

## FINANÇAS PÚBLICAS E PÓS-MODERNIDADE.

### O Direito Financeiro como desvio à natureza principiológica e jurisprudencialista do Direito da União Europeia \* / \*\*

1. Numa certa perspectiva, pode considerar-se o Ordenamento normativo da União Europeia (UE) uma manifestação das tendências de pós-modernidade que se desenham nos quadros actuais de pensamento jurídico. Na realidade, se por “pós-modernidade” for entendido o modelo de existência que secundariza a posição do Estado (desestadualização) e simultaneamente desvaloriza o primado da razão (desracionalização), pode afirmar-se que a tarefa de construção europeia nele encaixa sem dificuldade. Dois argumentos podem aqui ser apresentados:

- (i) Por um lado, o Ordenamento europeu sempre reclamou uma indubitável independência e um estatuto de inquestionável autonomia, não se subsumindo nem aos quadros de pensamento do Direito estadual, nem aos quadros de pensamento do Direito internacional tradicional. Com efeito, desde o acórdão do (então) TJCE de 15 de Julho de 1964, *Costa /E.N.E.L.*, que se vem entendendo que os tratados instituem uma ordem jurídica autónoma que é integrada na ordem jurídica dos Estados-membros e que o Direito a partir daí criado procede de uma “fonte jurídica própria”, com as consequências de que ao nível da harmonização da produção jurídica a regra fundamental é a do primado (primauté, *Anwendungsvorrang*) do Direito Europeu. Afirma-se assim que as disposições dos tratados e os actos das instituições vinculam todos os poderes do Estado e têm por efeito não só tornar inaplicável, desde a sua entrada em vigor, qualquer norma de Direito interno contrária, mas também impedir a formação válida de novos actos incompatíveis.

---

\* O presente texto não tem pretensões científicas nem natureza investigatória, tratando-se apenas da materialização escrita da conferência de abertura do “Ciclo de conferências Jean Monnet: Direito da União Europeia e Transnacionalidade”, que decorreu na UNIVAL, Campus Itajaí, Santa Catarina, Brasil, no dia 03 de Agosto de 2010.

\*\* Texto originalmente publicado em Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano IV, 1, 2011, páginas 143 e ss.

- (ii) Por outro lado, o *modus operandi* dos actores institucionais europeus sempre se pautou por critérios que se afastam da racionalidade jurídica clássica, ou pelo menos que se submetem a uma racionalidade jurídica muito própria. Basta trazer ao discurso a circunstância de que as medidas normativas adoptadas e as decisões jurisprudenciais tomadas não são modeladas pelos ideais de Estado de Direito Formal (constitucionalidade, legalidade, subordinação escalonada /*Stufenbau Theorie*) ou material (democracia representativa, igualdade, universalidade) — racionalidades típicas da modernidade —, mas por considerações mais “emotivas” ou “sensíveis” relacionadas com as “liberdades fundamentais” e a prossecução da tarefa de construção de um mercado interno. Nesta perspectiva, e por exemplo, não interessará tanto saber se determinada norma confere ou protege adequadamente determinada posição jurídica subjectiva (do cidadão, do eleitor, do administrado, do contribuinte, do utente, etc.), mas antes se prossegue de modo conveniente o fim de estabelecimento de um mercado livre e sem restrições.

2. Como consequência dessa vontade desestadualizante e desracionalizante, irrompe um paradigma autoreferencial e autopoietico como modo de justificação jurídico-normativa da construção europeia.

Já não é recente a defesa da ideia de que, a partir de um impulso inicial originário do exterior, os sistemas criam os seus próprios elementos (autopoiese) e autoreproduzem-se, num movimento de circularidade que os leva a desenvolverem-se sobre si mesmos. No âmbito das ciências sociais <sup>1</sup>, certos sectores de pensamento defendem que a partir do sistema social geral — enquanto megacomplexo que encerra todas as relações sociais possíveis (laborais, económicas, sociais, afectivas, religiosas, etc.) —, se individualizam subsistemas autónomos e independentes que, sujeitos a códigos comunicativos próprios e específicos, transportam consigo a marca da individualidade e da particularidade, servindo de base ou assentamento a conjuntos distintos de relações particulares, podendo falar-se num subsistema económico, num

---

<sup>1</sup> Convém ter presente que a ideia de autopoiese foi “importada” do domínio das ciências naturais (MATURANA, VARELA), no contexto das quais se pretende designar um processo mediante o qual um sistema biológico se gera a si mesmo por via da interacção com o meio onde está inserido. Deste modo, autopoiese, auto-referência e clausura sistémica revelam-se conceitos interdependentes.

subsistema político, num subsistema ético, valorativo ou axiológico e, naturalmente, num subsistema jurídico. Cada um destes adquire linguagens específicas, princípios e regras singulares, que dão corpo ao código comunicativo que os torna diferentes, podendo mesmo dar-se o caso de tais códigos se apresentarem dissonantes entre si <sup>2</sup>.

Seguidamente, verifica-se que, no interior deste subsistema jurídico, vários subtipos relacionais irrompem e dão corpo a outros subsistemas que criam as suas próprias lógicas comunicativas e teias de dependências, compreendendo-se desta forma, por exemplo, que o subsistema penal adquira retóricas, regras e métodos distintos do subsistema tributário, e este, por sua vez, distintos do subsistema civil, sem prejuízo das dimensões essenciais transversais a todo o Ordenamento (v.g., Estado de Direito, Democracia, Igualdade).

Ora, para quem aceitar este modo de ver as coisas, não se torna difícil reconhecer uma natureza autopoietica ao Direito da União Europeia, na medida em que os Estados dão o seu impulso exterior inicial ao constituir o novo Ordenamento por via dos Tratados Constitutivos (Direito europeu originário) e, após esse acto inicial de impulso construtivo, as Instituições europeias formam um novo arsenal normativo (Direito derivado) de acordo com as suas próprias formas e procedimentos, numa cadeia de validade autónoma em relação ao exterior do sistema.

Enfim, em poucas palavras, a UE cria a sua própria lógica de existência, assente numa principiologia completamente nova e tendo sempre presente as ideias de autonomia e “necessidade existencial”.

3. Assumida a tendencial natureza desestadualizante, desracionalizante e autoreferencial do modelo de construção europeia, desenham-se duas características tradicionalmente apontadas ao Direito da UE e que constituem como que a sua marca

---

<sup>2</sup> A dissonância referida no texto apenas será convenientemente captada e compreendida se a estrita análise jurídico-normativa se deixar atravessar por componentes de análise típicas de outros segmentos cognoscitivos e empíricos, como a economia, a axiologia, a ética ou a sociologia. Basta pensar neste contexto, por exemplo, que a redução do montante de determinada prestação social (v.g., subsídio a desempregados) poderá ser incentivada de acordo com estritos critérios económico-financeiros (subordinado ao código binário rentável/não rentável), mas possivelmente será altamente desaconselhada do ponto de vista político (onde prevalece o código oportuno/inoportuno); analogamente, a introdução de uma nova taxa de imposto pode ser extremamente recomendável do ponto de vista económico, como modo de proteger um certo sector da actividade económica em face de outro ou outros, mas poderá ser extremamente desaconselhável do ponto de vista jurídico por atentar contra dimensões essenciais do princípio constitucional da igualdade (e onde ganha prevalência o código válido/ inválido); do mesmo modo, o sistema jurídico pode reclamar a adopção de medidas de igualitarização de relações estabelecidas entre parceiros do mesmo sexo e de sexo diferente, mas o sistema valorativo ou religioso negar violentamente a materialização de tais medidas.

genética (embora não absoluta, como se terá oportunidade de referir): trata-se de um Direito eminentemente (i) principiológico e (ii) de base jurisprudencial.

- (i) Desde logo, e não obstante a inflação normativa e a suficiente densificação das regras de Direito originário e derivado — podendo, em relação a algumas directivas falar-se mesmo em prolixidade —, verifica-se que se trata de um segmento jurídico fortemente marcado por princípios. Em termos práticos, e apesar da recepção das dimensões essenciais dos Ordenamentos dos Estados-membros (princípios jurídicos fundamentais), o Direito da UE reconhece um conjunto próprio e completamente novo de preceitos valorativos que se justificam grandemente pela ideia de “necessidade existencial”. Apenas a título exemplificativo podem ser trazidos ao discurso os princípios do primado (em determinadas matérias previstas nos Tratados, as normas de Direito da UE gozam de preferência aplicativa em relação às normas de Direito interno desconformes, como modo de assegurar a funcionalidade sistémica); da aplicabilidade directa (desnecessidade de transposição, recepção ou incorporação da normas de Direito europeu nos Ordenamentos nacionais); ou do efeito imediato (as norma de Direito europeu criam direitos e vinculações directamente invocáveis perante os Tribunais internos dos Estados-membros, seja num sentido vertical — particular frente a uma entidade pública —, seja num sentido horizontal — entre particulares).
- (ii) Em segundo lugar, o arsenal principiológico acima referido deve muito da sua formação e posterior desenvolvimento aos esforços e à energia do Tribunal de Justiça da UE, o qual é referido frequentemente como sendo o motor do processo de integração e o verdadeiro defensor dos Tratados (isto é, da autonomia do sistema). Na verdade, procurando distanciar-se da matriz jurídica europeia continental clássica — assente no primado da Constituição e na valorização do Parlamento e da lei —, o TJUE desde cedo “marcou a cadência” por via de acórdãos paradigmáticos e verdadeiramente históricos (*Costa/E.N.E.L.*,

*Internationale Handelsgesellschaft, Simmenthal, etc.*), por via dos quais afirmou a autonomia e o primado do Direito da União, por vezes mesmo de um modo absoluto, acrítico e desmesurado. Um eventual excesso neste dinamismo jurisprudencial chegou mesmo a suscitar a crítica de que o Direito da UE se afirmava por vezes como um verdadeiro “Direito dos juízes”, porventura violador de algumas dimensões essenciais do Estado de Direito.

4. Contudo, nem todos os segmentos jurídicos em que o Direito da UE se materializa apresentam as características apontadas, sendo o particular domínio da política financeira — entendida como coordenação das políticas financeiras dos Estados-membros <sup>3</sup> —, um dos exemplos paradigmáticos de *desvio genético*. Na verdade, nem se reconhece a existência de muita jurisprudência sobre as matérias em causa — constituindo o acórdão de 13 de Julho de 2004 (processo C-27/04), e sobre o qual se voltará a fazer referência, uma excepção —, nem se aponta um grande esforço de elaboração doutrinal na construção de princípios financeiros estruturantes, antes se baseando as soluções jurídicas numa rede densa de regras específicas.

Exemplo significativo da estrutura pouco fundada em princípios e muito sustentada em regras — importando a fraseologia de ALEXY ou CANOTILHO, por exemplo — pode ser encontrado na disciplina jurídica do denominado “Pacto de estabilidade e crescimento”, o qual constitui um conjunto de normas que estabelecem os sustentáculos sobre os quais assentam a coordenação das políticas financeiras e orçamentais dos Estados-membros e a tarefa de solidificação das respectivas finanças públicas <sup>4</sup>. Trata-se de uma densa rede de objectivos (por exemplo, os Estados-membros comprometem-se, a médio prazo, a assegurar situações orçamentais excedentárias ou próximas do equilíbrio e a levar à prática em tempo útil as

---

<sup>3</sup> A coordenação referida, como se sabe, ganha dimensão no quadro da política económica da União, constituindo, ao lado da política monetária /cambial, uma das vertentes em que ela se desdobra. Porém, se no domínio monetário se pode afirmar que existe êxito em grau elevado (desde logo pela existência de uma moeda referencial, pela quase exclusividade supraestadual de emissão de moeda, e pelo reconhecimento de competências exclusivas e reforçadas ao Banco Central Europeu - BCE), no domínio financeiro, o máximo que se pode aspirar é, até ao momento, a uma simples e por vezes difícil e custosa coordenação de políticas díspares.

<sup>4</sup> Desde logo, o extenso art.º 126.º do Tratado sobre o funcionamento da UE (TfUE), ao qual acrescem o regulamento (CE) n.º 1466/97 do Conselho de 7 de Julho de 1997, relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas; o regulamento (CE) n.º 1467/97 do Conselho de 7 de Julho de 1997 relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos; e a Resolução do Conselho Europeu sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento, de 17 de Junho de 1997 (97/C 236/01).

necessárias medidas de correcção orçamental), instrumentos (v.g., os programas de estabilidade e convergência ou a cláusula de proibição de défices excessivos), pressupostos e sanções que se materializa numa disciplina jurídica compacta, carregada e “pesada” de textura pouco aberta — para utilizar a terminologia de HART — e com um grau de concreteza elevadíssimo. Aliás, as referidas regras apresentam um grau de densificação cada vez mais acentuado, em virtude da crescente necessidade de preencher conceitos indeterminados e cláusulas abertas, perspectivados como potencialmente desaconselháveis em domínios onde o rigor, a correcção e a exactidão deverão ser a pedra de toque.

Porém, a pouca abertura normativa nem sempre significa elevado grau de efectividade, sendo mesmo a falta de executoriedade (*lack of enforceability*) uma das críticas mais recorrentemente apontadas a este segmento jurídico. Entre muitas outras considerações, pode ser chamada à evidência a circunstância de que a proliferação de regras conduz à inoperância dos procedimentos decisórios, principalmente se forem tidos em vista a natureza política das decisões e o facto de certos Estados-membros se “protegerem” uns aos outros e, desse modo, inviabilizarem uma solução credível. A este respeito, o referido acórdão do TJUE (Tribunal Pleno) de 13 de Julho de 2004 (n.º de processo C-27/04), disponível em <http://curia.europa.eu>, debruçou-se sobre um pedido da Comissão no sentido da anulação de vários actos do Conselho, designadamente a decisão de não adoptar os instrumentos constantes das recomendações da Comissão relativamente à República Francesa e à República Federal da Alemanha.

5. Em todo o caso, deve ter-se presente que o *défice principiológico* referido não se deve tanto a carência de matérias sobre as quais os mesmos se devem debruçar ou à falta de “sensibilidade” do Ordenamento europeu nos domínios financeiros, mas antes à (ainda) permanente consideração das matérias de Direito financeiro, tributário e fiscal como redutos de tecnicidade, pouco propensos a considerações de natureza mais profunda e reflexões mais penetrantes do ponto de vista da teoria do conhecimento.

Nada mais errado, cremos.

Como modo de exemplificar o que acabou de ser dito, ensaia-se de seguida a tentativa de consideração, no âmbito do Direito da EU, de dois princípios jurídico-financeiros que se nos afiguram cruciais e decisivos em todos os tempos, mas

principalmente no momento presente. Trata-se, como se compreenderá, de um conjunto de brevíssimas considerações que não poderão ter a pretensão de esgotar o tema, nem tão pouco o analisar convenientemente, atenta a natureza redutora do presente discurso.

- (i) O primeiro será o *princípio da selectividade da despesa pública*, o qual faz apelo à ideia de que os recursos públicos devem ser utilizados de modo eficaz, ponderado e cuidadoso. Trata-se de reconhecer uma regra empírica evidente e manifesta — aplicável não apenas no Ordenamento europeu, mas igualmente no Ordenamento interno — mas que não recebe incorporação jurídica convincente, e que apela a uma correcta alocação dos dinheiros, por via da selecção cuidada das categorias de despesas. É neste contexto, aliás, que se pode afirmar que o verdadeiro problema dos sistemas financeiros actuais reside, não tanto nas receitas que os alimentam (que nos parecem, na generalidade, suficientes e equilibradas), mas antes nas despesas em que elas se materializam. Por exemplo, no momento presente ganha particular premência no contexto dos Ordenamentos financeiros europeu e dos Estados membros a questão da sustentabilidade dos sistemas de protecção social, na medida em que se constata o risco da sua insustentabilidade, sendo nesse quadro que se advoga a orientação da despesa para os domínios da investigação, desenvolvimento tecnológico e educação, em detrimento dos gastos correntes e supérfluos, ou dos subsídios que constituem incentivos ao ócio.
- (ii) O segundo será o *princípio da equidade intergeracional*, que constitui, segundo pensamos, o *Grundprinzip* em matéria de Direito financeiro. O ponto essencial aqui em consideração diz respeito à necessidade de, na base de uma ideia de solidariedade, acautelar as gerações vindouras e o peso que sobre as mesmas as decisões presentes poderão fazer incidir, tendo-se presente um duplo ponto de vista: por um lado, de um ponto de vista negativo, deve procurar-se não onerar em demasia ou em desproporção as gerações futuras com os custos das despesas públicas feitas no presente, o que implica que estas deverão estar

sujeitas a uma planificação racional, rigorosa e equilibrada (transtemporal) — seleccionadas de acordo com critérios de utilidade reais e efectivos —, e sem recurso excessivo ao crédito, principalmente crédito a longo prazo (mais de vinte anos); por outro lado, do ponto de vista positivo, deve ser dada prevalência às despesas públicas de natureza reprodutiva e que projectam a sua utilidade em momentos futuros, de modo a que as gerações seguintes possam usufruir das mesmas em termos de plena utilidade. Por isso, deverão evitar-se os grandes gastos em obras faraónicas, luxuriantes ou voluptuárias, propícias ao divertimento ou a esgotar-se em eventos localizados, e privilegiar-se os gastos em obras duradouras ou (uma vez mais) em investigação, desenvolvimento tecnológico e educação.

6. Enfim, pós-modernidade, autoreferencialidade e défice principiológico constituem alguns dos pontos cardeais que a abordagem do fenómeno financeiro público no momento presente e no contexto europeu reclama. O que aqui se procurou empreender foi tão somente uma abordagem rudimentar que tentou cruzar a análise jus-filosófica e jus-financeira, de modo a estabelecer pontos de contacto e premissas que possibilitem avanços posteriores e desenvolvimentos mais profundos e, não obstante o carácter de sobrevoos que subjaz ao presente texto, pode dizer-se, ainda assim, que tanto no âmbito do Direito financeiro interno como no âmbito da coordenação das políticas financeiras no quadro da UE a palavra chave parece ser uma só: rigor. Com efeito, a disciplina orçamental e, dentro desta, a disciplina da despesa pública parecem ser o único caminho possível para conseguir a desejável estabilidade financeira e a salvaguarda da sustentabilidade do sistema globalmente considerado. Note-se que a referência a “sistema” que está aqui a ser efectuada não se refere apenas ao sistema financeiro *stricto sensu* — embora o tenha directamente por referência —, mas ao próprio sistema de existência em que a convivência social de natureza europeia ocidental actualmente assenta – um sistema de base ainda pública, de matriz tendencialmente solidária e dependente das contribuições de todos.