

Estabilidade financeira e o Tratado Orçamental

JOSÉ CASALTA NABAIS *

Sumário: **I. A estabilidade financeira:** 1. O século XX e o século XXI; 2. Reformar a sociedade; 3. Repensar o papel do Estado na economia; 4. Compreender a sustentabilidade: 4.1. As diversas dimensões da sustentabilidade; 4.2. A sustentabilidade do Estado fiscal; **II. O Tratado Orçamental:** 1. Da necessidade do Tratado e seu procedimento; 2. O conteúdo e o significado do Tratado; **III. Algumas considerações finais.**

Como sugere o título destas reflexões, vamos tratar da estabilidade financeira, nos termos em que esta veio a ser imposta pelo Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária,¹ normalmente designado por Tratado Orçamental,² o qual, vinculando os Estados Membros que o subscreveram,³ implicou para estes a introdução, na respectiva constituição ou em lei de valor reforçado, de limites muito estritos em sede da política orçamental, impondo orçamentos equilibrados ou cujo défice estrutural não ultrapasse os 0,5% do PIB, de um lado, e determinando que a dívida pública não exceda os 60% do PIB, de outro lado.⁴ Exi-

JURISMAT, Portimão, n.º 6, pp. 43-68.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ De 2 de Março de 2012, que veio a entrar em vigor em 1 de Janeiro de 2013.

² Como consta, de resto, no título deste texto.

³ Que foram 25 Estados Membros da UE, tendo ficado de fora o Reino Unido e a República Checa.

⁴ Exigências que deviam ser consagradas em cada um dos ordenamentos internos dos Estados Membros Partes no Tratado Orçamental o mais tardar um ano após a entrada em vigor do Tratado (em 1 de Janeiro 2013), “através de disposições vinculativas e de carácter permanente, de

gências que, vistas a partir de um outro ângulo, mais não são do que a consagração de um quadro normativo de sustentabilidade financeira ao mais elevado nível normativo de cada um dos Estados Membros da União Europeia, o qual tem como consequência mais visível, mormente em confronto com as duas décadas anteriores, a imposição de uma razoável dose de austeridade que se prolongará pelos anos necessários ao restabelecimento de uma situação de reequilíbrio minimamente adequada à duradoura estabilidade financeira. Por isso mesmo, não surpreende que esse Tratado tenha suscitado as mais diversas e até contundentes objecções, reportadas sobretudo ao facto de se preocupar apenas com a saúde das finanças públicas e estabelecer como remédio para todos os males económicos uma solução única, permanente e uniforme para todos os países, independentemente da sua real situação económica.

Porém, antes de dedicarmos algumas linhas a esta problemática, impõem-se algumas considerações relativas à estabilidade financeira no século em que nos encontramos, que não é idêntica à do século passado. Uma estabilidade que, como é óbvio, decorrerá mais amplamente da estabilidade económica do país, uma vez que, num Estado fiscal como continuam inevitavelmente a ser os Estados actuais, é o funcionamento da economia que gera o efectivo suporte da sustentabilidade financeira, proporcionando a base tributável dos tributos, em que essa sustentabilidade necessariamente se materializa.⁵

I. A estabilidade financeira no séc. XXI

A estabilidade financeira, que resulta inequivocamente da estabilidade económica, está intimamente ligada à ideia de sustentabilidade, a cujas dimensões é de fazer alusão, a fim de compreendermos o lugar da sustentabilidade fiscal, a qual, no fim de contas, é a que garante efectivamente a estabilidade financeira. Uma visão das coisas que, para alcançarmos um resultado minimamente credível, impõe que comecemos por confrontar a diversa compreensão da realidade subjacente no século passado e no século actual. O que exige saber a que sociedade e a que Estado é de reportar hoje a sustentabilidade, uma vez que estas realidades não podem ser mais as do século

preferência a nível constitucional, ou cujos respeito e cumprimento possam ser de outro modo plenamente assegurados ao longo dos processos orçamentais nacionais” (nº 2 do artigo 3º do Tratado).

⁵ Uma exigência que, em rigor, não é nova, pois ela, se bem que em termos menos exigentes aos consagrados agora, integrava o Pacto de Estabilidade e Crescimento adoptado na sequência do Tratado de Maastricht, de 1992. Pelo que o estado a que chegámos, sobretudo nos países do Sul, tem mais a ver com a falta de cumprimento desse Pacto, em larga medida permitido pela União Europeia, do que com a falta de um adequado quadro jurídico. Um resultado que mais não é do que uma das mais visíveis manifestações do preocupante fenómeno de falta da política, a qual obviamente não pode ser substituída pela técnica, como, há duas décadas, se vem verificando na União Europeia.

passado, implicando, por isso, a sua profunda reforma, sendo certo que reformar a sociedade não pode deixar de ser algo anterior ao repensar do papel do Estado na economia. Todavia, antes de qualquer referência a tais reformas, uma menção ao sentido político e jurídico com que podemos falar no século XX e no século XXI.

1. O século XX político e jurídico

Pois bem, a este respeito, temos para nós que o século XX foi um século muito curto, cronologicamente falando. Embora tenha sido muito longo do ponto de vista dos acontecimentos, muitos deles dramáticos, que nele tiveram lugar, o século passado foi, contudo, do ponto de vista dos quadros de compreensão política e jurídica da sociedade e do Estado e da duração das correspondentes concepções, um século relativamente curto, pois começou em 1919, mais precisamente com a Constituição de Weimar, e terminou em 1989, com a queda do muro de Berlim e a consequente implosão do Império Soviético. Afinal um século de 70 anos, durante o qual houve tempo para destruir e reconstruir a Europa e edificar o Estado social que, é de sublinhar, permitiu a maior prosperidade e bem-estar alguma vez antes proporcionados aos cidadãos da generalidade dos países da Europa Ocidental.

Efectivamente, foi no século XX que os Estados construíram e consolidaram o Estado social, tendo, num tal quadro, criado e desenvolvido sistemas fiscais que continuam a ser o paradigma do progresso do Estado moderno. Um Estado social que, em rigor, começou a ser erguido no fim da Primeira Guerra Mundial. Pois, como se sabe, os Estados, por força do próprio conflito, tiveram que intervir e intervir fortemente na economia, a qual, em certa medida, foi mesmo objecto de uma verdadeira militarização. Assim, quando se chegou ao fim do conflito, em 1918, pôs-se o problema de saber o que fazer: voltar ao Estado liberal anterior ou continuar com o intervencionismo de guerra, o qual, entretanto, deixara de fazer qualquer sentido. Ora, nenhuma das soluções era viável. Retornar a Estado liberal anterior era muito difícil, pois havia muitas actividades que o Estado assumira, que não podia mais abandonar. Por sua vez, continuar as coisas como estavam, era continuar desnecessariamente uma economia de guerra quando o que era preciso era uma economia de paz voltada para o crescimento e desenvolvimento económicos ao serviço do bem-estar dos cidadãos.

Além disso, faltava um suporte teórico para a intervenção económica do Estado fora do cenário de guerra, um suporte que só viria a surgir em 1936, com a publicação por *John Maynard Keynes* do célebre livro *General Theory of Employment, Interest and Money*. Daí a hesitação entre o regresso ao liberalismo anterior e a manutenção do intervencionismo económico que havia sido imposto pela guerra, sendo certo que este era facilmente associado pelo pensamento liberal a regimes autoritários ou ditatoriais. O que não deixou, a seu modo, de se verificar, pois os Estados, que optaram por manter o intervencionismo, assumiram, em sede económica, uma feição dirigista

e, em sede política, um carácter autoritário ou totalitário, como aconteceu em diversos países europeus nos anos vinte e trinta do século passado.⁶

Foi, todavia, depois da Segunda Guerra Mundial, que se conseguiu assumir positivamente o intervencionismo económico do Estado, compatibilizando-o com o Estado de direito e com o Estado democrático. O que conduziu ao estado social de direito ou, para nos referirmos à União Europeia, ao chamado *modelo social europeu*, que tanto êxito teve e que agora revela evidentes sinais de crise reportados justamente à sua sustentabilidade, a impor o seu ajustamento às novas realidades da sociedade e do Estado. O que implica reformar quer a sociedade, quer o Estado, começando, como bem se compreende, justamente por aquela.⁷

2. Reformar a sociedade

Enfrentar o quadro em que seja possível uma estabilidade financeira ancorada numa adequada sustentabilidade estadual, implica, a nosso ver, uma profunda reforma tanto da sociedade como do Estado, sendo que, apenas a partir da primeira, será viável obter a mencionada estabilidade financeira do Estado. E reformar a sociedade passa actualmente por perguntar às pessoas (mais do que aos indivíduos) não só se querem serviços públicos, mas sobretudo se estão dispostas a financiá-los e, sobretudo, a fruir deles colectivamente; se o nosso objectivo colectivo futuro é o crescimento económico entendido como um aumento nominal do PIB ou antes uma melhoria do bem-estar social, no contexto de um novo modelo económico inclusivo, sustentável e justo; se existe efectivamente “amor aos filhos e aos netos” e se esse “amor” se materializa na vontade de lhes deixar um futuro melhor ou se se contenta com a visão míope de lhes transmitir quinhões hereditários estritamente monetários e patrimoniais. Isto se e na medida em que essa herança deixada às gerações vindouras não seja fundamentalmente endividamento, como sucederá inevitável se se mantiver o plano inclinado em que presentemente se encontram os países da periferia sul da União Europeia.

Naturalmente que a resposta a estas questões tem expressão na corrente da filosofia moral que remonta ao Iluminismo: a *sustentabilidade*. Retomada no século passado pelo Relatório Brundtland (1987) como um novo informador de políticas públicas ambientais, foi sobretudo na sequência da crise financeira de 2008 nascida nos EUA e propagada à Europa, que a sustentabilidade veio a ser “resgatada” e “reinventada”,

⁶ Cf. o nosso livro *Contratos Fiscais (reflexões acerca da sua admissibilidade)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 148 e ss.

⁷ É de referir que a generalidade das considerações, que se seguem neste ponto, tem por base o texto de José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, com o título «Pensar a austeridade no século XXI», em Eduardo Paz Freira (Coord.), *A austeridade cura? A austeridade Mata?*, AAFDL, 2013, p. 741 e ss.

ou até erigida em “princípio fundamental”. Todavia, nem todos parecem dispostos a assumir inteiramente o que esta corrente 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 movido pela fé inabalável no progresso contínuo, medido quase exclusivamente pelo indicador do PIB e sem atentar nos dados relativos ao endividamento.

Ora, o desenvolvimento sustentável apresentado pelo referido Relatório é coisa diferente do desenvolvimento económico interpretado como crescimento contínuo 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 em larga medida à escala global e, mesmo assim, se e na medida em que essas decisões consigam assimilar os *inputs* da escala local, o que exige um aperfeiçoamento da denominada *governance*, com um correlativo enfraquecimento do tradicional *government*. Assim, tornou-se imperioso reinventar, quer os instrumentos de negociação para além do Estado, num quadro portanto de “transstadualidade”, quer os esquemas de cooperação largamente baseados na teoria dos jogos, quer as orientações da *governance* na formação das decisões de política económica.

Num tal quadro, uma das notas mais visíveis a retirar da leitura de alguns ensaios de economia contemporânea, que procuram estabelecer pontes entre a “retoma económica do pós-guerra” e a “retoma económica do pós-crise de 2008”, é justamente a de que estas realidades não são comparáveis. E a grande diferença decorre, em primeiro lugar, do facto de a Sociedade ser hoje completamente diferente. Pois é relativamente fácil verificar que os seus membros estão interligados em rede, mas são mais individualistas; têm um nível médio de bem-estar mais elevado, mas são mais egoístas e vivem mais insatisfeitos; partilham a intimidade com estranhos em plataformas cibernéticas, mas desconhecem quem está próximo fisicamente, temendo “o outro” que com eles viaja nos transportes colectivos, frequenta a escola dos filhos, é utente do mesmo hospital ou, simplesmente, usa o mesmo jardim público; dispõem de maior acesso à informação, mas são mais ignorantes; têm acesso a mais serviços públicos, mas valorizam a propriedade privada; vivem na paz que permite a prosperidade económica, mas arriscam tudo o que conquistam pela expectativa de acumular mais e mais; sofrem porque procuram fazer tudo para integrar o “grupo dos ricos”, desprezando consequentemente o ideal moderno de pertencer à “classe média”.

É interessante aludir, a este respeito, às inúmeras pistas que um pensador esclarecido como *Tony Judt*, na inquietante conversa que manteve com *Timothy Snyder* em “Pensar o Século XX”,⁸ nos deixa sobre a razão pela qual os Europeus têm dificuldade em manter o seu “modelo económico e social”. E não está em causa apenas um problema de sustentabilidade financeira, mas antes e sobretudo um problema cultural, que passa pela “rejeição”, consciente ou inconsciente, das virtuosidades do serviço público que construiu e sustentou a classe média do pós-guerra e foi a chave do sucesso que o Estado democrático e social de direito alcançou.

Os exemplos mencionados pelos autores são inúmeros, desde o quanto foi gasto para levar água potável de qualidade às populações, que agora não dispensam o consumo de água engarrafada, com todas as externalidades negativas daí decorrentes não só para a saúde pública (perda de fluor que é essencial na dentição das crianças), mas também para o ambiente (o consumo de petróleo no fabrico das garrafas); até aos pesados investimentos em transportes colectivos como o comboio – onde a diferença de preço nos bilhetes de primeira e segunda classe funcionava como um instrumento não apenas de diferenciação entre classes, mas igualmente de financiamento inteligente de um bem público, que assim sustentava e garantia a sua democratização – e que agora são substituídos pelo transporte em carro individual, mais poluente e dependente das importações de petróleo, o que nos condena a um individualismo cada vez mais empobrecedor.

Em suma e quanto à reforma da sociedade, afigura-se-nos essencial que a defesa do modelo social europeu não passa hoje por uma contestação estéril à austeridade, pois ela só será efectiva e bem-sucedida se partir de uma (re)valorização do público e do colectivo pela classe média, e isso exige actualmente uma mudança cultural, que as elites,⁹ à altura do século XXI, não podem deixar de exigir e assegurar.

3. Repensar o papel do Estado na economia

Em articulação com a reforma da Sociedade, impõe-se reflectir sobre o que deve ser uma política sustentável de estímulo ao investimento e como deve concretizar-se o papel do Estado na economia. Esta é, de resto, uma das matérias que mais tem ocupado parte importante da opinião pública em Portugal nos últimos tempos, a qual parece querer firmar uma nova ideia de justiça veiculada pelo jornalismo de investigação que denuncia “escândalos”. Pois muitos destes “escândalos”, quase sempre

⁸ Tony Judt / Timothy Snyder, *Pensar o Século XX*, Edições 70, 2012.

⁹ Elites que não poucas vezes defendem na televisão o serviço nacional de saúde, mas acorrem a hospitais privados sempre que adoecem, ou que “se deixam ver” em manifestações em defesa da escola pública e depois vão buscar os filhos ao colégio, justificando-se com o problema dos horários. Não é a universalidade constitucionalmente plasmada que pode garantir a sustentabilidade do serviço nacional de saúde ou da escola pública, mas antes a sua efectiva fruição pela classe média.

relacionados com milhões de euros de prejuízos para os contribuintes, resultam de negócios em que o Estado participa. Uma situação que é, em boa medida, o resultado da confusão ideológica em que a Europa mergulhou através do caminho trilhado para construir a chamada “terceira via”. Em termos simplificados podemos dizer que a queda do muro de Berlim, que referimos como termo do século XX, tornou praticamente improdutivo o binómio “direita”/“esquerda”, pois todos os países passaram a assumir como ideário um modelo económico-social de base liberal e com propósitos sociais-democratas, o que banalizou um ideário político que se foi descaracterizando paulatinamente, mantendo apenas as aparências.

Na realidade, este figurino ideológico único nunca permitiu clarificar o papel do Estado na economia. E, na prática, assistimos a sucessivos Governos que, afirmando o seu compromisso social empenhado, se enredaram em múltiplos negócios com privados, sem qualquer preocupação quanto à eficiência do gasto público e à utilidade do bem ou serviço a produzir. Mas mais grave do que tudo isto, que subverteram totalmente a lógica capitalista sustentada numa economia de mercado, em que os agentes económicos assumem o risco inerente à existência e funcionamento desse mesmo mercado.¹⁰ É que a economia de mercado sem risco não constitui apenas uma contradição nos próprios termos, ela acaba por se reconduzir a um sistema em que os agentes económicos, depois de capturarem o Estado, acabam por manter em cativeiro os próprios contribuintes da geração presente e da geração ou gerações futuras.

Assim, a concessão de serviços públicos, o financiamento pelo Orçamento de Estado de obrigações de serviço público prestadas por privados, as parcerias público-privadas, os contratos de associação, são, entre diversas outras manifestações, exemplos de perturbações ao sistema capitalista, assentes em relações económicas de longa duração, constituídas um pouco por toda a Europa, entre o Estado e os “investidores privados”. Investidores que se sentiram aliciados não só por generosas margens de lucro, que concretizam retornos ou taxas de rendibilidade não raro verdadeiramente predatórias, mas, sobretudo, por uma ausência quase total de riscos típicos das actividades em ambiente de mercado. Situação que não só deixou boa parte da disponi-

¹⁰ Premissas que se generalizaram e são hoje repetidas acriticamente em *vulgatas* sobre investimento em regime de “parceria público privada”, onde se podem ler *guidelines* sobre *eficiência* e *boa gestão* de dinheiros públicos com soluções como: *i*) a necessidade de adoptar cláusulas de estabilização contratual sobre margens e taxas internas de retorno de investimentos, garantidas pelo Estado, as quais são vitais para assegurar o financiamento (endividamento) das empresas a taxas de juro e *spreads* comportáveis (isto é, o “investidor” não participa de eventuais riscos financeiros emergentes de desequilíbrios macroeconómicos estruturais do Estado onde investe, obstando a que esta situação se reconduza à alteração superveniente das circunstâncias); *ii*) a adequação de cláusulas de garantia parcial quanto a riscos de mercado quando o operador privado actue em mercados novos ou em condições de incerteza. Orientações que ilustram bem a subversão do modelo económico capitalista a partir destes esquemas de parceria.

bilidade de investimento no nosso país “encalhada” em sectores não transaccionáveis, como ainda o Estado refém de compromissos que alegadamente não pode gerir em função das suas disponibilidades financeiras de curto e médio prazo. Porém, o que é verdadeiramente dramático neste contexto é a situação das gerações futuras que se arriscam a ficar sobrecarregadas com enormes dívidas, como se tivessem de suportar o saque ou indemnizações por uma guerra que não travaram e, ainda menos, perderam, já que tais dívidas se reportam a um conjunto de bens e serviços de comprometida ou mesmo duvidosa utilidade futura, tendo em conta, designadamente, o ritmo a que actualmente se avança na investigação científica e tecnológica.

Mas não é só no plano económico e financeiro que a situação em causa se apresenta de duvidosa sustentabilidade. O mesmo se verifica no plano jurídico,¹¹ em que as cláusulas de estabilidade contratual e as interpretações veiculadas em matéria de protecção da confiança apresentam um clamoroso défice de razoabilidade e racionalidade, como alguma jurisprudência estrangeira tem vindo a considerar. Ora, sem uma actualização destes institutos jurídicos, de modo a serem entendidos à luz do novo modelo económico e social, o resultado é uma distorção alarmante da redistribuição, para a qual *Joseph E. Stiglitz* vem chamando a atenção tendo em conta a experiência americana, em que 1% da população controla o rendimento dos restantes 99%.¹²

Na verdade, assiste-se a uma total deformação da matriz sociocultural que consente um tal resultado e que é consequência directa da subalternização de alguns referentes jurídico-económicos fundamentais da nossa matriz cultural face a um modelo de economia liberal relativamente ao qual nos faltam os instrumentos adequados para poder actuar com um mínimo de eficácia. De facto, uma comunidade jurídica que apresenta o Código dos Contratos Públicos como a nova matriz da estruturação económico-social interna quando dispõe de um tecido económico estruturado sobretudo em micro e pequenas empresas não pode esperar colher daí bons frutos, nem dinamizar a economia desta forma. O resultado acaba por ter efeitos tão ou mais nefastos na destruição da economia nacional do que a austeridade. De facto, de nada serve fingir de grande e de forte quando se é pequeno e fraco, uma vez que será com os

¹¹ Isto é, no plano microjurídico das soluções legais, uma vez que, no plano macrojurídico, isto é, no plano do sistema jurídico, se assiste a um verdadeiro “totalitarismo do direito” com expressão nos milhares de leis e de outras normas produzidas pela “indústria jurídica”, muitas delas descabidas e totalmente inúteis, que apenas se justificam como suporte de uma complexidade artificial, base do emprego dos cada vez maiores exércitos de juristas e operadores desta actividade no quadro do nosso bem conhecido *core business* nacional, polarizado na produção de bens não transaccionáveis.

¹² Joseph E. Stiglitz, *O Preço da Desigualdade*, Bertand Editora, Lisboa, 2013, esp. caps. 1 e 9.

instrumentos operacionais de pequeno e fraco que, inevitavelmente, teremos que actuar e procurar chegar, um dia, a grandes e fortes.¹³

Retomando os ensinamentos da economia, os autores explicam-nos que, numa economia aberta, a *redistribuição* não deve assentar na tributação do rendimento pessoal para financiar os grandes serviços públicos como se pensou e actuou no segundo pós-guerra. A construção do modelo social inclusivo deve partir hoje em dia de uma tributação correctiva da procura, que ajude a orientar os comportamentos dos principais agentes económicos (os consumidores), os quais, por seu turno, a partir das necessidades que revelam no mercado, ajustam as empresas e a produção. O que nos desperta para a aceitação de uma progressiva revolução fiscal verde e financeira.

Uma visão das coisas que pouco tem a ver com a tradicional disputa entre mais ou menos Estado. Essencial é dispor de um Estado que saiba desempenhar a sua função no século XXI, ou seja, que consiga no actual contexto económico e político globalizado, realizar um papel equivalente àquele que tão eficazmente cumpriu no século passado. O que pode exigir uma acção enérgica em certos domínios, como é o caso dos mercados financeiros, área em que se faz sentir a necessidade de uma “mão pública” firme e interventora (reguladora), ou, talvez melhor, segundo uma referência mais adequada ao actual paradigma, um *empowerment* das entidades responsáveis pela *governance* económica mundial.

Pois os mercados financeiros, fruto da conjugação da avidez do capital privado na sua reprodução acelerada com o que de pior se pode esperar das correntes liberais económicas, “crentes” no dogma da auto-regulação dos mercados, e com a complacência de governos e organizações internacionais, geraram um exército de criativos financeiros responsáveis pela disseminação no mercado mundial de títulos negociáveis com siglas ininteligíveis e quase sempre sobrevalorizados (quando não desprovidos de qualquer valor real), de entre os quais se viriam a tornar famosos, pelas piores razões, os denominados empréstimos “*ninja*” (*no income, no job and no assets*). Daí que se imponha uma regulação mais intensa da engenharia financeira, mediante a revisão dos critérios de Basileia ou mesmo da proibição de operações de especulação financeira como o *Short Selling* e os *Credit Default Swaps*, no quadro de uma sustentabilidade devidamente compreendida.

¹³ Uma atitude fortemente apoiada e incentivada pela União Europeia onde, numa estrita visão totalmente abstracta e inteiramente desfasada da realidade, tudo é grande, uniformizado e estandardizado, perfeito, como a concorrência perfeita que suporta a construção e funcionamento do mercado interno com os resultados conhecidos.

4. Compreender a sustentabilidade

Assim, não admira que alguns economistas venham, desde há anos, defendendo os postulados de um quadro de sustentabilidade e de transição para um *sistema financeiro de perequação* baseado na bioeconomia, sendo nos pressupostos desta que assenta, de resto, um dos “*Objectivos de Desenvolvimento do Milénio*” da Declaração da ONU de 2000. Trata-se de um modelo de desenvolvimento económico ajustado, em termos quase automáticos à *sustentabilidade*, onde a premissa essencial é a racionalização do uso dos recursos primários (em especial a energia e os recursos naturais), a qual se concretiza em políticas de eficiência energética, de redução do consumo e da respectiva produção de resíduos, do uso racional da água, da optimização da utilização do solo e da sua função social, etc. Políticas que se traduzem, em rigor, numa *reeducação para a cidadania* e, por conseguinte, na estruturação da economia, orientando-a para uma eficiência verdadeiramente paretiana, assente num conceito de justiça intergeracional verdadeiramente refundadora da solidariedade própria do século XXI. Um quadro da sustentabilidade em relação ao qual se impõe dizer algo de mais específico relativamente à sustentabilidade estadual em geral, a qual tem na estadualidade fiscal o seu mais relevante vector.

4.1. *A sustentabilidade estadual.* A sustentabilidade dos países, numa economia global de mercado preocupada com o Estado social, isto é, com a sobrevivência de um Estado com adequado grau de socialidade, comporta uma tríplice vertente: – económica, ecológica e social. Um tema que, embora glosado sobretudo relativamente ao Estado social não deixa, a seu modo e em alguns aspectos, de afectar os alicerces do próprio Estado, decorrentes quer da dificuldade na actual delimitação e hierarquização das fontes de direito¹⁴, quer das complicações daí advindas para a operacionalidade do princípio democrático, a base legitimadora desse modelo de Estado.¹⁵ Pois a sustentabilidade financeira que nos preocupa não pode deixar de ser considerada no domínio mais amplo da sustentabilidade económica, ecológica e social.

Com efeito, é a sustentabilidade com este sentido que deve ser tido em conta pela sustentabilidade financeira, a qual mais não é do que a sustentabilidade fiscal do Estado. Pois o orçamento do Estado, enquanto programa da política financeira em números, que suporta e espelha uma dada sustentabilidade, não pode deixar de ser

¹⁴ Uwe Volkmann refere, a este propósito, que a Constituição passa a ser um «quadro de busca» no contexto complexo da internormatividade, in «Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit», *VVDStRL*, 2008, 67, p. 88 e ss.

¹⁵ Jürgen Habermas fala do «fim do compromisso social do Estado», que se fica a dever à escassez de recursos financeiros e à mudança de paradigma relativo à integração social e à realização dos direitos nos Estados da OCDE, em *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 79 e ss.

visto como um instrumento, ao mesmo tempo central e fundamental de um *equilíbrio global* nos domínios económico, ecológico e social.

Assim e no respeitante ao domínio económico, é por demais evidente o contributo dos instrumentos da política orçamental, isto é, as receitas ou mais especificamente os impostos, e as despesas com particular destaque para as despesas de investimento, para o «equilíbrio económico global». Um equilíbrio a obter num quadro de prossecução harmonizada dos objectivos parcialmente conflituantes da política económica, ou seja os objectivos que integram o conhecido «quadrado mágico»: estabilidade dos preços, elevado nível de emprego, crescimento económico estável e equilíbrio das contas externas.¹⁶ Sendo certo que, num Estado fiscal, pela própria natureza das coisas, a sua sustentabilidade mais não é do que uma variável da sustentabilidade económica, pois se o funcionamento da economia de mercado não proporcionar excedentes tributáveis adequados à correspondente dimensão do Estado, este torna-se insustentável. Por conseguinte, uma tributação asfixiante da economia é, simultaneamente, uma tributação asfixiante da própria capacidade financeira do Estado, constituindo mesmo a negação do próprio Estado fiscal, porquanto, sendo este por definição um Estado financeiramente parasita da economia, implica uma economia minimamente saudável de que se possa alimentar adequadamente.

Por outro lado, não podemos esquecer que esta sustentabilidade económico-financeira se reporta ao desenvolvimento económico, que, para ser realisticamente sustentável, não pode pautar-se por um crescimento económico linear e permanente, como chegou a ser paradigma no século passado, impondo-se assim uma sustentação financeira do Estado e demais entes públicos minimamente adequada a uma economia de mercado sem os níveis de crescimento que conhecemos 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.

Em sede da sustentabilidade económico-financeira é de fazer referência também ao que podemos designar por sustentabilidade político-jurídica, a qual, embora possa ser vista como uma sustentabilidade própria, não deixa de ser uma expressão daquela. Pois, reportando-se ao papel que as decisões políticas e a sua correspondente roupagem jurídica podem ter para a sustentabilidade, isto é, para um desenvolvimento sustentável e correspondente sustentabilidade financeira, é de perguntar pela

¹⁶ A este propósito, v., por todos, Markus Mösti, «Nachhaltigkeit und Haushaltrecht», em Wolfgang Kahl (Ed.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, p. 567 e ss. (571 e ss.). Para a concretização paradigmática da ideia do texto, tendo em conta a situação portuguesa, v. Vitor Bento, *O Nó Cego da Economia. Como resolver o principal bloqueio do crescimento económico*, Lisboa, 2010.

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 enfrentamos. Assim como se exige a racionalização da máquina burocrática do Estado e demais entidades públicas, de modo a que a dimensão dos órgãos de soberania, das regiões autónomas, das autarquias e das diversas administrações públicas assente num mínimo de coerência entre a dimensão do País (traduzida na dimensão territorial e pessoal, de um lado, e no PIB e no PIB *per capita*, de outro) e a dimensão e estrutura da sua máquina política, administrativa e judicial.

Por seu lado, no concernente ao domínio ecológico, não precisamos de perder tempo para salientar como a sustentabilidade financeira contribui, e de maneira não despidianda, para a sustentabilidade ambiental, no quadro de uma dependência recíproca entre as finanças e o ambiente. Pois, mesmo que não se adira às ideias que nos anos oitenta e noventa do século passado chegaram a suportar o endosso desta sustentabilidade ao direito dos impostos, através de propostas de reformas tributárias a moldar em total conformidade com as exigências ambientais, no quadro do movimento da *green tax reform*,¹⁷ do que não há dúvidas é de que tanto as receitas públicas como as despesas públicas constituem vias importantes de realização de um elevado nível de tutela ambiental. Embora integrados num modelo de tutela ecológica suportado por uma grande variedade de instrumentos, em que ao lado da clássica actuação pela via de imposição e controlo e dos instrumentos de persuasão voluntária, sobressaem os instrumentos de natureza económica, no seio dos quais, temos os impostos e os subsídios (nestes incluídos os benefícios fiscais).¹⁸ Neste sentido dispõe, de resto, a Constituição Portuguesa, ao prescrever que, «para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado (...) assegurar

¹⁷ Modelo que sucedeu ao perfilhado na década anterior, que reservava para o problema ambiental uma solução assente na ideia de imposição e controlo (*command and control model*), ao qual tende actualmente suceder um outro – o de um diálogo entre esses dois modelos. V., a este respeito, Melissa Guimarães Castello, «O necessário diálogo entre órgãos ambientais e órgãos fiscais na implementação de tributos ambientais», *Direito Fiscal em Questão*, Revista da FESDT, nº 6, 2010, p. 171 e ss.

¹⁸ Ao lado do mercado de emissões e dos fundos ambientais (que constituam meios autónomos de financiamento de objectivos ambientais) – v. para estes instrumentos económicos de tutela ambiental, Tiago Antunes, *O Comércio de Emissões Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*, aafdl, Lisboa, 2006, e Tiago Souza D'Alte, «Fundos públicos e ambiente. Soluções de direito financeiro», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2010/2, p. 171 e ss. Quanto aos impostos ambientais, v. o nosso estudo «Tributos com fins ambientais», *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2008, p. 173 e ss., e Jochem Sigloch, «Nachhaltigkeit und Steuern», em Wolfgang Kahl (Ed.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, cit., p. 497 e ss.

que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente» (artigo 66/2/h).

Aliás, com a dimensão ambiental da sustentabilidade, que está na base do protagonismo actual da temática da sustentabilidade, tem-se em vista a protecção do meio ambiente de modo a que este proporcione às pessoas, individual e colectivamente, da geração presente e das gerações futuras, uma vida digna de ser vivida. O que pressupõe viver em paz e harmonia com os nossos mais diversos companheiros ambientais, actuais e futuros, 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 bens e produtos, proporciona, desde logo, uma base importante para a sustentabilidade económico-financeira dos Estados e respectivas comunidades. Pois, implicando a redução, a reutilização e a reciclagem de bens e produtos, que afectamos à satisfação das nossas necessidades, uma crescente restrição ao recurso a novos bens e produtos, a utilização destes torna-se mais eficiente em termos tanto da sua distribuição entre os membros da geração presente, já que com menos recursos se satisfazem mais necessidades ou as mesmas necessidades durante mais tempo, como da sua transmissão às gerações vindouras.

Enfim, no referente ao domínio social, parece não haver dúvidas de que num Estado fiscal social, como são os Estados desenvolvidos, a realização dos direitos económicos, sociais e culturais passa pelas receitas e despesas estaduais. Pois, embora a realização desses direitos, ou a grande maioria deles, no que se refere à generalidade das pessoas tenha por suporte o funcionamento da economia de mercado, através sobretudo da sua participação na actividade produtora de bens e serviços, relativamente a quantos ou na medida em que o mercado não proporcione o gozo dos direitos sociais, cabe ao Estado assegurar um nível mínimo desses direitos, um nível que, no específico quadro económico-financeiro, permita salvaguardar a dignidade humana.¹⁹

O que passa tanto pela realização de despesas com prestações sociais, como pela obtenção de receitas, designadamente através da modelação pessoal da tributação em sede da política fiscal. Assim o prescreve, aliás, a Constituição Portuguesa na qual, de um lado, estabelece, entre as incumbências prioritárias do Estado, a de «promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias cor-

¹⁹ V. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., esp. p. 573 e ss., e «Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais», *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 87 e ss. (126 e ss.).

recções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal» (artigo 81/b), e, de outro lado, prescreve que «o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza» (artigo 103/2).

4.2. *A sustentabilidade fiscal do Estado.* Mas, revertendo à ideia subjacente ao título deste escrito, centremos a nossa atenção na sustentabilidade fiscal do Estado. E uma primeira observação a este respeito é para referir que falamos propositadamente em sustentabilidade fiscal e não em sustentabilidade financeira e fiscal, como seria porventura 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 e na competência para cobrar impostos no presente e no futuro.

Uma visão das coisas que, tendo estado presente no pensamento durante séculos, veio a ser posta em causa com o advento do Estado social. Efectivamente, essa visão esteve presente desde a construção das fundações do edifício jurídico-fiscal, ou seja, da constituição fiscal, em que se destacam os princípios constitucionais que consubstanciam a ideia de autoconsentimento dos impostos, entre os quais o princípio da legalidade fiscal. Um princípio que, como já sublinhámos,²⁰ 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 no princípio da *no taxation without representation*.²¹

Uma ideia que, esquecida durante séculos, em virtude da centralização do poder real, veio a ser recuperada pelas diversas 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 agora 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

²⁰ 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. 1057 e ss. (1068 e ss.).

²¹ Pois, ao contrário do que por vezes se afirma, a ideia de autoconsentimento dos impostos está longe de se esgotar no princípio da *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 *prius* face ao poder do Estado susceptíveis, por isso, apenas de autolimitação por parte do indivíduo – v., neste sentido, L. Antonini, *Dovere Tributario, Interesse Fiscale e Diritti Costituzionali*, Milano, 1996, p. 34 e ss.

seus elementos essenciais através de lei parlamentar, como decorre do princípio da legalidade fiscal.²²

Uma alteração que, durante os primeiros tempos do constitucionalismo e numa certa perspectiva, não significou uma modificação real ou efectiva 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 o entendimento liberal do Estado que o reconduzia a um Estado mínimo a implicar finanças públicas (consideradas) 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 constam da constituição fiscal, tinha o importante alcance de controlar a despesa pública, limitando-a ao montante das receitas proporcionadas pelos impostos, o que implicava uma sustentabilidade financeira do Estado equiparada à sustentabilidade fiscal.

Mas todo esse quadro se alterou e alterou profundamente com o advento 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 a sustentabilidade financeira do Estado enfraqueceu significativamente.

Assim e quanto às despesas públicas, para além da subtracção ao conhecimento do parlamento de montantes significativos destas, através de variadas e, por vezes, subtis ou labirínticas formas de desorçamentação, entre as quais em Portugal tiveram particular expressão as Parcerias Público-Privadas (PPP),²³ não há 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 especial rigidez apresentada pelas despesas, afectas em larguíssima medida ao pagamento das remunerações dos servidores públicos, acaba constituindo, na prática, uma verdadeira impossibilidade.

²² 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.

²³ 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*, n.º 14, 2009, p.101 e ss. Por seu lado, relativamente à maneira com tem funcionado a desorçamentação concretizada nas PPP, v. Carlos Moreno, *Como o Estado Gasta o Nosso Dinheiro*, Caderno, Lisboa, 2010.

Assim, 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 Meynard 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 empréstimos contraídos. O que impunha o recurso ao crédito apenas para as despesas com o investimento, segundo a regra que na Alemanha é referida por *junctim* recurso ao crédito/investimento.²⁴

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 que, em geral, resultou na tentativa de introdução nos próprios textos constitucionais de limites à tributação, abarcando diversas 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 1995.²⁵

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

²⁴ Regra esta que, apesar de estabelecida na Alemanha, após a segunda guerra mundial, não obistou 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.

²⁵ V. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, ob. cit., p. 590 e ss, e Abel Costa Fernandes, *A Economia das Finanças Públicas*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 524 e ss.

eleições nesses países apresentaram ao eleitorado programas de redução significativa da carga fiscal. Uma solução que levou ao esquecimento daquela solução jurídica que desapareceu da preocupação da doutrina e das propostas de alteração constitucional.

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),²⁶ levantaram-se de novo vozes a propor a introdução nas constituições dos Estados Membros da União Europeia de rigorosos limites para as despesas públicas.

Uma proposta em relação à qual temos fundadas dúvidas, as quais não deixam de coincidir com as levantadas no século passado quando a questão agitou a doutrina jurídica e económica e foi proposta e discutida nos parlamentos.²⁷ Pois não podemos esquecer que, se a disposição alemã em causa tão extensa quanto intensa é nova, a *ratio constitutionis* de um tal normativo nunca deixou de ter expressão inequívoca na constituição germânica. Porém, esta racionalidade acabou por ser neutralizada, na prática, por disposições legais que impediram a efectiva concretização do mencionado *junctim* traduzido na estrita vinculação do recurso ao crédito a despesas de investimento. Pois foi-se permitindo com grande amplitude a falta de correspectividade 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 duradouros.²⁸

Por 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), já se encontravam sujeitos a limites relativos ao défice público e à dívida pública, não podendo ultrapassar, respectivamente, 3% e 60% do PIB, sob pena de abertura do Procedimento

²⁶ 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. (...)»

²⁷ Cf. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, ob. cit., p. 590 e ss.

²⁸ Sobre as razões do fracasso v. Christophgröpl, «Schwächen des Haushaltsrechts – Wege zu einer nachhaltigen Finanzwirtschaft», *Die Verwaltung*, 2006/2, p. 220 e ss.

por Défices Excessivos. Pois bem, embora o cumprimento desses limites tenha sido exigido a pequenos países (caso de Portugal²⁹), quando chegou a vez da sua violação pelos grandes países (caso da Alemanha e da França), procedeu-se à flexibilização do Pacto.³⁰

Para além de que o respeito desses limites, mesmo nesse quadro de flexibilização, numa situação de crise económica e financeira, se depara com obstáculos praticamente intransponíveis. É que os Estados, desprovidos dos instrumentos da política monetária, agora monopolizada no BCE e estritamente orientada para a estabilidade dos preços, e 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 insuportável; a segunda, em virtude de a grande maioria das despesas públicas se revelar muito rígida.³¹

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 ao equilíbrio orçamental. Pois, para além de a lógica económica ou de gestão contemporânea restringirem fortemente as iniciativas e escolhas políticas e jurídicas, tais normas não podem deixar de ter uma adequada flexibilidade.³²

Porém e não obstante as considerações que vimos de fazer, na União Europeia foi aprovado o Tratado Orçamental que veio estabelecer um quadro de estabilidade financeira, impondo limites muito estritos ao défice orçamental e à dívida pública. Vejamos como.

II. O Tratado Orçamental

Como referimos, o Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na UEM, subscrito por 25 dos 27 Estados Membros da UE, veio impor uma profunda reforma em sede dos ordenamentos jurídico-financeiros estaduais ao mais alto nível, europeizando as constituições financeiras dos Estados. Trata-se, porém, de um trata-

²⁹ O primeiro país a ser objecto do Procedimento dos Défices Excessivos, em 2002.

³⁰ Levado a cabo pelos 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.

³¹ 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.

³² 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*, n.º 113, 2011.

do que levanta inúmeras dúvidas, seja quanto à sua necessidade e ao procedimento e forma como foi adoptado entre nós, seja no concernente ao seu próprio conteúdo e à adequação das soluções que estabelece.

1. Da necessidade do tratado e seu procedimento

Assim e quanto ao primeiro aspecto, é de referir que estamos perante um tratado em larga medida desnecessário porquanto o objectivo que com ele se pretende atingir podia ser obtido, em termos mais flexíveis e, por conseguinte, mais praticáveis, através da aplicação efectiva e consequente do PEC, uma vez que o fracasso da sua aplicação se ficou a dever, como referimos, ao facto de o mesmo não ter sido aplicado, e aplicado com igual rigor ou com igual maleabilidade, a todos os Estados Membros. Aliás, não deixa de ser estranho que se queira impor a nível superior, elevando ao nível de tratado, e em termos bem mais exigentes do que os do fracassado PEC, objectivos em sede do equilíbrio orçamental e da dívida pública mais que discutíveis do ponto de vista dos caminhos que a construção e integração europeias devem trilhar para ser uma verdadeira comunidade de direito assente na efectiva solidariedade entre os seus Membros, própria de uma vida em comum.

Pois limitar a solução dos problemas da União Europeia e, em especial dos Estados Membros integrantes da Zona Euro, às questões relativas às finanças públicas, deixando intocadas as questões fundamentais, não vai no sentido do desejável mais federalismo, como por vezes se vê afirmado. Com efeito, a obsessão pelas finanças públicas, esquecendo os problemas do crescimento económico e da competitividade da economia europeia e desprezando, por conseguinte, a necessidade de proporcionar elevados níveis de emprego, aliada à efectiva ausência de mecanismos de solidariedade que não deixem os Estados Membros com dificuldades financeiras entregues à sua sorte, sujeitos a programas de austeridade desumanos ou permanentemente expostos a sanções por desrespeito do Tratado, caminha para a gradual desintegração europeia através do crescente afastamento e marginalização dos Estados assolados por específicas dificuldades financeiras.

Por seu turno, também no que concerne ao procedimento seguido na adopção do Tratado, o mecanismo de cooperação reforçada, devemos assinalar que o mesmo não vai no sentido da verdadeira construção europeia. Pois, pese embora o significado positivo em geral atribuído a esse mecanismo que, desde algum tempo,³³ vem permitindo, com base no artigo 20º do Tratado da União Europeia e nos artigos 326º a 334º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, avançar na integração europeia por parte dos Estados que se encontrem mais preparados,³⁴ no caso em

³³ Mais exactamente desde o Tratado de Amsterdão, de 1999.

³⁴ Muito embora, tendo em conta a prática de um tal procedimento, que tem permitido e incentivado uma integração europeia a diversas velocidades, nos interroguemos sobre se um tal meca-

apreço, podemos adiantar, não pode ser considerado muito positivo. Isto se e na medida em que esse procedimento de cooperação não seja, em si mesmo, de considerar, por via de regra, como uma via que não vai genuinamente no sentido da efectiva integração europeia, pois, ao permitir a consagração de uma integração europeia diversificada, concretizando uma Europa a várias velocidades, acaba constituindo mais um instrumento de desintegração do que da construção que esteve na mente dos *founding fathers* e foi sendo concretizada nos tratados da segunda metade do século XX. É certo que a ideia subjacente a esse mecanismo em si mesma não é negativa, como de algum modo o demonstra o Tratado de Schengen, mas a sua aplicação num domínio como o visado pelo Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governação na UEM, acaba por adicionar mais geometria variável à já existente traduzida, por exemplo, na separação cada vez mais profunda entre os Estados Membros que integram a Zona Euro e os que se mantêm fora dela.

Um juízo que não melhora se do nível da União, isto é, do Tratado, passarmos para o nível nacional, isto é, para o nível do seu cumprimento, uma vez que a forma como lhe foi dado cumprimento na ordem jurídica nacional suscita algumas reservas. A sua efectivação, através da alteração à Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (LEOE), levada a cabo pela Lei n.º 37/2013, de 14 de Junho,³⁵ leva a questionarmos se essa forma de dar cumprimento ao Tratado respeita integralmente as exigências deste quanto à sua aplicação pelos Estados. Pois, embora a LEOE seja, nos termos do n.º 3 do artigo 112.º da Constituição, uma lei de valor reforçado, a sua aprovação não exige qualquer maioria específica da Assembleia da República, seja a maioria qualificada de 2/3 como a exigida para as alterações à Constituição (n.º 1 do artigo 286.º) e para as leis que versem as matérias constantes do n.º 6 do artigo 168.º da Constituição, seja a maioria dos deputados em efectividade de funções exigida para as leis orgânicas (n.º 2 do artigo 166.º e n.º 5 do artigo 168.º).

Uma solução que nos parece não quadrar com o que é exigido pelo n.º 2 do artigo 3.º do Tratado, em que se dispõe que as Partes Contratantes devem, o mais tardar um ano após a entrada em vigor do Tratado, aplicar a exigência do equilíbrio orçamental, “através de disposições vinculativas e de carácter permanente, de preferência a nível constitucional, ou cujos respeito e cumprimento possam ser de outro modo plenamente assegurados ao longo dos processos orçamentais nacionais”. É que a

nismo, apesar da sua bondade em abstracto, não constitui mais um instrumento de desintegração do que de efectiva integração europeia.

³⁵ Em foi aditado, nomeadamente, o seguinte: «Artigo 10-D (princípio da sustentabilidade): 1. Os subsectores que constituem as administrações públicas, bem como os organismos e entidades que os integram, estão sujeitos ao princípio da sustentabilidade; 2. Entende -se por sustentabilidade a capacidade de financiar todos os compromissos, assumidos ou a assumir, com respeito pela regra do saldo orçamental estrutural e pelo limite da dívida pública, conforme previsto na presente lei e na legislação europeia».

LEOE não só não integra o nível constitucional, como as suas disposições estão longe de poderem ter-se por equivalentes a disposições constitucionais.

2. O conteúdo e o significado do Tratado Orçamental

Mas as objecções mais fortes ao Tratado são, porém, as que respeitam ao seu conteúdo o qual está longe de ir no sentido da construção de uma verdadeira União Europeia. Ou seja, as que concernem às disposições mais importantes do Tratado, que são as que exigem orçamentos equilibrados ou cujo défice estrutural não ultrapasse os 0,5% do PIB e determinam que a dívida pública não exceda os 60% do PIB. Exigências que são mais do que discutíveis, atento os pressupostos que as suportam. Pois os Estados Membros da UEM, depois de terem perdido a soberania no respeitante aos instrumentos da política económica e monetária, vêm-se agora confrontados com o efectivo confisco da política orçamental, o que levará, por certo, a uma constante limitação ou mesmo redução das despesas públicas e, por conseguinte, a uma política fiscal sem margem de manobra.

Situação que se agrava, e muito, no caso de se verificar a ultrapassagem daqueles limites do défice orçamental e da dívida pública. Com efeito, os artigos 3º e 5º do Tratado impõem a instituição, a nível nacional, de mecanismos de correcção automática dos desequilíbrios orçamentais com base em princípios comuns a propor pela Comissão Europeia, o que tem como consequência, desde logo, a limitação do papel e independência das instituições nacionais responsáveis pelo controlo do cumprimento das regras orçamentais. Depois estabelece a obrigação de redução da dívida pública à razão de 5% ao ano (1/20) sempre que esta exceda 60% do PIB. De outro lado, segundo o disposto nos artigos 5º e 6º, o Tratado impõe aos Estados Membros a obrigação de implementar um programa de reformas estruturais, económicas e orçamentais, que é vinculativo em caso de se ter verificado défice excessivo, bem como a apresentação antecipada ao Conselho Europeu e à Comissão Europeia dos planos de emissão de dívida pública.

Uma perda de soberania financeira dos Estados Membros que sai altamente reforçada, nos termos dos artigos 7º e 8º, em que se estabelece uma maioria qualificada (invertida) para que uma proposta ou recomendação apresentada pela Comissão Europeia, quando esta considere que um Estado membro viola o critério do défice no quadro de um procedimento relativo a um défice excessivo, não prossiga, ou se atribui ao Tribunal de Justiça da União Europeia a aplicação de sanções aos Estados Membros que não cumpram as disposições do Tratado, bem como poderes de controlo quanto à consagração, a nível constitucional ou equivalente, do princípio do equilíbrio ou excedente orçamental estrutural e respectivos mecanismos de correcção automática, incluindo a sua vertente institucional.

Enfim, igualmente no respeitante às soluções que estabelece, o Tratado Orçamental não desperta elogios. Na verdade, trata-se de um conjunto de soluções em que a austeridade parece dispor de claro protagonismo nada consentâneo com uma União Europeia que se queira uma verdadeira comunidade de direito. Desde logo, a austeridade não pode ser perspectivada como um fim ou um objectivo que suporte uma sociedade e um Estado realinhados para baixos níveis de desenvolvimento e bem-estar social. Antes há-de ser vista como um instrumento da sustentabilidade da sociedade e do Estado nestes tempos do século XXI, em que os níveis de crescimento económico que conhecemos na segunda metade do século XX não são mais realistas. Por isso, a manutenção e sustentação do Estado social, nos termos em que foi construído e consolidado no século passado, não é actualmente viável, impondo um outro referente que não o do crescimento contínuo e significativo.³⁶

Do mesmo jeito, a austeridade não pode ser a única receita e uma receita igual para todos os países como se apresenta no Tratado, devendo antes ser adoptada e doseada em função da real situação económica e social de cada país. Nomeadamente não faz sentido que a austeridade seja a receita tanto para os países com dificuldades económicas traduzidas em desequilíbrios externos e orçamentais, caso dos da periferia sul da Europa, como para os países em que tais desequilíbrios se não verificam, caso da Alemanha, que devem optar por políticas orçamentais expansionistas indispensáveis para a manutenção da zona euro e seu crescimento económico. Depois, a dose de austeridade a aplicar tem que ser diferenciada em função da concreta situação económica de cada país, nomeadamente de molde a proporcionar os resultados que se pretende alcançar de uma maneira suportável para os cidadãos, o que implica que, de um lado, não se vote ao esquecimento a solidariedade comunitária que é a argamassa que liga os membros da União Europeia e, de outro lado, não se dispense uma adequada compatibilização da austeridade com o crescimento económico e a competitividade da economia em causa. Preocupações que, infelizmente, se encontram ostensivamente ausentes da Tratado.

Enfim, a maneira como o Tratado foi preparado e aprovado não se compagina inteiramente com a defesa dos valores da democracia e do Estado de direito, bases proclamadas como fundacionais da União Europeia. De facto, o processo que conduziu à sua adopção, que marginaliza esses valores fundacionais, é mais uma das manifestações que acentua o visível divórcio entre os cidadãos e as instituições europeias. A que acresce a circunstância de as soluções consagradas nele darem suporte à ideia de que a integração económica, como vimos largamente funcionalizada às finanças equilibradas, é uma questão fundamentalmente técnica sem verdadeira dimensão política e social. Por isso, o Tratado constitui a mais recente e superlativa manifestação do que vem sendo designado por “federalismo técnico-burocrático” base de uma

³⁶ Nos termos que referimos mais acima, no ponto I.4.1.

“construção europeia” inteiramente à margem dos cidadãos, dos povos e dos Estados da Europa que, evidentemente, não augura nada de bom.

III. Algumas considerações finais

Tendo em conta quanto vimos de dizer, impõem-se algumas considerações quanto ao sentido e alcance que, a nosso ver, o Tratado Orçamental devia ter. Pois que, diversamente daquilo para que aponta, para uma espécie de política perpétua de austeridade, imposta a todos os países que integram a União Europeia e na generalidade das situações, independentemente portanto de estarmos perante situações de desequilíbrio económico e financeiro ou não, as soluções do Tratado deviam antes valer para países e situações em que, de algum modo, estivéssemos perante um estado anormal ou de necessidade. De facto, admitimos que a consagração constitucional ou em lei de valor reforçado de um limite ao défice estrutural e 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 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».³⁷

Abertura que permitirá a adopção de medidas que sirvam de suporte a uma adequada repartição dos custos da sustentabilidade, no quadro dessa situação de excepção. Ou seja, em termos de um adequado equilíbrio entre o que cada um dos membros da comunidade dá e recebe do respectivo Estado no quadro de uma verdadeira «conta corrente», de modo a que os *commoda* e os *incommoda* implicados na pertença de cada um à comunidade estadual sejam também equilibrados nessa situação. Um Estado de necessidade que, a nosso ver, não se deve limitar, como defende a doutrina, essencialmente a medidas de natureza regulatória dos mercados ou de intervenção em empresas nevrálgicas para a economia nacional.³⁸ Pois, tendo em conta o que referimos, não encontramos obstáculos jurídicos a que, nesse contexto de excepção, possam ser adoptadas outras medidas, como, por exemplo, a limitação de eventuais obrigações de indemnização decorrentes do não cumprimento de alguns compromissos contratuais, quando a razão desse incumprimento advenha da situação de estado de necessidade financeiro.

³⁷ Regulados em Portugal, respectivamente, no artigo 19º da Constituição e no artigo 3º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo.

³⁸ V., nesse sentido, Alfredo Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 135 e ss.

Trata-se de afirmar que o Estado não pode nem deve assumir integralmente o risco financeiro associado à «realização de projectos de interesse público», quando a «alteração das circunstâncias» é externa às opções da política nacional. Assim, por exemplo, situações que aparentemente fossem de reconduzir ao dever de reposição do equilíbrio financeiro dos contratos por parte do Estado em resultado de uma decisão adoptada fora do exercício dos poderes de conformação da relação contratual, mas imputável a decisão do contraente público (*factum principis*), deverão ser igualmente reconduzidas às equações de partilha do risco, quando a medida legislativa adoptada pelo Estado resulte de condicionantes externas às opções da política nacional.³⁹ Pois não é minimamente aceitável que, numa situação de emergência económico-financeira, os avultados custos decorrentes dos riscos que a mesma envolve sejam imputáveis apenas aos contribuintes.⁴⁰

Um resultado que é chocante sobretudo a partir do momento em que tomámos consciência de que vivemos numa sociedade de risco, ou mesmo de alto risco, a exigir que este seja partilhado equitativamente por todos enquanto membros da comunidade e não apenas como suportes financeiros do Estado, ou seja, como contribuintes, uma vez que, como é sabido, há cada vez mais um desfazamento entre os que beneficiam da actuação estadual e os que efectivamente suportam esta financeiramente. O que tem por base visível o fenómeno que, desde há anos, vimos designando por “*apartheid* fiscal”.⁴¹

Por isso, num tal quadro, a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, contratual e extracontratual, deve ser repensada de modo a ser estritamente limitada aos danos graves ou particularmente graves decorrentes de riscos efectivamente imputáveis ao Estado ou a essas entidades, no quadro de uma adequada e efectiva sustentabilidade financeira, e não reportados aos inerentes riscos de cada um, que, como pessoa livre e responsável, não pode deixar de assumir plenamente os riscos intrínsecos à vida em sociedade, que, na sociedade de risco ou mesmo de alto risco em que vivemos, são naturalmente muito significativos.⁴² Pois não nos pode-

³⁹ O que pode significar, segundo a aplicação dos critérios da equidade constante do artigo 314º/2 do Código dos Contratos Públicos, uma compensação muito reduzida ou mesmo nula. De resto, é bom lembrar, no contexto da aplicação do princípio da sustentabilidade financeira aos contratos públicos, os ensinamentos da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia a propósito da implementação de políticas, onde aquele princípio impõe obrigações de resultado.

⁴⁰ Uma situação que, em Portugal, atendendo à reconhecida desigualdade efectiva existente na distribuição da carga fiscal, ainda se revela mais intolerável.

⁴¹ V. o nosso *Direito Fiscal*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 453 e ss.

⁴² V. J. Casalta Nabais / Suzana Tavares da Silva, «O Estado pós-moderno e a figura dos tributos», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140º, 2010/11, p. 90 e s., e o nosso estudo «Considerações sobre a responsabilidade civil da administração fiscal», *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, 2012, p. 327 e ss.

mos esquecer de que, assuma essa responsabilidade a configuração que assumir, são seus efectivos sujeitos passivos sempre ao mesmos – os contribuintes da geração presente e/ou da geração ou gerações vindouras, arcando com os correspondentes impostos de hoje e/ou impostos de amanhã.

Enfim, em sede da União Europeia, impõe-se combater o referido “federalismo técnico-burocrático” base de uma “construção europeia” inteiramente à margem dos interesses dos cidadãos, dos povos e dos Estados da Europa, o qual, repousando num perfeccionismo nominalista inteiramente desfasado da realidade, em nada contribui para resolver com determinação e coragem os verdadeiros problemas com que a construção europeia se defronta, que são os de erguer um verdadeiro Estado Europeu que, no século XXI, assuma as atribuições e competências que, nos passados séculos XIX e XX tão adequadamente foram assumidos pelos Estados nações.

O que implica, obviamente, diversas coisas. Desde logo, exige-se um mínimo de realismo consentâneo com uma economia europeia que continua longe, muito longe, da que foi proclamada na chamada Agenda de Lisboa, pelo Conselho Europeu de Março de 2000, em que foi fixado como objectivo estratégico transformar a economia da União Europeia «na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo, antes de 2010, capaz de um crescimento económico duradouro acompanhado por uma melhoria quantitativa e qualitativa do emprego e uma maior coesão social». O que implica partir da realidade económica existente e não de uma qualquer quimera alinhada com o referido objectivo não cumprido, como se este tivesse, de algum modo, sido atingido.

Depois, não nos podemos esquecer de que a solução do Tratado Orçamental se revela demasiado restrita, rígida e indiferenciada, não permitindo soluções minimamente flexíveis em função da respectiva situação económica. Com efeito, ele não tem em conta se estamos perante uma situação económica normal ou anormal, nem o diversificado desempenho das economias, impondo uma generalizada solução de austeridade, de austeridade permanente e tendencialmente para sempre e de austeridade para todos os países ao mesmo tempo independentemente da efectiva situação económica de cada um.

O que temos possa levar ao que aconteceu com o anterior Pacto de Estabilidade e Crescimento, cujas exigências, a partir de certo momento, em consequência do peso político dos países que o violaram, foram praticamente abandonadas. Ora, o pior que poderia acontecer à preocupação com a disciplina orçamental, que é indiscutivelmente imprescindível ao bom funcionamento, ao desenvolvimento e à consolidação da União Europeia, é que a mesma não fosse levada minimamente a sério com o pretexto de ser demasiado exigente e, por conseguinte, em larga medida impraticável. Por isso, se queremos uma construção europeia a sério, coerente com a vontade dos pais fundadores que orientou indiscutivelmente a integração europeia nas quatro

primeiras décadas do desafio europeu, então estabeleçamos exigências e fasquias adequadas e praticáveis e sejamos implacáveis quanto ao rigor do seu cumprimento, em vez de fixarmos quimeras cuja força, pela natureza das coisas, não vai além da que as palavras que, embora confortem a utopia, não suportam minimamente a realidade.