, a qualidade das normas fiscais em matéria de obrigações acessórias ou ainda a eficácia do sistema de justiça³⁷, na captação do investimento estrangeiro.

Em Portugal, a *lista de benefícios fiscais* não para de aumentar apesar da “promessa do legislador” em garantir a sua racionalização aquando da aprovação do *Estatuto dos Benefícios Fiscais*³⁸. Actualmente, e no que tange especificamente ao investimento, cumpre destacar o *regime SIFIDE II*³⁹ e o *regime RFAI*⁴⁰, que são dois benefícios fiscais

³⁶ O nível de cumprimento fiscal das empresas (*tax compliance*) é também determinado a partir da *relação de eficiência* que seja possível estabelecer entre os *custos de cumprimento* (*compliance costs*), os *custos de fiscalização* (*audit costs*), a eficácia do *sistema de regulação sectorial* (que em alguns sectores obedece a padronização contabilística, como a banca no caso das regras de basileia e as sociedades de investimento no caso da DMIF), o *regime societário de corporate governance* e, claro, a *matriz cultural* do país, ou seja, a *ética fiscal* enraizada na consciência social – v. Marco LAMANDINI, «Presidi organizzativi dell’impresa e “compliance” fiscale: nuove frontiere per il tutoraggio fiscale e per il rapporto virtuoso tra grandi imprese e fisco», Gentile / Giannini, *Evasione fiscale e «tax compliance»*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 227ss.

³⁷ Segundo o estudo de 2013, a OCDE conclui que o sistema judicial é uma peça fundamental para a competitividade, em razão da capacidade de resposta que o mesmo revele em promover a garantia dos direitos de propriedade e do cumprimento dos contratos em tempo adequado. Sublinhe-se que a eficiência do sistema pode ser melhorada através da informatização dos processos ou da redução da litigiosidade (melhores leis, melhores decisões judiciais, racionalização dos recursos judiciais) – OCDE, *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective*, 2013.

³⁸ Cf. Nuno SA GOMES, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cadernos CTF, n.º 165, 1990.

³⁹ Trata-se do *sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial II* a vigorar nos períodos de tributação de 2011 a 2015 - SIFIDE II – que foi aprovado pelo artigo 133.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei OE/2011) e dá continuidade ao SIFIDE (I), um programa semelhante que havia sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/97, de 22 de Outubro. Consiste numa *dedução especial em sede de IRC* (dedução à matéria colectável) *das despesas com investigação e desenvolvimento* que não tenham beneficiado de participação financeira do Estado a fundo perdido, realizadas nos períodos de tributação de 1 de Janeiro de 2011 a 31 de Dezembro de 2015.

⁴⁰ O *Regime Fiscal de Apoio ao Investimento* foi criado pela Lei n.º 10/2009, de 10 de Março, que aprovou um programa orçamental designado por Iniciativa para o Investimento e o Emprego e, no seu âmbito, criou o denominado RFAI 2009. Um regime que foi sucessivamente prorrogado pelos Orçamentos de Estado seguintes, a saber: art. 116.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, (LOE/2010); art. 134.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (LOE/2011), art. 162.º da Lei n.º 64-B/2011 (LOE/2012) e art. 232.º da Lei n.º 66-B/2012 (LOE/2013).

O RFAI constitui um sistema específico de incentivos fiscais ao investimento em determinados sectores de actividade (de acordo com o disposto no art. 2.º/1 do RFAI, estes incentivos fiscais aplicam-se aos sujeitos passivos de IRC que exerçam, a título prin-

legais e automáticos, e os *contratos fiscais*⁴¹, que consubstanciam uma forma de reconhecimento dos benefícios fiscais *stricto sensu*, estando, em regra, incluídos (hospedados) em *contratos de investimento* sobre grandes projectos (figura jurídica que analisaremos em seguida), funcionando assim como benefícios fiscais dinâmicos⁴².

Em termos globais, podemos concluir que os *benefícios fiscais* como instrumento de incentivo ao investimento devem ser substancialmente reduzidos ou mesmo eliminados, quer porque se trata de um instrumento *pouco eficiente* em termos fiscais, quer porque juridicamente essa ineficiência pode mesmo agravar-se, como veremos em seguida, sempre que a sua revogação pelo Governo, seja por opção política, seja em cumprimento de decisões judiciais ou determinações de entidades supranacionais responsáveis pela *governance* na nova ordem económica mundial⁴³, dê lugar ao pagamento de compensações baseadas no sacri-

cial, uma actividade nos sectores agrícola, florestal, agro-industrial, energético e turístico e ainda da indústria extractiva ou transformadora, com excepção dos sectores siderúrgico, da construção naval e das fibras sintéticas, tal como definidos no artigo 2.º do Regulamento CE n.º 800/2008, da Comissão, de 6 de Agosto). Na qualificação europeia, este regime jurídico integra a categoria de auxílios estatais com finalidade regional, o que justifica a fixação de limites máximos em conformidade com as regiões elegíveis.

⁴¹ Sobre o tema dos contratos fiscais entre nós *v.* CASALTA NABAIS, *Contratos fiscais. Considerações acerca da sua admissibilidade*, Coimbra Editora, 1994.

⁴² Segundo a alteração legislativa de 2009, os *contratos de outorga de benefícios fiscais* encontram-se previstos no art. 9.º do Código Fiscal do Investimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 249/2009, de 23 de Setembro. Um diploma que procura harmonizar as regras nacionais em matéria de incentivos fiscais contratuais a investimentos de natureza produtiva, previstos no art. 41.º do EBF, com as regras europeias em matéria de auxílios de Estado (mais concretamente com o regime europeu dos auxílios regionais, integrados na primeira categoria dos auxílios consagrados no Regulamento CE n.º 800/2008, o qual neste ponto substituiu e revogou o Regulamento CE n.º 1628/2006). Em complemento destas normas, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 250/2009, de 23 de Setembro, que procede à regulamentação dos benefícios fiscais contratuais, condicionados e temporários, susceptíveis de concessão ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 41.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, desenvolvendo o disposto no n.º 2 do artigo 22.º do Código Fiscal do Investimento.

⁴³ Veja-se o caso *British Aggregates Association* (T-359/04), de 9 de Setembro de 2010, em que a isenção do eco-tributo («Aggregates Levy») sobre a comercialização (extractão e importação) de granulados, concedida à Irlanda do Norte mediante a celebração de acordos de natureza ambiental, foi considerada compatível com o mercado europeu pela Comissão, mas essa decisão viria a ser anulada pelo Tribunal Geral, com fundamento na violação de normas do direito europeu sobre auxílios de estado, na medida em que afectava as trocas entre os Estados-membros.

fício especial e anormal de direitos de expressão patrimonial ou à obrigação de reposição do equilíbrio económico e financeiro em resultado da revogação de actos administrativos⁴⁴.

4. O Direito dos contratos de investimento estrangeiro – da “razão de Estado” ao princípio da razoabilidade

É hoje bastante controvertida na doutrina a questão da qualificação jurídica dos *contratos de investimento estrangeiro* pelo facto de estarmos perante contratos que envolvem um Estado e uma entidade privada de um outro Estado, nos quais se transaccionam, ainda, em regra, “poderes públicos” ou “condições relativas ao respectivo exercício”, e onde o quadro normativo regulador dos litígios é definido, também ele, por um instrumento especial de direito internacional - um *tratado bilateral* ou *multilateral* de protecção do investimento -, pelo qual não se aprova um regime jurídico material, mas sim um misto de regras materiais, normas de conflito e disposições de metaregulação, sendo estas orientações depois concretizadas no âmbito de um *sistema internacional* de protecção dos investidores, que se traduz em arbitragens internacionais conformadas por um especial contexto institucional⁴⁵ e processual⁴⁶.

⁴⁴ De acordo com o direito britânico, a revogação de actos válidos, mesmo os constitutivos de direitos, não dá lugar, em regra, ao pagamento de compensações, nem mesmo as actuações administrativas válidas; já no direito francês, boa parte destas situações pode ser reconduzida à figura do *sacrifício de direitos* e dar lugar ao pagamento de compensações por danos especiais e anormais, fundamentadas no princípio da igualdade perante os encargos públicos - *n.* Søren SCHÖNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 173-178.

⁴⁵ Para além do que se afirmou antes sobre o papel do *ICSID* (um protagonista especializado nesta matéria), cumpre destacar que o *especial contexto institucional* em que se resolvem os conflitos do direito do investimento estrangeiro entre os Estados e os investidores conta ainda com outras entidades responsáveis por assegurar a arbitragem internacional destes litígios - *International Chamber of Commerce (ICC)*; *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*; *The London Court of International Arbitration (LCLA)*; *Permanent Court of Arbitration (PCA)*. Sobre este sistema *n.* DOLZER / SCHEUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 222ss; e, entre nós, por todos, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS (Org), *Direito do Petróleo*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, pp. 403ss.

⁴⁶ Às arbitragens internacionais aplicam-se diversas normas de natureza proces-

Não tendo oportunidade de desenvolver aqui a temática em todas as suas vertentes⁴⁷, limitamo-nos a enunciar as que em nosso entender são hoje as principais teses apresentadas pela doutrina para a qualificação destes contratos: *i*) a de que se trata de *contratos administrativos*; *ii*) aquela que os reconduz a *contratos internacionais*; *iii*) a que considera que estamos perante *contratos de Estado*; e *iv*) a que os qualifica como *contratos transnacionais*.

Independentemente do problema da sua qualificação, os *contratos de investimento estrangeiro directo* constituem, em regra, investimentos de capital intensivo, ou seja, contratos que envolvem diversos e elevados riscos para o investidor, sem que isso signifique, porém, que aqueles riscos devam, por essa razão, ser “segurados” pelo Estado que acolhe o investimento.

Ora, entre as áreas económicas especialmente propensas ao investimento estrangeiro, destaca-se, particularmente, o investimento em infra-estruturas essenciais e *utilities*⁴⁸, algo que adquire dimensão muito relevante no contexto da privatização e da liberalização dos tradicionais serviços públicos, qualificados, à luz do direito europeu, como *serviços de interesse económico geral*⁴⁹. Na verdade, é também

sual e substantiva – regras da UNCITRAL, NAFTA, Tratado da Carta da Energia – dependendo do “sistema escolhido” e da existência ou não do instrumento normativo típico do *sistema de protecção do investimento directo estrangeiro*, que são os *Bilateral Investment Treaties* – sobre a evolução destes instrumentos *n. Surya SUBEDI, International Investment Law...*, 2012.

Todavia, mais uma vez, o sistema mais comum hoje na protecção jurídica do investimento directo estrangeiro resulta da aplicação das *regras do ICSID* – para uma visão desenvolvida *n. Zachary DOUGLAS, The International Law of Investment Claims*, 4ª ed., Cambridge University Press, 2012.

⁴⁷ O estudo desta figura e das diversas teses apresentadas para a qualificação destes contratos será desenvolvido em Suzana TAVARES DA SILVA / Marta VICENTE, *Direito e Contencioso do Investimento Estrangeiro* (em publicação). Sobre o tema *n.*, também, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS (Org.), *Direito do Petróleo*, ob. cit., pp. 151ss.

⁴⁸ Neste caso, a maior parte dos sistemas normativos “obriga” à adopção de “contratos de concessão”, seja porque se trata de explorar recursos naturais, seja porque se trata de construir e explorar grandes infra-estruturas que depois de amortizados os investimentos hão-de ingressar na titularidade do Estado – *n. Matthias HERDEGEN, Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 375ss.

⁴⁹ De acordo com o *princípio da neutralidade*, os serviços de interesse económico

comum assistirmos a uma associação, quase natural, entre investimento estrangeiro e esquemas contratuais de *parcerias público-privadas* ou de *concessões de obra pública* ou de *serviço público*.

Com efeito, um dos problemas que os Estados, seja os que estão em vias de desenvolvimento (aqui com maior intensidade), seja os desenvolvidos, actualmente enfrentam, é o da captação de recursos financeiros para a produção deste tipo de serviços e de bens a eles inerentes, com especial ênfase para as *infra-estruturas de rede*. Uma dificuldade que está assim associada à promoção da captação de capitais estrangeiros para o investimento directo nesses bens e serviços, factor que não é dissociável igualmente da diferente concepção do *papel do Estado* nesta área, onde o mesmo deve também abrir a sua economia, o que não significa no actual contexto apenas a organização de esquemas de cooperação em regime de mercado com a Sociedade, mas antes a “devolução” destas tarefas para o domínio exclusivamente privado, deixando a função de produção, para se ater na mera promoção, incentivação ou activação da respectiva prestação, construção ou produção⁵⁰, através, por exemplo, da apro-

geral (serviços que adquirem especial relevância na garantia do bem-estar dos indivíduos) não-de ser prestados às populações com base em uma de quatro modalidades orgânico-funcionais escolhidas pelos Estados, segundo juízos de eficiência: *i)* através de serviços públicos; *ii)* através de esquemas de cooperação público-privado; *iii)* através de entidades de economia mista; *iv)* ou através de entidades privadas sob regimes de financiamento de obrigações de serviço público – *v.* Markus KRAJEWSKI, *Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 321ss; e João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado. Serviços Económicos de Interesse Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

⁵⁰ Esta é, fundamentalmente, a actual concepção de Estado que, em nosso entender, está pressuposta na mais recente evolução do conceito de *Estado de Garantia* ou *Estado Garantidor*, razão pela qual não acompanhamos os autores – *cf.* GOMES CANOTILHO, «O Estado Garantidor. Claros-Escuros de um conceito», *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Edições Almedina, Coimbra, 2008, 571-576 – que vêm nesta figura um especial esquema de *responsabilidade pública* pela garantia da efectiva prestação de um serviço público, ou seja, de um serviço que se integra ainda no universo da *publicatio*. É bem certo que o direito europeu, fruto do já mencionado *princípio da neutralidade*, não responde à nossa dúvida, admitindo que essas tarefas possam ser ainda públicas, apesar de exercidas por privados, ou já privadas e apenas reguladas pelo Estado, mas esta diferenciação é fundamental para assegurar a *eficiência* dos sectores. Significa isto que não acompanhamos aqueles que entendem superada a necessidade de transparência e segurança quanto à questão dos *property rights* à britânica, vendo no modelo de regulação um *tertium genus* que secundariza

vação de regimes jurídicos adequados aos mais recentes e eficientes meios de *financiamento da inovação*.

Entre nós, é no contexto dos *serviços públicos* e das *obras públicas* que surgem os esquemas típicos da *Private Finance Initiative*, hoje especialmente associados ao domínio das infra-estruturas rodoviárias, ou do também denominado *BOT-Style*⁵¹. Esquemas que entretanto tendem a ser superados por outros mais sofisticados no que respeita à construção de infra-estruturas de rede ou de projectos transnacionais⁵².

aquela questão. Aliás, entre os muitos contributos positivos que podemos retirar da crise financeira global de 2008, esse é, em nosso entender, um dos mais relevantes, pois a *responsabilidade pública de ultima ratio* que alguns associam ao papel inerente ao Estado regulador, trasmudou-se na prática em gigantescos *bailouts* a empresas privadas, com sérios prejuízos para os contribuintes. Um sistema capitalista saudável vive, também, de grandes falências, que o *capitalismo regulatório* não deve mascarar nem evitar – John BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism. How it works, ideas for making it work better*, Edward Elgar, 2008.

⁵¹ Referimo-nos aos modelos contratuais que acolhem os diversos esquemas de colaboração público-privada em áreas de investimento público infra-estrutural, especialmente no domínio rodoviário – *Build, Operate and Transfer (BOT)*; *Build, Own, Operate and Transfer (BOOT)*; *Build, Own and Operate (BOO)*; *Design, Finance, Build, Own, Operate and Transfer (DBOT)*; *Retrofit, Own Operate and Transfer (ROOT)*. São esquemas originários do modelo anglo-saxónico, que surgiram no Governo de John Major e que se caracterizam por recorrer ao endividamento privado para produzir bens de capital público, o que significa que o Estado paga (pela sua disponibilização ao público) periodicamente às empresas que os concebem, constroem, financiam e detêm durante um longo período de tempo (tempo da amortização e rentabilização do investimento), período findo o qual aqueles bens ingressam na propriedade pública. Inicialmente elogiados pelas vantagens que proporcionavam à luz dos novos critérios da gestão pública (*new public management*), estes esquemas acabariam por se revelar, no início do XXI, não só ineficientes e desadequados à realização do princípio do utente pagador – sobre o tema, por todos, *v.* Susanne SCHMITT, *Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstrassen durch Private nach dem FStrPrivFinG*, Duncker & Humblot Berlin, 1999 e Patricia VALCARCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y Financiación de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006 – como ainda permeáveis a problemas de corrupção e até ineficientes por exigirem um acompanhamento através de complexos e intensos esquemas de regulação – sobre os tipos de *government guidance* utilizados no Reino Unido *v.* DAVIES, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, pp. 37ss.

⁵² A maior parte dos *investimentos transnacionais* (de que o “túnel da Mancha” pode bem considerar-se um dos exemplos mais marcantes no plano europeu) são hoje suportados por complexos esquemas jurídico, que envolvem contratos relacionais e intergovernamentais sustentados por tratados internacionais englobadores e muitas normas de *soft law* em matéria de protecção do investimento – é isso que acontece, por exemplo, com o *Baku-Tbilisi-Ceyhan pipeline* (*v.* DULANEY / MERRICK, «Legal Issues in Cross-border Oil & Gas Pipelines», *Journal Energy Natural Resources Law*, 2005, pp. 247ss) e com o *Nord Stream pipeline*

A este propósito é importante fazer um pequeno parêntesis para sublinhar as nossas reservas quanto à predominância da utilização entre nós da figura da *concessão de obra* ou *de serviço* para enquadrar/acomodar estes novos e complexos esquemas de produção de bens e serviços. A *concessão de obra* e *de serviço* são tipos de contratos administrativos – modelos tipificados na lei e analisados com profundidade pela doutrina administrativa ao longo destes anos – cuja teleologia reside na regulação da relação jurídica de colaboração entre entidades públicas e privadas na prossecução de tarefas de interesse público que, por lei, se incluem no âmbito funcional do Estado, ou seja, quando essas tarefas se inserem, *ainda*, no contexto de tarefas ou funções públicas *de prestação pública*.

Em nosso entender, a utilização deste instituto para “regular” as relações jurídicas entre os Estados e os investidores estrangeiros em domínios que actualmente se inscrevem em áreas de mercado (ainda que em mercados sob regulação pública), mas já não de prestação de serviços públicos ou produção de obras públicas, ou seja, serviços e obras que no actual modelo económico são prestados e produzidos *em contexto de mercado*, ainda que se trate de serviços subordinados a intensa regulação económica pública, tende a revelar-se muito “ineficiente”⁵³.

(*n.* GEELHOED, «The Nord Stream Pipeline Project – A brief overview of its legal and European relevance for supply security», *European Energy Law*, 2009) – e económico financeiros que podem envolver esquemas de financiamento *intragrupo*, com recurso a produtos financeiros derivados (ex. o esquema adoptado em Itália para o financiamento da rede eléctrica de ligação da Sicília à Calábria – *n.* STELLA RICHTER JR, «Incentivi e finanziamenti per lo sviluppo delle infrastrutture dell’energia», *Annuario di Diritto dell’Energia*, il Mulino, 2012, pp. 109-110) ou de *financiamento autónomo*, baseado no princípio do utente pagador (caso em que terá de impor-se um controlo de “necessidade de mercado” para a aprovação do projecto), na articulação entre a remuneração tarifária e as remunerações contratuais (veja-se o interessante esquema de pagamento pelo uso de rodovias pensado para os EUA a partir de um controlo de uso por satélite – o *Mileage-based user fee initiatives*) ou mesmo em financiamento público (é o caso do *Highway Trust Fund* dos EUA fiscalizado e regulado pelo *United States Government Accountability Office*) – *n.* ROGGENKAMP *et alii* (ed.), *Energy Networks and the Law. Innovative Solutions in Changing Markets*, Oxford University Press, 2012.

⁵³ É que apesar do contexto de economia liberal em que hoje muitas destas actividades são desenvolvidas, a jurisprudência mantém os quadros jurídico-dogmáticos

Mais, a mobilização do regime jurídico da *concessão* torna-se pernicioso se quisermos imprimir maior eficiência neste sector da produção de bens e serviços⁵⁴, mesmo que, como alguns autores pretendem, se promova o aperfeiçoamento destas tipologias contratuais e se estabeleçam novas regras em matéria de repartição dos riscos económicos⁵⁵.

É que a *ineficiência* neste caso é resultante, sobretudo, do problema de *gestão do risco político*, que num contrato de *concessão* é, por natureza, e tal como se consagra nos artigos 312.º, 314.º e 335.º/2 do Código dos Contratos Públicos e nas orientações europeias em matéria de concessões⁵⁶, um risco que corre por conta do Estado

tradicionais, concebendo boa parte da actividade dos operadores económicos privados que actuam em áreas de regulação económica como o desenvolvimento de uma *missão de serviço público*, mesmo quando a *intervenção do Estado* é apenas um instrumento de *regulação* e, por isso, de alocação eficiente de direitos e liberdades económicas – v. WOLLENSCHLÄGER, Verteilungsverfahren, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010 –, motivando assim situações de violação dos quadros normativos europeus sobre a admissibilidade do pagamento das importâncias devidas a título de obrigações de serviço público – a “má compreensão” que em Portugal se tem desta mudança de paradigma está bem patente nos acórdãos do TJUE que vêm condenando o Estado português como acontece nas telecomunicações Proc. C-334/03 (caso PT serviço universal) e nos transportes Proc. C-504/07 (caso Caris/STCP) –, com claro prejuízo para os utentes e agentes económicos, que suportam as ineficiências regulatórias, e também para os contribuintes, que acabam por sustentar estas penalizações através dos impostos.

⁵⁴ Razão pela qual contestamos veementemente a manutenção deste regime jurídico no que respeita às redes energéticas de electricidade e gás natural em Portugal.

⁵⁵ Referimo-nos às mais recentes propostas no que toca à *contratação pública* (escolha dos parceiros) e respectiva articulação com os denominados *project finance models*, assentes na criação de uma entidade autónoma para a gestão e prossecução do projecto (*special purpose vehicle*), na aprovação de um *caso base* como parâmetro de eficiência da exploração e de eficiente partilha do risco ou ainda naquele que em nosso entender consubstancia o instrumento fundamental para assegurar a *eficiência* destes investimentos, o *estudo de comparador público* (ou *Value for money-test*) – v. Martin KMENT, “Die Einbindung Privater bei der Verwirklichung von Infrastrukturprojekten”, *Verw.Arch* 2012, pp. 63ss (76-79).

⁵⁶ Na Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as *concessões no direito comunitário* pode ler-se que o elemento fundamental para uma boa gestão (em ambiente de concorrência) deste instituto jurídico de regulação de uma relação contratual entre o Estado e um privado é a *repartição do risco*, devendo o concessionário assumir o *risco da exploração*, sem prejuízo de poder assistir-se a uma “partilha do risco económico”, pois o interesse público na produção do bem ou na prossecução da actividade pode justificar a “garantia” de condições para a amortização do investimento e a obtenção de uma taxa de retorno razoável.

concedente. Ora, o que o actual contexto económico global recomenda é precisamente uma *partilha do risco político* (ou pelo menos da parte em que este risco emerge do contexto da soberania partilhada ou co-dividida e não da “*razão de Estado*”), como, de resto, se vem sublinhando a propósito da análise destes esquemas em contexto de “rescaldo da crise financeira de 2008”⁵⁷.

A partilha do risco político é algo que na relação jurídica de investimento estrangeiro se apresenta, tendencialmente, mais bem regulado, pela circunstância de assentar sobre um modelo de *risco gerido pelas disposições contratuais* e em conformidade com *os standards internacionais* em matéria de *riscos normais da governança política na economia globalizada*⁵⁸.

O documento acrescenta ainda que a concessão de serviços incide normalmente sobre “*actividades que, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelas regras a que estão sujeitas, são susceptíveis de decorrer da competência do Estado e para as quais poderão existir direitos exclusivos ou especiais*” — cf. (2000/C 121/02).

⁵⁷ Cf. OCDE, *Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, 2008; e *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, 2012. Sobre uma visão crítica das PPP e dos resultados desastrosos, mesmo em países como o Reino Unido — necessidade de “resgate público” a diversos projectos financiados inclusivamente pelo Banco Europeu de Investimento como o *Greater Manchester Waste Disposal* ou o *Merseyside West and Building School for the Future* — v. Carsten GREVE / Graeme HODGE «Public-Private Partnerships: Observations on Changing Forms of Transparency», *paper for Transatlantic Conference on Transparency Research, Utrecht University, the Netherlands*, 7-9 June 2012 (recurso on-line).

⁵⁸ Veja-se, por todos, o caso *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, decidido pela *Stockholm Chamber of Commerce*, de 16.12.2003, que opôs a empresa sueca *Nykomb* à Lituânia, a propósito do investimento da primeira na *Windau*, uma empresa resultante da privatização do sector eléctrico lituano. A *Windau* celebrara, entre 1996 e 1997, diversos contratos com a *Latvenergo*, empresa pública que detém o monopólio ao nível da distribuição de electricidade, pelos quais se obrigava a construir várias instalações de cogeração. A *Latvenergo* comprometia-se, por seu turno, nos termos do artigo 27.º, parágrafos 9 e 10 da Lei sobre a Regulação das actividades energéticas, de 6 de Setembro de 1995, a comprar a energia excedente do processo produtivo da *Windau* com base numa remuneração de “*dupla tarifa*”, um modelo incentivador semelhante a outros que vinham sendo introduzidos na Europa. Em 1998, por força da transposição do direito europeu, a Lituânia aprovou uma nova Lei da Energia, a qual aboliu a remuneração de dupla tarifa, comprometendo, desta forma, a possibilidade de a *Windau* amortizar o investimento realizado na instalação da cogeração. O tribunal condenou a *Lituânia* a “*repor*” o regime de “*dupla tarifa*” pelo período ainda em falta (oito anos), tomando em linha de conta que o referido mecanismo não era incompatível com o direito europeu e que não acarretava

O que pretendemos sublinhar é a circunstância de o *novo direito público*, que radica sobretudo num fortalecimento da actividade económica privada e numa mudança substancial do papel do Estado nestas áreas, dever basear-se em *esquemas eficientes e racionais* da actuação do poder público, o que significa, necessariamente, uma alteração substancial dos termos em que são garantidos os investimentos privados em áreas onde a dimensão do *Estado de Garantia* se encontra especialmente presente: protecção dos investidores sem subversão do modelo de economia capitalista, ou seja, sem securitização do capital investido perante os riscos próprios da *governance* económica global.

Importa, assim, verificar os mais recentes ensinamentos da arbitragem internacional em matéria de *standard FET*, no que respeita à protecção das legítimas expectativas dos investidores.

Retomando a distinção que fizemos no início entre os *contratos administrativos*, os *contratos de aquisição de bens e serviços* e a *contratualização do investimento estrangeiro* cabe-nos, agora, distinguir entre o que deve entender-se por *legítimas expectativas* relativamente a cada um destes tipos de co-contratantes de um Estado segundo uma perspectiva holística das relações jurídicas que, neste particular, não pode deixar de ater-se à *dimensão multinível do sistema normativo*.

No caso dos contratos administrativos, tratando-se de uma relação jurídica territorializada (e estes serão, hoje, os casos mais raros) e de uma relação contratual em que o privado aparece a coadjuvar o Estado (ou mesmo a substituir-se a este) em tarefas que integram o seu núcleo de atribuições e em áreas que não consubstanciam uma “procura de mercado” (ex. contratos de associação no ensino⁵⁹), percebe-se que a expectativa que o co-contratante tem

prejuízo para as “contas públicas” - Thomas WÄLDE, «In the Arbitration under Art. 26.º Energy Charter Treaty, Nykomb v. Lituânia – Legal Opinion», *Transnational Dispute Management*, vol. 2, issue 5, 2005.

⁵⁹ Estaremos neste caso no domínio dos *contratos de colaboração não subordinada*, ou seja, de contratos pelos quais “se confere uma posição não precária ou não subordinada,

sobre o *cumprimento do contrato* por parte do Estado seja intensa, e que as modificações impostas pela *alteração superveniente das circunstâncias* ou pela *atualização do interesse público* – decorrente de uma normal atualização de opções políticas – tenham de ater-se aos compromissos assumidos e, quando tal não se revele *proporcional*, à necessidade de uma compensação pelos danos especiais e anormais causados, compensação no âmbito da qual se há-de sopesar igualmente a frustração dos direitos em formação.

Já no caso da aquisição de bens ou serviços (mesmo que ancorada em esquemas sofisticados que incluam o financiamento privado, como veremos mais adiante) ou do financiamento das obrigações de serviço público, percebe-se que as expectativas dos co-contratantes não possam deixar de ter-se por dependentes da matriz regulatória europeia, e que hoje, como sabemos, se encontra altamente dependente da garantia de níveis elevados de protecção a bens jurídicos colectivos que se vêm afirmando como *deveres de todos*, entre os quais ganham especial destaque o ambiente, a segurança alimentar, a segurança no abastecimento energético, mas também a *sustentabilidade financeira do Estado*, que impede elevados níveis de endividamento público, sobretudo se esse endividamento se destinar a satisfazer despesas correntes.

Daqui resulta, portanto, que os contratos celebrados com as entidades públicas, sobretudo os de longa duração, em que tenham lugar modificações decorrentes da alteração do contexto regulatório europeu, terão de ser interpretados e analisados segundo as regras e os princípios europeus. Quer isto dizer que as *expectativas legítimas* dos co-contratantes serão reguladas a partir deste parâmetro, segundo o qual, muitas modificações, que se traduzem em sacrifícios de direitos de expressão patrimonial, decorrentes de uma *modifica-*

desenvolvendo o co-contratante particular, muitas vezes, no exercício de uma liberdade ou autonomia constitucionalmente consagrada, uma actividade própria que interessa ao contraente público” – *v.* VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a ed, Coimbra, 2011, pp. 212.

ção do *parâmetro normativo*, não consubstanciam uma frustração de expectativas legítimas, quer essa *modificação* decorra directamente de normas europeias⁶⁰, quer decorra de normas nacionais que visem implementar as directivas europeias, o que significa que a *legitimidade da actuação* há-de fundamentar-se na *deferência* do direito europeu⁶¹ ou na *deferência* do direito administrativo nacional que concretize as medidas europeias⁶², a que se pode igualmente somar a *proporcionalidade* da decisão de *internalização dos custos* delas decorrentes como critério de uma racional *socialização de riscos*⁶³.

⁶⁰ Um entendimento que ficou consagrado na *decisão Fedesa* (Caso C-331/88) e que se mantém na jurisprudência europeia, podendo ler-se na recente *decisão Schaible* (Caso C-101/12): "As escolhas políticas implicam inevitavelmente a ponderação e o equilíbrio de diferentes objectivos de políticas públicas que não podem ser todos prosseguidos ao mesmo tempo e na mesma medida. Apenas o legislador da União tem o mandato para levar a cabo este exercício e também para tomar decisões que podem afectar sectores sociais e económicos da sociedade de maneira desigual, mas que em determinado momento são consideradas como sendo no melhor interesse da sociedade como um todo. Por este motivo, o Tribunal de Justiça declarou que a importância dos objectivos prosseguidos pelo legislador pode justificar restrições que têm consequências negativas – mesmo consequências negativas consideráveis – para alguns operadores".

⁶¹ Recorde-se que o *direito europeu* assenta, essencialmente, numa preocupação de garantir a concorrência entre os operadores económicos no mercado interno e, por essa razão, sempre que as medidas adoptadas imponham limites às liberdades económicas fundados na necessidade de proteger bens ou interesses públicos prevalentes, as mesmas não-de ser escrutinadas não só no domínio do *princípio da proporcionalidade* (para verificar se o mesmo fim não poderia ser alcançado a através do uso de um meio menos restritivo) – o recorte dogmático do princípio no direito europeu está associado à decisão proferida no caso *Fromançais* (Proc. 66/82) *v. N. EMILIOU, The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer, London, 1996, pp. 134ss – mas também do *princípio da igualdade*, pois estas restrições acabam sempre por interferir com a função de regulação económica do direito, aqui mobilizado como instrumento nivelador – *v. N. EMILIOU, The Principle of Proportionality in European Law...*, pp. 151.

⁶² Neste caso a *deferência* não é avaliada apenas pela remissão para a transposição do direito europeu, impondo-se que o Estado demonstre, perante as instâncias europeias, que a medida adoptada no plano nacional cumpre as exigências do princípio da proporcionalidade – *v. caso Comissão v. Austria* (C-320/03).

⁶³ Veja-se, com especial interesse o *caso Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft* (Proc. T-184/95), em que o TJCE afirma um critério bastante rigoroso na aferição do conceito de *prejuízos especiais e anormais*: "*na hipótese de o princípio da responsabilidade da Comunidade por facto lícito ser reconhecido em direito comunitário, essa responsabilidade só se verifica se o prejuízo invocado, partindo do princípio que é «efectivo e actual», afectar uma categoria específica de operadores económicos de modo desproporcionado em relação aos restantes operadores (prejuízo anormal) e ultrapassar os limites dos*

Mas onde se compreendem bem as especificidades da *repartição do risco político* nos contratos de investimento que envolvem projectos de capital intensivo é precisamente no domínio do *investimento estrangeiro*, do qual, sublinhamos desde já, se podem retirar importantes lições, também para o regime jurídico dos contratos de investimento nacional em sectores que nos nossos dias se hão-de ter por privatizados e subordinados ao mercado, mesmo quando se trate de actividades como a gestão das infra-estruturas de rede nos mercados de serviços, como os energéticos ou dos transportes⁶⁴.

O *risco político* é interpretado no direito continental como uma expressão do *factum principis* e, nessa medida, como um problema em regra associado a dois princípios fundamentais: *a protecção das expectativas legítimas dos co-contrantes do Estado* e *a garantia de uma justa indemnização*, que pode traduzir-se na *reposição do equilíbrio financeiro*, sempre que o contrato seja preservável, ou, sempre que tal não aconteça, na outorga de uma reparação pecuniária, a qual há-de compreender *danos emergentes* e *lucros cessantes* (devendo quanto a estes ser deduzido o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos). Este quadro normativo corresponde, segundo a doutrina constitucional e administrativa moderna, a uma *conquista* do Estado

riscos económicos inerentes às actividades do sector em causa (prejuízo especial), sem que o acto legislativo que está na origem do prejuízo invocado seja justificado por um interesse económico geral". Sobre a necessidade de racionalizar as *compensações* por danos especiais e anormais, em linha com os subsídios do princípio da sustentabilidade, da justiça e do novo contexto regulatório europeu *v.* VIEIRA DE ANDRADE, "A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal e Estado Social", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140.º, n. 3969 (Jul-Ago 2011), pp. 345ss.

⁶⁴ Mais problemática é a questão dos serviços e das infra-estruturas de rede que o legislador continua a reservar para o Estado, apenas permitindo o acesso de privados a estas actividades económicas através da *concessão*, como acontece com a captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso dos sistemas multimunicipais e municipais, com os transportes ferroviários explorados em regime de serviço público e a exploração de portos marítimos, *ex vi* do disposto no artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, na versão actualizada e republicada pela Lei n.º 35/2013 de 11 de Junho. Uma solução político-legislativa que, em nosso entender, deveria hoje ser sustentada (legitimada) por um estudo de eficiência económica.

de Direito Democrático sobre as *arbitrariedades* do poder totalitário e da “razão de Estado”.

Todavia, esta compreensão e disciplina normativa daquele *instituto jurídico* é disfuncional. Basta pensar no actual estado de repartição do poder público, *i.e.* do poder de decisão política, perante os já mencionados fenómenos da *europização* e da *internacionalização* do poder e do direito para pôr em evidência a referida disfuncionalidade. Mas poderíamos acrescentar também, como sublinhámos no início deste texto, a mudança metodológica subjacente à própria decisão jurídica, no contexto da denominada *nova ciência do direito administrativo*, que presentemente se vê confrontada com a necessidade de se ajustar aos *inputs* das outras ciências, não só das restantes ciências sociais, com especial destaque para a economia, mas também dos contributos científicos em áreas como a tecnologia, o ambiente ou a medicina, de modo a garantir o desenvolvimento económico baseado na inovação e no conhecimento⁶⁵.

Por todos estes motivos, é necessário e urgente *actualizar* a compreensão da “razão de Estado”, num modelo de Estado de Direito Democrático assente num modelo de economia de mercado, onde a *autoridade* dá lugar à *boa gestão pública* e, por isso, o parâmetro de controlo deve evoluir para a incorporação de subsídios do *princípio da razoabilidade*.

Assim, em primeiro lugar, a “razão de Estado” não pode continuar a ser interpretada como uma categoria abrangente, “localizada” no domínio do político e, por essa razão, “a salvo” de qualquer controlo de base judicial ou jurisdicional baseada em critérios de mérito, e apenas sancionável a partir de violações de normas de protecção de direitos fundamentais. Com efeito, esta ideia de impermeabilidade da margem de decisão política pelo poder judicial de controlo, que é típica dos *sistemas administrativos da civil law*, susci-

⁶⁵ No sentido de que a “nova divisão de poderes” se encontra hoje entre a ciência e o direito *n.* o interessante estudo de José ESTEVE PRADO, *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

ta diversas dificuldades metodológicas na implementação de novos controlos, como a *responsividade*⁶⁶, a *accountability*⁶⁷, a *compliance*⁶⁸, ou mesmo a *eficiência*, ao passo que nos sistemas de *common law*, onde prevalece o *critério da deferência*⁶⁹, tornou-se mais simples o estabelecimento de um escrutínio de “longo alcance” quanto à *razoabilidade* das decisões, seja com base nos instrumentos de controlo da respectiva implementação, seja em decorrência da integração em sistema regionais de protecção de direitos humanos⁷⁰.

⁶⁶ A *responsividade* ou o *princípio da responsividade* consubstancia um domínio de análise e avaliação do comportamento e dos resultados da acção de entidades que operam conformativa e decisivamente em áreas sensíveis ao bem-estar social. Trata-se, como os autores bem destacam, de um domínio não estritamente jurídico, mas também não estranho ao jurídico, que absorve o *ethos* da filosofia prática e, transmutando-o em princípio adaptável ao jurídico, se apresenta como um esteio importante para a perscrutação das acções funcionalmente públicas num contexto pós-moderno, caracterizado, essencialmente, pela fluidez das categorias modernas com que se apetrecharam os juristas. Para uma compreensão global do fenómeno e a importância do respectivo contributo, por todos, Luís MENESES DO VALE, *Responsividade no Estado de Direito Democrático e Social: um novo princípio informador da Administração Prestacional?*, texto policopiado (versão gentilmente cedida pelo Autor), Coimbra, 2011.

⁶⁷ Veja-se que, por exemplo, no Reino Unido os mecanismos de *accountability* instituídos para a contratação pública e para o recurso a esquemas de *PFI* envolvem diversas fases de consulta pública obrigatória, seja aos interessados directos com as medidas, seja a representantes de grupos sociais como sindicatos, ou associações empresariais – v. DAVIES, *The Public Law of Government Contracts...*, pp. 114-115.

⁶⁸ A *compliance* é mais um mecanismo de *soft control*, baseado na auto-regulação, que abrange os três sectores económicos (público, privado e social), e que apresenta diversas virtuosidades no combate à corrupção e na optimização da concorrência, uma vez que a adoção de procedimentos e práticas padronizadas e estandardizadas (ex. ISO 26000 em matéria de responsabilidade social e sustentabilidade) facilita o controlo por indicadores, a generalização de padrões éticos e o *benchmark* – v. ROLF STÖBER, “Compliance in der öffentlichen Verwaltung – Eine Anforderung zwischen moderner Governance und klassischem Verwaltungsethos”, *DVBl*, 2012, pp. 391ss.

⁶⁹ Sublinhe-se que o *critério da deferência* é já em si um elemento de “perturbação” no contexto do sistema anglosaxónico, por um controlo (da proporcionalidade) das decisões públicas mais “apertado” do que tradicional *Wednesbury test* – v. BEATSON *eta lii*, *Administrative Law*, 4ª ed., Oxford University Press, 2011, pp. 266ss.

⁷⁰ Neste sentido v. MARTINS PĀPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair And Equitable Treatment...*, 2013, pp. 240. Na obra, o autor recolhe diversa jurisprudência onde a decisão de escrutínio do poder público é baseada no princípio da razoabilidade, cabendo aos tribunais avaliar se as *escolhas políticas* se apresentam ou não como “*unreasonable and prima facie indefensible*”.

Em segundo lugar, a “*razão de Estado*” também não deve continuar a ser entendida como uma manifestação de autoridade (poder exorbitante) legítima, mas da qual resulta imediata e indiscutivelmente um *dever de indemnizar* por parte do Estado relativamente a todos os interesses que possam considerar-se lesados por essa pronuncia⁷¹, por dela decorrer uma restrição de direitos, a necessidade de adopção de “melhores técnicas disponíveis”, o encerramento de uma determinada actividade económica, ou mesmo uma nova orientação de planeamento⁷². É antes necessário, no actual quadro de *partilha de responsabilidades* entre o Estado, os agentes económicos privados e os indivíduos, encontrar critérios aptos a “repartir efectivamente os custos” – trata-se, em boa verdade, de uma repartição *equitativa* dos encargos das medidas⁷³ – decorrentes das soluções necessárias à prossecução do interesse público definido neste especial contexto.

Veja-se, contudo, que a circunstância de a própria determinação daquele interesse público ser neste enquadramento uma *tarefa partilhada*, na qual todos participam, consubstancia igualmente uma

⁷¹ Para uma síntese mais actualizada da problemática entre nós e já com alguns matizes na moderação do ímpeto indemnizatório *v.* Cláudia SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos - Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012.

⁷² Os autores sublinham, por exemplo, que um sistema justo perante as *modificações do planeamento urbano* é o britânico, onde o titular de licenças não é indemnizado por se considerar que é titular de uma posição patrimonial – como acontece entre nós *v.* ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 567 – mas é antes compensado, através de instrumentos variados, que devem permitir, na medida de cada caso, a reabilitação do seu direito, ou seja, a prossecução da finalidade que o mesmo se propunha levar a efeito com a licença de construção – *v.* Søren SCHÖNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law...*, pp.181. Trata-se, em nosso entender, de um modelo bem mais eficiente e justo, por levar a efeito um melhor balanceamento da posição do titular da licença e dos restantes interesses comunitários, neutralizando os ganhos especulativos.

⁷³ Também neste domínio os *sistemas de common law* se revelam mais eficientes ao assumirem a *equidade* como fonte de direito, também nas relações que envolvem os poderes públicos – *v.* Fulvio PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stanieri*, il Mulino, Bologna, 2012.

modificação relativamente ao esquema tradicional que atenua fortemente o efeito “surpresa” em que muitas vezes se traduz a violação das “expectativas legítimas”⁷⁴.

Uma conformação normativa que é essencial para alcançar soluções justas em contextos de *crises económicas e financeiras*, sendo esta uma modificação estrutural essencial no actual contexto, face à permanente incerteza económica e financeira com que os Estados se vêm confrontados na condução das suas políticas públicas. A solução não está na neutralização da incerteza – algo que não parece sequer possível perante o permanente risco de contágio – e sim na *partilha deste risco* de uma forma mais justa e equitativa.

5. Da razoabilidade à emergência de um interesse público global e de um rule of law global

Por último, queremos igualmente destacar que o problema não fica, a nosso ver, solucionado com a mera recondução das decisões a um escrutínio judicial de *razoabilidade*, nem mesmo à *partilha de riscos* de forma mais justa e equitativa, é necessário ainda trabalhar na densificação das novas soluções propostas em sede de realização dos desígnios do *interesse público global*, pois só assim será possível *orientar* as políticas públicas, agora promovidas num contexto modelo social liberal, para a tão desejada *sustentabilidade*.

Os autores têm vindo a densificar três áreas principais que constituem, já hoje, o que podemos denominar como o *con-*

⁷⁴ Embora, é importante destacar que em muitos casos de arbitragem internacional de investimento assistimos a decisões em que aos investidores são reconhecidas pretensões indemnizatórias baseadas não apenas numa valorização dos *danos emergentes*, mas ainda dos *lucros cessantes*, descontados eventuais ganhos especulativos, cuja finalidade se reconduz à necessidade de afirmar a posição patrimonial do investidor no ordenamento normativo transnacional como um bem jurídico fundamental, ou seja, como instrumento de protecção global ao investimento – n. Ivar ALVIK, *Contracting with Sovereignty. State contracts and international arbitration...*, 2011, pp. 231-237. Todavia, este *bem jurídico* não poderá deixar de ser ponderado (daí o *teste da razoabilidade*) com os restantes bens e interesses em presença, de modo a alcançar-se uma *solução indemnizatória justa*.

ceito embrionário de interesse público global, a saber: direitos humanos, ambiente e corrupção⁷⁵.

Os *direitos humanos* são, sem dúvida, o domínio onde esta compreensão se encontra mais enraizada. Apesar de os argumentos apresentados pela Argentina durante o “período de crise”, fundados na ideia de “estado de necessidade” e na prioridade em alocar os escassos recursos financeiros existentes à satisfação dos direitos fundamentais da população constitucionalmente consagrados não terem tido acolhimento nas diversas decisões arbitrais⁷⁶, o argumento que suportou as decisões arbitrais foi sempre o do carácter vago e inespecífico das alegações apresentadas pela Argentina e não o da subalternização dos direitos humanos aos interesses dos investidores, ou, no denominado “pacote dos casos da água”, o da impossibilidade de alegar um direito fundamental para simplesmente incumprir um contrato de investimento estrangeiro⁷⁷. A protecção

⁷⁵ Cf. Andreas KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012.

⁷⁶ Veja-se os casos *Siemens v. Argentina* e *Sempra v. Argentina* e respectiva análise em Andreas KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law...*, 2012, pp. 276ss.

⁷⁷ Referimo-nos ao caso *Suez v. Argentina*, ICSID ARB/03/19, em que o tribunal concluiu que a modificação unilateral do contrato de concessão da distribuição de água à população (recorde-se que a Argentina tinha decidido impor limites ao valor das tarifas, o que comprometia a amortização dos investimentos, com fundamento na circunstância de estarmos perante um direito fundamental – o acesso universal à água) só se poderia considerar válida se estivessem preenchidas as seguintes condições: *i)* a medida ser a única forma de assegurar um interesse essencial perante uma ameaça grave e iminente; *ii)* não consubstanciar uma violação da igualdade de tratamento perante outros investidores; *iii)* estarmos perante um caso de defesa em estado de necessidade, admissível à luz dos standards de protecção do investimento; e *iv)* a crise não ser devida a razões endógenas. Ao considerar que factores como o excesso de endividamento do país ou a deficiência cobrança de impostos tinham contribuído para a situação de crise, o Tribunal acabou por afastar o argumento do estado de necessidade, condenar a Argentina, e, acessoriamente, considerar ilegítima a medida de redução das tarifas de fornecimento de água às populações como medida de garantia de um direito fundamental. Também no caso *Compañía de Aguas de Aconquija v. Argentina*, ICSID ARB/97/3, o tribunal considerou que não era legítimo o Estado camuflar o seu incumprimento (no caso tratava-se igualmente da “impossibilidade” de impor aos cidadãos o pagamento do valor da tarifa de água e saneamento que havia sido acordada com a empresa espanhola que efectuara os investimentos), recorrendo à invocação dos direitos fundamentais da população.

dos direitos humanos no contexto do investimento há-de resultar não apenas de uma abordagem tradicional – da “constitucionalização de valores” a partir dos tratados⁷⁸ – mas igualmente de uma nova metódica para a *governance* assente na responsabilidade social desses novos actores globais – onde assume papel de destaque a codificação e publicação de códigos de protecção de direitos humanos pelas empresas multinacionais⁷⁹.

O *ambiente*, por seu turno, é hoje, como sublinhámos na apresentação desta obra, uma área onde não só a regulação internacional tem permitido colher os melhores frutos na moderação dos ímpetus de um investimento irresponsável⁸⁰, como ainda tem possibilitado erigir novos instrumentos regulatórios, que servem de base à dinamização dos contratos de investimento estrangeiro, para uma mais justa repartição de ónus e benefícios no plano global⁸¹.

Por último, a *corrupção*, que inicialmente não era tida em consideração nas decisões da arbitragem internacional, apresenta-

⁷⁸ Para uma visão completa desta perspectiva *v.* Pierre-Marie DUPUY *et alii* (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

⁷⁹ Esta foi, pelo menos, uma das linhas de actuação estratégica da ONU com a publicação do já mencionado *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011 – sobre o tema *v.* Bartolomé CLAVERO, «Naciones Unidas y Poderes Globales entre Organización del Comercio y Ciudadanía Corporativa», *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 175ss.

⁸⁰ A necessidade, porém, de “trabalhar” adequadamente a fundamentação das medidas que impõem limites ou sacrifícios a posições económicas em razão de novos *standards de protecção* ambiental legitimamente reconhecidos no ordenamento jurídico internacional e vinculativos para os Estados é um ponto fundamental para a *socialização dos custos*, como resulta evidente na arbitragem do *caso Myers v. Canada*. É que a socialização dos custos ambientais tem de resultar da prova de que a medida estadual respeita os limites impostos pelo *princípio da proporcionalidade*, designadamente, de que estamos perante o meio menos restritivo – *v.* Andreas KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law...*, 2012, pp. 244.

⁸¹ Referemo-nos, essencialmente, a projectos de investimento estrangeiro directo em bens ambientais, como os contratos de conservação da natureza, os contratos de partilha de benefícios ambientais ou mesmo os “*debt-for-nature swaps*” – *v.* Natasha AFFOLDER, «Beyond law as tools: foreign projects and the contractualisation of environmental protection», *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*, Cambridge University Press, 2013, pp. 355ss.

-se hoje, fruto, é certo, do papel das Organizações Internacionais no combate a este fenómeno⁸², como uma dimensão do *ius cogens internacional* que condiciona as soluções a adoptar quando se trata de “condenar” um país a indemnizar uma empresa de outro Estado⁸³.

É igualmente neste contexto de *globalização dos institutos jurídicos* que se inscreve a “reconstrução” normativa do *princípio da protecção da confiança legítima*, o qual encontra um especial campo de aplicação no âmbito do denominado *standard FET* do direito do investimento estrangeiro.

Neste particular, subscrevemos a tese defendida por Palombino, para quem o *standard FET* no domínio do direito do investimento estrangeiro corresponde, fundamentalmente, à expressão de um *princípio de rule of law global*, cujo conteúdo material se identifica, na essência, com o resultado da conjugação dos princípios da protecção da confiança legítima e da proporcionalidade⁸⁴.

Segundo o Autor, as razões que presidiram até aqui à diferença entre o *princípio do Estado de Direito* – de matriz germânica, intimamente associado à reserva parlamentar do poder político-legislativo, a quem cabe a densificação dos direitos subjectivos públicos e a determinação por via legislativa dos parâmetros de actuação do Governo e do poder judicial – e o *rule of law* – que assenta igual-

⁸² Entre os diversos documentos permitimo-nos destacar a *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. E neste contexto não podemos deixar de lamentar o relatório não muito satisfatório que aquela organização apresentou recentemente sobre Portugal – “*Portugal needs proactive enforcement to tackle severe foreign bribery risks*”, de 20.06.2013 – e que merece uma especial reflexão no momento em que o país se encontra muito vulnerável e dependente do investimento estrangeiro.

⁸³ Veja-se o *caso Inceysa Vallisoletana v. El Salvador* (ICSID ARB/03/26) onde ficou provado que a empresa espanhola, adjudicatária no concurso público para a atribuição de uma concessão de serviço de inspecção de veículos, tinha cometido diversas fraudes no concurso, as quais eram do conhecimento do Estado. Perante o incumprimento do contrato, a empresa accionou o Estado no sistema de arbitragem do ICSID, tendo o tribunal considerado que não tinha competência para conhecer do litígio, uma vez que o investimento não tinha sido realizado em conformidade com a legislação de El Salvador e, nessa medida, não poderia considerar-se um investimento protegido pelo BIT Espanha/El Salvador.

⁸⁴ Cf. Fulvio PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, ob. cit., pp. 43.

mente numa reserva soberana do poder normativo do parlamento, a quem cabe a densificação, por via legislativa, do poder executivo do Governo, mas que deixa aos tribunais a tarefa de tutela dos direitos subjectivos, sem uma previa e inexorável limitação da respectiva esfera de acção por via legislativa – tende hoje a esbater-se.

O atenuar das diferenças é o resultado, quer da crise da autonomia do direito, que põe em causa um dos esteios da compreensão tradicional do Estado de Direito como é o princípio da separação de poderes – as *decisões justas* não podem legitimar-se apenas a partir da participação democrática, pois têm hoje que ser também *eficientes* e *sustentáveis* e essas qualidades apenas podem ser ajuizadas a partir de contributos interdisciplinares e não exclusivamente jurídico-normativo, o que pressupõe que o Parlamento (legislador) perca o “monopólio da primeira palavra” –, quer como resultado de um alargamento do princípio democrático – as *decisões justas* não são apenas as ditadas por uma maioria sufragada, mas antes o resultado de propostas discutidas abertamente e que incorporam os *inputs* das novas formas de participação democrática.

Assim, o *rule of law global* consiste num princípio material que apresenta três subprincípios densificadores. A saber: *i*) o *due process of law*, caracterizado pela necessidade de reformular os procedimentos para que eles acomodem de modo efectivo (traduzindo em *inputs* concretos) as novas formas de participação democrática; *ii*) a *protecção da confiança legítima*, traduzida na criação de instrumentos operativos para a garantia de um mínimo de calculabilidade em contexto de incertezas (económica, científica, demográfica, sociológica) e de uma *fair change of politics*; e *iii*) a *proporcionalidade*, interpretada como um procedimento justo e adequado no balanceamento de conflitos entre direitos ou entre direitos e o interesse geral⁸⁵.

⁸⁵ Sobre as novas dimensões do *princípio da proporcionalidade* v. Suzana TAVARES DA SILVA, “O *tetralema* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (em publicação).

A grande dificuldade, porém, como sublinha a doutrina, não está tanto em densificar este princípio como um *princípio de direito global* operativo nas relações transnacionais – algo que também se nos afigura fácil –, mas sim em “desenhar” a sua efectiva realização metodológica. A arbitragem internacional do direito do investimento estrangeiro vem perpetrando um esforço no sentido de permitir que este princípio possa ser erigido ao estatuto kelseniano de *Grundnorm* do direito do investimento estrangeiro, “trabalhando” a sua realização a partir dos subsídios do direito internacional em matéria de operatividade normativa dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”⁸⁶. Todavia, o nosso propósito é procurar uma abordagem autónoma, radicada em uma *compreensão cosmopolita do poder judicial contemporâneo*, que, fechando o círculo deste escrito, não poderá igualmente deixar de atentar na *metódica consequencialista* em matéria de protecção de expectativas legítimas.

Algo que exigirá, porém, para que este não continue a ser um domínio reservado à arbitragem internacional institucionalizada, algumas alterações profundas, também na forma como o poder judicial se encontra organizado nos países da *civil law* e especialmente em Portugal. Depositamos por isso muitas expectativas (talvez excessivas) nos subsídios que a jurisprudência poderá colher do *princípio da razoabilidade* como critério de decisão em substituição da tradicional abordagem a partir da protecção de posições jurídico-substantivas perante a “*razão de Estado*”.

⁸⁶ Cf. Fulvio PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, ob. cit., pp. 47ss.

O princípio da protecção da confiança como garantia dinâmica

Marta Vicente

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. O princípio da protecção da confiança e o direito do investimento estrangeiro; 2. O standard FET e a protecção da confiança do investidor; 3. O princípio da protecção da confiança; 3.1. Enquadramento dogmático: quatro modelos; 3.1.1. O modelo procedimental anglo-saxónico; 3.1.2. O modelo flexível alemão; 3.1.3. O modelo objectivo francês; 3.1.4. O modelo fundado no princípio da boa fé; 4. A protecção da confiança no direito do investimento estrangeiro; 4.1. Os casos da crise argentina e a doutrina da confiança por indução; 4.2. O carácter legítimo das expectativas do investidor; 5. A protecção da confiança que common core?; 5.1. Protecção da confiança e flexibilidade; 5.2. Protecção da confiança e normatização das expectativas; 6. Bibliografia

Palavras-chave: Protecção da confiança; investimento estrangeiro; boa fé.

1. O princípio da protecção da confiança e o direito do investimento estrangeiro

A fisionomia actual do direito do investimento estrangeiro, isto é, os instrumentos jurídicos de que se serve e o nível de protecção efectivamente conferido aos estrangeiros, supera indubitavelmente aquela que era proporcionada pelas figuras do *International Minimum Standard* (IMS) e da protecção contra o *taking of alien property*.

E não restam dúvidas de que os BIT (*Bilateral Investment Treaties*) ou os tratados investimento em geral representaram neste novo enquadramento uma *revolução copernicana*, correspondendo a sua proliferação a um momento de viragem económica e política, dado quer pela ortodoxia neoliberal que se vem impondo desde finais do século passado, quer pelo epílogo (o futuro dirá se em jeito de *pax podre romana* ou de um verdadeiro *foedus pacificum* kantiano) das clivagens desencadeadas pela *Nova Ordem Económica Internacional*, que haviam oposto os países desenvolvidos aos países em vias de desenvolvimento durante toda a década de sessenta.

Os BIT são, pois, instrumentos de *proteção* do investimento estrangeiro, que se pretende que contribuam para o crescimento e desenvolvimento económico dos Estados receptores¹ através da *atração* desse investimento². A assunção deste duplo desiderato está longe de ser despicienda, sobretudo quando na resolução das disputas entre investidor e Estado-anfitrião se tenta calibrar o *peso* dos interesses em presença em função de uma actividade hermenêutica delimitada pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT)³. Cumpre não esquecer, com efeito, que os tratados de investimento são *convenções internacionais* celebradas por Estados soberanos, que contêm obrigações materiais (*standards*) quanto ao tratamento dos investidores estrangeiros e que criam mecanismos procedimentais que lhes permitem demandar *directamente* o Estado-anfitrião (*host state*).

Destarte, as características distintivas dos tratados de investimento são fundamentalmente três: a previsão de um conjunto

¹ Sobre o relevo do desenvolvimento económico dos Estados para o conceito de investimento, à luz da jurisprudência do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), v. o texto de Tiago DUARTE, «Arbitragem ICSID e desenvolvimento económico dos Estados», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 269-295.

² Neste sentido, v. Peter BEHRENS, «Towards the Constitutionalization of International Investment Protection», *Archiv des Völkerrechts*, n.º 45, 2007, p. 155.

³ V., *infra*, a nota de rodapé n.º 6.

de *standards* (v.g., proibição da expropriação sem indemnização, *fair and equitable treatment*, princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida) que visam moldar e controlar a actividade dos Estados com repercussões no investimento (*i*), a subtracção das disputas emergentes aos tribunais domésticos, através do recurso à arbitragem do investimento (*ii*), e finalmente, a individualização do direito de acção, com a consagração da faculdade de os investidores demandarem directamente os Estados-anfitriões em caso de violação dos standards de tratamento consagrados no tratado⁴ (*iii*).

Este pequeno enquadramento alerta desde logo para aquele que quer dogmática quer prático-normativamente se afigura como uma das questões mais relevantes do direito do investimento estrangeiro. Falamos, concretamente, da *natureza* - internacional, pública, privada, híbrida, transnacional - deste direito e dos vários paradigmas de compreensão que assim se erguem, condicionando - inevitavelmente, diga-se - quando não o sentido, pelo menos os fundamentos das soluções jurídicas outorgadas às disputas entre investidor e Estado-anfitrião, e orientando o preenchimento dos inúmeros “vazios” abertos pelas formulações empregues nos tratados de investimento⁵. A questão objecto do presente trabalho,

⁴ A jurisprudência arbitral a que doravante se fará referência pode ser consultada no sítio <<http://www.italaw.com>>.

⁵ Não trataremos nesta sede esta questão. Cumpre, ainda assim, dar conta de que a doutrina vem distinguindo três paradigmas quanto à natureza jurídica do direito do investimento estrangeiro: o paradigma que o aproxima do direito privado, mediante analogia com a *arbitragem comercial* (a), o paradigma que o aproxima do *direito internacional público* (b), e o paradigma que o aproxima do *direito público* (c). Sobre o tema, v., entre muitos outros, Anthea ROBERTS, «Clash of paradigms: Actors and analogies shaping the investment treaty system», *American Journal of International Law*, vol. 107, n.º 1, 2013, pp. 45-94, Alex MILLS, «The public-private dualities of international investment law and arbitration», *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, pp. 97-116, Gus Van HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007, p. 121 e ss., Zachary DOUGLAS, «The hybrid foundations of investment treaty arbitration», *British Yearbook of International Law*, vol. 74, n.º 1, 2003, pp. 151-289, Daniel KALDERIMIS, «Investment treaty arbitration as global administrative law», *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, pp. 145-159, Stephan SCHILL, «Fair and Equitable Treatment as an embodiment of the rule of law», *International Law and Justice Working Papers*, 2006/6, disponível em <<http://www.iilj.org/publications>>, e do

por ex., pode ser lida à luz do princípio de *estoppel*, seguindo um paradigma de direito internacional público⁶, à luz do princípio da *boa-fé*, optando por um paradigma de direito privado, ou à luz do princípio da protecção da *confiança*, seguindo um paradigma de direito público.

O título que escolhemos outorgar à presente apresentação é porventura revelador da *inclinação* com que encaramos a questão da natureza jurídica do direito do investimento estrangeiro. No entanto, visto que essa intuição tem ainda de ser trabalhada, propomos aqui uma abordagem mais “realista”, assente na pressuposição de que a protecção das legítimas expectativas dos investidores estrangeiros é tema recorrente na arbitragem do investimento e que, nesse tratamento, são convocados esquemas e conteúdos semelhantes àqueles de que se reveste o princípio da protecção da confiança na generalidade dos ordenamentos jurídicos de cunho ocidental.

2. O standard FET e a protecção da confiança do investidor

Já tivemos oportunidade de avançar que os tratados de investimento têm um conteúdo típico, onde se destacam vários *standards* de tratamento, entre os quais o *fair and equitable treatment*

mesmo Autor, «System-building in investment treaty arbitration and lawmaking», *German Law Journal*, vol. 12, n.º 5, 2011, pp. 1083-1110.

⁶ O princípio da boa-fé assume, no quadro do direito internacional público, diversas concretizações: uma delas é a chamada *doutrina da aquiescência*, nos termos da qual o Estado que, tomando conhecimento de um facto, se mantém em silêncio, é tratado como tendo aceite tal facto (*qui tacet consentire videtur, si loqui potuisset ac debuisset*); outra é o *princípio de estoppel*, de acordo com o qual um Estado não deve entrar em contradição com a sua conduta ou declarações anteriores quando estas revelem inequívoca e consistentemente a sua posição sobre uma determinada matéria; finalmente, o princípio da boa-fé preclui ainda o abuso do direito ou de autoridade no direito internacional, impedindo que um Estado exerça os seus poderes funcionais para atingir objectivos estranhos aos fins que lhes estão subjacentes. Para maiores desenvolvimentos, v., entre outros, Robert KOLB, «Principles as sources of international law (with special reference to good faith)», *Netherlands International Law Review*, vol. 53, n.º 1, 2006, pp. 17 e ss.

standard.⁷ Atente-se, por exemplo, no artigo 3.º do tratado bilateral de investimento celebrado entre Portugal e o Brasil, de acordo com o qual “*cada parte contratante garantirá, em seu território, tratamento não discriminatório, justo e equitativo aos investimentos realizados por investidores da outra parte Contratante*”. Neste sentido, tudo está em saber o que vem a ser isso do tratamento justo e equitativo, uma formulação vaga e indeterminada que carece de *concretização*.

Percebe-se, neste contexto, que sejam incontáveis as questões que se erguem em torno do *standard FET*, os quais desaguardam fundamentalmente no problema do seu *conteúdo normativo*, tendo como pressuposto diferentes respostas a propósito da respectiva *natureza jurídica*⁸

⁷ A primeira referência ao *standard* ou a uma formulação próxima ou equivalente do mesmo pode ser encontrada na Carta de Havana (1948), que previa que ao investimento estrangeiro fosse conferido um tratamento “justo e equitativo”; formulação semelhante descobre-se igualmente na *Abs-Shaverross Draft Convention on Investments abroad* (1959), na *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, proposta pela OCDE (1967), no *United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations* (1983), nas *Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment*, gizadas pelo Banco Mundial (1992), no Protocolo de Colonia para a promoção e protecção recíprocas de investimentos no Mercosul, e, finalmente, no Tratado que institui o mercado comum da África Oriental e Austral. Depois de reconhecido em muitos Tratados de amizade, comércio e navegação – os antecedentes dos BITs - o *standard FET* também teve consagração no Acordo Multilateral de Investimento, que não chegou a ser aprovado, constando hoje de todos os tratados multilaterais de investimento efectivamente em vigor, de entre os quais se destacam o NAFTA (artigo 1105.º) e o Tratado da Carta da Energia (artigo 10.º), e o Tratado da ASEAN (artigo IV). Para maiores desenvolvimentos quanto à origem do *standard*, v. Stephen VASCIANNIE, «The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice», *British Yearbook of International Law*, 1999, vol. 70, n.º 1, p. 99, e Fulvio Maria PALOMBINO, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, Il Mulino, 2012, p. 18.

⁸ Em jeito sumário, podemos avançar que as discussões em torno da natureza do *standard FET* andam em torno de duas posições (v. Suzanne A. SPEARS, «Making a way for the public interest in international investment agreements», *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, p. 274, e Roland KLÄGER, *op. cit.*, p. 48). A primeira é o *equating approach*, que postula que o conteúdo do *FET* não se distingue do conteúdo do *international minimum standard of the treatment of aliens* (IMS), o qual, por seu turno, se assume como uma norma costumeira de direito internacional, que disciplina o tratamento de estrangeiros prevendo um conjunto mínimo de regras e princípios que todos os Estados, independentemente do seu direito doméstico, devem respeitar. Já a segunda parte daqueles Autores atribuem ao *FET* um conteúdo autónomo, independente do IMS, por força da convicção – que também partilhamos – de que este se encontra desactualizado e de foi entretanto superado pela realidade internacional (neste sentido, v. Marcela Klein BRONFMAN, «Fair and Equitable Treatment: an evolving stan-

e metodologia de apuramento⁹. Atenta a perspectiva que subjaz ao presente texto, que enunciámos supra, não desenvolveremos presentemente estas questões, até porque a respectiva relevância tem de ser lida no quadro dos desenvolvimentos ditados pela arbitragem do investimento e das soluções jurídicas nela propostas.

dard», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, p. 675, Rudolf DOLZER/Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 128, Stephen VASCIANNIE, *op. cit.*, p. 144, e Roland KLÄGER, *op. cit.*, p. 265). Sucede que na doutrina enquadrada nesta segunda perspectiva subsistem ainda diversas inclinações, entre as quais se destacam a daqueles que vêem o standard FET como direito internacional público, seja como uma norma costumeira (sobre o tema, v. Stephen VASCIANNIE, *op. cit.*, p. 154, e Alexander ORAKHELASHVILI, «The normative basis of “Fair and Equitable”»: General International Law on Foreign Investment?», *Archiv des Völkerrechts*, n.º 46, 2008, p. 77), seja como um princípio geral de direito internacional específico do direito do investimento estrangeiro (assim, Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 59); a daqueles que, atenta a formulação *vaga* em que se materializa o FET, se socorrem das regras hermenêuticas constantes da CVDT, e principalmente do elemento teleológico, para densificar o seu conteúdo, associando tal standard, nessa medida, ao desiderato de *promover e proteger* o investimento estrangeiro – o que acaba por redundar na *prevalência sistemática* do interesse do investidor (v. Marcela Klein BRONFMAN, *op. cit.*, p. 675, Daniel KALDERIMIS, *op. cit.*, p. 152, Roland KLÄGER, *op. cit.*, p. 44, Thomas WÄLDE, «In the arbitration under art. 26 Energy Charter Treaty (ECT) Nykomb v. The Republic of Latvia», *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n.º 5, 2005, disponível em <<http://www.transnational-dispute-management.com>>, e ainda Stephan OLYNYK, «A balanced approach to distinguishing between legitimate regulation and indirect expropriation in investor-state arbitration», *International Trade and Investment Law Review*, vol. 15, 2012, p. 271); e, finalmente, a daqueles que o entendem como um corolário do *rule of law* e dos princípios e exigências que dele se desintegram, apurados a partir de um *método de direito público comparado* (neste sentido, STEPHAN SCHILL, *op. cit.*, p. 35).

⁹ Aqui, há que distinguir: (a) As compreensões que promovem o controlo da actividade estadual através de um parâmetro *não contingente*, o qual dota o FET de um conteúdo *mínimo*, apurado a partir de um conjunto de princípios garantes de uma *regulação de qualidade*. A situação concreta (*v.g.*, fim público subjacente às medidas adoptadas, degradação da situação económica e financeira do Estado-anfitrião) repercute-se na análise daqueles princípios, mas não condiciona directamente o *nível de exigência* vertido no standard e o correspondente *parâmetro de controlo* – v. Stephan SCHILL, *op. cit.*, p. 35, e também a opinião dissidente de Thomas WÄLDE, no caso *Thunderbird v. México*; (b) aquelas que fazem depender esse *nível de exigência* de um conjunto de condicionantes, *maxime*, do estágio de desenvolvimento político e económico do Estado-anfitrião, ou que defendem que a *intensidade do controlo* efectuado pelos tribunais arbitrais não é fixa nem tampouco específica do direito do investimento estrangeiro, assimilando antes aquela de que lançam mão os tribunais do Estado-anfitrião, quando estes respeitem o IMS – v. Iona TUDOR *apud* Roland KLÄGER, *op. cit.*, p. 122, Nick GALLUS, «The “fair and equitable treatment” standard and the circumstances of the host state», *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, pp. 223-245, e SANTIAGO MONTT, *op. cit.*, p. 330.

Ora, a jurisprudência arbitral vem assumindo – em decisões não isentas de polémica – que o standard FET requer que a actividade estadual obedeça aos imperativos associados ao *due process of law/ fair procedure*¹⁰ (i), que cumpra índices de *transparência* e *consistência*, não frustrando as *legítimas expectativas* do investidor estrangeiro (ii), e que respeite o *princípio da proporcionalidade* ou pelo menos o *standard of reasonableness*¹¹ (iii).

Legítimas expectativas, boa-fé (em sentido subjectivo e em sentido objectivo), *estoppel* e *regulatory fairness*¹² são conceitos que surgem não raras vezes na fundamentação das decisões arbitrais relativas ao investimento estrangeiro. Esta alternância conceitual é fruto não só das características da arbitragem do investimento estrangeiro – onde não vale um sistema de precedente e os árbitros são seleccionados pelas partes em disputa – como também da diversidade matricial que ultrapassa esta matéria, truncando a descoberta de um mínimo denominador comum à generalidade dos ordenamentos jurídicos.

Consistente é pelo menos o consenso formado em torno da ideia de que a violação do FET não pressupõe *má-fé* do Estado-anfitrião, isto é, não requer uma “*malicious intent*” da parte deste¹³. Depois, não sem excepções¹⁴, boa-fé e legítimas expectativas

¹⁰ Este elemento está ligado à proibição de *denegação de justiça*, tanto no seu aspecto processual, como na sua dimensão material, como demonstram, entre outros, os casos *Azjmin v. Mexico*, *Mondev v. Estados-Unidos*, *Rumeli v. Casaquistão*, *Loven v. Estados-Unidos*, e *National Grid v. Argentina*, e ainda ao cumprimento das garantias fundamentais do procedimento administrativo (v. o caso *Metalclad v. Mexico, maxime*, os pars. 76, 91 e 92 da decisão final).

¹¹ V. os casos *Total v. Argentina* (pars. 123 e 309 da decisão final), *Spyridon Roussalis v. Roménia* (pars. 394 e 358), *Merrill v. Canadá* (pars. 210 e 213) e *EDF v. Roménia* (pars. 286 e 293).

¹² V., por ex., o caso *Total v. Argentina* (pars. 122, 131 e 309 da decisão final), e *Duke Energy v. Peru* (par. 231 da decisão final).

¹³ V., entre outros, os casos *Siemens v. Argentina* (par. 299 da decisão final), e *Duke Energy v. Equador* (par. 341 da decisão final). No sentido de que a violação do FET reclama a má-fé do Estado-anfitrião, v. o caso *Genin v. Estónia*.

¹⁴ V., por ex., o caso *EDF v. Roménia* (par. 104 da decisão final). Aqui, o tribunal, ao elencar as exigências associadas ao FET, menciona separadamente a “transparência, consistência e protecção das legítimas expectativas”, por um lado, e a “boa-fé”, por outro.

surtem as mais das vezes abordadas em conjunto¹⁵, resultando desse tratamento uma dupla exigência. Por um lado, reclama-se a transparência, previsibilidade e consistência da legislação do Estado-anfitrião, isto é, a manutenção de uma “*stable and predictable legal framework*”¹⁶, que permita aos investidores planear e recuperar (amortizar) os seus investimentos¹⁷. Por outro, são incontáveis as asserções relativamente à necessidade de *não frustrar* as expectativas que os investidores *legitimamente* hajam formado no momento em que decidiram investir¹⁸. Sem prejuízo do que diremos infra, os tribunais arbitrais, à semelhança do que fazem os tribunais domésticos, não ignoram que “the assessment of reasonableness or legitimacy must take into account *all circumstances*, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State”¹⁹.

Para além de legítimas, tais expectativas devem revelar-se *merecedoras de tutela* à luz dos interesses subjacentes à alteração regulatória, juízo moderado pelo *standard of reasonableness* ou pelo princípio da proporcionalidade²⁰. Como veremos, porém, esta é uma etapa nem sempre presente na tramitação seguida pelos tribunais

¹⁵ V., entre outros, o caso *Saluka v. República Checa* (pars. 305 e 306).

¹⁶ V. os casos *LG v. Argentina* (par. 131 da decisão final), e *Tecmed v. México* (par. 154 da decisão final).

¹⁷ V. o caso *Total v. Argentina* (par. 122 da decisão final).

¹⁸ V., entre outros, *Saluka v. República Checa* (pars. 305 e 306 da decisão final), *Total v. Argentina* (par. 128 da decisão final), *Spyridon Roussalis v. Roménia* (par. 314 da decisão final), *Siemens v. Argentina* (par. 299 da decisão final), e *Alpha v. Ucrânia* (par. 420 da decisão arbitral). Contra a inclusão da doutrina das legítimas expectativas no FET, v. Alexander ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹ À mesma conclusão chegaram nos árbitros no caso *Total v. Argentina* (par. 302 da decisão final), ao afirmarem que “an evaluation of fairness must take into account the evolution of the host economy, the reasonableness of the normative changes challenged and their appropriateness in the light of a standard of reasonableness and proportionality”, e no caso *Parkerings v. Lituânia* (par. 331 da decisão final).

²⁰ É isso que resulta, entre outros, dos casos *Saluka v. República Checa*, *Total v. Argentina* e *Continental Casualty v. Argentina*. Neste sentido, v. também Andreas KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, 2012, p. 184.

arbitrais, que, as mais das vezes, ou concluem pela irrazoabilidade das expectativas dos investidores, ou retiram daquela legitimidade a *automática* violação do FET, preenchidos que estejam os pressupostos de funcionamento da doutrina da *confiança por indução*.²¹

Em todo o caso, a realidade arbitral vem mostrando que o princípio da protecção da confiança é amiúde chamado, por intermédio do standard FET, a moderar uma tensão *clássica* mas simultaneamente *específica* no âmbito do investimento estrangeiro: a tensão *entre estabilidade e mudança*, ou, noutros termos, entre o investidor, que pretende não ver ilegitimamente gorada a confiança que depositava num determinado quadro legislativo e administrativo; e o Estado, que, motivado por considerações de interesse público nacional ou global – por vezes ligadas à *sustentabilidade ambiental e financeira*²² – é instado precisamente a alterar aquele quadro.

²¹ V. infra os pontos 4.1 e 4.2.

²² O conflito *típico* é aquele que opõe o princípio da protecção da confiança dos investidores (e o *standard* FET) ao princípio da sustentabilidade. De facto, este tende a incorporar o pólo da *mudança*, isto é, surge como uma força normativa que pugna, em nome do interesse público, pela alteração do *status quo*. No domínio da *sustentabilidade ambiental*, o problema revela-se particularmente complexo, sobretudo atento o facto de, com os movimentos de liberalização e privatização, a *regulação económica* (em sentido estrito) se ter tornado a principal ferramenta de intervenção do Estado nos sectores ligados aos serviços de interesse económico geral (v. Thomas WÄLDE/Abba KOLO, «Environmental Regulation, investment protection and regulatory taking in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 813). Visto que essa ferramenta passa essencialmente por uma *actividade normativa* de acomodação dos imperativos de eficiência do mercado aos imperativos de interesse geral, deflui facilmente que a sustentabilidade ambiental pode reclamar alterações normativas ou administrativas *imprevisíveis* e com impacto *significativo* no investimento estrangeiro. É o caso, por exemplo, da introdução de uma proibição do uso de metanol na produção de gasolina, da revogação de uma licença de gestão de um aterro, da revogação de uma licença de gestão de resíduos industriais, da introdução de limites à exportação de madeira, da classificação de um determinado conjunto ou sítio como património mundial, ou da alteração das condições da licença de emissões para as águas de um rio. Mas também as medidas adoptadas em prol da *sustentabilidade financeira* podem revelar-se lesivas da legítima confiança dos investidores, designadamente medidas de emergência para assegurar a manutenção da ordem pública (v. Jürgen KURTZ, «Adjudging the exceptional at international investment law: security, public order and financial crisis», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, pp. 325-371), reestruturações da dívida soberana de um Estado (v. Kevin P. GALLAGHER, «Ampliación de la misión: Acuerdos internacionales sobre inversiones y la reestructuración de la Deuda soberana», *Investment Treaty News*, n.º 2, tomo 2, 2011/2012, p. 3 e ss.) ou mesmo a nacionalização de bancos (N Jansen CALAMITA, «The british bank nationalizations: an international law perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, pp. 119-149).

3. O princípio da protecção da confiança

3.1. Enquadramento dogmático: quatro modelos

O princípio da protecção da confiança verte as suas exigências quer no controlo da actividade legislativa, quer no controlo da actividade administrativa. Não obstante as dissemelhanças detectadas nesses “controles”, é possível reunir quatro modelos ou perspectivas quanto ao princípio em causa: o modelo procedimental anglo-saxónico, o modelo flexível alemão, em que também se filia o direito europeu, o modelo objectivo francês e o modelo fundado na boa-fé, vigente em Espanha e Itália. Antes de avançarmos *perfunctoriamente* algumas notas sobre esses modelos, cumpre sublinhar dois aspectos.

O primeiro é o de que se em alguns domínios (*v.g.* revogação e anulação oficiosa de actos administrativos), tais perspectivas são efectivamente relevantes, conduzindo a soluções jurídicas diversas, noutros (*v.g.*, actividade legislativa, *maxime*, retroactividade de leis fiscais), o cimento agregador trazido pelo direito europeu acabou por mitigar aquela diversidade, tornando-a porventura meramente *simbólica*. Para isso contribuíram não só o *princípio do primado*, mas também de um “contínuo processo de osmose” entre os princípios

No entanto, casos há em que o princípio da protecção da confiança (e o *standard* FET) se apresenta como *garante da sustentabilidade*, sobretudo *ambiental*, obstando a que em nome de outros interesses públicos se frustre a confiança legítima dos investidores, mediante a promoção de mudanças contrárias aos imperativos da *sustentabilidade ecológica*. Destacam-se, neste contexto, casos em que no quadro do Tratado da Carta da Energia e do seu protocolo para a promoção da eficiência energética, os Estados-anfitriões oferecem aos investidores estrangeiros certas condições e garantias no sentido da captação de investimento para o sector das *energias renováveis*. A alteração imprevisível dessas condições ou garantias é susceptível de lesar a confiança legítima dos investidores, inviabilizando a *amortização dos investimentos* e comprometendo a realização dos objectivos do Tratado, no quadro dos quais se integra a *sustentabilidade ambiental* e o incentivo a fontes de energia *limpa*. Isto é relevante, sublinhe-se, porque altera os termos da ponderação a realizar a propósito do princípio da protecção da confiança, fazendo com que, do lado da estabilidade, pese tanto o *interesse do investidor* afectado, como *interesse público nacional e global* na preservação de um ambiente sadio.

aplicáveis pelo juiz comunitário e aqueles extraíveis dos ordenamentos dos Estados-membros²³.

O segundo prende-se com a relevância da captação destes modelos para o presente estudo. Desde logo, são abundantes as referências de direito comparado presentes na arbitragem do investimento a propósito do princípio da protecção da confiança²⁴, algumas delas convocando em simultâneo conceitos inerentes a mais do que um modelo. Depois, é deles que sairá o standard de controlo da conduta do Estado-anfitrião, independentemente da posição adoptada quanto à contingência do FET. Em nosso parecer, à semelhança do que vem argumentando alguma doutrina²⁵ e jurisprudência²⁶ nesta matéria, as concretizações do princípio da boa-fé no direito internacional público – a que já fizemos referência supra – revestem-se aqui de *escassa* importância. Assim se justifica a sua exclusão da taxonomia que de seguida gizamos.

3.1.1. O modelo procedimental anglo-saxónico

A referência a um *modelo procedimental anglo-saxónico* é, porventura, apressada, uma vez que a densidade da protecção das

²³ A expressão é retirada da decisão do *Consiglio di Stato* n.º 2755/2011, de 10 de Maio.

²⁴ V., por exemplo, o caso *Total v. Argentina*, concretamente, os pars. 128 a 130 da decisão.

²⁵ V., neste sentido, Santiago MONTT, *op. cit.*, p. 343, e Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 124, este último criticando abertamente qualquer possível importação, para o direito do investimento estrangeiro, da dogmática em torno da *promessa* em direito internacional.

²⁶ V. o caso *El Paso v. Argentina* (par. 392 da decisão final), e as opiniões dissidentes dos árbitros Thomas WÄLDE, no caso *International Thunderbird v. México*, e Pedro NIKKEN, no caso *Suez e Vivendi v. Argentina*. Vale a pena transcrever o parágrafo 23 da opinião dissidente deste último: «(...) I find that the doctrine of so-called “legitimate expectations” is inconsistent or incorrect with respect to estoppel. If those expectations came from acts that reach the threshold required by international law to compel the State because of estoppel, the concept of legitimate expectations is irrelevant, but if they do not reach that threshold, there would be no basis in international law to assert a State obligation, because arbitral tribunals have no power to create a kind of *soft* estoppel, nor to assume that the *representation* of the Common Law is a general principle of international law».

legítimas expectativas nos dois ordenamentos anglo-saxónicos de referência – o inglês e o norte-americano – não é exactamente a mesma²⁷. Em todo o caso, o modelo procedimental é, como o nome indicia, caracterizado por uma “*procedural protection of legitimate expectations*”, o que significa que, mediante a protecção de uma expectativa legítima, não se pretende verdadeiramente travar o impacto de certos actos estaduais na esfera jurídica do cidadão, mas apenas garantir-lhe o direito a ser ouvido pela autoridade administrativa causadora de tal impacto²⁸⁻²⁹.

²⁷ Sem entrar em grandes desenvolvimentos, resulta da leitura da jurisprudência que os Estados-Unidos admitem um escrutínio mais intenso da actividade administrativa, aplicando o princípio de *estoppel* (*estoppel by representation* ou *promissory estoppel*) no âmbito das informações prestadas pela administração (v.g., *administrative advise* ou *advisory ruling*), e controlando mais activamente a alternância do *rulemaking* das agências. Assim, Federico CASTILLO BLANCO, *Protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1998, p. 154, e Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 109 e ss.

²⁸ V. Soren SCHONBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2001, p. 49, Robert THOMAS, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Hart Publishing, 2000, p. 46, e Paul CRAIG, «Substantive legitimate expectations in domestic and community law», *Cambridge Law Journal*, vol. 55, n.º 2, 1996, p. 289.

²⁹ V., por ex., os casos *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* (1969) e *R. v. Secretary of State Transport, ex parte Richmond upon Thames London Borough Council* (1994). Neste último, em que estava em causa a regulação do barulho nocturno causado pelo tráfego aéreo em Londres, a protecção material das legítimas expectativas foi recusada. Como dá conta Robert THOMAS (*op. cit.*, p. 59), clarificou-se ali que as “*legitimate expectations could require a public authority not to change its existing policy without giving those affected a right to be heard. However, it could not be extended so as to afford a substantive expectation that a policy would not be changed even though those affected had been consulted*”. Note-se, no entanto, que apesar de sufragada em inúmeros arestos, tal entendimento vem recebendo críticas da doutrina (v. Paul CRAIG, *op. cit.*, p. 289), destacando-se outras quantas decisões judiciais em que a protecção material ou substantiva das expectativas legítimas dos administrados foi tutelada. Foi o que aconteceu no caso *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hamble Fisheries* (1995). Aí discutiu-se se a empresa *Hamble Fisheries*, que havia investido somas consideráveis na presunção de que o Ministro da Agricultura e das Pescas manteria a sua política em matéria de licenças de pesca (*capacity aggregation*) - nos termos da qual seria possível a transferência de licenças de navios de menor capacidade para navios com maior capacidade desde que a capacidade total prevista nas licenças não fosse ultrapassada – poderia invocar a violação das suas legítimas expectativas, no sentido de evitar que lhe fosse aplicada a nova política decretada pelo Ministro. O tribunal respondeu positivamente, considerando que a alteração de política não deveria afectar a empresa, caso as suas expectativas se mostrassem legítimas (*reasonable*) e o seu peso excedesse (*outtop*) o peso do interesse público na aplicação imediata daquela alteração (v. Paul CRAIG, *op. cit.*, p. 292). Com efeito, a análise de outros casos - *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Kahn* (1985), *R. v. Liverpool*

A razão de ser de um tal entendimento pode ser perscrutada, desde logo, na importância que o direito inglês confere ao procedimento, como meio de promover a participação democrática dos cidadãos nas decisões da administração³⁰, e ao princípio da “*procedural fairness*”³¹. Igualmente determinante afigura-se o princípio da soberania parlamentar e a chamada *non-fettering doctrine*. Ou seja, os tribunais devem respeitar a margem de livre apreciação conferida pela lei à administração, de onde resulta que as autoridades públicas não devem ser perturbadas (*fettered*) quanto ao modo como desenvolvem as suas políticas³². A isto acresce que, na ausência de uma Constituição rígida e escrita, o problema da protecção da confiança na *actividade legislativa* é praticamente ignorado pela doutrina e pela jurisprudência.

O modelo procedimental anglo-saxónico desvela ainda outras duas características distintivas. Uma assenta na recusa em proteger a confiança dos administrados quando o acto gerador dessa confiança é ilegal, ou seja, na recusa em proteger as *ultra vires legitimate expectations*³³, o que implica, no fundo, a *livre (ilimitada)* anulação *oficiosa* de actos administrativos de vantagem. A segunda prende-se com o facto de que, mesmo admitindo uma protecção material das expectativas legítimas dos administrados, o standard de controlo (*standard of reasonableness*) da conduta administrativa – que se apurou no caso *Wednesbury* – é pouco intenso, para não dizer *insuficiente*³⁴. Daquele caso retira-se, com efeito, que os tribunais só

Corporation, ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association (1972) – inclusivamente de casos mais recentes – *Matrix Securities Ltd v. Inland Revenue Commissioners* (1994) e *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Unilever* (1996) – leva alguma doutrina a concluir que está definitivamente “instalado” no direito inglês um princípio de protecção material das legítimas expectativas dos administrados – v. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 110.

³⁰ V. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 33.

³¹ V. Paul CRAIG, *op. cit.*, p. 297.

³² V. Paul CRAIG, *op. cit.*, p. 299.

³³ V. Yaaser VANDERMAN, «Ultra vires legitimate expectations: an argument for compensation», *Public Law*, 2012, p. 85.

³⁴ Neste sentido, v. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 150.

devem interferir na forma como as autoridades exerceram o seu poder discricionário quando estas hajam chegado a uma conclusão “*so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it*”³⁵. Recentemente, porém, no caso *Coughlan*³⁶, o tribunal admitiu que a protecção das legítimas expectativas reclamava um standard de controlo *mais intenso*, distinto do firmado no caso *Wednesbury*.

3.1.2. O modelo flexível alemão

O modelo alemão, respaldado na jurisprudência europeia, é um modelo flexível. Apesar dos extensos desenvolvimentos da doutrina alemã em matéria de “*Treu und Glauben*”, inclusivamente no direito público³⁷, o fundamento do princípio da protecção da confiança no ordenamento alemão não é o princípio da boa-fé, antes o princípio do Estado de Direito e, concretamente, a ideia

³⁵ V. o caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* (1948).

³⁶ V. o caso *R. v. Devon Health Authority, ex parte Coughlan* (1999). Em causa estava uma decisão da *Health Authority* de encerrar um centro hospitalar para doentes crónicos, depois de haver prometido aos respectivos utentes que estes poderiam aí residir “as long as they chose”. O tribunal sintetizou a sua posição nos seguintes termos: “There are at least three possible outcomes. (a) The court may decide that the public authority is only required to bear in mind its previous policy or other representation, giving it the weight it thinks right, but no more, before deciding whether to change course. Here the court is confined to reviewing the decision on *Wednesbury* grounds. This has been held to be the effect of changes of policy in cases involving the early release of prisoners (...); (b) On the other hand the court may decide that the promise or practice induces a legitimate expectation of, for example, being consulted before a particular decision is taken. Here it is uncontroversial that the court itself will require the opportunity for consultation to be given unless there is an overriding reason to resile from it (...) in which case the court will itself judge the adequacy of the reason advanced for the change of policy, taking into account what fairness requires. (c) Where the court considers that a *lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive*, not simply procedural, authority now establishes that here too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy” (o itálico é nosso).

³⁷ V. Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 227.

de segurança jurídica (*Rechtssicherheit*)³⁸. Um dos esteios daquela flexibilidade evidencia-se precisamente no facto de a segurança jurídica não se verter tanto numa exigência de previsibilidade da lei ou de certeza do direito, mas num imperativo de segurança e de tutela da *posição jurídica subjectiva*. Para o cidadão, portanto, a segurança jurídica confunde-se com a *tutela da confiança legítima*.

No que concerne a actividade do legislador, a par da proibição constitucional de leis penais retroactivas que se descobre no artigo 103.º, par. 2.º da Constituição alemã, cumpre destacar o labor da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) na distinção entre retroactividade própria e retroactividade imprópria e nos critérios de apuramento de uma violação da confiança legítima dos cidadãos. Tais critérios pressupõem, em primeiro lugar, a identificação de uma situação subjectiva de confiança legítima a partir de certos indícios objectivos – tais como o tipo de lei em causa (*v.g.*, leis de incentivação, planos económicos consagrados legislativamente) ou a mutabilidade inerente à matéria objecto de norma. Identificada a situação de confiança e avaliada a respectiva *legitimidade*, o modelo construído pela jurisprudência alemã culmina numa actividade de ponderação entre os interesses em presença, entenda-se, entre a confiança do cidadão e o interesse da *Gemeinwohl*³⁹.

³⁸ Sobre o tema, v. Gianluca GRASSO, «Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione», 2011, disponível em <<http://www.sspa.it>>, Fabio MERUSI, *Buena Fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, 2001, p. 35, Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 111, e Miriam PARMENTIER, «Das Vertrauen in die öffentliche Hand – ein Konzernvertrauen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 20, 2002, p. 1378.

³⁹ Sylvia CALMES (*op. cit.*, p. 301) descreve o *esquema técnico* vigente no direito alemão para o apuramento de uma violação do princípio da confiança legítima, discernindo nele cinco fases cronologicamente encadeadas: a) A existência de uma *base de confiança* (*Vertrauensgrundlage*), isto é, de um comportamento activo ou omissivo por parte de entidades públicas susceptível de gerar a confiança dos particulares. Trata-se de um critério pouco exigente, já que, em abstracto, qualquer forma de actuação legislativa, administrativa (*v.g.*, regulamentos, actos e contratos administrativos, actuações informais, actuações materiais) ou jurisdicional se mostra apta a gerar aquela confiança, desde que a sua invalidade não seja *ostensiva* ou *evidente*; b) A demonstração da *confiança na base*, traduzida no conhecimento, pelos particulares-destinatários, do comportamento gerador da confiança, e que pressupõe

A flexibilidade do modelo germânico tem a sua expressão mais pungente no domínio da actividade administrativa, onde certas regras de origem jurisprudencial acabaram por ser codificadas⁴⁰. Essa flexibilidade denota-se na distinção entre actos administrativos de vantagem e de desvantagem (*begünstigende und belastende Verwaltungsakte*), na previsão de soluções de tutela da confiança diferenciadas, e no facto de quer a revogação de actos administrativos inválidos ou anulação oficiosa (*Rücknahme*), quer a revogação de actos administrativos válidos pressupor, as mais das vezes, uma *decisão administrativa discricionária*⁴¹.

Sem pretensões de exaustividade, basta recordar que o artigo 48.º, par. 2.º e 3.º da Lei de Procedimento Administrativo alemã (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) distingue, dentro dos actos administrativos *inválidos de vantagem*, entre aqueles que se traduzem no pagamento de uma prestação pecuniária (*eine einmalige oder laufende Geldleistung*

a *boa-fé* destes, isto é, o desconhecimento dos vícios que de que eventualmente esteja ferido esse comportamento (*Geltungsvertrauen*); c) A natureza legítima (*berechtigt*) e digna de protecção (*schutzwürdig*) da confiança dos particulares, que se apura a partir da *imprevisibilidade* (i) da alteração produzida e da *intensidade* por esta assumida (ii). Vale por dizer que a confiança dos particulares é legítima quando estes – enquanto operadores *modelo* ou de *referência*, isto é, prudentes e diligentes – não pudessem *razoavelmente* contar com a alteração da situação, alteração essa que deve poder ser classificada como *significativa*; d) *Materialização* (ou tradução em actos) da *confiança* psicológica dos particulares (*Vertrauensbetätigung*), requisito que, mesmo quando não autonomizado, permite apurar o *nível concreto de interferência* que a modificação da situação implica para o privado, algo que será certamente relevante aquando da ponderação entre interesses públicos e privados em que desagua o princípio da protecção da confiança; e) Finalmente, a *inexistência de um interesse público imperativo* (*überwiegend*) na mudança que, na equação a empreender nos termos do *princípio da proporcionalidade*, supere o peso concreto do interesse dos particulares na protecção da sua confiança legítima bem como dos outros interesses públicos em presença.

⁴⁰ V. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 274.

⁴¹ Neste sentido, v. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 98. Explica Sylvia CALMES (*op. cit.*, p. 289) que a revogação, ao contrário da anulação oficiosa, não está dependente de uma apreciação, pela administração (e depois pelo juiz, em caso de recurso à via contenciosa), do peso dos interesses em presença, visto que essa ponderação já foi empreendida pelo legislador mediante critérios abstractos. No entanto, se considerarmos que o emprego destes conceitos imprecisos ainda é reconduzível à atribuição de poder discricionário (assim, VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 49) chegamos legitimamente à conclusão de que quer a decisão de revogação, quer a anulação oficiosa, são *decisões discricionárias* (em sentido amplo).

oder teilbare Sachleistung), tais como bolsas, pensões ou subvenções, e os demais actos administrativos. Os primeiros, se a confiança do administrado for merecedora de tutela e prevalecer sobre o interesse público, não podem ser revogados pela administração – tutela de “*tudo ou nada*”⁴²; já os segundos podem ser sempre revogados, mesmo que a confiança do administrado seja merecedora de tutela e prevaleça sobre o interesse público, havendo neste caso lugar ao pagamento de uma indemnização (*Vermögensnachteil auszugleichen*) – tutela *compensatória*. Acresce ainda que a administração pode determinar se a revogação produzirá efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

Já a revogação de actos válidos só é possível em cinco casos, delimitados no artigo 49.º, par. 2.º, e sempre com efeitos *ex nunc*⁴³.

Vale por dizer que o modelo alemão, em virtude da sua *flexibilidade*, é aquele que melhor responde à pressuposição e à necessidade de o procedimento administrativo efectuar uma “ponderação entre os interesses públicos e os interesses dos administrados para obter uma solução de equilíbrio”⁴⁴. Essa flexibilidade resulta em boa medida da *subjectividade* do modelo, já que este passa necessariamente pela análise do comportamento daquele

⁴² Assim, Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 283.

⁴³ Que casos são esses? Quando a revogação seja admitida por lei ou o acto contenha uma reserva de revogação (*wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist*); quando o acto esteja sujeito a modo ou encargo incumprido pelo beneficiário daquele (*wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat*); quando o acto não devesse ter sido adoptado pelas autoridades administrativas em face de circunstâncias supervenientes e quando a não revogação comprometa a realização do interesse público (*wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde*); para evitar consequências ou infracções perniciosas para o interesse público (*um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen*).

⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, «Revogação do acto administrativo», *Direito e Justiça*, vol. 6, 1992, p. 58, e, do mesmo Autor, “Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Outubro de 2004”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3934, 2005, pp. 58-62. Sobre os traços desta problemática no ordenamento jurídico português, v. ainda o texto recente de Carla Amado GOMES, «Tempo e Revogação no direito administrativo: *les jeux sont faits?*», *V Encontro de Professores de Direito Público*, Lisboa, Janeiro de 2012, pp. 1-16.

que suscita a confiança bem como do comportamento daquele que confiou, cabendo em última instância ao juiz avaliar, caso a caso, a legitimidade da confiança e o merecimento de tutela jurídica à luz do interesse público que suporta a alteração⁴⁵.

3.1.3. O modelo objectivo francês

O modelo francês é dotado de maior *rigidez* e *objectividade*. Verifica-se, com efeito, que no cerne das soluções jurídicas nele previstas não está, ao contrário do que vimos suceder no modelo alemão, a protecção da posição jurídica individual, mas antes um imperativo de *certeza do direito*. A protecção da confiança do particular é quase como que um *efeito colateral* do sistema, já que aquele pode ver a sua posição protegida *independentemente* da legitimidade das suas expectativas⁴⁶. Depois, prevalecem as soluções de “tudo ou nada”, que não deixam espaço para a ponderação dos interesses em presença, operando por mero decurso do tempo. Portanto, numa apreciação genérica, não obstante certas soluções normativas e jurisprudenciais serem influenciadas por um imperativo de segurança jurídica, dir-se-ia que os franceses não conhecem – verdadeiramente – o princípio da protecção da confiança, muito embora o apliquem, por força do *princípio do primado*, quando esteja em causa o direito europeu⁴⁷⁻⁴⁸. Vejamos.

⁴⁵ V. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 296.

⁴⁶ V. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁷ V. Louis DUBOIS, «Le principe de la confiance légitime (à propos d’aspects financiers de la politique agricole commune)», *Revue française de droit administratif*, 2002, p. 44.

⁴⁸ Assim sucedeu, com efeito, no acórdão *FNSEA*, de 11 de Julho de 2001, em que o *Conseil d’État* foi chamado a apreciar a validade de um *décret* emanado pelo governo ao abrigo de um regulamento comunitário, pelo qual se reduziam, com efeitos para o passado, os montantes de ajudas directas a conceder aos agricultores. Ao invés de aplicar o receituário tradicional nesta matéria, o *Conseil d’État* aplicou o princípio da confiança legítima, talqualmente estruturado no direito europeu, tendo concluído o seguinte: “*Considérant (...) que le gouvernement a annoncé publiquement dès de mois de mai 1999 son intention de mettre en place la modulation des aides permise par le règlement susmentionné et, comme il a été dit ci dessus, a consulté sur son projet de modulation le Conseil supérieur d’orientation et de coordination de l’économie agricole et alimentaire, où sont représentées les organisations syndicales d’agriculteurs; que dans ces conditions, les pro-*

No campo da actividade legislativa, teve já o *Conseil Constitutionnel* ensejo de afirmar, por diversas vezes⁴⁹, que o legislador pode *livremente* revogar ou alterar qualquer lei. Obviamente que, a par da proibição de leis penais retroactivas⁵⁰, vêm-se reconhecendo algumas moderações àquela ideia, mediante a exigência de que no exercício do seu poder, o legislador “*ne prive de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel*”⁵¹. Em matéria fiscal, a protecção conferida pela jurisprudência constitucional aproxima-se visivelmente daquela que vale na generalidade dos ordenamentos jurídicos, fazendo depender a validade de uma lei fiscal retroactiva da *subsistência*⁵² de uma justificação de *interesse geral*⁵³.

No domínio da actividade administrativa, destacam-se algumas distinções originais, como aquela que medeia entre actos *criadores de direitos* e actos *não criadores de direitos*, grupo onde se descobrem as autorizações de polícia (*autorisations de police*) e

ducteurs prudents et avisés ont été mis en mesure dès avant le début de l'année 2000 de prévoir l'adoption de la mesure litigieuse; que, par suite, les moyens tirés de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de non-rétroactivité doivent être écartés”. Sobre o caso, v. Louis DUBOIS, *op. cit.*, p. 43. No ordenamento jurídico português, que até muito recentemente seguia de perto o modelo francês em matéria de revogação e anulação de actos administrativos, também se detectam problemas semelhantes, por ex., no domínio da reposição das ajudas estaduais concedidas ao abrigo de programas comunitários. V., a este propósito, VIEIRA DE ANDRADE, «Anotação ao Acórdão do STA...», *cit.*, p. 60.

⁴⁹ V. as decisões do *Conseil Constitutionnel* n.ºs 82-142, de 29 de Julho de 1989, 86-220, de 22 de Dezembro de 1986, e 86-217, de 18 de Setembro de 1986.

⁵⁰ Cfr. o artigo 8.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

⁵¹ V. decisão do *Conseil Constitutionnel* n.º 84-185, de 18 de Janeiro de 1985.

⁵² O emprego deste termo – *subsistência* – não é, com efeito, despiciendo, visto que uma das críticas dirigidas por alguma doutrina francesa (v.g., FROMONT, CALMES) ao *modus operandi* do princípio da proporcionalidade em França tem que ver, precisamente, com o facto de a jurisprudência se bastar com a existência de um interesse público, renunciando à realização do teste da justa medida, de onde deflui que «*le contrôle de proportionnalité a tendance à desservir de la sorte les personnes privées confiantes en ne les protégeant pas ou en les protégeant mal, au terme de l'une ou l'autre des balances des valeurs, dans lesquelles prévaut un “intérêt impérieux”*». Assim, Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 247.

⁵³ V. Anne-Laure VALEMBOIS, «Le constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, 2005, p. 5, François LUCHAIRE, «La sécurité juridique en droit constitutionnel français», 2001, disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>, e, entre outras, a decisão do *Conseil Constitutionnel* n.º 94-404, de 18 de Dezembro de 1998.

os actos meramente declarativos de direitos (actos vinculados), como, por ex., os actos que se traduzem no reconhecimento do direito a uma quantia pecuniária, e ainda os actos regulamentares⁵⁴. O direito administrativo francês distingue ainda entre *abrogation* e *retrait*: com fundamento em *invalidade* ou *oportunidade* (mérito), ambas pressupõem a eliminação de um acto do ordenamento jurídico, produzindo a primeira efeitos *ex nunc* e a segunda efeitos *ex tunc*⁵⁵.

Ora, a maior rigidez do modelo francês resulta ainda do regime jurídico associado a estas duas figuras. Com efeito, a eliminação com efeitos *ex tunc* (*retrait*) de um acto administrativo *válido e criador de direitos* não é possível à luz deste modelo, por força do impacto da teoria dos direitos adquiridos⁵⁶. Estando em causa um acto administrativo *inválido e criador de direitos*, a posição assente, de fonte jurisprudencial (cfr. o *arrêt Cachet*, proferido pelo *Conseil d'État*, em 1922), pugnava no sentido de que a eliminação só poderia ocorrer enquanto o acto fosse impugnável, o que redundava numa coincidência entre o prazo de eliminação e o prazo de impugnação contenciosa⁵⁷. Recentemente, esta jurisprudência foi substituída pelo *arrêt Ternon* (2001), que cindiu aqueles dois prazos, viabilizando a eliminação *ex tunc* dos actos em causa num prazo de quatro meses contados a partir da sua assinatura⁵⁸. Os actos administrativos não criadores de direitos, sejam válidos ou inválidos, *podem*, por seu turno, ser eliminados com efeitos para o futuro ou para o passado⁵⁹.

⁵⁴ V. Bertrand SEILLER, *Droit Administratif – L'action administratif*, 3.^a ed., Flammarion, 2010, p. 165.

⁵⁵ Cumpre sublinhar que tais prazos só valem para os actos decisórios expressos e não para os actos silentes, cuja eliminação está disciplinada na *Loi n.º 2000-321 du 12 avril relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*.

⁵⁶ V. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 147. Aliás, tampouco o é a eliminação com efeitos *ex nunc* (*abrogation*).

⁵⁷ V. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁸ V. Bertrand SEILLER, *op. cit.*, p. 175, e Pierre DELVOLVÉ, «Le découplage du retrait et du recours», *Revue française de droit administratif*, 2002, p. 88.

⁵⁹ Os regulamentos administrativos podem ser alterados ou revogados sem reservas, talqualmente evidenciam os casos *Houillères du bassin du Nord et du Pas-de-Calais*

Tratando-se de actuações informais – sobretudo de circulares, mas também de recomendações, observações, pareceres ou informações – verifica-se que a jurisprudência administrativa (cfr. o *arrêt Compagnie franco-algérienne*, de 1899) tende a negar que as mesmas possam constituir *base da confiança* do administrado⁶⁰, o que não deixa de constituir uma opção *conservadora* no quadro do direito administrativo europeu⁶¹.

3.1.4. O modelo fundado no princípio da boa-fé

O último modelo, que encontra respaldo nos ordenamentos jurídicos italiano e espanhol⁶², vê o princípio da boa-fé como

(1952) e *Reyrolod* (1980), circunstância que torna praticamente dispensável a emanação de disposições transitórias (v. Sophie BOISSARD, «Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité? Le difficile dilemme du juge administratif», *Cahiers Constitutionnels*, n.º 11, 2001, p. 9). Não existe, portanto, um direito à manutenção em vigor de um regulamento (v. Mireille HEERS, «La sécurité juridique en droit administratif français», *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 965), cujos efeitos, de acordo com o *arrêt Kahn*, podem ser eliminados com efeitos *ex nunc* mesmo antes do termo final eventualmente neles previsto (v. Bertrand SEILLER, *op. cit.*, p. 168). Este entendimento advém sobretudo do princípio da mutabilidade (*mutabilité*), que prescreve em termos ilimitados o poder de a administração mudar as suas políticas (v. Sophie BOISSARD, *op. cit.*, p. 8). Já os regulamentos administrativos inválidos podem ser eliminados a todo o tempo. Aliás, convém, precisar que não se trata de uma faculdade, mas antes de um *dever*: de acordo com a jurisprudência estabelecida pelo *Conseil d'État* no caso *Syndicat national de la meunerie à seigle* (1954), a obrigação de a administração de *abroger* – leia-se, eliminar com efeitos para o futuro – os regulamentos ilegais constitui um princípio geral de direito – v. Mireille HEERS, *op. cit.*, 964.

⁶⁰ Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 140. V., no entanto, o caso *Bouweret*, em que o tribunal reconheceu a ilicitude da actuação administrativa – que havia, por carta, garantido a um administrado a colocação num determinado cargo, para posteriormente a retirar, quando aquele que já havia recusado outras ofertas de emprego – mas não a obrigou a efectivar a nomeação, limitando-se a condenar a administração no pagamento de uma indemnização.

⁶¹ Onde se perscruta um entendimento bastante abrangente no que toca à relevância jurídica das actuações informais e praxes administrativas enquanto *base de confiança*. Sobre o tema, v. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, 120.

⁶² Em Portugal, esta dualidade – entre protecção da confiança e boa-fé – está igualmente presente, talqualmente sublinha Pedro MACHETE, «O princípio da boa-fé», *III Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2010, p. 4.

fundamento da protecção da confiança dos cidadãos. Neste sentido, a boa-fé assume-se como um princípio geral de direito, que enforma todo o ordenamento jurídico - quer o direito privado, quer o direito público - e que desempenha uma função integrativa, dispensado, portanto, qualquer consagração legal ou constitucional⁶³. Vale por dizer que nestes ordenamentos se encontram substancialmente ultrapassados argumentos esgrimidos a propósito da incompatibilidade e imprestabilidade do princípio da boa fé no direito público. Tais argumentos são fundamentalmente três⁶⁴.

Avança-se, em primeiro lugar, que o princípio da boa fé só seria prestável no domínio das relações *paritárias*, sobretudo *contratuais*⁶⁵, sendo de recusar a sua convocação no direito público, onde, nas palavras de FORSTHOFF, faltaria a “*intimidade*” que justifica a sua aplicação⁶⁶. Este argumento é, para alguma doutrina italiana e espanhola, facilmente refutável. Desde logo porque verdadeiramente decisivo para a utilidade da boa-fé é a existência de “contacto social”, que tampouco falta nas relações entre a administração e os administrados. Acresce ainda que a exigência de um comportamento *correcto* e *leal* é transversal a todo o ordenamento jurídico, não soçobrando boas razões para dele excluir os poderes públicos⁶⁷.

Em segundo lugar, Sylvia CALMES assevera que o “ângulo de ataque” dos dois princípios – protecção da confiança e boa-fé – não é o mesmo, visto que o segundo “*s’intéresse non pas à la psychologie de la personne déçue mais à celle de la personne que déçoit*”⁶⁸. Esta ambiguidade detecta-se na jurisprudência espanhola, que ora coloca a tónica no facto

⁶³ Trata-se, no entender de Fabio MERUSI (*op. cit.*, p. 48) de um princípio constitucional não escrito.

⁶⁴ Esta querela, sublinhe-se, também não passa despercebida no direito do investimento estrangeiro, como dá conta Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁵ V. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁶ V. Federico CASTILLO BLANCO, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁷ V. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 140, e Federico CASTILLO BLANCO, *op. cit.*, p. 258.

⁶⁸ V. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 233.

de a administração *não se poder valer dos seus próprios equívocos*, ora realça a circunstância de os administrados *não poderem ignorar certos factos*⁶⁹.

Finalmente, argumenta-se que os imperativos de honestidade e lealdade não fazem sentido no direito público, onde são substituídos pela vinculação funcional da administração à prossecução do interesse público⁷⁰. Por outras palavras, a boa-fé desvela as suas potencialidades quando protege a confiança do administrado (*affidamento*) numa situação de aparência (não real) criada pela administração (*appareenza*), exigindo que esta actue com correcção (*correttezza*)⁷¹. Casos há, porém, em que a actuação dos poderes públicos, apesar de *contraditória* e apta a defraudar a aparência gerada, deve ser tida como válida à luz dos interesses públicos prementes que motivam a contradição⁷².

Dos escombros desta querela resultou, porém, uma posição intermédia, que se não oblitera a relevância de alguns dos argumentos expendidos, pelo menos mitiga a pertinência de outros. Tal posição sustenta que é possível descortinar no princípio da boa-fé uma dupla concretização: por um lado, a boa-fé emerge como obrigação de não contradição entre o acto e o seu precedente, nos termos do brocardo *non venire contra factum proprium*; por outro, a boa-fé pode ser concebida como obrigação de correcção (*correttezza*), entendida esta como um dever de

⁶⁹ V., a este propósito, as extensas referências jurisprudenciais constantes da obra de Federico CASTILLO BLANCO, *op. cit.*, p. 251 e ss.

⁷⁰ V. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 115, e Gianluca GRASSO, *op. cit.*, p. 9. Sylvia CALMES (*op. cit.*, p. 242 – o itálico é nosso) explica este argumento do seguinte modo: «L'exigence de bonne foi est régulièrement caractérisée comme étant une référence à la "loyauté", à la «morale» ou à "l'éthique". Ces dénominateurs communs globaux sont certes adaptés aux relations des personnes privées entre elles, *mais n'ont pas de sens se l'État agit, pour des motifs d'intérêt public, à l'encontre de la confiance du citoyen*: ce sont sur des paramètres concrets qu'une transposition du principe en droit public doit se concentrer, et ce sans recours aucun à l'idée de morale; par exemple, l'interdiction du comportement contradictoire perd sa connotation morale en droit public car, par principe, elle ne renferme pas la critique en vertu de laquelle l'État agirait par des motifs condamnables (...)».

⁷¹ Sobre estes conceitos, v. Gianluca GRASSO, *op. cit.*, p. 2.

⁷² V. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 233.

ponderação dos interesses em presença, isto é, entre o interesse do cidadão em ver protegida a sua confiança *legítima*, e o interesse público que está subjacente à alteração. Admitindo que apenas a segunda concretização se adequa às características do direito público⁷³, aquela posição intermédia advoga que “*la buona fede se traduce nell’obbligo di prendere in considerazione la situazione di affidamento precedentemente determinata dallo stesso legislatore e di non violarla se non per motivi comparativamente prevalenti su quelli che giustificano la tutela delle situazione giuridica di vantaggio del cittadino*”⁷⁴⁻⁷⁵. Algo que, diga-se, não difere muito do entendimento sufragado por quem ancora a protecção da confiança em fundamentos de outra ordem.

No direito administrativo italiano, a jurisprudência do *Consiglio di Stato* vem instituindo, ao abrigo do disposto na lei de

⁷³ V. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁴ É isso que vêm fazendo os tribunais italianos e espanhóis. V., por ex., a sentença da *Corte Costituzionale* n.º 92/2013, de 20 de Maio, onde, a propósito de normas retroactivas emanadas (decreto-legge 30 settembre 2003, n.º 269 – *Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici*) no sector dos depositários de veículos confiscados, e que previam uma diminuição das tarifas que lhes eram devidas pelos serviços prestados, conclui o tribunal o seguinte: “É noto come la giurisprudenza di questa corte si sia più volte soffermata sulla legittimità delle norme retroattive in genere, e di quelle destinate ad incidere sui rapporti di durata, in specie; affermando, in sintesi, che non può ritenersi interdetto al legislatore di emanare disposizioni modificative in senso sfavorevole, anche se l’oggetto dei rapporti di durata sia costituito da diritti soggettivi “perfetti”: *ciò, peraltro, alla condizione che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irragionevole, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate su disposizioni di leggi precedenti, l’affidamento dei cittadini nella, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto* (ex multis, sentenza n. 166 del 2012).” Em Espanha, cuja Constituição apenas proíbe a retroactividade de normas penais e de normas restritivas de direitos individuais (cfr. os artigos 9.3 e 25.1), o entendimento supramencionado é reiteradamente avançado a propósito de normas fiscais retroactivas e retrospectivas (v., entre outras, as sentenças do *Tribunal Constitucional* n.ºs 116/2009, 146/2009, 136/2011 e 176/2011). Aliás, esta é apenas uma das concretizações do princípio da segurança jurídica no direito constitucional espanhol, onde se afirma também “*la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*” (v., por ex., sentença n.º 15/1986, de 31 de Janeiro) e a “*claridad del legislador*” (v., por exemplo, a sentença n.º 46/1990, de 15 de Março).

⁷⁵ Fabio MERUSI (*op. cit.*, p. 288) explica que a boa-fé tem ainda outra virtualidade – sobretudo *procedimental* – ao reclamar que a maioria no poder, quando toma decisões políticas que possam ter repercussões na legislatura subsequente, consulte a oposição e obter a sua concordância.

procedimento administrativo⁷⁶, um regime jurídico bastante flexível no que concerne a revogação e anulação de actos administrativos. De facto, ambas pressupõem o exercício de poder discricionário por parte da administração, cumprindo apurar, caso a caso, da prevalência da “*situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario*” sobre o interesse público subjacente à eliminação do acto, sendo aquela tanto mais provável quanto *mais tempo* tiver decorrido desde a emanação do acto administrativo em que se alicerça tal posição⁷⁷.

Já o modelo espanhol contém algumas soluções normativas *originais*, tais como a *declaración de lesividad*⁷⁸, um procedimento administrativo tendente à anulação de actos administrativos de vantagem e que carece de *ratificación judicial*⁷⁹. Depois, quer a anulação mediante prévia *declaración de lesividad*, quer a *revocación de oficio* de actos administrativos válidos e vantajosos estão dependentes dos *limites adicionales* constantes dos artigos 3.º, n.º 1⁸⁰ e 106.º do RJPAC⁸¹,

⁷⁶ V. os artigos 21-*quinquies* (revogação), *octies* (anulação) e *nonies* (anulação oficiosa) da Legge n.º 241/1990, de 7 de Agosto (na versão actualmente em vigor).

⁷⁷ V. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 81. A referência ao factor *tempo* como critério orientador da ponderação consta expressamente do artigo 21-*nonies*, relativo à anulação oficiosa. A doutrina italiana admite que a administração possa *conformar* os efeitos da anulação (*ex tunc* ou *ex nunc*), possibilidade que também assiste à jurisdição administrativa, como testemunha a decisão do *Consiglio di Stato* n.º 2755/2011, de 10 de Maio – v. Carlo Emanuele GALLO, «I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento», *Diritto processuale amministrativo*, n.º 1, 2012, pp. 280-292, e Rugiero DIPACE, «L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo», *Diritto processuale amministrativo*, n.º 4, 2012, pp. 1273-1396.

⁷⁸ Cfr. o artigo 105.º da Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (doravante, RJPAC).

⁷⁹ V. GAMERO CASADO/FERNANDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, 9.ª ed., Tecnos, 2012, p. 529, e ANTONIO FONTES MARTÍN, “Estudio sobre la revocación de los actos administrativos”, *Revista de Derecho*, vol. XIX, n.º 1, 2006, p. 155.

⁸⁰ Estatuí o preceito que “las Administraciones públicas (...) deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

⁸¹ Aí pode ler-se o seguinte: “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

o que confere ao modelo alguma flexibilidade. O desenvolvimento destes limites está a cargo do Tribunal Superior (*Sala de lo Contencioso*), cuja jurisprudência mais recente vem claramente abrindo mão das referências à boa-fé (*buena fe*) em benefício do entendimento *mainstream* do princípio da confiança legítima, sufragado pelo TJUE⁸².

Percorridas estas matrizes constitutivas, cumpre apurar de que forma vieram elas *desaguar* no direito europeu, porventura o ordenamento jurídico que, pelo seu *tema* predominantemente económico, mais se aproxima daqueles que são os problemas que a protecção da confiança levanta no direito do investimento estrangeiro.

3.1.5. Lugares paralelos: a protecção da confiança no direito europeu

O princípio da segurança jurídica e o princípio da protecção da confiança são princípios que enformam a ordem jurídica europeia, constituindo – portanto – parâmetro de controlo da actividade normativa e administrativa das instituições europeias ou das instituições nacionais, quando chamadas a transpor ou aplicar o direito europeu. Obedecendo o TJUE a um *esquema técnico* de controlo muito próximo do delineado *supra* a propósito do modelo alemão⁸³,

⁸² V., entre outras, as sentenças n.ºs 7406/2012, de 21 de Novembro, 2346/2013, de 17 de Maio, e 2765/2013, de 29 de Maio.

⁸³ Como veremos, a protecção da confiança no direito europeu partilha de alguma da flexibilidade que vimos enformar o modelo alemão, embora também tenha recebido algumas influências do modelo francês. Assim, apesar de valer um princípio geral de irretroactividade de normas, o TJUE admite excepções, desde que o interesse público assim o justifique e as legítimas expectativas dos afectados sejam protegidas (v. o caso *Racke*, C-162/96). Por outra banda, adoptou-se a distinção entre actos administrativos de vantagem e desvantagem proveniente do direito alemão, em detrimento daquela que media entre actos criadores de direitos e não criadores de direitos em que assenta o direito administrativo francês, muito embora surjam referências à teoria dos *direitos adquiridos* (v. o caso *Algera*, processos 7/56, 3/57 e 7/57), o que aponta para soluções mais rígidas do que aquelas que estão consagradas no direito alemão a propósito da revogação de actos administrativos válidos e de vantagem. No que concerne os actos administrativos inválidos e vantajosos, a jurisprudência europeia aceitou o princípio de que estes poderiam ser

esta secção serve sobretudo para concretizar, atentos os critérios enunciados, algumas *especificidades* de que a protecção da confiança se reveste no direito europeu, tentando sublinhar os aspectos de maior interesse para o direito do investimento estrangeiro. Em nosso entender, essas *particularidades* afectam fundamentalmente dois aspectos.

Em primeiro lugar, a jurisprudência europeia assume um *critério* particularmente exigente no que concerne a *legitimidade* das expectativas ou da confiança depositada pelos operadores económicos na estabilidade da ordem jurídica. Essa exigência revela-se quer no conceito de *garantias específicas*, quer na densificação do critério do *operador prudente e avisado*.

Com efeito, a *legitimidade* das expectativas depende da circunstância de os operadores económicos terem recebido – geralmente da parte da administração – *garantias específicas* quanto à manutenção de um dado *status*⁸⁴. Sucede, porém, que na apreciação deste requisito a jurisprudência europeia vem erguendo um *threshold* substancialmente elevado, como demonstra, entre outros, o caso *Alpharma* (T-70/99). Aí estava em causa a introdução de um novo regime jurídico no domínio dos aditivos utilizados no fabrico de alimentos para animais, pelo qual se submeteu a comercialização de tais produtos a um sistema de autorização comunitária através

anulados oficiosamente, num período razoável de tempo, e tendo em conta a ponderação adequada dos interesses em presença (v. casos *Alpha Steel*, C-14/81, *Cargill*, C-248/89, e *De Compte*, C-90/95). Tal anulação produzirá efeitos *ex tunc* ou efeitos *ex nunc*, modelação ou conformação de que o juiz europeu também pode lançar mão em caso de anulação jurisdiccional, ao abrigo do artigo 264.º do TFUE (v. os casos *Comissão v. Conselho*, C-81/72, *Parlamento v. Conselho*, C-164/97 e 165/97). Sobre o tema, v. Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, 2.ª ed., Oxford, 2012, p. 549 e ss., e Annalisa GIUSTI, «La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato», *Diritto processuale amministrativo*, n.º 1, 2012, pp. 317 e ss.

⁸⁴ Exigência várias vezes reiterada pelo TJUE, designadamente no caso *Innova Privat-Akademie* (T-273/01), onde o Tribunal sublinhou que “o direito de exigir a protecção da confiança legítima, que constitui um dos princípios fundamentais da comunidade, estende-se a qualquer particular que se encontre numa situação da qual resulta que a administração comunitária, ao fornecer-lhe *garantias precisas*, criou na sua esfera jurídica expectativas fundadas” (o itálico é nosso).

de regulamento a emanar pela Comissão. A *Alpharm*, que vinha utilizando um aditivo cuja comercialização foi vedada pelo novo regime, invocou a violação do princípio da protecção da confiança com fundamento no facto de que existiria uma garantia específica de que o regime jurídico dos aditivos não seria alterado até à conclusão de um programa de vigilância, garantia essa reiterada numa Carta elaborada pelos serviços da Comissão e em declarações prestadas pelo membro da Comissão responsável pela pasta da agricultura. Instado a pronunciar-se, o Tribunal esclareceu que: «(...) Nem a Directiva 97/6, nem o programa de vigilância lançado pelos serviços da Comissão fornecem qualquer indicação de que uma tomada de decisão sobre a retirada ou a manutenção da autorização dos antibióticos, entre os quais a bacitracina-zinco, como factores de crescimento seria sujeita à condição da conclusão prévia das investigações em causa (...)».

A jurisprudência europeia vem desenvolvendo raciocínio semelhante no que toca à conduta do operador económico. Na verdade, fica precluída a invocação do princípio da protecção da confiança “*quando um operador económico prudente e sensato estiver em condições de prever a adopção de uma medida comunitária susceptível de afectar os seus interesses*”⁸⁵. No caso *Agricola Tabbachi Bonavicina* (C-402/98), o TJUE teve de apreciar a validade de um regulamento europeu sobre a organização comum no mercado do tabaco em rama, que previa alterações ao nível do sistema de quotas. Os agricultores invocaram o princípio da protecção da confiança, porquanto tal regulamento não previa um regime transitório para o ano em curso, isto é, para o ano em que as opções de produção já tinham sido tomadas. Face a este arrazoado, o TJUE argumentaria o seguinte: «(...) Há que recordar que, através de um aviso publicado em 4 de Abril de 1995, a Comissão tinha chamado a atenção dos produtores de tabaco para a passagem do sistema das quotas de transformação ao das

⁸⁵ V., entre outros, os casos *Exporteurs* (T-481/93), *Frico* (424 e 425/85) e *Van den Bergh* (C-265/85).

quotas de produção e para o facto de as culturas da colheita de 1995 serem afectadas por esta alteração. O referido aviso continha *também um quadro mencionando a repartição*, entre os Estados-Membros, das quantidades disponíveis por grupo de variedades que a Comissão propunha ao Conselho para a colheita de 1995 e indicando, para as variedades cultivadas em Itália, quantidades idênticas às indicadas no Regulamento n.º 1550/95 (...). Resulta do que precede que os operadores económicos interessados tinham conhecimento da aplicação do sistema das quotas de produção à colheita de 1995, bem como das quantidades disponíveis no que diz respeito às variedades cultivadas em Itália para a referida colheita antes da plantação das plantas jovens, que é efectuada em Itália por volta do final do mês de Abril. Ora, é esta operação que acarreta as maiores despesas na cultura do tabaco e é, pois, no momento em que é efectuada que os produtores devem decidir a dimensão das superfícies a cultivar (...).

Na verdade, decorre ainda da jurisprudência europeia que o operador económico não pode imputar às autoridades europeias uma deterioração da sua situação económica que haja resultado dos “riscos económicos inerentes ao modelo de economia de mercado”. No caso *SOPAD*, o Tribunal analisou a validade de um regulamento europeu que alterava o sistema de reembolso à exportação de açúcar e produtos similares, deixando tal reembolso de ser *automático* em caso de aumento do preço do açúcar. A *SOPAD*, empresa francesa exportadora de açúcar e que requirera sem sucesso a duas autoridades francesas o reajuste automático do reembolso, pretendia que lhe fosse aplicado o regulamento anterior, sob pena de violação do princípio da protecção da confiança. O Tribunal recusou tal pretensão, recordando que “it was the enterprises concerned that had placed themselves in this situation and they could not under any circumstances obtain therefrom the right to an increase in the refund; *on the contrary they ought themselves to bear the entire commercial risk of such an operation*”⁸⁶.

⁸⁶ V. caso *SOPAD* (C-143/73).

Paralelamente a este *filtro objetivo*, que pretende desprender a protecção acordada pelo princípio em causa da mera *convicção psicológica* do operador, avaliando-a à luz de critérios de *normalidade* ou *razoabilidade*, o direito europeu vem também dando alguma ênfase a um *filtro normativo*. Este passa por não reconhecer legitimidade às expectativas dos operadores económicos quando estas não se revelem justas ou *fundadas em boas razões*⁸⁷, limitando-se a alteração promovida pelo legislador europeu, nestes casos, a pôr cobro a uma omissão perturbadora dos princípios enformadores do direito europeu⁸⁸.

A par da exigência reforçada no apuramento do preenchimento destes dois critérios – leia-se, dos critérios da outorga de *garantias específicas* e do *operador prudente e avisado* – há que alertar para as hipóteses em que o TJUE afasta prontamente a *legitimidade de qualquer base de confiança*. Isto é assim, como evidencia extensíssima jurisprudência, nas matérias em que, à luz do Tratado, as instituições europeias dispõem de *amplo poder de apreciação* (v.g., agricultura, pescas, transportes) e necessitam de alterar permanentemente as regras do sector no sentido de o adaptar às variações da situação económica⁸⁹. Aqui, na certa formulação de PAUL CRAIG, “*it is the very nature of the constant adjustment to meet changes in economic situation that precludes a legitimate expectation claim based on the earlier regulation*”⁹⁰.

No entanto, o TJUE revela-se mais flexível nos casos em que fique demonstrado que as instituições europeias *incentivaram*

⁸⁷ Socorremo-nos aqui do critério avançado pela jurisprudência constitucional portuguesa em matéria de protecção da confiança. V., entre muitos outros, os Acórdãos n.ºs 287/90, 303/90, 399/10 e 176/12, todos disponíveis em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

⁸⁸ Foi o que sucedeu, por ex., nos casos *CNTA* (C-74/74) e *EVFG* (2/75). Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 126) aconselha alguma cautela na mobilização deste segundo “filtro”, na medida em que “*protection should not be denied simply because the authority, or the court, disapproves of a person’s business tactics or personal morality*”.

⁸⁹ V., entre outros, o caso *Declare* (C-350/88), *Cordis* (T-18/99), *Edeka* (C-254/81).

⁹⁰ Paul CRAIG, “EU administrative Law...”, *cit.*, p. 573.

determinado comportamento por parte dos investidores, critério que – como veremos *infra* – não anda longe das *investment-backed expectations* por diversas vezes mobilizadas no âmbito da arbitragem do investimento estrangeiro. Ou seja, à semelhança do que vem fazendo a doutrina alemã, a jurisprudência europeia admite que de uma situação de “incitação” ou “incentivação” de um dado comportamento emerge uma confiança de valor “reforçado”, cujo peso *concreto* se faz sentir aquando da ponderação com o interesse público⁹¹. Exemplar neste contexto é o caso *Mulder* (C-120/86)⁹², em que a um agricultor holandês, que renunciara à produção de leite durante cinco anos em troca de um prémio de não comercialização, foi vedada pelas autoridades holandesas a retoma da produção após esse período. O TJUE decidiria que: «(...) Um operador que decidiu livremente interromper a sua produção durante um certo tempo não pode legitimamente esperar poder retomar a produção nas mesmas condições que vigoravam anteriormente, e que não lhe sejam aplicadas regras que possam ter sido entretanto adoptadas no âmbito da política de mercado ou da política de estruturas. (...) Apesar disso, quando, como sucede no caso *sub judice*, esse operador tenha sido incitado por um acto da Comunidade a suspender a comercialização por um período limitado, no interesse geral e mediante pagamento de um prémio, pode legitimamente esperar não ficar sujeito, no fim do seu compromisso, a restrições

⁹¹ V. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 420.

⁹² V. também os casos *Spagl* (C-189/89) e *Embassy Limousines* (T-203/96). Neste último, estava em causa um concurso público de prestação de serviços de transporte de automóvel, em virtude do qual a sociedade *Embassy Limousines*, antes da adjudicação formal mas depois de lhe ter sido comunicado por entidades europeias o sentido de um parecer favorável à sua contratação, realizou diversos investimentos e celebrou diversos contratos. Tendo sido o contrato adjudicado a outra empresa, o Tribunal de Primeira Instância realçou que “se é verdade, a este respeito, que os operadores económicos devem suportar os riscos económicos inerentes às suas actividades e que, no quadro de um processo de adjudicação de um concurso público, esses riscos compreendem, designadamente, os custos ligados à preparação da oferta, pode haver aí violação do princípio da confiança legítima susceptível de «fundamentar a responsabilidade» da Comunidade quando, antes da adjudicação do contrato em causa, *um candidato é incitado pela instituição adjudicante a efectuar, por antecipação, investimentos irreversíveis e, portanto, a exceder os riscos inerentes às actividades.*” Destacam-se, neste contexto, as críticas de Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 128.

que o afectam de forma específica precisamente devido ao facto de ter utilizado as possibilidades oferecidas pela regulamentação comunitária (...)»⁹³.

Em segundo lugar, provado o carácter legítimo da confiança dos operadores económicos, a jurisprudência europeia tende, na ponderação entre interesses públicos e privados que se segue, a reconhecer sistematicamente a prevalência *em abstracto e em concreto*⁹⁴ do interesse da União e dos imperativos de integração económica⁹⁵⁻⁹⁶. Na verdade, esta prevalência sistemática alerta para o facto de que o princípio da protecção da confiança tem um *recorte* específico no direito europeu: para além de tal protecção não poder conduzir a uma *paralisação* da actividade administrativa e normativa da União, nem poder traduzir-se na *subtracção* dos operadores económicos aos riscos económicos e comerciais inerentes às suas iniciativas, vale ainda um *critério económico de ponderação*, de acordo com o qual a confiança dos operadores só deve ser protegida se tal protecção tiver um custo proporcional, isto é, um *custo economicamente aceitável* no quadro da *Gemeinwohl* europeia⁹⁷.

⁹³ Os itálicos são nossos.

⁹⁴ Sobre este ponto, v. o estudo sobre o princípio da proporcionalidade de Mathias KLATT/Moritz MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, 2012, p. 45.

⁹⁵ V. Alberto MASSERA, «I principi generali», *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, dir. Mario Chiti/Guido Greco, tomo I, 2.^a ed., 2007, p. 327, e Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 416.

⁹⁶ V., por ex., o caso *Affish* (C-183/95). Uma referência exaustiva a outros casos pode ser encontrada em Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 433. *Note-se, ainda, que a premência* do interesse público subjacente à medida pode justificar, inclusivamente, a não previsão de um regime transitório. Foi o que sucedeu, por ex., no caso *Dieckmann* (T-155/99), *em que o tribunal confirmou a validade da não previsão* de medidas transitórias aquando da introdução de uma proibição de importação de peixe proveniente do Cazaquistão. Já no caso *Sofrimport* (C-152/88), o TJUE, chamado a apreciar a validade de um regulamento comunitário que suspendia durante algum tempo a emissão certificados de importação de maçãs provenientes do Chile, concluiria em sentido contrário, em virtude de a Comissão não ter invocado qualquer “*interesse público superior que justificasse a aplicação das medidas de suspensão relativamente às mercadorias em encaminhamento já em curso*”.

⁹⁷ V. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 434. Vale a pena atentar nas palavras da autora: «La Cour de Justice, par une méthode finaliste qui vise au respect des objectifs du Traité, limite la portée du principe de protection de la confiance pour sauvegarder la construction communautaire. Il s’agit surtout de ne pas paralyser l’action des autorités communautaires

4. A protecção da confiança no direito do investimento estrangeiro

Enquanto elemento integrante do standard FET, o princípio da protecção da confiança é objecto de litigância constante na arbitragem do investimento. A análise da jurisprudência arbitral e dos contributos doutrinários permitem-nos apurar que, à semelhança do que vimos suceder no direito europeu, as principais dificuldades na análise do princípio da protecção da confiança no campo do investimento estrangeiro prendem-se, por um lado, com a *legitimidade das expectativas dos investidores*, e por outro, com a *ponderação dos interesses em presença* com que tal análise termina ou deveria terminar.

Na verdade, a jurisprudência arbitral vem demonstrando que, em certo tipo de investimentos⁹⁸, a influência da *pre-investment legal order*⁹⁹ para apreciação do standard FET é determinante. Segundo Rudolf DOLZER¹⁰⁰, a moldura normativa pré-investimento desempenha uma dupla função pois, ao mesmo tempo que desvela os fundamentos da decisão de investir, constitui um limite ao nível de protecção que o investidor pode esperar obter em caso de disputa. Espelho inelutável disso mesmo foram os *casos da crise argentina* junto do ICSID e com eles o reconhecimento jurisprudencial da doutrina da *investment-backed expectations*, na formulação proposta por THOMAS WÄLDE. No entanto, outros arestos evidenciam o peso conferido

lorsqu'elles interviennent sur le marché, et de ne pas protéger les opérateurs des risques commerciaux de leurs initiatives. *Ce principe de "moralité juridique" est avant tout, en droit communautaire, un principe de "moralité économique"*. (...) La moralisation de l'économie de marché commande donc de ne pas protéger la confiance des opérateurs économiques dans la stabilité de la réglementation *qu'à un cout proportionné, c'est à dire économiquement acceptable*» - os itálicos são nossos.

⁹⁸ A importância da *pre-investment legal order* releva sobretudo, segundo Rudolf DOLZER (*op. cit.*, p. 104), em investimentos de longo-termo, tais como concessões de *utilities*, que são muito intensivas em termos de capital e onde a amortização do investimento não é imediata.

⁹⁹ Assim, Rudolf DOLZER, «Fair and Equitable Treatment: A key standard in investment treaties», *The International Lawyer*, vol. 39, 2005, p. 103.

¹⁰⁰ V. Rudolf DOLZER, *op. cit.*, p. 103.

pelos tribunais arbitrais ao critério do *operador económico prudente e diligente*, sobretudo quando o investimento tem lugar em Estados em processos de transição económica e/ou política.

4.1. Os casos da crise argentina e a doutrina da confiança por indução

No início da década de noventa do século passado, a Argentina encetou uma reforma de modernização do Estado, reforma essa que, em cumprimento de exigências de instituições internacionais (FMI/Banco Mundial), deveria passar por um programa de liberalização e privatização nos sectores das *utilities* (serviços de interesse económico geral), de modo a captar o investimento estrangeiro. Essa estratégia passou quer pela celebração de tratados bilaterais de investimento, quer pela conclusão de contratos de concessão de longa duração, e ainda pela emanação de uma lei, a *Ley de la Convertibilidad*¹⁰¹, que previa a introdução de uma taxa de câmbio fixa, indexando a moeda argentina ao dólar norte-americano. Deste quadro resultava para as empresas estrangeiras que quisessem participar nos processos de privatização dos sectores das telecomunicações, água, electricidade e gás um conjunto de garantias legais e contratuais no sentido de remuneração do investimento e da obtenção de uma taxa de retorno razoável. No entanto, a partir do ano 2000, a Argentina viu-se forçada a adoptar um conjunto de *medidas de emergência*, entre elas a proibição da saída de capital do país (*Corralito*) e o fim da indexação do peso argentino ao dólar americano (*pesificación*)¹⁰², que, associadas a uma redução brutal do consumo interno, provocaram o fim de inúmeras concessões, despoletando o recurso à arbitragem do investimento por parte dos investidores prejudicados.

¹⁰¹ V. a Lei n.º 23.928, de 1991.

¹⁰² A evolução da situação argentina encontra-se descrita em praticamente todos os casos levados a arbitragem internacional. Cfr., por exemplo, os casos *CMS v. Argentina*, para o sector do gás, *El Paso v. Argentina*, para o sector da electricidade, e *El Paso v. Argentina*, para o sector da água e esgotos.

Mesmo tendo a Argentina invocado uma situação de *estado de necessidade*, argumentando que as medidas tomadas eram necessárias à salvaguarda da *ordem pública*, os tribunais arbitrais constituídos apuraram, na maioria dos casos¹⁰³, uma violação do standard FET, por violação das legítimas expectativas do investidor, desconsiderando a argumentação expendida por não estarem preenchidos os rigorosos pressupostos de que depende a *defesa por necessidade* no direito internacional. No caso *Sempra v. Argentina*, os árbitros fundamentaram a sua decisão no facto de que o standard FET - «(...) requires the host state to refrain from affecting the basic expectations that were taken into account by the foreign investor in making the investment, that is, evisceration of the arrangements in reliance upon which the foreign investor was induced to invest depends on the factual context of the host state's actions (...)».

Nisto consiste, fundamentalmente, a doutrina da *confiança por indução* ou das *investment-backed expectations*: as mudanças introduzidas pelo Estado-anfitrião - e que se revelam prejudiciais para o investidor - implicam uma violação do standard FET, por frustração das legítimas expectativas, quando seja patente que a decisão de investir se ficou em boa medida a dever aos compromissos incorporados no quadro regulatório por aquele elaborado com o específico propósito de atrair o investimento (*pre-investment legal order*)¹⁰⁴. Dir-se-á, porventura, que esta doutrina não traduz nenhuma idiosincrasia do direito do investimento estrangeiro, e que se limita a demonstrar que as expectativas dos investidores são tanto mais legítimas quanto mais *específicos* houverem sido os compromissos assumidos pelo Estado-anfitrião¹⁰⁵ ou quanto

¹⁰³ V., entre outros, os casos *CMS v. Argentina*, *Sempra v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, *EDF International v. Argentina*, *Impregilo v. Argentina*, *Total v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, e *Siemens v. Argentina*.

¹⁰⁴ V. Thomas WÄLDE, *op. cit.*, p. 16, e ainda Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 142, que apelida este modelo de “*affidamento per induzione*”, isto é, *confiança por indução*.

¹⁰⁵ Este é, aliás, outro ponto que é possível extrair da jurisprudência das decisões arbitrais - v. os casos *Occidental v. Equador*, *El Paso v. Argentina*, e *Azurix v. Argentina*. Cumpre destacar, ainda, que apesar de relevante (v. o caso *Total v. Argentina*, par. 122 da

mais este haja *incentivado* os operadores económicos a adoptar um determinado comportamento.

Visto desta perspectiva, o direito do investimento estrangeiro não se afasta decisivamente dos critérios que pautam o esquema técnico de análise do princípio da protecção da confiança vigente noutros ordenamentos jurídicos. Aí, como vimos, a constatação de que a conduta estadual induziu os operadores a certas escolhas ou opções reforça o peso do interesse destes na equação (ponderação) subsequente. A doutrina das *investment-backed expectations* tem, porém, no quadro da arbitragem do investimento, um *outro alcance*, porquanto assenta num esquema em que se torna desnecessária a fase ou etapa da *ponderação dos interesses públicos e privados*.

Sem surpresa, alguma doutrina considera esta concepção “alarmante”¹⁰⁶, vendo nela um *absolute stability approach*, nos termos do qual “*stability and consistency are absolute requirements from which there can be no departure regardless of the circumstances*”¹⁰⁷. Dir-se-ia, com efeito, numa formulação de direito público, que a *confiança legítima* dos investidores ascende à qualidade de um “*strong trump*”, isto é, de um direito ou bem que prevalece *antecipadamente* sobre qualquer outro direito ou interesse constitucionalmente protegido¹⁰⁸.

decisão final), o nível da actuação estadual (primária ou secundária) não é determinante no apuramento da legitimidade das expectativas do investidor. Segundo a jurisprudência arbitral, “un objectivo se puede considerar específico si su objeto preciso fue de otorgar una garantía efectiva de estabilidad al inversor. Por lo general, los textos generales no pueden contener compromisos de este tipo, ya que no existen garantías de que no se modifiquen con el tiempo. *Sin perjuicio de ello, una reiteración del mismo tipo de compromiso en distintos tipos de declaraciones generales podría, según las circunstancias, constituir un comportamiento específico por parte del Estado*, cuyo objeto y fin es el de otorgar al inversor una garantía en la que puede confiar justificadamente” (cfr. par. 377 da decisão final do caso *El Paso v. Argentina*). No sentido de que certo tipo de leis – v.g., *leis de incentivo* – são aptas a gerar compromissos específicos, v. Fabio MERUSI, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁶ Neste sentido, Trevor ZEYL, «Charting the wrong course: the doctrine of legitimate expectations in investment treaty law», *Alberta Law Review*, vol. 49, n.º 1, 2011, p. 223.

¹⁰⁷ A observação pertence a Caroline HENCKELS, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁸ V. Mathias KLATT/Moritz MEISTER, *op. cit.*, p. 17.

As razões pelas quais alguma jurisprudência escolheu enveredar por este trilha prendem-se, assim o pensamos, com as características da *arbitragem do investimento* e com a *natureza ambígua* do próprio direito do investimento. Por um lado, aquela, enquanto expediente de resolução de um determinado litígio de acordo com o direito escolhido pelas partes, é estruturalmente avessa à convocação de normas ou princípios pertencentes a outros subramos do direito internacional público, questão intimamente ligada ao problema da *fragmentariedade do direito internacional* e das chamadas *non-investment law obligations*¹⁰⁹. Por outro lado, verifica-se que a ambiguidade quanto à natureza jurídica do direito do investimento estrangeiro enfraquece, *não sem boas razões*, a importação plena das estruturas, esquemas e modos de raciocinar típicos do direito interno dos Estados.

Daí acaba por advir uma *miscigenação* perniciosa, como aquela a que se assistiu nos casos da crise argentina, em que, depois de apurada a *razoabilidade* das expectativas dos investidores, o tribunal considerou a conjuntura económico-financeira do Estado-anfitrião, não à luz do princípio da proporcionalidade ou de qualquer outro

¹⁰⁹ Sobre os problemas que têm vindo a detectar-se neste âmbito, v. Andreas KULLICK, *op. cit.*, p. 225, Stephan SCHILL, «International investment law and comparative public law», 2011, disponível em <<http://www.iilj.org>>; Clara REINER/Christoph SCHREUER, «Human rights and international investment arbitration», *Human Rights in International Investment Law*, org. Pierre-Marie Dupuy/Francesco Francioni/Ernst-Ulrich Petersmann, Oxford, 2009, pp. 82-96, Moshe HIRSCH, «Investment Tribunals and Human Rights: Divergent paths», *Human Rights in International Investment Law*, org. Pierre-Marie Dupuy/Francesco Francioni/Ernst-Ulrich Petersmann, Oxford, 2009, pp. 97-114, Todd WEILER, «Balancing Human rights and investor protection: a new approach for a different legal order», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 27, 2004, pp. 429-452, Annika WYTHES, «Investor-State Arbitrations: Can the fair and equitable clause consider international human rights obligations?», *Leiden Journal of International Law*, n.º 23, 2010, pp. 241- 256, Bruno SIMMA/Dirk PULKOWSKI, «Of planets and the universe: self-contained regimes in international law», *The European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2006, pp. 483-529, Anne VAN AAKEN, «Fragmentation of International Law: the case of international investment protection», *University of Saint Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, 2007, disponível em <<http://www.ssrn.com>>. V. ainda o relatório elaborado pela International Law Commission, intitulado *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, de 2006, disponível em <<http://untreaty.un.org/>>.

sucedâneo, mas mediante a convocação dos exigentes critérios da *defesa por necessidade*, previstos no artigo 25.º dos *Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts* (2001)¹¹⁰.

4.2. O carácter legítimo das expectativas do investidor

Os casos mencionados *supra* podem considerar-se “extremos”, na medida em que os defeitos que se apontam às soluções outorgadas pela arbitragem internacional não se prendem tanto com a legitimidade das expectativas do investidor, mas antes com o facto de tal legitimidade ser suficiente para apurar uma lesão do standard FET, mesmo em situações de *excepção* ou *necessidade*. Ora, nos casos em que a situação económico-financeira do Estado-anfitrião não ascende a níveis semelhantes de emergência, o problema que mais vezes se levanta reside, precisamente, no *carácter legítimo* das expectativas do investidor estrangeiro.

Verifica-se, com efeito, que os tribunais arbitrais vêm recusando legitimidade a tais expectativas através de uma versão particularmente exigente daquilo que no direito europeu se vem afirmando como o *critério do operador diligente*. Nos caso *Bayindir v. Paquistão*, dirimiu-se o litígio emergente de um contrato celebrado, em 1993, entre uma empresa turca e a *National Highway Authority* – a empresa pública encarregue do planeamento e gestão das estradas do Paquistão. Tendo a segunda resolvido o contrato em 2001, o tribunal concluiu que as expectativas do investidor na conservação do quadro legal que afectava o seu investimento não se afiguravam *legítimas*, dado que o demandante “*could not reasonable have ignored the*

¹¹⁰ V., por ex., o caso *CMS v. Argentina*, sobretudo os parágrafos 315 e ss. da decisão arbitral. Sobre o tema, v. William BURKE-WHITE, «The argentine crisis: state liability under BITS and the legitimacy of the ICSID system», *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 3, n.º 1, 2008, pp. 199-234, e William BURKE-WHITE/Andreas VON STADEN, «Private litigation in public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations», *Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 283-346.

*volatility of the political conditions prevailing in Pakistan at the time*¹¹¹. Já no caso *Generation Ukraine v. Ucrânia*, de forma porventura ainda mais peremptória, o colectivo concluiria que a determinação da razoabilidade das expectativas do investidor não poderia desligar-se das vicissitudes da economia do Estado-anfitrião, visto que: «(...) The claimant was attracted to the Ukraine because of the possibility of earning a rate of return on its capital in significant excess to the other investment opportunities in more developed economies. The claimant thus invested in the Ukraine on notice of both the prospects and the potential pitfalls. *Its investment was speculative* (...). The claimant had managed to secure a 49-year leasehold over prime commercial property in the centre of Kyiv without having participated in a competitive tender and without having made any substantial payment to the Ukrainian authorities (...)»¹¹².

Num outro grupo de casos, envolvendo Estados em transição para economias de mercado, a instabilidade e mutabilidade do quadro regulatório dos principais sectores económicos foi tida em consideração pelos árbitros no sentido de recusar a razoabilidade das

¹¹¹ Cfr. par. 93 da decisão arbitral. V., ainda, o caso *Duke Energy v. Equador*, onde o tribunal segue um entendimento semelhante, afirmando que “as pointed out by the Respondent’s expert, *it is clear that Duke Energy knew that Ecuador’s payments were regularly delayed when it made the investment* (...). Duke Energy was thus aware of the risk that Electroquil could be fined for non-performance and it assumed the related business risk. It appears, however, to have expected that no fines were yet to be imposed on account of facts that predated the investment. *The Tribunal does not believe that this expectation can be viewed as reasonable when one bears in mind the manner in which payments were handled and the opacity that prevailed in the administration of the contract prior to Duke Energy’s investment*. In view of the contract history, the expectation could only have been deemed reasonable if it had been based on clear assurances from the Government” (cfr. par. 350 e 351 da decisão arbitral – os itálicos são nossos). Considerações deste tipo têm igualmente respaldo noutros estudos, como o da UNCTAD «Fair and Equitable Treatment», UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, pp. 71-72, disponível em <<http://www.unctad.org>>) a propósito do standard FET, onde se pode ler: “Investors should also be aware and take into account the level of the country’s development and administrative practices. Indeed, investors are often attracted to developing countries by the possibility of earning a higher rate of return on their capital compared to investment opportunities in more developed economies. It is normal that the prospects of greater profits are accompanied by greater risks, including in the regulatory sphere”.

¹¹² Cfr. par. 20.37 da decisão arbitral – o itálico é nosso.

expectativas do investidor. Foi isso que sucedeu nos casos *Parkerings v. Lituânia*, *Electrabel v. Hungria* e *Nykombs v. Lituânia*. No primeiro, o tribunal afirmou expressamente que, numa situação de transição deste tipo, “*legislative changes, far from being unpredictable, were in fact to be regarded as likely*”, de tal forma que “*as any businessman would, the claimant was aware of the risk that changes of law would probably affect the conclusion of the Agreement*”¹¹³. Embora envolvendo circunstâncias diversas, foi também essa a conclusão a que se chegou no caso *International Thunderbird v. México*¹¹⁴. Aqui, uma empresa norte-americana, que investiu no sector do jogo mediante a importação e instalação de um conjunto de máquinas “de destreza e habilidade”, demandou o México em virtude de as autoridades administrativas deste Estado terem alterado a sua posição relativamente à validade do investimento realizado, à luz da lei mexicana. Apreciando a questão, o tribunal arbitral decidiu nos seguintes termos:

«(...)

It cannot be disputed that Thunderbird knew when it chose to invest in gaming activities in Mexico that gambling was an illegal activity under Mexican activity. By Thunderbird’s own admission, it also knew that operators of similar machines had encountered legal resistance from Secretaria de Gobernación. Hence, Thunderbird must be deemed to have been aware of the potential risk of closure of its own gaming facilities and it should have exercised particular caution in pursuing its business venture in Mexico¹¹⁴.

(...)

Finalmente, há que destacar um terceiro grupo de casos, nos quais o tribunal concluiu que não havia violação do princípio da protecção das legítimas expectativas por o investidor não ter adoptado uma conduta comercialmente prudente, ou não ter avaliado correctamente a viabilidade económica do investimento efectuado. O caso *MTD v. Chile* opôs uma empresa da Malásia ao

¹¹³ V. a opinião dissidente do árbitro Thomas WÄLDE.

¹¹⁴ Cfr. par. 164 da decisão final.

Chile. A primeira pretendia construir uma cidade *ex novo* perto de Santiago, numa zona destinada a uso agrícola nos termos dos planos urbanísticos vigentes. Não obstante, o projecto de investimento foi aprovado pela Comissão de Investimento Estrangeiro, a qual é constituída por diversos órgãos do governo chileno. Posteriormente, porém, o Ministro do Planeamento recusou-se a alterar o plano urbanístico que viabilizaria o empreendimento, invocando que o projecto era inoportuno no quadro da política urbanística que o governo pretendia implementar. O tribunal arbitral considerou que houve violação do FET por parte das autoridades chilenas, sublinhando no entanto que:

«(...)

The BITs are not an insurance against business risk and the Tribunal considers that the Claimants should bear the consequences of their own actions as experienced businessmen. Their choice of partner, the acceptance of a land valuation based on future assumptions without protecting themselves contractually in case the assumptions would not materialize, including the issuance of the required development permits, are risks that the Claimants took irrespective of Chile's actions.

(...))»

Já no caso *Waste Management v. Mexico*, a disputa emergiu de um contrato de concessão para recolha de lixo e limpeza das ruas celebrado entre o município de Acapulco, cidade mexicana, e uma empresa norteamericana, em 1995. A concessão atravessou desde o início diversas dificuldades – resistência dos habitantes locais¹¹⁵, número de clientes

¹¹⁵ Vale a pena explicar a que tipo de resistência nos referimos. Segundo a decisão arbitral, «many of those who had previously picked up and/or dumped waste in the concession area on an informal basis were resistant to the new arrangements. The cast of resisters included the pig-farmers (porcicultores) who took waste food from restaurants as food for their animals; the “pirates” (piratas) who ran unauthorized pick-up trucks looking for (and also dumping) waste, and the hawkers or barrow-men (carretilleros) who would do small jobs, including waste disposal, for a tip. Acaverde eventually reached an agreement with pig-farmers association, but the piratas and the carrilleros were a continuing source of difficulty. In particular, Acaverde complained that permits issued to the “pirates” al-

abaixo do esperado, contratação de mais trabalhadores do que o previsto, e até a ocorrência de um furacão, em 1997 – circunstâncias que motivaram a suspensão da execução do contrato e o início da arbitragem internacional. O tribunal arbitral, constituído ao abrigo do NAFTA, concluiria não ter ocorrido qualquer violação do standard FET, até porque era por demais evidente que o contrato de concessão celebrado não era “*commercially viable, taking into account both the lower than expected proportion of customers serviced and the additional cost incurred*”.

5. Protecção da confiança: que *common core* ?

Julgamos que o tratamento que o princípio da confiança legítima vem recebendo na generalidade dos ordenamentos jurídicos assenta, não sem alguns desvios, naquele que pode ser delimitado como o “*common core content*” do princípio¹¹⁶. Este *mínimo denominador comum*, que se vislumbra no controlo da actividade legislativa e, em *menor medida*, no controlo da actividade administrativa, traduz-se num *esquema técnico* composto fundamentalmente por *duas etapas*: a análise da legitimidade da confiança dos investidores e, sindicada esta, a ponderação entre o interesse particular e o interesse público subjacente à actuação estadual. Esta é uma moldura cujo preenchimento pode ser empreendido à luz de diversos critérios e orientações e cujo escrutínio observa diversos níveis de intensidade (*standards of review*). No entanto, isso não obsta a que se possa concluir que o princípio da protecção da confiança tende a ser um elemento dador de *flexibilidade* e com uma tendência para a prioritização de *elementos subjectivos*, por um lado; e que, por outro, vem recentemente denotando uma crescente *normativização* de um dos seus componentes estruturantes: as expectativas.

lowing them to collect waste in the concession area were not revoked and even continued to be issued. Acaverde also complained that City drivers were picking up waste within the concession area in turn for tips» (cfr. par. 54 da decisão arbitral).

¹¹⁶ Contra a existência de um “*common core content*”, v. Trevor ZEYL, *op. cit.*, p. 225.

5.1. Protecção da confiança e flexibilidade

Essa *flexibilidade* advém do facto de aquelas duas etapas pressuporem uma apreciação casuística, tendo em conta certo tipo de circunstâncias (*vg.*, retroactividade autêntica ou inautêntica, prestação de garantias específicas ou incentivação de comportamentos pelo Estado, período de tempo decorrido desde a emanação da base da confiança, contexto económico-financeiro vigente), dificilmente enquadráveis ou antecipáveis pelo legislador ordinário ou constituinte¹¹⁷. Já a predominância de *elementos subjectivos* resulta sobretudo da atenção conferida à “*psicologia*” do operador económico, que desvia a atenção da conduta estadual centrando-a *naquele que confiou*. Esta incidência faz com que, por exemplo, a constante proliferação de novas políticas ou alterações às já existentes jogue em desfavor do particular cuja confiança, em tais circunstâncias, nunca será tida como *legítima*¹¹⁸. Neste sentido, o princípio da protecção da confiança acaba por não funcionar como um *incentivo* à certeza ou previsibilidade do direito, e, por conseguinte, não é apto a evitar “*la précipitation dans l’élaboration de nouvelles politiques*”¹¹⁹.

Esta “ambiguidade” tem forte expressão na arbitragem do investimento estrangeiro.

¹¹⁷ Neste sentido, v. Sylvia CALMES, *op. cit.*, p. 428.

¹¹⁸ V., a este propósito, o Acórdão n.º 399/2010, que apreciou a constitucionalidade das alterações aos escalões de IRS promovidas pelo legislador aquando do Orçamento de Estado de 2011. No sentido de afastar o princípio da protecção da confiança diz-se aí que “não é possível afirmar que esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afectados não pudessem razoável e objectivamente esperar, tendo em conta que um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal. *Além disso, o anúncio reiterado, no debate político e no espaço público, da necessidade de medidas conjuntas de combate ao défice orçamental e aos custos da dívida pública acumulada apontava no mesmo sentido.*” A conclusão semelhante chegou o TJUE no caso *Di Lenardo* (C-37/02 e C-38/02), a propósito das regras europeias vigentes em matéria de importação da bananas: «In this case, it is enough to point out that the business concerned could not have any reasonable expectation promoted by the Commission that the rules applicable to banana imports from third countries would be maintained. Since the adoption of regulation no 404/93 *those rules have not only been amended many times*, in particular on account of international commitments given by the Community within the framework of the World Trade Organisation, *but require constant adjustment to reflect changes on economic situation*, leaving scope for broad discretion on the part of the Community Institutions» (par. 71).

¹¹⁹ V. Mireille HEERS, *op. cit.*, p. 966.

Aí, a par daqueles casos em que o investidor surge protegido (para além do BIT) por um contrato de investimento contendo uma *cláusula de intangibilidade* ou de *estabilização*¹²⁰, destacam-se na jurisprudência arbitral do investimento dois grupos de casos.

O primeiro tem em mente aqueles casos em que é possível aplicar a doutrina da *confiança por indução* ou, na sua formulação anglo-saxónica, das *investment backed expectations*. Recorde-se, com efeito, que se trata de uma doutrina que tem dois reflexos normativos evidentes no que concerne o funcionamento do princípio da protecção da confiança e, por conseguinte, do FET. O primeiro é o de que, verificados os seus pressupostos operativos¹²¹, a confiança depositada pelos investidores na estabilidade de um determinado acto jurídico público adquire, em princípio¹²², *legitimidade*. O segundo

¹²⁰ Estas são cláusulas que, respectivamente, congelam o conteúdo contratual e asseguram a estabilidade do equilíbrio económico-financeiro deste - sobre o tema, v. VIEIRA DE ANDRADE/Rui de Figueiredo MARCOS (coord.), *Direito do Petróleo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Instituto Jurídico), 2013, p. 161. Como é bom de ver, a protecção outorgada por estas cláusulas (pelo menos pela primeira delas) *supera*, em princípio, aquela que - por intermédio do FET - pode ser oferecida pelo princípio da protecção da confiança, pelo que a valência de um tal princípio fica aí inelutavelmente mitigada. V., neste sentido, os casos *Total v. Argentina* (par. 309 da decisão arbitral), e *AES v. Hungria* (par. 9.3.25).

¹²¹ Tais pressupostos, recorde-se, são fundamentalmente três: que a base da confiança tenha sido emanada com o específico propósito de atrair o investimento (*i*), que o investimento tenha sido realizado *por causa* dessa base (*ii*), e, finalmente, que essa base tenha sofrido posteriormente modificações lesivas para o investimento (*iii*). Neste sentido, Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 142.

¹²² Como vimos, os ordenamentos jurídicos analisados não desconhecem a doutrina da *confiança por indução*. Contudo, como evidenciou a sentença do *Tribunal Supremo* n.º 7406/12, de 21 de Novembro, *nem toda a confiança "induzida" será considerada legítima*. Nesse aresto, o tribunal foi chamado a apreciar a validade, à luz do princípio da protecção da confiança, do Real Decreto 1565/2010, pelo qual se modificavam aspectos ligados à produção de energia eléctrica em regime especial. Após depurada a natureza meramente retrospectiva da norma em causa, o tribunal, pugnando pela respectiva validade, retirou três conclusões importantes: 1) Os titulares de instalações de produção de energia eléctrica em regime especial não têm um *direito à imodificabilidade* do regime jurídico que disciplina a remuneração das suas actividades, quando eles mesmos optaram pelo modelo de subvenções públicas em detrimento do mercado; 2) A eliminação do risco empresarial através da opção pela tarifa regulada é uma vantagem para os operadores, cujo reverso reside precisamente na possibilidade de alteração do regime jurídico em virtude de circunstâncias ulteriores; 3) *In casu*, os operadores económicos, *ainda que incentivados por uma retribuição generosa*, sabiam ou deveriam saber - até pelas alterações já produzidas noutros sectores produtivos - que o esquema regulatório vigente deixara de ser adequado às circunstâncias de facto, em resultado da

é um evidente aumento do *peso relativo* dos interesses dos investidores aquando da actividade de ponderação em que necessariamente culmina a apreciação do princípio da protecção da confiança. O mesmo é dizer que uma *confiança induzida* não é uma confiança *qualquer*, pelo que só em situações de *excepção* poderão evitar que com base nela se conclua por uma violação do standard FET.

O segundo conjunto é necessariamente *residual*, englobando uma série de casos em que surgiram dúvidas relativamente à *legitimidade* ou *razoabilidade* da confiança dos investidores, e em que, portanto, a definição do conteúdo normativo do princípio da protecção da confiança se afigura mais relevante. Alguns desses casos comprovam a *ambiguidade* de que demos conta na primeira nota conclusiva, porquanto *segregam* o critério do operador diligente da actividade estadual geradora da confiança, dando prevalência ao primeiro sobre a segunda.

Assim, no caso *International Thunderbird v. México*, não obstante a informação prestada pela administração mexicana, os árbitros preferiram acentuar a circunstância de a *Thunderbird*, enquanto investidor sensato e prudente, dever conhecer o estatuto jurídico das actividades ligadas ao “jogo” no México.

Na argumentação expendida em opinião dissidente, WÄLDE, criticando a decisão, chama a atenção para o facto de que “the government can not rely on its own ambiguous communications which the foreign investor could and did justifiably rely on, in order to later retract and reverse them – in particular in change of government situations (...). *The FET can not be derived from subjective personal or cultural sentiments*. It must be anchored in objective rules and principles reflecting, in an authoritative and universal or at least widespread way, the contemporary attitude of modern national and international economic law.”

Sem cuidar da bondade de tal proposição, certo é que o autor

crise económica e do crescente deficit tarifário da electricidade. Noutros termos, a alta instância espanhola admitiu cabalmente que a confiança dos operadores de instalações fotovoltaicas havia sido induzida, mas que essa indução não a torna legítima, atentos os demais elementos objectivos de que um operador prudente e razoável deveria ter conhecimento.

toca num ponto fulcral. Parece, de facto, resultar de *alguma* jurisprudência arbitral¹²³ a convicção de que os defeitos de governação dos Estados receptores minam a *legitimidade* das expectativas dos investidores, mesmo quando aqueles hajam impulsionado a confiança destes. Subjaz a este entendimento uma visão algo *paternalista* da *soberania estadual*, relativamente à qual assumimos algumas *reservas*.

É certo, por um lado, que o investidor estrangeiro investe em certos Estados com a expectativa de obter um retorno do seu investimento que não seria possível noutras economias, sendo razoável, por isso, que a esse retorno esteja associado um *risco económico* mais elevado, em boa medida gerado por aqueles *defeitos de governação*¹²⁴. Mas, por outro lado, se um investidor estrangeiro, precisamente porque prudente e sensato, tenta mitigar esse risco obtendo do Estado-anfitrião um compromisso ou declaração quanto à oportunidade ou validade do investimento, e *por isso* decide investir, sustentar que esta decisão não é prudente nem sensata – e que, nessa medida, a expectativa gerada por aquele compromisso não deve ser protegida – é o mesmo que afirmar que certos investimentos, pela simples circunstância de se realizarem em certos Estados, são por inerência *imprudentes e insensatos* e não devem ser empreendidos.

5.2. Protecção da confiança e normativização das expectativas

Arestos recentes de várias jurisdições¹²⁵ demonstram ainda que no requisito da *legitimidade* das expectativas dos investidores está implícita a sua *juridicidade*. O mesmo é dizer que não basta que as expectativas do operador se revelem *lícitas* à luz do ordenamento

¹²³ Referimo-nos aos casos *MTD v. Chile* e *International Thunderbird v. Mexico*.

¹²⁴ A expressão é de Fulvio Maria PALOMBINO, *op. cit.*, p. 84.

¹²⁵ V., a este propósito, para além dos arestos do TJUE já mencionados, a sentença do *Tribunal Supremo* n.º 1633, de 1 de Fevereiro de 1999, e, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 355/2013, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

jurídico gerador da base da confiança, é preciso que elas se revelem *justas* atentos os *princípios* constitucionais e internacionais vigentes no momento da respectiva constituição.

Note-se que esta qualificação adicional implica um juízo normativo que não se sobrepõe integralmente ao juízo *objectivo* – e não meramente *psicológico* – patente no critério do *operador médio*. Aqui procura-se sindicá-la da imprevisibilidade da alteração (legislativa ou administrativa) tomando como padrão a capacidade de leitura do operador *diligente e prudente*. Ali, por seu turno, tem-se em mente um filtro que permita excluir a razoabilidade das expectativas mesmo quando estas possam ter sido induzidas, incentivadas ou de alguma forma garantidas pela conduta estadual, daí defluindo a respectiva *imprevisibilidade* na perspectiva do operador médio. Os *perigos* associados a esta tendência são evidentes¹²⁶, sobretudo pelo impulso, dificilmente controlável, de avaliar a juridicidade das expectativas constituídas no passado à luz de considerações normativas sustentadas no presente.

Contudo, o direito do investimento estrangeiro, tal qualmente demonstrou o caso *Generation Ukraine v. Ucrânia*, é um microcosmos de excelência para esta normatização, por não raras vezes nele estarem em causa investimentos *especulativos*, manifestamente *não sustentáveis* a médio prazo, excessivamente *vantajosos* para a contraparte privada, e que não contribuem para o *desenvolvimento económico* do Estado-anfitrião¹²⁷.

¹²⁶ A doutrina, como vimos, não os ignora – v. Soren SCHONBERG, *op. cit.*, p. 126.

¹²⁷ Não nos referimos a negócios fraudulentos ou corruptos. Por exemplo, de acordo com o *Africa Progress Panel*, no seu relatório de 2013 intitulado, precisamente, “Equity in extractives – Stewarding Africa’s natural resources for all” (disponível em <<http://africaprogresspanel.org/>>), nos Estados africanos pululam as más-práticas comerciais típicas de qualquer país rico em recursos naturais. Uma delas é, precisamente, a subvalorização destes recursos. Revendo cinco contratos de concessão de recursos minerais celebrados pela República Democrática do Congo com investidores estrangeiros, o painel estima que dos mesmos tenham resultado perdas para o Estado na ordem dos 1.36 biliões de dólares em virtude daquela subvalorização (p. 55 e ss.). Neste caso, se os lucros do investidor estrangeiro não foram alcançados à custa de *corrupção* nem tampouco de *violação da lei vigente*, certo é que tais lucros foram superiores àquilo que *deveriam* ter sido, e isso não pode deixar de ter reflexos na *legitimidade* das expectativas, independentemente do grau de *especificidade* ou *incentivação* do compromisso estadual assumido.

6. Bibliografia consultada

- BEHRENS, Peter, “Towards the Constitutionalization of International Investment Protection”, *Archiv des Völkerrechts*, n.º 45, 2007, pp. 153-179.
- BOISSARD, Sophie, “Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité? Le difficile dilemme du juge administratif”, *Cahiers Constitutionnels*, n.º 11, 2001, pp. 1-17.
- BRONFMAN, Marcela Klein, “Fair and Equitable Treatment: an evolving standard”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, pp. 609-680.
- BURKE-WHITE, William, “The argentine crisis: state liability under BITS and the legitimacy of the ICSID system”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 3, n.º 1, 2008, pp. 199-234.
- BURKE-WHITE, William/Andreas von Staden, “Private litigation in public law sphere: The standard of review in investor-state arbitrations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 35, 2010, pp. 283-346
- CALAMITA, N Jansen, “The british bank nationalizations: an international law perspective”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, pp. 119-149.
- CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001.
- CASTILLO BLANCO, Federico, *Protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1998.
- CRAIG, Paul, “Substantive legitimate expectations in domestic and community law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 55, n.º 2, 1996, pp. 289-312.
- CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, 2.^a ed., Oxford, 2012.
- DIPACE, Rugiero, “L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo”, *Diritto processuale amministrativo*, n.º 4, 2012, pp. 1273-1396.
- DOLZER, Rudolf, “Fair and Equitable Treatment: A key standard in investment treaties”, *The International Lawyer*, vol. 39, 2005, pp. 87-106.
- DOLZER, Rudolf/Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008.

- DOUGLAS, Zachary, “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, *British Yearbook of International Law*, vol. 74, n.º 1, 2003, pp. 151-289.
- DUARTE, Tiago, “Arbitragem ICSID e desenvolvimento económico dos Estados”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 269-295.
- DUBOUIS, Louis, “Le principe de la confiance légitime (à propos d’aspects financiers de la politique agricole commune)”, *Revue française de droit administratif*, 2002, pp. 43-45.
- FONTES MARTÍN, António, “Estudio sobre la revocación de los actos administrativos”, *Revista de Derecho*, vol. XIX, n.º 1, 2006, p. 149-177.
- GALLAGHER, Kevin P., “Ampliación de la misión: Acuerdos internacionales sobre inversiones y la reestructuración de la Deuda soberana”, *Investment Treaty News*, n.º 2, tomo 2, 2011/2012, pp. 3-5.
- GALLO, Carlo Emanuele, “I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento”, *Diritto processuale amministrativo*, n.º 1, 2012, pp. 280-292.
- GAMERO CASADO/Fernandez Ramos, *Manual básico de derecho administrativo*, 9.ª ed., Tecnos, 2012.
- GIUSTI, Annalisa, «La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato», *Diritto processuale amministrativo*, n.º 1, 2012, pp. 293-328.
- GOMES, Carla Amado, “Tempo e Revogação no direito administrativo: *les jeux sont faits?*”, *V Encontro de Professores de Direito Público*, Lisboa, Janeiro de 2012, pp. 1-16.
- GRASSO, Gianluca, “Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione”, 2011, disponível em <<http://www.sspa.it>>.
- HEERS, Mireille, “La sécurité juridique en droit administratif français”, *Revue française de droit administratif*, 1995, pp. 963-967.
- HENCKELS, Caroline, “Proportionality and the standard of review in fair and equitable treatment claims: balancing stability and consistency with the public interest”, *Society of International Economic Law Conference*, Singapore, 13 July 2012, disponível em <<http://papers.ssrn.com/>>.
- HIRSCH, Moshe, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent paths”, *Human Rights in International Investment Law*, org. Pierre-Marie Dupuy/Francesco Francioni/Ernst-Ulrich Petersmann, Oxford, 2009, pp. 97-114.

- KALDERIMIS, Daniel, “Investment treaty arbitration as global administrative law”, *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, pp. 145-159.
- KLÄGER, Roland, *Fair and Equitable treatment in international investment law*, Cambridge, 2011, p. 48.
- KLATT, Mathias/Moritz Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, 2012.
- KOLB, Robert, “Principles as sources of international law (with special reference to good faith)”, *Netherlands International Law Review*, vol. 53, n.º 1, 2006, pp. 1-36.
- KULICK, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, 2012.
- KURTZ, Jürgen “Adjudging the exceptional at international investment law: security, public order and financial crisis”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, pp. 325-371.
- LUCHAIRE, François, “La sécurité juridique en droit constitutionnel français”, 2001, disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>.
- MACHETE, Pedro, “O princípio da boa-fé”, *III Encontro de Professores de Direito Público*, Porto, 2010, pp. 1-11.
- MASSERA, Alberto “I principi generali”, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, dir. Mario Chiti/Guido Greco, tomo I, 2.ª ed., 2007, pp. 285-408.
- MERUSI, Fabio, *Buena Fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, 2001.
- MILLS, Alex, “The public-private dualities of international investment law and arbitration”, *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, pp. 97-116.
- MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, Hart Publishing, 2009.
- OCDE, *International investment law: A changing landscape*, 2005.
- OLYNYK, Stephan, “A balanced approach to distinguishing between legitimate regulation and indirect expropriation in investor-state arbitration”, *International Trade and Investment Law Review*, vol. 15, 2012, pp. 254-296.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, «The normative basis of “Fair and Equitable”: General International Law on Foreign Investment?», *Archiv des Völkerrechts*, n.º 46, 2008, pp. 74-105.
- PALOMBINO, Fulvio Maria, *Il trattamento “giusto ed equo” degli investimenti stranieri*, Il Mulino, 2012.

- PARMENTIER, Miriam, “Das Vertrauen in die öffentliche Hand – ein Konzernvertrauen”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 20, 2002, pp. 1378-1387.
- REINER, Clara/Christoph Schreuer, “Human rights and international investment arbitration”, *Human Rights in International Investment Law*, org. Pierre-Marie Dupuy/Francesco Francioni/Ernst-Ulrich Petersmann, Oxford, 2009, pp. 82-96.
- ROBERTS, Anthea, “Clash of paradigms: Actors and analogies shaping the investment treaty system”, *American Journal of International Law*, vol. 107, n.º 1, 2013, pp. 45-94.
- SCHILL, Stephan, “Fair and Equitable Treatment as an embodiment of the rule of law”, *International Law and Justice Working Papers*, 2006/6, disponível em <<http://www.iilj.org/publications>>.
- SCHILL, Stephan, “International investment law and comparative public law”, 2011, disponível em <<http://www.iilj.org>>;
- SCHILL, Stephan, “System-building in investment treaty arbitration and lawmaking”, *German Law Journal*, vol. 12, n.º 5, 2011, pp. 1083-1110.
- SCHONBERG, Soren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2001, p. 49, ROBERT THOMAS, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Hart Publishing, 2000.
- SEILLER, Bertrand, *Droit Administratif – L’action administratif*, 3.ª ed., Flammarion, 2010.
- SIMMA, Bruno/Dirk Pulkowski, “Of planets and the universe: self-contained regimes in international law”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2006, pp. 483-529.
- SPEARS, Suzanne A., “Making a way for the public interest in international investment agreements”, *Evolution in Investment Treaty Law Arbitration*, org. Chester Brown/Kate Miles, Cambridge, 2011, pp. 271-297.
- UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2012, disponível em <<http://www.unctad.org>>.
- VALEMOIS, Anne-Laure, “Le constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en droit français”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 17, 2005, pp. 1-10.
- VAN AAKEN, Anne, “Fragmentation of International Law: the case of international investment protection”, *University of Saint Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, 2007, disponível em <<http://www.ssrn.com>>.

- VAN HARTEN, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007.
- VANDERMAN, Yaaser, “Ultra vires legitimate expectations: an argument for compensation”, *Public Law*, 2012, pp. 85-104.
- VASCIANNIE, Stephen, “The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice”, *British Yearbook of International Law*, 1999, vol. 70, n.º 1, pp. 99-164.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Outubro de 2004”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3934, 2005, pp. 58-62.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Revogação do acto administrativo”, *Direito e Justiça*, vol. 6, 1992, pp. 53-63.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos/Rui de Figueiredo Marcos (coord.), *Direito do Petróleo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Instituto Jurídico), Coimbra, 2013.
- WÄLDE, Thomas, “In the arbitration under art. 26 Energy Charter Treaty (ECT) Nykomb v. The Republic of Latvia”, *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n.º 5, 2005, disponível em <<http://www.transnational-dispute-management.com>>.
- WÄLDE, Thomas/Abba Kolo, “Environmental Regulation, investment protection and regulatory taking in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, pp. 811-848.
- WEILER, Todd, “Balancing Human rights and investor protection: a new approach for a different legal order”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 27, 2004, pp. 429-452.
- WYTHES, Annika, “Investor-State Arbitrations: Can the fair and equitable clause consider international human rights obligations?”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 23, 2010, pp. 241- 256.
- ZEYL, Trevor, “Charting the wrong course: the doctrine of legitimate expectations in investment treaty law”, *Alberta Law Review*, vol. 49, n.º 1, 2011, pp. 203-236.

Revisitando Mill: Mercado(s) e Meta-mercado(s)

Luís Meneses do Vale

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

Sumário: 1. Apresentação; 1.1 Afinidades; 1.2. Oficina; 1.3. Trabalhos de Atlas; 2. Stuart Mill e o Estado Estacionário: a sustentabilidade nas encruzilhadas da crise; 2.1. A economia política de Mill; 2.2. A concepção do estado estacionário; 2.3. Os termos da actual crise económica; 3. A “insustentável comodificação do Ser”; 3.1. Reduccionismos; 3.2. Economicização e imperialismo económico; 3.2.1. O economicismo; 3.2.2. Crítica; 3.3. Mercadorização: “a extensão do domínio da luta”; 3.3.1. Traços gerais; 3.3.2. Elementos para uma recompreensão do mercado; 3.4. Financeirização da economia: o capitalismo metafísico; 4. Sustinet ius; 4.1. Interpelações à filosofia prática; 4.2. A resposta do direito; 4.2.1. O direito e a sociedade; 4.2.2. O direito e a economia; 4.2.3. O direito e o mercado; 4.2.4. O direito e os mercados financeiros; 4.3. Que direito?; 5. Conclusão.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Desenvolvimento. Estagnação. Decrescimento. Mercado. Justiça.



*Atlas Farnese
(Mármore, Sec II d.C).
Museu Arqueológico de Nápoles*

Evocando, a título de simples mote, a concepção de Stuart Mill acerca do *estado estacionário da economia*, (enquanto *horizonte autópico* das sociedades humanas), pretexta-se uma breve reconsideração das relações que o direito (sobretudo público) mantém com a realidade social, e, mais em particular, uma reflexão crítica sobre o papel que lhe cabe no tocante ao mercado e à economia – exercícios tornados candentes a partir do momento em que o vemos a assumir uma tarefa de *promoção da sustentabilidade* e construção de *soluções sustentáveis*, (não só mas também) no quadro de referência do Estado Fiscal de Direito, Democrático e Social.

Com efeito, perante o debate que hoje parece dominar a esfera pública euro-atlântica, opondo, algo simplisticamente, os partidários da *austeridade* aos adeptos do *crescimento*, a recuperação exemplificativa do complexo pensamento do autor inglês, a propósito das exigências-desafios de *sustentabilidade* (na sua tríplice vertente

ambiental, económica e social), permite-nos desocultar os actuais confrontos entre correntes e escolas económicas e os profundos conflitos axiológicos, ideológicos e epistemológicos que lhes estão subjacentes, abrindo a discussão a concepções algo heterodoxas (*economia ecológica, economia do decrescimento, humanismo económico, etc.*), bem como a orientações económicas há muito marginais (*marxismo, institucionalismo, escolha social*).

Destarte, tematizando a actual situação económica simultaneamente como uma *crise da economia*, do próprio *pensamento que a intenciona* e do *discurso que a estrutura*, somos levados a denunciar a insustentabilidade do triplo reducionismo -economicista, mercantil e monetarista/financeiro - que está na sua origem. Todavia, uma benquista recondução da economia ao quadro mais amplo da filosofia prática - tangendo, pois, as respectivas dimensões social, moral, política e jurídica - não pode deixar de concitar uma rápida análise da dialéctica que ela entabula com o direito e do modo como, sendo não só pressuposto e factor co-determinante, mas também objecto e instrumento deste, nele encontra fundamentos, condições, limites e regulação, *inter alia*, para as suas facetas ou componentes mercantis.

Assim, o segundo sintagma que compõe o título, ao mesmo tempo que denuncia a proliferação e multiplicação dos mercados e o elevado grau de reflexividade (quase *metafísica*) que adquirem, visa também denotar a respectiva heterogeneidade e indiciar a *magna quaestio* dos seus limites técnicos, políticos e éticos (actualmente reposta), interrogando-se, de uma perspectiva jurídica, sobre o que está *para além, acima* ou *depois* deles, sobre os *fundamentos* em que repousam e *as finalidades ou metas* que colimam.

1. Apresentação

1.1. Afinidades

Um *encontro* com *colegas* vindos do Brasil, no espaço *fraternal* da *Academia*, é sempre uma feliz oportunidade para redescobrir e reforçar a complexa trama de relações com que se urdem as comunidades humanas, para lá da mera integração económica e da *cultura-mundo de hiperconsumo* (G. Lipovetsky) que a *sustenta*.

Nesta ocasião, uma simples *coincidência de nomes* esconde afinidades pessoais e institucionais insuspeitadas, que me permito desvendar, logo a princípio, cruzando para isso duas pequenas estórias.

A primeira tem cerca de 80 anos e fala-nos de uma menina descobrindo, fascinada, a ascendência e ressoo poético do seu nome, graças a um culto professor de Matemática.

Quanto à segunda, mais antiga, presumo que seja bem conhecida de muitos dos nossos visitantes. Narra-se muito simplesmente. À medida que a *Companhia Paulista das Estradas de Ferro* avançava pelo Brasil, desbravando terreno no seu ímpeto civilizador, ia denominando as vias, gradualmente inauguradas no ramal, segundo uma ordem alfabética. A certa altura, um loteamento de terras concitou mais um baptismo. Consciente da responsabilidade, o deputado Bento de Abreu Sampaio Vidal, encarregado da tarefa, hesitou. Saberria decerto do significado seminal do gesto a que o convocavam, ainda que ignorasse as profundas ligações que a *repartição do solo* e a *nomeação* mantêm com o *nomos* jurídico (H. Arendt, C. Schmitt). De todo o modo, várias hipóteses se suscitaram, houve discussão. Finalmente, influído por um poema que lera durante a sua última viagem à Europa, o deputado escolheu um nome de musa campestre: *Marília*. A terra evocaria, assim, a *pastora de Dirceu*. E eis que, lá nos longes, nos achamos perto.

Afinal de contas, sob o nome arcádico do amante bucólico oculta-se Tomás António de Gonzaga, jurista, poeta e activista luso-brasileiro, filho de mãe portuguesa e brasileiro nordestino (também ele magistrado) e antigo estudante de Coimbra. Com efeito, Tomás comungou nos se-

gredos do Mondego e escreveu mesmo um *Tratado de Direito Natural* para se candidatar à docência na nossa Universidade. No entanto, acabou por seguir as pisadas do pai, tendo sido *juiz de fora* em Beja, antes de rumar ao Brasil. Aí, envolveu-se na *conjuração mineira* e foi preso, sendo afastado para Moçambique após uma comutação de pena. Exercendo funções como *procurador da coroa da fazenda* e *juiz da alfândega*, havia de ficar para a história pelos dois volumes do seu poema maior, *Marília de Dirceu*. E assim, tendo-se sentado, em tempos, nos *bancos* desta casa, é hoje o patrono de uma das *cadeiras* da insigne Academia das Letras Brasileiras.

Quanto ao texto que nos legou, inflitrou-se na língua e fixou-se na cultura, mais no Brasil do que em Portugal. Ainda assim, era nele que, muitos anos depois, um professor de colégio – no Porto ou em Viana, não sei precisar – se inspirava, quando se dirigia a uma aluna usando como vocativo o díptico final da *Lyra IV: Marília* – dizia sempre, antes de a chamar ao quadro – *escuta um triste pastor*.

Esta menina, Marília das Dores Carteado Malheiro Meira Dias de Sousa Menezes, é a minha avó, a quem dedico esta intervenção, quanto mais não seja pela discreta curiosidade que a homonímia nela despertou.

1.2. Oficina

Às antigas lojas de produção e venda integrada, em que beneficiários e contribuintes, no cenário o nome de *workshops*. Que nos reunamos numa *oficina*, não pode deixar de ditar certas opções metodológicas quanto ao teor e ao estilo da minha breve comunicação¹. Na verdade, ciente dos meus poucos dotes artesanais, talhei

¹ Com efeito, não só se dará preferência às visões panorâmicas e às menções epitomáticas dos principais assuntos versados – prescindindo de um extenso rol de aturadas notas de rodapé (das quais, acrescente-se, constarão sobretudo referências bibliográficas passíveis de uma consulta em linha) – como se optará, em consonância, por uma linguagem mais próxima da coloquialidade (abdicando inclusive do pesado plural majestático).

toscamente uma pequena peça que aqui vos trago, juntamente com algumas das ferramentas utilizadas (textos, imagens e gráficos, sobretudo). Espero que a possamos *acabar* em conjunto, no *desbaste* argumentativo que deverá seguir-se.

1.3. Trabalhos de Atlas

a). Congrega-nos hoje a discussão d'os *problemas jurídicos da promoção da sustentabilidade no quadro do Estado Fiscal*.

Na verdade, começámos por eleger o *Estado Fiscal* como moldura de referência, centrando-nos sobretudo na questão da respectiva *sustentabilidade financeira*². Todavia, confrontados com a crise que o assola, nomeadamente no tocante a esta última vertente, reconhecemos a necessidade de mudar de escala, abrindo-nos ao contexto transnacional, e de alargar aos planos económicos, sociais e políticos a demanda de *sustento e sustentação* (Painel I) que nos anima. Sem perdermos de vista o referente da fiscalidade estadual, buscámos, portanto, novos equilíbrios entre beneficiários e contribuintes, no cenário de uma novel articulação entre o direito interno e o direito internacional, sob o pano de fundo de uma estadualidade aberta (Painel II). Agora, antes de descermos novamente ao concreto, para nos concentrarmos nos mecanismos de governança característicos da intervenção jurídica sobre a realidade levada a cabo pelo coevo *Gewährleistungstaat* regulador – que radicalmente interpelam o direito no seu sentido, modo-de-ser e metodologia tradicionais – impõe-se, senão uma *interrupção*, pelo menos, uma *suspensão*, parentética, do curso das nossas reflexões, a fim de questionar o significado das indagações feitas e das principais proposições aventadas e de tematizar a *construção de soluções sustentáveis* (Painel III), que especificamente nos ocupará.

² V. José Casalta NABAIS/ Suzana TAVARES DA SILVA (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Almedina, Coimbra, 2011.

b). Desde logo, a *juridicização* (no duplo plano constitucional e transnacional³) desta nova *ideia-força* de *sustentabilidade*, suscita graves problemas jusfilosóficos e teórico-jurídicos, v.g. no que respeita ao direito público geral, porque contende com os fundamentos, pressupostos, conteúdo, funções, vigência e realização deste. Na verdade, entre outras coisas, importa saber *se, porquê, como e para quê* deve o direito assimilar e realizar o novo *eidós*. Estas interrogações capitais não deixam de ecoar no título e subtítulo que nos servem de enquadramento, em cujos termos despontam vários núcleos problemáticos de reflexão: quais, afinal, os problemas jurídicos resultantes da promoção da sustentabilidade? A quem cabe, e como se cumpre, a referida função promocional? O que deve entender-se por sustentabilidade, neste ensejo? Questões tornadas essenciais, assim que nos empenhamos em construir soluções sustentáveis, também em termos jurídicos, e em responder aos problemas *de* e *do* direito, gerados pela sobredita promoção da sustentabilidade, com fundamento, nos limites, segundo a regulação directiva e mediante os meios da própria juridicidade.

Naturalmente que o cerne deste questionamento se prende com a própria sustentabilidade (agora alegadamente juridificada), visto que o lastro histórico e a generalizada divulgação de que beneficia não dispensam investigações mais aturadas a seu respeito. A começar pela instituição de uma gramática básica, em cujo âmbito se apurem os sujeitos e complementos da *praxis* de sustentação, determinando *o quê*, ou *quem*, *sustenta* o *quê*, ou *quem*, e *como*, e ajudando, desta feita, a descodificar o *quid* da sustentabilidade nos diferentes jogos linguísticos em que tenha curso.

Fixados neste último aspecto – sem qualquer pretensão de reconstituirmos, por ora, a genealogia da nova figura – apercebemo-nos de que a sustentabilidade tem feito um caminho de gradual afirmação, expansão e inculcação, desde as suas modernas origens na *Conferência do Rio*, passando pelo célebre *Relatório Brundtland*, até à

³Talqualmente assumida na apresentação do nosso caderno de trabalhos.

Declaração Millenium sobre os objectivos do desenvolvimento – evoluindo das mais genéricas preocupações com a sobrevivência sustentada da Terra, da Vida e da Humanidade, para o cuidado com a sustentação das comunidades humanas e das suas mais diversas práticas, instituições e discursos em diversos contextos espaço-temporais. Na verdade, a despeito das críticas que tenha merecido (em razão da latitude e plasticidade que exhibe⁴), a sustentabilidade tornou-se num elemento estrutural típico do Estado (P. Häberle) e numa dimensão auto-compreensiva da constituição, enquanto princípio de um novo paradigma secular (Gomes Canotilho⁵).

Na impossibilidade de explorar as plúrimas significações contidas neste *Verbandsbegriff* (W. Kahl), atrevo-me a destacar dois dos seus precípuos caracteres ou predicados (com maior relevo ou implicação de uma óptica jurídico-política).

Assim, aventaria que, não obstante as suas múltiplas nervuras e irradiações, a sustentabilidade se distingue especialmente pela introdução de uma dimensão temporal de durabilidade e perseverança na equação dos problemas da existência humana em sociedades politicamente organizadas. Abre, portanto, uma perspectiva de continuidade e de possível evolução, ao mesmo tempo que concerne ao sustento e sustentáculo desse projecto-garantia de persistência ou subsistência no tempo.

Daí decorre, aliás, a sua reconhecida *transversalidade*, já que esta componente temporal atravessa, intersecta e entretece vários aspectos da vida humana em comum. Razão pela qual se surpreendem, na sustentabilidade, diferentes vertentes, das quais é costume salientar a ecológica ou ambiental, a social e a económica.

Ora, a panóplia de exigências que derivam desta polivalência lança um desafio dúplice ao direito, qual seja o de as arbitrar, pon-

⁴ Vendo-se, por isso, frequentemente apodada de *fórmula vazia*, *buzzword* ou *Modewort*.

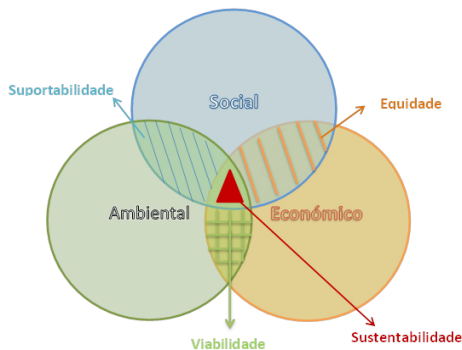
⁵ V. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, tomo I, Coimbra, 2012, pp. 1-11.

derar e compor equilibradamente e o de, quanto possível, a todas realizar, evitando que qualquer uma delas sobrepuje as demais, ou que se acrisolem e cristalizem, de modo empobrecedor, esgotando o potencial normativo da ideia de sustentabilidade.

Quanto a este último aspecto, cumpre ter presente, antes do mais, que, a par dos três momentos assinalados, se torna cada vez mais avisado incluir neste amplexo, autonomizadamente, os requisitos da sustentabilidade política e da sustentabilidade cultural.

Por outro lado, no que respeita aos conflitos entre as mencionadas valências e aos esforços de negociação, compromisso e, eventualmente, consensualização e síntese que requerem, importa ter em conta o pecúlio reflexivo já acumulado, do qual constam alguns esquemas combinatórios, normalmente objecto de representações ideográficas. Desta sorte, recorrendo a um diagrama de Venn, é costume ilustrar as zonas de sobreposição (e necessária transacção) entre as três componentes, definido uma área de *viabilidade económico-ecológica*, uma faixa de *suportabilidade ecológico-social* e uma esfera de *equidade sócio-económica*, correspondentes às zonas de intersecção dos diferentes círculos. As exigências assim feitas são, todas elas, bidimensionais, requerendo, respectivamente, a viabilidade económica do ecológico e ecológica do económico, a suportabilidade ecológica do social e social do ecológico e a equidade simultaneamente social e económica. Na região em que os três círculos se justapõem, achar-se-ia, enfim, a área por excelência da sustentabilidade económica, ecológica e social.

Legenda 1: Sustentabilidade



Contudo, os problemas não se ficam pela compatibilização destas diferentes demandas, uma vez que a clara tendência para a hipertrofia de uma delas - a economia – levanta dificuldades específicas; na verdade, essa pulsão hegemónica faz-se sentir com especial intensidade no sobredito plano temporal, radicalmente constitutivo da ideia de sustentabilidade.

Com efeito, a economia de mercado, com especial protagonismo para a sua vanguarda financeira, pressupõe e promove a soberania de um tempo instantâneo que conflitua com o tempo democrático da política e do Estado, com o tempo estratégico das empresas⁶ e com o tempo psicológico dos indivíduos (D. Innerarity)⁷.

Ao mesmo tempo que presenciamos o deslaçamento social, a degradação ambiental, a pauperização (superficialização e homogeneização) cultural e a descredibilização da política, experimentamos também o hodierno *capitalismo total* (J. Peyrelevalde) como *meta-matriz anónima*⁸, oscilando temporalmente entre a volatilidade do instantâneo *desumano*, no qual primam as máquinas de algoritmos das bolsas, e o ajustamento social automático de longo prazo, que nos remete para o horizonte *transumano* de uma prometida *subida da maré*, proveitosa para todos, mau grado as vítimas sacrificadas durante a vazante. Razão pela qual se reivindica, a partir do próprio *mundo-da-vida*, a necessidade de uma recuperação da pluralidade de escalas e tempos da acção e do pensamento humanos, contrariando os hipercódigos imperantes (*velocidade/lentidão, aceleração/abrandamento, mobilidade/quietismo, imediato/mediato*)⁹

⁶ Para uma diferenciação da perspectiva das *empresas* e da óptica do *mercado*, v. a conferência proferida por Colin CROUCH na Universidade de Warwick, acerca do seu livro *The strange non-death of neoliberalism* (disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=R3oZaDFXelc>>). O autor concentra-se sobretudo na empresa (a *big corporation*), enquanto específica forma de *governance*, face ao Estado e ao mercado.

⁷ V. Daniel INNERARITY, *O Futuro e os seus Inimigos*, Teorema, Lisboa, 2011, p. 101.

⁸ A expressão acusa a influência da terminologia teubneriana.

⁹ A que nos referimos em *A Administração e o Direito interpelados pelas categorias da velocidade e do Movimento* (Notas para um diálogo jurídico com Peter Sloterdijk e Paul Virilio a partir de Ernst Jünger) - texto de apresentação da segunda tertúlia in-

e restaurando as mediações culturais, posto que sistemicamente estruturadas, da autonomia individual e colectiva. Uma tarefa que compete também ao direito, do qual se espera que ordene os espaços humano-sociais e naturais e que *ligue* e *desligue* passado e futuro¹⁰, ao serviço da justiça horizontal e vertical, na preservação jurídica da *Zukunftsmöglichkeit* e da *Zukunftsfähigkeit*¹¹.

Sem embargo dos fascinantes milagres e prodígios da auto-regulação ecossistémica, estamos perante uma indeclinável responsabilidade humana. Já não podemos confiar nos braços titânicos de Atlas para impedir que a terra e o mar se fundam, que a abobada celeste mergulhe nas águas e que, metaforicamente, as várias facetas do homem desapareçam por detrás de uma única máscara robinsoniana. Temos, pois, de evitar o destino dos atlantes, porque, como a história nos ensinou, nenhuma civilização está imune ao colapso¹². Falta-nos decerto um arquimédico ponto de sustentação e alavanca-gem do mundo, mas já não podemos invocar os alibis da ignorância e da impotência para nos desculparmos pelas nossas omissões.

A esta instância prática não deve o direito permanecer alheio, cabendo-lhe incorporar e realizar importantes dimensões do projecto da sustentabilidade, enquanto concerne também ao problema humano do acesso mediado ao mundo, numa busca do equilíbrio fugidio entre a singularidade e a comunidade, fundada na (e regulada pela) ideia de dignidade pessoal.

tegrada na XI Semana Cultural da Universidade de Coimbra, 2009 (ainda inédito).

¹⁰ Como *memória* e *perdão*, *promessa* e *questionamento*, respectivamente – v. François OST, *O tempo do Direito*, Piaget, Lisboa, 2001.

¹¹ Sobre a *futuridade* do direito, v. as brevíssimas referências feitas em Luís Meneses do VALE, “Ética do Discurso e Informação Societária”, in Rui Pinto Duarte/ Pedro Pais de Vasconcelos/ J. Coutinho de Abreu (Coord.), *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 470 e 471. Para uma visão mais completa, cf. António José Avelãs NUNES/Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (org.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008.

¹² V. Jared DIAMOND, *Colapso. Ascensão e queda das sociedades humanas*, Gradiva, Lisboa, 2008.

Para o efeito, urge enfrentar o *predomínio* (M. Walzer) do económico, reflectindo-o crítico-normativamente, no intuito de o re-situarmos no contexto mais amplo da filosofia prática. Só assim lograremos divisar o sentido do direito e os moldes da sua realização com respeito à sustentabilidade - seja como exigência ética, seja como propósito político ou como necessidade/interesse económico -, aferindo da relação que mantém com os pertinentes conteúdos materiais e as estruturas institucionais da sociedade.

Nesse sentido, nada melhor, para começo, do que recorrer à lição de um clássico, provocando o auditório a uma reflexão problematizante do *status quo*.

2. Stuart Mill e o Estado Estacionário: A Sustentabilidade nas Encruzilhadas da Crise

2.1. A Economia Política de Mill

A riqueza do pensamento e da obra de Stuart Mill¹³ não se compadece com os constrangimentos de tempo a que estamos sujeitos neste breve bosquejo. Trata-se de um autor complexo, herdeiro de várias tradições – as quais procurou conciliar num esforço de formação incessante, iniciada logo aos três anos, sob o impulso metódico do pai. Estudioso do grego e do latim desde a infância, Mill leu os clássicos da antiguidade antes de atingir a adolescência e dedicou-se à lógica e à matemática (bem como à filosofia geral) desde muito cedo. Dobrados os 20 anos, uma depressão nervosa levou-o a procurar na poesia uma educação dos sentimentos que complementasse o árido treino intelectual a que fora submetido. A experiência do amor, por sua vez, acentuou-lhe a feição romântica, ao mesmo tempo que o acordou para a condição da mulher, aprendida com a

¹³ Fred WILSON, “John Stuart Mill”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Thu. Jan. 3, 2002; substantive revision Tue. Jul. 10, 2007 (<<http://plato.stanford.edu/entries/mill/>>).

sua companheira de uma vida. Ademais disto, desempenhou cargos públicos de relevo e associou a prática política (tendo chegado a ser eleito deputado pelos *whigs*) ao interesse científico que por ela nutria. Na verdade, se quiséssemos sintetizar os *Leitmotiven* fundamentais da sua reflexão juspoliticamente mais relevante, realçaríamos decerto a *democracia*, a *liberdade*, a *utilidade* e a *igualdade de género*¹⁴.

Normalmente associado ao utilitarismo e ao liberalismo individualista, Mill primou pela moderação com que procurou caldear as muitas influências recebidas ao longo da vida, na busca de vias intermédias. Individualista, de um prisma filosófico e epistémico-metodológico, manteve-se sempre atento à influência das relações sociais na compreensão do homem e da colectividade. Reformista convicto, na linha dos utilitaristas, reconheceu o valor das tradições (provado pela respectiva resiliência e longevidade), advogando uma conciliação criteriosa de estabilidade e mudança. Fervoroso racionalista, cultivou-se na poesia de Wordsworth, valorizando as emoções humanas. Defensor intransigente da liberdade, compreendida como ausência de coerção (que não de toda e qualquer causação), nunca descurou o bem-estar social, numa perspectiva que tinha por *socialista*. Teorizador da inferência indutiva, a partir da aturada análise empírica da realidade, dedicou-se também aos estudos lógico-dedutivos, que muito apreciava. Focado sobretudo nos problemas políticos da democracia representativa e nos perigos associados às maiorias, sobressaiu igualmente como um feminista *avant la lettre*, para o que muito contribuiu o exemplo da sua mulher Harriet Taylor.

Mesmo a filosofia moral utilitarista de Stuart Mill se mostra sofisticada. Com efeito, fez sempre questão de conferir à categoria da utilidade um uso positivo e construtivo, dissentindo dos seus precursores. Colocou sempre o bem-estar social ao serviço da livre realização pessoal. Distinguiu qualitativamente os prazeres, superando

¹⁴ Temos aqui em mente quatro das suas obras: *Considerations on Representative Government* (1851), *On Liberty* (1859), *Utilitarianism* (1861) e *The subjection of women* (1868).

as usuais considerações quantitativas acerca da satisfação dos desejos, e reconheceu a continuidade e fusão entre meios e sentimentos de prazer, que tende a gerar-se na vida real.

Do ponto de vista económico, seguindo na esteira de Ricardo, ao defender o *laissez-faire* em nome do livre florescimento pessoal, acabou por entender que este requer igualmente a liberdade política. Acreditava, por sobre isso, que o interesse pessoal e o desejo de obter lucros não são as únicas motivações da conduta individual, sendo de relevar os enquadramentos culturais e o próprio hábito. Recusava-se, por exemplo, a acreditar que salários, lucro e rendas obedecessem a leis férreas, asseverando antes que dependiam do ambiente institucional, podendo por isso ser modificados. Tal resultava sobremaneira evidente no tocante às regras de distribuição, que entendia deverem ser encaradas como instituições humanas, por contraste com as naturais leis da produção.

Por outro lado, tendo esboçado o modelo metodológico de individualista racionalidade que haveria de se tornar paradigmático na economia - a ponto de o arvorar em *locus classicus* do pensamento económico ortodoxo do último quarto do século XIX -, reconhecia o importante papel das empresas, propugnando inclusive a extinção dos salários e a formação de associações de produtores. Não admira que, na sua autobiografia, assumisse expressamente ter por objetivo maior o de apurar (1873): “*how to unite the greatest individual liberty of action, with a common ownership in the raw material of the globe, and an equal participation of all in the benefits of combined labour.*”

2.2. A concepção do estado estacionário

a). A percepção da existência de ciclos económicos e de conjunturas e períodos estruturais de expansão ou de depressão económica não constitui propriamente uma novidade. No entanto, durante séculos, a dependência humana da natureza tornava plausível o fatalismo e as interpretações cosmológicas e teológicas da evolução

social e da sorte individual. Só com a autonomização filosófica da reflexão sobre a produção e distribuição dos recursos necessários à provisão das necessidades e satisfação dos interesses dos indivíduos (à medida que estes últimos se emancipavam do contexto comunitário e do holismo prático-cultural que o caracterizava), por um lado, e com o desenvolvimento da metodologia científica de observação empírica da realidade e das técnicas de domínio e controlo dos recursos produtivos, por outro lado, ficaram estabelecidas as condições basilares para a difusão de um discurso progressista no campo económico. Com efeito, o incremento da capacidade de controlo e manipulação do meio ambiente e a crescente consciencialização do seu significado alimentaram verdadeiras utopias de bem-estar, legitimando as expectativas de um crescimento económico permanente, não obstante os inevitáveis reveses esporádicos - de origem humana (guerras) ou natural (terramotos, cheias, secas).

Contra o optimismo característico do racionalismo e do voluntarismo modernos, sempre se ergueram, porém, vozes dissonantes, sob a forma de advertências moralistas, a partir de românticas resistências às unidimensionais compreensões do mundo e, mais especificamente, no seio da própria ciência económica emergente.

Neste último caso, algumas das dúvidas mais inquietantes foram lançadas, logo em 1798, por Thomas Malthus, no seu *An Essay on the Principle of Population*, uma obra repleta de negros cenários e terríveis perspectivas evolutivas, para cuja prevenção ou minoração se preconizavam aberrantes soluções eugénicas, por vezes eivadas de racismo.

No entanto, o espectro da estagnação e da ausência de crescimento continuou a rondar o pensamento económico, sendo frequentes as reflexões dos economistas clássicos acerca de um possível estado estacionário da economia.

De acordo com Adam Smith, por exemplo, no longo prazo, o aumento da população, em consequência da melhoria das condições humanas, seria inevitavelmente responsável por uma diminuição dos salários e por uma crescente depleção dos recursos, ao mes-

mo tempo que a efectividade da divisão do trabalho se aproximaria, cada vez mais, dos seus limites. Para o filósofo escocês - tal como, mais tarde, segundo Ricardo - as profecias de um *estado estacionário* estariam fadadas a cumprir-se, antes mesmo que a sociedade atingisse um nível de vida generalizadamente elevado, do qual beneficiasse toda a população¹⁵.

b). A concepção de Mill a este respeito revela-se um pouco diferente. Em seu entender, o estado estacionário ocorreria com a maximização do nível de bem-estar do conjunto da sociedade, representando um horizonte risonho, posto que longíquo. Com efeito, não obstante a contínua diversificação e progresso tecnológicos (que reduzem a quantidade de trabalho necessário à produção), assistir-se-ia, com o tempo, a uma cessação do acúmulo de capital, primeiro nos países desenvolvidos e, depois, nos subdesenvolvidos. Todavia, a tendência para o *crescimento zero* levaria também a uma diminuição da população, permitindo que o rendimento *per capita* se mantivesse estável, enquanto a libertação do trabalho pesado geraria mais tempo livre. Assim, à medida que os mais elevados padrões de vida fossem atingidos e o crescimento do produto cessasse, as preocupações deslocar-se-iam para a distribuição do rendimento e da riqueza¹⁶ e a sociedade devotar-se-ia - como devia - à cultura, ao lazer, à evolução espiritual e à preservação do meio ambiente¹⁷.

Vale a pena recuperar a elegante prosa de Stuart Mill.

I cannot (...) regard the stationary state of capital and wealth with the unaffected aversion so generally manifested towards it by

¹⁵ V. Nali de SOUZA, “Desenvolvimento segundo Stuart Mill e Alfred Marshall”, in *Desenvolvimento Económico*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

¹⁶ *It is only in the backward countries of the world that increased production is still an important object: in those most advanced, what is economically needed is a better distribution (...)* – v. John Stuart MILL, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, 1848, Book IV, Chapter VI («of the Stationary State»), IV 6.6. (acedido on-line em <<http://www.econlib.org/library/Mill/mlP61.htm#Bk>>).

¹⁷ V. Nali de SOUZA, “Desenvolvimento segundo Stuart Mill e Alfred Marshall”, *op. cit.*

*political economists of the old school. I am inclined to believe that it would be, on the whole, a very considerable improvement on our present condition. I confess I am not charmed with the ideal of life held out by those who think that the normal state of human beings is that of struggling to get on; that the trampling, crushing, elbowing, and treading on each other's heels, which form the existing type of social life, are the most desirable lot of human kind, or anything but the disagreeable symptoms of one of the phases of industrial progress*¹⁸.

Mais enfaticamente ainda do que em Adam Smith - cuja metáfora da *mão invisível*, por muito divulgada, tende a obliterar as críticas que o autor dirigiu a uma sociedade puramente egoísta e o apelo que fez aos sentimentos morais complementares do interesse pessoal – censura-se a omnicomprensividade da *competição* típica do mercado e a legitimação irrestrita do *interesse próprio* e da *inveja*, que estão na sua base.

Por outro lado, estabelece-se uma clara distinção entre o mero crescimento económico e a prosperidade ou aperfeiçoamento e melhoria das sociedades humanas:

*[A] stationary condition of capital and population implies no stationary state of human improvement. There would be as much scope as ever for all kinds of mental culture, and moral and social progress; as much room for improving the Art of Living, and much more likelihood of its being improved, when minds ceased to be engrossed by the art of getting on. Even the industrial arts might be as earnestly and as successfully cultivated, with this sole difference, that instead of serving no purpose but the increase of wealth, industrial improvements would produce their legitimate effect, that of abridging labour.*¹⁹

Desta óptica, o estado estacionário corresponderia, não a uma situação ideal sem tempo nem lugar (*u-topia*), mas a um verdadeiro e viável paradigma de *boa sociedade* (*eu-topia*), pós-crescimento e muito mais do que simplesmente mercantil, para o qual a humanidade deveria encaminhar-se, através de um conjunto de transformações graduais nos seus

¹⁸ V. John Stuart MILL, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, *op. cit.* 6.5, §2.

¹⁹ V. IBIDEM, IV 6.9.

modos de organização, relacionamento e actuação. O caminho, ainda que amplo, estaria relativamente bem traçado:

Only when, in addition to just institutions, the increase of mankind shall be under the deliberate guidance of judicious foresight, can the conquests made from the powers of nature by the intellect and energy of scientific discoverers become the common property of the species, and the means of improving and elevating the universal lot²⁰.

c). Não se pense que as inquietações (mas também as aspirações) que rescendem desta lucubração em torno do estado estacionário foram varridas para um canto da história. Certamente que a *cientificização* da economia, mormente através da sua formalização matemática e assimilação à física mecânica, pretenderam expurgá-la de todos os vestígios ideológico-políticos e normativos, ao mesmo tempo que codificaram a utopia alternativa de uma ordem económico-social automaticamente equilibrada através do funcionamento natural e espontâneo do mercado. No entanto, os embates com a realidade puseram em crise a crença na regular estabilidade da economia e mantiveram a ciência económica aberta a diferentes perspetivações teóricas bem como a diversas reflexões valorativas e políticas, ainda que marginais.

Por isso, quem, como Keynes, afincadamente estudou a crónica instabilidade da economia (e os modos de a minorar e corrigir), não deixou igualmente de projectar um futuro, não muito longínquo, no qual a sociedade pudesse focar-se mais nos fins (felicidade e bem-estar) do que nos meios (crescimento económico e prossecução individual do lucro), preferindo o bom ao útil, vencendo o detestável vício do amor ao dinheiro, e remetendo os problemas económicos para o seu devido lugar no coração e cabeça do homem: atrás das questões concernentes à vida, das acções e relações humanas, da arte e da religião²¹.

²⁰ V. IBIDEM, IV.6.9.

²¹ V. John Maynard KEYNES, “Economic Possibilities for our Grandchildren” (1930), Scanned from John Maynard Keynes, *Essays in Persuasion*, New

Também nos nossos dias há ainda alguns herdeiros - inclusive mais explícitos - da clássica teorização acerca do estado estacionário. Pelo menos três grupos merecem uma menção: os defensores de uma *economia do estado estacionário*, os advogados de um *desenvolvimento sustentável* e os adeptos de uma *economia do decrescimento*.

i. Entre os primeiros sobressai Herman Daly, professor da Universidade de Maryland e ex-funcionário do Banco Mundial, considerado um dos fundadores - juntamente com Robert Costanza, Ann Marie Jansson e Joan Martinez-Alier, *inter alia* - do novo campo da economia ecológica (*ecological economics*), configurado a partir da sociedade internacional com o mesmo nome e das respectivas publicações. Discípulo de um dos pioneiros da *bio-* ou *termoeconomia*, N. Georgesco-Roegen, H. Daly tem levado a cabo um notável trabalho de combinação da teoria dos limites do crescimento do seu mentor com os dados da economia do bem-estar, os princípios ecológicos e a filosofia do desenvolvimento sustentável. Assumindo que a economia humana se encontra embebida na natureza e que os processos económicos correspondem a transformações biológicas, físicas e químicas que reclamam análises transdisciplinares, Daly preconiza uma economia deliberadamente estacionária (com todas as consequências que tal acarreta para o modo de vida nas sociedades desenvolvidas)²², em contraste com o crescimento anémico ou “negativo” (sic), que actualmente atormenta o “primeiro mundo”²³.

York: W.W.Norton & Co., 1963, pp. 358-373 (acedido *on-line* em <<http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf>>).

²² Não surpreende, por isso, que o autor se debruce sobre questões demográficas, financeiras, comerciais, fiscais, atinentes ao emprego ou até à própria felicidade humana, adiantando uma enorme gama de medidas nesses diferentes domínios (criação de sistemas de «cap-auction-trade», reformas fiscais ecológicas, diminuição da duração do trabalho por ano, mês e dia, re-regulação do comércio internacional, redução da importância do Banco Mundial e da OMC, estabilização populacional, alteração do regime de reservas bancárias, etc.).

²³ V. Por exemplo, Herman DALY, *A Steady-State Economy*, Sustainable Development Commission, UK, April 24, 2008 (acessível no endereço: <<http://www.sd-commission.org.uk/publications.php?id=775>>) e IDEM, “Economics in a Full World”, *Scientific American*, September 2005, Vol. 293, Issue 3 (disponível *on-line* em: <http://sef.umd.edu/files/ScientificAmerican_Daly_05.pdf>).

ii. Quanto aos apelos a um desenvolvimento sustentável, converteram-se num lugar comum, pelo menos desde que autores como Gunnar Myrdal chamaram a atenção para as petições de princípio e as nefastas consequências das visões meramente *PIB'istas* da economia. Hoje, a diferenciação entre crescimento e desenvolvimento tem tamanho acolhimento no seio das Nações Unidas (inspirando os diferentes níveis da *governance* global), que nos dispensa de aprofundamentos complementares. Emblemática da nova consciência ecológica, social e ambiental é a distinção estabelecida por Amartya Sen (que associou expressamente o desenvolvimento à liberdade e ao frutescimento pessoal)²⁴ entre as noções de *prosperidade* como simples *opulência* ou *abundância*, como *utilidade* (que possui já uma componente qualitativa) e como *capabilitação*²⁵.

iii. À economia do decrescimento cabe um especial destaque, dada a mais declarada originalidade das suas propostas. Partilhando

²⁴ V. Amartya SEN, *O desenvolvimento como Liberdade*, Gradiva, Lisboa, 2003.

²⁵ Sobre esta última, v., por último, Amartya SEN, *The Idea of Justice*, Allen Lane, London, 2009 e Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 2011. V. também Tim Jackson, um autor cujo pensamento nos permite estabelecer uma ponte entre os vários grupos assinalados, ao reconhecer que o crescimento continuado é insustentável, por um lado, mas que um puro e simples decrescimento se afigura difícil e muito arriscado, por outro. Considerando que a crise de 2006 veio confirmar a insustentabilidade económica e financeira de um sistema há muito ecologicamente inoportável e que o crescimento material, a partir de certo ponto, nem sequer acarreta uma melhoria do bem-estar das pessoas, Jackson propõe uma redefinição da prosperidade como capacidade (naturalmente limitada) para o florescimento, que vai ao encontro das nossas expectativas e esperanças (*pro-speres*). Na sequência, concebe um programa para a promover, mediante a construção de uma macro-economia sustentável que respeite os limites ecológicos e proteja as capacidades. Acerca destes objectivos e dos passos em que se desmultiplicam e concretizam, v. Tim JACKSON, *Prosperity without growth. The Transition to a Sustainable Economy, Sustainable Development Commission*, March, 2009. (Inicialmente lançada como um relatório da Comissão de Desenvolvimento Sustentável, esta obra foi depois revista e aprofundada, para dar origem ao livro *Prosperity without Growth. Economics for a Finite World*, Earthscan, London/NewYork, 2009).

terrenos com as correntes anteriores, esta perspectiva increpa, todavia, o crescimento sustentável, cuja designação considera oximórica, e propõe-se ir mais longe do que a teoria do estado estacionário, apesar das influências comuns.

Com efeito, trata-se de um movimento político, social e económico anti-productivista e anti-consumerista, que propugna uma verdadeira reordenação dos valores sociais. As suas raízes mais remotas mergulham no anti-industrialismo do século XIX, mas foi graças à acção do Clube de Roma e às obras de autores como Georgescu-Roegen, André Gorz ou Ivan Illich que atingiu a ribalta. Com efeito, logo em 1971, o primeiro destes três autores demonstrou que o modelo económico neo-clássico não leva em conta a segunda lei da termodinâmica [porque descarta a degradação da energia e da matéria (*entropia*)], carecendo, por isso, de uma radical revisão e substituição²⁶.

Mais recentemente, Serge Latouche retomou o projecto, aprofundando-o através de uma série de ensaios, monografias e conferências, nas quais o apresenta como uma utopia concreta escorada num conjunto de objectivos interdependentes, constitutivos de um círculo virtuoso de *decrecimento sereno, convivial e sustentável: reavaliar, reconceptualizar, reestruturar, redistribuir, relocar, reduzir, reutilizar e reciclar*²⁷.

Apesar da razoável consistência das proposições aventadas, a teoria do decrecimento não se furtou a várias críticas, provindas dos mais variados quadrantes: de uma perspectiva liberal, vê-se acusada de infundada descrença na auto-regulação dos mercados e na destruição criativa; de uma certa óptica marxista, exprobra-se-lhe a condenação indiscriminada do crescimento, quaisquer que sejam os seus efeitos em termos de justiça e de bem-estar; os represen-

²⁶ V. Nicholas GEORGESCU-ROEGEN, *O Decremento*, Instituto Piaget, Lisboa, 2012. A tradução portuguesa corresponde à 3.ª edição gaulesa, revista e aumentada. A primeira edição francesa data de 1979, tendo sido lançada sob o título *Demain de la décroissance*; na segunda, de 1995, o livro foi publicado como *La décroissance*.

²⁷ V. Serge LATOUCHE, *Petit traité de la décroissance sereine*, Mille et une nuits, Paris, 2007.

tantes dos países em desenvolvimento censuram-na por pretender vedar-lhes possibilidades de crescimento de que o primeiro mundo beneficiou no passado; outros apontam-lhe ainda a subestimação do efeito do *decoupling*²⁸ e das consequências do progresso tecnológico na superação dos limites naturais ao crescimento.

No entanto, estas impugnações são contestadas com a demonstração das falhas e limites do mercado, a recusa de todo e qualquer produtivismo e o apelo a uma nova atitude civilizacional - que envolva países em diferentes patamares de desenvolvimento no reconhecimento conjunto dos naturais constrangimentos que nem a crescente imaterialização da economia, nem os ganhos de produtividade propiciados pelas conquistas da tecnociência alguma vez se mostrarão suficientes para ultrapassar²⁹.

²⁸ A noção de *desacoplamento* (ou dissociação) refere-se à possibilidade de aumento dos níveis de *output* económico apesar da diminuição do *input* de energia e recursos, um fenómeno que supostamente estaria a aumentar no actual período de transição para sociedades informacionais.

²⁹ Com efeito, a investigação empírica ao longo da história revela que os ganhos de eficiência no uso de recursos, obtidos através do progresso tecnológico, são normalmente seguidos por um aumento da taxa de consumo do recurso em causa. É o chamado *Paradoxo de Jevons* ou efeito de ressalto (*rebound*). V. o já famoso livro de Richard WILKINSON e Kate PICKETT, *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, Penguin Books, London, 2010, maxime, o Capítulo I (*The end of an era*) da *Part One (Material Success, Social Failure)* e o capítulo 15 (*equality and sustainability*), em particular, as páginas 224 e 225 (sobre a *steady-state economy*) e 226 a 233 (*Inequality and consumerism*). Para os autores, o crescimento económico parece ter terminado o seu trabalho enquanto motor de progresso, porque não só os incrementos no crescimento deixaram de provocar uma melhoria correspondente do bem-estar como, pelo contrário vêm causando crescente angústia, ansiedade e mal-estar (pp. 6 e 7). Satisfeitas as necessidades básicas, o que interessa, do ponto de vista do bem-estar (da auto-estima), são as posições relativas das pessoas. Daí a necessidade de criar sociedades *mais iguais, aptas a satisfazer as nossas reais necessidades sociais*, substituindo o *crescimento* por *mais sociabilidade* (p. 231). Como exemplo, invoca-se o caso do racionamento do carbono, que também já teve ocasião de mobilizar (recorrendo às propostas de David Milliband), em conjugação com o apelo às teorias de racionamento do trabalho (de Andre Gorz), quando arrisquei desenhar uma política jurídico-constitucionalmente fundada e regulada de justa distribuição das prestações e produtos de saúde. Ora, também para Wilkinson e Pickett, as políticas destinadas

Naturalmente, muitas das ideias-força que se desprendem destes movimentos (e das orientações, com eles conexas, a que se fez referência) são hoje sufragadas por outras perspectivas acerca da economia, designadamente aquelas que, como o *humanismo económico* de François Perroux³⁰, insistem na subordinação da actividade de produção e distribuição de recursos para a provisão das necessidades sociais a valores fundados na dignidade da pessoa humana e às exigências de justiça social dela decorrentes. Exemplo desta concepção (e do inerente cuidado pela sustentabilidade da economia), temo-lo nas posições institucionalmente assumidas por entidades internacionais como a ONU ou a UNESCO³¹, das quais ressalta um veemente apelo ao respeito pelos direitos humanos na governação global³².

Em contraste, segundo uma perspectiva de cunho marxista, mais céptica (senão completamente contrária) ao alegado potencial crítico e transformador dos direitos humanos³³, o importante seria desconstruir e subverter os próprios pressupostos económicos do *crescimento forçado*, que se encontram profundamente enraizados no modo de produção capitalista³⁴.

a reduzir as emissões de carbono dependem justamente de um mais amplo *sentido de responsabilidade social*, de *cooperação* e de *espírito-público* (pp. 232).

³⁰ V. sobre este, as múltiplas referências contidas em Jean-Paul MARÉCHAL, *Ética e Economia – Uma Oposição Artificial*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006.

³¹ Pensamos aqui, especialmente, no Programa Interdisciplinar *Ética da Economia*, dirigido por Ninou Garabaghi, sob o lema *Humanizar a Mundialização*.

³² V., por exemplo, Patrice MEYER-BISCH, *L'éthique économique: une contrainte méthodologique et une condition d'effectivité des droits humains*, in *Economie Ethique*, N°5, SHS-2003/WS/36, 2003; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Pour une éthique de l'économie: le droit, élément de frein ou de progrès?*, in *Economie Ethique*, N°1, SHS-2003/WS/21, 2003.

³³ V. Robert KURZ, “Die Paradoxien der Menschenrechte” in *Exit* (<<http://www.exit-online.org>>) - publicado em português na *Folha de São Paulo* de 16.03.2003, com o título *Paradoxos dos direitos humanos* (e tradução de Luiz Repa).

³⁴ As duas perspectivas não se nos afiguram totalmente incompatíveis, contanto que sejam devidamente inteligidos os direitos humanos fundamentais.

Efectivamente, se bem que alguns ainda confiem na capacidade de auto-sustentação das forças de mercado, a *evolução na continuidade* mostra-se cada vez mais remota, saltando à vista a inviabilidade de um crescimento ilimitado duradouro³⁵.

Simplesmente, para autores como Robert Kurz, nem os conselhos neokeynesianos, nem as sugestões no sentido de uma economia sem crescimento ou de um desenvolvimento sustentável, oferecem uma alternativa efectiva, seja porque partilham com o capitalismo algumas pré-compreensões fundamentais, seja porque incompreendem a radicalidade da crise que atravessamos. Assim, nas actuais condições, mesmo as políticas públicas de investimento e despesa redistributiva estão dependentes da produção em crescendo de mais-valia, assente nas categorias capitalistas do trabalho, da mercadoria e, sobretudo, do respectivo valor. Visto que, no modo-de-produção vigente, a satisfação das necessidades constitui um mero subproduto da *Wertung der Wert*, a finalidade da produção é cada vez menos a obtenção de uma quantidade suficiente de bens de uso e, crescentemente, a transformação de dinheiro (trabalho abstracto) em mais dinheiro (riqueza abstracta)³⁶. Assim se explica que o aumento incessante de produtividade, seja obtido à custa de danos por que ninguém responde e beneficie um número cada vez menor de empresas (eliminando entes e actividades perfeitamente lucrativas), ao mesmo tempo que falha à promessa de nos permitir trabalhar menos e viver melhor (a consequência inevitável é mesmo a concentração do trabalho num núcleo cada vez mais restrito de trabalhadores, segundo a lógica da concorrência pela rentabilidade crescente)³⁷. Deste prisma, não se vislumbra, portanto, um caminho de

³⁵ Robert KURZ, “Kapitalismus ohne Mehrwert?”, in *Freitag*, 24.07.2009.

³⁶ V. IBIDEM e IDEM, “O Desenvolvimento insustentável da Natureza” (2002)

³⁷ Claus Peter ORTLIEB, “Die verlorene Unschuld der Produktivität” in Denknetz SCHWEIZ (Hg): *Jahrbuch Denknetz, 2010. Zu gut für den Kapitalismus. Blockierte Potenziale in einer überforderten Wirtschaft*, Seite 12 - 19, Edition 8, Zürich 2010; (versão portuguesa - “A inocência perdida da produtividade” - em: <http://o-beco.planetaclix.pt/clus_ortlieb8.htm>); Robert KURZ, “Der Mythos der Produktivität”

evolução tranquila para um qualquer futuro estado de estagnação. Pelo contrário, perspectiva-se a possibilidade de uma corrida desenfreada rumo ao abismo, na prossecução das últimas hipóteses de lucro.

De feito, não obstante a aparente marcha triunfal do capitalismo desde o final do século XX, as enfraxias com que se deparou nos últimos 80 anos culminam agora numa crise gravíssima das suas próprias possibilidades de desenvolvimento. Abaladas as vias do consumo e da especulação, resta ainda a apropriação das últimas infra-estruturas públicas e dos recursos gratuitos da natureza³⁸. No entanto, sob as condições da terceira revolução industrial (micro-electrónica), a tradicional regeneração schumpeteriana e a consequente expansão económica não parecem verificar-se. Aos constrangimentos internos postos pela concorrência predadora e o desemprego estrutural juntam-se, além disso, os limites ecológicos³⁹.

Talvez, pois, que seja a altura de pensar o impensável; *«ou seja, tornar tematizável um modo de vida e de produção não mais como um “modo de produção baseado no valor” (Marx), como aquele que hoje marca o nosso dia a dia e foi interiorizado com as suas categorias (trabalho abstracto, valor, mercadoria, dinheiro, mercado, estado, etc.) pela consciência normal»*⁴⁰. Para tal, faz-se necessária uma organização planeada (racional) da natureza e da sociedade, operando uma transformação pela qual os homens possam *«pôr em movimento instituições comuns de todos os géneros, total ou parcialmente independentes da relação dinheiro-mercadorias»*⁴¹. De sorte que, para autores como Kurz, sobre as ruínas do monetarismo

in *Exit*, Janeiro de 1995 (<<http://www.exit-online.org>>) - publicado na *Folha de São Paulo*, de 11.02.1996, com o título *O Torpor do Capitalismo* e tradução de José Marcos Macedo.

³⁸ Robert KURZ, “Die Privatisierung der Welt”, in <<http://www.exit-online.org>> - publicado na *Folha de S. Paulo*, 14.07.2002, sob o título *Modernidade Autodevoradora* (tradução de Luiz Repa).

³⁹ V. Claus Peter ORTLIEB, “A inocência perdida da produtividade, *op. cit.*”

⁴⁰ Robert KURZ, “Die Ökonomie des Bodens”, in *Neues Deutschland*, 06.02.2004 – versão portuguesa: “A Economia da terra” (Tradução de Ana Moura).

⁴¹ IBIDEM.

e do keynesianismo⁴², para lá do Estado e do Mercado, o futuro talvez «(...) *esteja nas mãos de uma “economia natural microelectrónica”, fundada em vínculos cooperativos*»⁴³.

2.3. Os termos da actual crise económica

Toda esta panóplia de referências relativamente heterodoxas ajuda a ilustrar a complexidade e pluralidade interna da ciência económica, permitindo alargar o debate que, nos últimos tempos, se cristalizou na esfera pública, em torno de dois pólos simplisticamente contrapostos: o primeiro, ocupado pelos partidários da austeridade, e o segundo, pelos apologistas do crescimento. Na verdade, por detrás das posições assim grosseiramente enunciadas e do redutor binómio em que se encerrou a discussão, condicionado-a erradamente, encontram-se concepções ontológicas, epistemológicas, axiológicas e ideológicas muito diferentes, que importa desobliterar.

Por isso se pode dizer que a actual crise económica é uma crise do próprio pensamento e da ciência económica, que se reflecte no seu *jogo de linguagem* específico.

Basta desdobrarmos diante de nós o mapa genealógico da Economia, desde Stuart Mill até aos dias de hoje, para tomarmos vívida consciência do exíguo território a que nos vimos confinando nos últimos anos, com esquecimento das vastas regiões sociais, políticas e morais pelas quais se espriam os autores mais relevantes para o nosso estudo, e com o desconhecimento das complexas e enredadas linhagens em que os mesmos se filiam.

⁴² Robert KURZ, “Die neue Krise des Geldes”, in *Exit* (<<http://www.exit-online.org>>) - publicado na *Folha de São Paulo*, em 08.11.1998, com o título *A implosão da moeda* e tradução de José Marcos Macedo.

⁴³ Robert KURZ, “Jenseits von Markt und Staat”, in *Exit* (<<http://www.exit-online.org>>) - publicado na *Folha de S. Paulo*, em 03, 12, 1885, sob o título *Para além de Estado e mercado*, 03.12.1995 (tradução de José Marcos Macedo).

Curiosamente, numa altura em que a ciência económica, agitada por uma sorte de crise identitária, se debruça sobre si mesma e dá mostras de querer derrubar os muros⁴⁴ que a insularizam, dispondo-se à comunicação interdisciplinar⁴⁵, os juristas, pressurosos, parecem empenhar-se, à escala global, em agir como fieis e acríticos serventúrios de uma visão económica estreita e distorcida, cuja insustentabilidade se afigura por demais mais evidente: a que nasce da simbiose das ferramentas analíticas neoclássicas com a filosofia moral e política *austriaca*, tendo como aliadas ideológicas a *teoria da escolha pública* e o *constitucionalismo económico*.

Ora, dos cultores do direito espera-se, no mínimo, uma outra atitude face à economia. Para isso – e sob pena de insustentabilidade social, ambiental, política e cultural - faz-se necessário situá-la e enquadrá-la, detractando o triplo reducionismo sobre o qual se tem escorado o seu *sucesso* espe(cta)cular (Guy Debord): a *economicização* do mundo, a *mercantilização* ou *mercadorização* da economia e a *financeirização* dos mercados.

3. A Insustentável Comodificação do Ser

3.1. Ponto de ordem

Há quase 70 anos, Karl Polanyi⁴⁶ tentou explicar a *grande transformação* que, em seu entender, se teria operado, em todo o mundo desenvolvido, a partir da Primeira Guerra Mundial. Até então e por mais de um século, vigorara um equilíbrio global assente no *concerto das nações*, no *Estado Liberal*, no *padrão de ouro* e, acima de tudo,

⁴⁴ José Castro CALDAS/Vítor NEVES (Org.), *A Economia Sem Muros*, Almedina, Coimbra, 2010.

⁴⁵ Vítor NEVES/Celia Lessa KERSTENETZKY (Org.), *Economia e Interdisciplinariedade(s)*, Almedina, Coimbra, 2012.

⁴⁶ Karl POLANYI, *The Great Transformation. The political and economic origins of our time*, Beacon Press, Boston, 1957 (a primeira edição é de 1944).

no *mercado* (cada vez mais internacionalizado e tido por automaticamente equilibrado). Uma certa noção de rigor orçamental, aliada à estabilidade monetária e a uma unidade transnacional garantida pela alta finança, teriam substituído, ao longo do século XIX, os velhos equilíbrios internacionais assegurados pelo poder transnacional da igreja e as relações familiares das casas reais e da alta aristocracia.

No entanto, a ordem instituída escondia os germes da sua visceral corrupção, mormente os que lhe minavam a base mercantil. É que esta, bem vistas as coisas, passava cada vez mais por uma *comodificação fictícia* de três bens não-mercantis - a *terra*, o *trabalho* e a *moeda* – que se revela altamente prejudicial para a sustentabilidade ecológica, social e económica, respectivamente. De um ponto de vista ecológico, a mercadorização da terra punha em causa as condições naturais da produção e os pressupostos da vida humana. Em termos sociais, o mercado de trabalho perturbava profundamente as condições de reprodução social, porque dissolvia as redes de solidariedade, as disposições afectivas comuns e os valores partilhados de que depende a cooperação. De um prisma económico e financeiro, a especulação feria a segurança de depositantes, empreendedores e investidores não profissionais, dificultando a própria acumulação de capital por parte da generalidade das pessoas.

Daí que se tenham gestado movimentos reactivos, mediante os quais a sociedade pretendia proteger-se da comodificação geral, evitando sucumbir totalmente às forças mercantis. Tratava-se, em suma, de obviar à implantação progressiva de uma *sociedade de mercado*.

Confrontado com esta situação e ciente da impossibilidade de um regresso ao passado, Polanyi considerava necessários novos arranjos institucionais que permitissem uma democratização da governança, a protecção social dos cidadãos e a curatela ecológica do ambiente. A resposta estaria, a seu ver, num regime internacional global de regulação dos mercados e provisão social, através dos Estados Democráticos de Bem-Estar.

Hoje, contudo, na sequência da última vaga globalizadora (consequente à revisão do sistema de *Bretton Woods* nos termos do *Consenso de Washington*), a economia de mercado, especialmente conveniente a uma nova elite financeira, ameaça novamente colonizar todos os recantos da vida. Com o precioso auxílio dos Estados nacionais, os mercados alcançaram um nível único de imunização e insularização relativamente ao controlo democrático e à regulação ético-jurídica, bem como aos seus substractos antropológico-culturais e sociais.

Justifica-se, por isso, que a categoria da comodificação seja recuperada como *topos* fundamental da reflexão social.

Na realidade, comodificação é um termo muito abusado, que importa manejar com cautela. Convém, antes de tudo, que nos precatemos contra o *moralismo inconsequente* ou a *ideologite irresponsável* que normalmente estão associados à sua invocação. Em contrapartida, não há porque verberar o potencial crítico que contém, enquanto conota uma corruptora transfiguração do mundo, por força da qual se podem hipotecar fundamentais dimensões humanas de sentido, às quais também o direito se encontra vinculado, e por cuja realização efectiva deve responder⁴⁷.

⁴⁷ De origem marxista, o termo foi cunhado, como se percebe, para designar a transformação em comodidades de bens (produtos e serviços) sociais cujas características à partida os eximem (ou, pelo menos, os não destinam, reportam ou submetem) ao mercado, às intencionalidades que o animam, à racionalidade que lhe preside e às sub-instituições em que se estrutura. O diagnóstico da crescente comodificação do mundo e os alertas e advertências políticas, jurídicas e ético-morais que suscita retomam, pois, um discurso mais largo acerca dos perigos de *reificação*, nutrido, por sua vez, pelas diatribes contra a racionalização puramente instrumental e a fetichização das mercadorias - em que pontificaram vários autores desde G. Lukacs a A. Honneth. Sobre a racionalização social, v. Luís A. M. Meneses do VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, polic., Coimbra, 2007, Volume I, pp. 147 e ss e, especialmente acerca da reificação segundo A. Honneth, pp. 156 e ss). Na sua faceta especificamente económico-mercantil, a comodificação remete, hoje, para a ideia de *consumerização*, na medida em que o cerne do modo-de-produção capitalista se teria deslocado entretanto da *produção* para o *consumo*. Daí que muitos dos críticos sociais elejam sobretudo esta vertente como objecto dos seus investimentos reflexivos - v. Jean BAUDRILLARD,

Neste ensejo, sem querermos aprofundar o conceito, mobilizámo-lo genericamente para significar a submissão ao económico (*maxime* ao mercantil) das várias dimensões - *possibilidade, actualidade, efectividade* - e camadas - *geológica, biológica, psicológica e noológica* - do ser.

Trata-se, em suma, de um reducionismo semiótico, sociológico e epistemológico - mas também ontológico e axiológico - pelo qual tudo se resume, explica ou confunde com a economia. Mas o movimento ou processo tem um duplo sentido: por um lado, a economia invade e modela as demais dimensões reflexivas da prática humana e as suas sedimentações sociais-institucionais; por outro lado, autonomiza-se delas.

3.2. Economicização e imperialismo económico

3.2.1. O economicismo

Nos dias que correm, o económico parece ter ganho foros de líquido amniótico da realidade, à laia de *matéria negra* que explica a *física* do *universo* social. A ciência económica, por seu turno, qual mística pitagórica, arroga-se a capacidade de inteligir na matemática invisível do mundo humano a respectiva essência numérica, decifrando-lhe os seus segredos mais inescrutáveis. Naturalmente que a produção e distribuição de bens necessários à provisão das necessidades humanas assume um carácter central na vida colectiva e individual e que a reflexão que a toma por objecto – moldando-a e reconstituindo-se no próprio processo hermenêutico - tende a autonomizar-se e a desenvolver com tal rigor os seus próprios

A Sociedade de Consumo, Edições 70, Lisboa, 1995; Gilles LIPOVETSKY, *A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo*, Edições 70, Lisboa, 2007; Bernard STIEGLER, *Réenchanter de monde. La valeur esprit contre le populisme industriel*, Flammarion, Paris, 2008. Em contrapartida, a comodificação distingue-se (não obstante alguns divisíveis pontos de contacto) da mera *comodificação*, uma noção forjada no mundo económico-empresarial, para referir o processo de indiferenciação de bens e produtos que antes possuíam elementos distintivos.

códigos, programas e métodos, que acaba por granjear generalizada aceitação, enorme divulgação e ampla aplicação. No entanto, a importância de uma e de outra não cauciona a imparável dinâmica da *economicização* geral, nem justifica que se capitule ao (inerente) economicismo na explicação e *estrutura(c)ção*⁴⁸ do real⁴⁹.

Na prática, estamos perante um impressionante caso de *sucesso performativo da teoria*, em que uma determinada representação do mundo, abstractamente construída por extrapolação a partir de uma particular esfera das comunicações humanas, se impõe graças às suas sedutoras simplicidade e ductilidade, bem como à blindagem e coerência interna do discurso que a veicula e inculca, sustentado que é pelas práticas de uma comunidade de intérpretes com muito poder simbólico e fáctico.

Afinal de contas, o mundo já ‘foi’, em tempos, ‘dos’ filósofos e dos juristas, depois, dos políticos e dos cientistas, e, finalmente, dos artistas. Os “magos sociais” contemporâneos são, porém, os economistas e os gestores.

Como é óbvio, a Economia que assim impera possui uma determinada ideia de si própria como ciência, do seu objecto e do seu método. A capacidade de expansão do modo-de-ver económico, detectada por Luhmann⁵⁰, revela-o à saciedade. Na verdade, tal como reduz o direito à legalidade positiva, meramente formal, a *teoria dos sistemas* assume a economia numa determinada concepção, vindo no mercado

⁴⁸ Para usarmos o denso conceito de Anthony Giddens.

⁴⁹ À economicização (Ökonomisierung) vai consagrado o n.º 2 da revista *Polar (Politik, Theorie, Alltag)*, publicado em Frankfurt, pela editora Campus, em 2007. V., em particular, Axel HONNETH/ Rainer FORST/ Rahel JÄEGGI, “Gespräch zwischen Axel Honneth/ Rainer Forst/ Rahel Jaeggi: Kolonien der Ökonomie” (pp. 151 e ss), Stefan HUSTER/Stefan GOSEPATH, “Kontroverse: Markt” (pp. 50 e ss) e Rahel JÄEGGI, “Die Zeit der universellen Käuflichkeit. Vermarktlichung als Problem” (pp. 145 e ss).

⁵⁰ V. Niklas LUHMANN, “Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System”, in *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 13, Heft 4, Oktober 1984, S. 308-327 (disponível no endereço: <<http://www.zfs-online.org/index.php/zfs/article/view/2528>>).

o seu *innere Umwelt* e no dinheiro o *medium* fundamental das comunicações sociais⁵¹. Deste modo, impõe-nos subtilmente uma compreensão ontológica do ser, uma certa forma epistemológica de o conhecer e representar e uma axiologia que lhe está – queira-se ou não - subjacente.

No dizer de João Rodrigues, “(...) *os economistas convencionais interpretam e transformam o mundo e as relações sociais, pensando-as e moldando-as universalmente como se fossem transações mercantis entre seres egoístas (...); [é] o chamado imperialismo económico de primeira geração*”⁵². De tal modo se expande esta particular concepção da economia, claramente mercadocêntrica, que a própria limitação dos mercados e a regulação das suas falhas - com o apelo a elementos, nomeadamente valorativos (confiança, reciprocidade, probidade, etc.), que lhe são exógenos (ou, em todo o caso, não originariamente mercantis) - passam a ser perspectivados numa óptica instrumental, como funções daquele, ou melhor, da sua garantia. Trata-se então, segundo Fine e Milonakis⁵³, da *segunda vaga de imperialismo económico*.

Para a naturalização do económico, assim compreendido, concorre sobremaneira a apresentação do mercado como uma instituição neutra em termos ideológicos, simplificando o *ethos* que, para o bem e para o mal (e ademais das respectivas funcionalidades), a sua imagem abstracta necessariamente incorpora: “*O mercado seria (...) a expressão institucional da liberal coexistência de diferentes e incomensuráveis concepções do bem, subjacentes às preferências de consumidores soberanos e eficientemente servidos por produtores motivados por incentivos e guiados pela informação que só os preços forneceriam*”⁵⁴.

⁵¹ Esta não é certamente a economia do dom, da ostentação ou da despesa não funcional, pressuposta por Bataille – v. Georges BATAILLE, *A Parte Maldita* (precedido de *A Noção de Despesa*), Fim de Século, Lisboa, 2005.

⁵² João RODRIGUES/Ana Cordeiro SANTOS, “Onde para o mercado?”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 95, 2011 (posto online no dia 01 de Dezembro de 2012, consultado a 30 de Janeiro de 2013 no site <<http://rccs.revues.org/4352>>) p. 3.

⁵³ *Apud* IBIDEM, p. 3.

⁵⁴ IBIDEM, p. 4.

Claro que este mercado idealizado – e, dada a sua pretensa *Wertfreiheit*, ético-juridicamente justificado – não tem exacta correspondência no mundo real, nem os pressupostos que conleva podem ser aceites acriticamente como correctos de um ponto de vista antropológico-cultural. Afinal de contas, a economia aqui presente, ecoando Jevons, concerne apenas aos comportamentos tomados como relações instrumentais entre fins e meios escassos passíveis de usos alternativos.

Ora, contra a alegada perfeição da racionalidade calculatória instrumental no interesse próprio, exibem-se hoje abundantes exemplos empíricos de que nem a racionalidade humana é sempre perfeita, nem o homem é sempre racional, nem a racionalidade humana é unívoca e puramente funcional. Dito de outra forma: a racionalização humana é imperfeita, o homem tem sentimentos e emoções que também lhe definem a identidade e condicionam a acção, e existem vários tipos de racionalidade e de racionalização da realidade humano-social e natural⁵⁵.

Por outro lado, a liberdade de escolha entre alternativas não exaure, de todo, a autonomia humana⁵⁶, a menos que se identifique a pessoa com o *homo oeconomicus*, e, em particular, com um soberano *consumidor*.

Finalmente, a escassez não corresponde a um mero facto bruto da natureza, constituindo uma categoria complexa, com variados matizes ou cambiantes, porquanto depende também das relações dos homens entre si e com os bens materiais e imateriais do mundo.

3.2.2. Crítica

Uma qualquer análise histórica ou comparatística, filosófica ou sociológica⁵⁷ deixa exposta a pluralidade interna (i) e os limites

⁵⁵ Luís A. M. Meneses do VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde...*, *op. cit.* pp. 134 e ss.

⁵⁶ V. Zygmunt BAUMAN, *A Liberdade*, Editorial Estampa, Lisboa, 1989; Axel HONNETH, *Das Recht der Freiheit*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2011.

⁵⁷ V., por exemplo, os escritos reunidos em Luísa VELOSO/Renato Miguel do CARMO, *A constituição social da economia*, Mundos Sociais, Lisboa, 2012,

(ii) e limitações (iii) da Economia. A economia e a sua ciência⁵⁸ não foram sempre compreendidas nos mesmos moldes, em termos diacrónicos, e conhecem enormes variações sincrónicas; além disso, o económico não esgota ou ocupa todo o espaço social, nem monopoliza o domínio da acção reflexiva do homem.

i) Por conseguinte, devemos usar do plural quando nos referimos às realidades tipicamente abarcadas pela Economia, bem como às suas correntes científicas e até às respectivas orientações metódicas, por muito que ela constitua um caso de tremendo êxito – como vimos – em termos de autonomização sistémico-funcional no plano societal e reflexivo.

Com efeito, a Economia é uma ciência social, com todas as consequências epistémico-metodológicas que daí derivam. Há, desde logo, pluralismo teórico e doutrinal no seio da disciplina⁵⁹, que é, além disso, influenciada por outras ciências, das quais importa material empírico, perspectivas complementares, ferramentas muito úteis e conceitos e termos de referência. Por outro lado, os aspectos que estuda são comuns a outras ciências e muito diversificados, indo desde a *produção ao consumo*, do *trabalho ao investimento*, da *inflação ao desemprego*. Soma-se a isto o facto de a economia que toma por objecto ter várias vertentes ou facetas: privada, pública, solidária, mercantil, não mercantil, monetária.

ii) Porém, acima de tudo, cabe reconhecer os limites da economia e da ciência que a estuda. A vida individual e colectiva não se reduz à economia, desenrolando-se num complexo ecossistema, do qual

bem como Pierre BOURDIEU, *As Estruturas Sociais da Economia*, Campo das Letras, Porto, 2006, John Bryan DAVIS/Alain MARCIANO/Jochen RUNDE (Eds.), *The Elgar Companion to Economics and Philosophy*, Edward Elgar Publishers, 2004, Henri DENIS, *História do Pensamento Económico*, 2 vols., Círculo de Leitores, 1978; Aníbal de ALMEIDA, *Prelúdio a uma Reconstrução da Economia Política*, Caminho, Lisboa, 1989.

⁵⁸ É costume distingui-las, grafando a segunda com maiúscula no início.

⁵⁹ Porque há várias Economias, v. A. D. CATTANI/J.-L. LAVILLE/L. I. GAIGER/P. HESPANHA (Coord.), *Dicionário Internacional da Outra Economia*, Almedina, Coimbra, 2009.

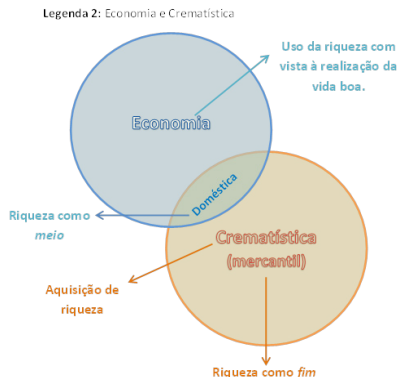
fazem parte componentes e momentos políticos, éticos, estéticos ou jurídicos. A economia respeita à obtenção e afectação de recursos para prover à subsistência da comunidade. Desta feita, contende com princípios e regras de relacionamento entre as pessoas, as suas organizações e as colectividades, a propósito do acesso mediado ao mundo; com a ordenação, repartição e exercício de poderes no seio da *polis*; com os *imperativos* de conduta e o cultivo de disposições *virtuosas* segundo uma ideia de bem (ou com a *responsabilidade absoluta* perante o infinito da alteridade); e até, por vezes, com a poiética transfiguração do mundo na prossecução do belo e do sublime.

iii) Acresce, por outro lado, que o saber económico sofre a concorrência de outras formas de conhecimento e não dispõe de capacidades descritivas nem preditivas ilimitadas. A tentativa de Gary Becker, no sentido de alargar o raciocínio e a *praxis* económicas a todas as dimensões da realidade, além de frustrar – maugrado a sofisticação do autor – arrisca consequências desastrosas.

Pelo contrário, o ensinamento dos clássicos da antiguidade conserva uma provocante actualidade, nesta matéria, mormente quando nos adverte (assim Aristóteles) para as diferenças entre a economia e a mera crematística⁶⁰ - ⁶¹.

⁶⁰ *Apud* Francisco LOUÇA/José Castro CALDAS, *Economia(s)*, 2.ª edição, Edições Afrontamento, Porto, 2009, pp. 359-361 (de onde se importa a representação gráfica apresentada na sequência).

⁶¹ V. ARISTÓTELES, *Política* (Edição Bilingue), Vega, Lisboa, 1998, sobretudo os capítulos 8 a 11 do Livro I (a partir de 1256 a), pp. 71 e ss e, em particular, as notas, 4, 17 e 28 dos tradutores (António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes), a páginas 594 e ss. Às funções gâmica (ou marital), paternal e despótica (ou dominial) – pressupostas pela regulação da casa (*oikos nomos*) - Aristóteles associa ainda uma quarta função, que designa por crematística (v. IBIDEM, Nota 4, pp. 594). Só que, como bem sublinham os tradutores portugueses, a palavra crematística (*Krematistike*), respeitando à arte ou ciência da aquisição de recursos, tem um emprego variável na política, ocorrendo sobretudo em três contextos: numa acepção genérica, designa as formas boas e más de aquisição de bens ou *ketesis* (assim em 1256 b 27, 1257 a 17, b 2 e 36 e 1258 a 6 e 37); num sentido algo desviante, traduz uma aquisição por troca (*he metabletike krematistike*), com vista a uma acumulação ilimitada (*he apeire auxesis*) de lucro (*kerlos*) – cf., por exemplo, IBIDEM, I, 8, 1256 a 10 e 9, 1257 a 29; por fim, mais raramente, a crematística



tica é entendida como forma saudável de aquisição natural de riqueza (*kbrematistike kata physin*), ligada à administração doméstica e da cidade (IBIDEM, I, 9, 1257 b 20; 11, 1258 b 20. Entre a aquisição natural de bens e o extremo oposto da acumulação ilimitada da riqueza desenrola-se um processo de degenerescência ou degradação, que compreende 6 momentos: Troca directa (*allage*); Moeda (*nomisma*); Comércio (*kapelike*); Lucro (*kerdos*); Juro (*kotos*) e Usura (*obolostatike*). Com efeito, como se encontra muito bem representado no esquema sinóptico da Nota 28 (p. 597), a crematística económica (familiar ou doméstica) é natural e consiste numa forma adequada de aquisição dos recursos (*kboregiae*), propriedade (*ketema*) e riqueza (*ousia*) requeridos pela vida doméstica e necessários ao viver bem (*eu zen*). No entanto, pode dar azo a uma crematística meramente pecuniária, anti-natural, que se centra no entesouramento e encara a riqueza como acumulação de moeda, numa utilização em vista de rendimentos que acaba por induzir necessidades supérfluas. Assim como a crematística familiar pode degenerar numa crematística numismática (mercantil ou comercial), baseada na troca directa (natural) ou indirecta (convencional) e na moeda (como factor virtual de mediação, de acordo com o seu valor real ou facial), a crematística pecuniária é susceptível de decair numa crematística fiduciária, assente na prática de operações financeiras em que avultam o empréstimo a juros e as práticas usurárias. Em suma, «[p]ara Aristóteles, apenas a crematística natural (que abrange ainda a crematística comercial e monetária) é parte integrante da economia, ou seja, da arte de adquirir recursos indispensáveis à vida doméstica; a crematística virtual ou financeira, que se serve da moeda para obter mais moeda, é anti-natural, pois, quando desvirtuada até à usura, a espiral de lucro para quem empresta, corresponde na proporção inversa à espiral de endividamento para quem recorre ao empréstimos» (p. 596). Note-se que as ideias económicas de Aristóteles se encontram também desenvolvidas na Ética a Nicómaco e nos *Económicos* (bem como na *Retórica* e na *Retórica a Alexandre*). Sobre a primeira, v. L. Th. HOUMANIDIS, *Aristotle's Economic Ideas*, acessível em <http://digilib.lib.uniipi.gr/spoudaibitstream/spoudai/636/1/t32_n1_51to76.pdf>. e acerca dos *Económicos*, leiam-se as interessantíssimas considerações sobre o pensamento económico anterior a 1700, tecidas por Pedro CARDIM em “Uma tradução portuguesa dos *Económicos* - Notas de Leitura”, in *Philosophica*, 26, Lisboa, 2005, pp. 305-328.

Desde a autonomização moderna da economia, detecta-se uma persistente preocupação, não em anular-lhe a especificidade, mas em combater a sua pauperizante sobre-simplificação e isolacionismo, restaurando as ligações que deve manter com a realidade, como um todo, e reflexamente, (enquanto disciplina) com a filosofia social e até política e moral. Relações, essas, cujos termos estão longe de ser inequívocos, como se depreende de uma leitura atenta da bibliografia sobre a ética e a economia (infelizmente muito vulgarizada)⁶².

Efectivamente, constata-se que o envolvimento da ética na economia pode dar-se por três vias bastante diferentes: como uma simples correcção da economia, caso em que traduz uma aplicação da ética geral à economia, assumida esta numa sua pretensa natureza intrínseca (*ética correctiva*); como um mero instrumento ao serviço da economia, não passando nessa hipótese de uma economia aplicada (*ética funcional*); e, enfim, como uma genuína *ética integrada*, apta a refundar a própria auto-representação da ciência económica e o modo como trabalha o material social com que lida⁶³. O que acontece, então, quando reina, (cada vez mais) solitária, a ética liberal-individualista do mercado?

3.3. Mercadorização: a extensão do domínio da luta

3.3.1. Traços gerais

a). J. Rentes de Carvalho é um escritor português há muito estabelecido na Holanda. Numa das obras de maior sucesso editorial no país - o delicioso *Com os Holandeses*⁶⁴-, o autor traça-nos um retrato implacavelmente fiel do espírito e modo-de-ser da população

⁶² No que só se compreende como um claro mecanismo psicológico-social de compensação, activado pela *má consciência* face à onnipotência e omnipresença do económico.

⁶³ Para esta tipologia, essencialmente forjada por Peter Ulrich, v. Luís Mendes do VALE, “Ética do Discurso e Informação Societária”, *op. cit.*, pp. 492-494.

⁶⁴ J. Rentes de CARVALHO, *Com os Holandeses*, Quetzal, 2009.

autóctone. A páginas tantas, dá-nos conta da existência na língua neerlandesa, de “*uma expressão que constantemente se ouve: de zakelijke aanpak, a qual tem o significado literal de «à maneira do comércio»*”. E acrescenta, elucidativamente: “*Além de ser corrente e aceitável nas relações entre pessoas, a frase justifica também que se tire o máximo proveito de tudo e de todos, mesmo, e sobretudo, de quem não tem força ou ocasião para se defender*”.

Não por acaso, a República dos Países Baixos foi simultaneamente a campeã (orangista) da reforma protestante e a sede da primeira *bolsa de valores* (mercado de acções), propiciada pelo Banco de Amesterdão e apoiada na actividade da Companhia das Índias Orientais. Mesmo desconsiderando as simplificações e até equívocos inerentes à conhecida tese de Max Weber, não há como negar o profundo imbricamento entre a revolução religiosa operada a partir de Lutero e o desenvolvimento do sistema económico capitalista. Especialmente relevante, à luz do ponto anterior, se afigura o *ethos* burguês a que esse casamento deu origem, sobre a base de uma nova compreensão do homem e da sua relação com Deus, com os outros homens (a colectividade) e com a natureza. Dele nos oferece ainda um vívido testemunho a cultura holandesa, não obstante o cosmopolitismo, a tolerância e a sofisticação que a timbram.

Bastaria reparar nas reformas sociais recentemente propostas (mormente no sector da saúde), para topar com a última emersão de um extremado individualismo larvar, que facilmente se insinua e sobrepõe a uma também característica solidariedade, desencadeada pelo combate aos elementos naturais e cimentada pela agremiação em torno de valores religiosos e interesses económicos.

De resto, as ambíguas (e conexas) significações da liberdade e da socialidade nunca deixaram de estar em jogo ao longo da modernidade, designadamente a propósito da organização económica e social. Assim, como vimos, em meados do século passado, a *mentalidade mercantil* do século XIX aparecia *obsoleta*⁶⁵ e até caduca, porque desconforme com

⁶⁵ V. Karl POLANYI, *A nossa obsoleta mentalidade mercantil* (publicada em português na RTHI-Revista Trimestral de Histórias e Ideias, n.º1, Edições Afronta-

a realidade e os valores da sociedade. Hoje, porém, a crença na *técnica* (mas também na *ética*) do mercado ressurge vigorosa, nomeadamente no continente europeu. Resta saber se, nesta sua última revivescência, ela actualiza a velha mitologia moral dos *Buddenbrook* de Thomas Mann, ou surge associada às sombrias imagens do *direito do mais forte à liberdade*, de Rainer Werner Fassbender⁶⁶.

b). Uma coisa parece certa: o núcleo da comodificação geral dos bens, das relações e das pessoas reside, como facilmente se intui, no processo generalizado de mercadorização ou mercantilização da economia e da realidade social. Ou seja, não só esta última se vê reduzida à sua dimensão económica, como a economia, por sua vez, tende a ser identificada com o mercado, concebido sobretudo como um modelo abstracto de relações humanas, contendo propriedades descritivas, mas também (mais ou menos implicitamente) prescritivas. Com efeito, os padrões de comportamento relativamente comuns que se institucionalizam nos diferentes mercados assimilam um conjunto de valores culturais de que o homem é criador e pelos quais é constituído. Não surpreende, portanto, que a sua sobre-institucionalização jurídica tenha impacto nas relações humanas e, mediadamente, na construção da identidade pessoal, transformando-as significativamente. O reconhecimento, pelo direito, através da constituição e regulação das actividades mercantis, de que o homem é, acima de tudo, um indivíduo que se relaciona com o mundo como detentor de apetites/necessidades a satisfazer, cumpriu uma função determinante no desmantelamento da ordem ético-política e social medieva, emancipando o sujeito racional livre dos contextos de per tença e dos constrangimentos normativos comunitários. No entanto, e em contrapartida, o *esquecimento do reconhecimento* (A. Honneth) da pessoa, nas suas caleidoscópicas faces, constitui precisamente o princípio da *reifcação*, donde a legitimidade de continuamente

mento, Porto, 1978 e acessível *online* em <http://www.adelinotorres.com/economia/Karl%20Polanyi_A%20nossa%20obsoleta%20mentalidade%20mercantil.pdf>).

⁶⁶ Ainda que transpostas para os cenários *Matrix* do mercado financeiro global.

questionarmos as possibilidades, o sentido e os limites do mercado como instituição humana, juridicamente alicerçada, estruturada e cimentada.⁶⁷

Actualmente, não sobram dúvidas quanto à enorme propagação do paradigma mercantil e ao papel configurador da realidade que o mesmo tem desempenhado, impulsionando a criação e multiplicação de novos mercados, a sua sobreposição e a crescente recursividade e reflexividade que usualmente ostentam. *Mercados e mercados sobre mercados* (de segundo, terceiro e quarto níveis), *tudo é mercado!*

No entanto, a categoria carece de uma desambiguação e obriga a clarificações capazes de desfazer os equívocos do processo de disseminação a que tem estado sujeita, no quadro do *devir-mercadoria do mundo* (Guy Debord) preconizado por Marx (ao teorizar o *feticchismo da mercadoria*)⁶⁸ e que hoje tende a ocupar sobretudo os críticos marxistas da teoria do valor abstracto capitalista (nomeadamente os que se agruparam em torno das revistas *Krisis* e *Exit*)⁶⁹.

3.3.2. Elementos para uma recompreensão do mercado

Vale a pena alinhar alguns apontamentos breves sobre as banais questões da *etimologia* e *significado* do mercado, das *modalidades*

⁶⁷ V., por exemplo, Wolfgang KERSTING, *Wie gerecht ist der Markt? Ethische Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft*, Murmann Verlag, Hamburg, 2012.

⁶⁸ V. Karl MARX, *O Capital*, Vol 1, Centelha, Coimbra, 1974, Cap. I – *A Mercadoria*.

⁶⁹ A revista *Exit* – criada ‘*ex secessionis*’ da revista *Krisis*, - organiza-se (como reza o seu subtítulo-lema) em torno da *crise e crítica da sociedade de mercadorias*. Vale a pena atender ao contributo do seu principal mentor, Robert Kurz (do qual se acham disponíveis várias obras, em versão portuguesa, no *site* <<http://obeco.planaclix.pt/RobertKurz.htm>>, notavelmente mantido por José Neves). Diga-se que as ideias deste filósofo alemão têm sido difundidas, entre nós, graças sobretudo aos escritos de Anselm JAPPE – cf., *Conferências de Lisboa*, Antígona, Lisboa, 2013 e IDEM, *As Aventuras da Mercadoria. Para uma Nova Crítica do Valor*, Antígona, Lisboa, 2013. V., em linha, IDEM, *Las sutilezas metafísicas de la mercancía*, (<<http://grupokrisis2003.blogspot.pt/2009/08/anselm-jappe-las-sutilezas-metafisicas.html>>).

que compreende, da sua *natureza* e *história*, das *características* que possui e dos *limites* que conhece.

i. Como se sabe, a expressão provém do latim *mercari* (trocar, comerciar, comprar) que, por sua vez, procede de *merx* (cujo genitivo é *merci*) – i.e., mercadoria⁷⁰. O étimo original (supostamente etrusco) - merk - parece sobreviver em várias línguas europeias: o inglês *market* evoluiu a partir do velho francês do norte *market*, que precedeu também o actual *marché*; em italiano temos *mercato*, em espanhol *mercado*, em holandês *markt* e em alemão *Markt*.

Faz-se referência ao mercado seja como um *lugar físico* ou um *sítio*, seja enquanto *princípio de organização social*, seja como *modelo mais ou menos ideal*. Outras vezes, o termo reporta-se aos diferenciados *contextos sociais de interação e intercâmbio comercial* (os *mercados reais*).

De facto, o substantivo genérico mercado é normalmente empregue de modo abstracto para recobrir abstracções intermediárias: os mercados. Ora, o estudo dos mercados reais, atentas as respectivas especificidades geográficas, sociais, históricas, culturais, jurídicas, etc, é o melhor antídoto contra as concepções unidimensionais do mercado.

ii. Não há, pois, um mercado apenas, mas vários e agrupáveis segundo variados critérios como, por exemplo, o das regras de formação de preços: fala-se, neste caso, de mercados monopolizados ou oligopolizados (gasolina), mercados de preços administrados (selo) e mercados de preços socialmente escolhidos (comércio justo). Mas também é possível aludir (quanto ao objecto) a mercados: de bens e de factores; de acções; de obrigações; de derivativos; de divisas; de seguros; de imobiliário, etc.

iii. No fundo, os mercados são sistemas sociais complexos e heterogêneos, nos quais se discernem três segmentos principais: o das *interacções individuais* que se encontram na sua base, o das *estruturas que delas emergem* (desde as redes de negócios e empresas às en-

⁷⁰ Origem de *mercearia*, mas também de *mercês*.

tidades associativas ou reguladoras) e o das *normas institucionais* (que abrangem, latamente, o direito, suas leis, regulamentos e regras informais, bem como outros padrões normativo-culturais, funcionais ou não)⁷¹. Constituem, portanto, um resultado da evolução social, da qual não estão ausentes, no entanto, momentos destacados de construtivismo racional-voluntário (intervenções políticas ou determinadas modelações jurídicas, por exemplo).

iv. Em todo o caso, os mercados não existiram sempre e em toda a parte. São fruto da história. Ao contrário do que por vezes sói dizer-se, *no princípio não eram os mercados*. Mesmo descontado o enlevo idealizante das anacrónicas narrativas de entono anarquista ou comunista, as sociedades primitivas, mormente as baseadas na caça e recolção, eram, de facto, essencialmente comunitárias, conhecendo a troca apenas no quadro de alianças duradouras ou combinadas com o estabelecimento de ligações sociais e de esquemas de reciprocidade.

Note-se que, na Mesopotâmia, a actividade mercantil permanecia ainda, em boa medida, politicamente administrada e que, na Grécia, o mercado ocupava uma esfera muito precisa, não necessariamente coincidente com a da economia. Foi na Fenícia que primeiramente se desenvolveram mercados mais sofisticados e fluídos, conquanto as instituições jurídicas sobre que assenta a economia mercantil e a finança (regulação de créditos e dívidas) os precedessem. Entretanto, durante toda a idade média, a experiência mercantil circunscreveu-se aos pequenos espaços locais, que funcionavam normalmente sob a tutela de um senhor. Foi o comércio externo,

⁷¹ Usamos as formulações de Jorge BATEIRA, “A relação Estado-mercados na perspectiva do Institucionalismo Original”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 95, 2011, posto *online* no dia 01 de Dezembro de 2012, consultado o 30 Janeiro 2013 (URL: <<http://rvcs.revues.org/4365>>). Para uma perspectiva institucionalista do mercado, v., também, JOSÉ REIS, “Estado e mercado: Uma perspectiva institucionalista e relacional”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 95, 2011, posto *online* no dia 01 de Dezembro de 2012, consultado a 30 de Janeiro de 2013 (URL: <<http://rvcs.revues.org/4355>>) e IDEM, *Ensaio de Economia Impura*, Almedina, 2007.

levando à multiplicação e florescimento de feiras e portos, que abriu o caminho para o surgimento dos mercados modernos e estimulou as actividades financeiras de câmbio, depósito e empréstimo, posteriormente responsáveis pela catalisação do crescimento económico e do progresso social, primeiro nas Repúblicas italianas e, depois, no Norte da Europa.

De todo o modo, a complexa teia de regulações ético-jurídicas com que se coseram os mercados não surgiu espontaneamente, tendo sido cuidadosamente tecida por diversos agentes, cerzindo interesses e valores muito diferentes. Para a criação dos mercados nacionais, por exemplo, foi preciso levantar barreiras alfandegárias, regular pesos e medidas, uniformizar moedas e pagamentos, enfraquecer ou desmantelar corporações, etc. (além de sancionar valores de responsabilidade, liberdade, segurança e confiança, e virtudes de prudência e ousadia).

Em suma, os mercados “*não se auto-criam, auto-regulam, auto-estabilizam ou auto-legitimam*” (Rodrik)⁷². Ao mesmo tempo, só “[p]ode haver um mercado para qualquer coisa desde que não haja um mercado para tudo” (Rothstein)⁷³.

vi. Tendo uma história diversificada, a que se associam importantes anelos humanos, quer no plano ético, quer a nível técnico, o mercado oscila entre o estatuto de mero meio e a qualidade de fim antepenúltimo - expressão da liberdade humana e meio de instanciação da uma determinada compreensão do homem. Daí o programa libertário de, pela sua expansão, se alargar a todas as esferas da vida social a intencionalidade constitutiva e a racionalidade implícitas na *imago hominis* que pressupõe e visa projectar.

Contudo, apesar das propriedades analíticas e normativas que possua, a “*plasticidade do mercado não é total*”, uma vez que “*não pode aco-*

⁷² *Apud* João RODRIGUES/Ana Cordeiro SANTOS, “Onde pára o mercado?”, *op. cit.*, p. 4.

⁷³ IBIDEM, p. 4.

modar todos os valores e padrões de interação”, não sendo, pois, “*infinitamente reconfigurável*”⁷⁴. Na verdade, o mercado contém um “*conjunto de propriedades essenciais, passíveis de caracterização e que permitem que o distingamos de outras instituições com lógicas de funcionamento distintas* (O’Neill)”⁷⁵.

Elisabeth Anderson resume a cinco os traços que conferem às relações mercantis o seu específico desenho, a saber: a impessoalidade (o mercado liberta-nos de laços e obrigações sociais), o egoísmo, a exclusividade e rivalidade no consumo dos bens, o subjectivismo do valor (questão de gosto) e a possibilidade de saída (*exit*) - e não de expressão (*voice*) -, como meio de manifestar insatisfação⁷⁶.

Percebe-se, diante deste quadro, a violência que uma mercadorização total impõe à riqueza da realidade humana (em particular, aos mais frágeis ecossistemas do *Lebenswelt*), bem como a míope manipulação teórica da disciplina económica a que concomitantemente obriga.

vii. Assim se explica e justifica uma demarcação do mercado, por referência a limites técnicos, políticos e éticos, que ao direito cumpre efectivar validamente.

Entre os *limites técnicos* releva a existência de *bens públicos*, de *externalidades* e de *assimetrias de informação*⁷⁷, isto é, daquilo que, segundo uma óptica centrada no mercado e crente no seu equilíbrio automático, normalmente se designam por *falhas*, i.e., anomalias. Sabemos hoje que se trata de características intrinsecamente constitutivas dos mercados, tomados como instituições complexas que são.

Sob o capítulo dos *limites políticos* incluem-se todos quantos derivam da organização e funcionamento do poder de governação e condução da vida colectiva.

⁷⁴ IBIDEM, p. 5.

⁷⁵ IBIDEM, p. 5.

⁷⁶ *Apud* Francisco LOUÇÃ/ José Castro CALDAS, *Economia(s)*, *op. cit.*, pp. 138-140

⁷⁷ Sobre estes, v., por exemplo, IBIDEM, pp. 127 e ss.

Os limites éticos, por sua banda, requerem uma atenção mais demorada. Afinal de contas, os mercados não *podem* nem *devem* tudo (quer técnica, quer eticamente).

Desde logo, segundo Elisabeth Anderson, os mercados *não conseguem* distinguir entre dádiva e contradádiva, não permitem realizar importantes valores da esfera das relações interpessoais, nem logram distinguir entre objectos de necessidade e de desejo⁷⁸. Verdadeiramente, a liberdade que o mercado típico promove cinge-se ao uso privado dos bens, e, como tal, comporta o perigo de nos privar dos bens partilhados, cujo valor lhes advém de poderem ser gozados por todos⁷⁹. Razão pela qual a classificação puramente económico-técnica dos bens como *públicos* ou *privados* não capta todo o alcance da dicotomia (na sua complexa referência a valores e fins, a necessidades colectivas e individuais)⁸⁰.

Para Debra Satz, consideradas que sejam as circunstâncias e consequências das transacções mercantis, subsistem boas razões para limitar os mercados, banindo-os ou regulando-os, pelo menos em quatro situações: quando seja patente a *vulnerabilidade das partes* (ao ponto de lhes diminuir o poder negocial); nos casos de *agência fraca* (i.e., de incapacidade para avaliar perfeitamente os termos da transacção, por falta de informação ou de autonomia para a computar); se os *resultados* forem tão *nefastos para os indivíduos*, que os tolham nas suas capacidades de satisfazer necessidades e de participar na vida activa da comunidade; na hipótese de as transacções mercantis importarem *resultados nocivos para terceiros* (que nelas não estejam directamente envolvidos) ou *para a própria sociedade* no seu conjunto

⁷⁸ Daí a pertinência da interrogação que a filósofa americana nos deixa: como asseverar, por princípio, a maior eficiência da provisão mercantil se a expansão do mercado modifica a qualidade dos bens? (assim, *Ibidem*).

⁷⁹ V. *IBIDEM*, p. 137.

⁸⁰ Além de menoscar o *tertium genus* dos bens comuns – sobre estes, v., por todos, Hugo MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Editoriale Laterza, Roma, 2011.

(em termos, por exemplo, da igualdade, autonomia e dignidade a que colectivamente se pode aspirar)⁸¹.

Também o filósofo Michael Sandel se tem debruçado sobre os limites morais dos mercados, ao longo de uma série de ensaios que culminaram recentemente numa obra de maior fôlego⁸².

Os escritos arrancam da constatação de que a economia e o mercado, tal como os apresentámos, têm vindo a penetrar todos os escaninhos da existência humana, desde o nível macro até ao nano e da esfera pública aos recantos tradicionalmente mais íntimos. Exemplificando abundante e impressivamente este fenómeno, Sandel narra-nos algumas estórias reais que o põem em causa. Fiquemo-nos com duas delas.

A primeira ocorreu num país que constantemente aparece a liderar as classificações de competitividade e se mantém pelo topo nas listas relativas ao bem-estar da população: a Suíça. Perante a necessidade de dar destino a um lote de resíduos nucleares, o governo promoveu a realização de um conjunto de estudos que concluíram pela melhor localização para o respectivo depósito: as proximidades de uma pequena aldeia alpina. A situação foi exposta aos habitantes que, por maioria esmagadora, assentiram no sacrifício que lhes era imposto. No entanto, quando razões ulteriores ditaram que se avançassem propostas de compensação financeira, muitos recuaram, recusando-se a oferecer o seu consentimento. Poupano nos pormenores, tornou-se claro que a infiltração do raciocínio económico e monetário num debate travado até então em nome de valores republicanos de coesão social, produzia efeitos perversos, mostrando-se inclusive contraproducente, do ponto de vista (pragmático) da obtenção de uma solução eficaz.

⁸¹ Assim exactamente, Ana Cordeiro SANTOS, “Debra Satz, *Why Some Things Should Not Be for Sale? The Moral Limits of Markets?*”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 95 ,2011, posto *online* no dia 01 de Dezembro de 2012, consultado a 30 de Janeiro de 2013. (URL : <<http://rccs.revues.org/4438>>.)

⁸² V. Michael SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Straus and Giroux; 1 edition, 2012. Cf, ainda, a conferência proferida pelo autor na Catedral de São Paulo, em Londres, e que pode ser visionada em <http://www.youtube.com/watch?v=ZajL7_CaMbg>.

A segunda estória passou-se em Israel e foi estudada por dois economistas. Uma creche lidava com o problema dos atrasos de alguns pais na hora de recolherem os filhos – o que obrigava ao pagamento de horas extraordinárias aos funcionários incumbidos da guarda das crianças. A fim de desincentivar um tal comportamento, a creche instituiu uma multa para os retardatários. Contudo, algo surpreendentemente, a consequência foi um aumento e quase generalização das condutas relapsas. Afinal de contas, os atrasos até então verificados com contrita consciência da transgressão viam-se assim legitimados e convertidos numa conduta praticada contra o pagamento de um preço. O favor prodigalizado pela creche volveu-se em serviço pago, preterindo a anterior regulação e controlo ético-sociais.

Narrativas desta índole permitem a Sandel trazer à baila dois grandes argumentos contra a expansão ilimitada dos mercados: o *argumento* dito da *coerção*, que remete para um *ideal moral de consentimento*; e o *argumento da corrupção*, que apela à *importância moral de certos bens cívicos e morais*.

De acordo com o primeiro, um dos limites do mercado tem que ver com a justiça (*fairness*) das condições de fundo sobre que repousa. Na verdade, a legitimidade da transacção mercantil depende da liberdade de negociação das partes, ou seja, da ausência de coerção, não só jurídica, como também fáctica. Claro que a existência desta coerção não constitui uma objecção contra os mercados enquanto tais, mas apenas contra aqueles, de entre eles, que operam numa base de desigualdade, geradora de condições coercivas para alguns agentes. Como tal, o argumento do consentimento não impede a comodificação de bens em sociedades cujas condições de relacionamento interpessoal no mercado são justas⁸³.

Nos termos do segundo, alerta-se para o facto de que certos bens cívicos e morais sofrem uma degradação quando se tornam objecto de avaliação e troca mercantil com recurso ao dinheiro. Esta circunstância suscita dois problemas não despiciendos. Por um lado, um argumento com um tal teor precisa de ser modelado casuisticamente,

⁸³ Michael SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets* - The Tanner Lectures on Human Values Delivered at Brasenose College, Oxford, May 11 and 12, 1998, p. 94.

afeição-se aos contextos de referência. Por outro lado, e de modo relacionado, há que saber como se determinam ou apuram os bens cuja comodificação se desaconselha⁸⁴.

Sandel fornece três exemplos de cidadania republicana, relativamente aos quais se justifica que o papel do mercado seja limitado: o *serviço militar*, a *votação* e a *distribuição de rendimentos e riquezas*⁸⁵. No que toca a esta última, a limitação justifica-se pela razão crucial de que a desigualdade põe em causa a justeza dos acordos (*coerção*) e atenta contra a liberdade republicana ao corromper o carácter dos ricos e dos pobres mediante a destruição da comunalidade necessária ao auto-governo (*degradação*). Com efeito, não só afasta os pobres da partilha dos frutos do consumo e da escolha dos seus fins para si, como leva ricos e pobres a viver vidas cada vez mais separadas, originando uma verdadeira *secessão dos ricos*. Desta forma, as instituições públicas já não congregam as pessoas e ficam apenas para os pobres. Todavia, o público não é só um lugar de provisão comum, mas também de educação cívica; o carácter público não advém apenas do tipo de financiamento⁸⁶.

No entanto, se quisermos ser mais consequentes com este juízo crítico, não devemos bastar-nos com uma regulação correctiva do mercado, havendo antes de explorar as radicais contradições internas da sociedade capitalista e a necessidade de a transformar (e aos seus pressupostos básicos) numa plena assunção da nossa tarefa prática de reconstituição social, intencionalmente referida a um sentido de *rectidão* e *justiça*, de que o direito público participa e que também pretende infundir na própria realidade económico-mercantil.

Ora, é sobretudo no domínio financeiro que a economicização e mercadorização tendem a exceler, a refinar-se e a sublimar-se, nos dias de hoje. A maldição mercantil de Midas já não é a de tudo converter em Ouro, mas antes a de tudo titularizar e submeter ao

⁸⁴ V. IBIDEM, p. 94.

⁸⁵ V. IBIDEM, pp. 107 e ss.

⁸⁶ V. IBIDEM, pp. 118 e ss.

mundo crescentemente virtual dos mercados financeiros.

Instaurado um mercado da vida, nada escapa ao *continuum* económico-libidinal de um liberalismo infrene, e o pobre animal humano vê-se, enfm, sujeito a um regime darwinista de selecção em todos os aspectos da sua existência. Eis, pois, o universo cru e desesperado das hierarquias de facto, da monetarização integral e da concorrência infnta e total: a *extensão do domínio da luta*⁸⁷.

3.4. Financeirização da economia: o capitalismo metafísico

Há, no Museu MET de Nova Iorque, uma pequena gravura, muito curiosa, de Peter van der Heyden - realizada a partir de um desenho original de P. Bruegel, o Velho - na qual se representa uma truculenta procela de ícones financeiros, em turbamulta, desde cofres e mealhinhos a peteiros, passando por arcas e bolsas de moedas. A enigmática obra chama-se *A batalha pelo dinheiro* e contém uma legenda do artista na qual se pode ler que “é tudo pelo dinheiro e pelos bens, esta luta e discussão”. Uma pequena inscrição em latim esclarece que o estandarte com um gancho por emblema, no canto superior direito, simboliza a cobiça, o vício que origina todo o conflito.



⁸⁷ Michel HOUELLEBECK, *Extensão do domínio da luta*, Quasi editores, 2006.

Hoje não se terçam armas do mesmo modo. E, todavia, no frenesim e estrépito das bolsas divisa-se ainda o mesmo frémite competitivo de cobiçosa avidez, por muito que crescentemente mediado pelo álgido universo algorítmico da electrónica. Na verdade, o sector financeiro em expansão tornou-se o último (*last e ultimate*) *paraíso* do capitalismo, a arena de uma competição sem quartel na busca do lucro, em que se glorifica o egoísmo e a inveja ilimitadas.

Ao processo de aumento da importância dos agentes, mercados e motivos financeiros nas economias e nas sociedades vem sendo dado o nome de *financeirização* (Epstein)⁸⁸.

Não é este o local apropriado para disreter sobre o sentido das finanças, públicas e privadas, nem para dar conta do relevo que sempre assumiram. Descansemos, portanto, sobre a imensa literatura produzida a este respeito e contentemo-nos com três notas apenas.

A primeira serve para recordar que as finanças se acham intimamente ligadas com o problema do *tempo* e do seu efeito sobre as relações e os vínculos humanos. O étimo nuclear das finanças é a palavra *fm*, com o significado dúplice de *termo* e *objectivo*. Em concreto, alude à finalidade de cumprir uma obrigação na data estipulada – o prazo de maturidade ou vencimento. Vale isto como testemunho eloquente do entrosamento das finanças com as *promessas* que fazemos uns aos outros (vinculando-nos prospectivamente, numa simultânea pressuposição e promoção da confiança recíproca) e com o cálculo dos riscos, ligados às contingências pessoais e sociais, perpassadas pelo tempo⁸⁹.

A segunda ocorre a relembrar muito brevemente a importância económica, política e social de que se revestiu o longo pro-

⁸⁸ João Ferreira do AMARAL/Gerald EPSTEIN/Jan TOPOROWSKI/Ben FINE, *Financeirização da Economia*, Gatafunho, 2010.

⁸⁹ O que explica, aliás, o imbricamento entre os sectores dos seguros e da finança (pense-se na titularização de fundos e na securitização de títulos).

cesso de evolução histórica das finanças⁹⁰. A invenção do dinheiro e dos bancos, a criação do mercado obrigacional, das sociedades por acções e da respectiva bolsa, a instituição do mercado imobiliário e o desenvolvimento dos seguros e da securitização trouxeram consigo inúmeras vantagens, proporcionando um enorme crescimento económico. No entanto, produziram também efeitos nefastos e - justamente pela sua centralidade - requerem uma vigilância atenta, seja para os preservar de intromissões e manipulações prejudiciais, seja para os conter, moderar e corrigir efectivamente, se necessário.

A terceira nota, enfim, visa apenas salientar a tremenda sobredeterminação das outras intencionalidades do humano (bem como das restantes instituições sociais), por parte da finança - fenómeno especialmente visível nos últimos 20 anos. O mesmo é sublinhar que uma componente desde sempre essencial ao desenvolvimento económico-social adquiriu um peso tal que se arrisca a provocar involuções sociais, senão mesmo verdadeiras tragédias civilizacionais. Qual magnete, a actividade financeira atraiu e concentrou poder económico, social, intelectual e político em níveis nunca antes vistos. Com efeito, a especulação passou a ser encarada como o sector de ponta da economia e os mercados financeiros como o exemplo por antonomásia da eficiência e equilíbrio mercantis.

Ora, tão insensata é a demonização pura e simples da finança, nascida do medo ignaro, como a eufórica glorificação das suas propriedades e conquistas, motivada pelo interesse próprio.

Sem dúvida que os avanços técnicos do sector e o desenvolvimento de novos produtos financeiros responderam a legítimas solicitações em matéria de distribuição do risco, garantia de estabilidade, manutenção de liquidez e incentivo ao crescimento. Contudo, a terra devastada que deixaram atrás de si após a crise de 2007 expôs claramente a estranha combinação de ingenuidade e malevolência dos seus

⁹⁰ Niall FERGUSON, *The Ascent of Money. A Financial History of the World*, Penguin Books, London, 2009.

criadores e promotores, a complacência política e jurídica (aliada à ignorância e impotência geral) das populações e, sobretudo, as perversas práticas que as inovações tendiam a estimular e sedimentar, bem como os efeitos devastadores que tendiam a desencadear.

Repare-se que os mercados de investimento foram instituídos no pressuposto de que iriam agilizar o funcionamento miraculoso da mão invisível, afectando o capital aos usos socialmente mais vantajosos. A realidade desmentiu esta expectativa, o que não espanta se tivermos o cuidado de desmontar a falácia que encerra e em que se enreda. A actual idolatria financeira tem por base uma crença irreticente na eficiência dos mercados financeiros, ou seja, e antes do mais, na ideia de que os preços dos títulos reflectem correctamente o seu risco e retorno. Partindo daqui, postulam-se depois os pressupostos de que uma tal eficiência se encontra dependente: a perfeição da liquidez, a inexistência de incumprimento, a imunidade do grau de aversão ao risco relativamente às ocorrências no mercado, o conhecimento suficiente por parte dos investidores, a estabilidade permanente, etc. Em consequência, recomenda-se o aligeiramento da regulação bancária (de modo a obviar à distorção dos preços), a minimização da regulação do investimento e a ausência de regulação do *sistema bancário sombra*⁹¹.

A verdade é que os progressos financeiros não cumpriram as suas promessas, tendo acentuado as desigualdades, alimentado bolhas especulativas e instaurado um regime de governança global (benéfico para o *capital* em claro detrimento do *trabalho*), cujo nível de virtualização⁹² o desenraíza por completo dos contextos sociais e submete a um tempo não humano, criando um descompasso entre o poder que gere e as possibilidades de regulação e controlo de que é passível.

⁹¹ O raciocínio é de Francisco LOUÇÃ/José Castro CALDAS, *Economia(s)*, *op. cit.*, p. 358.

⁹² V. Robert KURZ, “Die Virtualisierung der «Ökonomie»”, in <<http://www.excit-online.org>>.

*Nos mercados de investimento não se trata de antecipar quais os títulos que se vão valorizar, nem quais os títulos que os outros pensam que se vão valorizar; mas sim, num terceiro grau de recursividade, o que é que a opinião média dos peritos antecipa como opinião média. Deste terceiro nível pode evoluir-se para o quarto, o quinto, ou até mais elevados graus de recursividade. A esta actividade de antecipação de segundo, terceiro ou de grau ainda mais elevado chamava Keynes especulação, opondo-a ao empreendedorismo que é a actividade de prever os rendimentos esperados dos activos ao longo de todo o ciclo de vida*⁹³.

A experiência traumática da crise⁹⁴ espoletou um sem número de reflexões, não faltando, por isso, os receituários (mais ou menos ortodoxos)⁹⁵, para alterar o *status quo*. Infelizmente, as principais instituições com responsabilidades políticas e financeiras do mundo ocidental, sobretudo na Europa, assemelham-se cada vez mais aos membros da casa de Bourbon: nada do que deviam aprender ou esquecer.

Em especial, sob as proclamadas boas intenções e algumas reformas assaz fragmentárias, continuam por adoptar medidas consonantes com a constatação de que a economia subordinada à finança é insustentável. Assim sucede com a construção de barreiras entre o sistema de crédito e os mercados de capitais (de modo a evitar a disseminação do risco), com a diminuição da dependência das empresas relativamente aos mercados de capitais e aos accionistas móveis, com a instituição de novas regras de governação empresarial (que equilibrem os poderes dos vários círculos de *stakeholders*), com o reforço da regulação e supervisão bancárias e da presença dos poderes públicos

⁹³ IBIDEM, p. 245.

⁹⁴ Fernando ALEXANDRE/Ives Gandra MARTINS/João Sousa ANDRADE/ Paulo Rabello de CASTRO/ Pedro BAÇÃO, *A Crise Financeira Internacional*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

⁹⁵ V., por exemplo, a lista das aquisições mais recentes da nossa Biblioteca, no domínio da economia e das finanças públicas, da qual constam obras sobre finanças comportamentais, racionalidade limitada, neokeynesianismo, anticapitalismo, etc.

no sector, com a tributação das transacções financeiras e cambiais (de molde a refrear a actividade especulativa) e com a abolição progressiva e concertada dos *off-shores*⁹⁶. Acções que reclamam a presença do direito, conquanto num quadro mais amplo.

4. *Sustinet Ius*

4.1. Interpelações à filosofia prática

Muito recentemente, Nancy Fraser veio retomar o diagnóstico de Polanyi acerca da comodificação do mundo, propondo-nos uma re-leitura crítica do *magnum opus* polanyiano, sob o lema sugestivo de uma *Great Transformation Redux*.

Para Fraser, a análise de Polanyi, centrada que estava na *mercadorização* e na *protecção social*, incorreu numa certa romanticização da sociedade ao tentar combater o redutivismo económico. Segundo a autora, a estes dois *teoi* deveria acrescentar-se um terceiro, constituído pela *emancipação*, que nos ajudasse a iluminar o potencial ambivalente de todos três e as complexas relações que estabelecem entre si. Para o efeito, sugeriu que a relação entre cada dois termos desta tríade fosse sempre mediada pelo terceiro. É que a mercadorização, para dar um exemplo, tanto pode servir para diluir estruturas de domínio, num sentido positivamente emancipador e libertador, como para dismantelar as relações de solidariedade social existentes, expondo a vulnerabilidade do homem. A protecção social, por sua vez, tanto pode resistir à reificação do homem, como concorrer para a salvaguarda de regimes patriarcais ou coloniais existentes, que os mercados decerto ajudariam a desestabilizar.

Por esta via, alcançar-se ia uma perspectiva da comodificação não apenas *sensível à dominação*, mas também convenientemente *historicizada* e *de cariz não defensivo*. Na verdade, *trabalho, dinheiro e terra*

⁹⁶ Francisco LOUÇÃ/José Castro CALDAS, *Economia(s)*, *op. cit.*, p. 377.

não são entes ontologicamente refractários ao mercado; acham-se, isso sim, imbuídos de significados culturais e normativos que os podem furtar, em maior ou menor medida, à comodificação. Por outro lado, a afirmação das dimensões não-mercantis deve deixar de ser vista de uma perspectiva apenas negativa (e reactiva), a coberto da qual - como se disse - foi amíúde legitimada a defesa de privilégios e de exclusões, socialmente enquistadas⁹⁷,

Tendo-me já afoitado a verter algumas das reflexões desta autora no plano jurídico-político - particularmente jurídico-público e constitucional - estou em crer que também aqui podemos aproveitar com ganho as suas sugestões, começando por reconhecer que a constante busca da chave combinatória dos três projectos mencionados, a propósito de uma polivalente e polimórfica sustentabilidade, constitui um repto fundamental, também para nós, juristas.

b). Na verdade, do exposto se conclui pela necessidade de aprendermos com a realidade e rediscutirmos os nossos valores fundamentais, mediante a consideração dos problemas práticos que emergem das tensões dialécticas entre aquela primeira e estes segundos. Questões que obrigam, por isso, a uma reconsideração do próprio pensamento com que são tematizadas e instam à ex-cogitação e actualização de novos projectos de acção destinados a responder-lhes. A indagação do sentido de valor das práticas humanas e o empenho na sua realização primária ou secundária, dirigindo condutas, moldando instituições ou resolvendo conflitos, convoca necessariamente o direito, no contexto mais amplo da filosofia (ou razão) prática. Ainda assim, pertence-lhe uma resposta específica, na qual se joga o seu *significado* e a sua relação com a realidade social. *Porquê e para quê* o direito, num mundo que, de uso, tende a convocá-

⁹⁷ V. a conferência proferida por Nancy Fraser na Universidade de Warwick, sob o título 'Crisis of Capitalism, Crisis of Governance: Re-reading of Karl Polanyi in the 21st Century', disponível no youtube, bem como Nancy FRASER, *Can society be commodities all the way down? Polanyian reflections on capitalist crisis*, FM-SHWP-2012-18, august 2012.

-lo apenas funcionalmente, como meio/instrumento de obtenção de fins contingentes ou de legitimação do real? E *que* direito, enfim? Não ambicionando cuidar expressamente de questões tão radicais neste breve escorço, teremos de as levar pressupostas, bem como aos princípios que tomamos por referentes, na consideração das interações mutuamente constitutivas que ele mantém com a realidade económica, com os mercados (como instituições específicas), e, em particular, com o mercado financeiro.

4.2. A resposta do direito

4.2.1. O direito e a realidade social

Há uma ligação *metonímica* ou de *comunicação circular* entre a índole axiológico-normativamente prática do direito e o pensamento crítico-reconstrutivo que se lhe dirige. O jurista empenha-se numa prática reflexiva de realização da justiça, que pressupõe uma postura normativa relativamente à realidade. Se são muito diferentes e permanentemente negociados os diferentes planos e níveis de estabilização dogmática dos compromissos ou equilíbrios entre o direito e a realidade, entre a facticidade e a contrafactualidade, então há-que determinar continuamente os agentes, os fundamentos, os critérios, os fins/efeitos pretendidos desencadear e os seus âmbitos de incidência e eficácia, assim como os processos adoptandos num tal exercício de composição.

De uma maneira muito resumida, diríamos que as relações direito/sociedade podem ser concebidas em termos *funcionais* (de dependência e instrumentalidade), em termos *osmóticos*⁹⁸ (de fusão e fluidez), em termos *autopoéticos* (de independência) e em termos *dialecticos* (de interacção). Na realidade, todas estas perspectivas transportam fragmentos de verdade.

⁹⁸ Organicistas ou hermenêuticos.

Em certos casos, imagina-se (ainda) uma global perspectivação jurídica da sociedade, funcionalizando as suas dimensões à realização dos valores jurídicos. Noutros, pressupõe-se uma circular relação de reconstituição recíproca, pela mediação dos sujeitos humanos.

Mesmo segundo uma óptica sistémica, tal como a defendida pelas teorias autopoieticas, muito embora a relação relevante ocorra tipicamente entre o sistema e o seu ambiente, admite-se a possibilidade de *observações recíprocas*, de *articulações por interferência* e de *comunicação pela organização*.

De uma óptica fenomenológica e dialéctica, a sociedade emerge, intencionalmente, como um caldo de conteúdos materiais, que o direito se propõe sintetizar selectivamente num exercício de autotranscensão, e institucionalmente, como uma complexa estrutura de estatutos societais, que, em moldes paralelos, o direito arquitectonicamente reforça ou corrige.

Assim, as exigências de sustentabilidade suscitam os complexos problemas associados ao fenómeno de juridificação e representadas pelo *trilema regulatório*, designadamente os que se prendem com os modos de assimilação e reconversão jurídica de materiais sociais e com os inerentes riscos de *sobrejuridificação da realidade*, de *sobressocialização do direito* e de *indiferença do real face à acção jurídica*⁹⁹.

Daqui deflui a necessidade de uma regulação normativa mais reflexiva, que salvguarde as autonomias societais e certos processos de auto-regulação social¹⁰⁰, embora – a nosso ver - *se e apenas na medida em que actualizem também valores fundamentais*.

⁹⁹ Gunther TEUBNER, “Juridificação – Noções, Características, Limites, Soluções”, in *Revista de Direito e Economia*, RDE, Coimbra, Ano XIV, 1988, pp. 17-100; IDEM, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹⁰⁰ IBIDEM e IDEM, “*Droit et réflexivité – L’auto-référence en droit et dans l’organisation*”, LGDJ – BRUYLANT, Belgique, 1998, pp.3-291. Para um ensaio de leitura crítica de Teubner, a partir de uma perspectiva constitucional, v. Luís A. M. Meneses do VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde...op. cit.*, Volume II (*Da saúde como esfera social de justiça*), Cap III (*Tentativa de síntese: a constituição da saúde*).

4.2.2. O direito e a economia

a). Diante da caracterização da economia que esboçámos mais acima, saltam à vista os múltiplos pontos de contacto que mantêm com o direito - ao nível dos pressupostos, dos fundamentos e dos conteúdos¹⁰¹.

Para David Hume, na *origem* das questões de justiça encontra-se o problema da natural e humana avareza, traduzido na escassez de bens e de altruísmo. Assim se explica e justifica a necessidade de uma normatividade sancionável que institua uma ordem de repartição do acesso ao mundo, regulando as relações a esse respeito estabelecidas por pessoas individuais e colectivas. Ora, nesta matéria, o direito guia-se sobretudo pela justiça, segundo uma racionalidade axiológico-funcional. No entanto, propõe-se agora também realizar de modo ponderado outros valores (médios), como é o caso da eficiência¹⁰², e aprende com as perspectivas, discursos e metodologias que a esta estão normalmente associadas. A economia, por seu turno, respeita também à produção e distribuição de bens e, concentrando-se embora na respectiva eficiência (de acordo com uma racionalidade eminentemente instrumental), não pode desconsiderar as questões de justiça¹⁰³, de segurança, de confiança, ou de paz. Tão-pouco deve elidir os problemas relativos à disputa, repartição, exercício e funcionalização dos poderes sobre os outros (enquanto cidadãos), de que cura sobretudo a política.

A autonomia de cada uma destas esferas não é senão meramente relativa, apesar do sucesso com que as respectivas comunida-

¹⁰¹ V., por exemplo, Giorgio del VECCHIO, “Direito e Economia”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 67-114; Bruno OPPETTI, “Droit et Économie”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 37, pp. 17-26; René SÈVE, “Droit et Économie. Quatre Paradigmes”, in IBIDEM, pp. 63-68; Christophe JAMIN, “Économie et Droit”, in *Dictionnaire de la Culture Juridique*, PUF, Paris, pp. 578 -582.

¹⁰² Host EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 3. Auflage, 2005.

¹⁰³ Marc FLEURBAEW, “Economics and Economic Justice”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 28 May 2004.

des de intérpretes logram forjar um discurso específico e a despeito da própria dinâmica evolutiva da sociedade e da diferenciação subsistêmica a que conduz (na tentativa de reduzir a complexidade das comunicações sociais). Mais: em bom rigor, o direito e a economia não são sequer meros discursos (como pretendem certas orientações pendor semiótico) nem podem ser integralmente configurados como simples *sistemas* fechados, à maneira luhmanniana.

b). Assente a existência de vasos comunicantes entre estas esferas sociais, o principal perigo a esconjurar reside, então, na total cedência do direito ao económico, seja na feição de um determinismo ontológico, como sucedeu com o marxismo originário, seja por via de um determinismo eminentemente epistemológico e axiológico, como acontece com certas correntes do movimento da *Law and Economics*¹⁰⁴.

O primeiro reduziu o direito à super-estrutura economicamente determinada e tem sido recuperado mesmo nos pólos opostos do espectro ideológico, por todos quantos veêm na economia o princípio da realidade, mas também, e por isso, o substracto e o motor da história.

O segundo, assente ou não num ontologismo paralelo ao primeiro, funcionaliza o direito ao económico, num plano sobretudo epistemológico, mas também axiológico, porque exalça a cientificidade da economia e o sobrepujante peso social do valor da eficiência, mormente enquanto maximização da riqueza¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Há outras famílias do pensamento económico que também têm explorado as relações entre o direito e a economia, como é o caso da *Teoria da Escola Pública*, da *Constitutional Economics*, ou do *Institucionalismo*. Por outro lado, há também quem, no seio da *Law and Economics*, se oponha às versões mais *mainstream* da Escola (pense-se na distância que separa as visões de G. Calabresi e R. Posner).

¹⁰⁵ Sobre a história, as principais teses (comportamental, normativa, descritiva e evolucionista), as gerações (formalista, pragmática e eclética), os campos de aplicação e as controvérsias internas desta escola, bem como sobre a sua característica análise do direito, v. Luís A. M. Meneses do VALE, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde...*, *op. cit.*, Vol. II, pp. 337-360.

c). O que se espera do direito é a introdução de momentos de transcensão, a partir dos quais se consigam discernir fundamentos e critérios normativos para a economia. Esta transcendência - cognitiva e normativa - precisa de ser cultivada, desde logo em contexto académico, a fim de evitar o poder atractivo do económico nos planos do ser, do conhecer e do valer ou avaliar. Com vista a esse fim, cabe descortinar os sentidos de valor que devem presidir e inspirar padrões de acção, condutas e juízos nos diferentes contextos sociais – tarefa só possível, mediante inspecção e perscrutação atenta destes últimos – e os meios e metodologias da respectiva efectivação.

O estudo do ordenamento jurídico do investimento internacional, das regras transnacionais de direito empresarial e societário, da fiscalidade e contabilidade internacionais, do direito económico e financeiro global, requer, pois, uma análise interna dessas áreas do direito, mas também uma sua religação a *mundos-da-vida* legitimadores (e, assim, a tentativa de integrá-las numa rede mais ampla de regulação com sentido).

Um exemplo paradigmático acha-se na construção e regulação jurídica dos mercados reais. As características concretas que estes assumam deverão ser tidas em conta pelos juristas, não como dados acrílicos mas como pressupostos e conteúdos a assimilar e filtrar criticamente, para os metabolizar normativamente e projectar, de modo transformador, na realidade. Porém, independentemente delas, convém compreender o que significa declarar que o direito fundamenta, limita, ordena e regula os mercados, através da sua complexa disciplina.

4.2.3. O direito e o mercado

«Markets are made possible only by government regulation, in the form of the law of tort, contract and property. Such law is, among other things, coercive, in the sense that it stops people from doing what they want to do. For example, the law of property stops people from getting food or shelter; the law of contract prevents some people from keeping their jobs. It is perfectly possible to think that markets are a

desirable system of human ordering. But it is not possible to think that markets are not a product of law or that they represent something called “laissez-faire».

Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London, 1993, pp. 5 e 6¹⁰⁶.

A existência e o funcionamento dos mercados dependem de um regime ordenado de princípios e regras sobre os sujeitos nele admitidos, os objectos do *commercium*, e os termos e garantias das vinculações intersubjectivas, nomeadamente no que toca à aquisição, fruição e disposição/transmissão da propriedade e às características que esta apresenta.

A legitimidade das transacções humanas voluntárias que ocorrem no mercado, decorre do reconhecimento jurídico da autonomia humana na prossecução do interesse próprio e da propriedade dos bens e serviços comutados¹⁰⁷. Aquela constitui um valor em si, mercedor de respeito (juridicamente garantido) por parte da colectividade como um todo e dos seus membros. No entanto, o resultado do exercício da autonormação em contexto relacional (*i.e.*, de vinculação recíproca), só justifica a sanção jurídica, uma vez verificados certos pressupostos (normativo-juridicamente co-conformados): a liberdade relativa e a igualdade como paridade. São estes os valores que ao direito incumbe realizar, com o fito de promover a autonomia. Liberdade relativa, porque a autonomia de todos e cada um requer a demarcação jurídica dos espaços de arbítrio, relativizando assim os absolutos. Paridade, uma vez que, aos olhos do direito, só a equidade horizontal dos sujeitos que se relacionam pode assegurar a ausência de coerções ou constrangimentos no momento da

¹⁰⁶ V. também, no mesmo sentido, Cass SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, New York – London, 1999.

¹⁰⁷ Nas linhas que se seguem, inspiramo-nos na *estruturação da ordem jurídica* proposta pelo Doutor A. Castanheira Neves e desenvolvida pelo Doutor F. Pinto Bronze, nas suas *Lições de Introdução ao Direito* (2ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

vinculação recíproca. Somente quando reunidos estes pressupostos se poderá dizer que a livre manifestação das vontades (que se obrigam umas perante as outras) constitui expressão de uma justiça da comutatividade ou da troca, ou seja, da corresponsabilidade das prestações que se compensam ou equivalem aos olhos dos envolvidos. A falta de capacidade de discernimento, em geral, os *déficits* de informação na representação da realidade (não imputáveis ao próprio), os vícios da vontade que lhe não sejam assacados, bem como os desequilíbrios fácticos ou faltas de paridade entre as partes põem em crise a realização de um tal modelo de justiça.

Por outro lado, nos mercados reais tradicionais as relações entre sujeitos de direito privado ocorrem num ambiente comunitário que sobre elas pode exercer influência ou condicionamento jurídico.

As partes acham-se também envolvidas em permanentes relações com a sociedade no seu todo e esta, devidamente subjectivada pelo direito, interage com elas, no âmbito dos projectos de desenvolvimento e organização que desenvolve, por via jurídico-política. No âmbito daquela primeira relação emergem valores, bens e interesses comunitários, cujo respeito é exigido aos membros da comunidade enquanto tal, e que assim constroem a liberdade individual, nomeadamente no plano das relações mercantis¹⁰⁸. Nem todos os comportamentos são permitidos, não apenas em nome da liberdade alheia, mas também por responsabilidade para com a comunidade a que se pertence. A justiça geral - correspondente ao que, em nome de todos, se pode exigir a cada um e que cada um pode exigir ao todo - verte efeitos sobre a esfera da justiça meramente comutativa, impedindo que certas relações, agentes e bens fiquem submetidos a esta última (e ao jogo das liberdades individuais de que resulta). Actua, pois, antes, depois e como pano de fundo desta¹⁰⁹. Por outro

¹⁰⁸ Assim sucede com a confiança, que é objectivamente tutelada pela importância que assume para a vinculatividade jurídica atribuída às declarações negociais.

¹⁰⁹ Vale dizer que condiciona necessariamente o próprio ponto de partida do mercado ao determinar o lugar das pessoas no seio da comunidade, de-

lado, a justiça distributiva, respeitando à participação de todos nos proventos da vida em comum, ajuda a corrigir as situações de facto criadas pelo livre exercício das autonomias, designadamente no mercado, através de uma acção pautada pela equidade vertical.

Justiça geral e justiça distributiva influem, portanto, na definição jurídica de riqueza, rendimento e propriedade, fazendo acrescer à noção de liberdade – como independência e arbítrio - a de liberdade como capacidade real e (efectiva) autonomia normativa.

O funcionamento do mercado depende, pois, do reconhecimento jurídico dos valores da confiança e da liberdade relativa e paritária. Deles decorre a justeza de uma vinculação nascida da livre prossecução do interesse próprio. No entanto, aqueles primeiros têm de ser assegurados, não se dando por si só (tal como os termos da transacção têm de estar enquadrados desde logo pelo regime dos bens e dos serviços transaccionados, dependente também de ordenações comunitárias).

Daí o risco de se desincrustar o mercado de todo e qualquer contexto comunitário – como tende a acaecer na actual economia global e altamente instigado pelo discurso económico-mercantil que a legitima. A consideração das relações horizontais entre contratantes, prescindido da justiça geral e distributiva, emancipa-se das sobre-determinações a que estava sujeita e institui um tipo de vinculação jurídica de aparente potencial universalizante – aquele que torna indivíduos adstritos uns aos outros enquanto meros permutadores de bens e de serviços - presumindo-se a verificação de pressupostos que deviam ser aferidos e efectivamente assegurados e dispensando-se o enquadramento e a regulação comunitárias que balizam e sobre-ordenam estas relações.

Na ausência de um contexto comunitário global, com as suas referências de justiça geral e os seus projectos partilhados de justiça distributiva, compreende-se que a integração jurídica global seja

signadamente os níveis da sua responsabilidade (também económica e financeira) perante esta.

cada vez mais a mercantil, submetida ao império da justiça comutativa e a uma garantia muito minimal das respectivas condições pressupostas – assunção da propriedade dos contratantes, garantia da sua transmissibilidade, presunção de uma informação suficiente, etc. E claro, em vez de um todo envolvente (que é sempre uma mentira, como dizia Adorno) radicado (posto que remotamente) no mundo-da-vida e polarizado num sujeito político colectivo, resta apenas um grande sistema funcional acêntrico e sem limites visíveis, que se vai desenvolvendo ao sabor das próprias interacções mercantis.

O desafio consiste, então, em recorrer ao tecido da ordem jurídica transnacional, fragmentário que seja, para nele descobrir já não densas referências comunitárias e sujeitos projectantes espessos, mas, pelo menos, orientações normativo-principiais de efectiva justiça geral e distributiva que sejam sopesadas com a justiça comutativa. O escopo deve ser o de assegurar a mediação entre subsistemas e entre estes e o mundo-da-vida bem como, maugrado a diferença qualitativa entre estas últimas categorias, o de comunitarizar o sistema e sistematizar as comunidades, aproximando-as. De contrário, o direito global não passará de uma legitimação jurídica do mercado, que, alienada de outras das suas cardiais polaridades, se propõe apenas assegurar o respectivo funcionamento, acabando por reduzir as relações humanas ao comércio e os homens aos vendedores e consumidores, não só no domínio específico das transacções mercantis – como é mister - mas também em muitas outras dimensões do humano que importa salvaguardar. Teríamos então uma jurídica constituição/conformação de sentido meramente funcional, imprimida pelas características internas dos mercados em causa, mas sem referências transcendentais a outros valores jurídicos.

O problema - assim muito genericamente colocado - conhece hoje muitas instanciações concretas, por exemplo, nos debates em torno da actuação da OMC e do ordenamento jurídico que deve ter por pressuposto: poderá esta instituição integrar-se numa ordem jurídica global das Nações Unidas, em vez de a tudo impor o modelo de regulação jurídica do comércio e que tudo ameaça transformar em mercadoria?

Num outro plano - menos ambicioso porque mais restrito - será possível conceber uma integração europeia não prioritariamente mercantil, antes assente em modalidades de descomodificação forte, que não reivindicuem apenas a capacitação para o acesso ao mercado?¹¹⁰

Poderá aspirar-se a uma regulação jurídica de relações transnacionais não funcionalizada ao mercado, que nos considere sobretudo como pessoas e cidadãos, embora em contextos que extravasam das comunidades socio-culturais geograficamente delimitadas e da organização política que tradicionalmente nos serviam de referentes?¹¹¹

4.2.4. O direito e os mercados financeiros

O problema recoloca-se, com particular acuidade, no tocante aos mercados financeiros, cuja insularização atingiu o expoente máximo nos últimos anos, e cujo direito parece totalmente desligado de preocupações que não sejam as da responsividade às necessidades funcionais do sistema regulado, no pressuposto de que estas, por definição, cumprem as ocorrentes exigências de interesse geral e correspondem ao interesse de bem-estar dos indivíduos.

¹¹⁰ Sobre esta terminologia, v. Alexander SOMEK, *De-Commodification Revisited: On the Absence of Emancipation in Europe*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 06-04, August, 2006.

¹¹¹ Com efeito, boa parte da regulação dos mercados tem um cariz 'puramente económico', uma vez que visa somente, v.g., a redução de custos de transacção ou de assimetrias informativas, necessária à catalisação e agilização das próprias relações mercantis. No entanto, a regulação social - destinada a retribuir o mercado em contextos mais amplos e a corrigi-lo, se necessário - está longe de ter desaparecido, mesmo nos domínios sujeitos a processos de *standardização*. A diversidade dos *standards*, indicadores e *guidelines* hoje disponíveis ficará, de resto, bem patente na intervenção que se segue. Note-se, entretanto, que a reimplantação social do mercado, preconizada por Polanyi, tem hoje advogados em vários sectores do pensamento crítico, nomeadamente no meio jurídico. Para uma perspectiva juspublicista, ligeiramente mais moderada, v. sobre o assunto, Markus KRAJEWSKI, "Commodifying and Embedding Services of General Interests in Transnational Contexts - The Example of Healthcare Liberalisation in the EU and the WTO", in Christian JOERGES/ Josef FALKE (Eds.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Hart Publishing, 2011, Chapter 10.

Uma rápida consulta das monografias e manuais de direito financeiro revela-nos, como preocupações centrais dos cultores da disciplina, o estudo do sistema bancário e do sector dos seguros, da actividade de intermediação financeira, das falhas de mercado e de intervenção, dos tipos de mercado e de instrumentos financeiros, da regulação e supervisão, do contencioso e do regime sancionatório.

Conseguir-se-á, todavia, ir um pouco mais longe do que o tradicional direito financeiro, sem ao mesmo tempo violentar a especificidade dos sectores que rege e as noções de justiça contextual que neles se gestam? Claro que em cada ‘submundo’ se engendram critérios internos de justiça relativa, mas o relevo externo destes universos autocentrados obriga a que os enquadremos em contextos de regulação mais amplos que se não quedem pela monitorização da auto-regulação, tratando de estabelecer os termos da autonomia permitida e promovida, de modo a que nela se respeitem ao mesmo tempo exigências não necessariamente observadas por mor das meras dinâmicas internas. Perspectivas internas e externas, autonomia e heteronomia requerem uma difícil coordenação e conjugação jurídicas. Isto porque, como “transcender situado”, o direito tem características, nomeadamente do ponto de vista metodológico, que muito habilitam os seus cultores a lidar com este tipo de problemas.

Como tal, não parece descabido levantar algumas questões concretas, sobre as possibilidades e limites da intervenção jurídica no futuro mais imediato.

Será possível, por exemplo, ir mais longe do que o simples pacote *Basileia III* na regulação das instituições bancárias?

De que modo se há-de compatilizar a obediência às normas do direito internacional do investimento com o respeito pelos direitos humanos, nomeadamente sociais?¹¹²

Não deveríamos, no plano interno (mas também interna-

¹¹² Ou com a preservação dos serviços públicos nacionais, para dar um outro exemplo.

cional), aceitar muitas das propostas avançadas por Joseph Stiglitz, a fim de diminuir o peso da dívida e do *deficit*...de igualdade (!) que estamos a acumular?¹¹³

Quais as probabilidades de se instituir uma taxa Tobin¹¹⁴, à escala global, e de se regularem efectivamente os paraísos fiscais, em nome de princípios básicos de justiça entre os Estados?

Lançando âncora na perspectiva das finanças públicas nacionais - que outros, com muito mais competência, aqui trouxeram - pergunta-se: faz algum sentido submeter questões públicas de justiça geral e comutativa à concorrência, promovendo uma verdadeira *race to the bottom* social? Qual afinal o significado e os limites deste *princípio dos princípios* da nossa era?

Por fim, atizando a fogueira dos debates que se seguirão, pode ainda questionar-se: como encarar a aparente *constitucionalização do monetarismo austeritário*, constante do artigo 3.º do Tratado Orçamental da U.E.¹¹⁵ Será válida e eficaz?

4.3. Que direito?

Temos por óbvio que só um direito de ânimo renovado pode sustentar estas posições perante o império do económico mercantil e financeiro. Mas como poderá um tal direito sustentar-se a si mesmo?

Para ordenar as constituições parciais globais (G. Teubner) e outros núcleos regulativos que vêm surgindo nos últimos anos, faz-se necessário um direito público transnacional, apoiado em plúrimas subjectividades instituintes, numa plêiade de comunidades entrelaçadas e em referentes valorativos topicamente manifestados, como cânones

¹¹³ Joseph STIGLITZ, *The Price of Inequality*, Allen Lane, London, 2012.

¹¹⁴ V., por exemplo, François CHESNAIS, *Tobin or not Tobin? – Uma taxa internacional sobre o capital para apoio aos cidadãos*, Campo da Comunicação, Porto, 2000.

¹¹⁵ Repare-se que o Diploma se refere à sustentabilidade financeira (no artigo 9º) e alude à necessidade de apoiar a realização dos objectivos da U.E., nomeadamente no que respeita ao “crescimento sustentável” (art. 1º).

para a argumentação e a prática dos agentes nos vários *plateaux* da sociedade global. Desenvolvido em grande medida pela jurisprudência dos tribunais e das universidades, a partir de diversos textos, culturas e práticas nacionais e internacionais, este direito deve apresentar as características de uma *jusconstitucionalidade* multinível e multisectorial institucionalmente polimórfica, para além dos Estados¹¹⁶.

Dispomos já de um *Bill of Rights* subjectivo, a partir do qual se vem difundido uma sorte de *ius gentium* civil, político, social e ecológico - judicial e doutrinariamente construído.

Para além dele, o ordenamento em causa deve integrar também os princípios básicos da *rule of law* (em sentido objectivo) - quer materiais, quer procedimentais e orgânico-funcionais - disciplinando, assim, o *design* e a *performance* das instituições administrativas. Espera-se igualmente que incorpore exigências de legitimidade democrática, tanto de *input*, como de *output* (F. Scharf) e que implique formas mais complexas de separação de poderes em sentido vertical e horizontal; paralelamente

¹¹⁶ Esta perspectiva respalda-se (entre outras) nas teses de Mireille Delmas-Marty (a nível jusfilosófico e teórico-jurídico), de Matthias Kumm (em termos constitucionais) e de Anne Peters (num plano eminentemente jusinternacional) - v. o ponto I, da Primeira Parte de Luís Meneses do VALE, “Breves apontamentos sobre o direito constitucional da República da Turquia. Contributo para uma recompreensão inter- e trans-cultural da jusconstitucionalidade contemporânea?” (a publicar no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*). Da última autora citada, cf. também Anne PETERS, “Reconstruction constitutionnaliste du droit international: arguments pour et contre”, in: Emmanuelle Jouanet/ Héléne Ruiz Fabri/Vincent Tomkiewicz, (Hrsg.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol. 1 (2006), Oxford 2008, pp. 361-375; IDEM, “Global Constitutionalism Revisted”, in *International Legal Theory*, 11, 2005, 39-67; IDEM, “The Merits of Global Constitutionalism”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 2009, 397-411; IDEM, “Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?”, in Antonio Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia*, Oxford 2012, pp. 118-135. Cfr. ainda Gacomo MARRAMAO, “De Weltgeschichte à Modernidade-Mundo. O problema de uma esfera pública global”, in *Crítica do contemporâneo - Conferências Internacionais de Serralves 2007 - Política*, Fundação Serralves, Porto, 2008, pp. 47-74. O autor propugna uma *cultura de constitucionalismo global*, baseada no *experimentum* real de tradução, conducente à *síntese disjuntiva* de um *universalismo da diferença*.

há-de instituir diferentes planos e contextos de instanciação jurídica - (numa sorte de *universalismo reiterativo* à maneira de M. Walzer) – considerados que sejam a diferenciação funcional, o politeísmo axiológico e social, e o pluralismo geográfico-espacial.

A um tal direito cabe necessariamente um papel de redução da complexidade e dirimção de conflitos subsistémicos e discursivos, pelo qual se preserve a biodiversidade epistémica e social (bem como jurídica). Compete-lhe ainda - a partir de uma compreensão ‘ecológica’ e de uma atitude pedagógica - a criação de ambientes favoráveis ao direito, à correcção e à justiça, que transcendam aqueles contextos de imanência e neles influam através de novos modos de intervenção sobre a realidade¹¹⁷ (nos quais vão implícitos novos agentes/intérpretes, uma nova relação com o direito e modos mais reflexivos, multiformes e subtis de o repensar e instanciar).

Só assim o direito pode ambicionar garantir ao mesmo tempo e em diferentes escalas a justiça social, o cuidado ambiental e a eficiência económico-financeira sem as quais jamais ficará assegurada a sustentabilidade de que hoje cuidamos.

5. Conclusão

Na medida em que depende da acção humana, a *sustentabilidade* do planeta, da vida e das comunidades humanas, nomeadamente das que se acham politicamente organizadas, constitui uma responsabilidade individual e colectiva, intra- e intergeracional que não podemos alijar. Pela sua transversalidade, dela irradia um feixe de exigências no plano económico, político, social, ambiental e cultural que carecem de compatibilização na prática humana, à luz de princípios fundamentais de justiça.

¹¹⁷ Temos em mente, por exemplo, um sistema de critérios de *soft law* (eminentemente *sinalizadores* e *orientadores*), regimes de sanções positivas, redes de normas secundárias e terciárias, múltiplos controlos institucionais (verticais e horizontais), etc.

Entre os direitos e deveres de todos e cada um de nós, perante os outros e face às mais diversas organizações e instituições de pertença, insinuam-se demandas de *sustentabilidade* ora convergentes, ora divergentes, que nos comprometem de variadas formas.

Ao direito pertence asseverar a validade de tais exigências e garantir a sua realização ponderada, no respeito pelos direitos humanos e pela ideia básica de bem comum ou interesse geral que transportam.

Assim sucede com a sustentabilidade financeira dos Estados, inicialmente abordada neste nosso encontro, que precisa de ser assegurada no respeito pela (e em cumprimento da) justiça, geral e distributiva, modeladora das relações entre as comunidades políticas estaduais e os seus membros *qua* cidadãos contribuintes e beneficiários da vida social.

Contudo, factor de perigo para a sustentação desta forma de organização comunitária (e da regulação jurídica que a estrutura) é o fenómeno da globalização, sobretudo económica, que se acentuou no último quarto de século. O desmantelamento dos pressupostos não só da organização e funcionamento do Estado, enquanto tal, mas também das próprias responsabilidades comunitárias em que assentam as sobreditas exigências de justiça e, sobretudo, as possibilidades de as efectivar em diferentes contextos espaço-temporais, erguem sérios desafios à manutenção do quadro jurídico-político que nos habituámos a ter por referência.

Não surpreende, por isso, a reivindicação de respostas jurídicas *compensatórias*, que possam estar à altura dos novos problemas transnacionais, transferindo para um plano trans-estadual o pensamento *de e sobre* o direito e a acção jurídica consequente.

A braços com a ingente dificuldade, os juristas devem procurar compreender a fundo a nova realidade que se lhes depara, mas também ser capazes de a transcender, cognitivamente e eticamente, a fim de a poderem normativamente criticar e regular de modo eficaz.

Ponto é, portanto, que se libertem do jugo económico que se faz sentir, relativizando o discurso, as razões e os fenómenos económicos, contrariando a tendência, por vezes subreptícia, para

a mercadorização das relações e dos bens, e contendo o funcionamento em roda livre do sector financeiro global.

Naturalmente que seria no mínimo insensato negar a importância da economia na determinação das nossas vidas, renunciar às inúmeras vantagens do mercado e exprobrar a finança global com desatenção às suas propriedades benéficas. Do que se trata antes, e em contrapartida, é de contrariar o fatalismo economicista, a cúmplice resignação ao império absoluto da justiça comutativa e a cínica aceitação dos desmandos dos casinos financeiros.

Foi o que, neste curto espaço de tempo se tentou fazer, de modo mais alusivo e impressionista do que elaboradamente argumentativo. Por isso se trouxeram à colação testemunhos vários, como o de Stuart Mill - um improvável utopista radical, segundo o qual, há e deve haver mais mundo para além da competição económica mercantil, na prossecução do lucro, mormente financeiro.

Todavia, se o convocámos foi também para com ele ilustrarmos a insuficiência de uma espera ingénua na “natural” evolução e auto-regeneração do modo-de-produção dominante¹¹⁸ e a correspondente necessidade de nos empenharmos na sua transformação de acordo com um (novo) *Projecto Social Global* (Orlando de Carvalho), que honre as pessoas concretas, procurando instaurar as condições essenciais para uma sociedade decente, que compreenda as diferenças entre *ter* e *não ter*, para afirmar a primazia do *ser*¹¹⁹.

Esta alegação revela-se em toda a sua acuidade prática mal se acena com a perspectiva de uma estagnação do crescimento económico e das dinâmicas e engrenagens sociais que desencadeia e pressupõe – o

¹¹⁸ Para um curioso confronto com Marx, v. o encontro imaginário ocorrido entre os dois, num fim de tarde chuvoso da Primavera de 1873, em Albert Mansion, na Victoria Street (a casa de Mill), com que Paul GINSBORG abre o seu livro *A Democracia que não há* (Teorema, Lisboa, 2008).

¹¹⁹ V. Branco MILANOV, *Ter ou não ter – Uma breve história da desigualdade?*, Bertrand Editora, Lisboa, 2012; Erich FROMM, *Ter ou Ser?*, Editorial Presença, Lisboa, 1999.

que nos obriga a rever o nosso paradigma civilizacional profundamente produtivista e consumista e a operar uma radical transformação da nossa organização social, que é impensável sem recurso ao direito e à política. Cenário que ganha pertinência nos dias de hoje, tão más são as perspectivas económicas, por um lado, e tão contrário ao desenvolvimento humano-social e à preservação ambiental, parece ser, em muitos aspectos, o rumo evolutivo que se pretende seguir, em nome do aumento do PIB à escala global, por outro.

O papel do direito, considerada aqui a sua vocação mais funcionalmente reguladora e directora e estruturalmente organizadora, passará por sancionar, positiva e negativamente, os comportamentos (económica, política, social e financeiramente) relevantes (desincentivando formas perversas de concorrência e de rentabilidade exploradora e inútil e promovendo práticas e instituições solidárias, por exemplo), ajudando a estruturar espaços comuns de capacitação e realização pessoais.

Essa a razão por que nos atrevemos, perante ouvintes tão qualificados - a realçar algumas simples evidências acerca da economia, do mercado e da finança privada, concluindo pela necessidade de, enquanto juristas, cultivarmos uma dialéctica que nos permita redescobrir as relações que ela mantém com o direito e enquadrá-las, balizá-las, e regulá-las efectivamente e com algum sentido. Algo que devemos começar por fazer, tentando esboçar a trama de uma rede quasi-constitucional global, ainda parcialmente *por-vir*, que interconecte os vários nódulos regulativos já existentes, num grande e complexo ecossistema “neuronal”.

No entanto, dos pormenores das várias proposições, genericamente aventadas nestes últimos minutos, diremos mais no debate. Nele se usará da reflexão feita como de um recinto amplo, apenas demarcado, cujo terreno – espera-se – convide a uma mais aturada exploração.

Eficiência fiscal e *governance* por indicadores

Marta Costa Santos

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução; 2. Eficiência do sistema fiscal e eficácia da tributação; 3. Novas relações entre o direito e as ciências auxiliares; 3.1. Novos postulados do Estado em matéria de financiamento; 3.2. Os indicadores como elementos de governance das políticas fiscais; 3.2.1. Os indicadores de sustentabilidade financeira: um “padrão” ou “componente apropriado” para orientar a decisão de tributar?; 3.2.2. Papel dos indicadores ligados ao desenvolvimento humano e social no seio do Estado Fiscal (neutral); 4. Novos paradigmas para o controlo do sistema fiscal; 4.1. Government e Governance um diálogo premente.

Palavras-chave: eficiência fiscal; eficácia fiscal; controlo; indicadores; Government; Governance.

1. Introdução

O tema que escolhemos para esta reflexão prende-se com a necessidade de trazer à discussão aquilo que entendemos constituir hoje uma das vias para o reajustamento estrutural do Estado Fiscal¹ no contexto do novo modelo económico vigente: o *controlo da eficiência da decisão fiscal*.

¹ Este reajustamento está directamente inserido numa proposta mais ampla de reformulação do direito público.

A “queda livre”² da economia norte-americana arrastou consigo a economia mundial³ (Stiglitz: 2010, pp. 69 e ss) e impôs aos Estados, quer a aceleração da mudança de alguns dos postulados mais significativos dos sistemas fiscais ocidentais, quer uma necessidade crescente de engendrar novas formas de arrecadar receitas.

Contudo, em muitos países, nomeadamente em Portugal, o combate à crise não se tem feito através da redução da despesa pública como seria de esperar, mas sim mediante o aumento da carga tributária⁴, que maioritariamente incide sobre os rendimentos do trabalho e do consumo e que levou já o FMI a considerar que o país está em “fadiga fiscal”⁵.

Na verdade, o estudo da *sustentabilidade* do Estado Fiscal (Casalta Nabais: 2011a, pp. 11-59 e 2007, pp. 89-116) e a discussão de novas soluções que permitam melhorar a sua *eficiência* encontraram o laboratório perfeito no actual *estado de necessidade económico-financeiro*⁶.

É bastante provável que a economia, a sociedade e o mundo não regressem ao estado anterior à crise e, tal implica, entre outras coisas, que olhemos para o passado recente e compreendamos que

² Esta expressão é utilizada por Joseph Stiglitz numa obra que demonstra de forma muito clara até onde nos conduziu a fé cega nos mecanismos de mercado, assinalando os erros cometidos e apresentando soluções para a sustentabilidade económica-financeira (Stiglitz: 2010).

³ Stiglitz chama a atenção para o facto de, desde a Grande Depressão, nunca ao mesmo tempo se ter verificado, como se verificou em 2008, os colapsos da bolsa de valores, contracções de crédito, debilidades no mercado habitacional e ajustes de *stocks*.

⁴ Diversos estudos do FMI têm apontado para um *efeito multiplicador recessivo* mais agravado no caso de os ajustamentos serem baseados principalmente na obtenção de receitas por via da carga fiscal.

⁵ Esta conclusão do FMI encontra-se na actualização semestral do relatório “Fiscal Monitor”, publicada a 16 de Julho de 2012 - <<http://www.imf.org>>.

⁶ Para uma melhor compreensão do que se entende por *estado de necessidade económico-financeiro* v. S. TAVARES DA SILVA, (2011, pp. 61-91). Também dentro desta temática e presente na mesma obra, v. Leal (*in* CASALTA NABAIS/TAVARES DA SILVA: 2011, pp. 93-128) e ainda CASALTA NABAIS/ S. TAVARES DA SILVA (2010, pp. 84 e 85).

o sistema fiscal só pode cumprir a missão que lhe foi constitucionalmente reservada se as “escolhas fiscais” forem sujeitas a escrutínio.

Tendo como objectivo questionar qual o caminho a seguir na melhoria da racionalidade e da eficiência do sistema fiscal, debater-nos-emos, ao longo da exposição, com quatro questões estruturantes: *i*) um conceito de *eficiência do sistema fiscal*, que assenta na análise dos impactos socioeconómicos do imposto (ou do respectivo agravamento) atentando nos “efeitos distorcedores” decorrentes das acções que os sujeitos passivos desenvolvem para tentar “evitar” o imposto; *ii*) um conceito de *eficácia da tributação* baseada na análise dos resultados da arrecadação, incluindo custos de arrecadação e de oportunidade; *iii*) o papel das ciências auxiliares e, em especial, dos *indicadores* como elementos de *governance* das políticas fiscais; *iv*) um conceito de *controlo* não jurisdicional, mas sim técnico, e realizado por entidades independentes, associado aos conceitos de *responsividade* e de *accountability* como novas dimensões do controlo político.

Não pretendemos com este estudo dar respostas acabadas, aliás, não seria prudente da nossa parte tentar fazê-lo perante a instabilidade do actual contexto económico, financeiro, político e social, contudo acreditamos que o questionamento da eficiência e da operatividade do modelo vigente é já um passo significativo para a mudança urgente que a realidade impõe aos Sistemas Fiscais.

2. Eficiência do sistema fiscal e eficácia da tributação

Os novos quadros da estadualidade e a *new governance*⁷ deixam clara a necessidade da actuação da Administração Tributária ser pautada pela eficiência e pela eficácia, objectivos que actualmente presidem à avaliação do bom funcionamento das entidades públicas em geral.

⁷ Quando nos referimos à *new governance* aludimos ao conjunto das regras que guiam o processo de decisão colectiva, que adoptam métodos de acção nos quais “as fronteiras entre os sectores público e privado tendem a esfumar-se” (C. ANSELL/ A. GASH: 2007, pp. 1-29; Alexandra ARAGÃO: 2005).

O facto de o imposto ser algo “que se impõe aos agentes económicos e pode, por isso, modificar os preços relativos das variáveis económicas directa ou indirectamente relacionadas com a sua incidência” (Pereira: 2009, p. 69), faz com que não possamos continuar a centrar as atenções apenas no momento da cobrança destes, mas que tenhamos também, e principalmente, em atenção a urgência de um controlo das decisões fiscais.

A nossa questão central, neste ponto, é a de tentar determinar se será possível e desejável uma antecipação do controlo, ou seja, a escrutinação da decisão de tributar pelo *princípio da eficiência*. E isto porque, se, por um lado, o controlo orçamental assenta cada vez mais em previsões macroeconómicas que se encontram em constante mutação, assumindo o controlo financeiro um papel preponderante ao permitir-nos obter uma imagem mais fidedigna da real situação das contas públicas, por outro não será menos verdade que nenhum destes controlos substitui o do sistema fiscal (que se apresenta cada vez mais como um instrumento do poder político cuja exclusiva finalidade é a obtenção imediata de receitas fiscais, sem atentar em critérios de justiça).

O estudo da doutrina permitir-nos-á encontrar visões distintas quanto ao tema: alguns autores reconduzem ao controlo do sistema fiscal apenas a verificação da legalidade da cobrança do tributo; outros defendem a necessidade de se avançar com uma análise daquilo que designam como *eficiência arrecadatória*.

Ora, importa compreender o que o critério da eficiência foi trazido para o domínio jurídico, também através das *teorias da análise económica do direito*, com vista à construção de “esquemas de resposta legitimadores de uma selecção dos domínios de intervenção e das medidas adoptadas, para além do horizonte da «escolha pública»” (S. Tavares da Silva: 2010, pp 519 e 520). Este movimento, que ficou conhecido pela expressão *Law and Economics*⁸, defendia uma *eficiência*

⁸ No que se prende com a *Law and Economics*, englobada na temática mais

em sentido técnico-neutral (a decisão pública é eficiente quando maximizar a utilidade ou a riqueza).

Não será este o critério de decisão aqui seguido, uma vez que as várias propostas avançadas para atingir aquele objectivo (*principle of wealth maximization; Pareto-efficiency; Pareto Potencial*)⁹ não levam em consideração o facto de o aumento da riqueza ou do bem-estar poder, eventualmente, não ter qualquer tradução na realidade (Balkin, 1987: 1449; Adler/ Posner: 1999, pp. 25 e ss).

Peter Drucker (Drucker: 1993) considera que: “*efficiency is doing the things right; effectiveness is doing the right things*”.

Em termos gerais e de forma perfunctória, o conceito de *eficiência* aponta para uma análise qualitativa do comportamento: uma pessoa, coisa ou organização é eficiente se, como o menor dispêndio de recursos disponíveis, consegue alcançar o melhor resultado, em termos quantitativos e qualitativos. A *eficácia* traduz a capacidade de alcançar os objectivos traçados, ou seja, a relação entre os resultados obtidos e as metas propostas (Cláudia Viana: 2010, p. 301 e

ampla dos funcionalismos jurídicos materiais, v. CASTANHEIRA NEVES (1998, pp. 70 e ss) e Marta VICENTE (2011, pp. 100-102).

⁹ Segundo Posner, o princípio da maximização da riqueza (*principle of wealth maximization*) representa a disponibilidade para pagar: “[I]t is the idea that law should attempt to promote and facilitate competitive markets and to simulate their results in situations in which market-transaction costs are prohibitive (...)”. (Posner: 1995, p. 403). Assim, a eficiência existiria quando os recursos se encontrassem nas mãos daqueles que, além de quererem, pudessem pagar mais por eles. Atribui-se, deste modo, uma grande importância às preferências subjectivas fundadas no dinheiro, e não, ao contrário do utilitarismo, na utilidade, na felicidade ou no bem-estar (POSNER: 1979).

Já o *Pareto-efficiency* representa as situações em que, “independentemente da distribuição do rendimento, não seja possível aumentar o bem-estar de um sujeito sem determinar uma perda de bem-estar para outro” (PEDRINI: 2009, pp. 457 e 455-458). O objectivo será assim o de encontrar medidas que não acarretem uma perda para ninguém e pelo menos uma pessoa seja beneficiada (ALDER/POSNER: 1999, p. 3).

Por último, o critério de eficiência *Kaldor-Hicks* ou *Pareto Potencial* considera que “uma mudança de política é tida como eficiente se aqueles que ganham com a mudança puderem compensar aqueles que perdem, ou seja, se o grupo que ganha com a mudança tiver um benefício superior ao prejuízo infligido aos perdedores, podendo haver ou não lugar a uma compensação” (BALKIN: 1987, p. 1448).

Andreia Oliveira: 2010, pp. 293 e 294). Estas diferenças explicam o facto de uma pessoa, coisa ou organização poder ser eficiente mas não eficaz e vice-versa.

Segundo João Loureiro, “a ambiguidade do conceito de eficiência resulta não só das diferentes compreensões de distintas ciências como também da sua aplicação para designar, na economia dos textos, outras realidades conexas, ou mesmo, em certas perspectivas, idênticas” (Loureiro, 1995: 127). Daí que também seja frequente a associação da *eficiência* à da *eficácia* e destas à *economia*.

No âmbito do Direito público têm sido propostas diversas acepções e manifestações para a *eficiência*. Hespanha considera que a “ideia de que o direito deve promover a eficiência das relações sociais faz parte do senso comum”, o que por si só demonstra estar-se perante um conceito com um significado ambíguo (Hespanha: 2009, p. 471). G. Pedrini aborda uma eficiência interna, o mesmo será dizer, uma eficiência enquanto “critério de organização racional dos serviços” (Pedrini: 2009, p. 471). O que se visa, nesta perspectiva, é uma redução do peso da máquina administrativa, adaptando-a aos fins visados pelo ordenamento (Pedrini: 2009, p. 472), na linha de pensamento trazida pelo *New Public Management*¹⁰. Um segundo sentido pode ainda ser avançado, encarando-se a eficiência como critério da decisão pública¹¹.

Não é nossa intenção alongarmo-nos na explicação destes sentidos, mas apenas demonstrar a dificuldade em se avançar com uma definição de eficiência no âmbito do Direito público¹².

¹⁰ O *New Public Management* visa uma redução do sector público em três áreas: empresarialização do Estado; exercício de tarefas públicas por sujeitos de direito privado e privatização da relação jurídica de emprego público (S. TAVARES DA SILVA: 2010, pp. 46-55 e Vasco MOURA RAMOS: 2002).

¹¹ Arcuri e Van den Bergh distinguem, no contexto do segundo sentido por nós avançado, a seleção e implementação de projectos públicos e a seleção de propostas normativas. V. ARCURI/ VAN DEN BERGH (2003, p. 235).

¹² Para uma melhor compreensão do que acaba de ser dito, *v.* Marta VICENTE (2011, pp. 103-108).

Retomando a distinção entre os três E's, Sousa Franco considera que existem três critérios ou padrões de análise custo-benefício (*input-output*), sendo eles a economia, a eficiência e a eficácia. Para este autor, o primeiro traduz a seguinte questão: “será possível obter o mesmo rendimento com menor custo – factores de produção?”; o segundo interroga se “será possível obter mais rendimento com o mesmo custo”; por último, a eficácia analisa se “foi obtido o resultado pretendido e em que medida” (Sousa Franco: 2008, pp. 434 e 435).

Já Teixeira Ribeiro entende que a eficiência “constitui, ela própria, a economia”, uma vez que “a eficiência é a ausência de desperdícios; portanto, a ausência de desperdícios económicos, isto é, de deseconomias”. (Teixeira Ribeiro: 1991, p. 299). Assim sendo, entende que a despesa deve ser justificada apenas quanto à eficiência e à eficácia.

João Loureiro distingue a eficiência daquilo a que intitula de “figuras afins”. Dentro destas inclui a eficácia, considerando que “se a eficiência *stricto sensu* se refere aos recursos consumidos (*inputs*) para a obtenção de um determinado fim, a eficácia exprime as relações entre os efeitos ou resultados e os objectivos”. (Loureiro: 1995, p. 128). O autor conclui pelo “carácter polifacetado” da eficiência mobilizando-a como um “superconceito”, com diversas dimensões relevantes juridicamente (Loureiro: 1995, pp. 131-133).

Casalta Nabais, na análise dos limites à determinabilidade requerida pelo princípio da tipicidade fiscal, aborda estas distinções, considerando que o *princípio da economicidade* e o da eficiência *lato sensu*, ou da racionalidade, ou da racionalização, ou da produtividade são o mesmo princípio. Por outro lado, decompõe este em dois outros princípios: o da eficiência *stricto sensu* ou da economia que “relaciona os meios utilizados e os resultados obtidos de modo a obter o melhor resultado ao menor custo”, e o da eficácia, “que relaciona os objectivos propostos com os resultados obtidos”. Dentro do princípio da eficiência *stricto sensu*, o autor considera que ainda podemos encontrar aquilo a que apelida de princípio da economia *stricto sensu*, “referido ao menor custo para o mesmo resultado”, e também o

princípio da eficiência *strictissimo sensu*, “referido ao melhor resultado para a mesma estrutura de custos” (Casalta Nabais: 2004, p. 374).

Filipa Calvão considera que o “princípio jurídico da eficiência atende essencialmente ao modo como se ponderam entre si bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos, orientando a conduta pública para a prossecução (integral) do objectivo proposto com a menor lesão dos bens jurídicos envolvidos” (Filipa Calvão: 2010, p. 331).

Através da análise das diversas perspectivas aqui trazidas, parece ser possível encontrar linhas de pensamento transversais a todas elas, apesar da ambiguidade do conceito de eficiência e da dificuldade notória em destrinchá-la de outras figuras afins.

No campo fiscal, Américo Carlos entende que o *princípio da eficácia fiscal* traduz-se na capacidade de o sistema fiscal alcançar os fins que lhe são legalmente atribuídos (Carlos: 2005, p. 164). De facto, a CRP, no seu artigo 103.º, n.º 1, dispõe que “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Assim sendo, o sistema fiscal será eficaz se conseguir alcançar a finalidade financeira de arrecadação e os fins extrafiscais previstos naquele preceito. No que diz respeito ao *princípio da eficiência fiscal*, o autor considera que podemos encontrar dois sentidos distintos: o da *eficiência económica* - ausência de distorções na afectação de recursos por via dos impostos¹³ e o da *eficiência enquanto requisito constitucional* de “racionalização dos meios a utilizar pelos serviços” (art. 267.º, n.º 5 da CRP). Nesta conformidade, defende que, relativamente aos impostos, a eficiência “é aferida pela comparação entre as receitas fiscais arrecadadas e os objectivos extrafiscais prosseguidos, por um lado, e a totalidade dos custos (financeiros e não financeiros) suportados para o efeito, por outro”, enquanto a eficácia respeita unica-

¹³ V., neste sentido, TRIGO PEREIRA *et alii* (2009, p. 217) e ainda STIGLITZ (2000, p. 438).

mente à concretização dos objectivos fiscais e extrafiscais dos impostos individualmente considerados (Carlos: 2005, pp. 176 e 177).

Compreendemos a distinção proposta pelo autor. De facto, se pegarmos no exemplo do IRC, verificamos que os objectivos fiscais deste imposto podem ser alcançados, mas o montante que normalmente se despende com a sua arrecadação (custos de arrecadação) é igual ou mesmo superior ao total arrecadado. Daí a necessidade de uma ponderação entre, por um lado, as receitas fiscais arrecadadas e o grau de satisfação das *necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas, bem como uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza*¹⁴ (art. 103.º CRP) e, por outro, a totalidade dos custos (financeiros e não financeiros) suportados para o efeito. Todavia, não acreditamos ser esta hoje a diferença central entre eficiência e eficácia fiscais.

Por último, Ives Gandra Martins define o princípio da eficiência em matéria tributária como “a adopção de política tributária com mecanismos e instrumentos legais capazes de gerar desenvolvimento e justiça fiscal, sendo, pois, a arrecadação, mera consequência natural e necessária, para que, sem ferir a capacidade contributiva, gere serviços públicos à comunidade proporcionais ao nível impositivo” (Ives Martins: 2007, p. 649).

Esta passagem pelas diferentes propostas de definição de eficiência e eficácia fiscais demonstram, como já referimos, que a doutrina tem dirigido, primordialmente, as suas atenções para o *momento da arrecadação do tributo*.

Com efeito, existem dificuldades no recorte dos princípios da eficiência e da eficácia fiscais. Dificuldades que se devem, por um lado, ao facto de estes conceitos terem sido mobilizados, primeiramente, no campo das ciências económicas e só mais tarde transpostos para o domínio jurídico, com as teorias da *análise económica*

¹⁴Resumindo este primeiro aspecto, o que se pretende é uma eficácia financeira, ou seja, as receitas geradas por um sistema fiscal devem ser adequadas e suficientes para fazer face às necessidades financeiras e objectivos da política orçamental.

do direito (Tavares da Silva: 2010, pp. 519 e ss). Por outro, e como chama à atenção Suzana Tavares da Silva, “a sobreposição de planos e campos de aplicação do princípio da eficiência no âmbito do direito público” deve-se, essencialmente ao facto de não ter sido ainda possível recortar nos sistemas jurídicos continentais o princípio da eficiência como princípio fundamental de direito público com um conteúdo pré-definido e uma metódica própria de aplicação e controlo (Tavares da Silva: 2010, p. 521).

Esta tarefa tem tanto de complexa como de urgente e necessária, uma vez que actualmente os Estados, devido à sua estrutura aberta e fragmentária, devem, em nosso entender, legitimar as suas decisões fiscais a partir da eficiência e da eficácia.

De acordo com a nossa perspectiva, e no que se prende com a *economia*, seguimos a perspectiva de Teixeira Ribeiro, incorporando-se aquela na *eficiência* (Teixeira Ribeiro: 1991, p. 299). Quanto à *eficiência e eficácia fiscais* reconduzimo-las a dois momentos distintos: a *eficiência* do sistema fiscal é aferida no próprio momento em que se decide tributar, isto é, antes de se lançar o tributo é preciso analisar que impactos advirão para economia do seu lançamento, uma vez que quer a criação de um imposto novo, quer o agravamento da tributação acarretam não apenas uma redução do rendimento disponível dos sujeitos passivos, como também “efeitos distorcedores”, decorrentes das acções que os sujeitos passivos desenvolvem ao tentar “evitar” o imposto; já a *eficácia* será avaliada após a arrecadação, no sentido de se apurar se houve uma maior arrecadação face aos anos transactos e se a mesma foi acompanhada por uma diminuição de custos de arrecadação e de contexto (estes últimos são custos decorrentes da “má qualidade das leis fiscais, que torna difícil e onerosa a sua consulta e aplicação e facilita a fraude e a evasão fiscal” - S. Tavares da Silva: 2012a, p. 26).

É importante referir que no âmbito do direito público não se reconhece uma identidade autónoma ao *princípio da eficiência* (Andreia Oliveira: 2010, pp. 294 e 295). No entanto, tem sido recorrente a respectiva mobilização como critério de organização racional dos

serviços públicos, da determinação do interesse público e da escolha dos instrumentos que vão satisfazer esse mesmo interesse¹⁵.

Os recentes programas dos governos demonstram aquela tendência. O XVII Governo Constitucional (2005/2009) fixou os cinco vectores principais da política fiscal, sendo eles a estabilidade, a equidade, a transparência, a simplicidade e a eficiência¹⁶, reconhecendo-se que “a adopção de políticas públicas que permitam incentivar a competitividade da economia portuguesa, reforçar a confiança dos agentes económicos e contribuir para uma justa repartição do rendimento exige eficiência e justiça na arrecadação das receitas fiscais”.

O XVIII Governo Constitucional (2009/2011) estabeleceu-se como um dos objectivos centrais no âmbito da fiscalidade a eficiência, pretendendo-se uma reestruturação do sistema fiscal nacional com vista ao aprofundamento desta¹⁷. O actual governo (XIX Governo Constitucional – 2011-2014) deixa claro no seu programa a “necessidade de se encontrarem modelos de organização ao nível do Estado mais reduzidos e com menores custos, promovendo simultaneamente uma maior eficiência operacional e uma acrescida eficácia governativa”¹⁸, considerando possível “fazer uma utilização mais eficiente dos recursos, pressuposto absolutamente necessário para preservar e viabilizar a maior parte dos serviços públicos e o exercício das legítimas funções do Estado”¹⁹.

Um dos tópicos deste último programa é “controlo e gestão”²⁰, correlacionando-se a necessidade de aumentar a eficiên-

¹⁵ No que diz respeito ao princípio da eficiência na administração pública, enquanto “um pressuposto e uma exigência da promoção do bem-estar”, CLÁUDIA VIANA: 2010, pp. 301-312.

¹⁶ Programa XVII Governo Constitucional (2005/2009), p. 36 *in* <<http://www.portugal.gov.pt>>.

¹⁷ Programa XVIII Governo Constitucional (2009/2013), p. 44ss *in* <<http://www.portugal.gov.pt>>.

¹⁸ Preâmbulo do DL n.º 86-A/2011, de 12 de Julho.

¹⁹ Programa do XIX Governo Constitucional (2011-2014), p. 8 *in* <<http://www.portugal.gov.pt>>.

²⁰ Programa do XIX Governo Constitucional, pp. 10ss.

cia da Administração Pública e a de um maior controlo. O poder político dá, desta feita, um sinal claro de que compreendeu que só obterá uma gestão eficiente se se dotar de estruturas de controlo competentes.

No que diz respeito aos assuntos fiscais, o programa em análise prevê um aumento das receitas fiscais através da “melhoria da eficácia da Administração Tributária”.

Outros exemplos poderiam ser mobilizados no sentido de demonstrar que os objectivos de eficiência e eficácia estão na ordem do dia²¹, ainda que, analisando estes Programas, se compreenda que os mesmos têm tido uma grande preocupação com a eficácia fiscal, precisamente com vista a uma maior arrecadação, com menores custos, desconsiderando frequentemente a eficiência fiscal, no sentido antes referido.

Mas a mobilização daqueles princípios traz agregada uma importante questão: como fundamentar a sua utilização como critérios racionais de organização no âmbito do direito público?

Barbosa de Melo defendia que a ideologia do Estado Social permitiria por si só a mobilização do princípio da eficiência no seio da administração pública (Barbosa de Melo: 1986, p. 83). Este argumento assume maior força no seio do actual Estado Regulador, no qual a actuação eficiente da administração pública em geral, e com especial intensidade da Administração Tributária, é uma premissa essencial.

João Loureiro, no âmbito do estudo do procedimento administrativo, recorre à CRP, considerando que a mesma dá referências claras enquadráveis na noção ampla de eficiência (Loureiro: 1995, p.133)²².

²¹ Atenda-se ao *Economics department working paper*, n.º 814 da OCDE, cujo tema é o da construção de um sistema fiscal em Portugal mais eficiente e menos gerador de distorções in <<http://www.oecd.org>>.

²² Filipa Calvão considera que, na ordem jurídica portuguesa, o princípio da eficiência está consagrado sobretudo na sua dimensão organizatória no art. 267.º, n.º 2 da CRP, embora com reflexos no plano procedimental e de decisão administrativa (Filipa CALVÃO: 2010, pp. 331 e ss).

Andreia Oliveira considera que “[O] Estado de Direito íntegro, *já hoje*, princípios (...) que permitem o controlo da eficiência dos poderes públicos, garantindo protecção aos bens jurídicos constitucionais e convocando para essa protecção recursos na *justa medida*”, estando em causa, essencialmente, dois princípios: o da proibição do excesso e o da proibição do défice (Andreia Oliveira: 2010, pp. 298 e 299).

Reportando-nos ao sistema fiscal, verifica-se, na prática, que os seus princípios estruturantes conduzem ao reconhecimento do princípio da eficiência como um corolário natural dos demais princípios que norteiam toda a administração, princípio que está implícito no texto constitucional²³.

Todavia, o novo contexto económico-financeiro tem levado a que os Estados, cujo financiamento repousa maioritariamente nos respectivos sistemas fiscais, se preocupem, essencialmente, em praticar não uma política fiscal eficiente, mas uma mera política de arrecadação eficaz. Não se pode desprezar as diferentes consequências que advêm da adopção de uma ou de outra política. Uma *política fiscal eficiente* traça a sua finalidade, bem como o modo mais adequado de a atingir, analisando e inter-relacionando os factores jurídicos, económicos, sociais, administrativos e políticos que envolvem o imposto, permitindo a obtenção de um resultado óptimo. Caso não se siga este caminho, o que teremos é uma mera política de arrecadação eficaz, que pode propiciar níveis de arrecadação muito satisfatórios, mas que não olha para os impactos que o tributo tem na economia.

A distinção entre eficiência e eficácia fiscais é decisiva se tivermos em conta que hoje a decisão fiscal é soberana em termos jurídicos e políticos, mas já não é em termos económicos, como se

²³ Andreia Oliveira demonstra que parte da doutrina alemã defendeu que o princípio da eficiência não é um princípio autónomo, actuando, antes, “como instrumento de conciliação óptima de todos os fins a que o Estado de Direito se propõe. Não é um princípio exterior, mas imanente à Constituição” (Andreia OLIVEIRA: 2010, pp. 296 e 297).

compreende pela (quase) ausência de *impostos neutros* sob o ponto de vista económico, designados pela doutrina financeira como “*impostos não distorcedores*” (neutrais)²⁴.

Os autores alertam para o facto de todos os impostos, em maior ou menor grau, serem distorcedores “no sentido de que tendem a alterar comportamentos económicos”²⁵ (Trigo Pereira *et alii*: 2009, p. 224). Contudo, o que se deve distinguir é se estamos perante “*impostos intencionalmente distorcedores*” (também designados de impostos *pigouvianos*) ou “*impostos não intencionalmente distorcedores*”, na medida em que os primeiros, em tese, permitem gerar receita fiscal e melhorar a eficiência na afectação de recursos (tributação correctiva²⁶). Já os segundos, representativos da generalidade dos impostos, são utilizados com vista apenas à obtenção de receitas.

Ora se a generalidade dos impostos são “*não intencionalmente distorcedores*”, o “objectivo deverá ser reduzir a interferência com decisões económicas tomadas em mercados eficientes, o mesmo é dizer, a minimização da carga excedentária da tributação” (Trigo Pereira *et alii*: 2009, p. 224; Pereira: 2009, pp. 69-75).

3. Novas relações entre o direito e as ciências auxiliares

3.1. Novos postulados do Estado em matéria de financiamento

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 103.º, n.º 1, dispõe que “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Já o artigo 5.º da Lei Geral

²⁴ A doutrina refere-se àqueles impostos em que um agente económico nada pode fazer (legalmente) para evitar ou alterar a sua incidência económica - “*imposto lump-sum*” ou de montante fixo. (TRIGO PEREIRA *et alii*: 2009, p. 222)

²⁵ No que diz respeito ao efeito dos impostos, enquanto efeito rendimento (*income effect*) e efeito substituição (*substitution effect*) v. PEREIRA (2009, pp. 69 e ss).

²⁶ O exemplo mais comum é o da tributação ambiental.

Tributária, para além de referir expressamente que “a tributação visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas”, acrescenta ainda que a mesma “promove a justiça social, a igualdade de oportunidades e as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”. A leitura conjugada destes preceitos permite concluir que, segundo o nosso ordenamento jurídico, o imposto deve cumprir hoje dois objectivos essenciais: o *financiamento do Estado* e a *redistribuição do rendimento*.

É neste contexto que se tem atribuído ao imposto²⁷ a missão de garantir a arrecadação de receitas necessárias para suportar os custos com a realização de tarefas públicas. Contudo, esta realidade, como alerta Suzana Tavares da Silva, é muito mais complexa do que aparenta, por um lado, os impostos produzem importantes efeitos económicos, assim como influenciam fortemente os comportamentos dos respectivos sujeitos passivos, efeitos que não podem ser ignorados pelo legislador fiscal. Por outro lado, os efeitos económicos da tributação transformam o imposto num instrumento especialmente eficaz na prossecução de outras políticas, em especial de políticas económicas e sociais, o que pode levar à criação de impostos cuja principal finalidade não é já arrecadar receitas, mas antes estimular ou desincentivar comportamentos ou sectores económicos (S. Tavares da Silva: 2011, pp. 5 e 6).

Ultrapassada a era do *Estado Fiscal Social*²⁸, no seio do actual

²⁷ O imposto é tradicionalmente definido como uma prestação pecuniária, unilateral, definitiva e coactiva, devida por detentores de capacidade contributiva a favor de entidades públicas, destinado à realização de funções públicas, e desprovido de carácter sancionatório (SALDANHA SANCHES: 2007, pp. 22 e ss; CASALTA NABAIS: 2010, pp. 11 a 20).

²⁸ De forma muito concisa, podemos assinalar a evolução do Estado Fiscal (passagem do *Estado Fiscal Liberal* para o *Estado Fiscal Social* e deste para o *Estado Fiscal Regulador e de Garantia*) da seguinte forma: o *Estado Minimalista ou Liberal* coincide com o surgimento do próprio Estado Fiscal, sendo a faceta económica do Estado Liberal Clássico. O Estado Fiscal não exige uma estrutura muito complexa de arrecadação, uma vez que considera-se que não cabe ao Estado a satisfação das necessidades dos cidadãos, limitando-se basicamente a exercer o poder de polícia (“Guarda-nocturno”) para garantir a liberdade individual.

Estado Fiscal Regulador e de Garantia (nascido no seio do *Estado Regulador e de Garantia*²⁹⁻³⁰) o *princípio da neutralidade fiscal* ganha um especial relevo. A incumbência prioritária do Estado já não é a *production of results*, mas essencialmente a tarefa de *assuring results*. Ou seja, cabe ao Estado assegurar o funcionamento eficiente dos serviços (e dos mercados quando os serviços venham a ser prestados neste contex-

O *Estado Fiscal Social*, por seu turno, nasce no berço do Estado do *Welfare-State*, cuja existência substitui o Estado Liberal, justificada com a quase falência do sistema liberal por força da Primeira Guerra Mundial, com a percepção de que a intervenção estatal era necessária para proteger os cidadãos e prover as suas necessidades básicas, bem como de regulação do mercado. A actividade estatal continua a ser financiada pelos impostos, porém a sua existência está dependente da sua finalidade social (garantidora de serviços públicos) ou extrafiscal (regulação da economia).

Por último, o *Estado Fiscal Regulador e de Garantia* sucede ao Estado Fiscal Social, no seio do novo modelo de Estado Regulador e de Garantia, em decorrência da falência do Estado do Bem-Estar Social, cuja dimensão e despesas acabaram por se tornar insustentáveis, bem como da globalização económica, um modelo de livre concorrência no mercado que foi gizado a partir da II.^a Guerra com o consenso de Washington, mas que apenas haveria de ganhar dimensão na década de 90', com as liberalizações dos sectores de serviços no Reino Unido e nos EUA e com a dinamização destes mercados quer no âmbito dos instrumentos aprovados pelo sistema do Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio, quer em decorrência do aprofundamento das liberdades no contexto da União Europeia.

²⁹ Sobre o *Estado Regulador* v. VITAL MOREIRA (1997, pp. 167-179); OTERO (2003, pp. 298 e ss); GONÇALVES (2007, pp. 7-67), S. TAVARES DA SILVA (2008). Ainda que numa abordagem diferente, onde se entrecruzam aquilo a que o autor intitula de “crocodilo” da economia e a “medusa da ideologia” dos direitos adquiridos, v. JOÃO LOUREIRO (2010). Na doutrina estrangeira, v. LA SPINA /MAJONE (2000). A expressão “*Estado Regulador e de Garantia*” é um conceito que aponta para uma vertente mais político-económica. Na denominação da mesma facticidade, com uma feição mais política surge o *Estado Pós-Social*, conceito a que se refere Gomes Canotilho: “a «desmistificação» do Estado Social (...) significa uma decidida mudança de paradigmas”. Para este autor o “Estado pós-heróico” é o Estado “que, através de uma direcção contextualizada (ou seja, através de uma autovinculação), proporciona, mas não determina, as convenções-quadro para a prossecução do bem comum” (CANOTILHO: 2008, pp.143 e 148).

³⁰ Jordan e Levi-Faur inserem as mudanças políticas na economia capitalista dos dois últimos séculos em três tipos de Estado. Ao Estado Guarda-Nocturno (séc. XIX), atribuem quer a liderança, quer a prestação de serviços e empresa à sociedade civil; contrariamente no Estado do Pós-Guerra (1945-1970), aquelas duas tarefas cabem ao Estado, por último, no Estado-Regulador (1980 -) reconduzem a liderança ao Estado e a prestação de serviços e empresa à sociedade civil. JORDAN/ LEVI-FAUR (2004, p. 7).

to), de modo a *garantir* a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolista e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral. Para além disso, também está incumbido de *assegurar o acesso a serviços económicos* em condições económicas justas a partir do mercado e, numa fase agora em implementação, a *serviços sociais* a partir de novas condições económicas que não apenas a universalidade e gratuidade a partir do imposto.

No seio deste novo modelo de organização económico-social o princípio da neutralidade fiscal ganha um especial relevo, sacrificando a tradicional função redistributiva (que não se tem revelado apta a garantir a justiça) e permitindo o surgimento de novas soluções, nomeadamente o recurso às contribuições financeiras.

É inegável a necessidade de se garantir que a economia de mercado funciona regularmente, minimizando a carga excedentária da tributação nos sectores económicos eficientes, e que a criação de impostos com finalidades económicas ou sociais (extrafiscalidade) só será admitida em situações muito restritas³¹. A preocupação que deverá estar sempre presente nesta matéria é a de evitar a interferência ilegítima no livre desenvolvimento da economia de mercado, ou a utilização de pretextos económicos ou sociais para arrecadar receitas.

Importa, contudo, compreender que não deve haver uma interpretação puramente económica do princípio da neutralidade fiscal, para que não se conceitue esta neutralidade, tão-somente, como a menor interferência possível da tributação nas escolhas dos agentes económicos, perspectiva satisfatória para a doutrina do Estado Liberal, mas inadequada no actual modelo de Estado incentivador. Aliás, perfilhando da perspectiva de Suzana Tavares da Silva, consideramos que este Estado deve intervir sempre que os instrumentos fiscais de orientação de comportamentos (entendam-se contribui-

³¹ Nomeadamente, quando a finalidade consista na correcção, pela via fiscal, dos efeitos económicos e sociais perversos da própria tributação.

ções financeiras e não impostos, na nossa perspectiva) se revelem mais eficazes do que os instrumentos administrativos ou de condução de políticas públicas (S. Tavares da Silva: 2008).

3.2. Os indicadores como elementos de governance das políticas fiscais

3.2.1. Os indicadores de sustentabilidade financeira: um “padrão” ou “componente apropriado” para orientar a decisão de tributar?

Considerando urgente o direito dialogar com as ciências auxiliares, parece-nos pertinente trazer à discussão uma das tecnologias sociais emergentes, cada vez mais importante na governação global: os *indicadores*.

Os autores têm vindo a avançar várias definições para “indicador”, não existindo, contudo, um significado unânime para o mesmo.

Bossel considera que “quanto mais complexo é o pequeno mundo no qual cada um de nós vive, mais indicadores terão de se observar”. Para este autor, “se queremos avaliar a forma como estamos a actuar como indivíduos ou como sociedade é necessário olharmos para os indicadores que fornecem informações relevantes sobre os actuais e possíveis desenvolvimentos futuros” (Bossel: 1999, p. 9).

Num relatório sobre indicadores ambientais a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) define os indicadores do seguinte modo: “(...) uma ferramenta de avaliação entre outras; para captar-se todo o seu sentido, devem ser interpretados de maneira científica e política. Devem, com a devida frequência, ser completados com outras informações qualitativas e científicas, sobretudo para explicar factores que se encontram na origem de uma modificação do valor de um indicador que serve de base a uma avaliação” (OCDE: 2002, p. 204).

Também a *European Environment Agency (EEA)* refere frequentemente os indicadores nos seus relatórios. Define-os como

“(…) uma medida, geralmente quantitativa, que pode ser usada para ilustrar e comunicar um conjunto de fenómenos complexos de uma forma simples, incluindo tendências e progressos ao longo do tempo” (EEA: 2005, p. 7). Já o *Internet Engineering Task Force (IETF)* considera que “um indicador fornece uma pista para uma matéria de largo significado ou torna perceptível uma tendência ou fenómeno que não é imediatamente detectável. Um indicador é um sinal ou sintoma que torna algo conhecível com um razoável grau de certeza. Um indicador revela, dá evidência, e o seu significado estende-se para além do que é actualmente medido a um grande nível de interesse do fenómeno” (IETF referido por EEA: 2005, p. 7).

Por entendermos ser a mais completa e a mais indicada para abordar os indicadores como uma tecnologia emergente, importante na prática da governação global, símbolos de um compromisso entre a exactidão científica (formulação matemática) e a necessidade de informação concisa (simplificação e síntese), seguimos a definição avançada por Kevin Davis, Benedict Kingsbury e Sally Merry, para quem “um indicador é uma colecção de dados processada com determinado nome - classificação ordenada e simplificada - que se propõe a representar o desempenho passado ou projectado de diferentes unidades. Os dados são gerados através de um processo que simplifica dados brutos sobre um fenómeno social complexo. Esses dados, na sua forma simplificada e processada, são susceptíveis de ser utilizados para comparar unidades especiais de análise (como por exemplo países, instituições ou empresas), sincronicamente ou ao longo do tempo³², e avaliar a sua performance por referência a um ou mais padrões” (Kevin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*. 2012, p. 6)³³.

³² Os indicadores, regra geral, permitem a comparação de diferentes unidades, mas em alguns casos, apenas possibilitam a comparação da mesma unidade em momentos diferentes.

³³ Existem, actualmente, diversos indicadores agrupados em áreas temáticas: *i)* no âmbito do *desenvolvimento económico*, destaca-se o PIB (*Produto Interno Bruto*), que representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos numa determinada região (quer sejam países, estados ou cida-

Apesar da diferente terminologia utilizada na definição deste conceito (parâmetro, medida, valor), parece haver consenso quanto ao facto de os indicadores constituírem uma forma de simplificação e sintetização de fenómenos complexos através da sua quantificação e interacção com componentes qualitativas (avaliação da qualidade de vida, do bem-estar social, da sustentabilidade). Distinguem-se, desta forma, de outras colecções de dados pelo seu potencial de utilização na avaliação de desempenho dos diferentes actores, mesmo naquelas situações em que o seu papel e efeito não depende de uma operação determinada de processos avaliativos (Kavin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*: 2012, p. 6).

des), durante um período determinado (mês, trimestre, ano); *ii*) no que se prende com a *qualidade de vida* encontramos, entre outros, o IDH (*Índice de Desenvolvimento Humano*), a medida comparativa usada para classificar os países pelo seu grau de “desenvolvimento humano” e para ajudar a classificar os mesmos como desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos (inclui a esperança média de vida, a alfabetização e o grau de escolaridade, e o PIB per capita, recolhidos a nível nacional); *iii*) no campo da *governança e da cidadania* assumem especial relevo os *Instrumentos de Gestão da Sustentabilidade*, sendo estes um indicador que permite analisar o grau de implementação e certificação de sistemas de gestão, tradicionalmente utilizados pelo sector privado, na óptica de mercado e a aplicação do princípio de sustentabilidade nos processos de tomada de decisão, no desenvolvimento de políticas e na promoção de boas práticas; *iv*) no domínio *monetário*, destacamos o *Índice de Progresso Genuíno*, um indicador que utiliza um sistema similar ao do cálculo de PIB, porém acrescenta informações sobre outros factores (em especial o crime e colapso familiar (*Family Breakdown*); trabalho doméstico e voluntário; distribuição de renda; exaustão de recursos; poluição; danos ambientais de longo prazo; mudanças no tempo de lazer; despesas preventivas); *v*) na área do *ambiente*, e de entre o vasto leque de indicadores existentes neste contexto, destacamos o *Investimento e Despesa Nacional com a Protecção e Gestão do Ambiente*, que retrata a despesa da Administração Pública e investimentos das empresas em gestão e protecção do ambiente; *vi*) na *energia* sublinhamos o indicador relativo à *Produção e Consumo de Energias Renováveis* (energia produzida e consumida de fontes de energia consideradas como não esgotáveis – geotérmica, solar, eólica - ou renováveis – biomassa, resíduos); *vii*) na *saúde* o destaque vai para o indicador da *Despesa Total com a Saúde* (despesa total, pública e privada, com a saúde); e não sendo nossa intenção exemplificar todas as áreas temáticas, concluiremos com a referência à *viii*) *educação* e dentro desta à *Taxa de Analfabetismo* (considera-se analfabeto todo o indivíduo com 10 ou mais anos que não sabe ler nem escrever, ou seja, o indivíduo que é incapaz de ler e compreender uma frase escrita ou de escrever uma frase completa).

Maria Partidário considera que um bom indicador “deve ter um valor próprio, deve demonstrar resultados, deve medir o que é importante no objectivo e ser estatisticamente significativo (...). [p]oderá ainda ser mais simples ou mais complexo em termos estruturais, não esquecendo que, numa perspectiva de gestão e monitorização (...), a facilidade de utilização e de aplicação de um indicador é certamente determinante da sua utilidade” (Maria Partidário: 2000, p. 49).

Na realidade, como se afirma na *proposta para um sistema de indicadores de desenvolvimento sustentável*, apresentada pela Direcção Geral do Ambiente no ano de 2000, “a utilização de indicadores tem vindo a ganhar um peso crescente nas metodologias utilizadas para resumir a informação de carácter técnico e científico na forma original ou “bruta”, permitindo transmiti-la numa forma sintética, preservando o essencial dos dados originais e utilizando apenas as variáveis que melhor servem os objectivos e não todas as que podem ser medidas ou analisadas”³⁴.

A aplicação dos indicadores encontra-se intrinsecamente relacionada com os propósitos que se pretendem alcançar com cada um desses, cabendo ao poder político a definição dessas metas, sempre que as mesmas não se encontrem pré-estabelecidas ao abrigo da legislação nacional ou comunitária. Aliás, o próprio nome dos indicadores é geralmente uma simplificação do que o índice pretende medir ou classificar, podendo ainda acontecer que o indicador crie o próprio fenómeno que afirma medir (Kavin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*. 2012, pp. 75 e 76).

Se inicialmente os indicadores eram utilizados apenas para medir o estado de desenvolvimento dos países a nível da sua performance económica (indicadores económicos), apoiados em limitados conhecimentos científicos, o surgimento da estatística como ciência levou a que os mesmos adquirissem um papel de relevo, nomeadamente no entendimento e monitorização de sistemas progressiva-

³⁴ Disponível em <<http://www.apambiente.pt>>.

mente mais complexos. Porém, a sua eficácia depende, em grande medida, da sua simplificação (*reductionism*). Dirigindo-se primordialmente ao poder político, estes indicadores devem ser de fácil utilização e compreensão.

Tendo em conta o objecto deste estudo, centraremos os esforços na análise dos indicadores de *governance*³⁵, referindo-nos a “qualquer indicador que meça um aspecto da boa governação” (Kevin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*: 2012, p. 438).

De facto, a crescimento exponencial do interesse pela qualidade da governação, no âmbito do *Estado Regulador e de Garantia*, tem impulsionado a utilização de indicadores de governação, com base na máxima de que só se pode controlar o que se pode medir. A realidade tem demonstrado que os indicadores de sustentabilidade são uma oportunidade, dentro dos processos de *governance*, de obtenção de novos conhecimentos, informações e soluções a serem construídas e apresentadas dentro da arena política (Pastille: 2002, p. 15). Claro que, como já tivemos oportunidade de referir, cabe ao poder político definir as metas a atingir pelo país para cada um destes indicadores, para que se possa, a qualquer momento, avaliar a distância entre o ponto em que nos encontramos e o fim traçado.

Os indicadores de *governance* podem ser convocados para monitorar e avaliar a extensão dos problemas e do sucesso das intervenções públicas; mobilizar a comunidade, chamando à atenção nomeadamente para os desafios de uma governação sustentável; atrair actores de diferentes áreas de interesse e conhecimento, permitindo que estes possam desenvolver um entendimento compartilhado dos

³⁵ Tradicionalmente, estes indicadores têm sido categorizados em dois grupos distintos: os de uma abordagem “técnica” e os de uma abordagem “participativa” ou “orientada para os cidadãos” (PASTILLE: 2002). Sara Pires chama a atenção para a convergência que alguns autores têm vindo a fazer dessas duas categorizações, surgindo uma terceira tipologia ampla, que olha para os resultados dos projectos dos indicadores de sustentabilidade no contexto da *governance*: os de uma abordagem “governance” (Sara PIRES: 2011, p. 5)

desafios de uma governação global e provocar, também, uma acção institucional, do poder político, inspirando, diversas vezes, a crítica, a resistência e exigências de reforma.

Kavin Davis e outros consideram ser expectável que a utilização dos indicadores como uma tecnologia da governação global afecte a determinação de onde, a quem e em relação a quem a *governance* actuará (“*topology of governance*”); os processos através dos quais os *standards* são criados (“*standard-setting*”); os processos através dos quais são tomadas decisões sobre a aplicação de *standards* a casos particulares (“*decision-making*”) e os meios e as dinâmicas de contestação (“*contestation*”) e regulação do exercício do poder na governação global (“*regulation*”) (Kavin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*: 2012, pp. 12 a 21).

No que se prende com a tipologia de governação, e tendo em conta o facto de estarmos perante verdadeiros instrumentos de *governance*, interessa compreender que os indicadores são uma das tecnologias de “governo à distância”, permitindo que certos actores exerçam influência sobre a conduta de outros, que se encontram geograficamente dispersos. Além disso, e dentro da mesma lógica, os promulgadores e simples produtores dos indicadores, ou outros actores cujas decisões têm impacto significativo sobre a forma ou o conteúdo destes, têm de ser contabilizados entre os detentores do poder na governação global. Daí se poder afirmar que os indicadores “ajudam a constituir ou incorporar relações de poder” (Kavin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*: 2012, pp.13 e 14), alterando o seu exercício e mesmo a sua distribuição em certas esferas desta governação³⁶.

Relativamente à influência dos indicadores, quer nos processos através dos quais os *standards* são criados, quer naqueles pelos quais são tomadas decisões sobre a aplicação de *standards* a casos par-

³⁶ Os autores chamam a atenção para os problemas complexos derivados da inclusão dos produtores de indicadores na classe dos governadores, nomeadamente quando a produção destes indicadores deriva de um processo colectivo – *v.*, a este respeito Kavin DAVIS *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*: 2012, p. 14.

ticulares, a emergência do Estado Garantidor, ao alterar a forma de actuação estatal na garantia de acesso aos serviços e direitos sociais, passando a concretizar os mesmos em ambiente de mercado, obriga à fixação de *standards* que concretizem tais direitos, o que por sua vez implica a mobilização da informação trazida pelos indicadores.

Para além disso, os indicadores influenciam um número considerável de deliberações das entidades decisoras, que, apoiando os seus processos decisórios nestes instrumentos, apresentam os mesmos como sendo eficientes, consistentes, transparentes, científicos e imparciais.

Alguns autores, em especial Bento Kingsbury³⁷, estabelecem uma relação entre os indicadores e a lei, considerando que ambos expressam valores e compromissos políticos. Assim como a lei, os indicadores são utilizados para a supervisão ou implementação de *standards*, influenciando as expectativas e comportamentos dos vários operadores, funcionando, ainda, em algumas situações, de forma semelhante aos instrumentos jurídicos internacionais. Os indicadores, nesta perspectiva, podem igualmente completar e apoiar as normas legais, ser incorporados dentro da própria lei, agir como substitutos das leis e, em certos casos, “minar” e ignorar as leis.

É nossa opinião que os indicadores não podem, nem devem, ignorar ou substituir a lei. Não podemos esquecer que estamos perante instrumentos extrajurídicos, que não são uma *regra* nem mesmo um *standard*. Talvez precisamente por esse facto, por serem um instrumento *soft*, que não dá uma resposta acabada, assumem, progressivamente, um papel de relevo na governação global. Contudo, é inevitável concluir que se as leis continuarem a desprezar a informação que lhes é trazida pelos indicadores, os factos (espelhados por esses instrumentos) sobrepor-se-ão à norma.

É precisamente enquanto *instrumento de tecnologia social soft* que propomos a mobilização dos mesmos, também no domínio da deci-

³⁷ Ver relatório do seminário “*Indicators in Global Governance: Legal Dimensions*”, disponível em <<http://iijl.org>>.

são fiscal, utilizando-se a colecção de dados processada e simplificada que trazem agregada para analisar, com menores custos e maior eficiência, os fenómenos sociais complexos sobre os quais a decisão de tributar, ou de agravar a tributação, interfere.

Refira-se ainda que a utilização dos indicadores no campo fiscal em nada viola o princípio da legalidade fiscal.

Em primeiro lugar, a crise na gestão do imposto, com a privatização do procedimento tributário, e a crise da base tributável, com a internacionalização dos factos tributáveis, demonstraram que legalidade é insuficiente e capturável, sendo, por isso, fundamental “complementá-la”, no actual contexto competitivo, com outros elementos, designadamente os subsídios do *princípio da eficiência*. Daí a necessidade de se superar a visão tradicional do princípio da legalidade fiscal, passando-se de uma *legalidade puramente formal* para uma *legalidade substancial*. Esta concepção tem por base a ideia de que o princípio da eficiência está abrangido no princípio da legalidade substancial. Coloca-se termo, desta feita, à tradicional dicotomia legalidade-eficiência³⁸, não conduzindo, com isto, a uma superação do princípio da legalidade, mas antes à compreensão de que a eficiência, a eficácia e a economia da acção pública são vertentes do princípio da legalidade substancial, sendo este o único capaz de dar resposta aos actuais desafios de um mundo em contínua transformação.

Em segundo lugar, e de forma mais directa, os indicadores, como referimos, não substituem a lei, apenas fazem a ponte entre esta e a realidade, sendo diversas vezes incorporados naquela.

Da actual crise económico-financeira, social e política retiramos vários ensinamentos preciosos para a reestruturação do Sistema Fiscal, nomeadamente o de que a mera decisão política sustentada na legitimidade democrática é extremamente frágil, necessitando de ser apoiada por outros instrumentos, muitos deles extrajurídicos, que não conseguem dar uma decisão acabada, mas que contribuem

³⁸ Sobre esta temática, v. SPASIANO (2003, pp. 265-273).

consideravelmente para se chegar a uma decisão final justa, informada e efectiva.

Se dúvidas restarem quanto à necessidade de mobilização dos indicadores no sistema fiscal, com vista à promoção de uma maior eficiência e eficácia do mesmo, voltemos as atenções para os *indicadores de sustentabilidade financeira*.

De entre os vários indicadores de *governance*, os de sustentabilidade têm gerado o debate mais intenso. Concordamos com Sara Pires quanto ao facto de, apesar de não ser possível medir ou quantificar a sustentabilidade, os indicadores poderem desempenhar um papel fulcral na elaboração do significado de desenvolvimento sustentável, em certos contextos, e em desafiar as definições da governação sustentável (Sara Pires: 2011, p. 5).

Praticamente todos os Estados-membros da União Europeia mobilizam diariamente os indicadores de desenvolvimento sustentável para fomentar as tomadas de decisão, aos mais diversos níveis e nas mais diversas áreas.

Em Portugal, em 2000, a Direcção-Geral do Ambiente avançou com uma proposta para um Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável (SIDS), apontando como aspectos condicionantes do desenvolvimento sustentável indicadores ambientais, sociais, económicos e institucionais. O SIDS nacional surge para dar resposta à necessidade de avaliar o progresso do país em matéria de sustentabilidade, possibilitando estabelecer a ligação com os principais níveis de decisão estratégica, de âmbito nacional, regional e sectorial.

Não é nossa preocupação problematizar qual a melhor definição para traduzir o desenvolvimento sustentável, o que, aliás, se encontra largamente tratado na doutrina. Seguiremos, para este efeito, a definição apresentada no relatório Brundtland – *Our Common Future* - que concebe aquele desenvolvimento como “o que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades”.

No âmbito do princípio jurídico da sustentabilidade e dentro deste no da *sustentabilidade financeira* (Hubertus Guimarães: 2012, pp 62 e ss), indagamos o papel dos *indicadores de sustentabilidade* no actual cenário de crescimento incontrolável das despesas públicas e de desequilíbrio financeiro contínuo, como “padrão” ou “complemento apropriado” para orientar a incidência objectiva e subjectiva do imposto, contribuindo para a reforma dos sistemas fiscais e para a orientação das decisões tributárias.

Mesmo reconhecendo-se que os indicadores de sustentabilidade financeira são apenas instrumentos de orientação *soft*, tendo em conta que os mesmos têm a capacidade de simplificar informação complexa, a sua utilização potencia a redução do tempo e dos custos do processo decisório, atenuando a carga de processamento da respectiva informação.

Estes indicadores permitem medir a sustentabilidade da actividade financeira, ou seja, através deles é possível verificar se a “actividade que o Estado e outras instituições públicas desenvolvem para satisfazer necessidades económicas mediante a afectação de recursos escassos ou bens económicos quer obtendo esses recursos (receitas), quer afectando-os (despesas) ou gerindo-os permanentemente (património)” (Sousa Franco: 1995, pp. 4 e 5) corresponde ao interesse público, respeitando as regras e critérios legais e os objectivos que lhe são politicamente fixados. Claro que esta orientação financeira promovida pelos indicadores de sustentabilidade financeira não se confunde com uma orientação fiscal, mas influi consideravelmente na mesma - quanto mais eficiente for a despesa pública, mais eficiente será a decisão fiscal.

Para além disso, e tendo em conta que os indicadores “dissecam” os dados “brutos” que estão na sua origem, eles constituem uma forma simples de justificar a decisão tomada, facilitando o acesso à informação que se encontra na base da decisão.

Os autores levantam algumas dúvidas quanto à imparcialidade dos indicadores. Consideram que o processo de escolha quanto

à forma de simplificar e seleccionar os dados “brutos” que estão na origem do indicador pode ser altamente subjectivo (Kavin Davis *et alii* in Kevin E. Davis *et alii*: 2012, pp. 18) e mesmo perigoso se o decisor político, a quem cabe a tomada de decisão, estiver envolvido no processo de criação do indicador. Quanto a esta inquietação cabe-nos apenas alertar para algo que temos vindo a insistir nesta exposição: os indicadores não têm qualquer tipo de força vinculativa, situando-se num patamar inferior aos *standards*, não fornecendo qualquer tipo de resposta acabada. Como é natural, terão sempre alguma influência do pensamento ou concepção de quem os cria, mas isso não retira a sua importância enquanto coadjuvantes nos processos decisórios, uma vez que os mesmos são utilizados em estrita ligação com *standards*, princípios, regras e nunca isoladamente.

3.2.2. Papel dos indicadores ligados ao desenvolvimento humano e social no seio do Estado Fiscal

Para além dos indicadores de sustentabilidade financeira, os indicadores ligados ao desenvolvimento humano e social revelam-se bons orientadores da decisão fiscal, permitindo aferir os impactos que essa decisão terá na actividade económica e na própria subsistência dos agentes económicos.

Contudo, estes indicadores remetem-nos para a questão de saber se o Estado Fiscal deve acomodar hoje a *garantia do mínimo para uma existência condigna* e a *justiça intergeracional*.

Apesar do princípio da capacidade contributiva não encontrar consagração legal expressa na Constituição da República Portuguesa, dificultando o controlo material da obrigação de imposto com base neste princípio, a verdade é que não existe uma completa liberdade dos titulares do poder tributário na fixação do valor da obrigação de imposto. É neste sentido que Suzana Tavares da Silva afirma que esta obrigação encontra-se limitada “por critérios e princípios jurídicos, para os quais podem os critérios e princípios de

ordem económica funcionar como importantes instrumentos auxiliares” (S. Tavares da Silva: 2013, p. 43). No que respeita àqueles, avança a autora, em primeiro lugar, o limite emergente do *princípio da garantia do mínimo para uma existência condigna*, ou seja, a decisão fiscal nunca poderá deixar os seus destinatários privados de um mínimo de bens materiais que a comunidade há-de reconhecer a todos como intangível para assegurar condições de vida condignas.

De acordo com a nossa perspectiva, é precisamente na definição do que se entende por este *mínimo de bens materiais necessários para assegurar uma existência condigna* que os indicadores de *desenvolvimento humano e social* devem intervir, orientando o decisor público no momento de lançar um novo tributo ou agravar a tributação.

Assumindo um especial relevo no âmbito da sustentabilidade financeira, deparamo-nos igualmente com o desafio da *justiça intergeracional* (João Loureiro: 2010). O facto de as gerações futuras não serem representadas para protestar contra os encargos insustentáveis que lhes são impostos e não ameçarem vingança nas urnas, tem permitido o endividamento crescente dos contribuintes futuros.

É deste modo premente mobilizar a *justiça intergeracional*, enquanto o contrato existente entre as distintas gerações de hoje e entre estas e as do futuro (Hubertus Guimarães: 2012, p. 64), como critério directivo, no sentido de impedir que o decisor político realize acções ou omissões à custa das gerações futuras.

Os indicadores de sustentabilidade financeira não dão uma solução acabada para a realização da justiça intergeracional, mas demonstram, através dos dados que tratam, que as políticas sociais e económicas não podem continuar a ser concebidas e concretizadas de forma desenfreada e ilimitada, devendo, pelo contrário, comportar consigo uma nova estratégia de desenvolvimento social, para que não se negligenciem constantemente os interesses das gerações vindouras (Tremmel: 2006).

Além disso, acreditamos que esta nova tecnologia social dará uma contribuição importante para a criação e previsão na lei funda-

mental de cláusulas financeiras, que impeçam o Estado de investir hoje, ilimitadamente, dinheiro que não tem, deixando a conta para pagar aos contribuintes futuros. Aliás, são os dados retirados da realidade e simplificados através dos indicadores que demonstram que estas gerações não estão efectivamente protegidas pela CRP, que não estabelece limites no recurso ao crédito público, sujeitando-as “a um volume de compromissos financeiros objectivamente insustentáveis e irreversíveis” (Carlos Moreno: 2010, p. 100).

É por isso urgente começar a levar a sério o desenvolvimento sustentável e os custos dos direitos sociais e a valorizar a visão de longo alcance dos decisores políticos (Hubertus Guimarães: 2012, p. 118), o que implica também uma análise atenta da informação extraída da realidade pelos indicadores.

Não podemos deixar de questionar, ainda neste ponto, qual o contributo dos indicadores ambientais³⁹ para a promoção de uma tributação que desincentive a utilização intensiva dos recursos naturais e promova actividades de manutenção activa desses recursos.

Propomos a uma análise sucinta desta problemática, uma vez que os sistemas de indicadores actualmente disponíveis à escala mundial são maioritariamente baseados na avaliação dos aspectos

³⁹ De acordo com a classificação da OCDE (1993), os indicadores ambientais podem ser sistematizados pelo *modelo Pressão-Estado-Resposta (PER)*, que assenta em três grupos chave de indicadores:

Pressão - caracterizam as pressões sobre os sistemas ambientais e podem ser traduzidos por indicadores de emissão de contaminantes, eficiência tecnológica, intervenção no território e de impacto ambiental;

Estado - reflectem a qualidade do ambiente num dado horizonte espaço/tempo; são por exemplo os indicadores de sensibilidade, risco e qualidade ambiental;

Resposta - avaliam as respostas da sociedade às alterações e preocupações ambientais e à adesão a programas e/ou à implementação de medidas em prol do ambiente; podem ser incluídos neste grupo os indicadores de adesão social, de sensibilização e de actividades de grupos sociais importantes.

V. «*Environmental indicators for environmental performance review*», OECD, 1993. Com pertinência nesta matéria, v. «*Environmental Indicators Development, measurement and use*», OECD, 2003.

ambientais, havendo vários estudos relevantes neste campo. Todavia, importa compreender que, apesar da valoração dos serviços dos ecossistemas ser fundamental, como alerta Alexandra Aragão (Alexandra Aragão: 2011), a tributação ambiental não pode ser um mero expediente para a obtenção de receitas, devendo apenas ser utilizada se e quando se vise a redução da utilização dos recursos naturais, tendo em conta as elevadas exterioridades negativas que a acompanham.

Quando mobilizados como suporte da decisão fiscal em matéria de tributação ambiental, os indicadores desempenham um papel crucial quer ajudando os decisores na atribuição de fundos, alocação de recursos naturais e determinação de prioridades, quer analisando tendências no tempo e no espaço e integrando preocupações ambientais no seio da política extrafiscal⁴⁰.

Entendemos que os indicadores ambientais apoiaram, num futuro próximo, a necessária reforma fiscal ecológica; a selecção das receitas públicas que devam ser consignadas para financiar os *serviços* dos ecossistemas e o engendramento de instrumentos de mercado que façam pagar quem beneficia dos *serviços* dos ecossistemas ou dos recursos que lhe servem de suporte material, o que constitui verdadeiramente uma *exigência de justiça* (Alexandra Aragão: 2011).

Não podemos deixar de referir que, na nossa perspectiva, estes diferentes indicadores só poderão acomodar a *garantia do mínimo para uma existência condigna* e a *justiça intergeracional* no seio do Estado Fiscal (neutral) se os mesmos tiverem, simultaneamente, uma visão global e nacional, ou seja, se ponderarem as diferentes dimensões do actual sistema global, conscientes da total abrangência do mesmo, porém nunca esquecendo as especificidades nacionais.

⁴⁰ A OCDE apresenta quatro grandes grupos de aplicações de indicadores, em matéria ambiental: avaliação do funcionamento dos sistemas ambientais; integração das preocupações ambientais nas políticas sectoriais; contabilidade ambiental e avaliação do estado do ambiente.

4. Novos paradigmas para um controlo do sistema fiscal

A iminência de uma “revolução fiscal” no contexto da “nova economia” (Bouvier: 2010, pp. 302 a 305) tem levado a que os autores avancem com novas notas, para a caracterização de um *bom sistema fiscal* (Stiglitz: 2000; Trigo Pereira *et alii*: 2009, pp. 218 e 219); um sistema adequado à profunda complexidade da pós-modernidade, substituindo assim os tradicionais objectivos musgravianos⁴¹. Esta mudança é imposta pela realidade, que tem vindo a demonstrar as insuficiências do imposto no cumprimento das finalidades a que Musgrave se referia, limitando-se hoje, em grande medida, ao mero arrecadamento de receitas para fazer face às despesas gerais do Estado.

A *transparência* e a *responsividade* fazem parte dessas novas notas caracterizadoras, apontando para a necessidade de as “regras fiscais sere, tanto quanto possível, estáveis e de fácil compreensão para os contribuintes, e permitirem a responsabilização política dos governos pelas medidas fiscais tomadas” (Trigo Pereira *et alii*: 2009, p. 218; Luís Vale: 2012); máxima, aliás, já defendida por Adam Smith (Adam Smith: 2010, p. 486). O objectivo é o de permitir ao contribuinte formular um juízo de calculabilidade quanto ao imposto a pagar e “julgar” a responsabilidade política dos seus representantes. Por outro lado, revelam-se cada vez mais importantes a *simplicidade administrativa*, *eficácia e eficiência de funcionamento*, em parte já referidas também por Adam Smith na sua máxima “*economia na cobrança*” (Adam Smith: 2010, p. 487). A ideia subjacente é a de que a gestão dos impostos deve ser simples e clara, garantindo os menores custos administrativos possíveis para os sujeitos passivos no âmbito do cumprimento das obrigações acessórias, bem como a redução dos custos de transacção e dos custos de contexto (S. Tavares da Silva: 2012b, p. 22; Trigo Pereira *et alii*: 2009, p. 218). Finalmente, deve-se ainda apontar como nota importantíssima

⁴¹ Segundo Musgrave, os impostos no Estado Fiscal devem assumir três objectivos (intitulados pela doutrina como “objectivos musgravianos”: alocação de recursos, redistribuição do rendimento e estabilização macro-económica (Richard MUSGRAVE/ Peggy MUSGRAVE: 1980, pp. 3-17 e 67-83).

de um sistema fiscal óptimo, a *eficácia financeira*: as receitas geradas por um sistema fiscal devem ser adequadas e suficientes para fazer face às necessidades financeiras e objectivos da política orçamental (Trigo Pereira *et alii*: 2009, p. 219).

Porém, para que se consiga garantir que estas notas caracterizadoras de “um bom sistema fiscal” se verificam na prática é indispensável que se sujeite este sistema a um controlo adequado, informado por critérios de *eficiência, eficácia, transparência, accountability e responsividade*. Isto significa que o controlo não pode limitar-se apenas ao modelo vigente, apoiado num controlo judicial de legalidade e constitucionalidade dos actos e das normas fiscais, associado a um simples controlo político das “escolhas fiscais”.

O sistema de Justiça é um pilar do Estado de Direito e uma das funções de soberania fundamentais do Estado, sendo transversal a sua importância na vida política e social. Contudo, tem-se denotado que, no que se prende com a matéria fiscal, os tribunais têm centrado a sua actividade, exclusivamente, na garantia do cumprimento rigoroso do princípio da legalidade, parecendo, por vezes, esquecerem-se que a tipicidade fechada de Alberto Xavier, que pressupunha uma “avaliação definitiva da realidade” pela lei (Alberto Xavier: 1972, p. 326), já não é hoje aceitável. De facto, a aplicação judicial automática lógico-substantiva, segundo a qual a lei daria sempre a resposta certa para todos os casos, mostrou-se frágil perante a complexidade que assumem os factos tributários e que nem a margem de discricionariedade reconhecida à Administração Tributária consegue acompanhar.

A realidade tem demonstrado que o controlo judicial, estando centrado na legalidade do acto tributário e na juridicidade da actuação da Administração, não é suficiente para garantir a *justiça fiscal*. É que muitas destas decisões são o reflexo de escolhas prévias de natureza político-legislativa e só poderão ser aperfeiçoadas se sujeitas a um controlo institucionalizado, que contribua para a respectiva razoabilidade.

A nossa proposta remete-nos para um controlo que se desvie do método tradicional, posicionando-se a montante (da decisão política) e não a jusante, o que impossibilita, desde logo, um controlo judicial típico, consciente que os métodos de controlo e os seus âmbitos de incidência têm de evoluir à mesma velocidade com que aumenta o grau de complexidade da máquina fiscal⁴².

Mostra-se, desta forma, clara a necessidade de os Estados percepcionarem o novo lugar que ocupam na *arena global*, tendo de engendrar as soluções nacionais dentro do marco regulador da economia global de mercado. Isto implica uma relativização da compreensão da soberania estadual nacional, que se demonstra, aliás, irracional quando olhamos para os números: 191 países fazem parte da Organização das Nações Unidas; existem 2000 organizações internacionais e 20 mil Organizações não-governamentais, o que significa que, mesmo não havendo por vezes esta consciência, directa ou indirectamente, toda a actividade humana está sujeita a uma regulamentação global e não nacional.

É incontestável a modificação que as bases da governação global têm sofrido (Senn: 2010, p. 92). A condução da economia e a orientação das actividades produtivas para objectivos de interesse público já não são apenas o produto dos tradicionais mecanismos do Estado (as leis, os regulamentos, as actuações de poderes públicos de autoridade), tendo vindo a generalizar-se várias alternativas inovadoras e complementos fundamentais à produção legislativa estatal, entre as quais cumpre destacar a “regulação através de instrumentos económicos, as campanhas de informação e educação, a regulação baseada na performance, a co-regulação, as *guidelines* e os códigos de conduta voluntários” (Senn: 2010, pp. 39 e 40).

⁴² Para que tenhamos noção da complexidade que a tributação tem vindo a assumir basta atendermos à tributação das operações económicas, verificando-se que hoje quase 50% das transacções comerciais têm lugar dentro dos grupos empresariais multinacionais que, por sua vez, são responsáveis por um terço do PIB mundial (GONZÁLEZ-TABLAS: 2009, p. 30).

As organizações internacionais têm também assumido um papel fulcral na aplicação destes mecanismos de regulação não convencional (tornando-se muitas vezes mais influentes e eficazes que os próprios Estados), na medida em que se apercebem que estes instrumentos podem funcionar como promotores de uma maior equidade entre os sujeitos, nomeadamente, a *better regulation* (implicando maior transparência e consultas públicas antes da *policy making*, monitorizando os seus efeitos).

A *better regulation* permite, desta forma, deslocar os aspectos puramente legais e processuais da relação jurídica tributária e da actividade do Estado Fiscal, para o plano dos aspectos financeiros e económicos, na perspectiva de estimular ganhos económicos e eficiência face aos recursos disponíveis (Romzek: 2000). Compreende-se, portanto, que a regulação internacional (enquanto produção de regras e não tanto de *guidance* económica) tem assumido um papel pedagógico para os Estados, introduzindo-os no que se entende ser a *better regulation*.

Como já referimos, a política fiscal tem, também ela, de estar intimamente relacionada com uma regulação adaptada aos desafios de uma economia globalizada. E, como não podia deixar de ser, isto terá consequências directas no controlo levado a cabo. Como afirma Sousa Franco “qualquer processo social, como é a actividade financeira, suscita, em particular nas complexas civilizações do nosso tempo, o aparecimento de múltiplas formas de controlo, as quais incidem sobre os seus diversos instrumentos e instituições” (Sousa Franco: 1992, pp. 452 e ss).

Ora, um dos campos no qual se sente com especial intensidade a necessidade de reforço do controlo é precisamente no domínio fiscal. E isto porque o grande problema existente nos sistemas fiscais europeus é o da ineficiência de controlo, quer interno, quer externo.

Para instituir um controlo adequado à actual complexidade do sistema fiscal, é necessário que o mesmo tenha em conta quatro premissas fundamentais (1) o controlo não deve cingir-se ao princípio da

legalidade fiscal; (2) também não pode limitar-se ao momento da gestão dos impostos (sendo fundamental sujeitar a algum escrutínio as decisões fiscais); (3) deve atentar na circunstância de a legalidade sofrer uma transformação em resultado da interacção com a *governance*⁴³; (4) o actual sistema fiscal (fundado na territorialidade) só nos permite capturar as receitas daqueles que não têm dimensão para se internacionalizar e aproveitar as oportunidades da cidadania económica.

Um controlo circunscrito aos aspectos puramente legais da tributação e das finanças públicas não só não promoverá a melhoria da competitividade fiscal de Portugal, como conduzirá à perda de receita.

A solução passará, assim, pela instituição de novas entidades aptas a subordinar a escrutínio as decisões fiscais, estimando o respectivo impacto na economia, e a acompanhar a execução da política tributária, avaliando a gestão dos impostos. Estas entidades permitirão reduzir a “manipulação” dos factos tributários, bem como a ineficiência das decisões fiscais. Eles devem verificar se a atribuição de um benefício fiscal, a redução de uma taxa, ou qualquer outra derrogação às regras gerais tem subjacente uma ponderação da eficiência ou se resultam, apenas, da pressão de *lobbies*.

Os novos mecanismos de *accountability* (de responsabilização democrática), dotados de competência para a análise técnica das questões que devem presidir à decisão fiscal, permitirão que esta seja adoptada apenas quando se revele eficiente e a que melhor se coaduna com uma ordem jurídica caracterizada pelo efeito “irradiador” de diferentes sistemas e subsistemas funcionalmente diferenciados (Eduardo Faria: 2011, pp. 61-78).

⁴³ David Trubek e Louise Trubek, bem como Giuseppe Bellantuono esclarecem as relações que se podem estabelecer entre os modelos de legalidade e de *governance*: rivalidade (os dois modelos coexistem na prossecução de fins comuns); complementariedade (são dadas ao decisor político como alternativas não complementares); ou transformação (ocorre uma hibridização do modelo aquando do contacto da lei com os novos esquemas de governação). A nossa convicção é a de que ocorre, de facto, uma transformação – v. TRUBEK/ TRUBEK (2005, pp. 343-364) e BELLANTUONO (2009, pp. 234 e ss).

Com efeito, não podemos esperar que seja o controlo judicial a dar resposta aos novos problemas da *justiça fiscal*, mas tal não significa, também que o mesmo não deva adaptar-se à complexidade que o sistema fiscal vem assumindo.

O próprio Tribunal Constitucional vem revelando dificuldades na prossecução de um controlo deste tipo. Não podemos esquecer que o Tribunal Constitucional apenas consegue avaliar as *medidas fiscais* de forma avulsa, não tendo possibilidade – nem é essa a sua vocação – de proceder a uma análise global do *sistema fiscal* no contexto da prossecução dos fins constitucionais da tributação⁴⁴.

Importa ainda fazer uma brevíssima referência ao Tribunal de Contas⁴⁵ e ao controlo financeiro levado a cabo por aquela entidade, que embora circunscrito à fiscalização da legalidade financeira das medidas e da eficiência da despesa pública, acaba por propiciar, indirectamente, pistas importantes para a melhoria do controlo do sistema fiscal. É inquestionável que a mobilização que o Tribunal de Contas tem feito de novos princípios jurídicos fundamentais é inspiradora para a construção de novos esquemas de controlo e escrutínio da actuação dos poderes públicos.

Não podemos, igualmente, deixar de assinalar o contributo que o controlo técnico da Unidade Técnica de Apoio Orçamental (UTAO) e do Conselho das Finanças Públicas (CFP) tem dado em matéria de *racionalização e controlo das decisões políticas* com incidência fiscal.

⁴⁴ Para que melhor se compreenda a jurisdição constitucional em Portugal, CARDOSO DA COSTA (2007).

⁴⁵ A origem do Tribunal de Contas remonta à *Casa dos Contos*, cuja primeira regulação data de 1389 (na dinastia de D. João I), sendo substituída, a 22 de Dezembro de 1761, pelo *Erário Régio*. As revoluções liberais trouxeram sucessivas alterações, criando-se o *Tribunal do Tesouro Público* (1832), ao qual sucederia o *Conselho Fiscal de Contas*, que daria origem ao *Tribunal de Contas*. Com a República, aquele Tribunal é substituído pelo *Conselho Superior de Administração Financeira do Estado* (1911-1919) e pelo *Conselho Superior de Finanças* (1919-1930). A designação *Tribunal de Contas* surgiria de novo com as reformas financeiras do Estado Novo, mantendo-se até hoje – v. <<http://www.tcontas.pt>>.

A apreensão da realidade jurídico-administrativa e financeira é muito complexa, convocando uma pluralidade de valências técnicas e de saberes, que garante a qualidade dos pareceres e relatórios de auditoria realizados, conferindo-lhes uma qualidade técnico-científica vital para a respectiva credibilidade junto dos destinatários. Com efeito, o actual reforço do papel do Governo na condução das políticas públicas, conduz a um enfraquecimento da participação dos restantes órgãos de soberania nestes domínios, nomeadamente da Assembleia da República. É por essa razão que em 2006, à semelhança do que já ocorria na Itália e no Reino Unido, a Resolução da Assembleia da República n.º 53/2006, cria a UTAO, conferindo-lhe a missão de dar “(...) apoio técnico à comissão especializada que detenha competência em matéria orçamental e financeira e sob sua orientação directa (...)”⁴⁶.

O circunstancialismo de o legislador fiscal e o parlamento aparecerem, muitas vezes, governamentalizados, e o Governo, por seu turno, “capturado” por *lobbies*, revela as insuficiências e deficiências do actual modelo de controlo político, ao mesmo tempo que reforça a necessidade de novos mecanismos da *accountability*. É neste sentido que a UTAO assume um papel fulcral, nomeadamente, na *accountability* da decisão política em matéria financeira e orçamental. No nosso ponto de vista, a actividade desenvolvida pela UTAO permite um duplo controlo: *i*) em primeiro lugar, um controlo técnico por parte desta Unidade; *ii*) em segundo lugar, um controlo político por parte dos deputados na Assembleia da República, que dotados dos esclarecimentos técnicos podem exercer um verdadeiro controlo político esclarecido.

A UTAO tem assumido uma importância fundamental no nosso sistema político, quer para colmatar a falta de conhecimentos técnicos dos parlamentares, quer pela transparência, pelo esclarecimento e pela consciencialização das principais falhas técnicas

⁴⁶ V. art. 7.º, n.º 3 e art. 10.º-A da Resolução da Assembleia da República n.º 53/2006, de 7 de Agosto, que altera a Resolução da Assembleia da República n.º 20/2004, de 16 de Fevereiro.

nas matérias sobre as quais elabora pareceres, que os estudos desta Unidade trouxeram, não só para os deputados da Assembleia da República, mas também para o público em geral (estes estudos são publicados no Diário da Assembleia da República e os próprios meios de comunicação social começam a dar voz às conclusões desta Unidade). Assim, promove-se directamente um controlo técnico; indirectamente um controlo político esclarecido, ciente da real situação orçamental e financeira das contas públicas. O *modus operandi* desta Unidade é prova evidente de que, na actualidade, pensar um controlo do sistema fiscal sem mobilizar o princípio da eficiência constitui um “extravio” de tempo e meios.

O Programa do XIX Governo Constitucional e o Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica (na primeira versão), assinado entre o Governo português, a Comissão Europeia, o FMI e o BCE espelham a necessidade sentida, a nível interno e internacional, de um controlo efectivo do sistema fiscal, que passa, imperativamente, pela mobilização dos princípios da eficiência e da eficácia. Afigura-se, portanto, de todo o interesse, apresentar a proposta, prevista naquele Programa, de “criação do Conselho de Finanças Públicas (CFP)”⁴⁷.

Este Conselho, que começou por ser uma entidade *ad hoc* resultante do acordo celebrado entre o anterior Governo socialista e o PSD, no OE para 2011, foi aditado pela Lei n.º 22/2011, de 11 de Maio⁴⁸, estando hoje consagrado no art. 12.º - I da LEO (Lei n.º

⁴⁷ V. Programa do XIX Governo Constitucional, ponto III – *Finanças Públicas e Crescimento*, p.19. O Conselho designa-se, actualmente, por Conselho das Finanças Públicas. Esta designação reflecte a terminologia utilizada internacionalmente (*Fiscal Policy Council*).

⁴⁸ O *Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica* previu, no ponto 3.16., que o Conselho das Finanças Públicas estaria operacional a tempo do OE para 2012. Contudo, isto não veio a acontecer, uma vez que à data a equipa ainda não estava constituída, falhando assim a avaliação da consistência e da sustentabilidade da política orçamental do Governo, no ano mais difícil do programa de auxílio financeiro externo.

52/2011, de 13 de Outubro), tendo os seus Estatutos consignados na Lei n.º 54/2011, de 19 de Outubro.

É nossa convicção, tendo em conta o trabalho que tem sido desenvolvido pelo CFP, que se está verdadeiramente perante um mecanismo de *accountability*. O Conselho efectua um controlo administrativo-financeiro das acções estatais, visando, sobretudo, contrariar excessos orçamentais e substituindo, em parte, a fixação de regras que podem limitar a capacidade de conduzir de forma discricionária a política orçamental. A *accountability* assume, deste modo, duas dimensões: a exposição ao escrutínio externo técnico do CFP e o dever de as entidades competentes prestarem as informações e esclarecimentos solicitados por este Conselho.

Como é desejável, este Conselho não decide nada, mas torna transparentes os custos das opções de política orçamental, para que tanto o Governo, como o eleitorado, como os partidos e as instituições em geral conheçam os prós e contras da política orçamental adoptada, propiciando, conseqüentemente, uma maior *responsividade*, emergente do reconhecimento e aprofundamento do *status activo* dos cidadãos⁴⁹. É neste aspecto que, em nosso entender, reside a verdadeira inovação trazida pelo CFP.

Julgamos que a criação deste Conselho está inteiramente ligada às novas características que a doutrina vai apontando para um *bom governo*, nomeadamente as da *transparência* e da *responsividade*. Se, por um lado, as regras fiscais devem ser claras e permitir aos contribuintes formular um juízo de calculabilidade quanto ao imposto a pagar, por outro, as próprias medidas fiscais, adoptadas pelo poder político, devem ser facilmente apreendidas pela população, para que esta possa ajuizar tanto essas medidas, como os próprios decisores públicos pelos efeitos das “escolhas fiscais” (S. Tavares da Silva: 2012b, p. 26).

⁴⁹ Poderemos falar neste caso de uma *accountability* democrática, que pressupõe a conciliação entre as exigências da eficiência e os imperativos da democracia.

Julgamos que o CFP promove um triplo controlo: da sua parte, um controlo técnico; um controlo político, nomeadamente pelos partidos da oposição, e, ainda, um controlo social difuso - ou político, em sentido lato - (Sousa Franco: 1993, p. 124), exercido directamente pela colectividade, uma vez que o exercício activo da cidadania depende de um mínimo de informação (imparcial e credível) acerca do modo como os recursos públicos são geridos.

À medida que o princípio democrático perde força, é compreensível que aumente a necessidade de aprofundamento da cidadania, sendo que este se encontra directamente relacionado com a emissão das opiniões avalizadas, quer pela UTAO, quer pelo CFP. Talvez a diferença entre estes dois organismos, que salve a redundância de ambos, seja, precisamente, a maior propensão do CFP para se direccionar à informação dos cidadãos e os esclarecer.

Expressamos, todavia, as nossas dúvidas quanto à necessidade desta multiplicidade de entidades de controlo orçamental, tornando-se difícil diferenciar as atribuições de cada uma delas, representando, igualmente, um grande dispêndio de recursos. Na nossa perspectiva, seria mais viável fundir a UTAO e o CFP em uma única entidade, que dentro da sua estrutura tivesse departamentos especializados no apoio aos deputados e outros no esclarecimento do público em geral. Aliás, na prática, o que se tem verificado é que, graças à divulgação feita pelos *media* dos estudos da UTAO, também estes já propiciam um controlo social.

Por último, assinalamos com alguma preocupação o facto destas novas entidades de controlo se encontrarem excessivamente direccionadas para um controlo orçamental, o que nos leva a questionar se o controlo da decisão fiscal constitui o “derradeiro” espaço da *decisão político-governativa*. Não nos parece que assim o seja, uma vez que o direito, mais do que nunca, tem que intervir como meio de racionalização das “escolhas fiscais”, garantindo uma tributação mais *justa e equitativa*.

4.1. *Government* e *Governance* um diálogo premente

Como não encontramos, através daquelas novas entidades, um controlo centrado exclusivamente na decisão fiscal, revela-se crucial que métodos extrajurídicos interfiram com a decisão política, promovendo o respectivo controlo. Ou seja, é necessário trazer os contributos da tecnocracia para a decisão política através de esquemas de *responsividade* e *accountability*, no âmbito das relações de *governance*.

Como já afirmamos, a tradicional concepção de que a decisão fiscal constitui o “derradeiro” espaço da *decisão político-governativa*, podendo ser apenas sujeita ao controlo político, revelou-se uma perspectiva errada, que deixa a decisão fiscal à mercê do “bom senso” dos políticos. Daí a necessidade de chamar os métodos extrajurídicos para dentro da decisão, de forma a estabelecer uma interacção qualificada, coordenada e equilibrada entre direito, política e economia, mediante esquemas de cooperação, descentralização, equilíbrio de poder, controlo mútuo, eficiência e consenso.

O modelo clássico e burocrático de tomada de decisões estaduais, impostas unilateralmente aos indivíduos, já não corresponde à realidade⁵⁰. Contudo, este novo paradigma da intervenção pública implica que os mecanismos de *accountability* sejam reforçados, para que os grupos mais fortes e bem organizados não se comportem no sector público da mesma forma e com os mesmos interesses egoísticos com que se comportam no sector privado, impedindo-se que obtenham vantagens indevidas. Claro que cabe aqui um controlo de razoabilidade, compreendendo-se que os *lobbies* podem desempenhar um papel importante também na decisão política porque correspondem a alguma “medida da realidade”, não ficando essa decisão apenas pelos modelos idealizados pelos tecnocratas, que podem não funcionar na prática.

⁵⁰ Neste sentido, v. Paul CRAIG/ Adam TOMKINS (2006).

Retomando a referência aos indicadores, novos instrumentos que permitem trabalhar a informação e definir ou moldar o modo como o mundo é compreendido, podemos afirmar que eles podem auxiliar na “responsabilização política” dos governos pelas medidas fiscais adoptadas (*responsividade*), ao potenciarem, com a informação extraída da realidade, a análise da actuação dos nossos representantes, de forma a compreender se a mesma é sensível aos interesses dos representados.

Como afirma Benedita Urbano “(...) o conceito de representação política electiva não pode prescindir da propriedade da responsividade como *disponibilidade potencial para responder*. O problema é que, se se considerar que, mais do que árdua, a efectivação da responsividade é impossível nas sociedades actuais, então estaremos certamente perante uma crise, quer da representação quer inclusivamente da própria teoria representativa” (Benedita Urbano: 2009, p. 171).

Por outro lado, trazer estes instrumentos das ciências sociais para dentro da decisão política reforça o dever de prestar contas pelo encargo da representação, ou seja, o dever de comprovar que o mandato outorgado foi conduzido da melhor forma possível, permitindo não só uma *accountability* democrática retrospectiva (Benedita Urbano: 2009, p. 176), mas também uma *accountability* democrática prospectiva, obrigando o poder político a “prestar contas do que está a acontecer” (Pedro Lomba: 2008, p. 89).

A mobilização das concepções de *responsividade* e de *accountability* deve ser sempre devidamente enquadrada na *governance* justa, eficaz e democrática, garantida por instituições capazes e capacitadoras (Luís Vale: 2012, p. 187), ou seja, na *good governance*⁵¹.

Quando nos referimos à *governance* remetemos para o conjunto das regras que guiam o processo de decisão colectiva, que

⁵¹ Segundo Luís Vale, são oito as características de uma *good governance*, a saber: que seja participada, orientada para o consenso, *accountable*, transparente, efectiva e eficiente, equitativa e inclusiva, cumpridora da *rule of law* e responsiva às necessidades presentes e futuras da sociedade (Luís VALE: 2012, pp.191 e ss)

adoptam métodos de acção nos quais “as fronteiras entre os sectores público e privado tendem a esfumar-se” (C. Ansell/ A. Gash: 2007, pp. 1-29; Alexandra Aragão: 2005), distinguindo-se do *government* essencialmente através dos procedimentos e métodos adoptados, que se podem traduzir em diversas formas: no Estado mínimo; no *New Public Management*; em sistemas sócio-cibernéticos; ou na *corporate governance* (Rhodes: 1997).

Não há, contudo, uma definição universalmente aceite de *governance*. O Banco Mundial define-a como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos económicos e sociais de um país para o seu desenvolvimento”⁵². Alguns autores consideram que o que se pretende é apenas traduzir o novo modo como o Estado se propõe actuar, mantendo-se os seus objectivos políticos (Luís Vale: 2007, pp. 290-312).

Independentemente da definição avançada, identifica-se uma identidade comum na noção de *governance* apresentada pelos diversos autores: a de que, no âmbito desta, o Estado muda o padrão de intervenção legislativa directa e de controlo para formas mais subtis de regulação e supervisão. É precisamente nesta ideia que nos apoiamos para trazer os mecanismos de *governance* para dentro da decisão fiscal, com vista ao seu aperfeiçoamento e optimização.

Dar a devida importância à necessidade de prestação de contas por parte dos decisores fiscais e à responsabilização política dos governos pelas medidas fiscais tomadas revela-se crucial num momento em que a Constituição Fiscal como instrumento programático está manifestamente em crise e a *auctoritas* da política revela muitas fragilidades.

Mesmo enquadrando a relação fisco/contribuente no âmbito de um modelo hierárquico de governação social, não podemos deixar de admitir que a visão tradicional desta relação está a deteriorar-se, nomeadamente pela existência de novos esquemas de

⁵² Disponível em: <<http://web.worldbank.org>>.

governance que englobam esta relação numa categoria mais ampla de diferentes interacções sociais, menos formais e verticais (Kooiman: 2003, pp. 115 a 131), onde são manifestas as influências comportamentais dos diferentes actores.

Claro que no âmbito da *governance* o legislador fiscal verá o seu direito de intervenção limitado quase exclusivamente ao controlo da *metagovernance*, ou seja, ao controlo dos princípios de actuação racional, responsiva e responsável da própria *governance*. Contudo, consideramos ser desejável que assim o seja, tendo em conta que nestes processos de interacção, interferência e *interplay* (Kooiman: 2003, p. 230) o legislador é apenas um dos sujeitos participantes. Este reduzido espaço de livre conformação do legislador no contexto da *governance* revelar-se-á igualmente importante para uma menor governamentalização e “captura” do legislador fiscal pelos *lobbies*, garantindo-se que a decisão fiscal é *accountable*.

Referências Bibliográficas

- ADLER, Matthew D./ POSNER, Eric A., «Rethinking cost-benefit analysis», *John M. Olin Law & Economics, Working Paper*, n.º 72 (2nd series), 1999, pp. 25 e ss. (disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=164902>)
- ANSELL, C. / GASH, A., «Collaborative Governance in theory and practice», *Journal of Public Administration Research and Theory*, November, 2007, pp. 1-29
- ARAGÃO, Alexandra, «A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?», Separata de *Colóquio Ibérico: constituição europeia*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Francisco Lucas Pires, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 105-166
- «A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas». *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra, Vol. IV, 2012, pp. 11-42
- ARCURI, A. / VAN DEN BERGH, R., «Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici», *Mercato concorrenza regole*, Ano 3, 2003, n.º 2
- ARDNT, Christiane / OMAN, Charles, *Uses and Abuses of Governance Indicators*, Development Centre Studies, OCDE, 2006
- BALKIN, Jack M., «Too good to be true: The Positive Economic Theory of Law», *Faculty Scholarship Series*, 1987, paper 290. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/290>
- BELLANTUONO, Giuseppe, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bo-

logna, 2009

BOSSSEL, H., *Indicators for Sustainable Development: theory, methods, applications*, Manitoba, Canada, International Institute for Sustainable Development, 1999

BOUVIER, Michel, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, 10.^a ed., L.G.D.J., Paris, 2010

BRÁS CARLOS, Américo, «Os princípios da eficácia e da eficiência fiscais», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 416, Julho – Dezembro, 2005, pp. 163-181

CALVÃO, Filipa, «Princípio da Eficiência», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, pp. 329-341.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2008

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007

CASALTA NABAIS, José, «A constituição fiscal portuguesa e alguns dos seus desafios», *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Renovar, 2004, pp. 23-50.

- «Política fiscal, desenvolvimento sustentável e luta contra a pobreza», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 419, Janeiro-Junho, 2007, pp. 89-116.

- *O dever fundamental de pagar impostos - Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Almedina, Coimbra, 2009b.

- *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011

- «Reflexões sobre a introdução da arbitragem tributária», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140.º, n.º 3967, Março-Abril, 2011a

CASALTA NABAIS, José/ S. TAVARES DA SILVA, «O Estado pós-moderno e a figura dos tributos», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3965, ano 140, Novembro-Dezembro, 2010, pp. 84 e 85.

CASALTA NABAIS, José/ S. TAVARES DA SILVA/ LEAL, Gabriel Prado/ SIQUEIRA, Marcelo Rodrigues/ MOTA, Raquel Gonçalves/ COSTA SANTOS, Marta, *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Almedina, Coimbra, 2011

CASTANHEIRA NEVES, A., *Teoria do Direito*. Lições proferidas no ano lectivo de

1998/1999

CLARICH, Marcello, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna, 2005

CRAIG, Paul / TOMKINS, Adam, *The executive and public law. Power and accountability in comparative perspective*, Oxford University Press, New York and Oxford, 2006

DAVIS, Kevin E. / FISHER, Angelina / KINGSBURY, Benedict / MERRY, Sally E., *Governance by Indicators – Global Power through Quantification and Rankings*, I.I.L.J., Oxford University Press, 2012

DRUCKER, Peter F., *The effective executive: the definitive guide to getting the right things done*, HarperBusiness, New York, 1993

FARIA, José Eduardo, *O Estado e o Direito depois da crise*, Editora Saraiva, São Paulo, 2011

GONÇALVES, Pedro Costa, *Regulação, electricidade e telecomunicações*, CEDIPRE, 2007

GONZÁLEZ-TABLAS, Ángel Martínez, «Las actividades económicas en el exterior en un contexto de globalización económica», *Derecho de la regulación económica - VIII Comercio Exterior*, dirigido por: Santiago Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2009, pp. 25-58.

GUIMARÃES, Hubertus, *O princípio da Sustentabilidade Financeira*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012

HESPANHA, A. M., *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos nossos dias e no mundo de hoje*, 2.ª ed. Reelaborada, Almedina, Coimbra, 2009

JORDANA, Jacint/ LEVI-FAUR, Levi, *The Politics of Regulation*, CRC Series, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2004

KOOIMAN, Jan, *Governing as Governance*, SAGE Publications, 2003

LA SPINA, Antonio/ MAJONE, Giandomenico, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000

LOMBA, Pedro, *Teoria da Responsabilidade Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

LOUREIRO, João Carlos, *O procedimento administrativo entre a eficácia e a garantia dos*

- particulares (algumas considerações)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995
- Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra Editora e Wolters Kluwer, Coimbra, 2010
- LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição - Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra, Coimbra Editora, (dissertação de mestrado em Ciências do Direito Público), 2002
- MARTINS, Ives Gandra, «O princípio da eficiência em matéria tributária», *Scientia Iuridica*, n.º 312, Outubro-Dezembro, 2007, pp. 647-667
- MOREIRA, Vital, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997
- MORENO, Carlos, *Como o Estado gasta o nosso dinheiro*, Caderno, Lisboa, 2010
- MOURA RAMOS, Vasco, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais*, dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002
- MUSGRAVE, Richard / MUSGRAVE, Peggy, *Finanças Públicas - Teoria e Prática*, (Tradução de Carlos Alberto Primo Braga), Editora Campus, Rio de Janeiro, 1980
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, «Eficiência e Constituição», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, pp. 293-299
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública (o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade)*, Almedina, Coimbra, 2003
- PARTIDÁRIO, Maria do Rosário, *Indicadores de qualidade de ambiente urbano*. Direcção Geral de Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, colecção estudos 4, 2.ª Edição, Lisboa, 2000
- PASTILLE, European Union FP5. «Indicators into action: local sustainability indicator sets in their context», *Final Report*. Disponível em <<http://www.communityindicators.net>>
- PEDRINI, G., «Il principio di efficienza pubblica sotto il profilo economico: aspetti salienti ed evoluzioni possibili», *Amministrare*, 39/2009, n.º 3, pp. 471

- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009
- PIRES, Sara, *Indicadores de Sustentabilidade e Governação Local em Portugal*. Dissertação de doutoramento em Ciências Aplicadas ao Ambiente, apresentada na Universidade de Aveiro Departamento de Ambiente e Ordenamento, 2011
- RHODES, Macmillan RAW, *Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, Buckingham/Philadelphia, 1997
- ROMZEK, Barbara, «Dynamics of public sector accountability in an era of reform», *International Review of Administrative Science*, vol. 66, 2000, n.º 1
- SÁ GOMES, Nuno, «A interpretação das Leis Fiscais», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 79, 1965
- «Evasão Fiscal, infracção fiscal e processo penal fiscal», *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 177, Lisboa, 1997
- SALDANHA SANCHES, J.J., *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- SENN, Myriam, *Non-State Regulatory Regimes. Understanding Institutional Transformation*, Springer, London, 2010
- SMITH, Adam, *Riqueza das Nações*, (Tradução), vols. I e II (6.^a e 5.^a edições), Fundação Calouste Gulbenkian, Coimbra, 2010
- SOUSA FRANCO, António L. de, «O Controlo da Administração Pública em Portugal», *Revista do Tribunal de Contas*, Tomo I, Julho-Dezembro, 1993, pp. 19-20
- Dinheiros Públicos, Julgamento de Contas e Controlo Financeiro no Espaço de Língua Portuguesa*. Tribunal de Contas, Lisboa, 1995
- *Finanças e Direito Financeiro*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 434 e 435
- SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003
- STIGLITZ, Joseph E., *Economics of the public sector*, W.W. Norton & Company, 3.^a ed., New York, 2000
- *O mundo em queda livre. Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da*

economia mundial (Tradução de José Viegas Filho), Companhia das Letras, São Paulo, 2010

TAVARES DA SILVA, S., *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

- «O princípio (fundamental) da eficiência», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, pp. 519-544.

- *Direito Fiscal I - Sumários desenvolvidos*, 1.º ciclo – 2.ª turma, 2011

- «Novas Fronteiras do Estado Fiscal», *Sumários desenvolvidos de Direito Fiscal I – 2.º ciclo*, 2012 a.

- *Direito Fiscal I - Sumários desenvolvidos*, 1.º ciclo, 2012b

- *Direito Fiscal I - Sumários desenvolvidos*, 1.º ciclo – 2.ª turma, 2013

TEIXEIRA RIBEIRO, «Reparos à Lei do Enquadramento do Orçamento», *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. XXXIV, 1991

TREMMELE, Joerg Chet, «Establishing intergenerational justice in national constitutions», *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006

TRIGO PEREIRA, Paulo / Afonso, António / Arcanjo, Manuela / Santos, José Carlos Gomes, *Economia e Finanças Públicas*, Escolar Editora, Lisboa, 2009

TRUBEK, David / TRUBEK, Louise, 2005. «Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of Open Method of Co-ordination», *European Law Journal*, n.º 3, vol. 11, May, pp. 343-364.

URBANO, Maria Benedita, *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009

VALE, Luís António Malheiro Meneses do, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, vol. II. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007

- «Responsividade no Estado de Direito Democrático e Social: um novo princípio informador da Administração Prestacional?». Texto gentilmente cedido pelo autor, 2012

VIANA, Cláudia, «O princípio da eficiência: a eficiente eficácia da administração pública», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, pp. 301-311.

VICENTE, Marta de S. Nunes, *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, Coimbra Editora, 2012

VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011

XAVIER, Alberto, *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra, 1972

Textos dos Participantes

(Página deixada propositadamente em branco)

As Políticas Fiscais e Extrafiscais em Conformidade com a Função Social do Tributo

Aldo Aranha de Castro

Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR.
Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.
Advogado atuante na Comarca de Marília, Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Política Fiscal e Extrafiscal; 3. Função Social do Tributo; 4. Conclusão;

Resumo: O presente trabalho tem por escopo fazer um estudo acerca da política fiscal e extrafiscal, concomitante ao que seja a função social do tributo. Para tanto, faz-se necessário, num primeiro momento, trazer uma conceituação do que seja política fiscal (que se relaciona em a atuação governamental para arrecadar impostos) e, mais pormenorizadamente, acerca da extrafiscalidade (que toma um viés de induzir o contribuinte a fazer ou deixar de fazer alguma coisa), para que destes entendimentos, seja possível o estudo da função social do tributo, que deve ser respeitada, quando do desenvolver daqueles temas primeiros. Isto porque esta função social é uma forma de o Estado propiciar à sociedade a redução das desigualdades sociais e regionais, através de meios adequados para o desenvolvimento das diversas regiões brasileiras. Com isso, estudar política fiscal e extrafiscal sem se atentar à função social de tributo, é não apenas uma afronta a esta, como seria um modo de se cometerem diversas injustiças, sem respeito aos princípios constitucionais, tanto fundamentais, quanto tributários e da ordem econômica.

Palavras-Chave: Política Extrafiscal; Função Social do Tributo; Política Fiscal.

1. Introdução

As políticas fiscal e extrafiscal são particularidades do Sistema Constitucional Tributário, e se fazem presentes de modo incessante, quando se trata do universo tributário, e são fatores determinantes para a instituição de tributos, ou para a concessão de incentivos fiscais e demais subsídios baseados na Constituição Federal.

A política fiscal se relaciona à atuação governamental para a arrecadação de impostos, enquanto que a extrafiscal visa induzir o contribuinte a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Nestes casos, em especial na extrafiscalidade, é possível observar a intervenção do Estado no domínio econômico, pois, quanto mais onera ou mais concede benefícios (que são fundamentados nessa função extrafiscal), maior será sua atuação como agente regulador da economia.

Mas cumpre destacar que, esta regulação, quer por meios fiscais, ou através da extrafiscalidade, deve respeitar a função social do tributo, qual seja, propiciar um equilíbrio social, com redução das desigualdades (regionais e sociais) e proporcionando meios adequados para o igualitário desenvolvimento nacional.

Sendo assim, pode-se adentrar ao estudo propriamente dito, das políticas fiscais e extrafiscais, com especial ênfase à extrafiscalidade, bem como à abordagem acerca da função social do tributo.

2. Política Fiscal e Extrafiscal

As políticas fiscal e extrafiscal atuam diretamente na intervenção da Economia, onde o Estado atuará de modo ativo para a regulação econômica e a estabilização, com vistas ao desenvolvimento nacional.

O conceito de política fiscal é trazido por Carlos Escóssia, da seguinte forma:

Entende-se por política fiscal, a atuação do governo na arrecadação de impostos e seus gastos. Neste caso, o governo atua sobre o sistema tributário de forma alterar as despesas do setor privado.

A arrecadação de impostos afeta o nível da demanda ao influir na renda disponível que os indivíduos poderão destinar para o consumo e poupança. Dado um nível de renda, quanto maiores os impostos, menor será a renda disponível e, portanto, o consumo. Os gastos são diretamente um elemento da demanda; dessa forma, quanto maior o gasto público, maior a demanda e maior o produto.

Assim, se a economia apresenta tendência para a queda do nível de atividade, o governo pode estimulá-la, cortando impostos e/ou elevando os gastos. Pode ocorrer o inverso, caso o objetivo seja diminuir o nível de atividade. Qualquer aumento de imposto ou a criação de um novo, somente poderá entrar em vigor no ano seguinte à sua promulgação.¹

Isso implica dizer que, para que a política fiscal se torne efetiva, deverá respeitar o princípio da anterioridade tributária, que prevê que nenhum tributo poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro da publicação que o instituiu ou aumentou, conforme disposto no Art. 150, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal.

Em linhas gerais, os tributos fiscais são aqueles que têm por objetivo a arrecadação de recursos aos cofres públicos, para o custeio do Estado e da Administração Pública, para que haja destinações para a saúde, educação, lazer e bem-estar da sociedade, dentre outros, e nenhum interesse que não seja o de arrecadação para os motivos elencados irá interferir neste tipo de tributo.

Assim, para que exista um bom sistema fiscal, faz-se necessário que seja um sistema simples, com uma eficácia financeira e que haja transparência quando de sua aplicação e adoção, bem como que exista um controle político das “escolhas fiscais” adotadas.

Contudo, será na extrafiscalidade que os tributos atuarão como verdadeiros reguladores da atividade econômica, pois em

¹ ESCÓSSIA, Carlos. *O QUE É POLÍTICA FISCAL?* Disponível em: <<http://www.carlosecossia.com/2009/09/carlos-escossia-entende-se-por-politica.html>>. Acesso em: 13/06/2012.

virtude dessa extrafiscalidade haverá benefícios, incentivos fiscais e isenções, com o fim de tornar a sociedade mais justa e solidária, com maior igualdade, distribuição de rendas e, assim, a diminuição das desigualdades regionais e sociais.

A extrafiscalidade é aquela que tem por fim o emprego de imposição tributária que não seja fiscal, induzindo o contribuinte (ou possível contribuinte) a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. É na extrafiscalidade que entram em cena os incentivos e benefícios fiscais, subsídios que o Estado concede ao contribuinte, em virtude da prática dessa atitude positiva ou negativa (fazer ou não fazer).

A questão da tributação como instrumento de regulação econômica é estudada por Hermano Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa e, acerca da fiscalidade e extrafiscalidade, ele aborda da seguinte forma:

A doutrina consagra amplamente a classificação dos tributos como *fiscais* ou *extrafiscais*.

O critério essencial de distinção adotado para tal efeito não poderia ser mais simples: pertencem ao primeiro grupo os tributos instituídos com o objetivo exclusivo de arrecadar recursos aos cofres públicos e ao segundo grupo todos os demais.

Os tributos designados como *fiscais* — que traduzem o melhor espírito liberal de finanças neutras — são, portanto, aqueles cuja configuração aponta para o objetivo único de abastecimento do erário, custeando o Estado e a administração pública, sem que outros interesses interfiram na atividade impositiva.

A *extrafiscalidade*, por outro lado, é propositalmente definida de forma negativa, posto ocorrer sempre que a finalidade orientadora da imposição tributária *não* seja a fiscal.²

O autor citado continua sua narrativa, dizendo ser difícil tratar de tributos exclusivamente com funções fiscais, ou somente

² BARBOSA, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto. *Regulação Econômica e Tributação: o papel dos incentivos fiscais*. In: *Direito Tributário e Políticas Públicas*. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 260.

extrafiscais, conforme se pode observar:

[...]

É bem verdade que, na pureza dos conceitos, muito dificilmente se poderia falar em um tributo com funções exclusivamente fiscais ou extrafiscais. Isso porque, a uma, mesmo os tributos extrafiscais também cumprem função arrecadatória, na medida em que acabam por carrear recursos ao erário. Por outro lado, a pretensão meramente fiscal de qualquer tributo acaba por repercutir infalivelmente, em algum grau, nas escolhas dos agentes econômicos (*extrafiscalidade imprópria*), sendo, portanto, sua pretensa neutralidade uma simples expectativa ou estado ideal de coisas.

[...]

Ainda com o escopo de definir melhor o conceito, em linha com a advertência formulada por Casalta Nabais, a bem da verdade, não se deveria falar em *impostos extrafiscais*, categoria extremamente rara e simplesmente inexistente no direito brasileiro contemporâneo. Segundo o referido autor, o que se verifica na grande maioria dos casos, realmente, são agravamentos e desonerações de tributos como “modalidades de instrumentos fiscais ao serviço de objetivos extrafiscais”.³ (itálico do autor).

A extrafiscalidade nem sempre vai ser condizente essencialmente com um imposto, vez que ela possui um caráter não fiscal, e por vezes vai se tratar de uma isenção, de um subsídio, de um incentivo fiscal com o objetivo de estimular ou desestimular a sociedade a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

A extrafiscalidade ocorre quando o Estado dá ênfase a determinado valor ou interesse, e oferece medidas de incentivo ou desincentivo, para que a sociedade pratique aquele ato que foi objeto

³ BARBOSA, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto. *Regulação Econômica e Tributação: o papel dos incentivos fiscais*. In: *Direito Tributário e Políticas Públicas*. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 261.

da atividade extrafiscal. Um ponto que deve atentar quando se trata de extrafiscalidade, é que ela deve atender aos princípios constitucionais tributários e às normas constitucionais, sob pena de, assim não o fazendo, deixar o campo extrafiscal e recair em inconstitucionalidade, até porque, muito tênue é a linha entre esta e aquele.

Essa extrafiscalidade de que tanto se fala, será a responsável para que surjam, na área tributária, os incentivos fiscais, que serão pautados em um incentivo por parte do Estado, para que a sociedade e as empresas pratiquem ou deixem de praticar alguma coisa.

Os incentivos ou benefícios fiscais, nessa seara, são tidos como uma manifestação do poder de não tributar, pois o Estado poderá isentar a cobrança de determinado tributo, reduzir sua alíquota, conceder subsídios, entre outros, sendo possível, com isso, propiciar ou tentar propiciar um bem-estar maior à sociedade que, se cumprir o estabelecido, poderá ter esses benefícios em termos fiscais.

A manifestação desse poder de não tributar deve atentar às limitações impostas pela Carta Magna, pois determinada pessoa política que teria o dever de instituir um tributo, não poderia simplesmente exonerá-lo a seu bel prazer, somente pelo puro e simples fato de querer conceder o benefício, pois deve observar o orçamento e se não existirão prejuízos aos cofres públicos, bem como devem atender às necessidades básicas da população, utilizando o dinheiro do tributo para atendê-las.

Portanto, mesmo nessa manifestação do poder de não tributar, haverá uma limitação constitucional do Estado, que não pode dispor aleatoriamente daquilo que arrecada.

É a partir dessa extrafiscalidade que surgem os incentivos fiscais e outros subsídios e benefícios ao contribuinte, que atuou positiva ou negativamente na tentativa do Estado de induzi-lo a fazer ou não determinada coisa.

O conceito de tributos extrafiscais é trazido por Valcir Gassen, de quem se faz importante destacar:

Extrafiscais, quando a finalidade da tributação é outra, como por exemplo, intervir no domínio econômico e social. São os tributos criados com a finalidade de estimular determinado comportamento dos contribuintes, de realizar determinada política econômica e social, portanto, a finalidade da tributação é *regulatória* ou *extrafiscal*. Os tributos sobre o comércio exterior, no caso o imposto de importação e o de exportação, são utilizados via de regra com essa finalidade de regulação.⁴

Observa-se, assim, quando pontuada a conceituação de extrafiscalidade, que ela visa um incentivo ou desincentivo ao contribuinte, que pode onerá-lo em demasia, ou beneficiá-lo na mesma proporção.

O que interessa neste momento são os Incentivos Fiscais, que acabam por beneficiar o contribuinte que pratica determinado ato em conformidade com o que fora estabelecido pelo Estado, na tentativa de tornar efetiva a indução por este proposta e minuciosamente arquitetada.

Hermano Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa definiu, em conformidade com o citado por Valcir Gassen, que é difícil falar em tributos com funções exclusivamente fiscais ou extrafiscais. Do mesmo pensamento corrobora Diogo Ferraz Lemos Tavares, para quem, a partir do surgimento da tributação fiscal, surgiu também a extrafiscal, conforme se pode observar:

Na verdade, é bastante provável que tão logo a tributação fiscal começou a surgir, também nasceu, quase concomitantemente, a tributação extrafiscal, uma vez que a simples instituição de um tributo na prática já tem a capacidade de revelar o seu potencial extrafiscal, diga-se, a sua possibilidade de fomentar ou desestimular condutas dos particulares, exatamente como a forma de o Direito Tributário contribuir para a pacificação social descrita, para

⁴ GASSEN, Valcir. *Matriz Tributária Brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil*. In: Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira - *Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. org. e autor Valcir Gassen. Brasília: Consulex, 2012, p. 42-43.

a concretização do modelo de sociedade tido como ideal por aquela organização social e consagrado na respectiva Constituição.⁵

O autor trouxe em sua obra, com especial destaque, os efeitos extrafiscais da tributação, que foram abordados e bem captados por Benvenuto Griziotti, ainda no ano de 1958, quando de sua obra *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*, mencionando-os resumidamente da seguinte forma:

a) efeitos psicológicos: produção, no contribuinte, de uma noção exata ou equivocada a respeito do sacrifício tributário, ou seja, da carga tributária suportada por aquele contribuinte;

b) efeitos morais: certos tributos são passíveis de utilização para a consecução de fins especiais de caráter moral, para a disciplina dos costumes, de modo que o Estado pode, ao mesmo tempo, obter resultados financeiros com ingressos tributários e efeitos morais disciplinando os gastos privados;

c) efeitos políticos: a tributação, por sua natureza, põe o contribuinte em posição contrária ao Estado, de forma que uma tributação descalibrada pode ensejar protestos ou até mesmo revoluções, como tem demonstrado a história; e

d) efeitos econômicos: os tributos impõem sacrifícios pela diminuição do consumo ou da poupança, pelo aumento dos custos, mas também podem ocasionar benefícios econômicos na redistribuição da riqueza, além de influenciar o equilíbrio econômico consistente na relação existente entre os preços e o mercado, funcionando como uma forma do Estado intervir na economia de modo indireto.⁶

⁵ TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. *A Capacidade Contributiva na Tributação Extrafiscal*. In: *Direito Tributário e Políticas Públicas*. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP, 2008, p. 59-112.

⁶ GRIZIOTTI, Benvenuto, *apud* TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. *A Capacidade Contributiva na Tributação Extrafiscal*. In: *Direito Tributário e Políticas Públicas*. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP, 2008, p. 86-87.

Não restam dúvidas que a atuação extrafiscal do Estado tem por finalidade a intervenção na economia e, em se tratando de extrafiscalidade, essa intervenção se dá por meio da esfera tributária.

A extrafiscalidade será a grande responsável, assim, para a implementação de políticas públicas efetivas por parte do Estado, com vistas a atender aos objetivos para os quais se implementou tal política e, com isso, beneficiar o contribuinte que agiu de acordo com esses objetivos. Essa extrafiscalidade fica, assim, íntima e diretamente relacionada com o interesse público, pois o Estado vai atuar naquilo que possui interesse, e não ao bel prazer.

Alguns dos efeitos extrafiscais, para complementar os citados acima, e que se podem trazer para a atualidade, em especial após a Constituição Federal de 1988, são o de regular o mercado, com o objetivo de trazer determinados resultados econômicos, de acordo com a conveniência e oportunidade que o Estado pretende, a redução das desigualdades regionais e sociais, a diminuição do desemprego (com a busca do pleno emprego), a proteção à indústria nacional, a busca pelo desenvolvimento econômico (e não mais apenas o crescimento econômico), entre outros.

O Art. 170 da Constituição Federal, que trata dos princípios garantidores da ordem econômica, pode ser citado como exemplo para que existam incentivos fiscais, pois aborda, na maioria de seus incisos, os setores em que hoje existem tais incentivos, como meio ambiente, redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

É de interesse do Estado conceder incentivos fiscais para que esses setores prosperem, para que haja uma real preservação do meio ambiente (daí hoje existirem diversos incentivos “verdes”), para que as desigualdades regionais, e por consequência, as sociais, também sejam diminuídas (tal como objetivou-se com a Zona Franca de Manaus), para que a taxa de desemprego diminua consideravelmente (e aí, por diversas vezes as empresas ganham incentivos a fim de

empregarem mais pessoas e atuem com responsabilidade social), e para que microempresas e empresas de pequeno porte possam prosperar e, assim, também absorver mão-de-obra disponível, no intuito de conceder o pleno emprego, auxiliar na redução das desigualdades e trazer uma dignidade à pessoa como ser humano.

Hermano Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa admite a existência de um poder de não tributar, que se manifesta de forma geral ou específica. Isso acontece ou por meio do não exercício do poder de tributar, ou pela desoneração total ou parcial do tributo, conforme é por ele abordado, na seguinte forma:

Pode-se admitir, portanto, a existência de um *poder de não tributar*, que admitiria, pelo menos, duas manifestações, sendo uma delas geral e passiva e a segunda específica e deliberada.

A primeira hipótese — de sentido amplo ou passivo — ocorre nos casos em que o ente político, muito embora tenha recebido poderes do constituinte para tributar determinado fato da vida econômica, simplesmente não o exerce.

[...]

A segunda modalidade, por outro lado — que se poderia qualificar como o poder de não tributar em sentido *estrito*, de dimensão ativa ou deliberada —, se verifica nos casos em que o legislador, sempre em caráter excepcional, desonera total ou parcialmente um grupo de contribuintes ou uma determinada atividade econômica em relação a um tributo já instituído em caráter geral, que, a se aplicar a regra geral de sua hipótese de incidência, deveria incidir sobre os mesmos.

Trata-se do que a doutrina designa genericamente como *benefícios* ou *incentivos fiscais*, que se manifestam juridicamente sob as mais diversas modalidades.⁷ (itálico do autor).

Embora alguns autores, como Roque Antônio Carrazza e José Casalta Nabais, citados por Betina Treiger Grupenmacher, utilizem os termos “incentivos fiscais” e “benefícios fiscais” como sinônimos, ela

⁷ BARBOSA, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto. *Regulação Econômica e Tributação: o papel dos incentivos fiscais*. In: Direito Tributário e Políticas Públicas. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP, 2008, p. 274.

defende que há diferenças, conforme se pode depreender:

Pensamos que se inserem na categoria de incentivos, as exonerações tributárias de qualquer natureza, tais como isenções, créditos presumidos, reduções de base de cálculo e alíquota, que, buscando estimular determinadas atividades ou indivíduos, usualmente estão atreladas a uma contrapartida. São assim qualificadas aquelas situações em que a autoridade fazendária, com fundamento em lei ou contrato, desonera o sujeito passivo do pagamento do tributo, integral ou parcialmente, desde que este cumpra determinadas condições ou realize certos investimentos.

[...]

Assim, os incentivos fiscais veiculam exonerações tributárias totais ou parciais, vinculadas ao atendimento de uma contrapartida, pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Quanto ao benefícios fiscais, sua concessão independe de uma contraprestação do beneficiado. São permeadas por razões de política fiscal ou mesmo com o propósito de atenção ao princípio da capacidade contributiva, sendo hipóteses de favorecimento extraordinário de alguns contribuintes, com propósitos extrafiscais, preponderantemente.⁸ (itálico do autor).

Pode-se depreender que, entre um e outro conceito, há pontos em comum, que vão beneficiar o contribuinte, ou por meio de praticar ativamente uma contrapartida ao que foi proposto pelo Estado, ou simplesmente ser beneficiado em virtude de uma situação desfavorável que vise colocar o contribuinte em pé de igualdade com os demais, atendendo-se ao princípio da capacidade contributiva, e também ao da isonomia tributária.

Em sequência, corroborando os ensinamentos acima analisados, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa traz uma definição estipulativa, mesmo que incompleta, acerca de incentivos fiscais, em consonância com a CF, bem como sua complementação, de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal:

⁸ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios Fiscais*. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger; QUEIROZ, Mary Elbe; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Novos Horizontes da Tributação: um Diálogo Luso-Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 16-17.

Uma possível definição estipulativa (ainda que incompleta) de incentivos fiscais pode ser encontrada na própria Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 150, §6º, que assim identifica “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições”.

Em complementação a referida definição, o artigo 14, §1º, da Lei Complementar 101/00 (a Lei de Responsabilidade Fiscal), em termos ainda abertos, porém em termos mais precisos, ao vincular a idéia de incentivo ou benefício de natureza tributária ao conceito de renúncia de receita, inclui textualmente naquele rol a “anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.⁹

Pode-se observar que os incentivos fiscais se traduzem em outras formas que não apenas as isenções tributárias, mas também através de anistia, subsídio, remissão, entre outros. Cumpre destacar que as imunidades e as isenções são talvez as formas mais claras e explícitas para a população, de exoneração tributária.

Betina Treiger Grunpenmacher, ainda, reconhece a importância da redução da carga fiscal, através de benefícios e incentivos fiscais, mas ressalva que tal diminuição deve ter finalidades e objetivos específicos, desde que atendidas as normas estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, e desde que previstas no orçamento da administração pública. Neste sentido, ela expõe o seguinte:

Os benefícios e incentivos fiscais devem ser reconhecidos como instrumentos idôneos, sobretudo, quando, buscam a redistribuição da carga tributária, o desenvolvimento econômico e social, a promoção do bem

⁹ BARBOSA, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto. *Regulação Econômica e Tributação: o papel dos incentivos fiscais*. In: *Direito Tributário e Políticas Públicas*. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP, 2008, p. 275.

estar familiar e a preservação do meio ambiente e de suas riquezas.

No Brasil adquire especial relevo a concessão de benefícios e incentivos fiscais que têm o objetivo de promover o desenvolvimento econômico das regiões menos desenvolvidas.

[...]

A instituição de mecanismos de exoneração tributária representa, providência necessária como medida de equilíbrio e preservação de riquezas transferíveis ao Estado pela tributação.

A concessão de incentivos e benefícios fiscais, desde que prevista no orçamento e observadas as normas impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não é necessariamente maléfica, isto se fizer parte de uma política tributária sólida e consistente.¹⁰

Dentre os incentivos fiscais, um que ganhou notável importância foi o da Zona Franca de Manaus, criada em 28 de fevereiro de 1967, através do Decreto-Lei nº. 288, e que abrange Manaus e seus arredores, por ter uma extensão mínima de 10.000 (dez mil) quilômetros quadrados, englobando assim, outros Estados também, como o Acre, Rondônia e Roraima que, juntos, formam a chamada Amazônia Ocidental.

Os incentivos concedidos na Zona Franca são destinados ao produto, e não ao projeto a ser desenvolvido. Tanto é, que a própria Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA) comenta o seguinte:

Os incentivos são destinados ao produto e não ao projeto e a empresa fabricante só passa a usufruí-los a partir do início da produção. Esses incentivos fiscais são

¹⁰ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios Fiscais*. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger; QUEIROZ, Mary Elbe; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Novos Horizontes da Tributação: um Diálogo Luso-Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13.

proporcionados pelos governos federal, estadual e municipal, além de incentivos extrafiscais oferecidos pela Suframa, como as áreas para instalação das plantas fabris, que podem ser adquiridas a preços simbólicos, nos Distritos Industrial e Agropecuário.¹¹

Vale destacar, ainda, que a Zona Franca de Manaus visa promover a integração econômica e social dessa região com as demais regiões brasileiras, com vistas à redução das desigualdades regionais e sociais e buscando o desenvolvimento econômico sustentável, pois sempre é levada em consideração a proteção ambiental. A título meramente exemplificativo, cumpre-se dizer que seus incentivos fiscais federais de maior destaque são os relativos ao Imposto de Importação (II) e ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), além de todos os produtos lá produzidos serem isentos de Imposto de Exportação (IE) e terem a redução do valor a pagar a título de Imposto sobre a Renda (IR), para que o valor seja reinvestido em prol de maior desenvolvimento daquela região, notadamente, da Zona Franca.

Uma vez tendo essa noção de fiscalidade e de extrafiscalidade, e que a extrafiscalidade será a responsável pelo surgimento de incentivos fiscais e pela regulação do Estado no domínio econômico, faz-se necessário estudar acerca da função social do tributo, que deverá ser respeitada quando da adoção das políticas, quer fiscais, como extrafiscais.

3. Função Social do Tributo

A sociedade almeja a redução das desigualdades regionais e sociais, pois são estas que proporcionam um equilíbrio e bem-estar, atendendo-se, assim, ao anseio do desenvolvimento nacional. A própria Constituição Federal prevê, como princípio garantidor da

¹¹ SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS.

Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/investimentos/zfm_if.cfm>. Acesso em: 02/01/2013.

ordem econômica e social, a questão dessa redução de desigualdades, bem como da garantia do pleno emprego, da proteção ao meio ambiente, entre outros.

Faz-se necessária a análise sobre a função social do tributo, e da justiça tributária que está a ela relacionada, pois somente com seu estudo, é que se poderá atingir o objetivo da implementação efetiva das políticas públicas.

Por função social do tributo, entende-se que é a forma como o Estado pode propiciar à sociedade a redução das desigualdades sociais e regionais, proporcionando meios adequados para desenvolvimento de certas regiões que se encontram em contraste com os grandes centros econômicos do país, através de incentivos fiscais que possibilitem uma equiparação entre estes e aquelas, com a possibilidade de um aumento no número de empregos, com um equilíbrio social maior entre as regiões menos desenvolvidas e as mais desenvolvidas fazendo, assim, com que haja efetivamente o desenvolvimento nacional.

Com esta pontuação, pode-se dizer que a função social do tributo está relacionada com os princípios constitucionais, tanto os de ordem tributária como os garantidores da ordem econômica, além, é claro, dos princípios fundamentais presentes no texto constitucional. Essa função social se faz presente na busca pelo desenvolvimento econômico sustentável (sendo este entendido como o crescimento econômico, aliado à sadia qualidade de vida e à justiça social, conforme abordado no início do trabalho), que deve pautar em uma proteção social, regional e ambiental, a fim de que todas as regiões brasileiras se desenvolvam de forma equiparada.

Maria de Fátima Ribeiro alia a questão da política tributária à dimensão social que ela deve tomar, a fim de se tornar efetiva, conforme se pode depreender:

A política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso, deve se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com a dimensão

social do homem, sem a qual ele não se realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar. Devem ser pesquisados os próprios fundamentos da tributação, para que ela atenda, já na sua origem, as razões de justiça em relação a oneração do tributo.

[...]

No que consiste a tributação social? Não se trata apenas em atender as necessidades mais elementares da população, é mais do que isso. A tributação deve respeitar a dimensão individual e familiar, considerando a capacidade contributiva entre outros princípios constitucionais de proteção ao contribuinte.

Sempre que a tributação impedir ou dificulta a realização do essencial em relação à sociedade ou parte dela e até mesmo a uma pessoa, será desmedida e poderá ter caráter confiscatório. Será desmedida também a tributação se os governos pretenderem arrecadar tributos, ultrapassando a soma necessária de dinheiro para o atendimento das necessidades sociais. Tal tributação provoca a transferência de valores dos contribuintes para o Fisco, sem finalidade social.¹²

Desta narrativa, a autora citada chega ao conceito de tributação social, da seguinte forma:

Enfim, é tributação social aquela que respeita o que é inerente à sociedade no contexto social dos ditames constitucionais. Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência entre outros pontos. Na prática, tais posições devem ser efetivadas por meio de leis isentivas ou com tributações simbólicas. Pelo intervencionismo político-social introduz-se na tributação o fim político-social. O tributo deve ter uma função social, tendendo a uma distribuição do patrimônio e das rendas.

O poder tributante, ao elaborar sua política tributária, deve levar em conta se o sistema tributário é justo,

¹² RIBEIRO, Maria de Fátima. *A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo*. In: DIREITO TRIBUTÁRIO E SEGURANÇA JURÍDICA. coord. Maria de Fátima Ribeiro. São Paulo: MP, 2008, p. 178-179.

se trata, de maneira igual, todos os contribuintes que se encontram em situação idêntica e também se está adequado à distribuição de rendas e ao desenvolvimento econômico, favorecendo a política de estabilização da economia, o combate ao desemprego e à inflação, entre outros aspectos.

A reforma Constitucional Tributária deverá promover prioritariamente a função social do tributo, redistribuindo riquezas, promovendo a justiça social.¹³

De acordo com citada análise, o valor arrecadado a título de tributo de modo excedente à necessidade pública não deveria acontecer. Daí a questão do planejamento tributário se fazer necessário, a fim de evitar que essa diferença excedente seja cobrada, reduzindo a carga tributária e, ainda, gerando caixa aos cofres públicos, para que seja possível propiciar à sociedade a concessão de incentivos fiscais, no intuito de se realizar o desenvolvimento nacional sustentável.

Além do planejamento, a reforma tributária deverá trazer ainda mais efetividade à função social do tributo, propiciando uma melhor e mais correta distribuição de riquezas, e promovendo a justiça social, conforme destacada no *caput* do Art. 170 da CF.

Quanto à justiça tributária, o que vale a pena destacar é que, ela é aquela que estabelece um modo de agir do Estado, sem que haja excesso tributário, ou seja, o Estado tem a necessidade de cobrar tributos (para sua manutenção, garantia da soberania nacional e atendimento às necessidades básicas da sociedade, como saúde, moradia, educação, etc.), todavia não pode exacerbar nessa cobrança, onerando excessivamente o contribuinte. Inclusive, faz-se necessária uma política tributária, em que seja feito um planejamento efetivo, para verificar o montante que deve ser arrecadado a título de tributo e o *quantum* necessário ao Estado para o atendimento dessas necessidades básicas.

¹³ RIBEIRO, Maria de Fátima. *A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo*. In: DIREITO TRIBUTÁRIO E SEGURANÇA JURÍDICA. coord. Maria de Fátima Ribeiro. São Paulo: MP, 2008, p. 179.

4. Conclusão

A abordagem das políticas fiscal e extrafiscal são importantes, para saber-se por onde se envereda o universo tributário. Em especial, quando se estuda acerca da extrafiscalidade, pois é sobre ela que pairarão os incentivos fiscais e se dará a efetividade das políticas públicas. A política fiscal está relacionada à atuação do governo, para que arrecade os impostos estabelecidos, enquanto que a política extrafiscal visa induzir o contribuinte a fazer ou deixar de fazer alguma coisa; ambas intervêm na economia, mas será na extrafiscalidade que os tributos atuarão como verdadeiros reguladores da atividade econômica, nela se inserindo os incentivos fiscais e demais subsídios sob a égide da Constituição Federal.

Tanto a política fiscal quanto a extrafiscal devem respeitar a função social do tributo, que é tida como a forma do Estado propiciar à sociedade uma isonomia, um equilíbrio tributário, garantindo a redução das desigualdades sociais e regionais e os meios adequados para o desenvolvimento de todas as regiões para, ao final, este desenvolvimento se dar como um todo, em toda a esfera nacional, e não apenas em grandes centros, em detrimento de lugares não desenvolvidos, atingindo-se a justiça social, tão defendida pelo *caput* do Art. 170 da Constituição Federal, bem como aos demais princípios constitucionais, a fim de se preservar o equilíbrio não apenas da ordem econômica e tributária, como social.

Referências

- BARBOSA, Hermano Antonio do Cabo Notaroberto. *Regulação Econômica e Tributação: o papel dos incentivos fiscais*. in: Direito Tributário e Políticas Públicas. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP, 2008
- ESCÓSSIA, Carlos. *O QUE É POLÍTICA FISCAL?* Disponível em: <<http://www.carlosecossia.com/2009/09/carlos-escossia-entende-se-por-politica.html>>
- GASSEN, Valcir. *Matriz Tributária Brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil*. in EQUIDADE E EFICIÊNCIA DA MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA - *Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. org. e autor Valcir Gassen. Brasília: Consulex, 2012, p. 27-50.
- TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. *A Capacidade Contributiva na Tributação Extrafiscal*. in: Direito Tributário e Políticas Públicas. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP Editora, 2008
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *Reflexos da Tributação no Desequilíbrio da Livre Concorrência*. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger; QUEIROZ, Mary Elbe; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Novos Horizontes da Tributação: um Diálogo Luso-Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012
- GRIZIOTTI, Benvenuto, *apud* TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. *A Capacidade Contributiva na Tributação Extrafiscal*. In: Direito Tributário e Políticas Públicas. coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP, 2008
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios Fiscais*. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger; QUEIROZ, Mary Elbe; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Novos Horizontes da Tributação: um Diálogo Luso-Brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo*. In: DIREITO TRIBUTÁRIO E

SEGURANÇA JURÍDICA. coord. Maria de Fátima Ribeiro. São Paulo: MP, 2008

SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. Disponível em:

http://www.suframa.gov.br/investimentos/zfm_if.cfm

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

Reflexos dos Incentivos Fiscais nos Contratos de Trabalho

Danielle Riegermann Ramos Damião

Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Universidade de Marília (UNIMAR).
Professora Mestre da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal (FESL)

David Ferreira Lopes Santos

Doutor em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Professor Assistente Doutor na UNESP – Univ. Estadual Paulista

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito tributário e a promoção do bem estar social; 3. Globalização tributária e o bem estar; 4. Incentivos fiscais, ordem econômica brasileira e direitos do trabalhador; 4.1. Incentivos fiscais; 4.2. Ordem econômica brasileira; 5. Conclusão

Resumo: Analisou-se a integração do direito tributário com o direito do trabalho, tendo como foco da avaliação os incentivos fiscais no contrato de trabalho. Os incentivos fiscais enquanto instrumentos positivos do Código Tributário Nacional são constitucionais e válidos para organizar e fomentar a atividade empresarial em vistas, tão somente, do alcance dos princípios da ordem econômica e financeira do Brasil. A despeito da potencialidade desta política pública, assinalamos no texto que a ausência de racionalidade na estrutura tributária do país e o não exercício regulador do Estado nas cadeias produtivas tende a tornar o incentivo fiscal um instrumento de resposta a determinados setores, em detrimentos de outros, ou ainda, a retenção deste benefício à empresa, quando deveria ser entregue a coletividade em benefícios compensatórios a renúncia fiscal junto ao erário público.

Palavras-chaves: Incentivos Fiscais; Trabalho; Ordem Econômica e Financeira

1. Introdução

O estudo do Direito, muito embora seja trabalhado em áreas distintas e aparentemente autônomas, não pode ser entendido como uma ciência que possui searas que não se combinam. O Direito é único e como tal, apenas para fins didáticos se reparte em disciplinas destacadas.

De certo, que cada especialidade possui uma autonomia, comportando seus doutrinadores, sujeitos, objetos e medidas de proteção e repreensão próprias. No entanto, estas autonomias se entrelaçam, formando um feixe espesso que se objetiva em um único fim: o conhecimento ou a busca pelos ideais de justiça, de bem-estar social.

O Direito Tributário, tema deste grande encontro, muito embora estudado de forma separada do Direito do Trabalho, traz para este uma enorme relevância, uma vez que sobre a empresa-empregadora, assim como o cidadão-empregado incidem tributos, em razão das respectivas atividades.

A concessão de incentivos fiscais, propostos para o fomento da atividade empresarial reflete de forma direta nos contratos de emprego, não apenas na quantidade como também na distribuição no território nacional, haja visto que o processo de desenvolvimento econômico não é equitativo ao longo dos estados da federação. Tais incentivos, portanto, se tornam importantes em muitas oportunidades para que o Brasil possa fazer frente a tecnologia de produto e processo globalizada, e proporcionar a valorização e viabilização do produto e emprego nacional.

Por outro lado, os incentivos fiscais penalizam o erário público de forma imediata em função da não arrecadação tributária e por consequência limita a ação do Estado na implementação de políticas públicas que versem pelo bem estar de toda a sociedade. Em adição, determinadas políticas de incentivos fiscais ocasionam questões relativas a isonomia junto a setores complementares.

Por isso, presume-se que os incentivos fiscais gerem e mantenham empregos de forma a devolver para a sociedade, na modalidade de novos investimentos e renda os efeitos das renúncias fiscais. Certamente outros benefícios também são esperados, como por exemplo, a diminuição do preço dos produtos e serviços postos à disposição do consumidor.

Neste cenário, a proposta deste texto é apresentar uma análise crítica dos efeitos das concessões fiscais nos contratos de trabalho de forma a entender os reflexos positivos neste último, bem como a ponderação da vertente negativa que assegura que os incentivos fiscais não alcançam, de fato, os estratos menos favorecidos da sociedade.

Sob o prisma da não geração e não manutenção de empregos em empresas que gozam de benefícios fiscais, não estaria à sociedade a ser beneficiada a contento. De tal sorte, será demonstrado o reflexo na ordem econômica e serão realizadas propostas para coibir ou minimizar este desagrado social.

As técnicas de pesquisa que sustentaram a metodologia serão orientadas pelos princípios dialéticos, em face da necessidade de confronto da realidade com a perspectiva teórica que ora se propõe.

2. Direito Tributário e a Promoção do Bem Estar Social

Os princípios que versam sobre a soberania tributária do governo ensejam na necessidade de serem legítimos e proverem a justiça social, tanto, por meio de entregar condições de pagamento por parte do contribuinte quanto pela aplicabilidade do erário no fim público que alcance o interesse da coletividade.

A soberania tributária do Brasil é repartida entre as esferas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de forma, que não há um poder integrador ou mesmo disciplinador da discricionariedade dos entes públicos em estabelecer, administrar tributos, bem como de renunciá-los, através da concessão de incentivos fiscais.

Sabe-se que algumas ações já foram investidas no sentido de eliminar disputas entre estados e municípios cujo prejuízo findava à população. Conquanto, que a diversidade de tributos, alíquotas, casos de isenções e suspensões, impelem que as empresas desenvolvam efetivas “engenharias tributárias” para se conseguir minimizar os desembolsos ao governo.

Atualmente, existem no Brasil 88 (oitenta e oito) tributos, entre impostos, contribuições, taxas e contribuições de melhoria; essa enorme quantidade de tributos associadas as suas peculiaridades tornam o sistema tributário brasileiro um dos mais complexos do mundo.

O artigo retirado do Jornal Folha de São Paulo de 11 de abril de 2011, intitulado “Inconstância na lei tributária gera custo para empresa”¹, retrata a dificuldade que as empresas brasileiras apresentam para recolher impostos, de maneira, que mais de 40% das empresas analisadas mantêm uma estrutura de recursos e pessoas destinadas a acompanhar a inconstância nas regras tributárias e os efeitos destes resultados da empresa. Observa-se que essa estrutura é um custo por si só, além do custo econômico da dificuldade em se trabalhar no Brasil face os múltiplos atendimentos a diversos órgãos públicos.

O resultado é prejudicial para todos os envolvidos, quais sejam: o contribuinte, que pela dificuldade em se determinar os tributos e valores corretos a serem recolhidos, empreende recursos que poderiam ser destinados a outras funções mais nobres e geradoras de riqueza. Por outro modo, esse contexto de múltiplos tributos e inconstância na sua regulamentação e aplicação ocasiona maior risco para avaliação dos investimentos, por conseqüência as taxas de desconto serão menores e, portanto, menos projetos serão viabilizados e, com efeito, menos investimentos.

¹ FRIAS, Márcia Cristina. *Inconstância na lei tributária gera custo para empresa*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me1104201101.htm>>. Acesso em 13 maio 2013.

O governo também é prejudicado, pois além do desestímulo do contribuinte a probabilidade da empresa em recolher equivocadamente é maior, portanto, ter-se-á maior gasto interno seja para avaliar créditos indevidos e débitos devidos.

Reconhece-se, que a demanda de profissionais dedicados integralmente ao entendimento de como e quando ocorrem que tributos para pequenas e médias empresas é no mínimo absurdo. Em mais uma oportunidade a empresa é penalizada pela ineficiência da estrutura de governo em se organizar e simplificar o processo de tributação.

Inobstante, o peso da carga tributária alcança 44% do PIB do país o que posiciona o Brasil como a segunda nação que mais precisa trabalhar para pagar impostos no mundo, atrás apenas, da Suécia. O Gráfico 1 apresenta a tendência de crescimento do peso dos tributos na estrutura de trabalho do país².

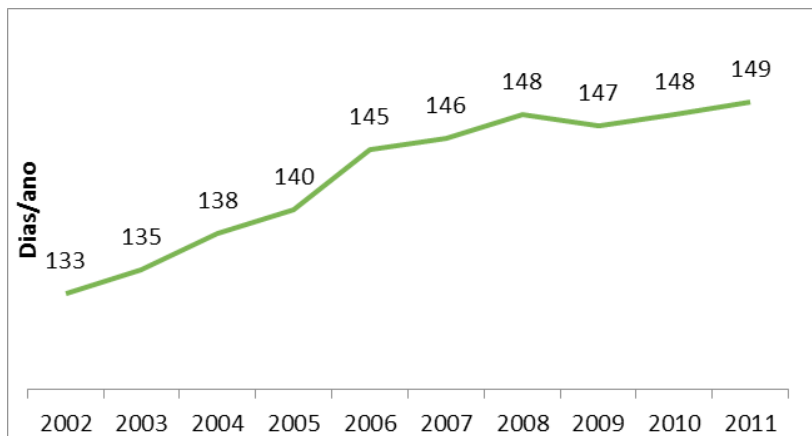


Gráfico 1 – Evolução dos dias trabalhados para pagar tributos no Brasil

Fonte: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário

² Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. *Confira o peso dos impostos no seu bolso*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/infograficos/2012/05/28/confira-o-peso-dos-impostos-no-brasil.htm>>.

Ao final a sociedade é penalizada como consequência de uma estrutura financeiramente pesada, viciada e entrincheirada entre interesses antagônicos de agremiações políticas nas mais diversas esferas e que não conseguem ser articular para implementar uma reforma tributária plena e efetiva.

Neste bojo de inconstância tributária, o Estado, assim como os demais entes federados e municípios precisam desenvolver uma política fiscal satisfatória, dedicando a arrecadação aos fins orçados, além da manutenção de reserva para eventuais fortuitos, como por exemplo, a oneração do ente público para custeio de medicamentos de alto custo.

Pelo princípio da razoabilidade, pressupõe-se que o ente público com maior arrecadação *per capita* necessita ser o que melhor proporciona à população, condições mínimas de dignidade na saúde, educação, lazer e demais obrigações constitucionais e morais do Estado.

No entanto, o crescimento econômico brasileiro no século XIX foi baseado na industrialização e concentração urbana o que gerou forte migração rural no país, que associada as dificuldades logísticas e ambientais das regiões norte, nordeste e centro-oeste ocasionaram extrema desigualdade social, econômica e de infra-estrutura entre os Estados.

Essa situação enseja as regiões sul e sudeste num círculo virtuoso e as demais num círculo vicioso, onde a ausência de infra-estrutura básica, mão de obra qualificada e mercado consumidor restringem o interesse empresarial no estabelecimento de unidades produtivas nestas regiões.

Com o bom desenvolvimento de políticas públicas, certamente há a atração de empresas para as localidades organizadas na seara tributária. E como é interessante para o ente público a criação de empresas ou filiais em seu espaço territorial, incentivos fiscais são ofertados, destaca-se, por exemplo, a Zona Franca de Manaus que abrange toda a Amazônia Ocidental e agrega mais de 600 indústrias

de alta tecnologia, responsáveis em 2012 por mais de meio milhão de empregos, segundo dados da Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA)³.

Pela idéia de política fiscal, tem-se a atuação do Estado, através de seu sistema federativo, em arrecadar tributos, fazendo com que os recursos financeiros privados integrem a conta pública. O objetivo desta política é fazer com que as necessidades da comunidade sejam atendidas, de modo coletivo, havendo a justa distribuição da riqueza.

O Estado necessita exercer uma política tributária (que pode ser fiscal ou extrafiscal), pois o mesmo necessita de fundos para custear as suas despesas: gastos públicos em serviços essenciais, como saúde, educação, segurança entre outros.

Há de certo uma necessidade de ser o Estado um agente financiador, além de interventor na economia, de forma a fazer com que os benefícios fiscais sejam revertidos para o bem estar social.

3. Globalização Tributária e a Concorrência Fiscal

Conforme colocado pela doutrina⁴, tem-se um mundo globalizado, inclusive, sendo esta, uma globalização financeira, fruto de uma realidade mundial, tendo em vista a integração dos sistemas financeiros nacionais.

Tal integração de sistemas econômicos teve um grande marco nos períodos pós-guerras, onde os Estados Unidos, em decorrência de sua participação importante para o sucesso das nações aliadas, convocou os países para negociações e planejamentos de uma nova ordem econômica, sendo que os principais acordos foram firmados na Conferência de Bretton Woods em 1944.

³ SUFRAMA. Modelo Zona Franca. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/sfm_o_que_e_o_projeto_sfm.cfm>

⁴ GRAU, EROS Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.48.

Pelo que pretendia os Estados Unidos, o desenvolvimento da economia global só seria possível através de políticas que garantissem a paz mundial, estabilidade monetária internacional e ampla abertura do comércio multilateral, ou seja, entendendo-se esta última como livre comércio entre países.

Neste bojo, foram criados mecanismos de regulação econômica: a Organização das Nações Unidas, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que cinquenta anos mais tarde tornou-se a conhecida e atuante Organização Mundial do Comércio (OMC); o estabelecimento do dólar americano como moeda padrão nos negócios internacionais e lastro no sistema financeiro; a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).

Tais iniciativas contribuíram de modo eficaz para que o Japão e os países europeus ocidentais reestruturassem suas atividades empresariais. Neste processo, as empresas norte americanas iniciaram seu modelo de negócio baseado no estabelecimento de filiais e/ou fomento de fornecedores ao redor do mundo.

Esta estratégia contrapôs o modelo inglês do século XVIII onde a produção industrial se desenrolava no interior daquele país e o comércio exterior era baseado na importação de matéria prima e exportação do excedente industrial.

Neste novo patamar iniciou-se um largo incremento das relações comerciais internacionais, pois o processo de produção passou a ser descentralizado e mais tarde fracionado em diferentes lugares do globo.

A este ponto, os investimentos no exterior, a expansão das empresas transacionais e necessidade de expandir a acumulação e a concentração de capitais, fez com que houvesse um novo modelo de globalização, voltada para eliminação de barreiras à livre circulação de bens e serviços. Houve a necessidade de se acabar com o protecionismo das economias internacionais, para dar a vez ao aumento do volume de negócios multilaterais.

Com este novo panorama internacional, havendo a aproximação de economias globais, medidas econômicas passaram a ser observadas, tais como manobras dos Estados nas suas políticas internas, ou seja, uma total reformulação legal e tributária para se permitir as negociações entre países, com negócios multilaterais.

Ademais, as grandes empresas, detentoras de grande acúmulo de capital, começaram a exercer forte influência para que as barreiras impostas à circulação da riqueza fossem ultrapassadas. As empresas passaram a ter o poder de barganha, inclusive para angariar benefícios fiscais, o que por muitas vezes acaba por gerar guerras fiscais entre os entes públicos envolvidos e interessados na presença e manutenção da empresa. Há de certo um fomento para a concorrência fiscal.

Tal eliminação de obstáculos incluiu, também, a adequação/criação de novos sistemas tributários, inclusive para que os mesmos pudessem exercer a aludida concorrência fiscal.

Influenciados pela concorrência fiscal internacional, os Estados lançaram mão de seus originários sistemas tributários com a finalidade de atrair investimentos e competitividade nos mercados externos, expansão de negócios e consolidação de processos de integração.

De tal sorte, pelas razões acima, somado ao fato da transformação da economia agrícola para economia industrial, com o significativo processo de urbanização, os sistemas tributários passaram a desempenhar uma dupla função, quando da elaboração da política fiscal: a manutenção da economia globalizada, permitindo a circulação de riquezas sem barreiras e a satisfação das necessidades internas dos Estados, na busca do equilíbrio entre a equidade e a eficiência.

Saliente-se que é o contribuinte não-globalizado que arca com a tributação das medidas que propiciam e favorecem a atração de investimentos internacionais. No entanto, pela política da função social do tributo, é a coletividade que o tributo deve atender.

Desta feita, importa dizer que atualmente os países necessitam do livre comércio, no entanto tiveram que adequar suas políticas fiscais com uma visão internacional, para não se excluírem da economia global, contudo, necessitam adequar as regras da tributação interna à suas coletividades, aos cidadãos, que almejam a justa distribuição da riqueza, com um Estado sustentável.

A concorrência fiscal deve-se revelar como benefício primordial a parte mais vulnerável da relação: o contribuinte. A sociedade deve receber em troca os valores renunciados pelos entes arrecadadores. Ora, se há um incentivo fiscal apresentado e consolidado para manter ou atrair uma determinada empresa, até mesmo por conta do princípio da função social da empresa, esta deve proporcionar meios complementares aos do ente arrecadador, cuja função originária é sua, para a realização do bem-estar social.

Seria o caso da empresa Foxconn, que por Portaria Interministerial⁵, recebeu enormes e vultuosos incentivos para a fabricação de *tablets* no Brasil. O que se esperava com tal medida, é que além do investimento em tecnologia e conseqüente desenvolvimento do país, fosse dada a população condições de se beneficiar com tais eletrônicos e também com o aumento da produção, que certamente acarretaria em geração de novos postos de serviços.

4. Incentivos Fiscais, Ordem Econômica Brasileira e Direitos do Trabalhador

4.1 Incentivos Fiscais

O assunto acerca dos incentivos fiscais se mostra presente na legislação positiva no CTN (Código Tributário Nacional), nos arts. 175 e seguintes, os colocando como sendo uma forma de isenção, *in verbis*:

⁵ Disponível em <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=2&data=25/01/2012>>. Acesso em 13 maio 2013.

Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

II - a anistia.

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

Isenção fiscal deve ser entendida como sendo a dispensa do pagamento de determinado tributo. Como tal, há uma renúncia do ente público, arrecadador, frente ao contribuinte.

A isenção não se confunde com imunidade e tampouco com a não-incidência, posto que a primeira é: [...] É a hipótese de não incidência legalmente qualificada.[...]⁶. A imunidade de não-incidência são conceituadas por Peixoto:

IMUNIDADE: É uma limitação constitucional ao poder de tributar; alcança só os impostos e as diversas hipóteses de imunidade que a Constituição Federal prevê expressamente.

NÃO – INCIDÊNCIA: [...] podemos dizer que a não -incidência deriva da falta de lei ou da impossibilidade jurídica de tributar -se certos fatos em face de a regra-matriz constitucional de tributos a eles não se ajustar.⁷

Como já dito, o Estado tem a função de intervir na economia como agente normativo e regulador. É daí que decorre a possibilidade do Estado atuar como sendo financiador da atividade empresarial (art. 173 da Lei Maior⁸), ao permitir a intervenção do

⁶ PEIXOTO, Marcelo Magalhães. O que é Isenção. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2055>>. Acesso em: 29 maio 2013

⁷ *ibid.*

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado,

Estado, tal qual na sua forma neoliberal, como agente normativo e regulador, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou quando ocorrer relevante interesse coletivo.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Certamente é possível aduzir que a valorização do trabalho é assunto de interesse coletivo, sendo o Homem responsável pela sua própria subsistência no sistema capitalista, cabe ao Estado de direito prover o aparato jurídico necessário ao equilíbrio de forças na relação contratual empresa-empregado; em função dos interesses divergentes entre o capital e o trabalho, torna-se obrigação do Estado conciliar as manifestações opostas de forma isonômica.

Do contrário, há a barbárie econômica! Não se postula a quebra do direito a propriedade, ao contrário, e tampouco a liberdade plena do capital, pois nas relações capital *versus* trabalho o poder econômico sobrepuja os interesses sociais; assim, desde Adam Smith a Milton Friedman o Estado precisa corrigir a externalidade.

4.2. Ordem Econômica Brasileira

A Ordem econômica está tratada no texto Constitucional a contar do art. 170, muito embora outros dispositivos possam ser encontrados em outras partes do texto Maior.

São princípios basilares da ordem econômica, os da livre concorrência e da livre iniciativa, entre outros. Ao perceber a ordem econômica como sendo a ordem jurídica da economia⁹, e sendo este

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 maio 2013.

⁹ MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do Capitalismo, Centelha, Coimbra,

um conceito de fato, representando um feixe de normas com naturezas diversas (jurídica, religiosa, moral e etc.), encontra limites nos ideais principiológicos, especialmente na função social.

Na envergadura da ordem econômica são transportados fundamentalmente os princípios conformadores de interpretação constitucional¹⁰, de onde se ressaltam quatro, extraíndo-se do feixe elencado por Grau:

[...] - *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);

- os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e – *valorização do trabalho humano e livre iniciativa* – como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);

- a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I);

[...] – a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) – a *redução das desigualdades regionais e sociais* também como princípios da ordem econômica (art. 170, VII);[...] ¹¹

(grifos do autor)

Entende-se como livre iniciativa a liberdade real para se exercer o comércio e a indústria, liberdade de se conquistar clientela, e liberdade para escolher/permanecer no trabalho (valoração do trabalho humano). Tal princípio, além de integrar os princípios da ordem econômica, é igualmente objetivo a ser perseguido pela República Federativa do Brasil.

Já o princípio da livre concorrência decorre de uma lógica preposição do princípio da livre iniciativa, sendo este, também,

1973, p. 90.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.48.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 195.

um princípio impositivo. Entende-se por livre concorrência o livre “jogo” das forças de capital e de mercado na disputa de clientela. A livre concorrência é exercida pelas empresas, mas o titular deste direito é a sociedade.

Todavia, os aspectos da tributação estrangeira diferem dos patamares brasileiros. Na legislação tributária estrangeira, há a predominância dos fundamentos da propriedade e da livre concorrência, enquanto no Brasil, a jurisprudência se pauta com relevância a exaltar os ditames das liberdades econômicas e de iniciativa.

É preocupante a manutenção do foco somente no liberalismo econômico, especialmente em relação ao Direito do Trabalho. A divisão marxista¹² capital *versus* trabalho, por vezes, se aparenta como sendo uma relação capital *versus* precarização do trabalho, desrespeito aos direitos fundamentais.

Através da tributação, o Estado deve intervir na economia, toda vez que ocorrer relevante interesse coletivo ou a ameaça/violação aos imperativos da segurança nacional. E é deste conceito que se tem a premissa maior do neoliberalismo, ou seja, mínima intervenção do Estado nos interesses particulares. Todavia, a mesma é plenamente admitida, na forma do art. 173 da Lei Maior.

Os direitos dos trabalhadores são na sua origem, advindos de supraprincípios constitucionais, especialmente os da liberdade e da cidadania. Tais direitos devem ser fomentados por políticas públicas positivas, com objetivos a manutenção dos empregos e geração de novos postos, eis que é princípio da ordem econômica a política do pleno emprego.

Desde que lícita e leal, a concorrência fiscal deve proporcionar também, a celebração dos empregos. Com mais empregos, mais tributos são arrecadados, há aumento da quantidade de dinheiro em circulação e menor desigualdade social.

É certo que sob a base desta nova perspectiva de análise do Direito Tributário, poder-se-ia estreitar a linha que separa a tributação, os impactos causados por ela na ordem econômica e os empregos.

Os valores constitucionais do trabalho são inegáveis e constituem fundamentos da República e são elevados a objetivos fundamentais desta, como já dito. A Lei Maior buscou em seus primeiros artigos elencar a valorização do trabalho, como forma igualitária de constituição e manutenção do bem-estar social. O trabalho deve ser probo, para manter-se a dignidade da pessoa humana. De tal forma, devem ser valorizadas a livre iniciativa e os valores sociais do labor.

Em razão da globalização, o trabalho não pode ser visto somente no patamar nacional. Por isso, a proteção constitucional foi estendida ao âmbito internacional, aos trabalhadores do Brasil, aqui labutando ou em serviço no exterior, até mesmo como forma de manutenção da soberania nacional:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;¹³

De tal sorte, a concorrência fiscal pode fortalecer os objetivos postos na Lei Maior, de forma a colocar como requisito essencial para a concessão de benefícios fiscais a geração de ações valorativas voltadas ao trabalho e a pessoa do trabalhador.

Com a isenção de tributos, o investimento com erário público para a instalação de novas empresas e/ou fábricas, deve-se exigir algo em troca.

O que se quer colocar não é a posição de findar os incentivos ou a concorrência fiscal sadia, mas dar aos empresários favore-

¹³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 maio 2013.

cidos encargos a serem concretizados em longo prazo, como forma de justificar os benefícios.

Inclusive, pode-se observar que a falta deste retorno por parte das empresas pode vir a representar infração da ordem econômica, eis que há redução do custo da produção, e logo, vantagem arbitrária sobre os concorrentes. Logo, poderia ser esta uma vantagem abusiva em relação aos entes que compõem os mercados, punível pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ou em casos internacionais alvo de investigação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O CADE tem obrigações de orientação, fiscalização, prevenção e a mais importante delas, a apuração dos eventuais abusos do poder econômico. Com a devida apuração, após o devido procedimento administrativo, o CADE amplia suas obrigações, agindo como órgão de repressão.

O CADE, no âmbito administrativo, é considerado como última instância, decidindo impasses/lides concorrenciais. A formação do CADE é composta “[...] por um Plenário, composto de um presidente e seis conselheiros, indicados pelo Presidente da República, [...] sabatinados e aprovados pelo Senado Federal”¹⁴. Também integra o CADE a sua Procuradoria. Todos os componentes tem prazo de mandato de dois anos, podendo ser renovado por igual período uma única vez.

De acordo com o art. 36 da Lei 12.529/11, compõem infração da ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Interpretando a norma abstrata, pode-se afirmar que a utilização de incentivos e benefícios fiscais sem a observância dos direitos trabalhistas, implica em aumento arbitrário de lucros, além de prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, e por isso, punível nas bases da lei mencionada acima.

5. Conclusão

Ainda existe muito a se fazer para que o Brasil atinja os objetivos pretendidos pela Lei Maior no seu art. 3º, especialmente na seara trabalhista, todavia o incremento de ações já em curso ou a implementação de novas medidas voltadas para este fim, podem contribuir. De certo que existe a necessidade de junção de políticas públicas voltadas para este fim.

Os incentivos fiscais constituem um importante instrumento do Estado no alcance dos direitos fundamentais previstos na Constituição quando visam a correção de desigualdades econômicas entre os agentes, a fomentação do emprego e renda e o fortalecimento do empreendimento nacional, em especial, os pequenos e médios empresários.

Todavia, este estudo demonstrou que a estrutura tributária brasileira carece, primeiramente, de maior racionalidade, clareza, padronização de modo que o contribuinte seja ele jurídico ou físico não seja onerado além do tributo em si; além disso, importa assinalar que a dimensão da arrecadação tributária no Brasil não é equivalente a quantidade e qualidade dos serviços públicos à sociedade, com efeito, há necessidade eminente de maior eficiência da estrutura estatal.

A globalização em todas as suas dimensões encerra o ente público no exercício de políticas que compreendam as inter e multi

relações nas esferas econômicas, fiscais, sociais e políticas, porém com efeitos não apenas de curto prazo, mas também de longo prazo. Nesta esteira, os incentivos fiscais não devem ser implementados isoladamente ou para responder pressões pontuais de grupos específicos da sociedade. Desta forma, os incentivos fiscais não devem beneficiar o empreendimento privado em última instância, mas e, sobretudo, a coletividade que onerada pela renúncia de determinadas atividades deve receber a contrapartida. Este fim, como observado pode ser a criação, valorização, qualificação ou manutenção do emprego, que possibilitará a geração de renda de modo a aumentar a igualdade econômica entre os agentes.

Observou-se que a ausência ou limitação do Estado em exercer o seu papel regulador na economia capitalista enseja a sociedade em subordinação aos interesses privados e por este fim, a retenção dos incentivos fiscais em maiores retornos aos proprietários e não aos trabalhadores ou a sociedade de forma geral.

Assim, os incentivos fiscais enquanto ação positiva do Estado não são instrumentos ineficientes a busca dos princípios constitucionais, ao contrário, podem ser fontes de fomento do emprego, renda, tecnologia e desenvolvimento das micros e pequenas empresas; todavia, os incentivos, tão somente, não são suficientes para responder as demandas da sociedade o que demanda ao ente público o acompanhamento e integração de outras políticas que não restrinjam ou corrijam externalidades decorrentes da complexidade empresarial da atualidade.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>
- FRIAS, Márcia Cristina. *Inconstância na lei tributária gera custo para empresa*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me1104201101.htm>>
- INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. *Confirma o peso dos impostos no seu bolso*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/infograficos/2012/05/28/confirma-o-peso-dos-impostos-no-brasil.htm>>
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010
- MARX, Karl; ENGELS, F. *O Manifesto do partido comunista*. 4. ed. São Paulo: Global, 1984
- MOREIRA, Vital, *A ordem jurídica do Capitalismo*, Centelha, Coimbra, 1973
- PEIXOTO, Marcelo Magalhães. O que é Isenção. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1out. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2055>>
- SUFRAMA. Modelo Zona Franca. Disponível em: <http://www.suframa.gov.br/zfm_o_que_e_o_projeto_zfm.cfm>

(Página deixada propositadamente em branco)

Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de Políticas Públicas no Brasil

Lídia Maria Ribas

Mestre e doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica - PUC de São Paulo.

Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e orientadora na graduação e pós-graduação da UNIDERP e da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Hendrick Pinheiro da Silva

Advogado especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Pesquisador membro do grupo de estudos Mecanismos Alternativos na Solução de Conflitos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e professor da disciplina de Direito Financeiro na mesma universidade

Sumário: 1. Introdução; 2. Estado Fiscal e o custo dos direitos; 3. Lei de Responsabilidade fiscal e os Limites Orçamentários para a actividade do Administrador Público Brasileiro; 4. Eficiência do Gasto Público pelo Monitoramento e Avaliação na Gestão das Políticas Públicas; 5. Considerações finais; 6. Referências

RESUMO: Artigo científico que constrói uma análise econômico-jurídica a partir de base bibliográfica sobre a importância de limites orçamentários e indicadores de monitoramento para a gestão de políticas públicas no Brasil. Parte das características do Estado Fiscal para empreender uma reflexão sobre o custo dos direitos e a importância de um conjunto de re-

gras claras para impor limites à atuação do administrador público. Segue detalhando o papel desempenhado pela Lei de Responsabilidade Fiscal no estabelecimento de limites orçamentários para a atuação do gestor público, com vistas a promover o equilíbrio das contas estatais. Por derradeiro, aponta-se a importância do estabelecimento de indicadores de monitoramento de políticas públicas como ferramentas para aferir a eficiência do gasto público no atendimento de necessidades da sociedade.

Palavras-Chave: Políticas Públicas; Direitos Fundamentais; Desenvolvimento Social; Indicadores de Monitoramento.

1. Introdução

Vivemos um tempo de Estados que pretendem se afastar cada vez mais de um modelo liberal clássico, assumindo ares mais voltados para o enfrentamento de questões sociais, o que se convencionou chamar de Estado de Direito Material. Este Estado Moderno, na tarefa de assegurar a liberdade dos indivíduos, consubstanciada na possibilidade do real desenvolvimento de sua personalidade, viu crescer seu campo de atuação passando da passividade contida de um mero fiador de direitos clássicos, para a altivez heróica daquele que se propõe a garantir uma miríade de direitos sociais aos seus cidadãos.

Na contra mão das conquistas sociais as limitações orçamentárias impõem severos cortes nas políticas públicas sociais. Na França, o presidente François Hollande projeta um severo corte de gastos da máquina pública – que afeta programas sociais - com o objetivo de reduzir o déficit público dos atuais 4,2%, para 3% do Produto Interno Bruto em 2014, o que até alguns anos seria impensável da perspectiva de um governo socialista. O governo conservador de David Cameron na Inglaterra fez dos pobres suas primeiras vítimas e também cortou programas sociais com objetivo de equilibrar as contas públicas. Na liderança deste triste *ranking* encontra-se o estado português - país da Europa que mais cortou gastos sociais – que reduziu a dotação orçamentária dos programas assistenciais em 3,7 mil milhões de euros nos últimos dois anos. No velho continente os

mais pessimistas veem neste corte severo dos gastos públicos o fim do estado de bem estar social.

No Brasil a Constituição de 1988 segue um impávido colosso que projeta um país que busca “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Para atingir estes fins atribuí ao Estado o dever de fornecer, de forma universal, direitos sociais como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, sem prejuízo, da viabilização de outros direitos como o meio ambiente equilibrado.

Em um momento onde a Europa - berço de conquistas sociais e políticas públicas garantistas - passa por reformas visando adequar o fornecimento dos direitos às limitações orçamentárias, cabe ao Brasil - que ainda engatinha no fornecimento de direitos sociais a sua população - repensar o tema da gestão das políticas públicas, aproveitando boas experiências e projetando novas realidades sustentáveis sob a perspectiva orçamentária.

2. Estado Fiscal e o Custo dos Direitos

Em que pese a justificação dos fins pretendidos, é preciso ter em mente que o Estado moderno tem um custo e suas necessidades materiais “são cobertas através de meios de pagamento, ou seja, dinheiro, que ele obtém, administra e aplica, e não, salvo em casos muito excepcionais e limitados, através de prestações naturais (prestações em espécie ou de *facere*) exigidas aos seus cidadãos” (NABAI, 2004, p. 192).

Para Klaus Tipke “a soma total das despesas estatais só poderia ser estipulada se ao mesmo tempo as tarefas estatais com efeitos financeiros fossem conclusivamente limitadas” (2005, p. 96). Segundo o autor:

O Estado, fundado na utilização privada da propriedade, está destinado a suprir a demanda financeira necessária para preencher suas tarefas mediante impostos. Sem impostos e contribuintes “não há como construir um Estado”, nem o atual Estado de Direito nem muito menos algum Estado Social. A atual situação da Rússia é uma boa prova disso (ТИПКЕ, 2012, p. 13).

O chamado Estado Fiscal - no qual as despesas decorrentes do atendimento dos fins pretendidos são cobertas principalmente pelos recursos provenientes da atividade tributária – divide-se em um conflito entre o poder estatal e os valores liberdade e patrimônio. Na delimitação da fronteira entre a propriedade e o dever de pagar tributos “quanto mais amplos forem os fins legítimos do governo, tanto mais ele terá o direito de afetar as vidas dos cidadãos e as relações entre eles pelo projeto do sistema de direitos de propriedade” (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 78).

No Estado Social o ônus tributário é tomado como dever fundamental dos cidadãos enquanto membros da sociedade e graduado na medida de sua capacidade contributiva. Neste contexto “o princípio da Capacidade Contributiva não pergunta o que o Estado fez para o cidadão individual, mas o que este pode fazer para o Estado” (ТИПКЕ, 2005, p. 20).

A contribuição de cada indivíduo integrante da estrutura social segundo sua capacidade contributiva financia o atendimento das necessidades públicas, enquanto “necessidades que, por sua natureza, só encontram satisfação eficaz pela ação coordenada do grupo, que seja voluntária, que seja coativa a participação dos indivíduos que o formam” (BALEEIRO, 1998, p. 4). Significa dizer que os direitos garantidos pelo Estado são bens públicos em sentido estrito e têm um custo que deve ser repartido por toda a sociedade.

Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em re-

lação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito (NABAIS apud HOLMES; SUNSTEIN, 2010, p. 52).

Estes custos são representados pelas políticas públicas – tomadas como o conjunto de ações estatais voltadas para a solução de problemas sociais – realizadas pelas despesas públicas, ou seja, por meio do dispêndio tanto das rendas originárias do Estado na exploração de seu patrimônio, quanto das contribuições derivadas do poder tributário impositivo.

O governante, na visão de Regis Fernandes de Oliveira (2008), deve efetuar o gasto público e com vistas a viabilizar a concretização dos direitos, fazendo com que as determinações constitucionais saiam do papel e convertam-se em utilidades para os governados. Para o autor, “dar realidade aos preceitos asseguradores dos direitos é, basicamente, a finalidade do ente político. Transformar em proveito social e individual os direitos traçados como essenciais à sociedade” (OLIVEIRA, 2008, p. 260).

Enquanto dispêndio do patrimônio público, as políticas públicas não podem ser relegadas à discricionariedade do titular de uma determinada função administrativa, residindo aí o papel do direito em regular a atuação do administrador com vistas a estabelecer limites objetivos – regras do jogo – indispensáveis na gestão do patrimônio público.

Aliomar Baleeiro (1998) já ressaltava quem em países regidos pelo regime democrático a atividade financeira do estado é condicionada pelas regras de direito público. Para o autor “o poder, no Estado de Direito, é autolimitado e exercita-se dentro de princípios que racionalizam sua ação soberana” (BALEIRO, 1998, p. 33).

A existência de normas claras para limitar a atuação do administrador público no dispêndio dos recursos do Estado é uma garantia dos administrados. Na gestão do patrimônio público impe-
ra a relação de administração - “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” (CIRNE DE LIMA apud MELLO,

2006, p. 70) – expressa pela existência de um sistema de controle sobre a atividade do administrador.

Geraldo Ataliba (2011) também relaciona a relação de administração com a existência de limites ao administrador:

[...] a proteção dos bens e dinheiros públicos é estabelecida, em primeiro lugar, contra o próprio administrador público, nos termos da equação da relação de administração. É que a utilidade pública – a ser eficazmente criada, promovida, incentivada e preservada pela ação administrativa – é toda ela protegida pelo Direito. E o é, primacialmente, contra o administrador (ATALIBA apud CIRNE DE LIMA, 2011, p. 83).

Toda esta digressão tem o objetivo de posicionar que, em um contexto de Estado Fiscal, as políticas públicas formuladas com objetivo de suprir determinadas necessidades da sociedade têm um custo que é financiado precipuamente pela cobrança de impostos. Estas políticas, levadas a termo pelo dispêndio da riqueza coletiva viabilizam direitos que se convertem em bens da sociedade. Em um sistema jurídico que se pretende democrático, estes bens públicos devem submeter-se a um conjunto de regras tendente a vincular a atuação do administrador a uma finalidade, também pública, cogente.

Entretanto, no Brasil “escassa é a legislação sobre o controle, uso e manuseio dos demais bens de valor econômico” (ATALIBA, 2011, p. 80). A chamada Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101, de 4 maio de 2000 – estabeleceu alguns limites orçamentários, à atividade dos gestores públicos, no dispêndio dos recursos coletivos. Foi o primeiro passo no enfrentamento de um tema de relevantes repercussões sociais.

3. Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites Orçamentários para Atividade do Administrador Público Brasileiro

O Estado brasileiro tem um histórico de irresponsabilidade fiscal calcada no poder sem limites para gastar. No passado gestores

elegiam prioridades e elaboravam políticas públicas sem nem mesmo indicar a fonte de financiamento dos gastos. Neste “tempo do dinheiro sem fim” (LEITÃO, 2011) a farra com os recursos públicos gerou elevado nível de déficit público. Tal processo promíscuo de gestão - que encontra suas raízes encravadas na crise do encilhamento do Brasil imperial - contribuiu para uma crise inflacionária sem precedentes no final da década de 1970; um dragão que matou cinco planos econômicos e mergulhou o país em uma década – de 1980 a 1990 - de desenvolvimento perdida, até que o governo assumisse que era a gestão fiscal uma das fontes do problema. A falta de limites na gestão do patrimônio público alimentava a fera inflacionária.

O passado brasileiro mostra que a irresponsabilidade na gestão dos gastos públicos cobra, pela diluição do valor do poder de compra do dinheiro, de toda a sociedade, mas principalmente daqueles que não possuem meios para se defender do processo de desvalorização, o custo das políticas públicas. A luz no fim do túnel veio com a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que obrigou União, Estados e Municípios a terem um limite de gastos e abriu caminho para o equilíbrio econômico enquanto bem público que deve ser preservado. O exemplo brasileiro ensina que não existe mágica na gestão financeira do Estado, que deve ter como meta sobreviver com seus próprios meios e tratar com responsabilidade a política econômica.

Na prática a Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – tinha o objetivo singelo de estabelecer requisitos imprescindíveis no âmbito financeiro, cujo descumprimento acarreta sanções pessoais ao administrador público. Na visão de Regis Fernandes de Oliveira (2008) a partir da introdução da referida lei o ocupante de cargo político percebeu que a malversação passou a ter consequências no Brasil. Nesta perspectiva, “o desequilíbrio orçamentário, o gasto excessivo com pessoal, as operações irresponsáveis de crédito, o descuido com o patrimônio público, tudo passa a ser fiscalizado e sancionado pela lei nova” (OLIVEIRA, 2008, p. 395).

No campo da atuação responsável dos gestores públicos, a atual crise econômica iniciada em 2008, conhecida entre nós como “crise da dívida”, alerta para outro ponto sensível relativo ao financiamento das políticas públicas que é a gestão do nível de endividamento do Estado.

O Princípio da Equivalência de David Ricardo ensina, pela voz de Gustavo Franco (2012, p. 141), que “não existe gasto público sem imposto ou calote, ontem, hoje ou amanhã”. Reconhecendo que os impostos são a principal fonte de financiamento do Estado, o economista inglês pregava que o crédito público deve ser tratado com muito respeito, na medida em que este representa o gasto presente dos impostos que serão cobrados das gerações futuras.

A partir do postulado da equivalência ricardiana erigiu-se a regra de ouro das finanças, para a qual todos os recursos originados de operações de crédito devem ser destinados a gastos com investimentos, evitando-se o endividamento público para cobrir despesas de custeio. Esta regra foi desrespeitada em diversos momentos da história moderna do Brasil e só foi positivada no ordenamento jurídico na Lei de Responsabilidade Fiscal de 2000.

Os economistas Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além (2011) posicionam a Lei de Responsabilidade Fiscal como um produto de um complexo programa de ajuste fiscal levado a termo pelo governo brasileiro no período de 1999/2011 e ressaltam a importância da fixação de metas fiscais de resultados incorporados no ordenamento jurídico brasileiro por este diploma.

Nesse sentido, talvez a mudança mais importante acontecida em 1999 tenha sido a mudança de atitude do governo, do Congresso Nacional e do público em geral a respeito de ter – e respeitar – metas fiscais. A ideia de ter parâmetros fiscais – ou seja, um déficit nominal de no máximo X ou um superávit primário de no mínimo Y -, já aventada por analistas anteriormente, mas sem nenhum eco até então, passou a ser encampada pelas autoridades e incorporou-se ao jogo político (GIAMBIAGI; ALÉM, 2011, p. 175).

Há quem defenda, como Ricardo Lobo Torres (2000), que a Constituição Brasileira adotou o equilíbrio orçamentário como princípio implícito que deve ser efetivado, na medida do possível, pela legislação ordinária. Entretanto, ressalta o autor que a constituição “não lhe pretendeu atribuir eficácia vinculante, pois permitiu o endividamento, ainda que limitado” (2000, p. 286). Neste desiderato a Lei de Responsabilidade Fiscal cumpre um importante papel de instrumento de controle:

A lei de responsabilidade fiscal impôs normas de planejamento e de controle mais rigorosas estabelecendo a necessidade de manter as finanças do Estado em equilíbrio, ou seja, efetuar despesas, no máximo, de acordo com as receitas que se arrecada, além de forçar o gestor público a estudar formas que permitam o controle efetivo da gestão dos gastos do governo e, ainda, pesquisar alternativas que auxiliem o processo decisório, buscando sempre a transparência dos demonstrativos contábeis e financeiros para que todos os cidadãos possam compreender a ação dos governantes, aguçando a análise crítica e permitindo-lhes discernir quanto à forma de sua atuação, principalmente no que diz respeito à contribuição do povo por meio dos tributos (JUND, 2008, p. 36).

A ideia de parâmetros fiscais claros - como o estabelecimento de níveis de déficit máximo e superávit mínimo e a vinculação dos recursos obtidos pelo endividamento público com a realização de despesas de capital, que em sua essência tendem a crescer o patrimônio público e incrementar a receita estatal futura - é indispensável para criar um ambiente fiscal equilibrado.

Todavia, diante de um conjunto de normas que condicionam a gestão dos recursos financeiros do Estado, realizada a política pública, a questão se desloca para a qualidade do investimento social. “De nada valeria eficiente controle sobre dinheiros se, após convertidos em bens, desaparecessem os mecanismos, tornando possível frustrarem-se os desígnios maiores que presidem a disciplina constitucional e legal em torno da matéria” (ATALIBA, 2011, p. 80). Diante do gasto como dado, o foco volta-se para sua eficiência.

4. Eficiência do Gasto Público pelo Monitoramento e Avaliação na Gestão das Políticas Públicas

Sobre a qualidade e responsabilidade em relação ao investimento público, a crise econômica de 2008 ensina aos governos uma importante lição: uma visão míope, que cria uma fictícia associação entre elevados gastos em infraestrutura e os dividendos futuros do desenvolvimento econômico, pode conduzir a desastres.

Toma-se como exemplo o caso da Espanha, que aproveitou taxas de juros favoráveis no mercado sucedâneas de sua entrada na União Europeia, para ascender a um elevado patamar de endividamento público destinando os recursos de empréstimos externos obtidos para a modernização da infraestrutura nacional com vistas a promover seu desenvolvimento econômico. No entanto, o país não viu chegarem os frutos do progresso a tempo de fazer frente ao aumento do custo do arrolamento da dívida que veio com a crise que assolou a zona do euro, obrigando o governo nacional a empreender severos cortes de gastos o que, dentre outras consequências, minou a capacidade do estado espanhol para lidar com questões chave como a estagnação econômica e elevadas taxas de desemprego.

O geógrafo britânico David Harvey estende a crítica das “pontes que não levam a lugar nenhum” aos maciços investimentos realizados pela Grécia em função dos jogos olímpicos, obras que agora se encontram subutilizadas. Em sua visão “O capitalismo não pode funcionar sem sua infraestrutura típica: estradas, portos, edifícios e fábricas. A grande pergunta é como se constroem essas infraestruturas e em que medida contribuem para a produtividade no futuro” (HARVEY, 2011).

Deve-se ter em mente que políticas públicas são geridas no desempenho da função administrativa que no Brasil, por força do art. 37 da Constituição Federal de 1988, está submetida ao princípio da eficiência. José Afonso da Silva (2000) considera que eficiência não é um conceito afeto ao direito que presta relação direta com normas jurídicas; mas um conceito econômico apto a qualificar

atividades. Segundo este autor “eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica em medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado” (SILVA, 2000, p. 651).

O alerta sobre a eficiência das políticas públicas de investimento deve ser ouvido pelo Brasil, nem tanto em função da realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 ou dos Jogos Olímpicos de 2016 na cidade do Rio de Janeiro, mas principalmente, em relação aos maciços gastos levados a termo pelo governo federal no contexto do chamado “Programa de Aceleração de Crescimento (PAC)” plano lançado em 2007 que conta com investimentos na ordem de R\$ 503,9 bilhões até 2010 destinados à melhoria e ampliação da infraestrutura, que recebeu um reforço de R\$ 142,1 bilhões em 2009 (RIBEIRO; FLORY, 2011).

Não se trata aqui de uma posição reacionária em favor de uma postura mais liberal “à la Hayek” e contra uma política econômica intervencionista, mas de exigir responsabilidade nos gastos governamentais, pois, como defendia o próprio Keynes “o livre mercado necessita que o governo impulse a atividade econômica, pois falta algo que o dinheiro não pode oferecer – confiança” (apud PATEL, 2010, p. 77). A contribuição do Direito é conferir previsibilidade às ações estatais por meio de regras claras e principalmente de limites para a gestão da política econômica do Estado, com objetivo de impedir que uma má gestão da política monetária ou investimentos irresponsáveis no presente comprometam o desenvolvimento das gerações futuras. Por esta picada, a regulamentação da gestão das políticas públicas estatais passa também pelo estabelecimento de indicadores de resultados, de forma que a eficiência destas possa ser medida e controlada pela sociedade para o alcance de sua efetividade.

Administração Pública com foco nos resultados é orientada pela gestão com efetividade para o cidadão e tem como ênfase o profissionalismo, investimentos prudentes e capacitação contínua

das equipes técnicas para melhor atendimento às demandas sociais. Para tanto, são necessários mecanismos que proporcionem e facilitem o desenvolvimento de mudanças, quebrando paradigmas e simplificando os processos de trabalho, com orientação, monitoramento, avaliação e incentivos à gestão eficiente e eficaz com visão de futuro e efetividade em suas ações.

Os indicadores apontam, indicam, aproximam, traduzem em termos operacionais as dimensões sociais de interesse definidas a partir de escolhas teóricas ou políticas realizadas anteriormente. Prestam-se a subsidiar as atividades de planejamento público e a formulação de políticas sociais nas diferentes esferas de governo, possibilitam o monitoramento das condições de vida e bem-estar da população por parte do poder público e da sociedade civil e permitem o aprofundamento da investigação acadêmica sobre a mudança social e sobre os determinantes dos diferentes fenômenos sociais (JANNUZZI apud MILES, 2005, p. 138).

A avaliação e monitoramento de políticas públicas como instrumento de gestão pública com foco nos resultados, com base em indicadores, permite aos administradores públicos, aos legisladores e à sociedade em geral acompanhar os resultados e assim atender o princípio da eficiência exigido pelo legislador constituinte e avançar na eficácia e efetividade desses gastos em favor dos interesses públicos.

A elaboração desses indicadores se efetiva a partir do intercâmbio de metodologias e experiências entre órgãos públicos e até da sociedade civil, viabilizados por instrumentos de cooperação técnico-científica.

Os índices são construídos a partir da identificação de indicadores específicos, cada um deles formado com base em variáveis adequadas às dimensões indicadas para aferir o resultado que se busca alcançar.

Tais índices indicam as necessidades de intervenção dos gestores públicos, por meio da adequação das políticas públicas. Entende-se assim, que a Administração Pública deverá pautar suas ações

no resultado social para atingir os fins desejáveis à redução dos problemas enfrentados pela sociedade nas variadas áreas. A defesa do meio ambiente é um exemplo de resultado social que depende da intervenção do Estado (RIBAS, 2005).

Espera-se que as melhoras significativas para a qualidade de vida dos cidadãos em cada variável ou indicador setorial (escolaridade, longevidade, riqueza, etc) venham cada vez mais rápidas e eficientes se os gestores públicos pautarem suas ações no resultado social, pelo que é relevante o constante monitoramento e avaliação da efetividade das políticas públicas por meio desses indicadores técnico-científicos, que surgem neste contexto “como uma medição entre a teoria e as evidências da realidade, para garantir o melhor gerenciamento dos planos de governo com maior participação da sociedade e transparência das informações” (RIBAS; GODOY; VASQUES, 2009, p. 148).

Destaca-se que os indicadores são importantes em todas as etapas dos ciclos de planejamento e gestão pública que busca, de maneira eficiente, dimensionar as demandas sociais, para a construção de planos e programas que permitam o monitoramento e avaliação periódica dos resultados obtidos pelas intervenções e implantação de políticas públicas. A pesquisa e a utilização de indicadores no âmbito governamental ainda está em processo de consolidação no Brasil e ainda não são todos os entes públicos que aderiram às modernas ferramentas de gestão. Desta forma, ainda há a necessidade de maior aprofundamento e avaliação das experiências de sucesso na utilização desses novos métodos matemáticos e análises complementares, para a avaliação de políticas públicas nas áreas de meio-ambiente, saúde, educação, segurança, entre outras, de interesse público.

Diante deste quadro relativo aos perigos associados à gestão de políticas públicas, quer-se ressaltar que a administração dos recursos do Estado gera reflexos na economia nacional e que as más experiências pelas quais passou o Brasil ao longo de sua história dão

conta de que a responsabilidade na gestão financeira do Estado é um elemento importante de política econômica, principalmente em tempos de crise. Neste caminho, o Direito é uma ferramenta com a qual já foram estabelecidos limites à atuação do administrador público, o que conferiu confiança ao sistema econômico ao tolher a capacidade dos agentes políticos de empreender despesas irresponsáveis no presente, hipotecando como garantia a estabilidade econômica das próximas gerações.

Mas novas regras devem ser incorporadas ao direito positivo para alcançarem a inclusão de indicadores, como instrumentos de gestão pública com foco nos resultados, que afirmam a eficiência e possam levar à efetividade das políticas públicas.

5. Considerações Finais

A crise econômica por que passa a Europa na atualidade impõe um ponto de ruptura na clássica concepção de estado de bem estar social. Os constantes déficits orçamentários e o severo endividamento de países como França, Espanha, Grécia e Portugal, convidam a uma reflexão sobre o papel do Estado no atendimento das demandas sociais.

O moderno Estado de direito atende os fins pretendidos por meio do dispêndio de recursos obtidos com a atividade impositiva tributária. Neste Estado Fiscal os indivíduos - enquanto membros da sociedade - são chamados a colaborar com o financiamento da máquina pública na medida de sua capacidade contributiva.

Os recursos públicos financiam o atendimento das necessidades da sociedade levadas a termo por meio de políticas públicas, que são, em última análise, meios de implementação dos direitos previstos no ordenamento constitucional. Por esta perspectiva, os direitos têm custos comunitários que são financiados pelos recursos públicos.

Nesta toada, é imprescindível - enquanto garantia do administrado - o estabelecimento de limites ao administrador público na

gestão dos recursos sociais, com vistas a garantir que o dispêndio dos recursos do Estado sirva ao melhor interesse da sociedade.

O exemplo Brasileiro ensina que a irresponsabilidade na gestão dos recursos públicos conduz a desastres sociais, como a crise inflacionária que mergulhou o país em uma terrível recessão no período compreendido entre os anos de 1980 e 1990.

A crise inflacionária – que cobrou através da diluição do poder de compra do dinheiro o custo da falta de limites na gestão da máquina pública - impulsionou um conjunto de reformas estruturais na economia brasileira. Neste contexto, surgiu a Lei de Responsabilidade fiscal que estabeleceu sanções pessoais ao mau gestor público e introduziu no ordenamento jurídico brasileiro regras claras relativas aos níveis de déficit máximo e superávit mínimo, além de vincular os recursos provenientes deste endividamento à realização de despesas de capital, que tem por essência acrescer o patrimônio público viabilizando o incremento da receita estatal futura.

Ao estabelecer limites orçamentários ao desenvolvimento de políticas públicas e proibir o gasto de recursos provenientes de operações de crédito com o custeio corrente da máquina pública, a Lei de Responsabilidade Fiscal abriu espaço para a criação de um ambiente fiscal mais equilibrado. Todavia, o controle das políticas públicas deve transcender a perspectiva orçamentária, na medida em que os investimentos sociais, por força da finalidade cogente da relação de administração, devem ser eficientes.

A Administração Pública com foco nos resultados está relacionada à gestão com resultados sociais, quebrando paradigmas, simplificando processos de trabalho, com orientações, avaliações e incentivos. Conforme discutido neste artigo diversos órgãos da Administração Pública estão adotando metodologias antes utilizadas apenas pela iniciativa privada, para monitorar e avaliar seu desempenho.

Tal preocupação é percebida quando há, por parte do governo, interesse e comprometimento com a melhoria na qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão e seu bem estar social.

Destaca-se a necessidade da construção de vários novos indicadores, além dos já trabalhados por alguns órgãos, que permeiem as relações de produção e qualidade de vida, em busca do desenvolvimento sustentável, em que o direito incorpore regras para serem seguidas pelos gestores públicos na elaboração, execução e avaliação das políticas públicas.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. República e constituição, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2011
- BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução a ciência das finanças, 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998
- FRANCO, Gustavo H. B. As leis secretas da Economia, São Paulo: Zahar, 2012
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia, *Finanças públicas, teoria e prática no Brasil*, 4. Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2011
- HARVEY, David, *A crise capitalista também é de urbanização*. São Paulo: Carta Capital, 19 jan 2011, disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/david-harvey-a-crise-capitalista-tambem-e-de-urbanizacao/#.T1SwFFy6K9I.facebook>>
- JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil, Revista do Serviço Público: Brasília, n. 56, p. 137-160, Abr/Jun 2005
- JUND, Sérgio, *Direito financeiro e orçamento público*, 2 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008
- LEITÃO, Mirian, *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*, 3. Ed., Rio de Janeiro: Record, 2011
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 21 ed., São Paulo: Malheiros, 2006
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas, *O mito da propriedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra: Almedina, 2004
- _____. «Reflexões sobre quem paga a conta do estado social», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* p. 51-83, Porto – PT: Coimbra Editora, 2010
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro, 2. Ed., São Paulo: RT, 2008
- PATEL, Raj. O valor de nada: porque tudo custa mais caro do que pensamos, São Paulo: Zahar, 2010

- RIBAS, Lidia Maria Lopes Rodrigues. Defesa Ambiental: utilização de instrumentos tributários, *in* Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 675-723
- RIBAS, Lidia Maria; GODOY, Zaida de Andrade Lopes; VASQUES, Gleicy, «Instrumento de gestão pública com foco nos resultados: IRS/MS - Índice de Responsabilidade Social de Mato Grosso do Sul», *Systemas*, v. 2, p. 144-157, 2009
- RIBEIRO, Maria de Fátima; FLORY, Suely Fadul Villbor, «Políticas públicas tributárias, desenvolvimento e crise económica» *in* FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro (org.), *Estado e Crise económica: Questões relevantes*, São Paulo: Arte e Ciência Editora, 2011
- SANTOS, Nélida Cristina dos, *A capacidade contributiva e os símbolos de riqueza*, São Paulo: Lex Editora S.A., 2007
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2000
- TIPKE, Klaus, *Moral tributária do Estado e dos Contribuintes*, trad. Luiz Dória Furquim, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, v. V, 2. ed. , Rio de Janeiro: Renovar, 2000

Ordem Jurídica, Econômica e Estatal na Concepção de um Estado Regulador de Garantias por Meio de Políticas Públicas e Instrumentos Econômicos

Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi

Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), Marília, SP. Bacharel em Direito. Contadora, Auditora, Perita Judicial, São Gabriel do Oeste, MS. Professora da Universidade Anhanguera Campus Rio Verde, Rio Verde de Mato Grosso, MS

Sumário: Introdução. 1 Ordem jurídica, ordem econômica e ordem estatal na atuação propriamente de Estado. 1.1 As ordens do Estado. 1.2 Atuações do Estado na economia. 2 Políticas públicas no Brasil: suas dificuldades. 2.1 Controles, dificuldades e essência das políticas públicas. 3 Estado como agente regulador de garantias: intervenções e instrumentos econômicos. 3.1 Desenvolvimento versus poder econômico. 3.2 Intervenção e os instrumentos na regulação do Estado. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: A questão do presente estudo se conduz ao Estado regulador de garantias com vistas às políticas públicas e instrumentos financeiros, sinalizando os fundamentos da República Federativa do Brasil. A vinculação das ordens: jurídica, econômica e estatal com os fundamentos, os objetivos da ordem social e econômica são conferidos pela apreciação dos artigos 1º; 3º; 23, inciso X; 170, incisos I, IV, V e VIII; 193, da Constituição Federal, que terminam por estimular o desenvolvimento econômico. É pacífico que a ordem social e a ordem econômica se entretêm, no qual ambas pleiteiam por uma existência digna. A importância jurídica, econômica e social é merecedora de políticas públicas que resultem em resultados perceptíveis e positivos na sociedade, sopesando que a sua continuidade

deve ser mantida independente de alternância de administração pública, entretanto o controle deve ser rigoroso e as dificuldades necessitam ser vencidas. O regime capitalista compreende um largo tempo de existência, porém houve evolução sob a ótica do desenvolvimento econômico, além da segurança ante o Estado trazida pela lei de responsabilidade fiscal. As questões da livre concorrência e da livre iniciativa dão abertura ao mercado econômico, razão que leva o Estado regulador a intervir. Os instrumentos econômicos podem amenizar crises e problemas internos desde que criteriosamente analisados diante da carga tributária. Valeu-se do método dedutível e diversas fontes doutrinárias para sustentar os aspectos econômicos dentro da regulação do Estado tendo como núcleo central o interesse público voltado à coletividade.

Palavras-chave: Estado regulador de garantias. Instrumentos econômicos. Políticas públicas.

Introdução

O tema proposto volta-se na necessidade de repensar as ações do Estado diante de suas políticas públicas e instrumentos econômicos, não deixando de considerar os ditames constitucionais que em verdade, é a garantia no qual a sociedade tem.

O problema disso é que o sistema financeiro pode não atender as várias demandas de responsabilidade, além de que as bases tributárias não devem continuar agressivas, para atender a expressiva despesa que a administração pública insiste em manter.

Dimensionar as atuações de Estado não é tão simples, entretanto direta ou indiretamente estas ações refletem na economia, ultrapassando inclusive as fronteiras do país. É notório as dificuldades enfrentadas na instituição e na continuidade de políticas públicas e preferencialmente tal esforço deve resultar em uma política de Estado que não lesione a estabilidade monetária.

A segurança nacional dentro do cenário de política pública repousa no controle desta política, resultando em efetivas prestações positivas por parte do Estado. O desenvolvimento econômico deve ser priorizado perante o crescimento econômi-

co puro e simples considerando e sopesando, os investimentos de regulação do Estado.

Ponderou as normas indutoras e diretivas relacionadas aos tributos e aclararou sobre as políticas públicas e a tributação, já que a tributação é utilizada como instrumento destas políticas, por outro lado, pretendeu demonstrar que o Estado precisa estabelecer políticas contínuas e eficientes.

1. Ordem Jurídica, Ordem Econômica e Ordem Estatal na atuação Propriamente de Estado

Na Constituição Federal são consolidados os valores sociais, devidamente tipificado no Título VIII, artigo 193 onde a ordem social se estabelece no primado do trabalho, direcionando-se ao bem estar social e a justiça social.

As questões voltadas aos valores sociais estão materializadas na Constituição Federal no Título VIII, onde o artigo 193 trás que a base da ordem social está para o primado do trabalho e o objetivo desta ordem direciona-se ao bem estar social e a justiça social. O que se pode observar é que a ordem social está inerentemente pautada na ordem econômica, uma vez que está de acordo com os ditames da justiça social, que por sua vez buscam garantir a existência digna de todos, conforme caput do artigo 170 da Constituição de 1988, firmando assim o objetivo basilar.

No âmbito constitucional são os direitos fundamentais e a ordem social que constituem o núcleo substancial do regime democrático.¹ Contemplando o artigo 170 da Constituição brasileira vislumbram-se objetivos econômicos e sociais, que por sua vez identifica um Estado social, porém intervencionista. Os incisos I, IV, V, VIII do artigo 170 da Constituição trás que a ordem econômica

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 828.

dentre vários princípios deverá observar a “soberania nacional, livre concorrência, defesa do consumidor, busca do pleno emprego”.²

Para, além disso, existe o dever de obediência a fundamentos que norteiam estes direitos, que dirigem aos direitos sociais intrinsecamente objetivados na ordem econômica. Estes fundamentos da República Federativa do Brasil, em traços gerais, visa uma constituição de um Estado Democrático de Direito alcançando o direito econômico que não deixa de considerar as necessidades da sociedade. Esta reserva está consolidada na Constituição, no artigo 1º e seus incisos que consagra a amplitude destas necessidades, em consonância à ordem jurídica, econômica e estatal.

Inicialmente apresenta-se a soberania (inciso I, art. 1º) que transmite o direito de criar e anular leis dentro do território brasileiro. Quanto à cidadania (inciso II, art. 1º), sua efetivação é dependente de uma consonância econômica e social, e é relevante destacar que não somente na ordem interna do país, mas em razão de uma esfera mundial, mesmo porque hodiernamente vivenciamos uma era de harmonização internacional em todas as áreas, atendendo assim as necessidade de todos, sejam brasileiros ou estrangeiros, e ainda, independe de classe social, cultural, política ou econômica, diante disso está-se falando em uma garantia de igualdade.

No estudo da dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º), importante expor que para o indivíduo ter esta tal dignidade é indispensável “uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável”³, para isso, os direitos ditos sociais e fundamentais deve ser largamente protegidos, para tanto este princípio pode ser considerado o fio condutor de todos os demais direitos que direta ou indiretamente refletem no ser humano.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988 - 44. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Saraiva de Legislação), p. 135-136.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 102.

Neste mesmo sentido, salienta os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV, art. 1º), que acabam por interdisciplinar a dignidade da pessoa humana, visto que a lucratividade na esfera econômica faz parte das relações de trabalho e da livre iniciativa, declarando a conexão na nesta ordem.

E no contexto do pluralismo político (inciso V, art. 1º), tem-se a dependência do poder decisório do Estado de configuração não concentrada, que no Brasil é inseparável dos objetivos da República promulgados no artigo 3º da Constituição vigente, certificando uma sociedade livre, justa e solidária, com garantias ao desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, e ainda, garantindo a redução das desigualdades sociais e regionais.

Oportunamente e seguro dizer que aos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição brasileira, professa um exemplo econômico social que solidifica o indivíduo como essencial, observando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, disposta no artigo 1º, inciso III, e, outros princípios já informados anteriormente que se relacionam ao ser humano como fim da ordem econômica prevista no artigo 170 do mesmo texto legal.

No dispositivo constitucional vigorado pelo artigo 23, inciso X diz ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o combate às causas que resultam em pobreza e nos fatores de marginalização, com o fim de gerar a integração social dos setores desfavorecidos. O panorama aprofundado pela Constituição refere-se ao mínimo existencial.

Em um plano constitucional é certo sopesar que as normas constitucionais e as leis infraconstitucionais em seu foco finalístico, incidem simplesmente no comportamento dos indivíduos, como civis, representantes de organizações, participantes do terceiro setor, como políticos e também como gestores dos poderes públicos, assim, estes, independente de onde estiverem tem o dever de reger rigorosamente suas condutas com o desígnio de obter e até mesmo dar manutenção a uma ordem jurídica, econômica e estatal.

1.1. As Ordens do Estado

Pensar em Estado é pensar em formas de atuar na ordem econômica sustentada por uma ordem jurídica diante de ações da ordem estatal. O que seria então estas ordens?

Dentro de uma visão marxista⁴ preliminarmente a ordem jurídica entra no mérito da análise entre a importância jurídica e a sociológica, referindo-se a primeira o que o direito elege como ideal, o mesmo que dizer, que se trata do sentido normativo que corresponde a uma formação verbal resultando na norma jurídica.

Na consideração sociológica questiona-se o que sobrevém em uma sociedade, no tocante a existência de uma expectativa de participação de certos indivíduos no serviço em prol da sociedade, que conseqüentemente influenciam no resultado, assim, busca-se entender de forma subjetiva a validade de uma ordem e orientada por meio de uma conduta. Igualmente, estas duas considerações leva-se a relação entre o direito e a economia.

Continuando, a ordem econômica volta-se a repartição do poder a respeito de bens e serviços econômicos que se produz de forma consensual diante de um equilíbrio de interesses. Enquanto a ordem jurídica ideal da teoria jurídica está inserida no domínio ideal do dever ser na contrapartida a ordem econômica liga-se aos acontecimentos reais. Estas ordens (econômica e jurídica) se descobrem reciprocamente se validando.

Na mesma visão, a ordem estatal dirige-se ao direito garantido pelo Estado, no tempo e na proporção que a garantia e a coação jurídica se ficam na sociedade política. Nesta ordem empiricamente, a norma jurídica expressada dentro de um consensus pede quando necessária à reparação e a indenização através de ação dos órgãos da administração política, poder da autoridade estatal (política).

⁴ WEBER, MAX, *Economia y Sociedad, Esboço de Sociologia Comprensiva*, I. Edição preparada por Johannes Winckelmann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz e José F. Mora. México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 251-258.

1.2. Actuações do Estado na Economia

Compreender o ambiente do Estado por meio de suas atuações não é tão simples, pois tratam de contextos dentro da própria economia, fomentando certa divergência entre as configurações da atuação do Estado nesta ordem, em meio a isso, se considerará para a discussão: a economia planificada e a economia de mercado. Estas duas formas entendem proteger a sociedade atuando em seu favor.

Em regra, a proteção e a segurança da sociedade não se empregam em uma ou outra configuração de atuação econômica, contudo quão intensamente as ações do Estado refletem na economia em um panorama não estritamente interno, mas inclusivamente externo, ou seja, no Estado-Nação e no mundo, não descuidando da sociedade nacional uma vez que estas sentem diretamente os reflexos desta atuação. É bastante comprometedor afirmar uma configuração acertada de atuação de Estado, mesmo porque, ambas em discussão são subsidiadas por pontos fortes e fracos.

Na primeira modalidade elege-se a economia de mercado destacada por seus pontos fortes fincados no Estado Regulador, baixo grau intervenção; na livre concorrência; na liberdade de consumo; nos direitos e garantias inerentes ao cidadão; na internacionalização da economia; na transparência nos atos de governo (publicidade); na mitigação da responsabilidade social; na constante motivação para o desenvolvimento do país; dentre tantos outros.

Na contramão, os pontos fracos da economia de mercado são a desigualdade social; o consumo acelerado; a concorrência desleal, mesmo quando regulada (lei dos mais fortes); a especulação de capital estrangeiro; dentre outros.

Já na segunda modalidade apresenta-se a economia planificada no qual seus pontos fortes são justificados pela igualdade social; pelo baixo consumo; pela definição de quem e de quanto produzir, uma vez que a figura de concorrência desleal é inexistente, assim não há excesso em um determinado setor e escassez em outro; pela ausência de especulação de capital estrangeiro; e outros.

Em sentido inverso, os pontos fracos são sustentados por um Estado autoritário, com alto grau de Intervenção; controle da produção; consumo controlado; repressão e censura ao cidadão; economia fechada; não publicidade nos atos de governo; responsabilidade social de inteira responsabilidade do Estado; ausência de motivação para o desenvolvimento do país; e outros.

Voltando ao Estado Liberal vislumbra-se uma ordem econômica efetivada através das normas constitucionais, pois o liberalismo político é partidário de determinadas situações, fixando limites na economia, e ainda, pelos direitos fundamentais serem limitados. Nota-se na história que o Estado sofre continuamente evolução, podendo passar despercebida entretanto as transformações sofridas se revertem em novos ordenamentos, e nos últimos tempos a ação do Estado se modificou no tempo e no conjuntura mundial, estas mudanças envolveram as relações sociais, econômicas e jurídicas.

No momento o Estado se apresenta como agente regulador de todas as relações que por meio de suas ações garantem a ordem e as necessidades advindas dos anseios da sociedade. Vale recordar que depois da primeira guerra mundial as Constituições das nações tidas de economia de mercado apresentaram atributos equivalentes, em destaque foi a declaração dos direitos sociais, a proteção dos direitos individuais e a legitimidade da isonomia.

De acordo com as configurações discutidas quanto a atuação do Estado na economia, entende-se que a economia de mercado atende melhor a sociedade, condicionando positivamente o Estado para o desenvolvimento econômico do país, ainda não existe dúvida que a livre concorrência e a livre iniciativa são os pontos de ratificação.

Estes princípios são garantias constitucionais. Especificamente a livre concorrência refere-se aos direitos que os agentes econômicos têm de atuar e de se manter no mercado, objetivando a produção e a circulação de bens e serviços, inclusive favorecendo a otimização dos recursos econômicos por meio de preços justos. E a

livre iniciativa entende-se como uma concorrência que não aceita os lucros arbitrários e o abuso do poder econômico.

Permite-se dizer que a economia clássica de mercado reproduzia um mercado em desequilíbrio e repudiante para a concorrência, uma vez que, vigoravam monopólios, oligopólios, trustes e cartéis. E em razão desse desequilíbrio desenfreado da economia procurou-se normatizar rigorosamente o mercado, trazendo segurança jurídica a todos os agentes econômicos, bem como a todo o país.

O regime capitalista é o grande colaborador de práticas abusivas de concorrência de mercado, já que o principal objetivo é o lucro independente de qualquer coisa, é o mesmo que dizer lucratividade a qualquer custo, sabidamente as Constituições não permitem práticas que não atendam nem de longe uma igualdade mínima, visto que a preocupação concentra-se no livre acesso ao mercado, onde os agentes econômicos a projeta como uma liberdade total.

Observe que a dificuldade está em como conceber a livre concorrência sem afetar as esferas de segurança de um país. Veja que o liberalismo econômico tem uma ampla concepção da liberdade chegando à categoria individual, por sua vez, o liberalismo político está na ótica coletiva, objetivando o equilíbrio da atividade econômica no mercado e não em razão da proteção individual.

O Estado se põe na função de harmonizar a ordem econômica, deixando claro aos agentes econômicos o comportamento adequado que os mesmos devem ter em face das normas de ordem desta sociedade econômica. Em verdade o que se espera é uma concorrência perfeita, para tanto o Estado deveria impor limites às atividades econômicas, para que suas práticas não sejam viciadas, por exemplo com a sonegação de tributos. No Brasil a matéria é devidamente regulamentada.

Do mesmo modo, a Constituição brasileira em vigor admite a livre iniciativa, porém a controla nos limites da própria livre concorrência, gerando com tal ação uma redução de desigualdade regional e social. Em resumo, as ações do Estado de forma geral

diante da Constituição econômica volta-se a vontade política. Não obstante, procura-se a eficiência econômica com o fito de equilibrar as esferas econômica e social do país, razão que faz crer em interdisciplinar os embasamentos sociológicos, jurídicos e econômicos dentro de uma ordem de Estado.

2. Políticas Públicas no Brasil: suas dificuldades

Ao pensar, projetar e dar vazão a políticas públicas está-se privilegiando um setor econômico em detrimento de outro setor que também pode ser tão quão importante, de qualquer forma identifica-se que fazer políticas públicas e de fato fazer escolhas empíricas diante de um cenário muitas vezes gritante de necessidades.

Estas políticas públicas estão intrínsecas na ordem econômica, diante disso se questiona sobre os instrumentos de controle jurídico da aplicabilidade e conseqüentemente do resultado destas políticas públicas.

Não há de se falar em conclusões sobre a prática de políticas públicas por se tratar historicamente de um mecanismo de aplicação recente no Brasil, porém o conceito de políticas públicas é evolutivo e está em vigência por volta de 60 (sessenta) anos iniciando-se nos Estados Unidos resumindo-se o mesmo, na ação do governo. E ainda, observa-se que não se trata de tema ontológico jurídico, mas de fato inerente a ciência política de caráter funcional e dinâmico.

Foi justamente por meio do Estado ao assumir o encargo de serviços públicos que brotou a noção de políticas públicas, sendo este colocado como figura prestacional. A função do Estado em razão de controle se estabelecia tão somente no poder de polícia, não havendo políticas públicas que envolvesse interesse jurídico, assim se estabelecia um sentido omissivo da limitação do poder estatal.

As questões de emprego, seguridade e habitação após 2ª Guerra Mundial foram premissas importantes para o Estado começar a intervir propriamente no domínio econômico, que posterior-

mente acabou sendo uma propulsora de tornar as políticas públicas de interesse jurídico.

As funções de coordenação e de fiscalização são modos operantes do Estado perante os agentes públicos e os agentes privados que estão imbuídos em certa concepção de política pública, que se voltam aos direitos sociais, bem como aos econômicos que estão associados a este primeiro.

Para tanto, ao estudar políticas econômicas deve-se estudar políticas sociais e vice versa, uma vez que a combinação de ambas resulta na tão discutida e contemporânea políticas públicas, mesmo porque, a questão econômica se faz presente na grande maioria das políticas de Estado ou de governo.

É importante destacar que o Brasil consegue hoje adotar política de Estado, sendo fundamental para o sucesso da política pública, o que se busca com estas políticas é a sua continuidade, e quando a mesma ultrapassa a gestão de governo mostra a consolidação da força que esta política exerceu na sociedade.

No Brasil pode-se citar a política macroeconômica que visa à estabilidade monetária, outro exemplo é a bolsa família, uma política de caráter social voltada a classe menos favorecida do país. Estes exemplos citados foram bem institucionalizados tornando-se uma política pública de Estado, diferentemente de outras que permanecem apenas no ciclo temporal de certa gestão política, resultando em uma política de governo.

É justificável o interesse jurídico pelas políticas públicas ensejando contingentes englobados nos direitos sociais e políticos, exigindo do Estado prestações, de caráter prático e ligadas inclusive a direitos fundamentais. Também se justificam em virtude do desenvolvimento de alguns setores (atividades) de mercado que resultou em direitos dos consumidores, e ainda, entre atividades econômicas e a regulação estatal.

Não se pode deixar de considerar, o planejamento de políticas públicas, por ser imperativo direto da garantia à eficiência do

setor público, nesta proporção a racionalidade nas decisões evita possíveis erros de governos.

Uma convergência no mundo é observada como um “alargamento da competência normativa do governo, não só na instância central, através de decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior”.⁵ Continuando declara-se que “houve apenas a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle (no sentido de um juízo de revisão)”.⁶

Então, se têm uma substituição de fato da função das leis, referindo-se no sentido omissivo, em prol da função das políticas no sentido comissivo. Não havendo uma medida exata pode-se dizer que as políticas públicas abarcam 3 (três) elementos: a investigação de metas, objetivos ou fins; o uso de meios ou instrumentos legais; e a temporalidade (continuidade no tempo).

Entende-se que estes elementos acabam por definir políticas públicas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados”.⁷

Diante de todo este contexto sobre políticas públicas é importante saber sobre a eficiência deste mecanismo, se existe ou não dificuldades em avaliá-lo e até mesmo de fiscalizá-lo, uma vez que, há muito esforço econômico-financeiro público envolvido nestas políticas.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 19.

⁶ *Id Ibidem*, p. 17.

⁷ BUCCI, M^a Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ^a 34, n. 133, jan/mar. 1997, p. 91.

2.1. Controles, Dificuldades e Essência das Políticas Públicas

O poder regulamentar quando não aferi a materialização e a adequação das diretrizes ditas legais sob o foco da necessidade social, a função do executivo acaba a exercer função normativa trazendo lesão à função do legislativo.

Compreende-se como um fenômeno que é denominado como “capacidade normativa de conjuntura”⁸, que tem intuito de constatar a ordem do Estado a respeito dos agentes econômicos.

É tão importante o poder de regulação que o Conselho Consultivo com direito de opinar se faz imprescindível⁹, uma vez que a função da lei fora substituída pelas políticas públicas, fomentando uma dificuldade de controle tanto social quanto legal.

As dificuldades enfrentadas na aplicabilidade e na eficiência do resultado, ou seja, no controle destas políticas são subsidiadas por inúmeras situações, veja que, com uma demanda crescente de legislação que tem como fim a aprovação de planos e ainda suas regulações, fazem com que, a direção política do Estado seja esquecida, fato conhecido dos Estados Unidos que chega a ser conhecido como overload.

Fator importante a ser destacado é que se torna forçoso uma grande estrutura institucional, cita-se as agências de controle, as instituições de sociedade civil, terceiro setor e a população, com o fito de alcançar o esperado controle. E ainda, tem que considerar que no tocante a participação da população no controle das políticas públicas ou qualquer outro tipo de controle, não se encontra enraizada na cultura cívica, que por ora resulta na omissão popular, não

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 69.

⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Controle público e social da atividade econômica*. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa (Coord.). *Presente e futuro das relações de trabalho: estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. São Paulo: LTr, 2000, *passim*.

formando uma opinião pública.

Não obstante estão os partidos políticos que por não serem pressionados pela sociedade deixam de representa-los. E por fim, tem a questão dos conceitos jurídicos serem genéricos nesta ótica de políticas públicas e a não tradição das normas programáticas, estimulando à resistência.

O cenário não é animador, mas é cogente intensificar o controle das políticas públicas, surgindo inclusive correntes favoráveis à ampliação deste controle fazendo-o chegar até a função do judiciário.

A existência dos direitos sociais por meio de prestações positivas do Estado é em verdade o fundamento das políticas públicas, neste raciocínio¹⁰ os direitos sociais são colocados como direitos positivados e é o resultado final que se conhece como políticas públicas viabilizadas por prestações positivas do Estado.

Pergunta-se qual a real função do Estado? É a coordenação de ações públicas que garantam os direitos da sociedade, permitindo com isso um melhor resultado social. Compreende-se no Estado Contemporâneo que as políticas públicas se perfazem na coordenação das atividades estatais e das privadas acatando objetivos sociais motivados pela adequada política.¹¹

As políticas públicas são desenvolvidas por projetos de longo prazo, sendo assim, devem ir além de um governo, podendo ultrapassar várias alternâncias de poder, igualmente, relevante se torna atender os objetivos constitucionais içando como valor supremo, uma vez que a qualidade do processo administrativo que antecede e programa uma política pública depende da ininterrupção para de fato atingir sua efetividade (resultado).¹²

¹⁰ SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 76-77.

¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 265.

¹² BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima.

Corroboram que o princípio da legalidade está tacitamente ligado as políticas públicas, pois estas políticas são apresentadas como instrumentos que o Estado utiliza para atingir seu fim, no qual entende que ações quanto aos meios e ainda quanto aos fins precisam atender tal princípio, sob pena de causar invalidação desta política, respectivamente nulidade dos seus atos.¹³

Ressalta-se que a administração pública não está dominada exclusivamente pela lei formal, mas a todo ordenamento e poder normativo, onde também compreende a democracia, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.¹⁴ O princípio constitucional da legalidade está previsto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, e artigo 84, inciso IV, caput. É interessante observar o comentário quanto ao princípio da legalidade no aspecto fiscal, que em verdade é exatamente isso que ocorre:

[...] a rigidez da redação jurídica fiscal, estribada no princípio da legalidade fiscal, constitui afinal uma “falsa aparência”, pois o que se verifica é uma clara “disponibilidade permanente” do direito fiscal para “acudir” a situações de emergência no financiamento público [...].¹⁵

Pode ainda explicar que, as políticas públicas estão sujeitas a recursos públicos que são considerados pela administração pública como insuficiente, recomendando ainda, que no Brasil falta

A tutela ambiental em face das políticas públicas e da tributação. Diritto & Diritti, v. 1, p. 1-19, 2010, p. 14.

¹³ *Id ibidem*, p.14.

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91 *apud* BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 227.

¹⁵ SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise*. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (ccord.s). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 61-91, p. 65.

mais instituição de políticas voltadas ao tributo, de tal modo que as políticas públicas devem urgentemente considerar o Programa de Aceleração do Crescimento sem descuidar de seu orçamento.

3. Estado como Agente Regulador de Garantias: Intervenções e Instrumentos Econômicos

Em passagem, realizando uma releitura da história¹⁶ em face da economia, vê-se que quando o sistema mercantilista chegou a seu apogeu, houve consequências lógicas e consistentes. Primeiramente uma regulamentação abusiva, onde a política mercantilista visando proteger a indústria em detrimento da agricultura foi à causa de fato do abandono que as terras se encontravam na maioria dos países da Europa.

Na época, a política mercantilista procurava diminuir o preço dos alimentos com o objetivo de obter por meio de salários ínfimos, preços mais convidativos de custo industrial para a exportação.

Foi esse tipo de política regulamentar que desencorajou os agricultores e arruinou a produção agrícola, estabelecendo as crises de 1725 e de 1740, período este que retrata a vida miserável da população rural, apresentando um decrescente índice de natalidade, bem como, queda nas vendas imobiliárias e redução de área de cultivo de trigo.

A segunda grande consequência foi o posicionamento gerado por um descontentamento crescente, resultando em sérios ataques ao mercantilismo, estas oposições vinham não somente de ordem interna, mas também externa.

O intervencionismo era tido como a expressão do poder arbitrário do Estado, onde para o mesmo era reservado todos os direitos, entretanto para os indivíduos cabiam tão somente deveres. Não suficiente, a oposição entre os interesses dos indivíduos e o interesse do Estado aumentava significativamente.

¹⁶ HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. Ed. Atlas, 13^a ed., 6^a tir., 1978, p. 89-93.

Adverte-se que o século XV é dotado de profundas mudanças que estabeleceram o chamado mercantilismo, também conhecido como o início do capitalismo. Foi o mercantilismo que estabeleceu novas relações político-econômico como: o renascimento comercial, o ressurgimento das cidades, a unificação de Portugal e Espanha, e o avanço árabe sobre Constantinopla, resultando assim na substituição do feudalismo.

O Capitalismo fora conceituado, como um sistema econômico capaz de produzir riquezas em razão do capital (seja este por moeda, por terra, navios, etc.), um modo de produção que se desenvolveu ao longo do tempo.

Por conseguinte o capitalismo passou por estágios, tais como, o capitalismo comercial, o capitalismo industrial e por fim o capitalismo financeiro, vivenciado até o presente momento.

Na fase comercial, o capitalismo era movido pela circulação do sistema, onde era necessária circular a riqueza para gerar mais riqueza. Contudo no século XV, esse sistema passou por algumas crises em razão de não ser autossuficiente, pelos motivos da agricultura e da produção industrial não serem capitalista e também por não haver produção em alguns segmentos da sociedade, como a nobreza e o clero (consumiam riqueza, porém nada produziam).

Para tanto, o capitalismo comercial se obrigou a pedir a intervenção externa, através da política mercantilista, contribuindo significativamente para o desenvolvimento econômico mercantil. Importante ainda trazer a lume, que o capitalismo marcou a Idade Moderna em relação à Idade Média, pois fez renascer o comércio, cujo a sua forma padrão passou a ser a obtenção de lucro, além de resultar na intervenção econômica entre outros países.

Para concluir, com o fim da Idade Média e a expansão marítima, o setor comercial alcançou uma dimensão mundial, em contrapartida, o capitalismo entrou em sua 1^o fase – capitalismo comercial ou mercantil (mercantilismo), tangenciando-se no acúmulo de capitais (dentro da circulação de mercadorias), fase esta considerada de

acumulação primitiva de capitais. Posteriormente com a Revolução Industrial, o capitalismo se tornou forte a partir do século XVIII, estando presente até os dias atuais.

3.1. Desenvolvimento *versus* Poder Econômico

No tocante ao capitalismo, seu perfil está para a concentração na exploração, mas na atualidade este perfil se coloca menos agressivo, sendo conduzido pelo desenvolvimento sem prejuízo ao lucro. Ao citar o lucro, não está querendo dizer que o mesmo não é digno, mas que para tê-lo deve os agentes econômicos obedecer as normas constitucionais que balizam a atividade econômica, os fatores sociais e fundamentais da sociedade, para não gerar mais desigualdade.

A ação que busca o desenvolvimento deve ter em sua essência a necessidade de analisar as consequências não centrando o ápice do lucro com fim primordial. Amartya Sen expõe:

Os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza [...]. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades de que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.¹⁷

O desenvolvimento acaba sendo compreendido como progresso que espera receber rendas e riquezas, sem esquecer-se da liberdade das pessoas, dando valor ao bem estar social. O direito ao de-

¹⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras. 2001, *passim*.

envolvimento está presente na Constituição Federal de 1988 visando alcançar expressivamente as áreas social, democrática e nacional, sendo que para este alcance é indispensável ações e políticas públicas.

Refere-se a uma norma jurídica constitucional de eficácia imediata atribuída ao poder da União. Na motivação de dar garantia ao desenvolvimento o constituinte criou o inciso II, artigo 3º que declara “garantir o desenvolvimento nacional”¹⁸ tratando-se exclusivamente de um objetivo da República Federativa do Brasil, dentre outros.

Não satisfeito, o Estado vale-se de outros mecanismos para garantir a distribuição de renda e ainda uma vida digna ao seu povo, atuando na fiscalização e instituindo políticas públicas para o desenvolvimento. A relevância é notória, inclusive a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 41/128 de 04 de dezembro de 1986, sobre o Direito ao Desenvolvimento que ilustra o que segue:

O desenvolvimento [...] como o processo econômico, social, cultural, e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.¹⁹

Programas e planos elaborados com foco em desenvolvimento nacional produz benefícios em geral para o ser humano refletindo na economia, que por ora consegue dar mais vazão monetária, uma vez que a circulação da moeda tende a melhorar, ou seja, aumentar, resultando em crescimento qualitativo.

Longe de um país desejar apenas o crescimento econômico, mas este influenciando e resultando em um desenvolvimento

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988 - 44. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Saraiva de Legislação), p. 2.

¹⁹ NAÇÕES UNIDAS, Assembléia Geral. Resolução 41/128. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 07 de abr. 2013.

econômico. O crescimento tangencia-se no aumento de capital, no crescimento da população e também, pode dizer, no progresso tecnológico que promove um aumento do PIB (Produto Interno Bruto), enfim trata-se de alterações quantitativas na ordem econômica.

Por outro lado, tem-se o desenvolvimento econômico que vai além do crescimento econômico, pois aquele visa uma melhor distribuição de resultados financeiros, de renda, resultando em alterações qualitativas na ordem econômica. O crescimento sem o desenvolvimento sobrevém à beira da modernização, não resultando em mudanças econômicas e sociais, e ainda, que o desenvolvimento compreende o crescimento, porém o supera.²⁰

Se uma nação deixar de considerar estas premissas importantes além de não estar atendendo fundamentos e objetivos constitucionais estarão levando ao fracasso a geração futura, visto que, o crescimento está para a lucratividade e o poder econômico; já o desenvolvimento versa dentro da transformação dos preceitos sociais e políticos, em prol da sociedade.

Compreender desenvolvimento é dar vasão a instituição de políticas econômicas tributárias que possam ser mantidas pelo Estado, entretanto para tal, os recursos financeiros é essencial para a implementação de mudanças, entrando neste óbice a questão da autonomia financeira.

Não haverá como fugir, o Estado brasileiro urgentemente necessita reformar e estabilizar sua estrutura organizacional, ordenando e processando suas receitas e despesas, esta última deve obrigatoriamente ser justificada e de alta relevância, caso contrário não há orçamento público que dê conta de tantas necessidades econômicas, tributárias, sociais, e ainda do próprio Estado.

Em consonância, “[...] o Orçamento do estado dá satisfação às reivindicações dos povos em ver limitado o poder de gasto dos

governantes e bem assim o esforço financeiro pedido aos cidadãos para cobrir as despesas públicas”.²¹ Também neste sentido:

Efectivamente, o orçamento do Estado, enquanto programa da política financeira em números, que suporta e espelha uma dada sustentabilidade, não pode deixar de ser visto como um instrumento, ao mesmo tempo central e fundamental de um equilíbrio global nos domínios económico, ecológico e social.²²

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000²³, trata-se de lei de carácter nacional, sendo o seu pilar principal a transparência, que permite à sociedade compreender e julgar as contas públicas. A lei obriga não só a publicação, mas que as informações sejam de fácil entendimento, com o intuito dos cidadãos conhecerem as contas públicas, visando um controle social efetivo, dando aos mesmos, suporte para fiscalizar, exigir e cobrar de seus representantes.

A LRF promoveu alterações significativas na ordem institucional e também cultural quanto à gestão da disponibilidade dos recursos financeiros, à vista de restrição orçamentária, com sorte, penaliza e coíbe postura de gestores públicos que alçam despesas acima de suas receitas, deixando as consequências como compromissos financeiros (dívidas) à sucessores, dentre outras.

Assim, o poder público e seus fins deve preferencialmente ser mantido com receitas próprias, provenientes de gestão de seu patri-

²¹ CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012, p. 235.

²² NABAIS, José Casalta. *Da sustentabilidade do Estado fiscal*. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (ccord.s). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 11-59, p.24.

²³ Lei Complementar nº 101, de 4 de Maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 27 de mar. 2013.

mônio e pelas utilidades colocadas a disposição geral da coletividade, tentando a se enquadrar na independência orçamentária dentro de uma coerência em seu papel de gestor. Enfim, toda e qualquer ação de Estado além de planejada deve ser sustentada legalmente.

3.2. Intervenção e os Instrumentos na Regulação do Estado

Tanto a intervenção quanto os instrumentos econômicos conduzem a regulação do Estado-nação, na atualidade o mundo inteiro visualiza a necessidade de certas ações de Estado, um exemplo global que se pode citar é a questão do meio ambiente, que depois da revolução industrial ocasionou um crescimento econômico considerável que acabou por agredir o este ambiente coletivo e imperativo de sobrevivência.

Em virtude da sustentabilidade do planeta, os aspectos econômicos ligados ao ambiente tornaram-se assunto de ordem do Estado, demonstrando com isso, a real necessidade de intervenção estatal fundamentada na regulação sancionatória com o intento de proteger o meio ambiente.

Para tanto o sistema normativo em vigor deve usar instrumentos econômicos de política ambiental que procedam em alterações de comportamento dos agentes econômicos, avaliando os incentivos financeiros e de mercado, já que a degradação do meio ambiente está inserida no meio econômico implicando no mercado.

Na política ambiental os instrumentos financeiros tem função decisiva repousando nas normas regulamentadoras aplicadas por organismos ambientais, com o objetivo de se alcançar o que se espera: a proteção e a manutenção dos bens ambientais.

Voltando a questão propriamente dos instrumentos econômicos na ordem econômica de Estado de forma genérica, frisa-se

que são verdadeiras conduções dos agentes econômicos em razão de incentivos financeiros e ou de mercado.

Pode-se questionar como os instrumentos da política econômica podem ajudar o Estado amenizar crises ou problemas internos no país, e ainda favorecer uma qualidade superior de vida nas questões sociais e econômicas para a sociedade? Entende-se que deve ser considerado que é inegável a necessidade de tributos para a gestão do Estado, porém cabe ao Estado a análise antes da instituição e até mesmo na conservação de qualquer tributo, da renda nacional e da carga tributária repercutida na sociedade.

Esta a suporta em razão de ser autossuficiente e por deter capital ou simplesmente porque sonega? Questão como esta deve ser sopesada pelo Estado, sob pena, deste regime tributário chegar a um ponto insustentável, de colapso social, colocando a estrutura de toda nação em risco, pois até então vem passando despercebida. A carga tributária poderia ser aliviada caso o Estado assumisse que existem gastos desnecessários na gestão dos recursos financeiros públicos.

A questão da distribuição de renda a tanto tempo discutida e colocada sob judice, nada mudou, nenhuma transformação efetiva por parte do Estado brasileiro que sempre está a adiar uma reforma de fato na sua ordem tributária e econômica. Por outro lado, se a distribuição de renda é tão valorada, isso denota o quanto há desigualdade social. Quem mais que a própria tributação para resolver a questão desta desigualdade?

Veja, se a política tributária fosse menos agressiva no mercado de trabalho o resultado seria mais emprego, mais geração de renda, mais dignidade da pessoa humana, e quem ganha com tudo isso, é o próprio país que altera sua imagem no cenário internacional, trazendo para o país investimentos e retornos financeiros.

Interessante observar é que apesar desta alta carga tributária o Brasil não é detentor de mão de obra qualificada suficiente, exprimindo, o reflexo negativo da educação brasileira que insiste em fomentar uma política de falsa aprendizagem, está-se vislumbrando

verdadeiros leilões de diplomas sem qualquer preocupação futura na qualidade operacional deste país.

Não tardiamente o país estará repleto de profissionais qualificados (graduações, MBAs, especializações, etc.) sem ser de fato qualificados, e serão estes os profissionais atuantes no mercado. Percebe-se que as ações de Estado, as ações de Governo só visam o imediatismo, considerado por esta ou aquela gestão como fundamental, esquecendo de fato de analisar o que é importante em termo de nação.

O país também pode pensar em políticas públicas, que visem educar o indivíduo quanto ao consumo repercutindo em um bem para a esfera ambiental, deixando de criar um ciclo vicioso de crédito no mercado que até então os seus juros não satisfazem e não compatibilizam com os baixos índices de reajustes salariais.

As atividades cambiais devem ser controladas evitando qualquer especulação, valorizando o mercado interno, sem prejuízo do desenvolvimento econômico. Independente das políticas públicas no campo econômico, a continuidade e o êxito se constituirá com a mitigação das responsabilidades entre todos, sejam Estado, sociedade e terceiro setor.

Quando se adota políticas econômicas significa dizer que o Estado está intervindo. As políticas econômicas são em verdade políticas públicas voltadas à ordem econômica onde o Estado visa regular, as atividades econômicas de uma nação.

Os incentivos sucedidos das intervenções legislativas só serão autênticos “desde que, evidentemente, não ‘esgotem’ a riqueza dos contribuintes ou os impossibilitem de manter atividades econômicas lícitas – hipótese em que estariam tornando confisco o tributo”²⁴

A intervenção pode ocorrer por meio de direção ou através de indução, que incide na interferência do Estado diante de uma ação não direta deste no mercado, atuando como regulador, fiscalizador e incentivador, conforme artigo 174 da Constituição.

A intervenção por direção versa na preparação de normas obrigatórias de comportamento e relativas medidas repressivas em face de seu inadimplemento, constituindo determinações que fundamentalmente precisarão ser adotadas pelos agentes, como a questão do tabelamento de preços.²⁵

Ao passo que, a intervenção por indução trás que atuação do Estado não se dá por normas impositivas e sim contrariamente, criando regras facultativas impulsionam ou comprimem alguns comportamentos que o Estado elege ser interessante para economia. As subvenções são atuações estatais de indução que motivam a iniciativa privada. Não existe força coativa direta nas normas por indução, visto que o agente se sujeita as determinações de mercado.

Aponta que “O agente econômico não se vê sem alternativas; ao contrário, recebe ele estímulos e desestímulos que, atuando no campo de sua formação de vontade, levam-no a se decidir pelo caminho proposto pelo legislador”.²⁶ Dando continuidade²⁷ dizendo que o desenvolvimento de políticas indutoras pelo Estado, não se coloca como direta, no qual líderes da economia serão os consumidores e fornecedores, sendo estes responsáveis pelo consumo e pela produção, tendo possibilidade de aceitarem ou não estímulos ou desestímulos apresentados pelos Estados.

Existe certa dificuldade na identificação de normas de direção para as de indução, sobretudo se referindo a planejamento indicativo e imperativo, assim o planejamento só será imperativo diante do poder público, consistindo em indutivo no setor privado.²⁸

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 126.

²⁶ SCHOUERI, Luiz Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43-44.

²⁷ *Id Ibidem*, p. 44.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 30-31 *apud* SCHOUERI, Luiz Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 45.

Aconselha-se a adoção de normas diretivas com o fito de angariar um fim imediato, uma vez que os incentivos ou desincentivos fiscais carecem de lapso temporal maior para sua efetividade já que dependem de alteração de conduta. Outro mais é acertado a admissão de medidas coativas, como a multa, ao pretender ou até mesmo realizar conduta contrária à lei, pois este meio de punição além de implicação financeira, intimida socialmente, por ter sido tipificada uma infração provinda de uma ação negativa.

Importante dizer que nem sempre é possível a escolha entre normas de intervenção por direção ou por indução, nota-se que normas diretivas têm restrições no princípio da livre iniciativa, pois não podem trazer dificuldades ou até impedimento para a atividade econômica. Em compensação, as normas indutoras podem ser impróprias em virtude da natureza do produto, na análise da demanda e da oferta, alta ou baixa. Havendo contenda constitucional as normas indutoras e as normas por direção serão submetidas ao controle constitucional.

Não existe um consenso na discussão do controle dos incentivos fiscais carecido da dificuldade de identificar os atingidos por meio da norma por indução, outrossim, quando se diminui a carga tributária de um agente econômico, na grande maioria provoca aumento da carga tributária para outros agentes, com isso a concorrência é comprometida. Para tanto o controle jurisdicional deve ser considerado.

Considerações finais

A ordem econômica garantida na Constituição, artigo 170 declara objetivos econômicos e sociais dentre estes, a soberania, a livre concorrência, e a busca do pleno emprego, e é neste cenário que se vislumbra as formas de atuar do Estado em detrimento a uma ordem econômica, amparada por uma ordem jurídica.

Escolher de forma acertada uma modalidade de economia é escolher a menos pior, uma vez que, todas possuem pontos tidos como fracos. Destaca-se a economia de mercado como uma opção

viável, visto que está sob o resguardo de um Estado regulador, porém com baixa intervenção, garantindo direitos, livre concorrência, liberdade de consumo, dentro de uma internacionalização de economia, onde os atos do governo buscam atender uma transparência.

Por outro lado, apresentam desigualdade social, consumo acelerado, certa concorrência desleal e ainda especulação de capital estrangeiro. Entretanto em um paralelo com a economia planificada, onde os pontos fortes daquela são os pontos fracos desta, a economia de mercado atende melhor a sociedade e ainda condiciona-se para um desenvolvimento econômico.

As práticas abusivas da livre concorrência são decorrentes do regime capitalista, onde a busca do lucro independe das consequências se tornaram o cerne da atividade econômica, mas a livre iniciativa se apresenta como agente controlador da concorrência.

Mesmo diante desta dimensão de mercado, o Brasil tenta reduzir as desigualdades, embora muitas vezes ineficiente no equilíbrio econômico e social. Com ressalva a afirmação anterior, se faz importante mostrar que o país superou algumas necessidades aclamadas pela sociedade, dentro de uma política macroeconômica estabilizando a esfera monetária, e com uma política social que favorece os hipossuficientes, através da política da bolsa família.

A intensificação de controle destas políticas é urgente, do mesmo modo que a carga tributária deve sofrer mudanças positivas contrabalanceando com a redução de gastos públicos, uma vez que a disponibilidade financeira não é grande e não tem por onde mais ser alargada sem trazer grandes prejuízos a toda sociedade, tornando a mesma inviável em um ambiente interno e externo. Resta dizer que não há consenso na intervenção por meio de incentivos, neste óbice havendo contenda submeter-se-á ao controle constitucional.

Referências

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988 - 44. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Saraiva de Legislação).
- _____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 27 de mar. 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A tutela ambiental em face das políticas públicas e da tributação. *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-19, 2010.
- BUCCI, M^a Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ^a 34, n. 133, jan/mar. 1997.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CATARINO, João Ricardo. Finanças públicas e direito financeiro. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HUGON, Paul. História das doutrinas econômicas. Ed. Atlas, 13^a ed., 6^a tir., 1978.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91 apud BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (ccord.s). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 11-59.
- NAÇÕES UNIDAS, Assembléia Geral. Resolução 41/128. Declaração sobre o direito ao desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 07 de abr. 2013.
- SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009
- SCAFF, Fernando Facury. Controle público e social da atividade econômica. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). Presente e futuro das relações de trabalho: estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos. São Paulo: LTr, 2000.
- SCHOUERI, Luiz Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras. 2001.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (ccord.s). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 61-91.
- WEBER, Max, Economía y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva, I. Edição preparada por Johannes Winckelmann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz e José F. Mora. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

(Página deixada propositadamente em branco)

A Crise Financeira e a Nova Realidade Criada pela Dinâmica do Mercado Mundial

Laércio Rodrigues de Oliveira

Mestre em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Professor dos cursos de graduação e Pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina (UEL),
integrante do Grupo de Pesquisas do CNPq e Delegado do Conselho Regional de Economia em Londrina, Paraná, Brasil

Walkíria Martinez Heinrich Ferrer

Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita (UNESP).
Coordenadora de grupos de pesquisas do CNPq;
Pesquisadora e professora dos cursos de Graduação em Direito e Serviço Social e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR, Marília, São Paulo, Brasil

Sumário: Introdução; 1. Pressupostos históricos do neoliberalismo; 2. O unitarismo do poder político; 3. O Estado Liberal; 4. O Estado Liberal-democrático; 5. O Fenômeno “Globalização”; 6. A expressão política do processo: o neoliberalismo; 7. Crescimento do capital financeiro e sua globalização; 8. A Crise do capital financeiro no mundo globalizado; 9. Conclusão; Referências

Introdução

Com surgimento de uma nova crise financeira, que ameaça ser duradoura e atingir as atividades da economia real envolvendo todo mundo capitalista, pergunta-se se a Teoria Neoliberal é a mais indicada para o momento.

Ao longo da história do capitalismo várias teorias econômicas foram colocadas em prática. Dentre as teorias desenvolvidas pelos cientistas econômicos podem-se destacar as teorias: Clássica, Neoclássica, Marxista, Keynesiana e a mais recente que domina o pensamento da economia na atualidade denominada de Neoliberal.

A Teoria Clássica, desenvolvida por Adam Smith no início do desenvolvimento do pensamento econômico científico, fundamenta suas bases nas ações do mercado. Os pressupostos desta teoria refere-se ao Estado mínimo com atividades ligadas apenas na defesa da nação e oferta de bens e serviços públicos. Na seqüência do desenvolvimento do pensamento científico, surge a Teoria Neoclássica, cujo marco teórico confirma os pressupostos da Teoria Clássica com as teorias de mercado e Estado mínimo. A Teoria Marxista surge como uma alternativa a estas idéias propondo um Estado totalitário e o abandono das teorias de mercado. Com o surgimento da crise econômica dos anos 30 do Século XX, uma nova teoria econômica surge com uma proposta diferente. Naquela oportunidade John Maynard Keynes propôs, com muito sucesso, a convivência entre o Estado e a iniciativa privada como solução das variações dos ciclos econômicos. Passada a crise econômica e estando a economia mundial em franco desenvolvimento as teorias keynesianas foram abandonadas dando origem a Teoria Neoliberal. Esta teoria tem como fundamento básico o ideário das Teorias Clássicas e Neoclássicas, isto é, a participação do setor público nas atividades econômicas deveria ser reduzida deixando as mesmas para iniciativa privada e com mínimo de regulação.

Busca-se com esta pesquisa, fazer uma breve análise da evolução da crise financeira e econômica atual e suas relações com as teorias econômicas. Inicialmente buscou-se fazer a análise das Teorias Econômicas clássica e marxista em seguida a evolução da crise financeira mundial e suas ligações com a Teoria Keynesiana e as conclusões finais.

1. Pressupostos do Neoliberalismo

Segundo o teórico alemão Karl Marx, a história da humanidade originou-se por meio de um jogo de forças entre a base material, o plano físico, palpável e a base ideológica, ou seja, o conjunto de idéias e as instituições políticas, econômicas ou sociais. Marx afirma que todas as transformações ocorridas em termos de desenvolvimento político-econômico partiram de determinadas necessidades da realidade (infraestrutura), alterando o plano ideológico (superestrutura) para, posteriormente, retornar e transformar a realidade:

Na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina a realidade; ao contrário, é a realidade social que determina sua consciência. Em certa fase de seu desenvolvimento, as forças produtivas da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que não é mais que sua expressão jurídica, com as relações de propriedade, no seio das quais elas se haviam desenvolvido até então. De formas evolutivas das forças produtivas, que eram, essas relações convertem-se em seus entraves. Abre-se, então, uma era de revolução social. A transformação que se produziu na base econômica transtorna mais ou menos lenta ou rapidamente toda a colossal superestrutura.¹

Com base na interpretação materialista da História podemos analisar a origem e a evolução da instituição Estado, desde a Antiguidade Clássica, com os “tempos homéricos” da civilização grega, a evolução das cidades-estado até a civilização romana, com as “ci-

¹ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. In Coleção Grandes Cientistas Sociais, São Paulo: Ática, 1987, p. 82.

vitae”. Períodos determinados por novas exigências do plano físico, acarretando alterações nas formas de Estado.

Seguindo a ordem evolutiva da instituição Estado esta instituição toma novas formas na medida em que se faz necessárias transformações ao nível ideológico, como o Estado na Idade Média, período polêmico quanto à denominação “Estado medieval”, como retrata Dallari:

Muita coisa já foi escrita sobre a Idade Média, classificada por alguns como a noite negra da Humanidade e glorificada por outros como um extraordinário período de criação, que preparou os instrumentos e abriu os caminhos para que o mundo atingisse a verdadeira noção do universal. No plano de Estado não há dúvida de que se trata de um dos períodos mais difíceis, tremendamente instável e heterogêneo, não sendo tarefa das mais simples a busca de características de um Estado Medieval. Não obstante, é possível estabelecer a configuração e os princípios informativos das sociedades políticas que, integrando novos fatores, quebraram a rígida e bem definida organização romana, revelando novas possibilidades e novas aspirações, culminando no Estado Moderno”.² (grifo do autor)

O sistema de suserania e vassalagem, e a conseqüente concessão de feudos, presentes durante o período medieval, provocou uma descentralização e uma disputa pelo poder político entre o monarca, senhores feudais e a Igreja. Período marcado pela instabilidade política, econômica e social, gerando uma necessidade de ordem e autoridade, ou seja, deficiências ou necessidades do plano físico acarretaram transformação ao nível ideológico, a criação do Estado Moderno e a centralização do poder político no monarca absoluto.

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno. O sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários,

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. Os senhores feudais já não toleraram as exigências dos monarcas que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo à vida econômica e social. Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial.³

Sendo característica do Estado Moderno, neste momento surge o conceito de soberania, como forma de distinguir o poder do Estado dos demais poderes. O conceito de soberania, visto como monopólio do poder político foi empregado no século XVI pelo francês Jean Bodin, visando garantir o fortalecimento do poder real.

Com o conceito político de soberania, Jean Bodin sobrepõe o poder do monarca a qualquer outro existente, pois o poder das leis o coloca acima das leis precedentes, assim como não pode estar submetido às suas próprias leis, pois não irá formular mecanismos que limitem seu poder soberano. Somente ao monarca soberano cabe o poder de criar e eliminar leis, a nenhum outro indivíduo ou conjunto de indivíduos, nem mesmo aos funcionários do Estado, cabe a formulação das leis, pois o poder soberano deve ser absoluto e para tal não pode haver poder similar.

2. O Unitarismo do Poder Político

Com o final do período medieval e o surgimento do Estado Moderno, e conseqüente centralização do poder político, a humanidade vivenciou uma outra forma de organização do poder, ou seja, o Estado centralista ou unitário.

Segundo Paulo Bonavides, o unitarismo do poder constitui a forma mais simples e lógica de organização do poder, pois todos os

³ Op. cit. p. 70

poderes derivam de um único centro decisório e as determinações que partem dos centros periféricos são apenas delegações do poder central. O Estado unitário constitui uma unidade orgânica, com uma ordem jurídica, política e administrativa extensiva a um só povo, um só território e um só titular do poder público:

[...] Foi assim quando se deu a aparição do Estado Moderno, cujo aspecto centralizador e tendência unitarista ressalta desde logo em presença da vontade política soberana, que é a vontade do Estado, congregando, fundindo ou subordinando os ordenamentos sociais concorrentes, doravante convertidos em ordenamentos inferiores e secundários.

Corresponde este momento centralizador à plena afirmação do Estado como organização do poder. Todo um sistema de autoridade manifestamente absoluta assinala essa fase inicial e preparatória cujo unitarismo se define mercê de um centro de direção histórica, posto no poder da realeza absoluta, tendo por sustentáculo legitimador a doutrina coe-rente da soberania.⁴

Do contexto unitário podem ser observadas algumas “vantagens” ou aspectos positivos, como a existência de um corpo burocrático único, responsável por uma economia de recursos públicos e racionalização dos serviços prestados, e tendo ainda como consequência uma possível impessoalidade e imparcialidade dos agentes que exercem o poder. Mas, certamente, as “desvantagens” são ainda mais visíveis, como o distanciamento entre o indivíduo e o Estado, restrições à liberdade humana e uma sobrecarga de responsabilidades de pouca importância ao núcleo decisório, que poderiam ser resolvidas de forma mais rápida por esferas locais autônomas, beneficiando, desta forma, os interesses coletivos.⁵

A centralidade excessiva do poder político gerou novamente um clima de instabilidade política, econômica e social. Política em razão da própria natureza e inviabilidade administrativa do poder

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49-50.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50-51.

absoluto, econômica em decorrência do entrave ao desenvolvimento econômico gerado pelos “desmandos” do monarca. Em termos sociais não havia receptividade das camadas populares ao poder abusivo de uma monarquia ostensiva de riquezas em detrimento de uma maioria desprovida de uma efetiva prestação de serviços públicos. Nesse contexto soma-se a atuação da incipiente classe burguesa, de certa forma detentora de poder econômico, em razão do desenvolvimento do comércio, e de alguns expoentes da classe literária em sua luta contra o absolutismo, como John Locke, que se destaca posteriormente como um dos grandes nomes do liberalismo.

3. O Estado Liberal

Conforme citado anteriormente, segundo a concepção marxista ou, da mesma forma, a teoria materialista da história, deficiências ou necessidades da realidade material acarretam transformação ao nível das idéias, onde estão situadas as instituições políticas, dentre elas o próprio Estado. Novamente se faz necessária a reestruturação do poder político, ou seja, a forma de Estado unitário estava apresentando sinais de saturação:

O Estado centralizador cede e decai historicamente quando prepara as modalidades descentralizadoras e até mesmo federativas; quando as concepções mais democráticas e menos autoritárias do poder, fundadas nos postulados do consentimento, de algumas doutrinas contratuais (não todas, porquanto Hobbes constitui aqui exceção das mais conhecidas) abalam todo o eixo do autoritarismo estatal, contrapõem a supremacia individual à hegemonia do ordenamento político, fazem o Estado meio e não fim, rebaixam-lhe a valorização social, democratizam a concepção do poder, nas suas origens, no seu exercício e nos seus titulares, separam o Estado da pessoa do soberano. Graças a essa transpessoalização do princípio político, ou com mais propriedade, mediante essa exteriorização institucional – ou constitucional, segundo linguagem cara ao liberalismo –, acaba o estado

por objetivar-se socialmente como produto do consenso das vontades individuais.⁶

Durante a decadência do Estado absolutista, a influência da burguesia foi imprescindível para a instituição de outra forma histórica de Estado: o Estado Liberal. Fortalecida economicamente e inicialmente apoiada pelo recém constituído proletariado, a chamada “burguesia revolucionária” alterou a estrutura política do Estado ainda impregnado pelos resquícios feudais. Embora tendo início na monarquia absolutista, a burguesia aprofundou a separação entre o público e o privado, extremamente necessária para sua consolidação na esfera política.

O liberalismo econômico instituído neste período retrata as razões da burguesia revolucionária em minimizar a influência do Estado na área econômica, noções presentes na obra de Adam Smith intitulada a “A riqueza das Nações”, onde este expoente autor do liberalismo desenvolveu a teoria da “mão invisível”, afirmando existir uma lógica interna por trás da aparente complexidade e desorganização do processo de produção de mercadorias, ou seja, a economia de mercado se auto-regula sem a interferência estatal. Segundo os postulados liberais somente o indivíduo tem o poder natural em maximizar benefícios em seu proveito, o Estado, de natureza burocrática, não tem este dom natural e, portanto, sua interferência prejudica o desenvolvimento comercial e afeta o bem estar dos indivíduos envolvidos no processo.

De maneira geral, o que anteriormente era determinado pelo Estado absolutista mercantilista, no liberalismo econômico o consumidor responderia pelas questões centrais do processo produtivo: o que produzir, como produzir, onde e como produzir. Em outras palavras, o mercado de compra e venda de mercadorias regularia a atividade produtiva, ou seja, determinada mercadoria seria produzida somente se necessária. Da mesma forma que Adam Smith,

John Locke exerceu papel de destaque ao expor a teoria do Estado “vigia” ou “guarda-noturno”, enaltecendo o papel da sociedade civil na regulação da atividade econômica, enquanto que a instituição política permaneceria como um ente protetor que apenas supervisiona o funcionamento do então denominado “livre-comércio.

Neste contexto a noção do contrato social foi fortalecida, com exceção do contrato absolutista proposto por Thomas Hobbes, pois a racionalidade da revolução burguesa, pautada nos postulados liberais, previa uma organização baseada no sistema de leis, o que, uma vez instituída, facilitava até mesmo a tarefa do Estado, pois poderia apenas verificar sua aplicabilidade.

4. O Estado Liberal-Democrático

O contexto liberal, desde sua implantação, caminhou ao lado do contexto democrático. Tanto que dificilmente seria possível uma separação temporal entre ambos. No Estado liberal, ou ainda, no Estado liberal-democrático, a humanidade presenciou significativos avanços em termos de direitos e garantias individuais. Os direitos inalienáveis do homem deveriam ser preservados e poderiam estar expressos na garantia à propriedade, entendida por Locke como a liberdade, a vida e os bens materiais. Estas conquistas poderiam ser exemplificadas pelo surgimento dos partidos políticos – a partir do século XIX, e o mecanismo para representação da sociedade civil, o sufrágio universal.

Mas a revolução burguesa e o liberalismo democrático, apesar das conquistas da sociedade civil, não atingiu as expectativas em termos de emancipação humana, pois, tendo em vista o caráter excludente do sistema capitalista agravado pelas conseqüências da livre-concorrência, ou seja, a disputa desenfreada e a acumulação desigual do capital, provocaram um aprofundamento das desigualdades sócias. Como conseqüência, o foco político desloca-se para a implementação de algumas medidas de caráter popular, ou de bem-estar-social, o que denominou o período do Estado de Bem-Estar Social.

Essa nova estrutura de Estado foi se delineando na medida em que as crises se acirraram, pois segundo a concepção marxista da história do sistema capitalista as crises econômicas são geradas em seu próprio seio, ou seja, o sistema produz suas crises ou seus “grilhões”. A livre-concorrência, instituída pela política liberal, provocou a eliminação daqueles que não sobreviveram a uma espécie de “seleção natural” das indústrias, onde houve o fechamento de pequenas empresas que não se adequaram ao jogo de forças do livre mercado, inaugurando a fase monopolista do capitalismo. Tendo em vista o crescente desemprego, os trabalhadores das indústrias, ou o que a teoria marxista denomina como proletários, passam a se organizar em sindicatos, que acabam se fortalecendo por meio de algumas conquistas trabalhistas, como a redução da jornada de trabalho, descanso semanal e férias anuais remunerados, além de outras conquistas obtidas por sucessivos embates entre a classe burguesa e a classe trabalhadora.

Dentre outras determinações de cunho social, a chamada política protecionista do Estado de Bem-Estar Social visava o resgate do emprego para a significativa massa de trabalhadores que permaneciam à margem do mercado de trabalho, para tanto o poder público absorveu parte desta mão de obra nas empresas estatais, além de oferecer subsídios às empresas para garantir a empregabilidade.

Contrariando os postulados da política-econômica liberal, essa postura do poder público se fortalece, nas primeiras décadas do século XX, pela teoria do inglês John Maynard Keynes, onde prevê uma interferência direta do Estado na política econômica, tanto no mercado econômico quanto na esfera social. A política financeira do Estado “social” acarretou severas críticas ao custo desta orientação política, pois a manutenção da máquina administrativa, ampliada para atender às novas determinações do Estado provedor, advinha basicamente da cobrança de impostos da classe burguesa e de alguns segmentos de posição financeira privilegiada.

Apesar das críticas quanto ao custo final da manutenção do Estado de Bem-Estar-Social, ou seja, agravamento dos déficits públicos e conseqüente elevação das taxas inflacionárias, essa orientação política econômica esteve presente por quase todo século XX, principalmente nos países centrais. Todavia com o crescimento do sistema capitalista em meados da década de 1970 e a necessidade de expansão do capital em busca de novos mercados no cenário internacional a economia de mercado volta a ganhar força com o pensamento neoliberal.

5. O Fenómeno “Globalização”

Termos como “globalização”, “mundialização do capital”, “internacionalização da economia” e “sociedade global”, podem ser utilizados para denominar este processo constantemente citado pela mídia, autoridades governamentais e estudiosos, principalmente nas décadas finais do século passado. Fenômeno caracterizado por polêmicas desde sua origem e conceituação até a viabilidade econômica, política e, principalmente, social do referido mercado mundial.

Alguns justificam este clima de incertezas em que o processo de globalização está inserido pela novidade que representa. Outros argumentam que a internacionalização do capital, obviamente não nas dimensões atuais, já é um processo bastante conhecido. Segundo esta concepção, a busca pelo caminho das Índias pode ser considerada um indício da internacionalização do capital. O comércio desenvolvido entre a Metrópole portuguesa e a recém descoberta colônia do Brasil configurava relações comerciais além território. Os tratados de comércio entre Inglaterra e Portugal, da mesma forma, representavam a internacionalização da economia.

Karl Marx ao escrever “O Manifesto Comunista”, em 1848, já apontava sinais de uma internacionalização do capital, com o avanço do capitalismo em diversas partes do globo:

Pela exploração do mercado mundial, a burguesia imprime um caráter cosmopolita à produção e ao consumo

em todos os países. Para desespero dos reacionários, ela roubou da indústria sua base nacional. As velhas indústrias nacionais foram destruídas e continuam a ser destruídas diariamente [...] No lugar do antigo isolamento de regiões e nações auto suficientes, desenvolvem-se um intercâmbio universal e uma universal interdependência das nações. E isto se refere tanto à produção material como à produção intelectual. As criações intelectuais de uma nação tornaram-se patrimônio comum [...] das numerosas literaturas nacionais e locais nasce uma literatura universal.⁷

Mas o que presenciamos atualmente, precisamente desde o início da década de 1970, é a mundialização do capital financeiro. A lógica do capital se manifesta de uma forma distinta daquela observada após a Revolução Industrial, onde havia a reprodução dos meios materiais de produção. A mundialização do capital se desenvolve através da reprodução do capital financeiro, do capital rentista. Neste novo contexto, há uma maior movimentação de capitais no mercado financeiro em detrimento do investimento produtivo, razão pela qual se discute ainda o “fim do trabalho” ou da “sociedade do trabalho”:

O mais brutal resultado dessas transformações é a expansão, sem precedentes na era moderna, do desemprego estrutural, que atinge o mundo em escala global. Pode-se dizer, de maneira sintética, que há uma processualidade contraditória que, de um lado reduz o operariado industrial e fabril; de outro aumenta o subproletariado, o trabalho precário e o assalariamento no setor de serviços [...] Há, portanto, um processo de maior heterogeneização, fragmentação e complexificação da classe trabalhadora.⁸ (grifo do autor).

Alguns estudiosos ressaltam a inevitabilidade da chamada globalização. Segundo esta concepção, não há como permanecer

⁷ COGGLIOLA, Osvaldo (org.). *O Manifesto Comunista*. São Paulo: Boitempo, 1998, p. 43.

⁸ ANTUNES, Ricardo. *Adens ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 1999, p. 41-42.

alheio aos seus efeitos deste processo, pois são decorrentes de uma determinada etapa de transformações do capitalismo:

O mundo mudou muito ao longo do século XX. Não é mais apenas uma coleção de países agrários ou industrializados, pobres ou ricos, colônias ou metrópoles, dependentes ou dominantes, arcaicos ou modernos. A partir da Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se um amplo processo de mundialização de relações, processos e estruturas de dominação e apropriação, antagonismo e integração. Aos poucos, todas as esferas da vida social, coletiva e individual, são alcançadas pelos problemas e dilemas da globalização”. (IANNI, 1997, p. 35-6)

De acordo com esta concepção, as nações tornaram-se interdependentes, não há como as sociedades nacionais desenvolverem projetos econômicos desvinculados do sistema mundial e esta situação não se manifesta apenas no âmbito econômico, mas também a nível político, social e cultural.

A intensificação do processo de mundialização do capital pode ser visualizada no início da década de 70, período em que o sistema capitalista começa a apresentar sinais de saturação. Os primeiros sinais deste período de recessão econômica puderam ser observados inicialmente nas grandes potências, particularmente Estados Unidos, Japão e Europa Ocidental. As economias destes países sentiam os efeitos de um capitalismo instável, com elevações entre crescimento e recessão na economia. Esta instabilidade econômica se caracterizava por um capitalismo não sustentado, onde a lógica do capital não se realizava de maneira completa.

Neste contexto, as grandes potências econômicas passaram a adotar medidas de contenção de custos na produção, visando um aumento na margem de lucro no produto final. O resultado manifestou-se por um acirramento na concorrência entre as grandes empresas, que procuravam expandir seus investimentos em outras partes do Globo, principalmente em regiões onde os custos de produção seriam minimizados com uma maior disponibilidade de matéria-prima, isenções fiscais e facilidades, por parte dos gover-

nos nacionais, na instalação de novas indústrias e pela exploração de mão-de-obra barata. As chamadas transnacionais tinham como objetivo a recuperação da estabilidade do crescimento econômico, criando as condições favoráveis para ampliação dos níveis de acumulação de capital anteriores à crise.

Além das reformas de cunho econômico, voltadas à reestruturação do capital, nas últimas décadas importantes acontecimentos mudaram o cenário político e econômico mundial, com conseqüências favoráveis ao avanço do comumente chamado processo de globalização: a queda do Muro de Berlim, em 1989, com a unificação da Alemanha, a crise do socialismo no Leste Europeu, que desembocou na expansão da economia de mercado em localidades até então submetidas às premissas do socialismo, e o fim da Guerra Fria iniciada em 1946.

Com a “Revolução Europeia de 1989”, a história sofreu grandes alterações e tomou um novo rumo, dando início a um período onde se estabelecem novas correlações de forças. No período da Guerra Fria havia blocos antagônicos e consolidados: o capitalismo e o socialismo. Duas superpotências, Estados Unidos e União Soviética, detinham um grande poderio militar e nuclear. Representavam dois blocos de poder, com sistemas econômicos e políticos opostos.

As reformas efetuadas pelo governo Mikhail Gorbachev foram o início de profundas alterações que refletiram diretamente no avanço do processo de globalização, com a introdução paulatina dos mecanismos de mercado, em substituição aos mecanismos de uma economia centralmente planejada. Da mesma forma, a queda do Muro de Berlim, em 1989, e conseqüente reunificação da Alemanha, possibilitaram o desenvolvimento do capitalismo nos países socialistas do leste europeu.

Países cujo poder político estava centralizado no Estado-Nação, que detinha total controle sobre as esferas política, econômica e social, cederam à nova ordem mundial. Economias fechadas, voltadas à proteção das indústrias nacionais, com reservas de mer-

cado para determinados produtos, se submeteram à dinâmica do mercado internacional, abrindo suas fronteiras para a entrada de um grande número de produtos estrangeiros.

Desta forma, o processo aqui denominado mundialização do capital pode ser definido como uma reestruturação do capitalismo em novas bases econômicas, como um meio de recuperar as taxas de acumulação das décadas anteriores. Esta reestruturação não se manteve apenas na base econômica, mas se estendeu às esferas políticas e sociais das sociedades envolvidas pelo processo de mundialização do capital. Tendo em vista a viabilização das medidas adotadas para a reestruturação capitalista, foram necessárias determinadas políticas que possibilitassem o pleno desenvolvimento do processo.

Integrados neste contexto surgem denominações como privatizações, desregulamentação das economias, aberturas de mercado, desterritorialização, Estado mínimo e exclusão social, viabilizadas por um programa de governo específico, o neoliberalismo. O programa neoliberal possibilita a implantação de reformas necessárias ao desenvolvimento e reprodução do capitalismo financeiro, podendo ser caracterizado como a expressão política da mundialização do capital, especificamente, como foi salientado, do capital financeiro.

6. A Expressão Política do Processo: o Neoliberalismo

A partir da década de 70 um movimento ideológico vem conquistando espaço a nível mundial, o neo-liberalismo. Este modelo de orientação política e econômica, que constitui a expressão política da globalização, se caracteriza por uma oposição ao Estado intervencionista e de Bem-estar social, tendo como consequência natural um elevado crescimento do modelo econômico capitalista. Inicialmente implementado pelo governo de Margaret Thatcher (1979) e, posteriormente por Ronald Reagan (1981). o projeto neoliberal de governo adquiriu âmbito mundial, se tornando atualmente parte integrante do processo de mundialização do capital. O neoliberalismo foi desenvolvido inicialmente por Friedrich Hayek, em

1944. Pouco depois, foi formada uma corrente neoliberal que contou com a participação de Milton Friedman, Karl Popper, Walter Lipman, entre outros. Na Suíça foi fundada a Sociedade de Mont Pèlerin, com o objetivo de: “[...] combater o keinesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro”⁹.

Esta orientação ideológica não foi bem recebida de imediato, pois, seguindo orientação keynesiana, de forte intervenção estatal na economia, o capitalismo demonstrou grande fase de crescimento durante as décadas de 50 e 60. Por esta razão, os postulados neoliberais não representavam uma orientação que pudesse trazer resultados ainda melhores.

No entanto a partir do início da década de 1970 o modelo econômico capitalista começa a apresentar sinais de instabilidade econômica e um acelerado processo inflacionário. Estes fatores propiciaram a ascensão do modelo teórico neoliberal, pois, segundo sua concepção, as origens da crise estavam no controle excessivo do Estado na economia.

De acordo com os postulados liberais, o homem é um ser dotado de elementos naturais que induzem e regulam suas ações no plano da realidade, seja no plano econômico, político ou cultural. Também é naturalmente utilitarista e racional, dotado de razão suficiente para tomar decisões que visem a maximização de seu bem-estar social. O Estado, por ser uma instituição, não tem os atributos naturais capazes de maximizar benefícios, pois interfere nas manifestações naturais dos agentes econômicos. O mercado seria o responsável pela interação entre os diversos interesses individuais, tendo como resultado não um caos na sociedade, mas uma harmonia entre os interesses opostos.¹⁰

⁹ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In *Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 09.

¹⁰ CARCANHOLO, R.A. A globalização, o neoliberalismo e a síndrome da imunidade auto-atribuída. In *Neoliberalismo: a tragédia de nosso tempo*. São Paulo: Cortez, 1988, p. 18.

O todo social harmônico da teoria Durkheimiana, com relação à divisão social do trabalho, possibilita certa analogia com o ideário neoliberal. Segundo Durkheim, a divisão social do trabalho origina solidariedade se o todo permanecer em harmonia, se houver interferência de fatores externos haverá uma divisão anômica do trabalho. Portanto, o problema não é a divisão social do trabalho em si, mas o que possa prejudicar sua harmonia.

Com relação ao neoliberalismo, se o livre mercado regular a economia haverá um “todo econômico harmônico”, havendo interferência externa, no caso a regulação pôr parte do Estado, a interação entre os diferentes interesses particulares não se realiza e com isso teremos uma sociedade anômica. Segundo a concepção funcionalista, as elevadas e crescentes taxas de desemprego e a exclusão social são ainda partes “doentes” de um organismo saudável, que poderia ser visualizada política neoliberal. Portanto, um dos principais componentes do ideário neoliberal é a desestatização da economia, pois sem a regulamentação do poder estatal o mercado mantém a ordem natural do sistema.

Esta determinação de desregulamentação não se manifesta apenas no plano econômico, pois também consta no programa político neoliberal a flexibilização das relações trabalhistas, o que significa uma oposição ao protecionismo estatal no mundo do trabalho. A livre negociação entre patrões e empregadores traria benefícios não somente aos trabalhadores, pois teriam maior liberdade de escolha, mas, principalmente, ao processo de reprodução e acumulação do capital, que teria maior liberdade nas relações contratuais. Estudiosos apontam possíveis conseqüências da flexibilização trabalhista: desmonte do mundo do trabalho, perda de garantias trabalhistas até então consolidadas, precarização e informalidade do trabalho.

A adoção destas medidas integra uma estratégia global de modernização liberal, que procura seguir as regras estabelecidas pelo “Consenso de Washington”. No final de 1989, membros dos organismos de financiamento internacional (Fundo Monetário

Internacional - FMI, Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e Banco Mundial), funcionários do governo americano e economistas latino-americanos se reuniram para avaliar as reformas econômicas implementadas na América Latina. Desta reunião surgiram conclusões e recomendações que acabaram funcionando como um “manual” da política neoliberal, conhecido como “Consenso de Washington”.

As recomendações propostas pelo “Consenso de Washington” abrangem as seguintes áreas:

Disciplina fiscal. Altos e contínuos déficits fiscais contribuem para a inflação e fugas de capital.

Reforma tributária. A base de arrecadação tributária deve ser ampla [...]

Taxas de juros. Os mercados financeiros domésticos devem determinar as taxas de juros de um país. Taxas de juros reais e positivas desfavorecem fugas de capitais e aumentam a poupança local.

Taxas de câmbio. Países em desenvolvimento devem adotar uma taxa de câmbio competitiva que favoreça as exportações tornando-as mais baratas que no exterior.

Abertura comercial. As tarifas devem ser minimizadas e não devem incidir sobre bens intermediários utilizados como insumos para as exportações.

Investimento direto estrangeiro. Investimentos diretos estrangeiros podem introduzir o capital e as tecnologias que faltam no país, devendo, portanto, ser incentivados.

Privatização. As indústrias privadas operam com mais eficiência porque os executivos possuem um ‘interesse pessoal’ direto nos ganhos de uma empresa ou respondem ‘àqueles que têm’. As estatais devem ser privatizadas.

Desregulação. A regulação excessiva deve promover a corrupção e a discriminação contra empresas menores com pouco acesso aos maiores escalões da burocracia. Os governos precisam desregular a economia.

Direito de propriedade. Os direitos de propriedade devem ser aplicados. Sistemas judiciários pobres e leis fracas reduzem os incentivos para poupar e acumular riquezas. ¹¹ (grifo do autor).

Em linhas gerais, o ideário neoliberal consiste em políticas voltadas à desestatização da economia, com a minimização da interferência do Estado; abertura dos mercados para desobstrução do comércio internacional, com o objetivo de estimular a concorrência com os produtos nacionais e propiciar a modernização e desenvolvimento da estrutura produtiva; estabilização monetária, a fim de atrair investimentos estrangeiros e um amplo processo de privatização.

Feitas estas considerações sobre as várias teorias econômicas desenvolvidas ao longo da história econômica mundial buscar-se-á a seguir fazer uma análise da expansão e difusão do capitalismo neste início de milênio e suas influências no sistema produtivo.

7. Crescimento do Capital Financeiro e sua Globalização

No final do ano de 2008 o mundo foi surpreendido com a notícia de uma grave crise econômica. Inicialmente a notícia passou despercebida até que os primeiros bancos começaram a fechar suas portas e os primeiros investidores começaram a ter prejuízos. A partir de então a luz amarela acendeu, o mundo econômico passou a se preocupar e os governos começaram a agir.

O crescimento e a difusão do capital no mundo não é um fenômeno novo, porém ganhou novos aliados a partir da evolução das formas de comunicação e armazenamento de dados e avançou de tal forma como nunca antes havia ocorrido. A informática, aliada aos sistemas de transmissão de dados via satélite permitiram a reformulação e mudança nas formas de alocação do capital financeiro simultaneamente e em tempo real em várias partes do mundo.

Segundo Kregel¹², esta forma de investimento vem crescendo acentuadamente em razão de que o capital produtivo, constituído

¹² KREGEL, Jan A. Riscos e implicações da globalização financeira para a autonomia de políticas nacionais. In *Globalização financeira: Ensaio de macroeconomia aberta*. Editora Vozes. 2004, p.37-38.

principalmente pelas fábricas, cria certa ineficiência por não poder ser deslocado de um local para outro sem custo elevado. A dificuldade apresentada pela imobilidade no espaço físico e no temporal é uma das desvantagens do capital produtivo em relação ao capital financeiro. No entanto pode-se afirmar que o aumento na distribuição do sistema de produção global com a evolução das grandes empresas transnacionais, principalmente através das networks,¹³ favoreceu as mudanças nas taxas de juros e do câmbio, uma vez que, esta forma de produção fragmentada se beneficiam da alocação internacional de recursos de produção visando redução de custos¹⁴. A produção transnacional não tem padrão de distribuição espacial muito definida. A localização de uma planta industrial depende, em muitos casos, de fatores localizados nos países alvos que influenciam as decisões dos investidores. Estes fatores podem estar fundamentados na estabilidade política regional, na legislação ou no grau de regulação sobre o sistema produtivo que de certa forma venha interferir nos custos relativos ou na incerteza de remessas de lucros aos acionistas. Na produção fragmentada, utilizada principalmente em produtos com alta tecnologia, é comum a existência de empresa especializada em um único componente que será fornecido para o mundo todo. Estes produtos que geralmente têm fortes inovações tecnológicas, normalmente são apresentados ao consumidor em três fases. A primeira fase do lançamento do produto, denominada de inovação e é destinada para determinada classe social denominada de classe A dos países avançados que possuem alto poder aquisitivo, que apreciam novidades e tem tendência ao consumo. A segunda fase do ciclo de vida destes produtos ocorre com a maturação, isto é, uma vez aprovado na primeira fase os produtos são aperfeiçoa-

¹³ NETWORKS ou redes de produção são formas de produção fragmentada onde partes de um produto são produzidas em vários países, montadas em um outro e comercializadas nos demais.

¹⁴ Sobre o assunto ver Gilberto Dupas. *Economia Global e Exclusão Social*. Paz e Terra. 1999.

dos e produzidos em uma escala maior destinados à classe B dos países ricos e à classe A dos países emergentes. A terceira fase é a de produção em massa que neste caso a produção em grande escala reduzirá os custos e proporcionará a redução nos preços. Neste caso o produto esta consolidado e será acessível para as demais classes sociais. Atualmente com a queda das barreiras tarifárias e não tarifárias entres os países que vem transformando o mundo em um so mercado, favorecem o aparecimento de novos bens que são ofertados constantemente aos mercados consumidores provocando o que Schumpeter¹⁵ denominou de “destruição criadora” impulsionando ainda mais a competição e a concorrência entre as empresas.

Por outro lado o crescimento da produtividade em consequência da difusão tecnológica, da diversificação das plantas de produção e da globalização dos mercados favoreceu o aumento na liquidez das empresas tornado-as capitalizadas financeiramente para agir rapidamente às condições de mercado. Desta forma a empresa poderá ter um portfólio diversificado adaptando-se às variações de mercado que proporcione maior rentabilidade.

Segundo Coutinho e Belluzzo¹⁶, a partir dos anos 1990 generalizaram-se a consciência a respeito do peso e da influencia dos ativos financeiros nas economias modernas. O crescimento dos ativos financeiros na composição da riqueza social privada teve avanços velozes em pouco mais de uma década. Nas economias capitalistas, principalmente nos países desenvolvidos, a classe média passou a deter importantes carteiras de ações ou títulos, tanto diretamente quanto através dos fundos de investimentos e de capitalização. Este processo de acumulação de ativos financeiros tornou-se mui-

¹⁵ SCHUMPETER. Joseph Alois, Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural 1988, p.50

¹⁶ COUTINHO. Luciano, e BELLUZZO. Luiz Gonzaga “Financeirização” da riqueza, inflação de ativos e decisão de gastos em economias abertas. In Globalização financeira: Ensaio de macroeconomia aberta. Editora Vozes. 2004, p.59.

tos casos fontes permanentes de geração da riqueza capitalista. Nos Estados Unidos, principalmente, tornou-se tradição nas famílias de classe média a compra de ações visando acumular poupança para formação dos filhos e aposentadorias.

Como vem ocorrendo com as pessoas físicas em todo o mundo, as empresas também em razão da existência de superávit de ativos financeiros, ainda que por tempo limitado e a facilidade de sua mobilização para investimentos no mercado financeiro torna-se um atrativo para as estas aplicações. Vários são produtos ofertados pelo mercado financeiro para os excedentes monetários contidos na liquidez global. As bolsas de valores¹⁷, que em razão do fuso horário global, funcionam 24 horas por dia e quando uma fecha a outra está abrindo com ofertas de ações e ganhos de curto, médio e longo prazo. Há também as bolsas de mercadorias e mercado futuro que comercializam as safras de commodities e os contratos de opções. Este procedimento de comercialização das safras, que são realizadas várias vezes antes de sua efetiva entrega, teve sua origem no segundo milênio desta era na Europa onde os mercadores adquiriam o direito internacional de livre transito de suas mercadorias. Nesta época surgiram os agentes dispostos a absorver riscos de preço através de operações a termo. A consolidação destes procedimentos veio ocorrer no Japão com os recibos de arroz depositados em Ozaka e Edo e foram sendo desenvolvidos ao logo tempo chegando aos nossos dias. O mesmo ocorre com os contratos de opção. Atualmente na BM&F no Brasil existem contratos futuros para ouro, dólar comercial, dólar flutuante, depósitos interfinanceiros, títulos da dívida externa, café, boi, algodão, milho, açúcar e soja.

Outro instrumento de acumulação financeira, que surgiu após a crise mundial iniciada nos Estados Unidos nos anos 30 do Século XX e que se alastrou pelo mundo levando à condição de miséria grande parte dos trabalhadores desempregados, são os fundos de capitalização de

¹⁷ Sobre este assunto ver Francisco Silva Cavalcante Filho. Mercado de Capitais. CNBV. 1998.

previdência privada. Os mutual funds, ou fundos mútuos foram criados no embalo das idéias keynesianas e do *welfare states*¹⁸ visando dar aos trabalhadores e a seus dependentes condições de obter aposentadoria e/ou pensão. Estes fundos em razão de seus objetivos, ou seja, de fornecer mensalmente aposentadoria e pensão aos seus participantes e dependentes, mantém grande parte de seus ativos em moeda aumentando ainda mais a liquidez mundial de ativos financeiros.

Este processo de financeirização não ficou restrito às fronteiras nacionais. Embora uma grande parcela dos ativos financeiros pertença aos residentes, com a liberação dos mercados de cambio e desregulação dos controles sobre os fluxos de capitais cresceu a participação investidora estrangeiros.

A liberação dos mercados e rapidez de retorno do capital investido, e muito embora os investimentos estrangeiros diretos tenham alcançados, a partir dos anos 70 do Século XX, altos volumes nos países emergentes o capital financeiro de curto prazo tem tido aplicações muito mais altas. Baumann¹⁹ alerta que estes movimentos provocam temores de que estas mobilidades crescentes possam alimentar movimentos especulativos em grande escala, aumentando os riscos para as diversas economias envolvidas.

Em relação aos investimentos no setor produtivo no caso do Brasil, por exemplo, segundo dados da SOBEET Sociedade Brasileira de Estudos de Empresas Transnacionais²⁰, os ingressos recentes de Investimentos Estrangeiros Diretos (IDE)²¹ atingiram o valor de

¹⁸ *Welfare States* o estado do bem estar social foi proposto por John Maynard Keynes como forma de amenizar a crise econômica que atingiu os países capitalistas na década de 30 do Século XX.

¹⁹ BAUMANN, Renato (org), O Brasil e a Economia Global. Rio de Janeiro. Campus SOBEET.1996.p.34

²⁰ Dados apresentados no Boletim da SOBEET, ano VII, nº 52 , 28/01/2008.

²¹ Investimentos Diretos Estrangeiros (IDE) são capitais destinados ao setor produtivos.

US\$ 34,6 bilhões em 2007, tendo sido o maior valor já registrado em toda a série histórica do Banco Central do Brasil iniciada em 1947 superando os períodos das privatizações, ocorrido entre 1998 e 2000, quando a o ingresso de capital estrangeiro atingiu 32,8 bilhões de dólares. Estes valores colocam o Brasil entre os países que mais foram beneficiados por estes investimentos ficando abaixo apenas da China, incluído Hong Kong, México e Singapura. Dados da OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico estima que os investimentos diretos estrangeiros no mundo foram de 1,8 trilhões de dólares em 2007. Embora estes números sejam significativos, representam muito pouco em relação ao capital financeiro que circulam diariamente em todas as bolsas de valores do mundo. Somente durante a crise financeira americana ocorrida recentemente, que colocou o sistema financeiro mundial no olho do furacão, perdeu-se cerca de US\$ 17 trilhões de dólares, isto é o equivalente a 13 vezes o PIB brasileiro e quase 10 vezes o total de investimentos estrangeiros que circularam no mundo em 2007.

Ainda segundo Kregel²² a engenharia financeira tem inovado os mercados financeiros construindo novos conceitos dos vencimentos de investimentos de curto ou longo prazo. Segundo ele, os títulos de vencimento de 30 anos eram considerados de longo prazo pelos investidores, uma vez que permaneciam até seus vencimentos de posse dos mesmos. Atualmente estes mesmos títulos são transformados em no mínimo 61 títulos derivativos com taxa de juros zero e vencimentos variando de 6 meses a 30 anos. Nestas circunstâncias estes derivativos podem ser comercializados e repassados para qualquer parte do mundo através das várias formas de investimentos que são ofertados pelos bancos múltiplos. Um outro mecanismo que permite ao investidor de capital financeiro a garantia de redução de risco ao retorno de seu capital são hedging, um tipo de seguro cambial que reduz as possibilidades de perdas. Foram

estes derivativos que deram origem a atual crise financeira americana que afetou sistema financeiro de vários países dentre eles Estados Unidos, Japão e China. Os principais interessados nestes tipos de investimentos de curto prazo que oferecem de ganhos fáceis são os capitais líquidos que compõe o portfólio das empresas supervitárias, das pessoas físicas e dos fundos mútuos espalhados pelo mundo

Mas, se investimentos for em IDE tornam-se mais interessantes para o país receptor, pois diferentemente do capital que tomado como empréstimo, estes tipos de investimentos não afetam a dívida externa e não são afetados pela taxa de juro e a variação cambial. Os IDE também são geradores de emprego e promovem a distribuição de renda uma vez que são investimentos em capital produtivos fixos que não podem ser removidos com facilidade de um país para outro.

Todavia o crescimento dos investimentos tipo IDE dependem do grau de risco que o país hospedeiro oferece, ou seja, quanto maior for a dificuldade apresentadas para o retorno do capital a ser investido menor será o portfólio das empresas. A regulação dos mercados com barreiras tarifárias e não tarifárias, as instabilidades políticas e as inseguranças jurídicas são alguns dos fatores que podem elevar os riscos de Investimentos Estrangeiros Diretos (IDE). Então se cria um impasse entre os interesses dos países emergentes, que tem poupança insuficiente para alavancar seu crescimento e, portanto necessitam de IDE e os países detentores de capital e tecnologia. Se o recebedor de IDE impõe políticas restritivas para contrabalançar a crise do balanço de pagamento os investimentos estrangeiros poderão irão embora.

8. A Crise do Capital Financeiro no Mundo Globalizado

O veloz desenvolvimento das inovações financeiras nos últimos anos, principalmente pela técnica de hedge através dos derivativos, técnicas de alavancagem, modelos matemáticos para gestão de riscos associadas à intensa informatização dos mercados permitiu um avanço

espantoso o volume das transações financeiras de curto prazo simultaneamente em todos os mercados. Atualmente os mercados estão interligados 24 horas por dia na maioria das grandes instituições financeiras que atuam no sistema. Estima-se, que em meados de 2008, circulavam cerca de 190 trilhões de dólares em ativos financeiros no mundo²³. Destes ativos cerca de 61 trilhões de dólares são no mercado acionários que circulam pelas bolsas de valores, os demais ativos são derivativos originários de títulos com vencimentos de longo prazo que são fracionados em valores menores e comercializados em todo mundo.

Com a globalização e facilidade das comunicações as blindagens e os isolamentos de mercados tornaram-se impossíveis de serem realizadas. Atualmente, a maiorias das economias dinâmicas estão interligadas, principalmente, através dos sistemas de créditos e dos mercados acionários.

Desta forma os excedentes financeiros das empresas, dos fundos mútuos e das pessoas físicas vão ser transformados em “papelis” oriundo de ativos como ações e derivativos que rendem juros e dividendos para seus detentores.

O comércio exterior, através dos ACC adiantamento de contratos de câmbio, também é um dos grandes usuários do sistema internacional de créditos. As empresas exportadoras são grandes usuárias deste mecanismo em razão do intervalo dos fluxos financeiros que ocorre entre a fase de venda, produção, entrega e recebimento nas comercializações que dependo produto o intervalo entre a venda e o recebimento podem ocorrer meses e até anos. Estes ativos financeiros são fornecidos pelos grandes bancos internacionais, uma vez que, as empresas compradoras já possuem seus órgãos financiadores e, em muitos casos, como o Brasil não possui bancos com capital suficiente para financiar a produção.

Todavia toda esta engenharia financeira pode ter parte de sua estrutura fincada em bases não muito sólida e poderá comprometer

²³ Dados publicados na Revista Época n. 542 de 06/10/2008 p. 43

todo sistema gerando uma crise que poderá afetar toda economia. O sistema capitalista, historicamente possui ciclos de crescimento que são interrompidos por crises. Estes “ciclos econômicos” foram estudados inicialmente por Lord Overstone em 1857, centenas de economistas do Século XIX e XX também estudaram o assunto, mas os estudos de maior destaque foram os de Joseph A. Schumpeter 1939 (ciclos de 3 a 4 anos), Simon Kuznet em 1930 (ciclos de 15 a 20 anos) e Nicolai Kondrantieff ²⁴(ciclos de 40 a 60 anos). Por definição um ciclo é uma variação periódica para cima e para baixo nas variáveis econômicas: produção, emprego, consumo, investimento, etc. O ciclo é característica inerente de mercados livres capitalistas, mas alguns autores marxistas e mesmo os liberais enquadram a teoria dos ciclos também nas economias planificadas²⁵.

Certos autores abordam a questão de influências exógenas e endógenas no comportamento dos ciclos, como aspectos culturais, sociais e institucionais entre outros. Um ciclo econômico poderia ser simplesmente expansão, crescimento, contração, retração, recessão, ou depressão com diversas causas, mas é óbvio que a teoria dos ciclos econômicos poderá ser confirmada sempre com a máxima em que toda expansão será fatalmente seguida de uma retração e vice-versa como se fosse uma lógica gravitacional.

Na década de 30 foram aplicados modelos econométricos e estatísticos, mas ainda assim existem os céticos que bradam o empirismo, a falta de elementos e dados confiáveis para confirmação das teorias e seu movimento cíclico.

Os ciclos longos de Kondrantieff são os mais aceitos academicamente e por isso mesmo ele é o mais citado e famoso entre os economistas que estudaram os ciclos econômicos.

²⁴ Nicolai Kondrantieff, economista russo fundador da teoria do investimento de capital publicado no site <<http://www.cibergeo.org>>.

²⁵ Economias planificadas são economias socialistas ou comunistas que tiveram grande destaque até 1989 e atualmente em uso apenas na Ilha de Cuba.

A pergunta entre os economistas é se o atual momento econômico que estamos vivendo seria uma fase de um ciclo econômico?

Um economista canadense chamado Ian Gordon em 2007 criou uma forma de interpretar os ciclos econômicos de Kondratieff introduzindo o conceito de estações do ano. Segundo ele o momento que estamos vivendo seria o inverno. A Primavera teve início com o fim da segunda guerra mundial nos anos 50 do século passado que teve um “boom” econômico. O Verão ocorreu na década de 60, com a euforia dos mercados a criação e expansão de formas de crédito e prosperidade total e a interação novos mecanismos tecnológicos. Pela teoria de Kondratieff existe uma recessão no meio de um ciclo, neste estudo é atribuída a inflação dos anos 70 e 80 do Século XX e um ajuste na prosperidade dos anos anteriores.

Continuando a interpretação conforme as estações do ano, o Outono ocorreu na década de 90 com a explosão da internet, a confirmação da globalização, a apreciação²⁶ dos ativos diversos e uma prosperidade nunca vista, principalmente nos países emergentes com a China e Índia adicionando combustíveis na fogueira econômica mundial. Um exemplo desta apreciação foi a explosão dos preços e demanda pelas commodities como ocorreu com o petróleo chegou a US\$ 120 o barril.

O Inverno, que seria a recessão e segundo Kondratieff uma depressão, foi iniciado por volta de 2000 com o excesso de liquidez e a riqueza gerada, alavancada pelos juros baixos e desregulamentação do mercado financeiro. Como consequência ocorreu o estouro da “bolha” financeira com quebra de grandes empresas e bancos.

Joseph Alois Schumpeter²⁷, um dos grandes economistas da escola austríaca, em sua teoria sobre a “destruição criativa”, criou uma nomenclatura para um ciclo chamando as fases de boom, re-

²⁶ Apreciação refere-se a elevação dos preços dos ativos financeiros a um patamar muito alto denominado de “bolhas”.

²⁷ Op. cit. p. 141.

cessão, depressão e recuperação que também explica o momento que estamos vivendo.

Na verdade desde o século XVII, todas as crises financeiras são precedidas por bolhas. No momento atual a bolha de crédito começou a se formar no início do século XXI, isto é, em 2001 logo após a crise das empresas de internet. Naquela oportunidade o Federal Reserve, banco central americano sob o comando de Alan Greenspan, com objetivo de estimular a economia reduziu a taxa de juro americana de 6% ao ano para 1% ao ano durante dois anos seguidos. O dinheiro fácil pelo crédito barato e em grande quantidade fez o valor das moradias nos Estados Unidos dobrarem de valor, estimulou os empréstimos sem critérios e garantias com base nos novos mecanismos de mercado. As bolsas de valores, lideradas pela Bolsa de Nova York, aprenderam a empacotar hipotecas imobiliárias e outros débitos dos consumidores em papéis vendidos no mercado financeiros como títulos rentáveis e com garantia de resgate. Essa ficção financeira liderada pelos derivativos movimentou cerca de U\$ 1,5 trilhão ajudando os bancos de investimentos a movimentar um volume de dinheiro que na realidade não poderiam. Estes derivativos foram repassados para inúmeros bancos de diversos países em todo mundo. Quando os preços das casas hipotecadas começaram a cair e os endividados deixaram de pagar as prestações dos imóveis o processo todo começou a não dar certo. As instituições financeiras que estavam de posse dos títulos e não conseguiram recebê-los deixaram de cumprir seus compromissos provocando quebra-deira geral e a crise de desconfiança em todo sistema financeiro.

A avaliação dos economistas é de que a perda global no mercado acionário foi em torno de 17 trilhões de dólares, isto é, maior que o PIB dos Estados Unidos e 13 vezes o produziu a economia brasileira o ano passado²⁸. As conseqüências foram o fechamento de vários bancos de investimentos e prejuízos para varias empresas

²⁸ Revista Exame edição 927, p. 22

principalmente as automobilísticas que são altamente globalizadas. Empresas como a Ford, GM, Toyota e Honda tiveram quedas de aproximadamente 50% em suas vendas nos Estados Unidos, outras empresas como a General Electric e a Microsoft não estão conseguindo rolar suas dívidas em razão da falta de crédito no mercado. A crise chegou a Europa afetando a “zona do euro” obrigando aos seus líderes implementar programas de urgência em socorro do sistema financeiro para evitar a falta de liquidez.

Segundo Lopes²⁹, a recessão americana se propaga internacionalmente através dos seguintes mecanismos: a) contração do crédito produzida pela redução da alavancagem no sistema financeiro global e a fragilização dos bancos; b) destruição de riqueza em razão da queda dos preços dos ativos (imóveis, ações e etc.); c) deterioração das expectativas sobre a evolução futura da economia ao afetando as decisões das empresas; d) redução do crescimento das exportações mundiais.

A contração do crédito deve afetar os países de maneira geral, principalmente os países emergentes, que tem sua economia alavancada nas exportações e baixa poupança interna como é caso dos BRICs: Brasil, Rússia, Índia, China e outros países como a Argentina e Chile.

Segundo Nouriel Roubini, (2010) os países emergentes, nos últimos anos, tem experimentado algumas variações do tipo: pobreza-riqueza-pobreza. E segundo ele, são muitas as razões para que isso ocorra. Algumas das razões citadas são os déficits em conta corrente provocados em grande parte pelos déficits fiscais. O Estado buscando realizar as funções alocativas dos recursos para oferecer os serviços propostos acabam se endividando e muitos casos afetando sua soberania.

Pedro C. de Mello e Humberto Spolador (2010) afirmam que nos últimos cinco séculos, vê-se que a história registrou um

²⁹ LOPES. Francisco, Dimensão da crise. IEPE. Rio de Janeiro. 2008. Disponível em <<http://www.iedecdg.com>>

grande de crises financeiras. Algumas de pequena monta, mas, outras de grande importância para o país que a sofreu e poucos reflexos para os demais. Todavia aconteceram crises que marcaram a história econômica mundial.

Conclusão

A crise atual, até o momento, parece não ser tão grave quanto à crise de 1929 que abalou a economia Norte Americana, Europa e que acabou atingido todo o mundo. Na ocasião os governantes demoraram a agir e como consequência aconteceu fechamento de grandes quantidades de bancos e a redução do crescimento econômico e aumento do desemprego. Além dos Estados Unidos a Europa e o Brasil também foram atingidos provocando desemprego e desequilíbrio no balanço de pagamentos. Na ocasião o mundo capitalista utilizava-se da Teoria Clássica e Neoclássica onde o mercado ditava as normas de condução da economia sem a intervenção do governo.

A solução para a crise veio, conforme já citado no presente artigo, através das idéias de John Maynard Keynes cuja tese central está na interferência do setor público na economia. A adoção do ideário keynesiano levou o Estado a intervir no setor econômico não apenas como regulador como também na produção direta de bens e serviços. Com fim da crise econômica e a volta do crescimento mundial as idéias de Keynes foram abandonadas e a teoria de mercado voltou com toda força através de uma nova ideologia conhecida como neoliberalismo. As idéias centrais desta nova ideologia consistem na redução do setor público na economia e a volta às leis de mercado.

Considerando as ações dos governos dos países atingidos pela atual crise injetando grandes recursos financeiros no setor bancário, facilitando através da legislação a fusões de bancos, adquirindo ações e títulos em poder do setor privado não seria uma volta às teorias keynesianas e o abandono às teorias de mercado? Como exemplo de intervenção do setor público, observe-se que os Estados Unidos apresentou inicialmen-

te um socorro de 700 bilhões de dólares aos bancos e comprou “títulos podres” oriundo dos financiamentos imobiliários não pagos. Em 2009, os Estados Unidos, já sob administração do Presidente Barack Obama um novo programa de salvamento está sendo proposto no valor de 819 bilhões de dólares, está interferindo nos salários dos altos dirigentes bancários e criando barreiras tarifárias ao comércio internacional. Os países europeus localizados na “zona do euro” também agiram rapidamente com o Banco Central financiando os bancos que estavam com dificuldade de liquidez. No caso brasileiro o governo federal reduziu os depósitos compulsórios dos bancos junto ao Banco Central como forma de aumentar a liquidez, liberou parte das reservas cambiais para empresas exportadoras para reduzir a falta de crédito provocado pela redução dos adiantamentos de contratos de câmbio (ACC) e colocou recursos do BNDES a disposição das empresas para novos investimentos.

A questão da viabilidade deste modelo de condução política e econômica, como também suas conseqüências, tem gerado muita polêmica. Estudiosos favoráveis ao programa neoliberal de governo e à inserção das economias ao mercado mundial salientam a inevitabilidade do chamado processo de globalização e sua expressão política, sob o risco de perder “o bonde da história”, com um atraso irrecuperável no desenvolvimento das forças produtivas. Aqueles que adotam uma posição contrária argumentam que globalização é sinônimo de “entreguismo”, com a conseqüente acentuação da dependência econômica e agravamento dos problemas sociais, retratado nas altas taxas de desemprego e aprofundamento das desigualdades sociais.

Segundo a concepção teórica marxista, exposta inicialmente, necessidades geradas na infraestrutura (realidade material) acarretam transformações na superestrutura (base ideológica), exatamente onde estão as instituições políticas. Após quatro décadas de expansão dos postulados neoliberais e do chamado processo de globalização, e, principalmente, as questões sociais geradas durante seu curso, talvez a “sociedade global” aguarde uma nova transformação da orientação política econômica, exatamente em atendimento à nova realidade criada pela dinâmica do mercado mundial.

Referências

- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1996
- ANDRADE, Paulo Roberto Siqueira de. Economia política para o curso de Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005
- ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 1999
- BAUMANN, Renato (org), O Brasil e a Economia Global. Rio de Janeiro. Campus SOBEET.1996
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2005
- CAVALCANTE FILHO, Francisco Silva. Mercado de Capitais. CNBV. 1998
Boletim da SOBEET, ano VII, edição 52 de janeiro de 2008
- CARCANHOLO, R.A. A globalização, o neoliberalismo e a síndrome da imunidade auto-atribuída. In Neoliberalismo: a tragédia de nosso tempo. São Paulo: Cortez, 1988
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias. Rio de Janeiro: AGIR, 2001
- SCHUMPETER. Joseph Alois, Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Silvia Possas. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural 1988
- COGLIOLA, Osvaldo (org.). O Manifesto Comunista. São Paulo: Boitempo, 1998
- COUTINHO. Luciano, e BELLUZZO. Luiz Gonzaga. “Financeirização” da riqueza, inflação de ativos e decisão de gastos em economias abertas. In Globalização financeira: Ensaio de macroeconomia aberta. Editora Vozes. 2004
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003
- KREGER. Jan A. Riscos e implicações da globalização financeira para a autonomia de políticas nacionais. In Globalização financeira: Ensaio de macroeconomia aberta. Editora Vozes. 2004
- LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução Julio Fischer. São Paulo: São Paulo: Martins Fontes, 1998

- LOPES, Francisco, Dimensão da crise. IEPE. Rio de Janeiro. 2008. Disponível em <http://www.iedecdg.com>
- MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. In Coleção Grandes Cientistas Sociais, São Paulo: Ática, 1987
- MELLO, Pedro C. de, Crise Financeira: quebras, medos e especulações do mercado 3ª edição – São Paulo: Saint Paul Editora, 2010.
- NABAIS, José Casalta; TAVARES DA SILVA, Suzana (coord.). Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise. Almedina, Coimbra, 2011
- Revista Época, Editora Globo. Rio de Janeiro Edição 542 de outubro de 2008
- Revista Exame, Editora Abril S/A, São Paulo. Edição 927 de setembro de 2008
- ROUBINI. Nouriel, Economia das Crises: Um curso relâmpago sobre o futuro do sistema financeiro internacional. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2010
- SCHUMPETER. Joseph Alois, Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural 1988. Site <http://www.cibergeo.org>

Breve análise quanto à realidade brasileira em matéria de Direito Econômico: desigualdade, pobreza e concentração da riqueza

Patrícia Fortes Attademo Ferreira

Professora da Universidade do Estado do Amazonas – UEA,
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, doutorando em Ciências Jurídicas
pela Universidad Castilha la Mancha-ES.

Adriano Fernandes Ferreira

Professor da Universidade Federal do Amazonas – UFAM,
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho,
Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilha La Mancha, em Toledo-Espanha

Historicamente, o Brasil sofre pela concentração de riquezas e grave desigualdade social. A partir dessa análise, fundada em fatores sociológicos, antropológicos e jurídicos que permearam décadas de sofrimento do povo, buscou o legislador, na Constituição da República de 1988, estabelecer princípios sociais econômicos, os quais pudessem reprimir o abuso do Poder Econômico, a fim de se assegurar a existência digna a todos e estabelecer a desejada justiça social.

A partir da transformação social que ocorreu após o surgimento do *neoliberalismo* houve a inserção de novos direitos relativos à atividade econômica, o que permitiu determinada flexibilidade no que se refere a essa matéria.

A realidade social imporia a necessidade de se institucionalizar normas e regras, o que tornaria superado o mero *contratualismo* até então aplicado no mutante quadro social que se estendia à economia.

O constitucionalismo social teria sido o ponto de partida para toda essa evolução no Direito, mas apenas com a Carta Magna de 1988 o Direito Econômico seria nominal e positivamente instituído.

As atividades econômicas ocorrentes no mercado, seja do setor privado ou público, seriam normatizadas considerando a regulamentação destas de modo a torná-las uma política econômica. Trata de se estabelecer uma política econômica no sentido de concretização dos ditames e princípios constitucionais.

A regulamentação das medidas econômicas e a adoção da garantia do exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos; a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária se tornara imperativo. Bem como, a necessidade de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, as quais seriam objetivos fundamentais para a prevalência dos Direitos Humanos como princípio.

Criava-se o arcabouço jurídico que estabeleceria os limites das atividades econômicas, presentes no mercado, de forma a se adequarem aos valores, fundamentos, objetivos e princípios constitucionais.

Em prol do bem coletivo, o uso adequado do poder econômico deve criar condições para o desenvolvimento das atividades econômicas, assegurando a livre iniciativa e promovendo os valores sociais do trabalho.

Não se tem dúvidas de que, no decorrer da história desse país, quicá do mundo, a concentração econômica têm sido uma das maiores causas de injustiça social.

O desequilíbrio na divisão de riquezas entre as classes sociais é indubitavelmente um problema caótico no âmbito mundial. No Brasil, as políticas públicas corroboram para o aumento deste desequilíbrio levando boa parte da população a suportar a vida abaixo da linha da pobreza.

O Estado tem por função social intervir na economia com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames sociais, segundo caput do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Não se pode permitir que a economia se desenvolva num vazio institucional, político e jurídico. Nesse sentido, na visão de Ricardo Lucas Camargo, há a necessidade de intervenção estatal:

A intervenção do Poder Público sobre o domínio econômico, em se tratando dos comandos de natureza imperativa ou proibitiva, parte do pressuposto de que a ausência de enunciados normativos heterônomos, a incidir sobre aquela determinada ação jurídica, pode conduzir ao próprio comprometimento da estabilidade do sistema econômico, pela destruição das bases de sua legitimidade, o que necessariamente conduz aos cuidados a serem tomados quando se fala na denominada “desregulamentação”.¹

Não pode se omitir o Estado, em face da triste realidade que aqui se impõe, os fundamentos constitucionais de erradicação da pobreza e da marginalização, assim como, da redução das desigualdades sociais e regionais, que são imperativos na ordem social política e jurídica desse país. Desta feita, a adoção de políticas públicas que visem se alcançar tais objetivos são de extrema necessidade e urgência.

No entanto, a realidade social e econômica que permeia o Brasil é inaceitável, muitos milhões de brasileiros vivem de forma desumana, alheios à possibilidades de terem uma vida digna, abaixo da linha da pobreza. Ainda neste sentido, observa *Giovani Clark*:

No Brasil, a 5ª população da Terra, o genocídio é implantado através das ditas políticas econômicas, norteadas pelos interesses das elites econômicas internacionais, com o beneplácito

¹ CAMARGO, R. A. L. C. Direito econômico, direitos humanos e segurança coletiva. Porto Alegre: N. Fabris, 2007, p. 42.

das nacionais, desvinculadas dos ditames da Carta Magna de 1976.

A concentração econômica é um dos resultados do liberalismo econômico, o qual entendia que os agentes econômicos, agindo livremente no mercado, naturalmente se controlariam, dispensando, portanto, a intervenção do Estado na economia. No entanto, a crescente e descontrolada concentração A repressão ao abuso de poder econômico em face da reforma econômica nos provou que as premissas do liberalismo estavam equivocadas.²

Na visão de Washington Peluso Albino de Souza corroborando com esta ideia:

A aceitação da livre concorrência como lei natural do mercado, conduzindo ao domínio final por um vencedor único, ou por pequeno número de concorrentes, permitiu a revelação de um fato fundamental nesse mecanismo, que se configurou na lei econômica da concentração. (...) Dessa forma, chegou-se aos expedientes aperfeiçoados que a teoria econômica liberal não esperava que pudessem efetivar-se, pois imaginava a renovação natural, automática e permanente dos concorrentes, na medida em que os derrotados fossem afastados e se abrissem oportunidades para os que os substituíssem.

A Constituição Federal de 1988 trouxe no seu art. 170 os princípios relativos à ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, os quais tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Dentre tais princípios destacamos aqueles de cunho eminentemente social, a função social da propriedade, defesa do consumidor, do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte.

Entretanto, os valores capitalistas têm sufocado tais princípios econômicos sociais, favorecendo cada vez mais o abuso do poder econômico e não o seu uso de forma adequada a se alcançar a justiça social.

Para Sérgio Varela Bruna:

² Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008, p. 41

O abuso do poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar preços de mercado.³

A triste realidade que enfrentamos, historicamente, se concentra na gananciosa tendência de acúmulo de riquezas, e para tanto não se tem poupado a exploração do trabalho dos mais fracos.

É cediço que não se tem outro objetivo na economia atual, senão primordialmente alcançar o lucro, sempre. Sob pena de se estar inviabilizando a justiça social com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme assegurado em dispositivo legal, na Carta Magna de 1988.

A atividade econômica deveria ser ordenada em prol da coletividade, respeitando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade.

Nas sábias palavras de São Tomé de Aquino, o objetivo final do Direito é o bem comum, o qual é alcançado quando os membros da sociedade não carecem dos recursos, materiais ou espirituais, indispensáveis à vida.

A sociedade hodierna padece de vários problemas sociais e econômicos, a triste realidade da fome e da criminalidade são reflexos cristalinos da concentração de riqueza para poucos e da distância que se estabelece para a paz e justiça social.

Nas palavras de Paulo Nader:

A idéia de bem comum acha-se compreendida no conceito de justiça social, valor esse comprometido com a distribuição mais equânime das riquezas⁴

³ BRUNA, Sérgio Varela. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. In: CASTRO, R. M. 77 *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, n. 11, n. 1, jan./jun. 2008, p. 171.

⁴NADER, P. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.58.

O fato é que, indiscutivelmente estamos muito distantes da realidade constitucional almejada no texto legal quanto à justiça social. Na prática muito se tem a fazer para que se possa reduzir as diferenças econômicas, sociais e regionais brasileiras.

Desse modo fica patente que o Direito Econômico deveria funcionar como mecanismo, através do qual, se tornasse possível a concretização dos direitos sociais, e conseqüentemente, dos direitos individuais.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro de. Curso de direito econômico. São Paulo: C. Bastos, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizada por Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo. Belo Horizonte: Leeditathi, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMARGO, R. A. L. C. Direito econômico, direitos humanos e segurança coletiva. Porto Alegre: N. Fabris, 2008.
- CASTRO, R. M. 77 Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, v. 11, n. 1, jan./jun. 2008.
- COELHO, F. U. Curso de direito comercial. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, Dicionário de Direito Econômico, 1969.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito tributário e econômico: pareceres sobre a nova ordem econômica. São Paulo: Resenha Tributária, 1987.
- MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Dialética, 2004.
- MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999.
- NADER, Paulo. Filosofia do direito. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008.
- SOUZA, W. P. A. de. Primeiras linhas de direito econômico. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

(Página deixada propositadamente em branco)

Construção de soluções sustentáveis no quadro do Estado Fiscal

Renata Poloni Sanches

Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília
– UNIMAR – Marília – São Paulo – Brasil

A História do Pensamento Econômico é um estudo da herança deixada pelos que escreveram sobre assuntos econômicos no transcurso de muitos anos.

A dominação do Estado e da Igreja, a força dos costumes e as crenças religiosas e filosóficas, a natureza e a amplitude limitada da atividade econômica antes da Renascença (séculos XV e XVI) era quase impossível a visualização da Economia como campo específico de estudo, pois tudo era contra.

John Stuart Mill introduziu na economia preocupações de “justiça social” que lhe valeram o adjetivo de “clássico da transição” entre a Escola Clássica e o pensamento socialista. A Economia é a ciência que mais se destaca no conjunto de ciências sociais, sobretudo por sua multiplicidade de aplicações práticas.

Baseado nos Princípios da Economia de Mill (1848) um dos compêndios econômicos ou políticos mais importantes da metade do século dezanove há uma consolidação do pensamento econômico clássico onde todas as escolas estão nele presentes: Smith, Ricardo, Say, Fisiocracia, Mercantilismo etc.

Mill explora a natureza da produção, começando com o trabalho e sua relação com a natureza. Ele afirma que “os requisitos da produção são dois: trabalho e objetos naturais apropriados”.

O fator trabalho receberia o equivalente à sua contribuição - o salário - e o fator capital o equivalente ao seu lucro.

A noção que tem de capital (meio de produção) não se aplicaria somente a uma economia de trabalho assalariado voltada para a obtenção do valor excedente (a organização econômica que prevalece nos últimos duzentos anos), mas a qualquer organização econômica. Em suas próprias palavras: “supus que os trabalhadores sempre subsistem a partir do capital; e este é um fato óbvio, ainda que o capital não seja necessariamente fornecido por uma pessoa denominada capitalista”. Assim, toda e qualquer sociedade teria um fundo de capital que possibilita as condições de produção, ou de reprodução, em períodos posteriores. Nesse sentido, todas as pessoas seriam capitalistas. Há simplesmente grandes e pequenos capitalistas.

Diz ele que “A distribuição da riqueza, portanto, depende das leis e costumes da sociedade. As regras pelas quais ela é determinada são feitas pelas opiniões e sentimentos que as partes dirigentes estabelecem e são muito diferentes em épocas e países diversos; e poderia ser ainda mais diferente se a Humanidade assim escolhesse”.

Simplificando, se assim é possível mencionar, a posição de Mill, podemos dizer que a interferência do governo tem aspectos bons e aspectos ruins; portanto, a interferência deve ocorrer de forma a maximizar os aspectos bons e a minimizar os aspectos ruins. Um critério fundamental de “bom” e “ruim” é o efeito sobre a “liberdade do indivíduo”; se esta é restringida, é ruim; se ampliada, é bom.

Mill acreditava que a luta entre Liberdade e Autoridade é uma das características mais salientes na história da humanidade. A liberdade social trata de impor limites ao governante, assim ele

não seria capaz de usar seu poder para satisfazer suas próprias vontades e tomar decisões que podem causar dano à sociedade. Mill destaca as limitações como podendo ser exercidas de duas formas basicamente: as imunidades civis e por garantias institucionais. As imunidades políticas consistiam numa série de direitos e liberdades políticas conferidas aos cidadãos e as garantias institucionais seriam órgãos estatais que zelassem pelo povo, assim como limitasse algumas decisões do governante a aprovação popular.

Entretanto limitar o poder do governo não é o suficiente. “A sociedade pode executar e executa os próprios mandatos; e, se ela expede mandatos errôneos ao invés de certos, ou mandatos relativos a coisas nas quais não deve intrometer-se, pratica uma tirania social mais terrível que muitas outras formas de opressão política, desde que, embora não apoiada ordinariamente nas mesmas penalidades extremas que estas últimas, deixa, entretanto, menos meios de fuga que elas, penetrando muito mais profundamente nas particularidades da vida e escravizando a própria alma.”

Diante de tal perspectiva, a economia brasileira viveu vários ciclos ao longo da História do Brasil. Em cada ciclo, um setor foi privilegiado em detrimento de outros, e provocaram sucessivas mudanças sociais, populacionais, políticas e culturais dentro da sociedade brasileira.

A política econômica do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, baseada no câmbio flutuante e numa política monetária austera visando o controle da inflação, foi mantida no governo de Luiz Inácio Lula da Silva e mantida sem alteração no governo de Dilma Rousseff.

Do ponto de vista fiscal, o controle do superávit se deu através de um aumento substancial de arrecadação que contrabalanceou a significativa elevação nos gastos públicos. A unificação dos programas redistributivos sob o nome de bolsa família foi a principal bandeira do governo Lula.

Apesar das reduzidas taxas de crescimento, principalmente comparadas com as obtidas entre 1948 e 1979, houve uma signifi-

cativa redução da desigualdade social no período entre 1990 e 2007 bem como uma melhora substancial em outros índices como os de escolaridade e de mortalidade infantil.

No fim da Era Lula, observou-se uma taxa de desemprego de apenas 5,7%. Por trás da expansão do emprego e da renda está um crescimento econômico que, apesar de alguns percalços, está acima da média do país, considerando a inflação sob controle. Nos oito anos da Era Lula, o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro cresceu a uma média anual de 4%, que podemos considerar um crescimento moderado.

Em 2011, a previsão era de 4,5% com uma tolerância de até 2% para mais ou para menos. Fechamos o ano no limite da tolerância da meta estipulada pelo governo, ou seja, 6,5%.

Em 2012 houve a aceleração, inclusive fiscal, para os preparativos de dois grandes eventos mundiais que ocorrerão em 2014 (Copa do Mundo de Futebol) e 2016 Olimpíadas no Rio de Janeiro.

Mantem-se como prioridade há muitos anos a Reforma Tributária e a Reforma Previdenciária que são mudanças essenciais, mas que não conseguem avançar em suas negociações.

Um grande desafio é estruturar nosso desenvolvimento, fornecendo educação tecnológica adequada as crescentes necessidades brasileiras. Desenvolver a exploração do pré-sal e de toda a cadeia de fornecedores. Não são pequenos nem poucos os desafios para os próximos anos. As expectativas também são enormes. Mas visão que temos do futuro próximo, neste momento, é muito mais limpa. Isso indica que estamos caminhando na direção correta e podemos aumentar a velocidade, buscando novos horizontes.

Quando o assunto é eficiência fiscal e governance, a Emenda Constitucional 19/98 acrescentou no artigo 37 da Constituição a eficiência como princípio constitucional da administração pública.

Tal providência permitiu exigir, não apenas no plano teórico-normativo, uma nova fase na administração pública, de inclusão

na consciência dos servidores públicos em geral de que a prestação de atividades estatais deve-se dar de forma célere e com qualidade. Este é o propósito do princípio da eficiência, ou seja, que o Estado alcance o seu fim com presteza, perfeição, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população com eficácia e de forma desburocratizada.¹ Em última análise, o princípio da eficiência materializa uma faceta do princípio da “boa administração”.²

O conteúdo do princípio da eficiência é amplo, podendo-se entendê-lo como:

“[...] aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.”³

De outro lado, o Estado Constitucional Tributário e Fiscal passa por severa crise, talvez sem precedentes. A elevada carga tributária, a complexidade da legislação, o excesso de burocracia, a cultura da sonegação, a concorrência desleal e muitas vezes a ausência de uma administração preocupada com a otimização do trabalho e a maximização de resultados são problemas que podem ser solucio-

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo : Atlas, 2003, p. 318.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 118.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo : Atlas, 2003, p. 317.

nados ou pelo menos minorados com a adoção de uma visão mais ética pautada no princípio da eficiência.

Os ramos do direito e, em especial, a área tributária, sentem, na atual quadra, os influxos decorrentes da visão pós-moderna conferida ao sistema jurídico, especialmente com a superação do positivismo pelo pós-positivismo.⁴

Para Luís Roberto Barroso a Ana Paula Barcelos:

“O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspecto da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”⁵

Ainda, a noção de neoconstitucionalismo:

“[...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto

⁴ Em vários trabalhos o citado autor aborda a temática, podendo-se mencionar: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13/5/2013; *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma nova dogmática constitucional transformadora*, 6 ed., São Paulo : Saraiva, 2004 e *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relação privadas*, 2 ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

⁵ O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 336.

de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁷⁶

Nessa ordem de idéias e tendo como premissa o princípio da eficiência, torna-se imprescindível a adoção de práticas de governança fiscal e tributária, que permitam maior qualificação e transparência na gestão administrativa, além de conferir publicidade às formas de arrecadação e de gastos das verbas públicas.

Nada obstante a abordagem do princípio da eficiência seja feito na área do direito administrativo, não se verifica óbice em tratá-lo na esfera tributária, até porque o aludido princípio está plasmado no capítulo da Constituição Federal que trata das disposições gerais da Administração Pública, e engloba, evidentemente, a administração tributária.

A governança corporativa:

“[...] pode ser entendida como a submissão da empresa e de seus órgãos sociais a um sistema de regras impositivas de conduta que abrange determinadas práticas de fundo ético e moral, criadas para esta finalidade ou preexistentes, que se refletem na sua administração; relacionamentos entre sócios, administradores e grupos de interesse social com os quais há interação, tais como, funcionários, prepostos, quotistas de qualquer natureza, fornecedores, clientes, além do relacionamento com o poder do Estado e o mercado em geral, de forma positiva para que se cumpra o objeto social e se atinja o fim social dentro de certos parâmetros tidos por razoáveis e corretos.”⁷⁷

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13/05/2013.

⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo : Manole, 2004, p. 203.

Em resumo, a noção de governança corporativa preconiza introduzir melhores práticas empresarias e, em última análise, o aumento de resultados com adoção de postura ética, lícita e transparente.

Assim, a administração e os servidores públicos em geral devem incorporar a ideia da necessidade de adoção das práticas de governança fiscal e tributária. Essa mudança de concepção implicaria no aperfeiçoamento da prestação de serviços, otimizando a atuação estatal, com a redução da carga burocrática que muitas vezes obstaculiza o desenvolvimento da atividade econômica nacional.

É dominante o pensamento de que o sistema tributário brasileiro é um dos mais complexos do mundo. Tal entendimento decorre principalmente da grande quantidade de tributos existentes no país.

A Constituição Federal Brasileira/88 enumera a competência para instituição dos impostos (arts. 153, 155 e 156). Só da União são sete, incluindo o imposto sobre grandes fortunas, ainda não criado (os outros impostos são: importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários e propriedade territorial rural). Aos Estados e ao Distrito Federal cabem três impostos: transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; propriedade de veículos automotores. Já os Municípios podem instituir os impostos sobre: propriedade predial e territorial urbana; transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; serviços de qualquer natureza.

Além dos impostos mencionados (art. 145, I, da Constituição Federal – CF/88 e art. 16, Código Tributário Nacional – CTN) ainda há as taxas (art. 145, II e § 2º, CF/88 e arts. 77 a 80 do CTN), as contribuições de melhoria (art. 145 da CF/88), os empréstimos compulsórios (art. 148, CF/88) e, por fim, as contribuições especiais (arts. 149 e 149-A, CF/88), que englobam as sociais ou da Seguridade Social (art. 195, CF/88), de intervenção econômica (arts. 149 e 177, § 4º, CF/88, das categorias profissionais (art. 149, CF/88), as previdenciárias dos estados e municípios (art. 149, § 1º, CF/88), de iluminação pública (art. 149-A, CF) e as sociais gerais (arts. 149 e 195, § 4º, CF).

É inegável que a enorme quantidade de tributos gera complexidade no sistema, pois cada exação possui características próprias, obrigações – principal e acessória – e legislação específica, exigindo esforço demorado do contribuinte para cumprir todos os encargos correlatos.⁸

Assim, a observância do princípio da eficiência e a adoção de posturas de governança fiscal e tributária certamente contribuiriam para a redução desta plethora de tributos. Para muitos setores da sociedade civil, o ideal seria a criação do imposto de valor agregado (IVA), porque implicaria no término da incidência múltipla de tributos sobre uma mesma operação, conhecido por efeito cascata.⁹

Adotar a governança fiscal e tributária implicaria não só reduzir a quantidade de leis, mas principalmente criar normas tributárias mais claras, objetivas e que não dependessem de uma decisão

⁸ Há notícia de que existem atualmente mais de 70 tributos no Brasil. Neste sentido é a informação encontrada em <<http://www.direitosdocontribuinte.com.br/page26.htm>>.

⁹ Cita-se, por exemplo, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, conforme publicado pelo seu presidente e veiculado em <<http://www.iedi.org.br>>, também publicado no Jornal Gazeta Mercantil de 27/10/2006. Igual posição é manifestada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI (vide <<http://www.cni.org.br>>).

judicial para efetivo cumprimento.¹⁰ Vale dizer, cabe ao legislador e ao executivo regulamentador da lei fixar obrigações – principal e acessória – com regras de fácil entendimento, a ponto de permitir que o contribuinte consiga compreender o significado e a finalidade da norma sem o auxílio de profissional de área técnica, contador ou advogado. Por outras palavras, a administração tributária deve ter a preocupação de facilitar o desempenho das atividades do contribuinte.

Assim, é possível concluir que:

“Dentro desta perspectiva, a virtude da Justiça Tributária é uma mediania ética entre o Direito Tributário e o Excesso Tributário. É certo que todos os princípios jurídicos acima citados buscam a implantação de virtudes em nossa vida social tributária, e.g, solidariedade, transparência fiscal, igualdade, justo gasto dos tributos afetados etc; mas o ápice de todos estes princípios, é o princípio da justiça tributária. A justiça não é uma virtude como as outras, já esclareceu André Comte-Sponville, ela é o horizonte de todas e a lei de sua coexistência, Virtude completa, dizia Aristóteles. Todo valor a supõe; toda a humanidade a requer. Não que ela faça as vezes da felicidade, mas, certamente, nenhuma felicidade a dispensa. Portanto, felizes aqueles que têm fome de justiça tributária, porque nunca serão saciados. Devemos como imperativo existencial, sentir mais fome de justiça tributária, porque só assim faremos justiça tributária, porquanto essa fome, cuja insaciabilidade nos é imanente, é a razão da estatuição de nossos deveres e direitos frente ao fisco brasileiro. Sem dúvida alguma, a justiça tributária absoluta sempre nos faltará, tal como a justiça como algo absoluto nos será inacessível; porém, é justamente esta falta que nos move a buscá-la, porque como já ensinou Miguel Reale, o homem

¹⁰ Segundo Alfredo Augusto Becker: “Se fossem integralmente aplicadas as leis tributárias, todos os contribuintes seriam passíveis de sanções, inclusive de cárcere e isto, não tanto em virtude da fraude, mas principalmente pela desorientação que o caos da legislação tributária provoca no contribuinte. Tão defeituosas costumam ser as leis tributárias que o contribuinte nunca está seguro das obrigações a cumprir e necessita manter uma dispendiosa equipe de técnicos especializados, para simplesmente saber quais as exigências do fisco.” (*op. cit.*, pp. 8/9)

é o único ser cujo ser é o seu dever-ser. A justiça tributária como elemento transformador, como sendo uma virtude ética de mediania é o que se almeja no limiar do século XXI.”¹¹

Neste contexto, o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição deve ser aplicado com o fim de conferir à administração pública tributária a prestação de serviço célere, com qualidade e, em especial, de forma desburocratizada.

A perspectiva pós-positivista e neoconstitucional determinam a revisitação do direito tributário brasileiro, que deve passar por transformações tendentes a incorporar no âmbito fiscal e tributário posturas mais alinhadas com a ética e com a eficiência, tanto por parte dos agentes públicos, quanto dos contribuintes.

Assim, a adoção de boas práticas de governança fiscal e tributária aperfeiçoaria a prestação de serviços, otimizando a atuação estatal, com a redução da carga burocrática e simplificando a legislação, a fim de criar uma Justiça tributária ao alcance dos cidadãos.

¹¹ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima, Premissas para o estudo do direito tributário atual. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 130, 13 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4469>>. Acesso em: 13/5/2013.

(Página deixada propositadamente em branco)

Sustentabilidade Fiscal como Enfrentamento da Sustentabilidade Ambiental

Rita Diniz Caminhoto

Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, especialista em Direito Empresarial: ênfase em Direito Tributário pela Universidade Norte do Paraná, advogada, Mestranda em Direito, Área de Concentração: Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social, Linha de Pesquisa II: Empreendimentos econômicos, processualidade e Relações Jurídicas na Universidade de Marília – UNIMAR, Marília, São Paulo, Brasil

RESUMO: Em evento promovido pela Universidade de Coimbra, o Workshop “Problemas jurídicos na promoção da sustentabilidade no quadro do Estado Fiscal”, tema III: “Construção de soluções sustentáveis no quadro do Estado Fiscal” foi debatida, entre outros pontos, a questão da conflituosidade entre os arts. 3º e 225, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. Percebe-se que este conflito não procede, uma vez que o desenvolvimento nacional vem acompanhado imprescindivelmente da proteção ambiental, para que haja desenvolvimento econômico e promoção do bem-estar do povo. Corrobora com tal artigo o 170 da Constituição Federal Brasileira. Portanto, o desenvolvimento ambiental deve ser promovido pelo Estado Fiscal, para que apresente legislações capazes de tributar tal questão, de forma a incentivar um meio ambiente equilibrado. Muito se debate sobre quais tributos devem incidir em matéria ambiental, uns consideram a alternativa correta a extrafiscalidade, no entanto, doutrinariamente, na atualidade, podem-se adotar todas as espécies tributárias. Seguindo a linha de pensamento, outro ponto debatido foram as medidas extrafiscais que podem ser escolhidas pelo governo brasileiro, ao longo prazo, para que não haja uma concorrência fiscal inapropriada

entre os entes federativos brasileiros e outros países. Destarte, foram citadas algumas leis promulgadas neste sentido, além de elencar outras questões ambientais que podem ser objeto de tributação ambiental.

Palavras-Chave: Sustentabilidade Fiscal. Sustentabilidade Ambiental. Extrafiscalidade.

Em que ponto o art. 225 da Constituição Federal Brasileira que prevê a proteção ambiental pode conflitar-se com o disposto no inciso II do art. 3º da Constituição Federal, que trata do desenvolvimento nacional?

A defesa do meio ambiente foi tutelada pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 225, ao pregar a todos a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem que é de uso comum do povo. Esta está atrelada à ordem econômica, assim como a garantia ao desenvolvimento e o pleno emprego, com o intuito de se assegurar a todos uma existência digna e a promoção da justiça social.

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, caput.¹

Percebe-se que há um conflito entre dois princípios constitucionais brasileiros, um prelecionado no art. 3º, inciso II, e outro o prelecionado no art. 225. O primeiro prega o desenvolvimento nacional e o segundo, a proteção ambiental. Ora, ambos os princípios não podem ser considerados conflitantes, uma vez que o conceito de desenvolvimento apregoado pela Constituição da República Federativa do Brasil é moderno, porque não considera desenvolvimento sem

¹ GRAU, EROS Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 256.

que haja, concomitantemente, a proteção ambiental, com a redução da intervenção estatal, com o desenvolvimento promovido pela globalização e o desenvolvimento como direito humano inalienável.

A Constituição Federal alberga dois princípios aparentemente conflitantes. O inciso II do artigo 3º determina que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. E o artigo 225 prevê a proteção ambiental, nos termos ali descritos.

Convém ressaltar que o Estado deve incentivar o desenvolvimento. Deve ser observado que o conceito de desenvolvimento adotado pelo constituinte é um conceito moderno (Art. 225). Referido conceito apresenta o desenvolvimento como crescimento econômico, o desenvolvimento como desregulamentação e a redução do papel do Estado e o desenvolvimento com a globalização e o desenvolvimento como direito humano inalienável.²

É certo que o desenvolvimento nacional tem como escopo o crescimento econômico atrelado ao bem-estar social, e este, por conseguinte, somente poderá ser perseguido pela presença de um meio ambiente equilibrado, que, por sua vez, só será alcançado pela adoção de políticas públicas ambientais qualitativas e quantitativas, visando, também, a redução da pobreza e das desigualdades, uma vez que estas também são fontes de desequilíbrio ecológico.

Conforme destaca Gilberto Bercovici, o desenvolvimento é condição necessária para o bem-estar social, sendo o Estado seu principal condutor por meio do planejamento, o qual envolve a ampliação de oportunidades individuais e coletivas geradas pelo crescimento econômico. Porém, passa também pela observância de valores fundamentais balizados constitucionalmente, como a justiça e a redução da pobreza e das desigualdades.³

² RIBEIRO, Maria de Fátima. A concessão de incentivos fiscais como instrumentos econômicos para a proteção ambiental e a aplicação do princípio da igualdade tributária. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 106.

³ BERCOVICI (2003, p. 58) apud ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Política

Desta forma, percebe-se a defesa do meio ambiente plasmada no art. 170, VI, da Constituição Federal Brasileira, inserida na ordem econômica como princípio basilar.

Nesta linha insere-se o art. 170, VI, da CF, que, buscando conciliar a atividade econômica com a defesa do meio ambiente, determina “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e de seus processos de elaboração e prestação”.⁴

Cabe ao Poder Público gerir os interesses difusos, bem comum, como é o meio ambiente.

Contudo, tratando-se de bem comum, de interesses difusos – como é o caso do meio ambiente –, o Poder Público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, defende, impõe sanções, enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito.⁵

O bem-estar da sociedade é o objetivo do desenvolvimento econômico. Entretanto, só pode ser angariado em um ambiente ecologicamente equilibrado, com o tratamento dos recursos naturais de forma racional, por serem estes indispensáveis ao fator de produção da economia.

A ideia de desenvolvimento econômico apresenta como objetivo o bem-estar da sociedade, intuito que somente pode ser atingido em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, onde os recursos naturais, indispensáveis como fator de produção da economia, sejam tratados de forma racional.⁶

fiscal e a crise econômica internacional. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional-2010, p. 8.

⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 730.

⁵ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 160.

⁶ SPAGOLLA, Vânia Senegalia. Tributação ambiental e sustentabilidade.

Tem por função o desenvolvimento sustentável, a elaboração de um modelo econômico hábil em gerar riqueza e bem-estar e ao mesmo tempo, proteger o meio ambiente, para salvaguardá-lo às futuras gerações.

O desenvolvimento sustentável consiste em criar um modelo econômico capaz de gerar riqueza e bem-estar enquanto promove a coesão social e impede a destruição do meio ambiente. Esse modelo deve buscar satisfazer as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Em outras palavras: sustentabilidade é utilizar recursos naturais sem comprometer sua produção, fazer proveito da natureza sem devastá-la e buscar a melhoria da qualidade de vida.⁷

Deve o meio ambiente ser protegido das liberdades dadas aos empreendedores pela Constituição e dos excessos da produção econômica, por estes afetarem a sustentabilidade.

O meio ambiente, como fator diretamente implicado no bem-estar da coletividade, deve ser protegido dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e dos abusos das liberdades que a Constituição confere aos empreendedores. Aliás, a própria Ordem Econômica, analisada em seguida, requer garantias de obediência às regulamentações científicas, técnicas, sociais e jurídicas relacionadas com a gestão ambiental.⁸

O desenvolvimento sustentável visa ao desenvolvimento de atividades econômicas que não prejudiquem a vida das futuras ge-

In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 217.

⁷ SPAGOLLA, Vânia Senegalia. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 222.

⁸ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

rações, incorporando as externalidades no processo de produção.

A introdução do conceito de desenvolvimento sustentável traz, para o economista moderno, a preocupação constante de desenvolver a atividade econômica sem comprometer a vida das gerações futuras.

Foi-se o tempo em que se disse que onde começa a economia termina a ética. Agora a economia ecológica passa a incorporar valores e considerar as externalidades do processo produtivo.⁹

Assim, pelo disposto no art. 170, VI, da Constituição Federal Brasileira, busca-se a produção de produtos ecoeficientes, por meio de benefícios e incentivos fiscais elaborados por uma apropriada política governamental.

Para que um produto seja considerado ecoeficiente, é preciso considerar uma série de fatores, inclusive destacando os procedimentos adequados em todas as fases de sua produção. Dependendo do produto e do contexto, terão que ser utilizados vários instrumentos econômicos que vão influenciar nas suas características e no seu preço. Devem ser considerados os elementos desde a matéria-prima até o produto final, observando por meio de uma adequada política governamental, os benefícios e incentivos fiscais que venham nele incidir.¹⁰

Não há o conteúdo de tributação ambiental específico na Constituição Federal, entretanto, há a possibilidade de que se estabeleçam mecanismos e instrumentos de tributação para este fim. Contudo, percebe-se que não se faz necessária a criação de novos

⁹ SOUZA, Paulo Roberto Pereira. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.) *Direito Empresarial Contemporâneo*. São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 254-255.

¹⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. *Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro*. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2, p. 194.

tributos, e sim a redistribuição adequada dos recursos arrecadados, com o escopo na persecução de finalidades ambientais.

A referida Constituição não estabeleceu nenhum tributo ambiental específico, embora possibilite no seu texto condições nas espécies tributárias já existentes para estabelecer mecanismos e instrumentos de tributação, enfocando o meio ambiente para efeito de preservação a ele dirigida.

Tem-se também, que não há necessidade de criar-se novos tributos, mas sim, de distribuir adequadamente os recursos arrecadados previstos no Sistema Tributário Nacional vigente para atender as finalidades ambientais. Desta forma, os recursos devem ser aplicados na implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo para oferecer melhores condições para compatibilizar o direito ao desenvolvimento com o direito à proteção do meio ambiente, garantidos constitucionalmente.¹¹

O Direito Tributário vem orientando a conduta da sociedade, pela criação de incentivos fiscais aos empresários que realizam empreendimentos com política de uso sustentável dos recursos naturais em seus processos de produção.

É justamente neste momento que surge o Direito Tributário como forma de orientação da conduta da sociedade em geral. A criação de incentivos fiscais para os empreendimentos que utilizam a política de uso sustentável dos recursos naturais nos seus processos de produção estimula os empresários a adotarem a postura de defesa ambiental como forma de economia na carga tributária a ser suportada e de adequação às necessidades mundiais de preservação mercadológicas.¹²

¹¹ RIBEIRO, Maria de Fátima. A concessão de incentivos fiscais como instrumentos econômicos para a proteção ambiental e a aplicação do princípio da igualdade tributária. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 106-107.

¹² SPAGOLLA, Vânia Senegalia. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 213.

As políticas públicas devem estar em consonância com o crescimento econômico verde, pela adoção de políticas microeconômicas e internalização das externalidades, e alterações da política econômica, instituindo-se estratégias ao longo prazo e investimentos em infraestrutura sustentável. Devem concentrar-se em agricultura sustentável, energias de longa duração, transportes eficientes, recursos energéticos limpos, incentivos à pesquisa para o desenvolvimento de programas sustentáveis nos principais setores econômicos, entre outros.

Em relação às adequadas formas de produtividade, as políticas públicas devem ser usadas estrategicamente para orientar o crescimento econômico verde. Isto envolve não apenas o uso de políticas microeconômicas, como a internalização das externalidades, mas, também, mudanças significativas da política econômica, com estratégias a longo prazo e investimentos em infraestrutura sustentável.¹³

A tributação deve incidir-se na forma de estímulos ou benefícios, sem sobrecarregar o contribuinte.

É preciso que o meio ambiente seja preservado, não por meio de uma tributação acentuada, mas com estímulos ou benefícios, entre eles destacando-se aqueles projetos que contemplam planejamentos ambientais que preservem e recuperem o meio ambiente degradado.¹⁴

A política de proteção ao meio ambiente deve ser embasada na adoção de política legislativa premial, proporcionando segurança

¹³ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 174.

¹⁴ RIBEIRO, Maria de Fátima. A concessão de incentivos fiscais como instrumentos econômicos para a proteção ambiental e a aplicação do princípio da igualdade tributária. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 107.

jurídica ao agente econômico.

Outro argumento extremamente significativo diz respeito ao fato de que a política de proteção ao meio ambiente calcada apenas na regulação repressiva tem o inconveniente da ineficiência dos serviços públicos e da complexidade dos problemas enfrentados. Ao contrário, a adoção de uma política legislativa do tipo premial é desde logo percebida pelo agente econômico, traduzindo um benfazejo ambiente de segurança jurídica pelo exato equacionamento das consequências fiscais advindas das decisões que tomar. Nesse sentido, comportamentos econômicos sócio-ambientalmente desejados devem ser antecipados em normas de caráter premial, havendo um direcionamento da atividade econômica não de forma autoritária e arbitrária, mas com a cumplicidade do mercado, o que é significativo do ponto de vista eficaz.¹⁵

O Estado intervém na atividade econômica por meio de tributos de qualquer espécie, para induzir as atividades ambientalmente corretas.

O papel do tributo como instrumento de intervenção na atividade econômica, seja qual for a sua espécie, deverá ser de indutor de atividades ambientalmente corretas, propiciando uma adequação do desenvolvimento socioeconômico às necessidades ambientais; e assim está previsto em vários ordenamentos jurídicos.¹⁶

Destarte, cabe ao Estado a elaboração de tributos ambientais, que apresentem função extrafiscal, que atendem ao princípio do poluidor-pagador ao tributar as atividades mais poluentes, que sejam estabelecidos no início da cadeia produtiva, que apresentem

¹⁵ PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 282-283.

¹⁶ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 123-124.

receitas consignadas à realização da função ambiental, que supõem a existência de um produto alternativo capaz de ser procurado antes do produto tributado.

É certo que os tributos ambientais são, em geral, definidos pelas seguintes características ou notas típicas: 1) têm função extrafiscal; 2) tributam actividade mais poluente, atendendo ao princípio do poluidor-pagador; 3) presumem a existência de produto alternativo para o qual possa ser dirigida a procura antes orientada para o produto tributado; 4) as receitas encontram-se, por via de regra, consignadas à realização da função ambiental; 5) devem ser estabelecidos no início da cadeia produtiva (upstream). Mas, em rigor, são as três primeiras notas as que, efectivamente, caracterizam os verdadeiros tributos ambientais enquanto tributos de natureza extrafiscal.¹⁷

A despesa pública se torna menos onerosa quando se suprime a burocracia no que tange ao exercício da extrafiscalidade, ao impor aos contribuintes comportamentos omissivos ou comissivos no sentido de proteção do meio ambiente.

Por outro lado, ao utilizar o mecanismo da extrafiscalidade para estimular comportamentos (comissivos ou omissivos) dos contribuintes, o Estado quase sempre obtém vantagens maiores do que se previamente arrecadasse os tributos para, depois, aplicá-los aos gastos públicos. Realmente, com a supressão das instâncias burocráticas encarregadas de controlar a destinação do dinheiro obtido mediante o exercício da tributação, a despesa pública tende a diminuir, sem prejuízo do atendimento das exigências de estabilidade e progresso sociais.¹⁸

A extrafiscalidade se refere a sua capacidade indutora, com função diferente da arrecadatória, sendo também designada por

¹⁷ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares de. (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011, p. 47.

¹⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 729.

norma tributária indutora.

É importante evitar eventuais confusões semânticas decorrentes da ambiguidade do termo “extrafiscalidade”, comumente utilizado para exprimir qualquer função normativa diversa da arrecadatória, e não apenas a indutora. Assim, faremos uso da expressão “normas tributárias indutoras” (extrafiscalidade em sentido estrito) para designar os instrumentos tributários a serviço do Estado na intervenção sobre o domínio econômico por indução.¹⁹

Há um aspecto de natureza arrecadatória ou fiscal e outro de natureza extrafiscal ou regulatório na tributação ambiental. Este de natureza extrafiscal tem o intuito de incentivar os contribuintes a adotar condutas visando a preservação ambiental.

Assim, quando se fala em tributação ambiental, podem-se destacar dois aspectos: um de natureza arrecadatória ou fiscal, e outro de caráter extrafiscal ou regulatório, que tem como objetivo conduzir o comportamento dos contribuintes, incentivando-os a adotar condutas que estejam em sintonia com a ideia de preservação ambiental.²⁰

Portanto, faz-se mister a conceituação de taxas, uma vez que estas são consideradas tributos referenciais na proteção do meio ambiente.

Taxas de polícia e de serviços (art. 145, II, da CF) são tributos vinculados à atuação estatal: exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público específico e divisível.²¹

¹⁹ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Política fiscal e a crise econômica internacional. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional-2010, p. 16.

²⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima. A concessão de incentivos fiscais como instrumentos econômicos para a proteção ambiental e a aplicação do princípio da igualdade tributária. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 96.

²¹ HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 306.

Enquanto que impostos apresentam como fato gerador uma situação desvinculada de qualquer atividade específica do Estado, relacionada ao contribuinte, retirando deste, uma parcela de sua riqueza.

Impostos (art. 145, I, da CF) são exações desvinculadas de qualquer atuação estatal, decretadas exclusivamente em função do *jus imperii* do Estado. Seu fato gerador é sempre uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. O imposto sempre representa uma retirada da parcela de riqueza do particular, respeitada a capacidade contributiva deste.²²

Por conseguinte, a taxa apresenta uma vinculação do seu fato gerador em relação a atividade específica do Estado, relacionada com o contribuinte.

Consequentemente as diretrizes da sustentabilidade financeira promovidas pelo Direito Tributário atuam em prol da sustentabilidade ambiental, amparadas pela boa governança que está concentrada no desenvolvimento econômico empenhado com o meio ambiente.

O Direito Tributário amplia seu foco para dar diretrizes à sustentabilidade financeira, que deverá atuar em prol da sustentabilidade ambiental com a máxima urgência que o caso requer.

O termo sustentabilidade aqui tratado é no sentido utilizado na área jurídica, diferente da concepção da área econômica. Na teoria econômica a sustentabilidade financeira refere-se à questão da solvabilidade financeira do governo em relação à dívida pública. Na área jurídica a sustentabilidade está diretamente relacionada com a boa governança focada no desenvolvimento econômico comprometido com o meio ambiente.²³

²² HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 305.

²³ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental.

In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação.

Destarte, as espécies tributárias necessitam incluir o critério ambiental, em respeito ao contido no art. 170, VI, da CF, passando a ser parte dos princípios fundamentais do Direito Tributário.

Todas as espécies tributárias devem incluir em sua motivação o critério ambiental, previsto no art. 170, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil, a integrar o rol dos princípios fundamentais do Direito Tributário que, numa visão sistêmica, pode ser visto como um novo inciso (inciso VII), do art. 150, que trata das Limitações ao Poder de Tributar, permitindo a seguinte leitura: Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – [...]; VII – instituir tributo sem a devida observância da defesa do meio ambiente.²⁴

Os incentivos fiscais excluem o crédito tributário, além de desonerar, reduzir alíquotas ou postergar o prazo de recolhimento de tributos. Estes se configuram como isenções, reduções de bases de cálculo, anistia, reduções de alíquotas, remissão, moratória, concessão de créditos tributários, subsídios e subvenções.

Entretanto, não são apenas casos de exclusão do crédito tributário que podem configurar incentivos fiscais. O conceito de incentivos fiscais abrange também outras formas de desoneração, como a redução de alíquotas (inclusive a zero) ou mesmo a postergação do prazo de recolhimento de determinada exação.²⁵

No que tange ao princípio do poluidor-pagador, cabe aos poluidores a parcela de taxas ecológicas ao invés de impostos, que lhe são devidas, no entanto, há uma dificuldade de se estabelecer

Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2, p. 97.

²⁴ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental.

In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2, p. 197.

²⁵ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Política fiscal e a crise econômica internacional. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional-2010, p. 20.

quem de fato polui, e o custo de sua poluição.

É certo que, relativamente ao direito ambiental, o princípio estrutural nele vigente, o princípio do poluidor-pagador, parece ir claramente no sentido de um Estado taxador, uma vez que concretizaria a ideia de cada um suportar, pagar a poluição que produz, financiando-se as correspondentes despesas públicas através de taxas ecológicas em vez de impostos. Mas essa é uma maneira um pouco superficial de ver a realidade, já que a realização desse princípio deparar-se com importantes obstáculos relativos à determinação do poluidor ou a exacta imputação dos custos da poluição aos poluidores.²⁶

Segundo o autor português José Casalta Nabais considera a taxa como o tributo de eleição para a protecção do meio ambiente, ao invés do imposto, em acato ao princípio do poluidor-pagador, devido ao fato de que ela internaliza os custos externos oriundos das actividades poluentes, que são o motivo da tributação.

Que tipo de tributo que opera em sede de protecção do meio ambiente tende a ser o imposto em vez da taxa resulta dos limites que se deparam à actuação do princípio verdadeiramente estruturante do direito do ambiente – o princípio do poluidor-pagador. Um princípio que vai claramente no sentido de que os tributos ambientais se configuram como taxas, pois estas revelam-se particularmente propícias à internalização dos custos externos desencadeados pelas actividades poluentes objecto de tributação. Todavia, embora as taxas sejam os tributos mais adequados à aplicação do princípio do poluidor-pagador, imputando assim os custos da poluição ao correspondente poluidor, na prática há importantes obstáculos que impossibilitam que essa solução seja praticável.²⁷

²⁶ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares de. (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011, p. 15.

²⁷ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares de. (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011, p. 44-45.

O Estado deve promover sistemas de tributação economicamente viáveis para o custeio de despesas públicas e suportáveis aos contribuintes, além de serem viáveis à competitividade do comércio.

As taxas ambientais são de difícil mensuração, uma vez que os custos ambientais são praticamente impossíveis de serem quantificados. Sendo assim, faz-se a mensuração das manifestações e índices reveladores da capacidade contributiva dos poluidores, tornando-se esses tributos unilaterais ou impostos ao invés de tributos bilaterais ou taxas.

Ou seja, a quantificação dos custos ambientais torna-se impraticável. Por conseguinte, dada a impossibilidade de medir a contraprestação específica que corresponda às taxas ambientais, não admira que os tributos ambientais acabem sendo medidos com base em manifestações e índices reveladores da capacidade contributiva dos que provocam, ou se presume, em maior ou menor medida, que provocam os danos ambientais. Daí que os tributos ambientais acabem assumindo preferencialmente a configuração de tributos unilaterais ou impostos e não a de tributos bilaterais ou taxas.²⁸

Outras áreas que não as jurídicas, deverão ser acatadas, com o intuito de se apresentar estudos técnicos capazes de quantificar o custo do dano causado, para se incorporar estas externalidades negativas aos preços do ambiente.

Na difícil tarefa de internalizar as externalidades, principalmente quando estas são negativas, é preciso buscar a perícia de outras áreas não jurídicas para que com estudos técnicos, seja possível quantificar o custo do dano causado. É certo que não será possível apontar uma medida exata, porém, deve-se apontar um valor aproximado. Enfim, será preciso fixar um determinado valor aproximado para a poluição causada ou para a degradação ambiental ocorrida, para que se possa determinar o instrumento fiscal adequado.²⁹

²⁸ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares de. (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011, p. 45-46.

²⁹ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da

A tributação ambiental, segundo Cláudia Soares, tem como objetivo econômico a atribuição de um preço ao ambiente. Caberá às instituições governamentais a atribuição de valores médios para estas externalidades a fim de que não haja discrepâncias entre os preços de cada país.

Cláudia Soares chega a afirmar que em termos puramente econômicos, o objetivo do tributo ambiental é atribuir um preço ao que anteriormente não o tinha, o ambiente. Considerando que o tributo ambiental não é uma espécie distinta das demais, podemos, então, concordar com a afirmação da autora, mas, substituindo o termo tributo pela expressão tributação ambiental.

O desafio hoje é chegar a determinados valores médios para estas externalidades por meio de instituições governamentais, pois, do contrário, cada país adotará o próprio valor, o que poderá ensejar uma séria distorção da realidade. Esse problema do preço já é constatado nos créditos de carbono, cujos valores são adotados por empresas privadas, sem ainda haver uma definição intergovernamental.³⁰

Há ainda a classificação dos tributos ambientais caracterizados como de função extrafiscal. Contudo, a doutrina, embora não pacífica, atualmente tem se posicionado na atribuição da proteção ambiental na forma de qualquer espécie tributária, tais como preços públicos e outros instrumentos da política fiscal.

Com frequência, os tributos dito ambientais são caracterizados originalmente com a função extrafiscal, insistindo-se na clássica dicotomia entre função fiscal e extrafiscal.³¹

sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 145.

³⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 134.

³¹ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise

Portanto, as espécies tributárias capazes de abranger a proteção ambiental nos outros países, fora o Brasil, podem ser impostos, taxas, preços públicos e outros veículos fiscais. Doutrinariamente, há uma divergência quanto a isto, não estando pacífica a posição em todo o mundo, entretanto, na atualidade tem-se aceito a instituição de qualquer espécie tributária para a consecução de objetivos protetivos ao meio ambiente.

De igual modo, não há que se restringir o tributo com fins ambientais a uma só espécie de tributo. A questão da proteção ambiental pode ser fomentada por meio de qualquer espécie tributária, bem como por preços públicos e demais instrumentos da política fiscal, como demonstrada a experiência recente de países diversos.

Em relação a isto, a doutrina posiciona-se de formas diversas. Tanto no Brasil como em outros países, essa não é uma questão pacífica, contudo, nos estudos mais recentes, observa-se uma tendência de que todos os tributos possam atuar na proteção ambiental, posição que parece a mais adequada e assim indicada no estudo Modelo de Código Tributário para América Latina.³²

De acordo com José Casalta Nabais, há os tributos ambientais verdadeiros, que são responsáveis pela materialização direta ou imediata da política ecológica e os tributos ambientais falsos, que visam a captação de receitas, mesmo que estejam relacionados à realização da política ecológica. Mas, em seguida considera a natureza ambiental dos tributos os objetivos ou finalidades extrafiscais ecológicas primordiais, criados para isso.

Sendo certo que apenas os primeiros, porque materializam de maneira directa ou imediata a política ecológica, que visam primordialmente, são de considerar verdadeiros tributos

Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 177.

³² CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 186-187.

ambientais, não passando os segundos, cujo objectivo é, como o dos tributos fiscais em geral, o de captar ou arrecadar receitas, ainda que estas estejam consignadas à realização da política ecológica, de falsos tributos ambientais. Com efeito, o que caracteriza a natureza ambiental dos tributos é o objectivo ou finalidade extrafiscal ecológica primordial, traduzida na preservação e melhoria do meio ambiente assumida pelo legislador ao criá-los e discipliná-los e, bem assim, a efectiva possibilidade de prossecução desse objectivo ou finalidade, e não o destino ecológico das receitas proporcionadas pelos mesmos. Pois este, mesmo quando as receitas se encontram vinculadas à realização de uma actividade de tutela ambiental, através da técnica da consignação de receitas, constitui um problema situado a jusante das correspondentes relações tributárias, inserindo-se verdadeiramente na política de realização de despesas e não na de obtenção de receitas fiscais.³³

O princípio da capacidade contributiva, por sua vez, também alcança as exações extrafiscais, em maior ou menor grau, uma vez que os tributos com fins repressivos não podem extrapolar os limites aceitáveis, tornando-se confiscatório.

Não se pode afirmar de forma categórica e absoluta que o princípio da capacidade contributiva cede diante da extrafiscalidade. É verdade que nas cobranças com natureza exclusivamente fiscal, a observância do princípio em questão é obrigatória, por expressa imposição constitucional. Por outro turno, nas exações extrafiscais, o respeito ao referido princípio não fica sempre afastado. Em maior ou menor grau a capacidade contributiva deve ser respeitada, especialmente porque os agravamentos das cobranças não podem ter caráter confiscatório. Ou seja, ainda que o propósito do Estado seja incrementar a cobrança para desestimular determinada prática, com vistas a atender questões de ordem econômica ou social, ainda assim fica vedada a cobrança de tributo em patamares tão elevados que acabe por revelar a subtração da riqueza, objeto da tributação.³⁴

³³ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares de. (coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 47.

³⁴ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das exonerações tributárias. Incentivos e benefícios fiscais. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. *Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro*. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2, p. 81.

A constitucionalização dos direitos fundamentais, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a garantia do desenvolvimento nacional e promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação segue intimamente ligado ao poder de tributar, que por sua vez, deve atender ao disposto nos arts. 145, § 1º, 151, 152, e 153 da Constituição Federal. Por outro lado, pode o Estado desonerar o contribuinte, por meio de incentivos fiscais.

O poder de tributar, nesse diapasão, mantém relação estreita com a constitucionalização dos direitos fundamentais e o manancial de valores subjacentes aos objetivos previstos no art. 3º da Constituição de 1988. Para que possa permitir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação, a tributação deve obedecer a certas balizas, expressamente mencionadas nos artigos 145, § 1º, 151, 152, e 153 da Constituição Federal, que representam limites intrínsecos ao poder de tributar.³⁵

A destinação da receita dos tributos na proteção do meio ambiente ou na estruturação de seus elementos identifica a natureza ambiental de um tributo, e não a hipótese de incidência ou a finalidade. Por conseguinte, a extrafiscalidade não legitima a existência de um tributo ambiental como uma nova espécie.

Logo, permite-se afirmar que não é a hipótese de incidência ou a finalidade que identifica a natureza ambiental de um tributo, mas sim a destinação de sua receita para a proteção do meio ambiente ou a estruturação de seus elementos que contribui de alguma forma para esta tutela, como por exemplo, o emprego dos recursos obtidos para prevenir ou reparar danos; estímulo a serviços e produtos não prejudiciais; alíquotas seletivas e progressivas em razão do seu viés ambiental.³⁶

³⁵ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Política fiscal e a crise econômica internacional. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional-2010, p. 14.

³⁶ SPAGOLLA, Vânia Senegalia. Tributação ambiental e sustentabilidade.

Faz-se mister a criação de uma tributação ambiental transnacional em decorrência da globalização, da mundialização, para se adequar as finanças públicas ao Direito Ambiental.

Neste âmbito, é defendida a criação de uma teoria geral da tributação ambiental transnacional, com o objetivo de adequar os conceitos universais do Direito Ambiental às finanças públicas, viabilizando, na medida do possível, a elaboração de normas voltadas para as políticas públicas ambientais, principalmente as referentes às atividades estatais regulatórias.³⁷

Desse modo, o desenvolvimento econômico estimulado pelos Estados será embasado na responsabilidade fisco-ambiental.

De tal modo, será possível caracterizar-se este século como o da responsabilidade fisco-ambiental, devendo as atividades estatais de arrecadação e as programações orçamentárias de despesa se voltarem para ações econômicas que promovam o estímulo ao desenvolvimento econômico para resguardo do meio ambiente.³⁸

Por meio da tributação (e da desoneração), possibilita-se ao Estado intervir sobre o domínio econômico de forma indireta, induzindo a adoção de determinados comportamentos: é a vertente da extrafiscalidade.³⁹

A autora Denise Lucena Cavalcante, sabiamente, apresenta

In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 225.

³⁷ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2, p. 122-123.

³⁸ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2, p. 127.

³⁹ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Política fiscal e a crise econômica internacional. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional-2010, p. 15.

uma sugestão de alteração da Lei de Responsabilidade Fiscal para que se acrescente o critério ambiental aos seus princípios norteadores.

O conceito de gestão fiscal responsável no Brasil deve ser ajustado às necessidades ambientais contemporâneas, motivo pelo sugerimos a alteração da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), no sentido de incluir em seus princípios o critério ambiental como condição de boa gestão e, ainda, acrescentar em seu art. 14, uma análise diferenciada para as renúncias de receita quando decorrentes de medidas voltadas à proteção ambiental, da seguinte forma:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes opções:

[...]

§ 3º. O disposto neste artigo não se aplica:

[...];

III – aos incentivos ou benefícios de natureza tributária voltados à proteção ambiental, devidamente acompanhados dos relatórios técnicos que justifiquem as medidas fiscais adotadas. (Texto sugerido).⁴⁰

Cabe ao Estado também induzir o consumidor, por meio de tributação, na escolha de produtos ecologicamente corretos.

O comportamento do consumidor para os produtos ecologicamente corretos deve ser induzido pelo Estado, no sentido de que a tributação ocasione um ajuste no comporta-

⁴⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N° 2, p. 127-128.

mento individual, modificando os padrões de escolha.⁴¹

Políticas de incentivo à proteção do meio ambiente também são adotadas por organizações não governamentais, tanto no Brasil, quanto no exterior, como no caso os Estados Unidos da América, ao influenciarem empresas a não poluírem.

Encontramos exemplos significativos nos Estados Unidos da América, onde organizações não governamentais como Sierra Club, Environmental Law Institute, Lawyers for a Green Planet Institute, entre outras, conseguiram influenciar fortemente programas e ações de empresas, as quais passaram a respeitar o meio ambiente.⁴²

A gestão fisco-ambiental será inserida no contexto da gestão pública brasileira, ao incorporar a questão do impacto ambiental em todos os contratos, compras, serviços, obras e aquisições governamentais, por meio do Projeto de Lei Complementar n. 439/2009, art. 2º.

A gestão fisco-ambiental passa a ser tema relevante posto no âmbito contemporâneo, devendo, muito em breve, ser uma característica indispensável a todos os gestores públicos brasileiros, como está devidamente previsto no Projeto de Lei Complementar n. 439/2009, art. 2º., ao prever que em todos os contratos, compras, obras, serviços e aquisições governamentais deverá ser considerado o impacto ambiental.⁴³

A soft law no contexto atual é de suma importância, ao promo-

⁴¹ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 132.

⁴² SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.) Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 270.

⁴³ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 133.

ver a adoção de medidas de proteção ambiental pelos países signatários.

As diretrizes internacionais são importantes neste momento para influenciar os países para a adoção das medidas de proteção ambiental. Mesmo sem ter força vinculante ou sanções preestabelecidas e, ante as imensas diferenças e dificuldades em conciliar as posições e necessidades de cada nação, a solução de soft law se tornou muito útil, parecendo ser este um dos caminhos viáveis para o momento de busca da conciliação. Portanto, as convenções internacionais, mesmo as que não tenham uma força vinculante imediata, podem e devem ser trazidas para a discussão.⁴⁴

Destarte, a OMC analisa as consequências econômicas decorrentes da internalização dos custos ambientais, incentivando a participação dos países para que tomem medidas em conjunto, a fim de se evitar as distorções no comércio internacional, como a perda de competitividade dos produtos e serviços ambientalmente corretos, ou mesmo, a criação de um protecionismo camuflado em uma falsa proteção ambiental.

A OMC tem um papel importante na questão ambiental, fazendo uma análise direta nas consequências econômicas advindas da internalização dos custos ambientais, deixando sempre claro em seus documentos que a mera adoção de medidas internas e isoladas por cada país poderá ocasionar graves distorções no comércio internacional, inclusive, podendo ensejar falta de competitividade nos produtos e serviços produzidos nos parâmetros adequados às exigências ambientais ou, ainda, um protecionismo camuflado por uma pseudoproteção ambiental.⁴⁵

A OCDE, por meio do Sistema Tributário estimula os agen-

⁴⁴ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 158.

⁴⁵ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 160.

tes econômicos poluidores à inovação tecnológica que se evite e combata a poluição, pelo uso de dispositivos antidegradação. Além de que, pela instituição de tributos, geram-se receitas que estimulam a política ambiental e despesas públicas.

Considera a OCDE que direcionar o Sistema Tributário para a preservação ambiental é perfeitamente possível e adequado. Pode-se, assim, induzir mais vigorosamente a inovação tecnológica antipoluição, porque se incitam os poluidores a procurar meios para reduzir a degradação, além do que exige a legislação e, vigor; e, por outro lado, os tributos podem gerar receitas que permitam o financiamento das medidas de política ambiental ou de outras despesas públicas.⁴⁶

A OMC também tem importante papel na exclusão do dumping ecológico e os subsídios indevidos, que favorecem determinados países em detrimento de outros.

É fato comprovado que a influência do comércio internacional no meio ambiente e, vice-versa, é cada vez mais discutido, motivo pelo qual a atuação da OMC é de grande importância no que se refere à tributação ambiental, principalmente no caso da adoção de regras ambientais voltadas à proteção do meio ambiente por determinados países, enquanto outros não as aplicam, ensejando o chamado dumping ecológico e os subsídios indevidos.⁴⁷

Com as crises econômicas dos Estados Unidos e União Europeia, tornou-se o Brasil um país emergente. Com o escopo de se promover o desenvolvimento econômico e sustentável, que medidas extrafiscais poderá o governo brasileiro propor ao longo prazo, de modo a não exercer uma concorrência fiscal inapropriada entre

⁴⁶ SPAGOLLA, Vânia Senegalia. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008, p. 226.

⁴⁷ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º 2, p. 162.

os entes internos da federação brasileira e outros países?

A Lei nº 6.938/8, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente preleciona a preservação, a qualidade ambiental propícia à vida, com o intuito de propiciar condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

O Brasil, com a Lei nº 6.938/81, apresentou ao mundo sua Política Nacional do Meio Ambiente. Nos termos do artigo 2º da Lei, a Política Nacional do Meio Ambiente, visa a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.⁴⁸

Entretanto, há um costume brasileiro de se travarem verdadeiras guerras fiscais entre os estados, uma vez que relevam as questões ambientais ao último plano, negligenciando-as, ao fazerem concessões que vão contra a sua tutela.

No Brasil, apesar de todo o avanço de nossa legislação, ainda vivemos o confronto entre a pobreza e a preservação ambiental. A guerra fiscal entre Estados brasileiros tem feito com que os negligenciem as exigências da natureza fazendo concessões que contrariam a tutela do meio ambiente.⁴⁹

A ética ambiental é esquecida, pois, o vislumbre de novos empregos e políticas eleitoreiras faz com que os estados permitam que empresas se estabeleçam em seus territórios, mesmo que estes sejam proibidos por lei ambiental.

⁴⁸ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: . In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.) Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 294.

⁴⁹ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: . In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.) Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 298.

A ética ambiental desaparece diante da perspectiva da geração de empregos e dos efeitos eleitoreiros que tais empresas provocarão na população. No Estado do Paraná, em particular vimos o caso do licenciamento da multinacional automobilística Renault, autorizada a construir sua fábrica em uma área de mananciais.⁵⁰

Entretanto, algumas leis federais, tais como, a Lei 9.393/96, isentou, da tributação por ITR, as áreas de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº 4.771/1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803/1989.

A Lei 10.336/01 estabelece um sistema de tributação graduada, conforme os danos ambientais de cada combustível, prevista constitucionalmente (CIDE combustíveis).

Alguns estados brasileiros que procuram proteger o meio ambiente vêm repartindo as receitas tributárias, destinando-as aos seus municípios. Destarte, há também, no Brasil, legislações que respeitam o meio ambiente, tais como a Lei Estadual 12.040/95, do Estado de Minas Gerais; a Constituição Estadual do Estado do Mato Grosso do Sul, em seu artigo 153, parágrafo único, II, regulamentado pela Lei Complementar 57/91; a Lei do ICMS Ecológico, regulada pela Lei Complementar 59/91, com o escopo de repassar 5% do total aos municípios que adotassem as unidades de conservação e preservassem mananciais de abastecimento.

Outrossim, há a Lei nº 9.459/1996, que altera a Lei nº 6.606/1989, que preleciona sobre o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), ao diferenciar a alíquota dos veículos que utilizem combustível verde, tais como o álcool, gás natural e eletricidade.

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos é outro tributo que pode ser destinado

⁵⁰ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.) Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 298.

à causa ambiental, ao incidir com alíquotas variáveis sobre imóveis produtivos ou de interesse ambiental, que cumprem com sua função social, assim como os patrimônios culturais ou históricos.

Por conseguinte, muitas são as leis criadas pelo Estado brasileiro e seus entes federados, no que tange a proteção do meio ambiente.

Empresas de cosméticos brasileiras vêm utilizando-se da extração de bens naturais cem por cento renováveis, no fabrico de seus produtos. A utilização de áreas áridas e degradadas para o reflorestamento também têm sido praticada, visando a sustentabilidade ambiental no país, como a Lei 5.106/1966, autorizadora da dedução da base de cálculo do imposto sobre a renda (IR), do gasto do contribuinte em projetos de reflorestamento.

Não há óbice à criação de um chamado ICMS ecológico (art. 170, inciso VI da Constituição Federal), por exemplo, que tribute de modo menos oneroso, operações mercantis com produtos ecologicamente corretos, que não agridem o meio ambiente. A tributação menos onerosa de um produto feito com material biodegradável, considerado em relação ao mesmo produto feito com amianto, atende à imposição do art. 225 da Constituição Federal.

No mesmo sentido, a desoneração do ICMS o fabrico de papel reciclável ou os materiais que utilizem pilhas alcalinas.⁵¹

Resta clara a multiplicidade de fatores ambientais passíveis de tributação, como o lixo industrial, a produção de biodegradáveis, entre outros. Cabe ao Estado intervir, possibilitando uma conduta fisco-ambiental por parte de seus entes federados, de modo a não concorrerem entre si e outros países.

⁵¹ BERNARDI, Renato. Tributação ecológica (o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias). Disponível em: <ZEOLA, Senize Freire Chacha. ICMS—Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 30,abr-jun de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 179-197.> Acesso em: 13. maio. 2013.

Referências

- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Política fiscal e a crise econômica internacional. Finanças Públicas - XV Prêmio Tesouro Nacional-2010.
- BERNARDI, Renato. Tributação ecológica (o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias). Disponível em: <ZEOLA, Senize Freire Chacha. ICMS—Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, ano 8, n.º 30, abr-jun de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 179-197.> Acesso em: 13. maio. 2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das exonerações tributárias. Incentivos e benefícios fiscais. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. Novos horizontes da tributação. Um diálogo luso-brasileiro. Cadernos IDEEF internacional / N.º. 2.
- HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina, Jurisprudência, Glossário. . ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares de. (coord.). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011.
- PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima. A concessão de incentivos fiscais como instrumentos econômicos para a proteção ambiental e a aplicação do princípio da igualdade tributária. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.) Direito Empresarial Contemporâneo. São Paulo: Arte & Ciência, 2007.

SPAGOLLA, Vânia Senegalia. Tributação ambiental e sustentabilidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.) Empreendimentos econômicos e desenvolvimento sustentável. São Paulo: Arte & Ciência, 2008.

(Página deixada propositadamente em branco)

Responsabilidade Fiscal dos Governantes na Aplicação da Extrafiscalidade Ambiental

Thais Bernardes Magalhães

Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP.
Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Marília.
Professora pela Universidade Federal de Rondônia-UNI, Porto Velho, Brasil

Maria de Fátima Ribeiro

Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP,
Coordenadora e Professora do Curso de Mestrado em Direito
da Universidade de Marília – UNIMAR, Marília, São Paulo, Brasil

Sumário: Introdução; 1.Função Fiscal e Extrafiscal 2.Extrafiscalidade como instrumento de política pública; 3.Benefícios Fiscais; 3.1 Benefícios Fiscais Estáticos; 3.2 Benefícios Fiscais Dinâmicos; 3.4 Benefícios Fiscais Dinâmicos 4. Responsabilidade Fiscal; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO Uma legítima política tributária deve ser fundada em diversos fatores e não apenas baseada na sua arrecadação procedida pelo Estado. A maioria dos tributos previstos no sistema tributário brasileiro é de função predominantemente fiscal. A Constituição Federal Brasileira também prevê impostos com função extrafiscal, ou seja, impostos que são ferramentas oferecidas pelo legislador aos Estados, para que estes apliquem as políticas públicas que visem a melhoria das condições de vida da população. A extrafiscalidade como modelo de intervenção do Estado poderá ser implantada pelo poder regulatório do Estado, como instrumento para estímulo, incentivo, fiscalização ou até como desestímulo das atividades econômicas depredatória. A lei de responsabilidade Fiscal brasileira assegura o planejamento público com transparência, de forma responsável

e acaso não ocorra desta forma, o governante deverá ser responsabilizado por sua má administração na aplicação da função extrafiscal do tributo.
Palavras-chave: Responsabilisade Fiscal; extrafiscalidade ambiental.

Introdução

A extrafiscalidade é uma forma de intervenção do Estado que pode ser adotada por qualquer imposto, para estimular ou desestimular comportamentos, a fim de adequá-la aos objetivos sociais, ambientais e econômicos estabelecidos no Plano Diretor do município, considerando as delineações do Estatuto da Cidade e na Constituição Federal Brasileira.

Desta forma, reveste-se como objetivo do presente trabalho destacar a aplicação da função extrafiscal do tributo, na área ambiental de forma responsável com respaldo na lei de responsabilidade fiscal.

1. Função Fiscal e Extrafiscal

O modelo de Estado passou por uma transformação em suas funções e deveres, pelo intervencionismo do Estado na atividade econômica, resultado do Estado Social, que passou a utilizar a extrafiscalidade como instrumento de intervenção na economia. A função fiscal deverá existir para custear as despesas básicas do Estado, mas não como sua função principal, pois o ente estatal busca incentivar comportamentos econômicos que visem resguardar os valores sociais e ambientais, previstos na Constituição Federal.

Assevera Flávio de Azambuja Berti:

A extrafiscalidade é tema em voga no direito tributário, sendo objeto de inúmeras considerações por parte da doutrina em razão de sua importância e do desenvolvimento de seu uso, particularmente com o advento do estado Social em substituição ao modelo de Estado Liberal a partir do período que sucedeu o final da Segunda Guerra Mundial.¹

¹ BERTI, Flávio de Azambuja. *Imposto: Extrafiscalidade e Não Confisco*. 2. ed.,

O Estado utiliza-se dos tributos como prestações pecuniárias compulsórias, para obtenção de recursos necessários ao cumprimento das políticas públicas básicas de desenvolvimento preestabelecidas. A função fiscal dos tributos tem como finalidade “exclusiva os abastecimentos dos cofres públicos, sem que outros interesses - sociais, políticos ou econômicos – interfiram no direcionamento da atividade impositiva”², isto é, sem destinação vinculada e sem finalidade específica.

A maioria dos tributos previstos no sistema tributário brasileiro é de função predominantemente fiscal. A Constituição Federal Brasileira também prevê impostos com função extrafiscal, ou seja, impostos que são ferramentas oferecidas pelo legislador aos Estados, para que estes apliquem as políticas públicas que visem a melhoria das condições de vida da população.

Para Luís Eduardo Schoueri a extrafiscalidade, pode referir-se a “um gênero e uma espécie”. O primeiro “inclui todos os casos não vinculados nem à distribuição equitativa da carga tributária, nem à simplificação do sistema tributário”, são normas indutoras que visam impulsionar a economia. Já a segunda, isto é, a “espécie do gênero são as leis relativas ao estímulo de comportamento das pessoas e de não ter por fundamento precípua arrecadar recursos pecuniário”. Assim, a extrafiscalidade toma contornos de regulatória e indutora do comportamento da sociedade.³

Conforme os ensinamentos de Geraldo Ataliba,

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores

Curitiba: Juruá, 2006, p 41.

²CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.228.

³SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

constitucionalmente consagrados.⁴

O princípio da proporcionalidade provocou a utilização dos tributos não apenas em sua função de arrecadação, mas principalmente em seu caráter extrafiscal, que é de fundamental importância para o perfeito implemento das políticas públicas que buscam o desenvolvimento sustentável, em conformidade com os ditames constitucionais.

A extrafiscalidade como modelo de intervenção do Estado poderá ser implantada pelo poder regulatório do Estado, como instrumento para estímulo, incentivo, fiscalização ou até como desestímulo das atividades econômicas depredatórias ao meio ambiente.

O princípio da capacidade contributiva não se enquadra na extrafiscalidade ambiental, tendo em vista que as isenções e incentivos fiscais são concedidos pela política de desenvolvimento econômico-ambiental-social, e não pela capacidade do destinatário, pois o contribuinte não está obrigado a contribuir em função de sua capacidade contributiva e sim porque contaminou e deve reparar o dano. Este é o entendimento Alejandro C. Altamirano⁵ quando cita “los tributos ambientales (sean impuestos, tasas o contribuciones especiales) no se fundamentan en el principio de capacidad económica” reporta-se a uma decisão dos Tribunais Espanhóis:

Dicho Tribunal ha sentenciado: [...] el sistema tributario em su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. [...] pues el respeto a dicho principio no impede que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo em cuenta consideraciones extrafiscales.(STC 37/1987,f.j.13).⁶

⁴ ATALIBA, Geraldo. IPTU: *Progressividade*. Revista de Direito Público, v.23, n.93, p.233-238, jan./mar., 1990, p. 233.

⁵ ALTAMIRO, Alejandro. *El Derecho Constitucional a Um Ambiente Sano, Derecho Humanos Y SU Vinculación Con El Derecho Tributario*. in Martins, James.(coord.) *Tributação e Meio Ambiente*. v. 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

⁶ Op. cit. p. 53.

Filiando-se a esse entendimento, Fernando Aurélio Zilveti explica que parte da doutrina e a jurisprudência entendem que o princípio da capacidade contributiva não guarda relação com a extrafiscalidade, justificando que “[...] não é possível justificar a extrafiscalidade pela capacidade do cidadão de pagar tributo, pois independe da condição econômica do cidadão para pagar imposto”⁷ e sim de outros objetivos constitucionais a serem trilhados para a busca do incentivo ao desenvolvimento econômico e ambientalmente correto.

Já Regina Helena Costa⁸, compreende que o princípio da capacidade contributiva não deverá ser abandonado eternamente, mas poderá ocorrer uma convivência harmônica entre este e a extrafiscalidade, através das derrogações parciais do princípio em favor do limite *mínimo vital* garantido constitucionalmente a um contribuinte, com a aplicação da extrafiscalidade. Entende-se que é possível ocorrer a extrafiscalidade ambiental nas espécies de incentivo ou repressão, desprendendo de algumas partes do princípio da capacidade contributiva.

Em entendimento contrário, ensina o Professor José Marcos Domingues de Oliveira⁹ que o princípio da capacidade contributiva não poderá ser afastado da extrafiscalidade, salvo no caso da tributação ambiental, pelo fato que a tributação extrafiscal é uma exceção, pois o Estado sempre terá a necessidade de arrecadar para cobrir as despesas ordinárias de serviços públicos essenciais a garantir o mínimo do princípio da dignidade humana. Assim, não poderá dispor da capacidade do contribuinte, em virtude de o tributo extrafiscal atender outros objetivos e não somente os da arrecadação. Na tributação ambiental, entende o autor ser compatível o princípio da capacidade contributiva com a extrafiscalidade, pelo fato de que

⁷ ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípio de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.200.

⁸ COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.70.

⁹ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário. Capacidade Contributiva: Conteúdo e Eficácia*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.117-118.

na tributação ambiental ocorrerá o fenômeno da internalização das externalidades pelos industriais.

Assim, o princípio da capacidade contributiva não se aplica à extrafiscalidade, devido ao fato de que esta abrange outros objetivos constitucionais, em especial a política econômica, social e ambiental, e não somente a arrecadação fiscal.

A extrafiscalidade é um das melhores forma que poder público tem de induzir comportamentos que gerem externalidades positivas, tanto no âmbito social como ambiental.

2. Extrafiscalidade Ambiental como Instrumento de Política Pública

As políticas públicas significam o conjunto de objetivos informativos das ações governamentais e medidas executadas para atingir os objetivos públicos. São instituídas por lei e, é através delas que o Estado procura atingir suas finalidades institucionais impondo diretrizes à sociedade, com repercussões no setor privado, objetivando a orientação ou referência para o emprego das estratégias públicas para atingir um objetivo.

As Políticas Públicas devem estar orientadas para o direito ao desenvolvimento humano, numa busca de equilíbrio e harmonia entre o dever de preservar e o direito de desenvolver. Têm também como instrumento grandioso a tributação, principalmente na forma da extrafiscalidade, com o objetivo primordial de incentivar a observância e a aplicação dos princípios tributários, na preservação de um ambiente sadio e de qualidade para a sobrevivência humana.

A política tributária deve utilizar-se de instrumentos econômicos para melhorar os impactos ambientais da atividade econômica, pois deverá privilegiar os incentivos e estímulos tributários, ou desestimular comportamentos e condutas anti-ambientais, através da modalidade extrafiscal que visa modificar as atitudes dos agentes econômicos, para melhoria da preservação ambiental.

Alejandro C. Altamirano descreve alguns aspectos para a formação de uma política tributária ambientalmente correta:

1. Considerar o dever do Estado como um participante necessário na resolução dos problemas em virtude de que os particulares não podem – individualmente – consensar as alternativas de solução;
2. Avaliar a gama de instrumentos econômicos aos quais podem recorrer cuidando de não tornar inoperável a atividade, para o que deverá efetuar uma profunda análise das conseqüências que poderiam produzir-se em sua implementação;
3. incentivar mais que penalizar;
4. avaliar adequadamente as implicações políticas de sua utilização;
5. enaltecer os aspectos distributivos e;
6. projetar sua eficácia e sua eficiência.¹⁰

Desta forma, a participação do Estado como incentivador e implementador de políticas públicas para solução da compatibilização do meio ambiente com o desenvolvimento econômico, é de fundamental importância para incentivar o particular a gerar em sua cadeia produtiva externalidades positivas, através de seu orçamento participativo, pois o Estado não poderá instituir instrumentos econômicos ambientais que inviabilizem totalmente a atividade econômica, o qual deverá planejar e estudar minuciosamente os efeitos negativos para não afetarem, ainda mais, o desenvolvimento econômico.

¹⁰ ALTAMIRO, Alejandro. *El Derecho Constitucional a Um Ambiente Sano, Derecho Humanos Y SU Vinculación Con El Derecho Tributario*. in Martins, James.(coord.) *Tributação e Meio Ambiente*. v. 2. Curitiba: Juruá, 2002., apud MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental: Função do Tributo na Proteção do Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004, p.99.

A intervenção do Estado na economia como agente regulador, normativo da atividade econômica enfatizada pelos Arts. 170, 173 e 174 da Constituição Federal Brasileira, preconiza a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, para assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Um de seus objetivos é a defesa do meio ambiente, elencado no inciso IV do mesmo artigo. Para tanto, deverá encontrar na tributação ambiental um instrumento eficaz para alcançar os objetivos propostos, através da extrafiscalidade ambiental, que concederá incentivos, isenções e graduação das alíquotas dos tributos para orientar o comportamento do contribuinte a uma conduta ambientalmente correta.

A utilização dos tributos não apenas em sua função de arrecadação, mas principalmente em seu caráter extrafiscal, é de fundamental importância para a perfeita implantação das políticas de estado, ou seja, políticas projetadas para executar em vários mandatos eletivos, ao contrário da política de governo que guardam profunda relação com o mandato eletivo. Assim, ocorre uma confusão em implantar políticas públicas, pois muitos políticos não sabem diferenciar as duas categorias e acabam abandonando as políticas de públicas da outra gestão.

Assim, o seu caráter extrafiscal tem sua função de interferirem nas condutas ilegais ao meio ambiente, como bem explica José Marcos Domingues de Oliveira¹¹, que se refere aos tributos ambientais extrafiscais como aqueles que tendem a desanimar as condutas contaminadoras, e a tratamentos fiscais favorecidos, como medidas estimuladoras a empresas que adotem uma correta política socioambiental.

Enfatiza Flavio Azambuja Berti o uso da extrafiscalidade é um meio de efetivação de políticas públicas que possibilitam o desenvolvimento.

¹¹ MOTTA, Ronaldo Seroa da, OLIVEIRA, José Marcos Domingues de, MARGULIS, Sergio. *Proposta de Tributação Ambiental na Atual Reforma Tributária*. IPEA: Rio de Janeiro, 2000. p. 11.

A propósito do uso extrafiscal do IPI como instrumento para a efetivação de políticas pública, observa-se que não apenas em relação aos ambientes econômico e social é possível utilizar tal imposto como meio de estímulo para a implementação de planos de desenvolvimento.¹²

A extrafiscalidade assume em sentido próprio dois tipos: as normas jurídicas fiscais e as normas de não tributação, sendo que a última poderá ser denominada como benefícios fiscais, visando atingir os objetivos econômico, ambientais e sociais.¹³ Desta forma, a extrafiscalidade torna-se a viga mestra da implementação de uma política pública de influência do comportamento dos entes econômicos, de maneira a estimular iniciativas positivas para o interesse público ambiental, como bem declara Lúcia Maria Lopes Rodrigues Ribas “a extrafiscalidade pode ser considerada como mecanismo de uma ordem econômica–social mais justa”¹⁴, sobretudo com a finalidade de integração social e distribuição de riqueza.

Destarte, a extrafiscalidade é um instrumento de intervenção do Estado por indução, que instiga o contribuinte a evitar o dano ambiental ao invés de tentar repará-lo depois de ocorrido. Em virtude da aplicação conjunta do princípio da prevenção e dos incentivos e estímulos fiscais, os produtos prejudiciais ao meio ambiente tornar-se-ão mais caros, devido à incidência tributária. Já os produtos ambientalmente corretos terão preços menores, devido aos incentivos tributários concedidos em tal hipótese, aumentando assim, no mercado, a utilização desses produtos, fazendo com que as empresas que respeitam as normas ambientais tenham condição de permanecer no mercado de consumo.

¹² BERTI, Flávio de Azambuja. *Imposto: Extrafiscalidade e não confisco*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2006, p.77.

¹³ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal e Tutela do ambiente em Portugal*. In TÔRRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 423.

¹⁴ RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários*. In TÔRRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.719.

Para incentivar a proteção do meio ambiente por parte dos empresários, nem sempre é necessária a criação de novos tributos. A releitura dos dispositivos legais existentes e a adequação ambiental das alíquotas tributárias, por exemplo, podem, desde logo, servir como excelente instrumento de incentivo à adoção de processos produtivos limpos. Outras soluções, tais como a repartição orçamentária, também podem ser utilizadas de modo a promover o meio ambiente equilibrado, ou seja, seria melhor que ocorresse um “esverdeamento” dos impostos existentes no sistema tributário.

Além disso, a intervenção do Estado visando à busca do desenvolvimento sustentável via tributação, na forma de extrafiscalidade, deverá ser clara e objetiva, para alcançar os objetivos almejados e esperados, caso contrário trará prejuízos irreparáveis para ordem econômica ambiental.

A extrafiscalidade é o maior instrumento de indução para a busca do desenvolvimento sustentável, pois incide sobre a produção e o consumo, por meio de mecanismos de graduação de alíquotas, reduções de base de cálculo e seletividade, isenções e restituições, dependendo da natureza dos produtos, visando aumentar ou desestimular a produção de produtos nocivos ao meio ambiente, ou aqueles que o processo de produção afete negativamente o meio ambiente.

3. Benefícios Fiscais

Além de a tributação ambiental ser um grande instrumento da internalização das externalidades, como ora estudado, poderá ser também utilizada na modalidade extrafiscal, pelo modo de abstenção arrecadatória para alcançar o desenvolvimento econômico sustentável.

Na extrafiscalidade ambiental, o instrumento mais eficaz para o incentivo de determinados setores da atividade econômica ambiental são os benefícios fiscais, que premiam aqueles que buscam efetivar a preservação ambiental e seus fundamentos constitucionalmente previstos.

José Casalta Nabais¹⁵ defende que a extrafiscalidade deverá ser aplicada de forma excepcional, mas não de forma anormal, assim os benefícios fiscais são instrumentos mais operacionais, para que os tributos ambientais alcancem os objetivos de incentivar comportamentos corretos para preservar o meio ambiente, tornando-se uma função promocional do direito.

Os benefícios fiscais poderão ser divididos em duas categorias, como benefícios “*stricto sensu* ou estáticos”, ou seja, aqueles que visam somente beneficiar a economia e meio ambiente para os contribuintes que já realizaram suas ações; já os benefícios fiscais “*latu sensu* ou dinâmicos” visam a incentivar ou estimular os contribuintes a desenvolverem suas ações positivas no âmbito econômico, social e ambiental, isto é, a relação entre as vantagens atribuídas e as atividades estimuladas, assumindo assim os incentivos o seu caráter seletivo e temporário. Como bem ensina José Casalta Nabais:

[...] Com distinção que há a fazer em sede dos benefícios fiscais, separando os benefícios fiscais estáticos ou benefícios fiscais *stricto sensu*, dos benefícios fiscais dinâmicos, incentivos ou estímulos fiscais. [...] Os primeiros dirigem-se, em termos estáticos, a situações que, ou porque já se verificaram (encontrando-se portanto esgotadas), ou porque, ainda que não se tenham verificado ou verificado totalmente, não visam, ao menos directamente, a incentivar ou estimular, mas tão-só beneficiar por superiores razões de política geral de defesa, externa, económica, social, cultural, religiosa etc. Por seu turno, os segundos visam incentivar ou estimular determinadas actividades, estabelecendo, para o efeito, uma relação entre as vantagens atribuídas e as actividades estimuladas em termo de causa efeito. ¹⁶

Assim, os benefícios fiscais estão inseridos na extrafiscalidade

¹⁵ NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal e Tutela do Ambiente em Portugal*. In TÓRRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 424.

¹⁶ NABIS, José Casalta. *Direito Fiscal e Tutela do ambiente em Portugal*. . In TÓRRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 426.

tributária que vise, principalmente, incentivar alguns setores da atividade econômica, para alcançar os objetivos da ordem econômica e do meio ambiente, em virtude desses objetivos serem superiores à arrecadação fiscal.

3.1. Benefícios Fiscais Estáticos

3.1.1. Imunidades Tributárias e Isenções

A Constituição Federal estabelece a competência tributária dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Nesse momento, outorga a cada um desses entes o poder de instituição de tributos, cuja exigência se dará devido ao acontecimento de determinadas situações concretas.

Ainda, insta salientar que da mesma maneira que a Constituição Federal autoriza esses entes a instituir tributos, lhes concede a competência de definir benefícios fiscais, como por exemplo, os incentivos fiscais.

As imunidades tributárias são formas de limitação constitucional ao poder de tributar do Estado, bem como os princípios constitucionais tributários, em virtude de impedirem o livre exercício do poder de tributar do Estado, para proteger o contribuinte que sofre ou virá a sofrer a incidência de um tributo. Assim, a limitação ao poder de tributar constitui verdadeiro direito fundamental do sujeito passivo da obrigação tributária. De modo diverso entende Luciano Amaro, para quem as imunidades não configuram limitação do poder de tributar, “[...] pela razão de que, nas situações imunes, não existe (nem preexiste) poder de tributar”.¹⁷

As imunidades tributárias, que estão contidas de forma expressa na Constituição Federal, são embasadas em regras de com-

petência, devido ao fato de que o Estado perderá parcela de sua competência tributária para decidir sobre os fatos jurídicos que irá tributar, pois tais imunidades resguardam o equilíbrio do Estado Democrático de Direito, a liberdade religiosa, política, associativa, intelectual, cultural e o desenvolvimento econômico.

As diferenças entre as imunidades e as isenções poderão ser externalizadas pelas incidências ou não dos tributos. As imunidades materializam-se por uma dispensa “constitucional de pagamento de tributo”, isto é, não-incidência constitucionalmente qualificada. Já as isenções, por sua vez, traduzem-se em *dispensa* “legal de pagamento de tributo”.¹⁸

Existem duas correntes doutrinárias para conceituar as isenções fiscais: a primeira delas, baseada literalmente no Art. 175 do Código Tributário Nacional, entende que as isenções são formas de exclusão dos créditos tributários; a segunda, defendida pela maior parte da doutrina, entende que as isenções são uma modalidade de não incidência, isto é, só ocorrerá a isenção caso uma lei isentiva suspenda os efeitos da lei de criação do tributo.

Defende José Souto Maior Borges que as isenções constituem-se numa “hipótese de não-incidência legalmente qualificada”, pelo fato de que as normas de imposição da obrigação tributária serão afastadas com as normas isentivas e assim reciprocamente, pois “[...] só há obrigação onde a lei tributária liga à conduta oposta àquela que ela prescreve como devida uma sanção pela prática de ato ilícito”. Portanto, a revogação da isenção constitui uma nova hipótese de incidência tributária, tendo em vista que a concessão da isenção afastou os efeitos das normas impositivas, acarretando a exclusão do fato gerador.¹⁹

Paulo de Barros Carvalho entende que isenções são “normas de estrutura”, e que as normas impositivas de tributos são “normas de

¹⁸ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito: Direito Tributário*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p.47.

¹⁹ BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral das Isenções Tributárias*. 3.ed.rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.182.

conduta²⁰, pelo fato de que as normas de estrutura poderão manipular as normas de conduta, no sentido de regular os efeitos e até mesmo revogá-las. Desta forma, colocando as isenções como reguladoras das normas impositivas, podendo até manipular seus efeitos, sempre deverá respeitar-se o princípio da capacidade contributiva e da igualdade.

As isenções, quando não concedidas em caráter geral, são efetivadas em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão. Portanto, as isenções podem ser revogadas ou modificadas por lei a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do artigo 104 do Código Tributário Nacional, salvo se concedidas por prazo certo e em função de determinadas condições, sendo que os efeitos da revogação dar-se-ão no primeiro dia do exercício seguinte ao da revogação, pelo fato de que se baseiam na hipótese de incidência tributária.

As isenções tributárias que preservam a política ambiental deverão estabelecer normas rigorosas de instituição das isenções, para que os entes econômicos respeitem minuciosamente todos os dispositivos das mesmas, e não desvirtuem os preceitos das referidas isenções, de modo que não inviabilize os investimentos empresariais.

3.2. Benefícios Fiscais Dinâmicos

3.2.1. Incentivos Fiscais

No Estado contemporâneo, como bem observa Bobbio²¹,

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.483.

²¹ BOBBIO, Norberto apud YOSHIDA, Consuleo Yatsuda Moromizato. *A Efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômicos - Financeiros e Tributários*. In TÔRRES, Heleno Taveira.(coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 538.

“é cada vez mais frequente o uso de técnicas de estímulo de comportamentos”. Desta forma, aumentando cada vez mais a eficácia dos incentivos fiscais, em virtude de os mesmos parecerem ser os mais propícios à realização dos objetivos pré-definidos ao menor custo, uma vez que cada poluidor tem maior conhecimento e informação para a escolha dos meios mais compatíveis para encontrar o desenvolvimento sustentável, pelo fato de que o poluidor consegue diminuir os custos associados à proteção do equilíbrio ambiental, por atuarem preventivamente e eliminarem a sobrecarga ao Estado em fiscalizar e punir os agentes poluidores.

O emprego de instrumentos tributários, diretamente vinculados ao incentivo da preservação ambiental, é de grande valia para encontrar um equilíbrio entre o desenvolvimento das atividades econômicas e a preservação de todos os recursos renováveis e não-renováveis da natureza.

Quando a tributação ambiental for utilizada para estimular a atividade econômica ambientalmente correta, através de incentivos fiscais, deverá respeitar aos requisitos formais e principiológicos para sua concessão e à Lei de Responsabilidade Fiscal que o ente estatal tem que observar. Deverão também conceder incentivos por meio da aplicação dos princípios ambientais como o da prevenção e subsidiariamente o princípio do poluidor pagador.

Colocar em prática o princípio do poluidor pagador para atrelar-se à função fiscal e extrafiscal dos tributos, visa proporcionar aos contribuintes não-poluidores uma maior vantagem. Desta forma, o contribuinte poluidor arcará com uma carga tributária maior e internalizará todas as externalidades negativas produzidas.

Os incentivos fiscais aplicados à defesa do meio ambiente ganham grande importância, em virtude de sua força estimuladora, concedendo ao poluidor a escolha entre continuar poluindo, trazendo como consequência o pagamento de mais impostos, ou não poluir, mudando seu comportamento, o que se dará, por exemplo, com a evolução tecnológica na cadeia produtiva, e a utilização

de materiais recicláveis ou a minimização do emprego de recursos não-renováveis, gerando assim produtos ecologicamente corretos, e dessa forma pagar menos tributos ou até mesmo não pagar, em função de sua atividade ser ambientalmente correta.

Assim, a extrafiscalidade ambiental por meio dos incentivos fiscais para preservar o meio ambiente poderá ser de forma direta, através da tributação na forma regressiva ou progressiva, sobre patrimônios ou rendas, ou ainda indiretamente, por meio de incentivos na produção, comercialização e consumo.

Cristiane Madeira Mariano Leão²² entende que a adoção de incentivos e subsídios econômicos não é o melhor caminho para modificar comportamentos ambientais dos agentes. Entende que o agravamento da carga tributária ou aplicação do princípio do poluidor pagador é uma forma de internalizar as externalidades. Ademais, esclarece que a “ação preservacionista do empresário não é uma faculdade que deverá ser premiada”, mas um dever legal previsto na Constituição Federal.

Em sentido oposto, Alejandro C. Altamirano²³ ensina que, os incentivos fiscais e os benefícios são grandes instrumentos para estimular os empresários a preservar a natureza, em virtude de compensar parte dos gastos efetuados em tecnologias limpas investidos em sua atividade econômica. Além disso, a preservação ambiental é interesse de todos, inclusive do Estado. Por isso entende-se que os incentivos fiscais são formas de o Estado colaborar com o particular na preservação do meio ambiente, mesmo que desta forma tenha que renunciar receitas para assegurar um dos preceitos constitucio-

²² LEÃO, Cristiane Madeira Mariano. *Ensaio sobre a Tributação ambiental - Considerações sobre a Extrafiscalidade dirigida a Promoção do Desenvolvimento Social Sustentável através da aplicação do Princípio do Poluidor Pagador no Direito Tributário*. Monografia apresentada no Curso de Especialização de Direito Tributário à UNISINOS, 2002, p. 44.

²³ ALTAMIRANO, Alejandro C.. *El Derecho Constitucional a Um Ambiente Sano, Derecho Humanos Y SU Vinculación Con El Derecho Tributario*. in Martins, James. (coord.) *Tributação e Meio Ambiente*. v.2 .Curitiba: Juruá, 2002, p. 80.

nais, que é a preservação do meio ambiente para futuras gerações, conforme Art. 225 da Constituição Federal.

Da análise dos autores supra citados, conclui-se que a concessão de incentivos e benefícios fiscais é mais vantajosa, tendo em vista que é preferível incentivar o empresário a não poluir do que puni-lo com sanções que poderão gerar a inviabilidade da atividade econômico-produtiva e não reparar o meio ambiente.

Para tanto, o ente estatal ao renunciar receita para incentivar ou estimular atividades preservacionistas do meio ambiente, deverá respeitar o Art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, para que ocorra uma compensação de receitas, visando a estabilização dos investimentos nos objetivos constitucionais. Assim, a “[...] concessão de incentivos fiscais deve ser entendida como algo mais que um mero instrumento intervencionista do Estado”²⁴, para promover um desenvolvimento sustentável e economicamente equilibrado, com a busca incessante de qualidade de vida para a população.

Os incentivos fiscais denominados benefícios fiscais estáticos atuam na receita pública, como por exemplo, as isenções e anistias. Já os benefícios dinâmicos influem no sistema das despesas públicas, como subvenções, subsídios, créditos presumidos, e poderão ser mais eficazes para a tributação ambiental, por exercerem influência na esfera da despesa pública. Para Marcos André Vinhas Catão, os incentivos fiscais que agem nas despesas públicas, como subvenção e os subsídios, deverão ser controlados

[...] como os que atuam na órbita da receita, assim como os demais incentivos ainda que denominados ou estruturados como incentivos financeiros ou extratributários, os quais tenham por base subjacente uma relação jurídico-tributária como o beneficiário.²⁵

²⁴ PIRES, Adilson Rodrigues. *Incentivos Fiscais e o Desenvolvimento Econômico*. In SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito Tributário*. vol.I, São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.1122.

²⁵ CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

Desta feita, os incentivos fiscais que atuam na forma de despesas públicas são as melhores formas de encontrar uma estabilidade entre os recursos naturais e o desenvolvimento econômico, pois os incentivos que exercem sobre as receitas públicas deverão tomar mais cuidado, ao instituir, pelo fato que devem manter coerência com sua finalidade e a atividade administrativa que criou e com os princípios tributários e administrativos.

3.2.2. Subsídios, Subvenções e Créditos Presumidos

Os subsídios encontram-se na esfera das despesas públicas, denominados, como explanado acima, benefícios fiscais dinâmicos, que podem ser utilizados com uma força incentivadora e estimuladora dos comportamentos econômicos ambientalmente corretos.

Desta forma, os subsídios enquadram-se como uma forma de auxílio do Estado, que pode ser comercial, financeira, fiscal ou cambial, para estimular as atividades econômicas e produtivas em um mercado competitivo. Uma de suas funções é a correção das distorções de mercado, e a promoção de um desenvolvimento sustentável. Ainda, há que se ressaltar que atuam na esfera de aplicação dos princípios econômicos e ambientais.

Diferentemente, subvenção é a doação cuja destinação é determinada pelo ente estatal, que a concede segundo sua conveniência política. Entretanto, deverá estar prevista no orçamento tributário anual. Por isso, não se pode afirmar que a subvenção, como figura do direito financeiro, não possa estar subjugada às restrições formais relativas à concessão de benefícios de natureza tributária.²⁶

Há que se diferenciar, ainda, o que sejam os créditos presumidos. Estes “assumem natureza jurídica diversificada, sendo, por

²⁶ PIRES, Adilson Rodrigues. *Incentivos Fiscais e o Desenvolvimento Econômico*. In SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito Tributário*. vol.I, São Paulo: Quartier Latin, 2003.p.1112.

vezes, um subsídio, uma subvenção ou uma mera redução da base de cálculo”.²⁷ A princípio, sua incidência se dá sobre os impostos não-cumulativos, especificamente sob a forma de um valor adicional ao montante destacado ou cobrado nas operações. Tudo isso ainda como forma de prevenir a dupla tributação internacional no imposto de renda.

Para Cláudia Dias Soares²⁸, os subsídios são passíveis de assumir duas feições: “[...] com a função de fornecer um estímulo de sentido positivo à alteração de comportamento para os moldes mais sustentáveis”, tornando-se uma grande força incentivadora dos agentes econômicos, para conservar o desenvolvimento empresarial e ambiental. Já na segunda feição, os subsídios têm o intuito “[...] de reduzir o impacto económico negativo causado pela introdução de medidas de proteção do equilíbrio ecológico”, em virtude de os incentivos ao investimento em tecnologias de controle de poluição serem ineficazes e ineficientes.

Os subsídios podem ser incluídos genericamente como meio fiscal, isto é, concessão de benefícios fiscais e depreciação acelerada de bens, ou como meio financeiro, através de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição e instalação de tecnologias “limpas” nas indústrias.

Vários doutrinadores resistem à aplicação de subsídios, por contrariarem o Princípio do Poluidor Pagador, entendendo que, subsidiando o poluidor, o Estado estará suportando os custos da poluição, sendo que o custo da prevenção e produção de bens ecologicamente corretos deveria ser um dever do empresário.

Maria Alexandra de Sousa Aragão defende que as subvenções e ajudas monetárias (ou em espécie) não são contornos do Princípio do Poluidor Pagador, em virtude de entender que o subsídio

²⁷ Op. Cit., p.1113.

²⁸ SOARES, Cláudia Dias. *O Imposto Ambiental: Direito Fiscal do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 57.

[...] significaria a transferência do encargo do financiamento da política do ambiente, de quem tem os meios para a prevenir e evitar a poluição – os poluidores – para todos os contribuintes. Se estes não tiverem, como é provável, qualquer relação directa ou sequer indirecta, com a poluição, não têm ao seu dispor quaisquer meios eficazes para a controlar.²⁹

Tendo-se em vista que a aplicação dos incentivos fiscais sejam eles subsídios, subvenções e benefícios fiscais, poderão ter como justificativa primordial o princípio da prevenção do direito ambiental, conjuntamente com o princípio do poluidor pagador, para a obtenção de formas de conduzir os comportamentos empresariais para uma atuação ambientalmente correta, ao invés de aumentar a carga tributária dos agentes poluidores com a aplicação do Princípio do Poluidor Pagador, pois o mesmo fará com que os empresários consigam comprar quotas de poluição, o que acarretará a não reestruturação do meio de produção, ou seja, impedirá a troca de equipamentos poluentes por outros que produzam externalidades positivas, isto é, atuando de forma preventiva e não repressiva.

Comprova-se o acima dito com os dizeres de Cláudia Dias Soares:

Assim, um subsídio, ainda que seja indesejável quando aplicado aos produtores, poderá ser útil em sede de correcção de externalidades provenientes do consumo, permitindo que o Ótimo de Pareto seja atingido sem que, para isso, seja necessário colocar os sujeitos numa situação pior do que aquela em que se encontram inicialmente.³⁰

Desta forma, os subsídios e os incentivos como meio de benefícios fiscais dinâmicos, tornam-se instrumentos relevantes e

²⁹ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do Poluidor Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 176.

³⁰ SOARES, Cláudia Dias. *O Imposto Ambiental: Direito Fiscal do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 61.

primordiais para a implementação de políticas públicas, que visem o equilíbrio entre o meio ambiente e uma economia crescente, de forma a não barrar completamente a atividade industrial, com o argumento de preservação ambiental, de modo que a atuação dos setores produtivos encontre o almejado desenvolvimento sustentável.

Os incentivos estatais são de fundamental importância na introdução e apoio de indústrias em desenvolvimento, principalmente na sua fase de criação e modelagem industrial ambientalmente correta, para evitar a perda de competitividade das empresas, tanto no mercado interno como externo, para gerarem as externalidades positivas, que produzem um preço de mercado dos bens sustentáveis mais compatíveis com o poder aquisitivo dos consumidores.

Assim, o Estado deverá ponderar os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal para conceder incentivos fiscais de forma a não anular totalmente as receitas públicas, e encontrar um ponto de equilíbrio entre os subsídios que podem incentivar uma atividade ambientalmente correta, com os gastos/contas públicas, pois é difícil realizar o controle da relação entre o montante dos subsídios concedidos e os objetivos ambientais visados pelo Estado.

4. Responsabilidade Fiscal na Extrafiscalidade

A política extrafiscal contém um tratamento discriminado de contribuintes, através de isenções, benefícios fiscais e reduções de alíquotas, que deverão ser feitos através de planejamento público, respeitando a Lei Complementar 101 de 04 de Maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, voltada para a responsabilidade e eficiência da gestão fiscal.

A Lei de Responsabilidade Fiscal pressupõe que, na gestão, ocorra uma ação planejada e transparente, em que se previnam riscos e corrijam desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita,

geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

Assim, a lei de responsabilidade fiscal obriga o agente público a uma ação programada e transparente, fundamentada nos limites e condições encontradas para o equilíbrio entre receitas, despesas e os incentivos aos comportamentos ambientalmente corretos.

Um objetivo muito importante desta lei é a Responsabilidade Sócio-ambiental. A partir destes objetivos são previstas:

- A participação popular na discussão e elaboração dos planos e orçamentos já referidos;
- A disponibilidade das contas dos administradores, durante todo o exercício, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade;
- A emissão de relatórios periódicos de gestão fiscal e de execução orçamentária, igualmente de acesso público e ampla divulgação.³¹

Para que possa ocorrer o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e meio ambiente, mediante a extrafiscalidade ambiental, se faz necessária a implementação de políticas públicas que respeitem a Lei de Responsabilidade Fiscal, isto é, uma ação planejada e minuciosamente estudada, para alcançar os benefícios da extrafiscalidade ambiental sem prejudicar as receitas totais, pois os Municípios não poderão renunciar às receitas visando a implementação de benefícios fiscais, sem que ocorra uma compensação racional das receitas, para não gerarem prejuízos ao contribuinte. Assim, as normas impostas no Art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal não podem ser taxativas, pelo fato de ocorrer compensação racional de receitas.

Betina Treigger Grupenmacher preleciona que o Art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal é inconstitucional, por afrontar ao princípio

³¹ GORGA, Isadora. BERGAMASCO, José Lucas, disponível em <<http://www.igepri.org/observatorio/?p=4826>>.

federativo, tornando um “dispositivo imprestável juridicamente”, em virtude de ser um modelo neozelandês, que por si apresenta inúmeras incompatibilidades com nosso sistema constitucional:

[...] Sendo certo que a autonomia das pessoas políticas de direito público é decorrência necessária do Princípio Federativo, a vedação da renúncia de receita e a imposição de medidas de compensação estabelecida no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal consubstanciam-se em medidas inconstitucionais, pois que lhes limitam a prerrogativa de auto governabilidade.³²

Desta forma, não poderá aceitar que a Lei de Responsabilidade Fiscal trate de modo específico a arrecadação de um ente autônomo da federação, comprometendo a sua competência tributária em instituir ou renunciar receita.

A tributação ambiental se instrumentaliza principalmente pela extrafiscalidade ambiental, que se baseia na instituição de benefícios fiscais que não afetarão o Art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo fato que deverá ocorrer uma compensação racional entre as receitas primárias e os incentivos fiscais ambientais, ou melhor, o ente autônomo (Município) tem competência para dirimir quais são os interesses primordiais na compensação de receitas, em virtude de os entes governamentais assumirem maior compromisso com orçamentos e as metas municipais.

Além disso, as despesas de implantação de políticas públicas ambientais, econômicas e sociais deverão constar do orçamento municipal, que tem como fator principal a participação popular na sua elaboração, através da realização de audiências públicas, para discutir a Lei de Diretrizes Orçamentária e encontrar um ponto de equilíbrio entre as receitas ordinárias e os incentivos fiscais no âmbito do meio ambiente, além da transparência da gestão fiscal em prestar conta para sociedade sobre o quanto e como utilizam os recursos financeiros.

³² GRUPENMACHER, Betina Treigger. *Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. In OLIVEIRA, Valdir de. (coord) São Paulo: Dialética, 2001, p.23.

Conclusão

A utilização dos tributos não apenas em sua função de arrecadação, mas principalmente em seu caráter extrafiscal, é de fundamental importância para a perfeita implantação das políticas de estado, ou seja, políticas projetadas para executar em vários mandatos eletivos, ao contrário da política de governo que guardam profunda relação com o mandato eletivo.

A concessão de incentivos e benefícios fiscais é mais vantajosa, tendo em vista que é preferível incentivar o empresário a não poluir do que puni-lo com sanções que poderão gerar a inviabilidade da atividade econômico-produtiva e não reparar o meio ambiente.

Para que ocorra uma aplicação da função extrafiscal de forma correta é necessário que observe todos os parâmetros estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal Brasileira, por ser um mecanismo de *maior controle nas contas públicas*: passa a haver maior rigor para que o governo não contraia empréstimos ou dívidas. É um mecanismo de *fiscalização e transparência*.

Assim, a extrasficalidade não poderá ser executada sem controle e transparência, caso ocorra desta maneira, ocasionará um prejuízo irreparável a população, ao contrário deverá ser efetuada de forma controlada e fiscalizada para que o agente público, possa utilizar o instrumento indutor de comportamentos ambientalmente corretos de forma segura e concreta respaldados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Referências

- ALTAMIRO, Alejandro. *El Derecho Constitucional a Um Ambiente Sano, Derecho Humanos Y SU Vinculación Con El Derecho Tributário*. in Martins, James.(coord.) Tributação e Meio Ambiente. v. 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed.rev. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 151.
- ATALIBA, Geraldo. IPTU – Progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, jan./ mar. 1991
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do Poluidor Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 176
- BERTI, Flávio de Azambuja. *Imposto: Extrafiscalidade e Não Confisco*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2006
- BOBBIO, Norberto apud YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *A Efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômicos - Financeiros e Tributários*. In TÔRRES, Heleno Taveira.(coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 538.
- BORGES, José Souto Maior. *IPTU: progressividade*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, 1994.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral das Isenções Tributárias*. 3.ed.rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.182.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.228.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1998*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.245.

- GORGA, Isadora. BERGAMASCO, José Lucas, disponível em <<http://www.igepri.org/observatorio/?p=4826>> acesso em 13.05.13
- GRUPENMACHER, Betina Treigger. *Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. In OLIVEIRA, Valdir de. (coord) São Paulo: Dialética, 2001, p.23.
- LEÃO, Cristiane Madeira Mariano. *Ensaio sobre a Tributação ambiental - Considerações sobre a Extrafiscalidade dirigida a Promoção do Desenvolvimento Social Sustentável através da aplicação do Princípio do Poluidor Pagador no Direito Tributário*. Monografia apresentada no Curso de Especialização de Direito Tributário à UNISINOS, 2002, p. 44.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.
- MOTTA, Ronaldo Seroa da, OLIVEIRA, José Marcos Domingues de, MARGULIS, Sergio. *Proposta de Tributação Ambiental na Atual Reforma Tributária*. IPEA: Rio de Janeiro, 2000. p. 11.
- NABIS, José Casalta. *Direito Fiscal e Tutela do ambiente em Portugal*. In TÔRRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 423.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário. Capacidade Contributiva: Conteúdo e Eficácia*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.117-118.
- PIRES, Adilson Rodrigues. *Incentivos Fiscais e o Desenvolvimento Econômico*. In SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito Tributário*. vol.I, São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.1122.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Defesa ambiental: Utilização de Instrumentos Tributários*. In TÔRRES, Heleno Taveira. (coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.719
- RIBEIRO, Maria de Fátima. *O IPTU como Instrumento de Intervenção no Uso e Ocupação do Solo Urbano Conforme Disposições do Estatuto da Cidade*. *IPTU Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2002
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito: Direito Tributário*. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p.47.
- SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo Ambiental: Extrafiscalidade e Função Promocional do Direito*. Curitiba: Juruá. 2006

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Económica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

SOARES, Cláudia Dias. *O Imposto Ambiental: Direito Fiscal do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 57.

ZILVEI, Fernando Aurélio. *Princípio de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.20

(Página deixada propositadamente em branco)

Tributação Ambiental

Vânia Senegalia Morete

Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR.

Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Marília - UNIMAR.

Docente e Coordenadora dos Trabalhos de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Docente do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Docente do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica – PUC / Londrina. Docente da Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR

Sumário: 1. Introdução. 2. A Implementação de Políticas Públicas Ambientais e o Direito Tributário. 3. Fiscalidade e Extrafiscalidade Ambiental. 4. Tributação Ambiental: conceito e objetivos. 5. Conclusão. 6. Referências.

Introdução

Atualmente, a sociedade confronta-se com a substituição do equilíbrio ambiental por uma crescente destruição proveniente da intervenção humana. Essa interferência, na maioria das vezes impulsionada pelo antropocentrismo e pela idéia fixa de desenvolvimento a qualquer custo, compromete a harmonia ambiental.

Esta situação se traduz em um embate desastroso: de um lado encontra-se a atividade degradadora do homem, incentivada pela antiga falácia de que os recursos naturais são infindáveis; de outro lado figura o meio ambiente, fragilizado e incapacitado de absorver mais ataques. O resultado desse embate é a ofensa a um direito fundamental, garantido à população: o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

É justamente neste contexto que surge o Direito Tributário como forma de orientação da conduta da sociedade em geral. A criação de incentivos fiscais para os agentes econômicos que utilizam a política de uso sustentável dos recursos naturais nos seus processos de produção estimula os empresários a adotarem a postura de defesa ambiental como forma de economia na carga tributária a ser suportada e de adequação às necessidades mundiais de preservação e mercadológicas. A utilização destes benefícios fiscais em relação às espécies tributárias já existentes pode ainda ser reforçada pela captação de recursos que financiem as ações de prevenção e restabelecimento do ambiente degradado.

O objetivo deste artigo é demonstrar que a utilização do Sistema Tributário Brasileiro como forma de efetivar os valores constitucionais ambientais torna-se altamente positiva, levando-se em consideração as infinitas possibilidades de se adaptarem os tributos já previstos à finalidade de defesa do meio ambiente e a contemplação a princípios de proteção ambiental.

O presente trabalho fundamenta-se na doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de estruturar a pesquisa em bases sólidas e adequadas à importância do assunto tratado. A metodologia empregada para o seu desenvolvimento será dedutiva e histórica, partindo-se de conceitos já estruturados e pacificados para se chegar à essência da tributação ambientalmente orientada.

1. A Implementação de Políticas Públicas Ambientais e o Direito Tributário

Na busca pela defesa ambiental, elenca-se o direito como instrumento através do qual o Estado programa políticas públicas que incorporam a proteção do meio ambiente como fundamento de toda medida sócio-econômica. Essas políticas públicas representam ações na implementação dos direitos fundamentais positivos, ou seja, aqueles que exigem uma prestação ativa do poder público,

como o previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por meio dessas políticas públicas ambientais, ou seja, por intermédio das ações governamentais que caminham para a efetivação do direito garantido constitucionalmente ao meio ambiente, o Estado intervém na ordem econômica como agente regulador e normativo, disciplinando atividades que, direta ou indiretamente, estejam promovendo a degradação do meio ambiente.

Como os problemas ambientais se avolumaram com o passar do tempo, essas políticas públicas pressupõem a intervenção do Estado principalmente em razão das falhas de mercado originadas pela má administração e pelo uso inadequado dos recursos naturais. Neste diapasão, o papel do Estado é estratégico por favorecer o compromisso entre os interesses múltiplos da sociedade, do poder público e dos agentes econômicos.

A intervenção do Estado no caso particular da proteção do meio ambiente dá-se de duas formas, genericamente representadas pelos mecanismos de direção e indução. Os mecanismos de direção qualificam-se pela imposição de normas permissivas ou proibitivas, definidoras dos instrumentos de controle e limitação ao uso dos recursos, dos métodos de fiscalização e de reparação dos danos causados. Aqui se encontra a legislação ambiental que, sozinha, não tem sido suficiente para o convencimento dos agentes econômicos acerca da proteção do ambiente.

Os mecanismos de indução, por sua vez, permitem que o Estado crie políticas públicas que manipulem os agentes econômicos e os estimulem a determinados comportamentos socialmente desejáveis. Via de regra, estas políticas de indução vem acompanhada da idéia de concessão de incentivos e benefícios àqueles que adotam a postura considerada conveniente. Este método, ao lado das normas tradicionais de direção, encaixa-se perfeitamente no objetivo ora proposto: persuadir a sociedade a preservar o meio ambiente como forma de se preservar a própria qualidade de vida.

Cumpra observar que os incentivos e benefícios que permitem a intervenção por indução são meios hábeis de se interferir na engrenagem capitalista sem que se gerem conseqüências desastrosas no mercado, avessas à finalidade pretendida, como por exemplo, a demissão em massa para corte de custos, diminuição na qualidade de produtos, entre outras medidas que afetariam negativamente a sociedade como um todo.

Dessa forma, essas políticas públicas apresentam-se como formas de orientação da conduta da sociedade para a preservação ambiental. Por intermédio da execução de projetos de prevenção de danos ao meio ambiente, redução e recuperação do que já foi degradado, e ainda de criação de uma consciência ecológica, pode-se tornar efetiva a proteção ambiental prevista pela legislação constitucional e infraconstitucional.

Para a execução desses projetos, o Estado deve agir dentro dos limites previstos para a intervenção estatal e utilizar tudo o que estiver à sua disposição, incluindo-se medidas econômicas, tributárias e regulamentadoras aptas a desenvolver a estruturação de um sistema de defesa ambiental que garanta qualidade de vida para as gerações presentes e futuras.

Visando à viabilização dessas políticas públicas, o Estado tem utilizado o Direito Tributário como mecanismo de defesa ambiental, concedendo incentivos aos agentes econômicos que adotam a política de uso sustentável dos recursos naturais e promovendo a captação de recursos que financiem programas de prevenção e de restabelecimento do meio ambiente degradado. Sendo assim, a graduação de tributos surge com forte conotação ambientalista no sentido de onerar atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente e beneficiar aquelas que não o são.

Sobre a utilização da tributação como forma de implementação de políticas públicas que objetivem a proteção do meio ambiente e auxiliem na superação da crise ambiental, José Marcos Domingues de Oliveira preleciona:

Depois de um longo período no qual os controles diretos foram, quase exclusivamente, os únicos instrumentos empregados na política ambiental, parece que o fracasso destes tem levado a que se comece a considerar o papel que os impostos verdes (as figuras tributárias com fins ambientais) podem ter no campo da proteção do meio ambiente. A utilização das espécies tributárias, quer para suprir à prestação de serviços públicos ambientais, quer fundamentalmente para orientar a atuação dos contribuintes em face do meio ambiente é imprescindível para a superação da crise ambiental.¹

A aplicação do Direito Tributário em prol do meio ambiente tem sido evidenciada através da concessão de estímulos a atividades que não são poluentes, subsidiando-as e financiando-as em detrimento e à custa das poluidoras. Tem-se assim a internalização compulsória dos custos ambientais e a efetivação dos princípios ambientais do poluidor pagador, do desenvolvimento sustentável e da prevenção e precaução.

Esta internalização dos efeitos negativos externalizados por uma atividade econômica também pode se efetivar pela instituição de um tributo sobre atividades poluidoras, colocando seu ônus sobre o poluidor, o que permite interiorizar nos preços de mercado os demais custos privados dessa atividade, ou seja, seus custos sociais resultantes dos prejuízos coletivos que ela acarreta.²

Nada mais justo que aquelas atividades que estejam adotando as cautelas necessárias para que os recursos sejam mantidos em um nível de preservação satisfatório sejam premiadas pela política tributária e que aquele agente econômico causador de prejuízos ambientais suportados por toda a sociedade (externalidades negativas) contribua de forma mais efetiva para que esses danos sejam restabelecidos.

¹ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14.

² AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.53.

Neste sentido, esclarece Fernando Magalhães Modé:

A aplicação da tributação na defesa do meio ambiente se dá, no mais das vezes, mediante a internalização compulsória dos custos ambientais não diretamente ligados a determinada atividade produtiva ou produto (princípio do poluidor pagador). Assim, se, por exemplo, uma determinada empresa teve seus custos de produção incrementados por conta de investimento para a alteração de seu processo de produção, levando-a a reutilização de rejeitos antes despejados no meio ambiente, a imposição de um tributo à concorrente que não adotou tal medida, e que portanto, tem condições de colocar no mercado um produto concorrente a preço menor, é não somente uma medida de cunho econômico, mas, de distribuição de justiça.³

Assim, a implementação da política tributária ecológica é capaz de incentivar atividades econômicas não poluidoras e desestimular as agressoras ao meio ambiente, estando apta ainda a gerar recursos capazes de custear sistemas efetivos de combate à degradação ambiental. Esta política pode comportar a utilização de incentivos fiscais com a finalidade de desonerar a produção que optar por mecanismos limpos.

Além do mais, permite-se concluir que todos os sujeitos envolvidos nesta relação são beneficiados: a empresa, em razão dos incentivos concedidos, da imagem positiva perante os consumidores e do decorrente lucro obtido; o poder público, uma vez que conquista subsídios para a prevenção e recuperação dos recursos naturais afetados, além de conseguir potenciais aliados na preservação (empresariado); e a sociedade, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado gera a melhoria da qualidade de vida da população.

Dessa forma, percebe-se que a utilização dos tributos em prol do meio ambiente representa uma das formas mais eficazes de assegurar a preservação ambiental e contribuir para que o direito fundamental a uma vida saudável seja respeitado e garantido à sociedade e às futuras

³ MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 71.

gerações. Estas medidas tributárias, além de reorientar o comportamento inadequado dos poluidores e estimular práticas de desenvolvimento sustentável, podem financiar programas de proteção ambiental.

Após avaliar que o Direito Tributário pode ser utilizado como uma das formas mais eficientes de implementação das políticas públicas ambientais, pertine ainda ao tema proposto neste trabalho analisar a possibilidade de efetivá-las por meio da extrafiscalidade e da fiscalidade, bem como suas conseqüências diretas para a atividade econômica.

2. Fiscalidade e Extrafiscalidade Ambiental

Após a abordagem acerca da utilização da tributação como mecanismo de validação de políticas públicas ambientais, passa-se a análise das formas pelas quais o Estado pode intervir no setor privado, direcionando o sistema tributário e tornando efetiva a proteção do meio ambiente. Para tanto, faz-se necessário o estudo a respeito das diferentes funções que um tributo pode assumir no ordenamento jurídico brasileiro: fiscal e extrafiscal.

A tributação tradicional, também denominada tributação fiscal, visa exclusivamente à arrecadação de verbas para prover ao custeio dos serviços públicos. Esta fiscalidade, imbuída do espírito arrecadatório, é apresentada como a função primária do tributo e tem como objetivo precípua munir os cofres públicos de recursos que financiarão o atendimento das necessidades da população.

Simone Martins Sebastião afirma que a finalidade fiscal

É aquela que mais comumente se associa aos tributos, vale dizer, enquanto receitas derivadas do Estado. São necessárias para fins de fornecimento de recursos financeiros para que o mesmo possa por em prática suas atividades no cumprimento das metas preestabelecidas de atingimento do bem estar comum e da paz social.⁴

⁴ SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo Ambiental – extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 130.

Logo, no aspecto fiscal, o montante arrecadado preencherá as reservas estatais, capacitando o poder público a ter a verba necessária a ser despendida na consecução dos programas realizadores de seus objetivos fundamentais: a satisfação dos direitos e garantias individuais e coletivos previstos na legislação constitucional.

Já a denominada tributação extrafiscal é aquela orientada para fins outros que não a captação de dinheiro para o erário. O fim perseguido pela extrafiscalidade do tributo é percebido quando o Estado, enquanto agente interventor em busca do desenvolvimento e do bem estar comum, manipula as espécies tributárias como forma de orientação da conduta da sociedade para a adoção de um comportamento considerado por ele conveniente e benéfico à coletividade.

Portanto, a extrafiscalidade caracteriza-se pelo exercício da cobrança para atender a outros interesses, que não meramente arrecadatórios. Esta é adotada pelo Estado como forma de sanar as externalidades negativas geradas pelas atividades, sempre com o objetivo de corrigir distorções sociais e econômicas, ou ainda fomentar certos comportamentos que prestigiem os valores constitucionais.

Considerando que a função extrafiscal corresponde à interferência estatal, por intermédio dos tributos, para estimular ou desestimular condutas da sociedade, pode-se afirmar que ela pode ser utilizada com vistas à geração de empregos, à redistribuição de terras, à orientação dos investimentos para setores mais produtivos e adequados ao interesse público, a viabilizar ingresso de estudantes carentes no ensino superior, à função social da propriedade, à defesa ambiental, entre outros.

Raimundo Bezerra Falcão, corroborando com a idéia exposta, ressalta que a extrafiscalidade é “[...] atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais.”⁵

⁵ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 196.

Hely Lopes Meirelles também deixa bem evidente a função do tributo extrafiscal:

A extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade. É ato de política fiscal, isto é, de ação de governo para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária. [...] Com efeito, através da agravação do imposto podem-se afastar certas atividades ou modificar-se a atitude dos particulares reputadas contrárias ao interesse público, como pelo abrandamento da tributação pode-se incentivar a conduta individual conveniente à comunidade.⁶

Contudo, embora seja feita a diferenciação de conceitos acima narrada, deve-se salientar que não há como dissociar os sinais de fiscalidade e extrafiscalidade de um tributo. Não é possível afirmar que existe uma espécie tributária pura, que realize tão somente a função arrecadatória ou a função orientadora. Os dois sentidos podem conviver harmoniosamente na mesma figura impositiva, sendo apenas viável constatar a predominância de um sobre o outro.

É nesta seara que se percebe que o caráter extrafiscal prevalece na utilização dos tributos voltados à questão ambiental, pois seu escopo é orientar condutas não poluidoras e coibir as agressoras ao meio ambiente, ficando a natureza arrecadatória em um segundo plano. Em um primeiro momento, tem-se a atuação estatal empenhada no direcionamento do comportamento dos contribuintes para a adoção de posturas que previnam, neutralizem ou minimizem o impacto negativo decorrente do exercício de suas atividades ao meio ambiente.⁷

A prevalência do caráter extrafiscal não significa que a função fiscal está superada ou que é menos importante no contexto da utilização dos tributos com conotação ambientalista. Ela existe e é

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.158.

⁷ AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

evidenciada quando as espécies tributárias são manejadas no sentido de captar e disponibilizar recursos destinados a financiar programas de proteção ambiental. No entanto, não se pode negar que a intenção primária é o estímulo a comportamentos ambientalmente corretos e desestímulo àqueles que não o são.

Neste mesmo sentido, Susana Bokobo Moiche, ao tratar do assunto, evidencia perfeitamente a predominância deste caráter extrafiscal pontuando que:

Os tributos ambientais serão as prestações pecuniárias exigidas por um ente público com a finalidade principal de produzir efeitos de conservação, reparação, melhoria e, em geral, proteção do meio ambiente. Esta é a sua finalidade principal, entretanto, não há que se esquecer que nunca estará ausente sua finalidade arrecadadora.⁸

Dessa forma, percebe-se que o Estado, ao intervir na economia e estabelecer o direcionamento das espécies tributárias para a proteção ambiental, age com o objetivo primordial de corrigir falhas causadas pelo comportamento indevido dos contribuintes, estimulando-os a adotar posturas que promovam a tutela do meio ambiente e coibindo aquelas que são fontes de degradação.

Ressalte-se que a extrafiscalidade não visa impedir determinada atividade, mas sim condicionar a liberdade de escolha dos entes econômicos através da graduação da carga tributária. A extrafiscalidade intenta influir na opção do contribuinte pelo exercício desta ou daquela atividade e na forma como ela será desenvolvida, sempre tentando orientar as condutas para o bem estar social e para a preservação do meio ambiente.

Neste contexto, cumpre ainda observar que os incentivos fiscais, por intermédio principalmente das isenções, a progressividade e até a seletividade dos tributos podem representar o meio pelo

⁸ MOICHE, Susana Bokobo apud AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

qual o caráter extrafiscal se concretiza com a finalidade de proteger o meio ambiente. Estas figuras podem ser consideradas os principais instrumentos a serem manipulados pelo poder público em busca da efetivação do direito ao bem ambiental.

Por meio de incentivos, também chamados de estímulos ou benefícios fiscais, a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno. Esse objetivo é alcançado pela concessão de benesses ou por intermédio da diminuição ou até da supressão da carga tributária para aqueles que adotam tal comportamento.

As vantagens premiaias conduzem os contribuintes a voluntariamente participar de atividades e assumir condutas prestigiadas pelo planejamento estatal. Assim, ao conceder incentivos fiscais às atividades não poluidoras, o Estado está seduzindo a sociedade a assumir a postura ambiental, já que esta parece mais vantajosa, e desestimulando os atos que forem contrários à proteção do meio ambiente.

José Eduardo Soares de Melo afirma que os incentivos fiscais estão caracterizados quando

O Poder público estabelece situações desonerativas de gravames tributários, mediante a concessão de incentivos e benefícios fiscais, com o natural objetivo de estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos, tendo como propósito subjacente a realização de diversificados interesses. Qualificam-se como prêmios as imunidades, isenções, reduções de base de cálculo, crédito outorgados, etc., sujeitando-se a um regime jurídico diferenciado (extrafiscalidade), porque representam dispêndio para o poder público e benefício para os contribuintes.⁹

Cumpra aqui ressaltar que em respeito à uniformidade geográfica dos tributos devem os incentivos ser instituídos de maneira idêntica em todo o território nacional, não se permitindo qualquer distinção ou

⁹ MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 301.

preferência em relação a estados ou municípios em prejuízo dos demais.

A implementação de incentivos setoriais que implique tratamento diferenciado em relação ao restante do território somente é admitida quando tais estímulos forem destinados a promover o desenvolvimento social e econômico da referida região. Tais benefícios serão permitidos quando diretamente vinculados à realização do objetivo da República Federativa do Brasil de redução das desigualdades sociais e regionais, previsto no artigo 3º da Lei Maior, inciso III.

Dessa forma, tais incentivos podem ser utilizados como forma de orientação social, sendo perfeitamente admitidos quando presentes razões de justiça social e de interesse público, ou ainda para a correção de distorções sociais e econômicas, sempre para reverter os resultados obtidos em favor da coletividade como um todo, em respeito à primazia do interesse social sobre o individual.

Tendo em vista os parâmetros elencados para a concessão dos estímulos fiscais, parece extremamente adequada a sua utilização como forma de promoção da preservação ambiental, já que a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ser garantia fundamental do indivíduo, reflete diretamente na qualidade de vida da sociedade como um todo.

Sobre o tema, Paulo Henrique do Amaral contextualiza:

Adota-se a expressão ‘incentivos fiscais’ para designar o estímulo dado aos contribuintes por realizarem condutas voltadas à proteção ambiental ou por induzir os contribuintes a não praticarem condutas poluidoras; para tanto, a pessoa política competente poderá diminuir, retirar ou aumentar a carga tributária do sujeito passivo como forma de atender ao seu escopo. [...] Estimular condutas não agressoras, por meio de incentivos fiscais, é possibilitar aos agentes econômicos a adoção de novos equipamentos voltados para atender às normas de proteção ambiental sem sufocar, assim o desenvolvimento de suas atividades econômicas.¹⁰

Conclui-se, portanto, que a concessão desses incentivos pode servir como meio de reestruturação das atividades econômicas e encaminhamento à defesa da causa ambiental, na medida em que as empresas poderão reduzir seus custos, principalmente no que se refere à carga tributária, se adotarem, por exemplo, tecnologias limpas, as quais permitam o desenvolvimento sem que este ocorra à custa da escassez dos recursos naturais.

As isenções tributárias, principal forma pela qual se manifestam esses incentivos fiscais, previstas no artigo 151 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso II, representam importante papel na viabilização da conservação ambiental. Isto porque os entes tributantes podem liberar do pagamento de tributos aqueles que, por exemplo, utilizem material reciclado para a fabricação de produtos, ou que utilizem combustíveis menos poluentes em seus veículos automotores, ou que mantenham áreas de reserva legal em sua propriedade rural, enfim, que contribuam para a preservação ambiental em qualquer de suas formas.

A isenção apresenta-se como uma limitação legal do âmbito de validade da norma jurídica que impede que o tributo nasça ou que faz com que surja mitigado (isenções parciais). A lei que fixa as isenções, no momento em que é elaborada e passa a ter efetividade, retira do campo de incidência das normas tributárias determinadas situações fáticas. A obrigação de pagamento dos tributos não chega a nascer, pois a lei isentiva protege tais fatos em relação a qualquer cobrança.¹¹

De fato, a aptidão para impor a cobrança de tributos, respeitadas as regras de competência previstas na Lei Maior, alberga também a faculdade do ente tributante conceder isenções. Lembre-se que essas somente são legítimas quando favorecem o cumprimento dos objetivos constitucionalmente consagrados, entre eles, a proteção do meio ambiente.

¹¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 829.

Assim, as isenções, quando ligadas à idéia de incentivos fiscais e de extrafiscalidade, podem assumir inegável conotação ambiental, sendo utilizadas como forma de contemplar as posturas que contribuam para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A progressividade dos tributos também pode ser aplicada com caráter extrafiscal, desestimulando os contribuintes a adotarem comportamentos considerados inadequados frente às disposições legais constitucionais e infraconstitucionais. O sentido extrafiscal torna-se claro quando esta progressividade não tem como objetivo primordial a captação de recursos, mas sim a contemplação de direitos e valores que são tidos como essenciais para o desenvolvimento socioeconômico.

A espécie tributária é progressiva quando as alíquotas são fixadas em porcentagens variáveis e crescentes, conforme a elevação do valor da matéria tributável. Mizabel Derzi conceitua progressividade como sendo

O fenômeno pelo qual as alíquotas de um imposto crescem à medida que aumentam as dimensões ou intensidade da circunstância considerada pela norma como condição de sua aplicabilidade. Já assentamos que a base de cálculo continua permanecendo inalterada, variando apenas a circunstância normativamente eleita, como condição de aplicação da alíquota.¹²

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a progressividade extrafiscal quando institui, no inciso II do parágrafo primeiro do artigo 156, e no parágrafo quarto do artigo 182, efeito progressivo para o imposto predial territorial urbano quando a propriedade não atender a sua função social. Sabe-se que um dos requisitos indispensáveis para o cumprimento dessa função social é o respeito às normas ambientais.

¹² DERZI, Mizabel. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 296.

Sendo assim, o proprietário que desrespeitar o meio ambiente está sujeito ao critério progressivo do imposto predial territorial urbano, o qual aumentará suas alíquotas no tempo com o objetivo de desestimular tal conduta. Não se tem com esta progressividade a finalidade arrecadatória, mas sim a de coibir posturas que não atendam a um dos pressupostos básicos do respeito à função social da propriedade.

Este é apenas um exemplo de como a progressividade pode servir a proteção ambiental enquanto ferramenta da extrafiscalidade. Vários outros tributos podem ter suas alíquotas aumentadas progressivamente em virtude de comportamentos que importem em flagrante desrespeito ao meio ambiente. Estar-se-á, desta forma, desestimulando os atos que não se enquadram nos ideais de proteção ambiental previstos no ordenamento.

Outro instrumento extrafiscal que pode ser manejado para induzir a sociedade a agir de forma a respeitar as disposições ambientais é a seletividade. Tributo seletivo é aquele que onera diferentemente os bens sobre os quais incide em razão de certos critérios. Prevista nos artigos 153, parágrafo terceiro, inciso I e artigo 155, parágrafo segundo, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, a seletividade é principalmente aplicada levando-se em consideração a essencialidade dos produtos, mercadorias e serviços.

Neste contexto, permite-se que existam aumentos de alíquotas e de bases de cálculo a produtos e serviços que não se apresentem como essenciais à sociedade, como por exemplo, cigarros e bebidas alcoólicas, desestimulando-se a sua aquisição; e diminuição nestas alíquotas e bases de cálculo em relação àquilo que é necessário às condições mínimas de existência, como os industrializados de primeira necessidade, possibilitando seu acesso à todos os níveis sociais.

Analisando o caráter extrafiscal da seletividade, Roque Antonio Carrazza salienta que estes tributos seletivos devem ser instrumentos de ordenação político-econômica, estimulando práticas de operações ou serviços tidos por necessários, úteis ou convenientes

à sociedade e, em contrapartida, onerando outros que não atendam ao interesse coletivo e ao bem estar social.¹³

Nos dias atuais, os produtos, mercadorias e serviços essenciais não são mais apenas os necessários para a existência humana, mas sim aqueles considerados imprescindíveis para que a pessoa possa viver com dignidade. Não se busca apenas a sobrevivência. O que se pretende é a obtenção da qualidade de vida e bem estar.

Nesses termos, tem-se que o conceito de essencialidade não está restrito apenas à satisfação das necessidades primárias, mas abrange também aquilo que se apresenta como indispensável à manutenção de um padrão mínimo de vida, condizente com o lugar, o tempo e a sociedade em que se vive.

Logo, conclui-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto condição indissociável da qualidade de vida da população configura-se como um bem essencial e necessário para a garantia do bem estar individual e coletivo. Não há como estabelecer condições mínimas de existência em um ambiente totalmente degradado.

Utilizando a seletividade como forma de efetivar o valor constitucional da defesa ambiental, pode-se coibir o manejo e consumo de produtos e mercadorias perigosas e nocivas ao meio ambiente, além de serviços que sejam prejudiciais e que representam potenciais ofensas aos recursos naturais. De outra banda, a seletividade também está apta a incentivar o consumidor a prestigiar os produtos e mercadorias que sejam produzidos mediante a adoção de tecnologias que minimizem ou anulem os danos ambientais. Eduardo Bottalo aponta que a seletividade deve ser manuseada como instrumento de política ambiental ao avaliar que:

Se a Constituição declara ser dever do Poder Público
zelar pelo meio ambiente, se a Constituição declara que é

direito de todos usufruir de meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há dúvida de que tudo quanto, na área da economia de mercado, estiver relacionado com o propósito firmado por estes preceitos, haverá de ser essencial e, portanto, haverá de merecer a proteção da regra prevista no art. 153, parágrafo 3º, I, da Constituição, inclusive com a tutela do judiciário.¹⁴

Após a verificação de como as funções arrecadatória e orientadora dos tributos podem influir direta ou indiretamente na questão ambiental, principalmente por intermédio da extrafiscalidade (concedendo incentivos fiscais, estabelecendo alíquotas progressivas ou critérios de seletividade), cabe então analisar em que consiste a tributação ambiental e quais são os seus objetivos, além dos efeitos concretos da utilização deste.

3. Tributação Ambiental: Conceito e Objectivos

Diante da análise até o momento tecida, pode-se afirmar que os tributos atuam como instrumentos da intervenção estatal na economia, assumindo uma postura ambiental quando manipulados para incitar os poluidores a procurar meios de reduzir a degradação e promover a adequação de sua conduta a padrões ambientalmente corretos, além de gerar receitas que permitam financiar medidas de política ambiental.

Indubitavelmente, entre os meios de prevenção e combate aos prejuízos causados aos recursos naturais, os tributos surgem como instrumentos eficientes para a promoção da defesa do meio ambiente: concedem-se benefícios fiscais a título de premiação e incentivo àquelas que assumam posturas de preservação e proteção ambiental.

É neste panorama que surge a idéia de tributação ambiental no ordenamento brasileiro, conceituada como o emprego dos ins-

¹⁴ BOTTALO, Eduardo. *Tributação, Ecologia e Meio Ambiental*. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, n. 78, p. 71.

trumentos tributários existentes para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos ambientais, bem como para direcionar a postura dos contribuintes à preservação do ambiente que se mostra essencial à qualidade de vida.

Tributar ambientalmente consiste em desestimular condutas que causem danos ao meio ambiente e em encorajar atitudes que promovam a postura preservacionista através da concessão de benefícios fiscais, fixação de alíquotas progressivas e seletivas e ainda da redução das bases de cálculo de determinado tributo. Neste sentido, esclarece José Marcos Domingues de Oliveira:

Sem dúvida, entre os meios de prevenção e combate à poluição, o tributo surge como instrumento eficiente tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), como fundamentalmente para estimular condutas não poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal) [...] assim, o Estado reconhece o esforço do cidadão em cumprir a lei, e não apenas castiga o recalcitrante; tributa-se menos – a título de prêmio – quem não polui ou polui relativamente pouco.¹⁵

A tributação ambiental significa o direcionamento das espécies tributárias existentes para a proteção do meio ambiente. Através dos estímulos e benefícios fiscais, pode-se tornar a conduta ambientalmente correta mais vantajosa ao contribuinte, estimulando-o a adotar meios de produção que não sejam prejudiciais, ou que prejudiquem menos os recursos ambientais. Além do mais, dependendo da espécie tributária manejada, pode-se orientar a receita obtida, utilizando a arrecadação como forma de patrocínio à prestação de serviços públicos ambientais.

Esta preocupação com a questão da implementação de uma política de tributação ambiental, no contexto mundial, restou demonstrada durante a realização da Conferência das Nações Unidas

¹⁵ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente – proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38-39.

sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - ECO-92, momento em que, ao término dos trabalhos, elaborou-se uma declaração segundo a qual um eficiente tributo ambiental deve obedecer a quatro critérios:

- eficiência ambiental: a imposição tributária deve conduzir a resultados positivos do ponto de vista ambiental, seja através da instituição de tributo assim orientado ou imprimindo-se a tributo já existente este caráter;
- eficiência econômica: o tributo deve possuir baixo impacto econômico, embora promova a geração de recursos ambientais e/ou a orientação do comportamento do contribuinte para a adoção de uma conduta ecologicamente correta;
- administração barata e simples: a exigência do tributo não deve onerar a máquina administrativa, sob pena de se criar mais gastos para o poder público ao invés da captação de recursos e maiores dificuldades na fiscalização destes;
- ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacionais: os tributos não podem repercutir negativamente sobre a economia, prejudicando a livre iniciativa e a livre concorrência, tanto no âmbito nacional, quanto internacional.¹⁶

Também a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, cujo objetivo primordial é ajudar o desenvolvimento econômico e social no mundo estimulando investimentos nos países em desenvolvimento, tem se manifestado positivamente acerca da implementação da tributação ambiental, a qual já é largamente aplicada nos Estados que a compõe.

Considera a OCDE que direcionar o Sistema Tributário para a preservação ambiental é perfeitamente possível e adequado. Pode-se

¹⁶ COSTA, Regina Helena. *Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil*. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 315-316.

assim induzir mais vigorosamente a inovação tecnológica antipoluição, porque se incita os poluidores a procurar meios para reduzir a degradação além do que exige a legislação em vigor; e, por outro lado, os tributos podem gerar receitas que permitam o financiamento das medidas de política ambiental ou de outras despesas públicas.

Ainda segundo a OCDE, a tributação ambiental deve estar assentada em dois fundamentos: primeiramente, os tributos devem ser empregados como forma de correção das externalidades negativas, agregando ao custo da atividade econômica os danos gerados no processo produtivo; em segundo lugar, devem induzir comportamentos no sujeito passivo que sejam menos prejudiciais ao meio ambiente, de forma que este busque formas ecologicamente adequadas para o desenvolvimento de suas atividades.

Sem sombra de dúvida, os fundamentos citados reafirmam o que tem sido abordado até o presente momento, de forma que a tributação ambiental deve pautar-se pelo restabelecimento dos efeitos negativos ao meio ambiente gerados pelo exercício das atividades econômicas e injustamente imputados a todos, além de tornar as ações ambientalmente sadias mais atrativas aos empreendedores.

Várias são, portanto, as vantagens que podem ser listadas e que são a seguir analisadas quando se utiliza a tributação ambiental. Entre elas pode-se citar a flexibilidade, o incentivo permanente, a aplicação dos princípios ambientais e a socialização da responsabilidade sobre a preservação do meio ambiente a um menor custo para a sociedade.¹⁷

Trata-se a flexibilidade como uma vantagem já que os agentes poluidores permanecem livres para se adaptarem da maneira que melhor lhes convier ao padrão definido pelo poder público, podendo diminuir os impactos causados pelas suas atividades através do comportamento que lhe parecer mais conveniente. O caminho para

¹⁷ MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 96.

que a poluição seja minimizada é escolhido pelo agente econômico, sempre incentivado pela política tributária.

Sendo assim, alcançando o empreendimento o resultado considerado adequado pela política estatal, tem o agente acesso aos benefícios fiscais previstos, seja porque este reduziu a produção de resíduos, seja porque incrementou tecnologicamente sua produção, adotando substâncias menos contaminadoras, seja porque aplica a sustentabilidade na transformação de sua matéria prima, entre outros comportamentos capazes de promover a tutela ambiental.

Além da flexibilidade, tais estímulos fiscais funcionam como incentivos permanentes para a redução da degradação aos níveis aceitados pela legislação. Isto porque permitem um planejamento do empreendedor na conquista de novas técnicas e métodos de produção que lhe permitam uma redução na carga tributária suportada.

Esta tributação também efetiva os princípios ambientais, principalmente o da prevenção, uma vez que orienta os contribuintes a manterem comportamentos que sejam compatíveis com o equilíbrio do meio ambiente. Se os sujeitos passivos se abstiverem da prática de atos danosos conduzidos por uma política tributária incentivadora, estar-se-á evitando a ocorrência de prejuízos ambientais e/ou minimizando suas conseqüências.

Outro princípio que ganha aplicabilidade em face da tributação ambiental é o do poluidor pagador. Adota-se aqui a idéia de internalização dos custos ambientais, já que se estipula uma maior carga tributária sobre os agentes econômicos que mais contribuem para o desequilíbrio ambiental. Permite-se uma distribuição mais justa dos encargos ambientais decorrentes do exercício da atividade, atenuando ou até eliminando o impacto das externalidades negativas produzidas e gerando receita ao Estado. Nesta toada, assevera Fernando Magalhães Modé:

O poluidor deverá suportar integralmente os custos de sua atuação ambientalmente indesejada. Ao Estado é dada a função de garantir que tal processo seja realizado. O

Estado, para dar cumprimento a tal tarefa, vale-se de um instrumento de intervenção na economia denominado tributo [...] A tributação ambiental, por intermédio da internalização dos custos ambientais, busca a correção das distorções de mercado, que, pela dinâmica exposta pelas externalidades negativas, proporciona ao agente econômico poluidor uma subvenção de toda sociedade aos custos por ele gerados.¹⁸

Ao lado das vantagens geradas pela tributação ambiental e frente a tudo que foi exposto, pode-se ainda determinar claramente seus objetivos: minimizar os danos ambientais; influenciar a conduta dos sujeitos passivos, de modo a reduzir suas atividades poluidoras através da criação de incentivos; financiar o custo ambiental gerado através da arrecadação procedida.

Por fim, vale ressaltar que não necessariamente esta tributação ambiental implica a criação de tributos novos. Pode-se simplesmente adaptar os tributos já existentes à finalidade preservacionista, em que o poluidor é levado a não poluir, ou poluir menos, para não ser tributado em parâmetros indesejados (progressividade e diferenciação de alíquotas), e o não poluidor é beneficiado com incentivos fiscais (isenções e deduções). Trata-se do poder dissuasório da tributação em face das atividades indesejáveis e do poder de estímulo às condutas que contemplem o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conclusão

Embora existam as determinações legais, constitucionais e infraconstitucionais, que ressaltam a preservação do meio ambiente como condição para a existência humana e para o desenvolvimento socioeconômico, o que se presencia é uma disputa injustificada entre os interesses econômicos individuais e os interesses ecológicos sociais.

Para que se tenha um ponto de equilíbrio entre o respeito às liberdades econômicas individuais e o atendimento das necessidades coletivas, faz-se necessário que o Estado, enquanto instituição criada para promover o bem de todos, intervenha e atue como mediador desse processo, impedindo que a realização dos direitos em sua esfera particular obste as garantias sociais previstas constitucionalmente.

Por intermédio de disposições desprovidas de cogência, o Estado intenta seduzir os empreendedores a assumirem determinada prática, já que esta se apresenta como mais vantajosa em virtude dos benefícios concedidos. Não se tratam de comandos, mas sim de mecanismos de indução que mostrem ser a postura considerada socialmente adequada a mais benéfica.

Entre os instrumentos que podem ser elencados para que a intervenção em prol do meio ambiente tenha o sucesso esperado, os tributos apresentam-se como um dos mais eficientes. Através do Direito Tributário o Estado pode conceder incentivos fiscais para as atividades que adotam a política de uso sustentável dos recursos naturais e captar verbas que financiem programas de prevenção e de restabelecimento do meio ambiente degradado.

A tributação ambiental assenta-se em dois fundamentos: os tributos devem ser empregados como forma de correção das externalidades negativas, agregando ao custo da atividade econômica os danos gerados à sociedade e ao meio ambiente no processo produtivo; deve-se induzir o sujeito passivo ao comportamento menos prejudicial ao meio ambiente, de forma que ele busque maneiras ecologicamente adequadas para desenvolver seu empreendimento.

Referências

- AMARAL, Paulo Henrique do. Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968
- _____. Hipótese de Incidência Tributária. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991
- AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Direito Ambiental na Sociedade de Risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002
- BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento e Meio Ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21. 3 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000
- BENJAMIM, Antonio Hermam. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. In: _____. 10 Anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002
- _____. 10 anos da ECO-92 – O direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002
- BOTTALO, Eduardo. Tributação, Ecologia e Meio Ambiental. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, n. 78, p.69-73
- CARNEIRO, Ricardo. Direito Ambiental – Uma Abordagem Econômica. São Paulo: Companhia Forense, 2003
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 22 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988. Belo Horizonte: Del Rey, 1992
- _____. Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário). 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992
- COIMBRA, José de Ávila Aguiar. O Outro Lado do Meio Ambiente. Campinas: Millennium, 2002
- COSTA, Regina Helena. Direito Ambiental em Evolução. Curitiba: Juruá, 1998
- DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Econômico – globalização & constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 2002
- DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2007
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. Tributação e Mudança Social. Rio de Janeiro: Forense, 1981

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- _____; FERREIRA, Renata Marques. Direito Ambiental Tributário. São Paulo: Saraiva, 2005
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. Política Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Atlas, 2003
- _____. Curso de Direito Tributário. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação Ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004
- MOLINA, Pedro Herrera. Derecho Tributário Ambiental. Madrid: Marcial Pons, 2000
- MOURA, Luiz Antonio Abdalla de. Economia Ambiental: Gestão de Custos e Investimentos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003
- MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994
- NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento e Ecologia. São Paulo: Saraiva, 1975
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- PEITTER, Lafayete Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica – o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- SEBASTIÃO, Simone Martins. Tributo Ambiental – extrafiscalidade e função promocional do direito. Curitiba: Juruá, 2007
- SOARES, Guido Fernando. Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001
- SOARES, Cláudia Dias. O Contribuinte de Direito e o Contribuinte de Facto do Imposto Ecológico. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.8, n. 34, set-out. 2000
- _____. O Imposto Ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, n. 58, 2001
- TORRES, Heleno Taveira. Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005
- VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993

(Página deixada propositadamente em branco)

Índice

Nota Prévia.....	5
Considerações Introdutórias.....	7
A crise do estado fiscal.....	17
<i>José Casalta Nabais</i>	
Medidas fiscais e políticas públicas em tempos de crises econômicas.....	59
<i>Maria de Fátima Ribeiro*</i>	
Crise do Estado Fiscal, Competitividade e Bem-Estar Social...93	
<i>Eduardo Molan Gaban/ Juliana Oliveira Domingues</i>	
Razão de Estado e princípio da razoabilidade.....	107
<i>Suzana Tavares da Silva</i>	
O princípio da protecção da confiança como garantia dinâmica.....	143
<i>Marta Vicente</i>	
Revisitando Mill: Mercado(s) e Meta-mercado(s).....	195
<i>Luís Meneses do Vale</i>	
Eficiência fiscal e <i>governance</i> por indicadores.....	267
<i>Marta Costa Santos</i>	
As Políticas Fiscais e Extrafiscais em Conformidade com a Função Social do Tributo.....	321
<i>Aldo Aranha de Castro</i>	
Reflexos dos Incentivos Fiscais nos Contratos de Trabalho....	341
<i>Danielle Riegermann Ramos Damião</i>	
<i>David Ferreira Lopes Santos</i>	
Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de Políticas Públicas no Brasil.....	361
<i>Lídia Maria Ribas</i>	
<i>Hendrick Pinheiro da Silva</i>	
Ordem Jurídica, Econômica e Estatal na Concepção de um Estado Regulador de Garantias por Meio de Políticas Públicas e Instrumentos Econômicos.....	379
<i>Cassandra Libel Esteves Barbosa Boggi</i>	

A Crise Financeira e a Nova Realidade Criada pela Dinâmica do Mercado Mundial	409
<i>Laércio Rodrigues de Oliveira</i>	
<i>Walkiria Martinez Heinrich Ferrer</i>	
Breve análise quanto à realidade brasileira em matéria de Direito Econômico: desigualdade, pobreza e concentração da riqueza	443
<i>Patrícia Fortes Attademo Ferreira</i>	
<i>Adriano Fernandes Ferreira</i>	
Construção de soluções sustentáveis no quadro do Estado Fiscal	451
<i>Renata Poloni Sanches</i>	
Sustentabilidade Fiscal como Enfrentamento da Sustentabilidade Ambiental	463
<i>Rita Diniz Caminoto</i>	
Responsabilidade Fiscal dos Governantes na Aplicação da Extrafiscalidade Ambiental	493
<i>Thais Bernardes Magalhães</i>	
<i>Maria de Fátima Ribeiro</i>	
Tributação Ambiental	521
<i>Vânia Senegalia Morete</i>	
Índice	547

(Página deixada propositadamente em branco)

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



U



C



IMPRESSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS