

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



A SIMBIOSE ENTRE REGULAÇÃO E TRIBUTAÇÃO

PAULA BRAZ MACHADO

Orientadora: Professora Doutora Nazaré Costa Cabral

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Menção
Jurídico-Económicas, Especialidade em Direito Fiscal.

2024

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



A SIMBIOSE ENTRE REGULAÇÃO E TRIBUTAÇÃO

PAULA BRAZ MACHADO

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Menção Jurídico-Económicas, Especialidade em Direito Fiscal.

Provas de Doutoramento prestadas a 04.03.2014, com o seguinte Júri:

Presidente:

- Doutor Fernando Correia Araújo, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

- Doutor Joaquim Freitas da Rocha, Professor Associado com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho;

- Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, arguente;

- Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

- Doutora Nazaré Saldanha Póvoas da Costa Cabral, Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientadora;

- Doutora Paula Cristina dos Santos Rosado Pereira, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

- Doutora Rute Neto Cabrita e Gil Saraiva, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente.

2024

Agradecimentos

O percurso de elaboração de tese de doutoramento é muito peculiar. Assemelha-se a uma corrida de longo curso, que impõe a humildade perante o desconhecido, a curiosidade perante a dúvida, a resiliência perante os obstáculos e a superação perante a dificuldade. É, por isso mesmo, um percurso eminentemente solitário, em que impera o autoincentivo, mas que, em vários momentos, os que nos acompanham nos amparam.

Ao caminhar pelo átrio da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, reconheço um sentimento de pertença, como membro duma comunidade académica que me acolheu enquanto aluna e me permite, hoje, colaborar na formação dos futuros juristas. Muito agradeço à entidade que, para além da formação académica, me permitiu ampla dedicação ao presente trabalho, honrando-me com a atribuição de Bolsa de Doutoramento, Bolsa essa em associação com a Universidade de Lisboa. Faço ainda notar a profunda compreensão de todos os Professores Regentes e colegas de docência com quem colaborei durante este período e a qual naturalmente agradeço.

A Professora Doutora Nazaré Costa Cabral confrontou-me com a complexidade e amplitude do presente trabalho desde a primeira hora, tendo prontamente aceitado orientar-me nesta tarefa. Agradeço profundamente todo o tempo e contributos que generosamente me concedeu e que recolhi de forma ávida, tendo a sua orientação sido preponderante para a concretização deste trabalho.

À minha “claqué” familiar, liderada pelo meu marido, alargada a pais e às crianças, que me permitiu dedicar longas horas à pesquisa, estudo ou produção escrita e que me incentivaram nas adversidades.

Julho 2023

Índice

Resumo / Abstract.....	7
Siglas e Abreviaturas	9
INTRODUÇÃO	12
Delimitação do Tema.....	13
Metodologia e Objetivos	15
PARTE I.....	19
A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	19
Capítulo 1 – Evolução Histórica dos Modelos de Intervenção do Estado na Economia	19
1.1 Do Estado Liberal	24
1.1.1. Ideologia(s).....	26
1.1.2. Construção teórica Económica Liberal	28
1.2 As reações ao <i>laissez-faire, laissez-passer</i>	34
1.2.1. Crise do Estado Social	41
1.3 Novo Modelo de Estado: O Estado Regulador.	43
1.3.1 Modelo Americano.....	47
1.3.1.1 A Evolução do Estado Regulador Norte Americano.....	50
1.3.1.2 As Comissões Reguladores Independentes	65
1.3.2 Modelo Europeu	68
1.3.2.1 O processo de integração europeia e sua influência na regulação económica	70
1.3.3 Portugal em Particular	86
1.3.3.1. Do Estado Novo à Constituição da República Portuguesa de 1976	88
1.3.3.2. A Regulação da Economia pós-adesão às Comunidades Europeias.....	99
Capítulo 2 – Fundamentação da Intervenção do Estado na Economia.....	113
2.1. Introdução.....	113
2.1.1. Teorias Económicas sobre o papel do Estado – Breve Síntese.....	115
2.1.2. Funções do Estado	123
2.1.3. Fundamentos para a Intervenção Pública.....	139
2.2. Intervenção pública na Economia por razões de Eficiência	142
2.2.1 Modelo de concorrência perfeita: o padrão da eficiência.....	144
2.2.2 Fracassos do Mercado: Principais Falhas de Mercado	151
2.2.2.1 Insuficiência de Mercado: Os Bens Públicos	153
2.2.2.2 As Externalidades	159
2.2.2.3 Imperfeições na Concorrência: Poderes de mercado	165
2.2.2.4 Assimetrias Informativas	181
2.3. Intervenção pública na Economia por razões de justiça social	189
2.3.1 A Repartição.....	192
2.3.2 A Redistribuição	207

Capítulo 3 – Mecanismos de Correção: A Regulação Económica	229
3.1. Aproximação ao Conceito de Regulação	230
3.2. Teorias da Regulação	234
3.2.1. Teoria do Interesse Público	236
3.2.1.1. Falhas de Mercado	238
3.2.1.2. Prossecução de Justiça Social	255
3.2.1.3 Críticas	260
3.2.2. Teoria dos Interesses Privados	263
3.2.2.1. Teoria Económica da Regulação	265
3.2.2.2. Captura de Renda	269
3.2.2.3. Grupos de Interesse	272
3.2.2.4. Escolha Pública	274
3.2.2.4. Crítica	281
3.3. Fisionomia da Regulação	282
3.3.1. Modelos de Regulação	284
3.3.2. Instrumentos de Regulação	287
3.4. Problemas da Regulação	299
3.4.1. Falhas de Regulação e Falhas de Intervenção	302
3.4.2. Captura Regulatória	315
3.4.2.1 Tipos, efeitos e conceptualização da Captura Regulatória	319
3.4.3. Custos da Regulação	323
3.5. Dos Reguladores em Particular	331
3.5.1. As formas de regular	333
3.5.2. Sistema Europeu Multinível	342
3.5.2.1 Estruturas de Regulação na União Europeia	347
3.5.3. Sistema Português	365
3.5.3.1. Entidades Reguladoras Independentes	370
3.5.3.1.1. Regime orçamental e financeiro em particular	381
3.5.4. Vicissitudes da Regulação face à Pandemia Covid-19 e demais eventos recentes na Europa	391
 Capítulo 4 – Outros Mecanismos de Correção	 408
4.1. Problemas Económicos de Base Comuns	409
4.1.1. A eficiência	409
4.1.2 A perda da perfeição	414
4.1.3. O Bem-Estar	418
4.2. Soluções Públicas: O Modelo Pigouviano	423
4.2.1. A tributação em especial	431
4.2.1.1 Imposto	435
4.2.1.2. Taxa	438
4.2.1.3. Contribuições	441
4.3. Soluções Privatísticas: Modelo Coaseano	446
4.4. Aplicação das soluções coaseanas e pigouvianas	454
4.5. Soluções (re) distributivas	462
4.5.1. Distorções sociais indesejáveis provocadas pelo funcionamento do mercado: Que soluções?	466
 PARTE II.....	 480
 MECANISMOS TRIBUTÁRIOS ASSOCIADOS À REGULAÇÃO	 480

Capítulo 5 – Os Tributos enquanto meio de Regulação	480
5.1. A Caótica Realidade.....	481
5.2. Regime jurídico dos Tributos.....	490
5.2.1. Princípios enformadores da Tributação.....	494
5.2.1.1. Categorias de tributos	501
5.2.1.2. Princípio da legalidade	513
5.2.1.3. Princípio da Igualdade	528
5.2.1.4. Princípio da Proibição da Retroatividade Fiscal	546
5.2.1.5. Princípio da Tributação do Rendimento Real	548
5.2.1.6. Demais Princípios relevantes	550
5.2.2. – Regimes Especiais	552
5.2.2.1. Regime Geral das Taxas das autarquias Locais.....	554
5.2.2.2. Tributos cobrados pelas Entidades Reguladoras.....	560
5.2.2.3. Benefícios Fiscais	566
5.3. Taxonomia dos Mecanismos Tributários associados à Regulação	570
5.3.1. Pressupostos e Finalidades duma taxonomia.....	573
5.3.2. Modelo de Análise	576
5.3.3. Proposta de Taxonomia	579
5.4. Os limites dos Tributos de Regulação	582
5.4.1. Limites formais	594
5.4.2. Limites materiais.....	601
5.4.2.1. Fundamentação.....	603
5.4.2.1.1. Fundamentação económica de base	612
5.4.2.2. Critério material do princípio da legalidade: Tipicidade	615
5.4.2.3. Corolários do Princípio da Igualdade: Capacidade Contributiva e Equivalência	619
5.4.2.3.1. A proporcionalidade	636
5.4.2.4. Outros limites materiais	647
5.4.3. Mecanismos de responsabilização	651
 PARTE III.....	 660
 A SIMBIOSE	 660
Capítulo 6 – O Impacto da Tributação de Regulação	660
6.1. Perspetiva do Regulador	667
6.1.1. Os Impactos da decisão do Regulador	680
6.1.2. Mecanismos tributários de regulação em Particular: a vertente da Administração Fiscal	693
6.1.3. Casos concretos de avaliação de tributos de regulação	698
6.2. Perspetiva do Regulado	703
6.2.1. Cidadãos	706
6.2.2. Empresas.....	714
6.3. Principais Conclusões	726
 Capítulo 7 – Factores de diferenciação e União da Regulação e Tributação	 731
7.1. Factores de Diferenciação.....	732
7.1.1. Estado Regulador vs. Estado Fiscal	733
7.1.1.1. Elemento Finalístico: o fundamento e propósito	748
7.1.1.2. Elementos orgânicos: a organização	763
7.1.1.3. Elemento normativo: os instrumentos	769
7.1.1.4. Elemento jurisdicional: acesso à tutela jurídica efetiva.....	780
7.2. Factores de União	790

7.2.1. Mecanismos de Regulação: os mecanismos tributários e os “outros”	814
7.3. O Balanço da Simbiose	832
7.3.1. A génese: criação separada, união pelo caminho.....	834
7.3.2. O presente: o que existe e o debate.....	846
7.3.3. Que Futuro?	865
 <i>IN FINE</i>	 886
 BIBLIOGRAFIA.....	 890

Resumo

A intervenção do Estado na Economia começa com a constituição do próprio Estado e criação dos seus poderes de autoridade. Contudo, os modelos utilizados para concretização dessa intervenção têm sido cíclicos, acompanhando as ideologias e movimentos socioeconómicos das comunidades.

Mais intemporais ainda são os tributos, essa figura cuja criação se deve à necessidade de angariação de receita por parte de entidades dotadas de poderes de autoridade: primeiro com um sistema dual de cobrança pela Igreja e Estado para depois se cingir os poderes tributários apenas ao Estado.

Os sistemas de regulação económica e os sistemas tributários têm desempenhado um papel central na construção dos Estados Modernos: os sistemas de regulação têm assegurado uma delimitação da intervenção do Estado na economia, garantindo a utilização de instrumentos regulatórios de forma fundamentada e controlada; os sistemas fiscais garantem a sustentação financeira do Estado, garantindo a receita necessária à cobertura das despesas públicas.

De forma a garantir a prossecução das suas finalidades, a regulação económica muitas vezes utiliza mecanismos tributários para moldar comportamentos dos agentes. Estes instrumentos tributários, dotados da coercibilidade subjacente aos tributos, são úteis e eficientes, tendo proliferado a sua utilização nos últimos anos.

Esta relação peculiar entre os institutos da regulação económica e tributação trazem, contudo, desafios associados às diferenças que os separam mas também os benefícios que causa a sua relação simbiótica.

Trata-se, portanto, de avaliar a constatação da existência desta relação, quais os seus fundamentos e se esta simbiose resulta numa soma positiva, em benefícios, mesmo que não equivalentes, para ambos os institutos.

Estando neste momento a viver uma espécie de quebra do ciclo do Estado de Garantia tal como o conhecemos, cremos que este trabalho traz contributos para a avaliação dos futuros modelos de regulação económica e dos sistemas tributários.

Palavras-Chave: Estado Regulador; Regulação Económica; Instrumentos de Regulação; Tributos de regulação; Custos da Regulação

Abstract

The intervention of the State in the Economy begins with the constitution of the State itself and constitution of its powers of authority. However, the models used to carry out this intervention have been cyclical, accompanying the ideologies and socioeconomic movements of the communities.

Even more timeless are the taxes, this figure whose creation is due to the need to raise revenue by entities endowed with authoritative powers: first with a dual system of collection by the Church and the State, and then the tax powers are limited to the State.

Economic regulation systems and tax systems have played a central role in the construction of Modern States: regulatory systems have ensured a delimitation of State intervention in the economy, guaranteeing the use of regulatory instruments in a substantiated and controlled manner; tax systems guarantee the financial support of the State, guaranteeing the necessary revenue to cover public expenses.

To guarantee the pursuit of its purposes, Economic Regulation often uses tax mechanisms to shape the behaviour of agents. These tax instruments, endowed with the coercibility underlying taxes, are useful and efficient, and their use has proliferated in recent years.

This peculiar relationship between the institutes of economic regulation and taxation brings, however, challenges associated with the differences that separate them but also with the benefits that cause their symbiotic relationship.

It is, therefore, a question of assessing the existence of this relationship, what are the grounds and whether this symbiosis results in a positive sum, in benefits for both institutes even if not equivalent.

As we are currently experiencing a kind of end of the cycle of the Guarantee State as we know it, we believe that this work will bring contributions to the evaluation of future models of economic regulation and tax systems.

Keywords: Regulatory State; Economic Regulation; Regulation Instruments; Regulation taxes; Regulation Costs

Siglas e Abreviaturas

AACS – Alta Autoridade para a Comunicação Social

AED – Análise Económica do Direito

AES – Autoridades Europeias de Supervisão

AIR - Avaliação do Impacto Regulatório

AT – Administração Tributária e Aduaneira

AUE – Acto Único Europeu

BCE – Banco Central Europeu

BdP – Banco de Portugal

CECA -Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Económica Europeia

CERS - Comité Europeu do Risco Sistémico

CNE – Comissão Nacional de Eleições

CRP – Constituição da República Portuguesa

EBA - *European Banking Authority*

EIOPA - *European Insurance and Occupational Pensions Authority*

EO – Executive Order

ER – Entidade Reguladora

ESMA - *European Securities and Markets Authority*

EURATOM - Comunidade Europeia da Energia Atómica

FMI – Fundo Monetário Internacional

IA – Inteligência Artificial

IRA - *Independent Regulatory Agencies*

LEO – Lei de Enquadramento Orçamental

LGT – Lei Geral Tributária

LGT – Lei Geral Tributária

LQER – Lei-Quadro das Entidades Reguladoras

MoU – *Memorandum of understanding* (geralmente associada ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional em 17 de maio de 2011)

OCDE – Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Económico

OIRA - *Office of Information and Regulatory Affairs*

OMB - *Office of Management and Budget*

RGTA – Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais

RIA - *Regulatory Impact Assessment*

SESF - Sistema Europeu de Supervisão Financeira

SIEG - Serviços de Interesse Económico Geral

TCE – Tratado da Comunidade Europeia (consolidação dos Tratados originais de 1952 e 1957)

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

UEMOA – União Económica e Monetária do Oeste Africano

“Deliberately or innocently, every tax is regulatory.”

William Shultz

Introdução

Simbiose significa uma associação entre duas espécies diferentes, cuja relação pode ser benéfica em determinados aspetos mas menos proveitosa noutros.

Esta terminologia da biologia tem sido aproveitada pelas ciências sociais quando nos deparamos com dois institutos diferentes mas que criam uma relação entre si, geralmente benéfica. É o que sucede no caso em apreço!

A regulação económica e a tributação são dois temas que, tomados individualmente, têm natureza jurídico-económica muito diferenciada. São institutos diferenciados e autónomos, pelo que se encaixam na ideia de “espécies” diferentes.

A busca por uma definição de regulação jurídica da economia foi sendo pautada quer pela lógica economicista – assente na ideia de intervenção do Estado no sentido de criar e consolidar novos mercados e abri-los à concorrência – conjugada com a disciplina jurídica, que cria um corpo normativo para disciplinar a organização e atividade económica.

A noção de regulação jurídica da economia acaba por assentar num conjunto de regras que pretende prosseguir objetivos públicos de intervenção do Estado na Economia. Essa intervenção do Estado na Economia faz-se sobretudo por dois motivos: a) Justiça social e/ou b) Eficiência dos mercados.

Assim, ao nível económico, a regulação acaba por explorar a articulação entre o mercado e a imposição de regras que visam colmatar falhas de origem externa, de funcionamento interno ou assimetrias.

Já no que concerne à tributação, a primeira ideia que, para qualquer leigo, surgirá será o de financiamento das necessidades coletivas: os tributos são a fonte de financiamento de necessidades coletivas que, geralmente, é o Estado que suporta.

Os tributos serão, no mais singelo sentido, a receita coativa do Estado e demais entidades públicas.

Certo é que a realidade da regulação e da tributação não são propriamente idênticas nem, à partida, seriam de notória ligação.

Contudo, as sinergias que se podem criar entre ambas as áreas acabam por complementar as suas finalidades.

Neste sentido, e conforme adiante se demonstra, os fins corretivos que se pretendem com a regulação são muitas vezes atingidos por meio de figuras tributárias criadas e calibradas para a correção de falhas. São disso exemplo os tributos com características extrafiscais que podem funcionar, eles próprios como medida de correção de comportamento ou falha de mercado

Recorde-se ainda que a regulação económica tem custos associados, mormente custos administrativos relacionados com a criação e financiamento de entidades reguladoras ou custos associados à fiscalização e penalização de comportamentos indevidos.

Esses custos são financiados pela receita do Estado – incluindo tributos criados especificamente para questões regulatórias, geralmente sectoriais – mas também por tributos paracomutativos criados para o financiamento de entidades a quem foi “delegada” a função regulatória.

Começa, pois, a ser visível uma certa relação que a regulação económica e a tributação podem ter. E é essa conexão que aqui pretendemos ter como pano de fundo do trabalho a realizar.

Essa conexão tem pontos de união mas também se tratará de efetuar a devida diferenciação entre ambas as realidades: a simbiose não requer unidade mas antes uma associação.

Por último, referimos que a simbiose é uma relação entre duas entidades distintas sendo que, dessa relação, podem resultar benefícios ou não. Ora, nada mais adequado também às consequências resultantes desta relação regulação vs. tributação.

De facto, o uso da tributação enquanto mecanismo de correção de falha do mercado tenderá a funcionar caso o próprio tributo seja eficiente, funcional. A falha na calibração do tributo para além de consequências ao nível da natureza do mesmo, acarreta por si só uma falha na finalidade para que foi criado.

Atendendo a esta necessidade duma certa perfeição na criação dos tributos, a problemática da natureza, fundamentação e limites da tributação é essencial para analisar os motivos e consequências das falhas destas figuras. Mas também assim se poderá analisar as virtudes duma figura tributária que, bem formulada e eficiente pode ter no contexto da regulação.

E que reflexos esta associação entre as duas realidades – regulação e tributação – têm na prática na vivência dos *players* do mercado. Aqui a visão da empresa e do regulador será essencial para perceber o impacto e eficiência das medidas intervencionistas. Acresce ainda a visão da administração fiscal que, direta ou indiretamente, acaba por ter de lidar com as figuras tributárias criadas e sua receita.

Há, por isso, um constante questionar da necessidade e oportunidade desta associação entre regulação e tributação.

Delimitação do Tema

Estando a relacionar-se duas realidades bastante distintas, acresce a responsabilidade na delimitação inicial do tema para que não se caia na tentação duma derivação infinita, balanceando-se para um dos lados do pêndulo. Essa não é a intenção nem seria producente.

Assim, há que traçar as visões que servirão de fio condutor para a própria investigação.

Perante o tema da regulação económica e da tributação, há um elemento comum que desde logo é evidente relativamente à intervenção do Estado.

Por isso, é essencial que, em primeiro lugar, se qualifique esta intervenção do Estado que é comum nas duas áreas. E parece--nos que teremos de qualificar esta intervenção como uma intromissão do Estado no âmbito económico.

Assim, há que explorar, por um lado os modelos de regulação económica, sua justificação e finalidades.

E frisamos este ponto porque o estudo da regulação pode muitas vezes resvalar para panoramas diferentes do seu âmago económico ou para uma análise mais direcionada – mormente leis da concorrência, supervisão ou questões sectoriais – a questões particulares.

Neste caso, pretende-se aprofundar a motivação da intervenção do Estado na economia, quer pela vertente social – defesa da justiça social, interesse público, necessidades gerais da comunidade, etc. – mas também na vertente da eficiência do funcionamento dos mercados – falhas de mercado tais como externalidades, assimetrias ou/e poderes de mercado.

Ora, para tal será necessário atentar aos modelos de regulação que, em determinados pontos, acarretam a criação de entidades administrativas, dotadas de maior ou menor autonomia de gestão e financeira, que visam a prossecução das finalidades da intervenção do estado em determinado mercado/ sector.

Mas existem também, por outra via, outros mecanismos de correção, mormente mecanismos tributários de correção de falhas de mercado.

Falamos dos tributos de cariz pigouviana, em contraposição com os modelos coaseanos ou, a terceira via de correção de falhas de mercado, a via redistributiva.

E são estes mecanismos de correção por via tributária que mais relevam na análise a ser efetuada.

Estaremos perante tributos associados ou com finalidade de regulação – enquanto modelo de correção ou mecanismo corretivo em sentido próprio – ou associados à atividade regulatória – por exemplo, seu financiamento.

Nesse sentido, será necessário efetuar uma espécie de catalogação com vista a entender os tipos de tributo, finalidades e natureza existentes neste panorama.

Na vertente tributária, a delimitação será efetuada atendendo aos tributos que se encontrem associados à regulação.

Uma vez identificados, será necessário identificar a natureza destes tributos – impostos, taxas e contribuições – designar um modelo de análise dos mesmos e encontrar uma taxonomia que sirva os propósitos de “arrumar” a amalgama de figuras que certamente se encontrará.

Contudo, o cerne da análise na vertente tributária – e onde é definitivamente relevante a natureza e fundamentação da regulação económica – será o escalpelizar a fundamentação e limites da tributação associada à realidade regulatória.

Isto porque, como já referimos, aqui encontraremos, com certeza, as falhas nas figuras utilizadas e suas consequências.

Há, portanto, que caminhar para o reflexo da regulação e tributação associada quer nas empresas que operam nos sectores regulados mas também no ponto de vista do próprio regulador.

Associado à regulação, existe um custo de liberdade e custo de oportunidade que as empresas que operam no sector terão de avaliar sob pena de ineficiência ou distorção. Mas este custo deve ainda ser relevante aos olhos do regulador que, para além das vantagens deve sobretudo estar atento às falhas de intervenção e/ou falhas de governação que implicam consequências ainda mais indesejadas do que os problemas iniciais que se pretendiam solver.

A ignorância das atitudes interventivas¹ pode, por si só, ser um factor de ampliação da falha já existente ou a criação de questões adjacentes.

A doutrina económica é rica na avaliação das intervenções do Estado, pelo que é de aferir, através da sua lucidez, a adequação da tributação criada para a auxiliar e financiar.

Por outro lado, a visão da máquina fiscal relativamente a estes tributos, trará à colação a técnica tributária aqui aplicada – na criação, liquidação e receita dos tributos – sendo de relevar o destina da receita destes tributos. Será que não se atraiçoa a função do tributo em caso de não aplicação da receita às finalidades pretendidas? Por outro lado, deve atender-se se a consagração de receita é efetuada de acordo com as normas de finanças públicas.

A final, deve concluir-se se existe ou não um equilíbrio na relação entre regulação económica e tributação associada, e qual a essência desta ligação.

No fundo, o caminho far-se-á seguindo o mote do título da tese, caminhando-se de forma paulatina mas segura até uma reflexão quanto à relação entre estas duas realidades, a simbiose entre as duas áreas e se a mesma resulta num benefício.

Metodologia e Objetivos

Reconhecendo que se trata dum tema vasto, os objetivos e metodologia a seguir deve ser claramente traçada.

Se por um lado a análise económico-jurídica da regulação terá uma forte componente, a mesma só faz sentido quando interligada à criação e funcionamento dos tributos a ela associados. Com isto pretende dizer-se que o propósito último duma análise da regulação acabará por extremar-se na tributação que nasce por motivo e para a própria regulação.

Isto porque, em termos de análise crítica e inovadora, o que se pretende não pode esgotar-se apenas numa catalogação de tributos. Teremos certamente que entroncar na problemática da fundamentação e limites destes tributos.

Quando falamos em fundamentos, concretamente referimo-nos ao motivo ou causa² da criação de determinadas figuras tributárias. Isto porque a criação de tributos associados a uma intervenção do Estado na economia deve cumprir o seu desiderato sob pena de falhar.

E esta falha pode ser relativamente à natureza – passando o tributo a poder ser categorizado de forma diferente, sob pena de ter um regime jurídico diverso – bem como converter-se também numa falha de intervenção do Estado.

E que responsabilização daqui advém? Quais são as consequências e mecanismos de responsabilização que estarão ao alcance de empresas e regulador para ultrapassar estas falhas.

¹ Conforme refere Fernando Araújo, in *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, 5ª reimpressão, Almedina, 2018.

² O Professor Soares Martinez dedica um capítulo do seu *“Direito Fiscal”* à problemática da causa dos tributos. Acrescentamos aqui a fundamentação porque, no caso dos tributos associados à regulação, nenhuma legislação refere especificamente a necessidade de fundamento do tributo. Contudo, a figura tributária não pode ser desprovida duma razão, mesmo que, a final, seja meramente de captação de receita.

Por outro lado, a falha do tributo pode ocorrer por pura desadequação, mormente do valor. E aqui falamos concretamente dos tributos paracomutativos com intuitos extrafiscais cuja valoração ou justificação económica não é requerida legislativamente.³

Inexiste, também, qualquer limitação legislativa uma vez que não há o esboço de quaisquer bases, nem que sejam a nível sectorial, que regulem os tributos aqui em análise.

Faz sentido, por isso, prosseguir neste campo o objetivo de ver definidos os princípios gerais que delimitem esta tributação e de onde, quer o Estado ou entidades administrativas, não devem passar. Falamos concretamente de princípios estruturantes em matéria tributária que não podem aqui ser descuidados, nomeadamente o princípio da equivalência e da legalidade.

Por outro lado, os reflexos da regulação e da tributação devem ser avaliados. Isto porque, conforme já foi referido, quer a nível da empresa – o impacto na liberdade económica por operar em mercado regulado ou o custo de oportunidade associado – mas também ao nível do regulador – responsabilização pela intervenção e eventual falha, bem como consequências reflexas da aplicação de medidas intervencionistas – os custos associados à regulação e tributação têm necessariamente de ser tidos em conta no impacto social, económico, financeiro e jurídico.

Contudo, esta análise de impacto da regulação e tributação não ficaria totalmente completa sem a visão da administração tributária, sobretudo no que concerne aos impostos liquidados e cobrados diretamente pela mesma.

Contudo, a visão da Administração Tributária – entidade com maior sapiência relativamente à gestão tributária - sobre a cobrança efetuada pelas entidades reguladoras não é de descuidar. Antes, deve ser valorizada.

Conforme temos vindo a referir, o objetivo final incluirá a conclusão sobre esta simbiose entre as áreas e seu equilíbrio.

Relativamente à concretização destes objetivos, cada capítulo serve para abordar, analisar e corresponder a determinados objetivos com vista à concretização da finalidade última.

Assim, a divisão em sete capítulos permite um périplo muito consistente relativamente à formulação de perguntas e respostas com uma sequência bastante clara.

O trabalho divide-se em três partes muito concretas, sendo cada parte composta respetivamente por quatro, um e dois capítulos.

A Parte I corresponde à Intervenção do Estado na Economia e aborda, em quatro capítulos sobretudo a teoria económica em redor da regulação económica.

Vamos iniciar com um périplo histórico (Capítulo 1 – Evolução Histórica dos Modelos de Intervenção do Estado na Economia), muito elucidativo de que os modelos de Intervenção do Estado na Economia se conectam sobretudo com os cenários socioeconómicos concretos, sendo reativos às problemáticas que vão surgindo.

³ Ao contrário do que sucede, por exemplo e em alguns casos, no Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

É neste capítulo que encontraremos a análise sobre os modelos de intervenção existentes e as diferenças sobretudo do modelo americano e do modelo europeu, sendo de relevar a bordagem à situação portuguesa.

Analizados os modelos de intervenção do Estado na Economia faremos o estudo sobre a fundamentação dessa intervenção no Capítulo 2 – Fundamentação da Intervenção do Estado na Economia.

Abordaremos as principais teorias económicas e relevámos os dois principais motivos da intervenção do Estado na economia: a Eficiência e/ou a Justiça Social.

Depois de explorarmos os fundamentos da intervenção do Estado, vamos analisar os mecanismos, os instrumentos que são utilizados pelo Estado para concretizar essa intervenção.

No capítulo 3, vamos focar-nos na Regulação Económica em particular.

No Capítulo 3 – Mecanismos de Correção: A Regulação Económica, será inevitável fazer uma abordagem sobre os principais focos desta matéria, iniciando-se este capítulo com uma aproximação ao conceito de Regulação que depois adotaremos no restante trabalho.

Neste capítulo também nos focaremos no sistema multinível europeu onde Portugal se insere, com vista a fazer a análise da situação portuguesa.

A Parte I termina com o capítulo 4, relativo a outros mecanismos de correção do mercado, onde faremos a primeira abordagem aos mecanismos tributários, enquanto soluções públicas de correção do mercado.

De referir ainda que, no capítulo 4 serão ainda abordadas soluções de correção de mercados de cariz privatístico e as soluções redistributivas associadas às distorções sociais do mercado.

Ao abordar os tributos como um meio de correção de distorções de mercado, abre-se caminho à segunda parte deste trabalho, relativa apenas aos Mecanismos Tributários Associados à Regulação.

A Parte II será dominada pela análise dos tributos, seu regime jurídico, regimes especiais e proposta de modelo de análise e taxonomia dos tributos de regulação.

O “Capítulo 5 – Os tributos enquanto meio de regulação” pretende dar um panorama da caótica realidade existente no que concerne aos tributos associados à regulação, desejando-se apresentar contributos para alcançar algum método de análise desta realidade.

Tocaremos ainda em dois pontos fundamentais relativamente aos limites e fundamentação destes tributos de regulação, bem como os mecanismos de responsabilização existentes.

Sendo a Parte I da presente tese dominada pela Regulação e a Parte II dominada pela Tributação, impõe-se uma terceira parte dedicada exclusivamente à análise conjunta dos dois institutos com vista a compreender a sua relação e benefícios criados.

Assim, a Parte II incluirá o capítulo 6, dedicado ao impacto provocado pela tributação de regulação em particular. Já se terá abordado os custos da regulação mas desta feita havia que entender qual o impacto da utilização de instrumentos tributários com intuíto regulatórios.

Perspetivaremos a visão do Regulador e a visão dos Regulados, passando pelo importante contributo da Administração Fiscal neste campo.

A Parte II relativa à Simbiose terminará com o “Capítulo 7 – Factores de diferenciação e de União da Regulação e da Tributação” que servirá como derradeira contraposição dos institutos, relevando o que os diferencia e o que os une.

Terminaremos com um balanço desta simbiose, acrescentando contributos para o futuro que se avizinha.

A metodologia a utilizar terá necessariamente que passar por uma aliança forte entre a investigação, estudo e análise da doutrina económica e jurídica, de resto uma tradição já conhecida da instituição⁴.

Assim, os padrões a serem utilizados na investigação e composição da tese passarão por um périplo histórico e um método de investigação humanístico utilizando a hermenêutica jurídica.

Contudo, esta investigação será ainda acompanhada por uma análise económica do direito, com uma vasta análise de teorias económicas que ajudam na conceção de métodos corretivos e de responsabilização materializados na área jurídica.

A metodologia utilizada e que claramente se percebe pela singela apresentação do índice *à priori*, reflete uma análise ampla da regulação económica, passando para uma análise mais apurada da tributação, em concreto a tributação associada à regulação.

O afunilamento da perspetiva do tema é perceptível, sendo que, a final, se avalia apenas a simbiose entre os institutos.

Termina-se com uma tradicional visão futura!

Decerto que, cada capítulo, apresenta um propósito mesmo quando possa (quase) ser avaliado autonomamente. De resto, o fio condutor é o tema: em busca da confirmação de uma simbiose de soma positiva.

Refira-se ainda que o presente trabalho se realizou entre meados de 2019 e maio de 2023, tendo sofrido diversos percalços resultantes da Pandemia COVID 19.

Neste espaço temporal, para além das ondas de choque da Pandemia COVID 19 que influenciaram de sobremaneira o caminho desta investigação, surgiu ainda uma crise inflacionista e, recentemente, a introdução massiva da Inteligência Artificial.

Todos estes eventos alteram o rumo da presente investigação mas não lhe retiraram o fio condutor.

Sobrelevamos o facto de grande parte da pesquisa ter terminado em julho de 2022⁵, tendo sido retomada pontualmente a recolha de dados para o sexto e sétimo capítulo até à data de maio de 2023.

⁴ Recordo, sem ousar ser exaustiva ou sequer precisa, a doutrina dos Professores Sousa Franco, Eduardo Paz Ferreira, Fernando Araújo, Carlos Baptista Lobo ou Nazaré Costa Cabral, todos ilustres docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁵ Foram sendo apontadas nos diversos capítulos as datas de acesso aos dados ou de recolha dos mesmos. Referimos em particular dois momentos: os dados relativos à Pandemia COVID 19 foram-se entretanto alterando, sem que tal tenha relevância para as conclusões deste trabalho; no caso da Inteligência Artificial, os programas de testes iniciaram-se em novembro de 2022, com uma evolução meteórica até maio de 2023, pelo que os dados estão a ser atualizados quase diariamente.

Parte I

A Intervenção do Estado Na Economia

Capítulo 1 – Evolução Histórica dos Modelos de Intervenção do Estado na Economia

A regulação da economia por via de intervenção do Estado surge associada ao próprio modelo de Estado, modelos de governação político-económica que levaram à criação de instrumentos jurídicos para a prossecução de objetivos económicos. Instrumentos que moldaram até a própria prática dos intervenientes nos mercados.

É, portanto, essencial para o bom entendimento do atual panorama regulatório que se faça a ponte entre os modelos de Estado e da vivência da Sociedade. A intervenção mais ou menos intensa na economia por parte do Estado surge em resultado da visão e conjectura geral da Sociedade.

De facto, assiste-se há muito a um oscilar entre a predominância do espectro público ou do espectro privado, tendendo-se para um ou outro lado de acordo com a posição adotada sobre o papel do Estado ou a visão político-económica seguida. Por isso mesmo será difícil de autonomizar modelos de regulação *proprio sensu* ou atender apenas a critérios económicos para uma taxonomia de modelos regulatórios.

Uma primeira impressão que comumente se pode reter, é que existirão dois pontos de partida que devem ser tidos em conta: primeiro a ideia de economia de mercado, associada a um liberalismo *smithiano*⁶ e, por outro lado, uma intromissão na ordem natural subjacente à economia, personificada na ação do Estado, por meio de mecanismos intervencionistas e/ou regulatórios.

Inerente à ideia de economia, temos a noção de racionalidade. Conforme ensina Fernando Araújo⁷, *“As escolhas de que trata a economia são aquelas que são ditadas pela escassez de bens ou recursos disponíveis para que a satisfação das necessidades possa ser alcançada”*, sendo que na mesma frase se encontram conceitos básicos a ter em conta:

- i) As escolhas representam as decisões que o agente tem de tomar, encaminhando assim para o conceito de racionalidade, a tomada de escolha que seja mais vantajosa para o agente;
- ii) Essa racionalidade das escolhas está associada a um dos maiores problemas de base da economia, a saber, a escassez de bens ou recursos face às necessidades que são, por definição, ilimitadas. A ordenação das escolhas acontece porque existe escassez de meios económicos e/ou de tempo para satisfazer as necessidades;

⁶ Alegoria à doutrina de Adam Smith no que concerne à ideia de ordem natural subjacente à teoria económica, devendo o Estado abster-se de intervir. Para Smith, o egoísmo dos agentes económicos serviria o propósito de colmatar as necessidades de cada um promovendo, numa visão ampla, o bem-estar geral. No fundo, tudo se encaixaria como se existisse uma *mão invisível* que guiasse os agentes.

⁷ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018

- iii) A satisfação de necessidades acaba por se acostar à ideia de saciedade, ponto em que a dose adicional já não trará benefício⁸

A questão da racionalidade da escolha económica assume importância fulcral. Repare-se:

Assume-se que as trocas serão necessárias para a complementaridade das necessidades dos agentes económicos. É a evidência de que precisamos uns dos outros, social e economicamente, para satisfazermos as nossas necessidades, devendo essas trocas, atendendo a um padrão de normalidade em que predomina a liberdade, ser benéficas para ambos os agentes que as efetuam.

A ideia de um *jogo de soma zero* não se adequa às típicas trocas económicas, que, num ambiente de liberdade, apenas ocorrerão caso exista, racionalmente, uma vantagem recíproca⁹.

Ora, numa ótica de complementaridade de necessidades individuais, aliados à especialização – ou divisão do trabalho – e à ideia de excedente, a vantagem que existe nas trocas leva-nos, numa visão *smithsiana*, a uma ampliação do bem-estar geral.

As decisões, escolhas, a graduação dessas opções económicas, fazem-se atendendo a uma racionalidade, perfeita ou imperfeita¹⁰, existindo um processo para essa mesma escolha.

Supostamente esse processo de escolha deverá abster-se de juízos morais mas tal não significa que não se efetue uma análise balanceada entre benefícios e custos, incluindo os de oportunidade, que alberguem motivações sociais ou de ordenação.

Isto porque a decisão económica pode ser confiada ao poder político ou então estará entregue às forças de mercado, sendo que esta última se rege sobretudo pela maximização de ganhos via trocas.

E iniciamos aqui a distinção mais simples entre um mercado que viverá dos impulsos das forças que nele gravitam ou de uma intervenção, mais ou menos incisiva, do Estado – entidade dotada

⁸ Neste contexto, saciedade equivaleria à utilidade marginal.

⁹ Em contraposição ao *jogo de soma nula ou zero*, as trocas efetuadas em ambiente de liberdade e atendendo a um conceito de racionalidade – no sentido de opção ou decisão do agente atendendo ao benefício – só farão sentido caso sejam benéficas para ambos os agentes. Estaremos, por isso, no âmbito dum *jogo de soma positiva*.

¹⁰ Em termos muito sucintos, referimo-nos aqui à divisão entre a Racionalidade Perfeita defendida na corrente neoclássica por autores como Marshall ou Samuelson e, por outro lado, a racionalidade imperfeita ou limitada decorrente dos ideais neoinstitucionalistas, tendo como referência autores como Coase, Williamson e Herbert Simon. Para o economista, o que interessa é a relação entre meios e fins, pelo que não efetua juízos morais. A racionalidade é, por isso, encarada como um processo de escolha, um mecanismo procedimental. Mas tal não impede que haja uma estratégia neste processo de decisão. Assim, primeiro o agente estabelece uma ordem de necessidades e para satisfazer cada necessidade há que fazer escolhas. Para cada escolha ou alternativa, o agente efetuará uma análise entre custos e benefícios. Dita a racionalidade que se escolha a opção com maior benefício líquido. Relativamente à racionalidade perfeita, os neoclássicos defendiam a ideia do “*Homo Economicus*”, ou seja, partia-se do pressuposto que o agente teria a informação perfeita, completa, total para tomar a melhor decisão. No caso dos neoinstitucionalistas, a racionalidade perfeita seria inatingível face à impossibilidade de o agente obter informação plena sem que com isso não incorresse em custos associados: os custos de transação. A Racionalidade Imperfeita ou Limitada acaba por incluir na decisão os *custos de oportunidade* associados às decisões que não eram, até então, considerados. Estamos já no campo da *Ignorância Racional* em que sabemos que tomamos decisões mesmo não detendo informação perfeita.

de poderes de autoridade para impor ou limitar comportamentos económicos dos agentes de mercado.

Por um lado, numa economia de mercado, *“a actividade económica é condicionada essencialmente pelas próprias forças que animam as trocas – sendo o mercado, na sua acepção mais ampla, a ocasião dessas trocas – predominando a liberdade de conformação de direitos e deveres conexos com os interesses em jogo, por recurso às formas contratuais comuns (...)”*.¹¹.

Na economia de mercado, existe um paradigma de concorrência perfeita, onde impera a liberdade, fluidez e atonicidade, sendo o mecanismo de preços essencial para a escolha do agente económico.

Existindo liberdade na entrada e saída do mercado, sem obstáculos ou limitações para os agentes, associado a uma quantidade de agentes no mercado que impeça posições de sobre influência, bem como a informação no mercado seja clarividente e homogeneidade de bens, o único facto que influência a escolha dos agentes terá de ser necessariamente o preço.

A especificidade da economia de mercado, centra-se no facto de as grandes decisões de que depende a eficiência e justiça do resultado último e total do seu funcionamento, em bom rigor não são confiadas a ninguém. Vive-se num mecanismo de organização espontânea, resultante da junção das soluções individuais assentes na racionalidade¹².

Ora, a ordem espontânea na economia de mercado está assente, como referimos acima, no mecanismo de preços, um processo de sinalização em que os agentes acabam por comunicar.

Repare-se que se um agente se apresenta no mercado é porque estará interessado numa troca, estando o preço do produto a significar uma base de negociação geralmente expressa pela avaliação do vendedor¹³ calibrada pela necessidade do comprador, existindo confiança no meio de pagamento e unidade de valor da expressão dos preços.

Olhando a este mecanismo de preços, desde logo encontramos um obstáculo às pretensões intervencionistas do Estado, uma vez que os mecanismos intervencionistas irão desequilibrar este mecanismo. Não raras vezes encontramos, como medida intervencionista do Estado, a limitação – máxima ou mínima – de preços dos bens.

Numa economia de mercado encontramos dois tipos de mercado – Mercado dos Factores e Mercado dos Produtos - e dois grandes grupos de agentes – Famílias e Empresas.

O circuito económico gera-se entre os mercados e os agentes. Por um lado, as famílias são fornecedoras de factores de produção mas são consumidoras de bens e serviços. Nestes termos, as famílias oferecem, por exemplo, o seu trabalho ao mercado dos factores enquanto procuram os bens e serviços finais no mercado dos produtos.

Por sua vez, as empresas são produtoras de bens e serviços, ou seja, oferecem ao mercado dos produtos os bens e serviços mas são utentes de factores de produção, ou seja, procuram os mesmos no mercado dos factores.

¹¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018

¹² Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018

¹³ Estando o comprador de boa-fé, respeitando a avaliação do vendedor que tem como referência, pelo menos, o custo associado à produção do bem.

A este *circuito real* contrapõe-se um *circuito monetário*, constituído pelo (contra) fluxo de pagamentos que sustenta o completo circuito económico.

Ora, até este ponto apenas nos focámos num sistema onde o Estado não intervém nas situações económicas. Contudo, já aqui referimos que a decisão económica pode ser confiada ao Estado, limitando-se a atuação das forças de mercado.

Nos casos de entrega de decisão económica ao Estado, este fica em posição de planificar e dirigir a atividade económica. Tal sucede devido a uma ideia de que o Estado é uma entidade que dispõe de vantagens ao nível de informação e organização que permitem resolver as questões que escapem ao âmbito meramente individual¹⁴. Bem como se encontra em situação supostamente mais privilegiada para defesa de situações que, mesmo restritas, necessitem duma visão alargada, tais como questões sociais.

Os graus de intervenção do Estado na Economia podem ir desde a total substituição da decisão económica individual, inexistindo liberdade individual ou coletiva – característica dos regimes dirigistas – até um intervencionismo que pode coexistir com uma economia de mercado ou limitar a mesma em graus diferenciados, mais ou menos apertados. E aqui surge a regulação como um dos meios de intervenção do Estado na Economia.

As vantagens que a economia de mercado apresenta não apagam o facto de existirem ineficiências e injustiças¹⁵.

De facto, existem dois grandes motivos para a intervenção do Estado na economia¹⁶:

- 1) Motivos de justiça social, de defesa das franjas mais desfavorecidas, dos que naturalmente são afastados do jogo da economia. Ora, uma exclusão deste jogo económico, leva à pobreza e à própria luta pela sobrevivência, pelo que o Estado assume um papel intervencionista de modo a equilibrar desigualdades económicas, mormente por via da redistribuição.
- 2) Imperativo de eficiência, ou seja, uma intervenção do Estado com vista à retificação de falhas de mercado, quer no de factores ou dos produtos. De relevar que essas falhas são de natureza diversa provocando, por isso, alterações no funcionamento do mercado também elas de diferentes características.

As motivações de justiça social levam a uma intervenção do Estado sobretudo em aspetos que levem à retificação dos resultados distributivos. Ou seja, visa-se essencialmente uma maior redistribuição de riqueza que permita a garantia dum bem-estar mínimo¹⁷.

¹⁴ Jorge Miranda, in *“Manual de Direito Constitucional”*, Tomo I – Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais, 6ª Edição, Coimbra Editora, 1997, p.47, atribui ao Estado as seguintes características: *“Trata-se da complexidade de organização e atuação, da institucionalização, da coercibilidade e da autonomização do poder político, bem como, em plano algo diferente, da sedentariedade. Estas características têm de ser vistas em conjunto e não isoladamente (até porque algumas delas se encontram noutras sociedades, políticas e até não políticas)”*.

¹⁵ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018

¹⁶ Fernando Araújo, no seu, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 55, aponta uma terceira razão para a intervenção do Estado na Economia que tem a ver com a própria *ignorância das leis económicas* por parte do Estado, ou seja, o desconhecimento *dos requisitos e implicações* da sua atitude intervencionista na economia.

¹⁷ Esse mínimo de bem-estar poderia até não ser alcançado por determinadas franjas da sociedade mais desfavorecidas caso a intervenção do Estado não existisse. Exemplo disso são os impostos progressivos ou subsídios mínimos ou pensões mínimas.

No que concerne à intervenção do Estado por motivos de eficiência, é de relevar que já os neoclássicos admitiam que o mecanismo da *mão invisível* poderia falhar, ou seja, os mercados poderiam sofrer determinadas perturbações que impediriam o mesmo de progredir para um equilíbrio¹⁸.

Os neoinstitucionalistas acabam por aceitar que o funcionamento dos mercados contem, intrinsecamente, falhas, tendo identificado três grandes grupos de falhas de mercado, a saber: i) Externalidades; ii) Assimetrias informativas e; iii) Poder de mercado¹⁹.

O Estado irá, pois, intervir de forma a atenuar as falhas de mercado²⁰. Essa intervenção pode ser efetuada por vias diversas mas desenha-se aqui a ideia de regulação económica.

Não é ainda pacífica qualquer definição de regulação económica. Contudo, os conceitos de regulação, sejam eles operacionais ou dogmáticos²¹, acabam por esbarrar em dois elementos: i) conjunto de regras destinadas a possibilitar o controlo de um sector de atividade, garantindo-se determinados princípios; ii) estabelecimento dum grupo de regras ou práticas suscetíveis de permitir o funcionamento económico regular do mercado sectorial, sobretudo no que concerne a estabilidade e previsibilidade.

Sem ter, por ora, preocupações conceptuais, estamos no âmbito duma intervenção do Estado, quando, no âmbito dum sector considerado estratégico ou relevante, o Estado permite o funcionamento do mesmo com regras de mercado que preservem o interesse público, dentro dum ambiente concorrencial designado de saudável.

A não existência sequer dum conceito uniforme para regulação económica deve-se também ao facto da mutação que tem existido das funções do Estado.

De facto, as conceções sobre o Estado, foram divergindo tendo isso impactado nos modelos de regulação ou na medida da intervenção do Estado²². É por isso indissociável uma análise da evolução da regulação económica da própria evolução dos modelos de Estado.

¹⁸ Conforme refere Soares Martinez, in *"Economia Política"*, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 196, o próprio Adam Smith admitiu derrogações à liberdade económica, situação inadmissível para os Fisiocratas. De acordo com Smith, *"O Estado poderia desempenhar todas aquelas funções pelas quais os particulares se desinteressassem e que, não obstante, fossem socialmente úteis. E até mesmo adoptar medidas favoráveis às indústrias nacionais, quando isso se tornasse necessário à defesa do país."* Posteriormente, Stuart Mill passa a admitir a intervenção do Estado ainda em maior amplitude, defendendo que a norma geral seria a da abstenção do Estado no que concerne a intervenção na economia de mercado mas aceita a derrogação desse princípio face interesse público geral.

¹⁹ Cfr. Fernando Araújo, *"Introdução à Economia"*, 3ª Edição, Almedina, 2018.

²⁰ Iremos, mais adiante, deter-nos mais pormenorizadamente sobre cada falha de mercado e quais os mecanismos usualmente utilizados pelo Estado na sua intervenção. Devemos, contudo, desde já referir que a própria existência duma falha de mercado será a fundamentação económica para a intervenção do Estado por via tributária.

²¹ Utilizando a designação de Maria Eduarda Azevedo, in *"Direito da Regulação da Economia"*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017

²² Cfr. Luc Weber, *"L'État, Acteur Économique"*, 3ª Edição, Economica, 1997, p. 14 e ss, que nos ensina que a evolução da economia pública – considerado pelo autor como um ramo da economia política – está profundamente marcada por duas conceções dominantes mas antagónicas que justificam ou fundamentam a existência e o papel do Estado, a saber: i) uma visão individualista (diríamos Liberal), em que o Estado se justifica para prosseguir intuítos de proteção dos indivíduos, manter a ordem e pouco mais deverá intervir. A intervenção em termos económicos deve atender à *"soberania dos consumidores"*, pelo que as prestações públicas devem ter em conta os interesses dos cidadãos; ii) visão de restrição ou

De referir desde já que não será possível fazer a autonomização de modelos regulatórios, com definição de todos os seus prismas, formas de atuar, mecanismos. Antes podemos apontar modelos regulatórios que apresentam tendências e características genéricas.

Nestes termos, decidimos apresentar a seguinte divisão: i) Do Estado Liberal, também podendo ser associado à ideia de “*laissez faire, laisser passer*”; ii) Estado Intervencionista, no sentido de passar a existir a necessidade de o Estado intervir, sobretudo devido a uma visão de intervenção social; iii) o Estado Regulador, aquele que funciona como um árbitro, sendo de relevar aqui a experiência norte-americana e o modelo da União Europeia, onde nos inserimos.

1.1 Do Estado Liberal

Na esteira da divisão feita por Luc Weber, para entender a génese da moderna regulação económica, temos necessariamente de aprender com o que historicamente foi sucedendo, acompanhando as diversas características do próprio Estado e a conceção filosófica e política subjacente.

Na evolução do pensamento e factos económicos²³, poderíamos recuar bem mais. Mas para o tema em análise, bastar-nos-á uma análise do panorama dos finais do Século XVIII e Século XIX, estando o Estado Liberal muitas vezes associado às revoluções, quer a industrial – que leva a um capitalismo liberal²⁴ - ou às revoluções de “ideologia”²⁵, com especial relevância para a Revolução Francesa de 1789.

Relevamos desde já em termos genéricos que a trilogia Indivíduo-Sociedade-Estado altera-se, criando-se uma nova ordenação social²⁶ que teve necessariamente impacto também na teoria económica. É na questão económica que os ingleses tomam dianteira e a teorização clássica se inicia com Adam Smith, e depois David Ricardo e Stuart Mill²⁷sem, contudo, esquecer a escola clássica francesa. A ideia que os une será a primazia do mercado e a defesa do Estado “mínimo”.²⁸

As revoluções liberais tinham um intuito muito claro de libertação do cidadão, do indivíduo relativamente ao Estado. Por isso mesmo a ideia de liberdade e de igualdade marcou fortemente o pendor político-ideológico deste período, o que influenciou necessariamente a teoria

intervencionismo por parte do Estado, sendo que neste caso o Estado é que toma as decisões coletivas, mesmo as económicas.

²³ Seguindo a terminologia utilizada por Romano Martinez, in “*Economia Política*”, 6ª Edição, Almedina, 1995

²⁴ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017.

²⁵ Podemos ainda referir a Revolução Gloriosa de 1688, em Inglaterra e em 1776 dá-se a revolução americana que levou à independência dos EUA.

²⁶ De inspiração nos grandes pensadores da época como Rosseau, Montesquieu e Locke.

²⁷ De referir aqui a importância do Francês Jean-Baptiste Say, figura de relevo da escola clássica francesa. De relevar que a ideia do liberalismo económico de Adam Smith foi o ponto de partida para as escolas clássicas que, pós a sua obra, se dividem em duas correntes: i) a inglesa, mais associada a um liberalismo pessimista; ii) a francesa, mais otimista. A pedra de toque seria a *ordem natural*, que Adam Smith – embebido pelos conceitos fisiocratas – defendia como não dominável mas benéfica. No caso do liberalismo pessimista, a ideia de *ordem natural* associa-se já a uma inevitabilidade da ruína humana. Esta tendência pessimista leva à questionação da própria ideia de ordem natural, que acabou por ser mitigada por Stuart Mill introduzindo a possibilidade de mudança na organização económica da Sociedade.

²⁸ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017.

económica. Repare-se que era fulcral acabar com direitos naturais e limites às atividades comercial e industrial que estavam confinadas à burguesia.

Assume relevância fulcral, sobretudo no que concerne à teoria económica, a ideia de que deveria existir uma separação entre o universo público e o universo privado. Aliás, o liberalismo pressupõe uma separação do Estado e da Sociedade, sendo esta separação sinónimo até de exclusão: “(...) a severa dicotomia liberal correspondia a um esquema rígido de separação e atribuição de funções, que tinha implícito o monopólio do espaço público pelo Estado e, com ele, a ideia de que a intervenção estadual no mundo dos valores políticos e da autoridade constituía sempre uma actuação determinada pelo interesse público”²⁹

Se assim era para o espectro público, no que concerne à Sociedade, esta já se pautava pelo direito privado, solto das amarras da intervenção Estadual.

Nesta dicotomia público-privado, no que concerne à área privada, cada indivíduo desenvolveria as suas próprias potencialidades, prosseguindo o seu interesse próprio³⁰, sendo que os agentes individuais atuavam no mercado sob a égide da liberdade³¹. O modelo económico assenta, pois no lema “*Laissez-faire, laissez-passer*”, em que os mercados, libertos da influência do Estado, funcionam em livre concorrência, sendo que os comportamentos individuais egoístas levam a uma espécie de equilíbrio espontâneo.

Muito embora se associe o liberalismo a uma rutura perpetrada sobretudo pela revolução francesa de 1789, tal não é unânime. De facto, para além de não ter sido apenas a revolução francesa a precursora do liberalismo³², sem contudo se descuidar a sua maior importância no movimento, o facto é que não existiu uma abrupta rutura entre Estado Absolutista e Estado Liberal.

Conforme refere Marisa Apolinário, “*O Estado Liberal acabaria, assim, por assentar num compromisso entre passado e presente, aliando à sua vertente liberal uma vertente autoritária, resquício ainda do Estado de Polícia que pretende derrubar*”³³

Também Vasco Pereira da Silva faz esse mesmo reparo relativamente a uma certa dualidade da ideologia liberal quando faz coexistir o princípio da separação de poderes, garantias individuais mas também um poder de atuação e controlo ao Estado³⁴

De qualquer forma, são incontornáveis características da ideologia liberal que depois também se podem encontrar na vertente económica. Tendemos a concordar com Marisa Apolinário e Sérvulo Correia quando referem que não devemos distinguir o liberalismo político do liberalismo económico mas antes considerá-los em conjunto.

²⁹ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 18.

³⁰ Adam Smith traria a ideia de egoísmo individual, atuando cada agente não por bondade mas antes por interesse próprio. Sendo um otimista, crente na assertividade da ordem natural, o egoísmo de cada indivíduo levaria ao aumento do bem-estar geral, por via do mecanismo da “*mão invisível*”, um mecanismo de “autorregulação” do mercado.

³¹ Ideia que também se transpõe para a teoria económica, nomeadamente o *livre cambismo*.

³² Já tivemos oportunidade de referir a Revolução Inglesa e a Americana que também contribuíram para a definição da ideologia liberal.

³³ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015.

³⁴ Cfr. Vasco Pereira da Silva, “*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*”, Almedina, 1998, p.38 e ss.

Façamos a possível análise da ideologia liberal e depois da teoria económica liberal para concluirmos isso mesmo!

1.1.1. Ideologia(s)

Já aqui referimos que o liberalismo surge como uma reação, decorrente das várias revoluções – industrial ou contra o Estado Absolutista – pelo que as ideias que o fundamentam não têm uma só fonte mas antes várias e com diferentes cenários.

Contudo, independentemente de podermos ter vários autores que idealizaram o liberalismo e lhes inculcaram características diversas, uma análise mais global e acurada remete-nos para um corpo comum de princípios. Esses princípios caracterizam de forma genérica a ideologia e claramente influenciou a vertente económica também.

Ora, uma vez que o liberalismo surge sobretudo como uma reação ao *status quo* existente, claro se torna que são características fundamentais a liberdade, o individualismo e o princípio da igualdade. Estas são as suas pedras basilares das quais nascem variantes mas cuja causa se justifica desta ideia central.

A ideia de que o Estado estava a oprimir o cidadão é a base da defesa do individualismo, da liberdade que cada um deve ter para não ser apenas um peão da sociedade mas nela participar.

A ideia de liberdade é, por isso, fundamental na ideologia liberal, sendo esta entendida quer na vertente liberdade-autonomia no sentido de cada Homem poder dispor de si mesmo sem constrangimentos, mas também uma liberdade-participação no sentido de cada cidadão, cada indivíduo poder participar na decisão política.³⁵

Ora, esta coexistência de liberdades autonomia e participação refletem-se na estrutura política do próprio Estado Liberal que acaba por assentar numa estrita separação entre Estado e Sociedade, aliado ao otimismo de que essa liberdade seria o motor do bem-estar, progresso social e, como veremos, necessariamente progresso económico³⁶.

Contudo, de relevar que esta liberdade teria sempre a limitação legal, sendo de relevar o brotar dum princípio fundamental: o princípio da legalidade. Aliás, o princípio da legalidade, a par da separação de poderes tornaram-se estandartes da ideologia liberal³⁷.

³⁵ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015 que, a este propósito, cita Georges Burdeau, in *“Traité de Science Politique”*, Volume VI, 3ª Edição, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris 1987, em que o autor defende que o Estado liberal será um regime político onde se procura a coexistência da liberdade-autonomia e liberdade-participação.

³⁶ Já aqui referimos que a ideologia – ou ideologias! – liberal brota dum cenário de absolutismo, aninhada num espírito de combate, revolucionário. Ora, a sociedade estratificada existente também moldava a ideologia e, mais concretamente, a Burguesia ascendente da época queria encontrar o seu lugar. O triunfo do individualismo – e até duma certa meritocracia – assentava perfeitamente nos intuitos desta classe.

³⁷ Dir-se-ia até Estado Liberal. Citando Marisa Apolinário, in *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, *“O Estado Liberal é, assim, considerado por muitos como o primeiro modelo de Estado de Direito”*.

A legalidade tem também aqui diversas dimensões. Por um lado, ao nível individual em que todos os cidadãos estarão sujeitos à lei mas também a própria administração, o Estado, deve estar sujeito à lei.³⁸

Ora, a sujeição do Estado à lei é uma necessidade imperiosa da ideologia liberal que se funda no combate ao absolutismo. Em paralelo, essa sujeição à lei de todos os indivíduos acaba por ser a necessidade de limitação da própria liberdade e a execução do próprio princípio da igualdade.³⁹

Aliás, a própria sujeição ao princípio da legalidade por parte do Estado estriba-se ainda na separação de poderes. A separação de poderes entre legislativo, executivo e judicial⁴⁰, para além de se fundar na ideia de liberdade só seria executável atendendo a uma limitação legal e um respeito pela reserva de lei.

Perante este cenário, a redução ao mínimo da intervenção do Estado parece plenamente justificada. Este abstencionismo do Estado faz parte da ideologia liberal até na vertente da sua reação ao Estado Absolutista.

Assim, um dos pontos identitários do liberalismo será o *Estado Mínimo*, no sentido de Estado com intervenção mínima na sociedade e na economia também.

Daqui surge ainda a diferenciação entre o público e o privado, a delimitação de campos. O liberalismo foi precursor da divisão quase estanque entre o público e o privado.

Por um lado, o Estado deteria o monopólio do espaço público e apenas interviria em valores políticos e com autoridade em situações de inegável interesse público.

Na área privada, com maior relevância se destaca o princípio da propriedade privada⁴¹, a defesa da liberdade individual e da prossecução de interesses individuais. Esta última vertente muito relevante sobretudo na teoria económica.

Atenção que, apesar de a ideologia liberal defender a liberdade, igualdade, separação de poderes, propriedade privada, é de relevar que, sobretudo no século XIX ainda são negados alguns destes direitos a cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos ou não pertençam a determinadas classes.^{42 43}

Mais, no final do século XIX e durante o século XX, ainda em período liberal, em contraposição aos direitos de liberdade e de mínima intervenção do Estado, surge a reivindicação de direitos

³⁸ Estamos aqui a falar da sujeição da administração à lei e reserva de lei.

³⁹ Referência aqui à vertente do princípio da igualdade em que todos, sem exceção, seriam iguais perante a lei e para a cumprir.

⁴⁰ De referir que a separação de poderes acaba também por servir o intuito de “dividir” as classes pelos poderes instituídos, ou se, atribuir poderes a todos os grupos sociais existentes.

⁴¹ A propriedade privada, no liberalismo, aparece como um direito fundamental, mesmo que com limitações. Encontramos na fase liberal uma formalização constitucional de muitos dos direitos fundamentais ainda hoje vigentes e que se prendiam sobretudo com a própria ideologia. Conforme refere Jorge Miranda, in “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017, p.27 “Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito Liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista de (no dizer de Radbruch) um «indivíduo sem individualidade»; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.”.

⁴² Cfr. Jorge Miranda, “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017

⁴³ Por isso o Estado Liberal não pode considerar-se como de rutura uma vez que foi existindo cedências a capitalistas, burguesia e demais ordens sociais e religiosas. Um exemplo é o direito de propriedade que foi vedado a determinadas classes sociais durante largo período.

económicos, sociais e culturais. São disso exemplo (...) *direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e, em último termo, de transformação da condição humana*⁴⁴. E, como adiante se irá constatar, este é também um motivo para a viragem do Estado Liberal para o intervencionista ou, mais propriamente, para o Estado Social.

1.1.2. Construção teórica Económica Liberal

Os principais fundamentos da ideologia liberal também moldaram a construção teórica do modelo económico liberal⁴⁵. Os valores da Liberdade, Individualismo e Igualdade povoam a construção do liberalismo económico, alicerçando as principais características do mesmo.

Não é fácil invocar cada característica do modelo económico liberal sem olharmos para a sua fundamentação geral. As características baseiam-se numa amálgama de princípios, pelo que não podemos analisar o pormenor sem ter presente o panorama geral.

A liberdade é fundamento para a defesa do Estado Mínimo, Estado esse que deve abster-se de intervir no domínio privado. Para tal é essencial a divisão de poderes e a separação do domínio público e do domínio privado.

Também a liberdade e o individualismo fundamentam a iniciativa privada, baseada num egoísmo, na busca dum bem-estar individual que, em limite, levará ao bem-estar geral. Esta iniciativa privada baseia-se também na igualdade, em todos poderem ir ao mercado e, em condições semelhantes, retirar benefício.

É, portanto, indissociável da análise da construção do liberalismo económico a teoria essencial da existência duma *ordem natural* que nos conduziria a um mecanicismo⁴⁶ potenciador de bem-estar, fundado numa independência ou liberdade, deixando que *as forças* se encaixassem como se dum mecanismo se tratasse.

É inevitável, numa abordagem ao liberalismo económico, a passagem pela doutrina de Adam Smith⁴⁷, sendo o mesmo influenciado pela ideologia liberal mas com uma abordagem também

⁴⁴ Cfr. Jorge Miranda, “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017

⁴⁵ Soares Martinez doutamente ensina, no “*Economia Política*”, Almedina, 1995, p. 132 e ss., “O conhecimento da evolução económica envolve as posições assumidas pelos Homens face aos problemas económicos. Mas essas posições situam-se em planos diversos.” Querendo aqui referir-se à diferenciação entre *Teorias*, enquanto encadeamentos de fenómenos, objetivos e desinteressados, constatações de facto, e as *doutrinas*, que serão já caminhos que parecem ser preferíveis, desejáveis segundo as concepções de vida e conjunturas. Às teorias e doutrinas corresponderão sistemas, construções mais ou menos esquemáticas ou rede de conceitos e regras aplicáveis. No caso, o liberalismo económico funda-se na Teoria que já advinha dos fisiocratas relativamente à existência duma ordem natural, ou seja, leis económicas impostas pela natureza que o economista deveria descobrir o formular. Contudo, no liberalismo, essa ordem natural não teria origem divina mas antes psicológica, ou até empírica. De qualquer forma. Teorias ou doutrinas económicas, terão ambas dignidade científica. Assim, considere-se teoria ou doutrina o liberalismo económico, o mesmo assume relevância. Tanto assim e que Adam Smith acaba por ser considerado como precursor da economia enquanto ciência social autónoma.

⁴⁶ Expressão obviamente inspirada em “*Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade*”, Almedina, 2001 de Fernando Araújo. A ideia dum mecanicismo que levaria racionalmente ao bem-estar geral.

⁴⁷ Apenas faremos uma abordagem direcionada aos intuitos do presente trabalho, sem preocupação de esgotar o tema.

na vertente económica⁴⁸, uma vertente com verdadeira influência na forma de encarar os mercados, o seu funcionamento e como isso influenciava a vivência em sociedade.

Na obra de Adam Smith, é essencial perceber o pressuposto da existência dum mecanismo, uma perfeita e bela ordenação natural. Mas, desta feita a ordem natural não seria entendida, como nos fisiocratas, como decorrente da vontade divina.

Smith, admirador de Newton, procurava a legitimação científica desta ordem natural, pretendia pois a *“subjugação do mecanismo natural básico ao domínio do intelecto, por meio de esforços pessoais dum visionário dotado do escrúpulo metodológico do genuíno empirista e da abertura de espírito do verdadeiro inovador; tudo resultando numa confluência de observação, experimentação e formulação matemática com resultados de uma eficácia verdadeiramente inaudita (...)”*⁴⁹

Assim, a *ordem natural* deixa de considerar-se de origem metafísica ou divina para se constatar como uma perfeição cósmica cientificamente comprovável, de onde se poderiam retirar, como na física ou matemática, leis, regras (in)questionáveis⁵⁰. O mecanicismo resultará, portanto da aliança entre razão e experiência⁵¹.

Esta ordem perfeita apenas funcionará envolta numa racionalidade imputada à inteligência que permite ao mecanismo operar por si só, de forma automática e perfeita⁵².

Ora, um dos motivos que muito contribuiu para a perenidade da doutrina *smithsiana* foi efetivamente este mecanicismo, a *mão invisível* que, de acordo com o movimento natural das forças de mercado tudo organiza de forma a existir um encaixe perfeito entre as vontades e necessidades da oferta e procura, provocando uma satisfação complementar, ou seja, um benefício geral.

O que aqui se descreve conecta-se com a ideologia liberal no sentido da proteção da iniciativa privada e da desnecessidade de intervenção do Estado. Existindo um mecanismo que funciona racionalmente então o Estado não deverá intervir no funcionamento do mecanismo.

O indivíduo, por sua vez, age de forma racional, o que faz com que, automaticamente, os mecanismos das forças de mercado atuem. No mercado, a oferta e procura encontram-se para

⁴⁸ Um exemplo disso mesmo é a referência ao bem-estar provocado pelo mecanismo da *mão invisível* é associado não com um conceito altruísta de satisfação pessoal mas antes uma associação à satisfação do maior número de necessidades que, num efeito multiplicador geraria necessariamente o aumento do bem-estar geral.

⁴⁹ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 660.

⁵⁰ A respeito dessa *“Imensa máquina do universo”*, Fernando Araújo, em *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 699 cita Adam Smith, em *“Theory of Moral Sentiments”* quando o mesmo teoriza e fundamenta esta máquina perfeita: *“as engrenagens de um relógio estão todas admiravelmente ajustadas ao fim a que este se destina, a indicação das horas. Todos os seus movimentos se coordenam do modo mais harmónico para produzir esse efeito. Se eles fossem dotados de um desejo e de uma intenção de o produzirem, não conseguiriam melhor”*. Aqui indiciando não só a questão da existência duma ordem mas também a ideia de racionalidade (perfeita).

⁵¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 715

⁵² Smith descarta a vontade divina para imputar a perfeição do funcionamento deste mecanismo à racionalidade, sendo que a mesma era aqui tida como, também ela, perfeita. Ora, a conceção de Smith era um modelo que, como qualquer outro, é um ideal e por isso mesmo, em limite também ele perfeito. Por isso mesmo a análise da doutrina *smithsiana* tem de contemplar o ideal de *Homo economicus*. Cfr. Paul G. Mahoney, *“Adam Smith, Prophet of Law Economics”*, The University of Chicago, Journal of Legal Studies, n.º 46 (January 2017).

satisfação de necessidades, criando-se assim a sinergia necessária para que cada indivíduo busque, nas trocas de mercado, o seu lucro. Assim, o mecanismo dos preços – encontro da procura e da oferta – seria o elemento essencial para atuação da racionalidade, escolhendo os agentes apenas a opção mais vantajosa.⁵³

A atitude egoísta de cada indivíduo, na busca do benefício, levaria naturalmente às relações de interdependência e ao aumento do bem-estar pessoal e, em escala, da sociedade em geral⁵⁴. Aliás, esta descrição de Smith do Homem egoísta economicamente provocou grande celeuma, tendo sido até considerado uma contradição de Smith que via bondade mas também egoísmo nas atitudes humanas⁵⁵.

Contudo, e atendendo à atitude egoísta em matéria económica, a desnecessidade de intervenção do Estado é, portanto, natural para o pensamento económico liberal, até porque este mecanicismo levaria obviamente a um bem-estar generalizado⁵⁶.

Ora, nestes termos, tal qual na ideologia liberal, o liberalismo económico reduz o papel do Estado à sua insignificância e desnecessidade, bem patente na posição de Smith, em *“Wealth of Nations”*⁵⁷: “(...) temos assim que, sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens os conduzem a naturalmente dividirem e distribuírem o capital de qualquer sociedade pelos vários empregos possíveis, e isto no máximo acordo com o que é mais agradável aos interesses de toda a sociedade.”

Aliás, num paralelismo com a ideologia liberal, o liberalismo económico também parece banir o Estado até por motivos de rutura com o pendor absolutista. Smith chega mesmo a afirmar, em *“Wealth of Nations”*⁵⁸, que *“nunca vi nada de bom àqueles que invocavam o bem público como motivo da sua dedicação ao comércio”*.⁵⁹

⁵³ Como adiante se verificará, o preço é, nos mercados de concorrência perfeita, o único elemento diferenciador que influenciará os agentes na escolha.

⁵⁴ Aqui temos mais uma vez o bem-estar relacionado não com o espírito ou divindade mas algo bem mais terreno que é a satisfação de necessidades, por natureza, ilimitadas.

⁵⁵ Cfr. Cfr. Paul G. Mahoney, *“Adam Smith, Prophet of Law Economics”*, The University of Chicago, Journal of Legal Studies, n.º 46 (January 2017), p. 221. Mahoney refere a incongruência sobre a natureza humana que a doutrina de Smith provocou e cuja análise foi feita por diversos autores. Assim, Smith defendia, nos seus escritos sobre *moral theory* que o ser humano procede de forma simpática e cordial. Mas nos seus escritos económicos, o ser humano já procede de forma egoísta, defendendo o seu interesse próprio. Não nos alongaremos na análise mas cumpre referir que Coase acabou por considerar que Adam Smith admitia que o comportamento humano era complexo, bem como complexas seriam as suas motivações, pelo que a bondade e o egoísmo iriam coexistir nas decisões humanas, fossem elas de natureza moral ou económica. Em contraposição a Thomas Hobbes, que considerava a inexistência de barreiras morais na prossecução de interesses próprios, Adam Smith considerava que o Homem agia por interesse próprio mas reconhecia e acatava as regras convencionais.

⁵⁶ Já referimos que Adam Smith era otimista em relação ao funcionamento da *ordem natural* que conduziria necessariamente ao bem-estar, doutrina que posteriormente foi seguida pela escola clássica francesa. Contudo, seguidores de Smith como Thomas Malthus e David Ricardo, acreditando ainda na pré-existência duma *ordem natural*, não comungam do otimismo *smithiano*, considerando que, em limite, esta *ordem natural* conduziria os Homens à ruína, sendo, inclusivamente, desnecessária a intervenção do Estado uma vez que os fenómenos económicos são, por si só, leis inquestionáveis.

⁵⁷ Citação retirada de *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 759, da autoria de Fernando Araújo.

⁵⁸ Citação retirada de *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 740, da autoria de Fernando Araújo.

⁵⁹ Também se infere desta ideia a própria corruptibilidade nas decisões do Estado.

Ao intervir nos mercados, o Estado retiraria a espontaneidade de atuação dos agentes e iria interferir no equilíbrio natural e saudável do mercado. Smith chega a considerar que a intervenção do Estado é que levaria à penúria e fome dos povos, por tomar decisões insensatas⁶⁰.

Contudo, a ideia de *laissez-faire, laissez-passer*⁶¹, tal como na ideologia liberal, também no liberalismo económico tinha limites. O Estado deveria, pois, intervir em situações como Defesa, Justiça ou Obras Públicas.

Mais. O manto da legalidade, essencial na ideologia liberal⁶², era por si só uma intervenção do Estado, uma vez que haveria sempre de existir uma estrutura administrativa racional que permitisse a formação dos mercados sem entraves, com a devida liberdade de acesso. Recorde-se que eram vedados alguns direitos a determinadas classes, pelo que seriam, por via legal, abolidos alguns entraves – por exemplo, direitos de propriedade – para que o acesso a determinado mercado fosse o mais equitativo. Sem essa intervenção legal não era sequer exequível o funcionamento do mecanismo ordenador que Smith tanto defendia⁶³.

O próprio Adam Smith admitia derrogações aos princípios da liberdade económica e da intervenção do Estado nas atividades económicas. Assim, *“O Estado poderia desempenhar todas aquelas funções pelas quais os particulares se desinteressassem e que, não obstante, fossem socialmente úteis. E mesmo adotar medidas favoráveis às indústrias nacionais quando isso se tornasse necessário à defesa do país.”*⁶⁴

Contudo, a intervenção do Estado mantém-se, na doutrina de Smith, como excecional. A ideia de *Estado Mínimo* não é abalada, até porque Smith se baseava na pré-existência duma *ordem natural*, o mecanismo que nos levaria, infalivelmente, ao bem-estar.

Mas o liberalismo económico, tal como a ideologia liberal, foi deveras influenciada pela vivência da sociedade da época, sujeita a *lobbies* e aos interesses duma burguesia sedenta de ascensão.

Assim, o liberalismo económico tornou-se cada vez mais *heterodoxo*, passando a ser cada vez mais aceite a intervenção do Estado sempre que fosse necessário corrigir algum dano causado ao interesse geral.

⁶⁰ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 763.

⁶¹ A expressão “*Laissez-faire, laissez-passer*” é atribuída originalmente ao Marquês D’Argenson, Conselheiro de Estado e Secretário de Estado dos Assuntos Externos, que, no Século XVIII, nas suas Memórias deixa como repto para a política económica *“Laissez faire et tout ira bien”*. A ideia do Marquês D’Argenson prende-se com o facto de que os Homens sobreviveram às barbáries, tendo criado uma sociedade com Leis, artes e cultura, pelo que sabem bem ter boas práticas. O poder público deve acreditar neste mundo civilizado e deixar que o indivíduo crie o seu próprio bem-estar. E observa que o património particular cresce e floresce, pelo que tudo o que escapa à autoridade e deixa a ação do homem mais livre frutifica.

⁶² O Princípio da Legalidade será essencial, pelo menos, para balizar a ação da Administração Pública. Maria Eduarda Azevedo, em *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris, 2017, p. 20, refere de forma pertinente que as funções do Estado deveriam restringir-se ao ideal de Estado Jurídico Kantiano, ou seja, *“garantir a cada indivíduo a liberdade, a igualdade e a independência.”*

⁶³ De recordar que a doutrina *Smithsiana* assentava no princípio do *livre-cambismo*. Smith criticou o protecionismo e defendeu a ampla circulação de mercadorias e valores entre as nações para que se aumentasse o bem-estar económico. Cfr. Soares Martinez, *“Economia Política”*, Almedina, 1995.

⁶⁴ Cfr. Soares Martinez, *“Economia Política”*, Almedina, 1995, p. 156 e ss.

Com Stuart Mill, dissipa-se a constatação duma *ordem natural*, surgindo a corrente heterodoxa de liberalismo, que aceita derrogações à liberdade em caso de interesse público ou interesse geral da sociedade⁶⁵.⁶⁶

Atendendo aos puros intuitos do liberalismo económico, a ideia de redução do Estado ao mínimo, uma dimensão meramente formal, revelou-se apenas um modelo teórico e, por isso mesmo, falacioso.

Ora, nestes termos, é de admitir então que o Estado detinha formas e instrumentos jurídicos para intervir na atividade económica.

Adam Smith defendia que os Estados evoluídos deveriam apenas possuir parques, jardins, caminhos públicos, sendo todos os outros bens mais bem explorados por particulares.⁶⁷ O Estado não teria pendor para a produção ou gestão de bens.

Assim, o Estado apenas deveria garantir a liberdade e segurança dos cidadãos, pelo que necessitaria apenas de poderes de polícia, de fiscalização, para punição de eventuais infrações ou violações à lei, sendo que esta apenas visaria a regulação da relação entre indivíduos. Tal é condicente com a ideia de separação de poderes que já referimos como fundamento da ideologia liberal.

Conforme refere Marisa Apolinário⁶⁸, *“A intervenção da Administração Pública nesta época é, portanto, uma atuação «intermitente», reduzindo-se à prestação de serviços de segurança e de defesa nacional. A intervenção pública limita-se, assim, à produção de leis que assegurem o exercício da liberdade e que mantenham a ordem e a segurança, imprescindíveis para o gozo dos direitos individuais.”*

Muito embora esta intervenção legislativa também possa atingir a área económica, a mesma faz-se, sobretudo, ao nível político para que os regimes se estabilizassem e permitissem, efetivamente, uma maior liberdade também ao nível económico. Por isso, o liberalismo económico permitia ao Estado que criasse as condições para o livre comércio, o livre cambismo que Smith defendia na sua Teoria das Vantagens Absolutas. O pressuposto de liberdade levava a que os mercados se pudessem então encaixar na perfeição, com o dito mecanismo pré-existente, a *mão invisível*.

Assim, no Estado Liberal encontramos uma administração que aplica e executa a lei mediante atos unilaterais típicos, tais como ordens, proibições, autorizações e sanções, por via do Ato Administrativo enquanto manifestação típica de autoridade.⁶⁹⁷⁰

⁶⁵ Cfr. Soares Martinez, *“Economia Política”*, Almedina, 1995, p. 207 e ss e Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 36 e ss.

⁶⁶ Dir-se-ia que estamos aqui perante uma das justificações para a intervenção do Estado na Economia ainda hoje utilizado, a saber, o interesse público. Aliás, como adiante se verá, as teorias sobre a *public choice*, bem como a prossecução de ideais de justiça social, levam à fundamentação da intervenção do Estado na economia, sobretudo por via de regulação apertada, imposição de regras de mercado.

⁶⁷ Cfr. Soares Martinez, *“Economia Política”*, Almedina, 1995, p. 197

⁶⁸ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 38 e ss.

⁶⁹ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 38 e ss.

⁷⁰ Repare-se que esta atuação por parte do Estado está relacionada com a rutura com o Estado Absolutista. Contudo, como adiante se demonstrará, a discussão sobre o papel do Estado, sobretudo sobre as áreas que o mesmo deve assegurar – como Educação ou Segurança Social – fará com que novos desafios se coloquem a este “Estado Mínimo”.

No que concerne às Finanças Públicas, também prevalece a ideias de separação, autonomia das finanças públicas em relação à economia. Assim, as finanças públicas reduziam-se à simples satisfação das necessidades financeiras não cabendo ao Estado nem a produção ou gestão de bens⁷¹.

No liberalismo económico encontramos a ideia de *finanças neutras*⁷². Na fase do liberalismo puro ou clássico, podemos encontrar alguns princípios essenciais que dominavam as Finanças Públicas, a saber:

- i) A Privatização da Economia, uma vez que ao Estado apenas cabia garantir condições de estabilidade e organização da sociedade, defesa da propriedade privada e deixar que a iniciativa privada florescesse. Conforme refere Sousa Franco⁷³ *“Economia privada, administração e autoridade públicas: eis a regra de ouro”*, referindo-se ao facto de ao Estado apenas caber funções de defesa, segurança, administração geral e manutenção da ordem pública, podendo eventualmente colmatar as falhas de serviços ou produção de bens que não interessassem aos privados. Junta-se aqui a ideia de a atividade financeira não perturbar a atuação livre dos sujeitos económicos, sendo desejável uma abstenção da atividade económica do Estado;
- ii) Redução substancial do sector público, deixando o Estado de ter uma máquina imensa com atividades diversas. *“Geralmente o sector público no liberalismo não ia além dos 10 a 15 por cento do produto nacional”*, conforme refere Sousa Franco⁷⁴, cabendo à iniciativa privada a prossecução do bem-estar. Esta redução do sector público seria ainda acompanhada de despesa mínima, ou seja, a atividade financeira deve absorver a menor parcela possível de rendimento nacional;
- iii) Decorrente deste *princípio do mínimo*, as Finanças públicas eram simples, ou seja, existia uma simplicidade na gestão e administração mas também os seus instrumentos eram básicos. Neste campo, o imposto era o instrumento primordial, *“a receita típica do liberalismo”*⁷⁵. Com a redução do património do Estado e o aumento da importância do património mobiliário, o Estado encontra no imposto a fonte de receita mais eficaz. Também a ideia de igualdade formal ajudava na recolha dos tributos, uma vez que a ideia de que todos deveriam contribuir para a justiça e estabilização da sociedade era transversal. De relevar ainda a importância do princípio da legalidade neste campo, sendo apenas justificado o imposto que merecesse aprovação parlamentar.

O liberalismo económico encontra dificuldades quando o desenvolvimento industrial do último quartel do Século XIX acarreta desafios relativamente ao aumento das cidades e às obras públicas associadas. As infraestruturas não eram necessariamente lucrativas, pelo que o envolvimento dos privados apenas se cingia nas vertentes lucrativas.

⁷¹ Conforme já aqui referimos, persiste a ideia de que o Estado não está moldado para a produção de bens ou para a boa gestão. O Estado apenas intervirá na economia nas atividades que os particulares não tenham interesse em prosseguir.

⁷² Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 52 e ss.

⁷³ Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 53

⁷⁴ Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 53

⁷⁵ Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 57

Contudo, a ideologia liberal defendia que caberia aos privados a promoção do bem-estar geral, pelo que o envolvimento do Estado na área da construção de infraestruturas é um evidente falhanço do mecanismo da iniciativa privada.

De facto, o desenvolvimento industrial veio expor as evidentes necessidades de intervenção do Estado em matéria social, sobretudo com a classe trabalhadora a tomar uma dimensão considerável. Torna-se necessária a intervenção do Estado para limitar abusos laborais e de proteção social. Termina, pois, a era dourada do Liberalismo para eclodir o intervencionismo de cariz social.

1.2 As reações ao *laissez-faire*, *laissez-passer*.

A reação à ideologia liberal inicia-se ainda no século XIX quando a escola alemã rejeita a doutrina de Smith por considerar que a mesma era dirigida apenas aos interesses ingleses. As reações nacionalistas multiplicaram-se, quer pelos alemães que pretendiam proteger as suas indústrias nascentes⁷⁶, mas também os franceses defenderam o protecionismo, sobressaindo a análise económica de dentro para fora, ou seja, primeiro a num plano nacional e só depois internacional.

A escola alemã, sobretudo com List, baseava o seu idealismo nacionalista numa base bastante pragmática: as indústrias que floresciam no país primeiro deveriam ser fortalecidas com a ajuda do protecionismo aduaneiro e somente depois de estabelecidas estariam preparadas para a concorrência internacional. Estavam assim justificadas as barreiras aduaneiras criadas a produtos estrangeiros. O mercado nacional, estanque à concorrência exterior, criaria dimensão e *know-how* suficientes para as indústrias se poderem expandir internacionalmente.

Mas outra reação ao liberalismo emerge pelas próprias circunstâncias decorrentes da evolução industrial.

Neste particular, as reações socialistas ao liberalismo assumem uma enorme relevância. De facto, os problemas relacionados com a classe operária que surge com a industrialização tornam obsoletas as ideias liberais, sobretudo as mais otimistas.

Sobretudo com a segunda vaga da industrialização, o cenário de miséria associado à classe operária devastou o individualismo: estava em crise a ideia de prosperidade através da busca individual do bem-estar.

A deslocação de massas populacionais para as cidades faz crescer as necessidades de infraestruturas, investimento na educação, habitação, assistência social, saúde, abastecimento de serviços essenciais como água ou eletricidade. Ora, as obras públicas e serviços de interesse geral não eram atrativas para os privados, pelo que o Estado seria chamado a intervir para melhor as condições gerais da comunidade.

⁷⁶ Neste particular é de relevar a construção de Friedrich List com a sua Teoria das forças produtivas. Para List não bastava a teoria dos valores de troca em que assentava o mecanismo *smithsiano*, apenas assente no valor dos bens produzidos (assente sobretudo no valor do trabalho incorporado e aplicável sobretudo aos bens manufaturados). Para List, as leis do Estado, a ciência, artes, religião, condições de segurança e ordem pública, respeito pelas liberdades, entre outras, são forças produtivas das quais também depende o desenvolvimento económico. Cfr. Soares Martinez, “*Economia Política*”, Almedina, 1995, p. 221 e ss.

A intervenção do Estado passa a ser uma exigência. Para proteção das relações laborais, para proporcionar condições mínimas de infraestruturas e serviços, para assegurar serviços de interesse geral. Passamos dum ideal em que o Estado pouco deveria interferir na esfera individual para um Estado onnipotente, que interfere para proporcionar o bem-estar coletivo.

Há, portanto, duas grandes linhas de reação ao liberalismo económico, ambas defendendo a intervenção do Estado na Economia, contudo, o *intervencionismo económico* preserva a propriedade privada, enquanto o *socialismo*⁷⁷ assentava na substituição da propriedade privada pela propriedade coletiva.

De facto, emerge do liberalismo uma ideologia presa à figura do Estado. Isto porque perante a evidente ineficiência do liberalismo aplicado à realidade, o Estado aparece como uma entidade dotada de poder suficientemente abrangente para regular e limitar comportamentos, bem como defender o bem-estar geral que a mecânica da *mão invisível* não conseguiu proporcionar⁷⁸.

Mas estas linhas de reação assumem contornos muito marcados por dois eventos cruciais do século XX, a saber as duas grandes Guerras Mundiais. Por isso, podemos considerar que o intervencionismo e o socialismo espraíam-se⁷⁹. Aliás, como bem refere Maria Eduarda Azevedo⁸⁰, “(...) a Guerra criou um verdadeiro hiato no funcionamento do modelo económico dominante, tendo os Governos adoptado métodos de actuação autoritária sem qualquer tipo de oposição dada a situação excepcional que se vivia, passando a economia a funcionar em regime de controlo directo e até militar”.

De facto, mais do que as diversas ideologias que surgiram neste período conturbado, a verdadeira viragem associa-se ao nascimento do Estado Social. Conforme nos ensina Jorge Miranda⁸¹ “(...)O Estado social de Direito ou modelo de organização constitucional que sucede ao Estado liberal (ou que com ele parcialmente coexiste) sem solução de continuidade e que, muito em resumo, pode reconduzir-se a um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”

O mesmo autor refere, com mestria, que o Estado Social de Direito vem aliar direitos, liberdades e garantias – cuja função é a de proteção da autonomia da pessoa-, com direitos sociais que atendem a condições materiais e culturais.

⁷⁷ Falamos aqui sobretudo do socialismo utópico. Cfr. Soares Martinez, “Economia Política”, Almedina, 1995, p. 227 e ss.

⁷⁸ Não deixa de ser curioso que o liberalismo surge como reação ao Estado Absolutista, criando um Estado Mínimo. Mas assiste depois à emergência do intervencionismo e socialismo como resposta à ausência de intervenção do Estado. Um ciclo comum na história.

⁷⁹ Por esta razão optámos por uma análise mais centrada nas diferenças da teoria económica em relação ao Liberalismo ao invés de percorrer, como atrás o fizemos, as ideologias políticas e a paralela teoria económica.

⁸⁰ Referindo-se à análise de João Pinto da Costa Leite (Lumbrals), em “A Economia de Guerra”, Porto, 1943, que elenca alguns dos problemas típicos da transição de uma economia de paz para uma economia de guerra.

⁸¹ Cfr. Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional – Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais”, Tomo I, 6ª Edição, Coimbra Editora, 1997, p. 95 e ss.

Contudo, este Estado Social não é implantado de supetão mas antes paulatinamente. Vasco Pereira da Silva⁸² refere até três fases do Estado Social, a saber: i) fase marcada pela intervenção estadual para regulação de relações laborais; ii) intervenção do Estado para regular o funcionamento da Economia devido fundamentalmente aos cenários de Guerra (Primeira e Segunda Grandes Guerras Mundiais); iii) apogeu do Estado Social no pós Segunda Guerra Mundial com a intervenção do Estado quer a nível dos Direitos (Sociais, inclusive) mas também na regulação económica. Marisa Apolinário⁸³ acrescenta, a nosso ver bem, uma quarta fase do Estado Social associada ao declínio do mesmo e que se vive desde os finais do Século XX.

Assiste-se, pois, a um novo modelo de Estado, estando a intervenção pública presente em muitas facetas da vida do cidadão, ao contrário do que sucedia no âmbito do Liberalismo.

Enquanto no liberalismo o poder legislativo era a típica manifestação da intervenção do Estado, no caso do Estado Social de Direito, o poder executivo assume as expensas da intervenção massiva do Estado, quer a nível social mas também económico.

Esta presença constante do Estado na vivência social e económica enfatiza o valor da igualdade e fraternidade, emergentes da Revolução Francesa de 1789, em relação ao valor da liberdade – muito mais importante na ideologia liberal.

De facto, o volte face relativamente à intervenção do Estado fica marcado decisivamente pela vivência de duas Grandes Guerras. Elas próprias provocaram circunstâncias específicas que muito influenciaram as necessidades das populações. Façamos uma brevíssima passagem pelas especificidades provocadas pelas circunstâncias bélicas.

Ao fim da Primeira Grande Guerra Mundial, a inflação, desemprego e pobreza estavam terrivelmente implantadas na sociedade, pelo que pareciam justificar-se medidas dirigistas por parte do Estado. Este dirigismo caracterizava-se sobretudo pela necessidade de controlo de preços, garantir a existência no mercado de bens necessários à satisfação de necessidades básicas. Face a esta situação, aliada à necessidade de armamento e aprovisionamento, o Estado passa a ser, ele próprio, um produtor⁸⁴. Este é, até, um dos sintomas dum controlo público da economia.

Ora, esta necessidade do Estado intervir de forma mais veemente era a fundamentação necessária para o aumento da despesa pública e, conseqüentemente, do nível dos impostos. Situação, aliás, que se prolongou no pós-guerra com a motivação da reconstrução.

A este cenário acrescenta-se o já aqui referido surgimento e proliferação da classe operária que provocou um despertar para problemas sociais que até então não se colocavam. A exigência de condições mínimas de sobrevivência, de dignidade no trabalho e outros direitos sociais passaram a ser bandeira sobretudo desta “nova” classe operária.

O Estado respondeu com uma intervenção legislativa na área laboral mas também com um peso na despesa pública assegurando mecanismos de assistência e previdência. E mesmo os conflitos emergentes, como revoltas coletivistas e anarquistas, bem como revoluções ditatoriais, acabam

⁸² Cfr. Vasco Pereira da Silva, *“Em Busca do Acto Administrativo Perdido”*, Almedina, reimpressão, 2016, p. 72 e ss.

⁸³ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 45 e ss.

⁸⁴ Situação apenas considerada excecional pelos Liberais. No cenário de Guerra e pós-Guerra, os indivíduos limitavam-se a responder à exigência de sobrevivência, pelo que a produção de bens por via privada rareava. O Estado passa, ele próprio, a ser o produtor e prestador de bens essenciais (e não só!).

por reforçar a necessidade de intervenção do Estado, única entidade com poderes de autoridade para equilibrar a vivência social e económica⁸⁵.

A legitimidade e necessidade de intervenção enérgica do Estado na economia surge ainda associada ao facto de em 1929, com a Grande Depressão⁸⁶, se ter verificado que o mercado tinha falhas, pelo que a intervenção do Estado seria necessária, quanto mais não fosse para corrigir essas ineficiências.

Mas já em 1924 John Maynard Keynes alertava para o fim do Estado *laissez-faire, laissez-passer*⁸⁷. Keynes discordou da teoria neoclássica relativamente à ordem natural e ao individualismo otimista.

Muito embora respeite os estudos clássicos, Keynes rejeita os seus princípios básicos: *“Vamos esclarecer desde a base os princípios metafísicos ou gerais sobre os quais o laissez-faire foi fundado. Não é verdade que os indivíduos possuam imperativamente uma 'liberdade natural' nas suas atividades económicas. Não há um pacto que confere direitos perpétuos àqueles que os possuem ou àqueles que os adquirem. O mundo não é governado de cima para baixo em que interesses privados e sociais sempre coincidem. Não há um encaixe tão perfeito e minucioso que os faça coincidir. Não é uma dedução correta retirada dos princípios da economia que o os vários interesses próprios sempre resultam no interesse público. Também não é verdade que o interesse próprio geralmente é esclarecido. Geralmente, os indivíduos que agem separadamente para promover os seus próprios fins são ignorantes ou fracos demais para atingir esses objetivos. A experiência não mostra que os indivíduos, quando formam uma unidade social, têm sempre menos visão do que quando agem separadamente.”*⁸⁸

Embora discorde dos fundamentos liberais, Keynes não renuncia ao capitalismo. Pelo contrário, pretende um equilíbrio entre aquilo que é a intervenção pública por motivos de interesse social

⁸⁵ Aqui sem que se olhassem aos custos inerentes a esse dirigismo.

⁸⁶ A Grande Depressão surge entre Guerras. A produção massiva decorrente da onda industrialista, não acompanhada de poder de compra por parte da população, provocou um excesso de oferta não acompanhado pela procura, tendo provocado um excedente de produto nos mercados com subsequente redução de produção. A bola de neve agiganta-se com os níveis de desemprego a aumentar exponencialmente e ainda maior retração no consumo, levando a empresas ao encerramento e os bancos ficam sem meios de receber os empréstimos que haviam efetuado, os ativos desvalorizam rapidamente e dá-se o *crash* na bolsa de valores de Nova York, na famosa quinta-feira negra, arrastando a economia dos EUA com repercussões na economia mundial. Foi a maior depressão económica do século XX. Eventualmente poderemos assistir a algo semelhante no pós-crise sanitária provocada pelo Corona Vírus – COVID 19.

⁸⁷ Primeiro com uma palestra em novembro de 1924, em Oxford, e posteriormente em junho de 1926, com nova intervenção pública na Universidade de Berlin. Em julho de 1926, Keynes publica em forma de panfleto, pela Hogarth Press, *“The End of laissez-Faire”*. Este artigo torna-se emblemático por quebrar a linha liberal e marcar uma mudança do modelo económico, em particular com a introdução de conceitos macroeconómicos onde a influência do Estado é essencial.

⁸⁸ Cfr. John Maynard Keynes, *“The End of Laissez-Faire”*, Hogarth Press, Julho 1926

mas também a correção de falhas de mercado⁸⁹ e a iniciativa privada, preservando a propriedade privada⁹⁰.

A ideia é que deveria existir uma coordenação, uma agenda por parte do Estado, uma função que diria respeito não às atividades que os privados já asseguravam, mas antes àquelas atividades que caíam fora da iniciativa privada e que o Estado deveria assumir.

Defendeu Keynes, então, um pacote de políticas económicas públicas para estimular a economia a nível global. Como principais instrumentos que este novo modelo económico tinha associados, estão perspectivas macroeconómicas e de mercado. Preconiza o abandono das finanças públicas neutras ou passivas, para fomentar as Finanças Públicas ativas, sem equilíbrio ou respeito pela *regra de ouro* liberal. Admite empréstimos públicos para financiar o investimento público e combate à depressão, situação que levaria ao famoso efeito multiplicador *keynesiano*.

De facto, a doutrina *keynesiana* dá guarita ao intervencionismo do Estado, não só em termos sociais mas enquanto “(...) *poder organizador e disciplinador em matéria económica*”⁹¹, sendo alargadas as funções do Estado, abrangendo a tarefa de promover o bem-estar coletivo.

Ora, o pós Segunda Guerra Mundial, a prosperidade aparece associada ao intervencionismo do Estado, assistindo-se a um crescimento exponencial do sector público, mormente o sector empresarial do Estado. O Estado aparece agora como produtor direto de bens e serviços, introduz políticas de estabilização económica intervindo diretamente nos mercados e aproveita ainda para uma redistribuição com um sistema de subsidiação e tributação.

A necessidade de reconstrução após a devastação provocada pela guerra, permitiu o nascimento do Estado de Bem-Estar, muito marcado pela prossecução de interesses de bem-estar coletivo, abrangente. Esbatem-se assim, cada vez mais, as fronteiras entre o Estado e a Sociedade, passando a uma relação de simbiose entre o universo público e privado.

Em termos comparativos em relação àquilo que era o cenário em sede de Estado Liberal, podemos concluir que nesta fase intervencionista, 30% a 50% do rendimento nacional advém

⁸⁹ Esta causa em particular veio a concretizar-se com a Grande Depressão. A falha da “mão invisível” de Smith nesta depressão económica, em que as forças de mercado foram incapazes de reequilibrar-se por si só, veio a comprovar esta ideia de que o mercado tem, por si só, falhas. A correção dessas falhas passa a ser imperioso para o Estado para que exista uma estabilidade social e económica. Ora, tal veio a concretizar-se no pós Segunda Grande Guerra, em que a doutrina *keynesiana* foi amplamente acolhida, tendo conhecido apenas o revés das crises petrolíferas dos anos 70 do século XX

⁹⁰ Keynes, no seu “*The End of Laissez-Faire*”, parte IV, chega a fazer a justificação da não aceitação do socialismo na sua vertente mais purista: “*Critico o socialismo doutrinário do Estado, não porque procure envolver os impulsos altruístas dos homens a serviço da sociedade, ou porque afasta o laissez-faire, ou porque afasta o impulso natural do homem para fazer um milhão, ou porque tem coragem para experiências ousadas. Todas essas coisas eu aplaudo. Eu o critico porque perde o significado do que realmente está a acontecer; porque, de facto, é pouco melhor do que um plano para enfrentar os problemas de sobrevivência de há cinquenta anos atrás, com base num mal-entendido do que alguém disse há cem anos atrás. O socialismo de Estado do século XIX surgiu de Bentham, livre concorrência etc., e é, em alguns aspectos, mais claro, em alguns aspectos uma versão mais confusa da mesma filosofia subjacente ao individualismo do século XIX. Ambos igualmente enfatizaram toda a liberdade, uma para evitar negativamente as limitações da liberdade existente, a outra para destruir positivamente os monopólios naturais ou adquiridos. São reações diferentes à mesma atmosfera intelectual.*” Ou seja, a crítica mais veemente é a não aceitação duma realidade mais ampla, em que o bem-estar não está apenas ligado a uma sucessão de actos individuais mas antes a uma amplitude de comportamentos.

⁹¹ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 28.

de fundos públicos⁹². Mas este cenário acarreta um enorme aumento da máquina pública, orçamentos significativamente aumentados e níveis de tributação mais elevados.

No que concerne à máquina administrativa, o que se assiste é a uma, também, “*Administração Económica*”⁹³ com estruturas como empresas públicas e institutos públicos para gerir património, prestar serviços, ou seja, a criação de formas jurídicas do Estado entrar na economia e fazer parte da mesma⁹⁴.

Assistimos, pois, a intervenção indireta ou regulação indireta dos mercados por parte do Estado quando este, por via de estruturas públicas, desenvolve ele próprio uma atividade de produção ou prestação de serviços, agindo como um qualquer agente económico no mercado mas tomando posição de relevo no mesmo.

Por outro lado, o Estado não se coíbe de intervir diretamente por via de condicionamento da iniciativa privada, assumindo um papel intervencionista e de planeamento, estando entregue ao Estado a direção a tomar pela economia.

Assim, o Estado aparece em todo o lado, não apenas intervindo aquando de necessidades concretas dos cidadãos. O Estado tentacular, onnipresente regula, legisla, regulamenta, produz, gere, explora, subsidia, condiciona, proíbe, educa e tudo o mais que possa para controlar o interesse económico global e não meramente individual.

Aliás, surge, com este intervencionismo do Estado, a ideia de serviço público associada à transformação da administração que deixa de estar apenas preocupada com a aplicação de leis mas também em prestar bens e serviços aos cidadãos.

O serviço público é um conceito variável que depende do panorama político e social de cada momento. Contudo, “*Há, no entanto, um aspeto mais ou menos comum a todas as definições: o fim do serviço público é a satisfação do interesse geral ou, dito de outra forma, a busca do bem comum.*”⁹⁵

De qualquer forma, estabelecem-se normalmente três elementos fulcrais no conceito de serviço público: i) elemento material, ou seja, a prestação de uma atividade de interesse geral que visa satisfazer necessidades coletivas; ii) elemento orgânico, estrutura ou organização integrada na Administração Pública que presta a atividade ou é responsável por ela. ; iii) elemento funcional, que corresponde ao modo de atuação e regime jurídico aplicável, sendo este pautado por regras muito próprias em que a *ratio* das mesmas se associa à ideia de que o interesse particular deve ceder face o interesse geral.

⁹² Cfr. António Sousa Franco, “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”, Volume I, Almedina, 1998, p. 63 e ss.

⁹³ Expressão de Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 30.

⁹⁴ Lembramos aqui a vaga de nacionalizações e a prestação de serviços essenciais, bem como a produção de bens essenciais – que provocaram monopólios estaduais – por parte do Estado, tudo alicerçado em constituições económicas em que direitos económicos passam a ter lugar nos textos fundamentais. A intenção era ainda a de proporcionar uma certa igualdade no acesso a determinados bens e serviços considerados essenciais. Ora, essa missão, para os privados, seria de tal forma condicionada que tornava quase inacessível o acesso ao mercado de determinados bens. Estamos, pois, perante uma fortíssima regulação estadual, sendo as empresas públicas e institutos públicos instrumentos dessa regulação.

⁹⁵ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 49 e ss

A ideia de serviço público é um princípio de legitimidade que fundamenta a intervenção do Estado. Repare-se que estamos em plena aplicação do sufrágio universal, pelo que a eleição de parlamentares representa também a eleição de programas, planos de ação que são escolhidos pelo povo para satisfazer as suas necessidades. No fundo, o que aconteceria é que a escolha do que satisfaz o bem comum seria efetuada por via de eleição e assim a ação do Estado na prossecução desse bem comum estaria legitimada.

A prestação de serviços tem, contudo, sofrido várias alterações, pois o Estado, cada vez mais, entregou a privados essa prestação de serviços e criou regimes jurídicos que se adequem à realidade da prestação de serviços públicos sem que seja o Estado a fazê-lo.

No que concerne às novas formas jurídicas que o Estado encontrou para intervir na economia, passamos a ter uma ideia de Direito Administrativo preocupado não apenas com a proteção dos direitos particulares mas antes preocupado em tornar a ação administrativa mais eficaz na defesa do interesse geral⁹⁶.

O Estado, para além das atividades de serviço público, cumula ainda verdadeiras atividades de gestão económica, submetidas à lógica comercial e regras económicas. Atua, neste particular, como um agente de mercado, empresário em concorrência com privados⁹⁷.

Não se basta, pois, com as tradicionais empresas monossetoriais que formaram os monopólios estaduais por preencherem o espaço de prestação de serviços essenciais que os privados desdenhavam. Pelo contrário, proliferam grupos de empresas públicas de formação, organização e funcionamento semelhante a um privado e em concorrência.

Como já referimos, esta estrutura empresarial pública não será inocente. É antes um mecanismo de regulação indireto. Estando no mercado, a empresa pública influencia de sobremaneira a atuação nesse mercado⁹⁸.

Ora, esta passagem de produção de bens ou serviços essenciais ou públicos para privados, levou ao ressurgimento do contrato administrativo⁹⁹. E na área económica é bem visível a proliferação de contratos de investimento, contratos programa, contratos fiscais, contratos de empreitada e em diante¹⁰⁰¹⁰¹.

⁹⁶ Marisa Apolinário, em *"O Estado Regulador: o novo papel do Estado"*, Almedina, 2015, p. 53, fala na alteração de comportamento do Estado que, na época liberal, tinha uma intervenção tímida e pejada de vergonha, para passar a apoiar a atividade dos privados e, em fase ainda mais intervencionista, a produzir e prestar determinados serviços. A atividade económica tem de contar agora com o Estado como um verdadeiro agente no mercado.

⁹⁷ Aqui estamos perante as empresas públicas que, como já adiantámos, florescem e adensam o sector empresarial público.

⁹⁸ Basta pensarmos na formação dos monopólios naturais em que seria necessário um investimento muito avultado em infraestruturas ou elevados custos de manutenção em razão do lucro que a atividade proporcionaria. Contudo, se estivéssemos perante serviços ou bens essenciais tal fundamentaria a despesa pública até que o Estado entregasse a gestão a privados.

⁹⁹ É no Estado Liberal que se iniciou a teorização em volta do contrato administrativo, uma vez que eram os próprios particulares a assumir determinadas obras e atividades que seriam de interesse geral.

¹⁰⁰ Muitos foram os desafios que se colocaram nesta fase ao conceito do contrato administrativo. Para melhor conhecimento do assunto, veja-se, Maria João Estorninho, *"Requiem pelo contrato administrativo"*, Almedina, 2003

¹⁰¹ Uma figura que perdeu algum fôlego foi a concessão administrativa, enquanto mecanismo de transferência de responsabilidades públicas para privados. Mas ao nível económico, a concessão

Face a este Estado tentacular, assiste-se a uma vivência do cidadão com total dependência da máquina administrativa, sendo notória a dissemelhança com o individualismo liberal. Contudo, o Estado engordou a sua estrutura tendo, em consequência, aumentado exponencialmente a sua necessidade de receita para cobrir a despesa pública, bem como se torna ineficiente.

1.2.1. Crise do Estado Social

O Estado social foi alimentado por um período alargado de prosperidade, até que na década de 70 assistimos a choques petrolíferos e crises monetárias. Estas aliaram elevadas taxas de inflação com perda de dinamismo económico, mais ineficiências e falhas do sector público, um elevado endividamento das empresas públicas decorrentes de má gestão ou custos demasiado elevados dos serviços públicos.

Os países estão agora com défices pesados e duradouros. A insatisfação relativamente à bondade do modelo de intervenção do Estado na economia começa-se a sentir, decorrentes sobretudo das consequências de ter um Estado onnipresente e gigante.

Sente-se que o Estado Providência está doente. Vasco Pereira da Silva¹⁰² destaca seis sintomas de que este modelo está em falência: i) limitações e insuficiências das políticas económicas que se baseavam sobretudo na expansão (ilimitada) da procura¹⁰³; ii) a própria ineficiência económica do modelo de intervenção intensiva do Estado; iii) surgimento de novas vertentes sociais como a emergência ecológica; iv) sucessivo aumento de contribuições dos indivíduos para o Estado de forma a sustentar a crescente despesa pública; v) com a maior envolvimento do Estado o distanciamento para tomada de posições “macro” torna-se cada vez mais difícil com consequentes implicações na imparcialidade do Estado; vi) crescente alheamento dos cidadãos perante a decisão política¹⁰⁴.

O panorama decorrente deste Estado previdência, social e onnipresente, é a existência duma imensa máquina estadual, que provocou dois grandes problemas: i) por um lado uma ineficiência dos serviços e a falha de intervenção; ii) por outro um progressivo aumento da carga fiscal e parafiscal, necessária para fazer face ao aumento exponencial de despesa pública mas provocando grande desgaste nas finanças das famílias e indivíduos.

No que concerne à eficiência da intervenção do Estado na economia, começa aqui a verificar-se que nem sempre o Estado faz uma intervenção assertiva, provocando, muitas vezes, ora por ignorância ou falha, uma maior ineficiência nos mercados do que a originalmente existente.

administrativa foi reiteradamente utilizada para a prestação de serviços essenciais, mormente distribuição de água ou tratamento de resíduos, ou fornecimento de gás. Assistiu-se ainda a que algumas empresas outrora nacionalizadas, passaram a ser empresas concessionárias de serviços públicos. Ou seja, o Estado não saiu do mercado, apenas passou a deter capitais de empresas privadas, pressionando a prestação de serviços públicos por parte das mesmas.

¹⁰² Cfr. Vasco Pereira da Silva, *“O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”*, Almedina, 2005, p. 138 e ss.

¹⁰³ Decorrente sobretudo da ideia de que a prosperidade levaria a um aumento ilimitado de meios – que por natureza são limitados – para cobrir as necessidades – congenitamente ilimitadas. Ora, se os meios tendiam a aumentar indefinidamente então a procura estaria em sucessiva expansão.

¹⁰⁴ Situação que se tornou evidente com o amadurecimento das democracias e o crescente distanciamento do cidadão das questões políticas (cada vez mais acessórias).

Mesmo nas questões sociais, era visível que a intervenção estadual poderia ser insuficiente ou distorcida dos mercados.

Também deixa de ser um “dogma” a ideia de que o Estado estaria sempre numa posição de imparcialidade na decisão económica. O Estado fez aumentar desmesuradamente uma máquina composta por pessoas, sucessivas cadeias hierárquicas e demasiados poderes de decisão constituídos. A falha, o erro na tomada de decisão ou a corruptibilidade são uma ameaça à esperada imparcialidade.

No que concerne às fontes de receita do Estado, o intervencionismo levou claramente a um exponencial aumento das despesas públicas e consequente necessidade de maiores receitas. A receita tradicional para fazer face às despesas gerais do Estado sempre foi o imposto. O Sistema fiscal foi, portanto, o maior fornecedor de receita, tendo crescido na variedade de impostos criados, complexidade e nas taxas aplicadas.

Os Estados carregam agora o fardo de uma administração fiscal também ela complexa e pesada face à proliferação de figuras tributárias, complexidade das mesmas e a própria internacionalização¹⁰⁵.

Acresce que, com fenómenos como a competição fiscal, evasão e elisão fiscal, os Estados vêem-se a braços com dificuldades acrescidas na recolha da receita fiscal.

O Estado de Bem-estar, com injeção de dinheiro público na economia de forma consistente e massiva, que promoveu a ideia *keynesiana* de fomento da despesa pública para estimular a procura, já não funcionava. As necessidades dos indivíduos – cada vez mais reivindicativas devido ao facto de cada vez mais contribuírem com os seus tributos – estão longe de ser satisfeitas pelo Estado onipresente.

Por outro lado, o endividamento das empresas públicas e os sucessivos défices orçamentais dos Estados revelam um frágil equilíbrio das Finanças Públicas. Conforme bem refere Sousa Franco, *“Em vez da regra do mínimo, o critério definidor do sector público estabelece-se em obediência à regra do óptimo: são a melhor satisfação das necessidades públicas e o possível óptimo social que inspiram o lugar das finanças públicas no conjunto da actividade económica”*¹⁰⁶¹⁰⁷

O complicado cenário socioeconómico que agora se vivia despoletou uma necessidade de profunda redefinição do papel do Estado, das próprias funções do Estado.

Assistiu-se, pois, ao movimento da desintervenção do Estado, no sentido de o Estado deixar de ser, total ou parcialmente, produtor de bens e serviços, gestor e fornecedor de serviços públicos, permitindo aos privados – ou passando para os privados – essa tarefa¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Estamos em plena proliferação da globalização económica, pelo que os Estados têm de lidar com uma série de novas situações relacionadas com a importação e exportação de mercadorias e serviços mas também a crescente e rápida deslocalização de pessoas (singulares e/ou coletivas).

¹⁰⁶ Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 63 e ss.

¹⁰⁷ O Estado passou do ideal de finanças neutras do liberalismo para um regime de finanças ativas. Ao invés de se abster, o Estado passa a ter um papel ativo e diverso na economia.

¹⁰⁸ Cfr. Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, *“Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos”*, in *“O Estado, a Economia e as Empresas”*, Economia & Prospectiva, Volume II, n.º 3/4, outubro 98/Março99.

Com laivos do “*apartheid*”¹⁰⁹ entre Sector Público e Privado que era apanágio do liberal mas desta feita com uma maior concertação e intercomunicação de interesses, surge a verdadeira “*fuga para o Direito Privado*”¹¹⁰ em que o Estado privatiza muitas das funções que veio acumulando ao longo do seu intervencionismo.

A discussão duma nova política de administração pública era premente. A falência dos dois Estados – Liberal e Social – era presságio duma nova abordagem que superasse as dificuldades de ambos os modelos.

1.3 Novo Modelo de Estado: O Estado Regulador.

A década de 70 do século XX determina a crise do Estado Social, do intervencionismo e sobretudo do *Keynesianismo*. As crises petrolíferas dos anos 70 deram azo a uma estagnação da oferta sem que tal tenha sido acompanhado de movimento de contração da procura¹¹¹. A este fenómeno, em que com a recessão ou contração económica se juntava uma inflação crescente, apelidou-se de *estagflação*, que coloca em causa os quadros teóricos do *keynesianismo*.

Keynes defendeu a correlação inversa ou negativa entre desemprego e inflação: se o desemprego diminuísse a inflação aumentaria e vice-versa. Associada a esta ideia de *trade-off* inflação/ desemprego foi desenvolvida e amplamente utilizada pelos *keynesianos* a *Curva de Phillips* que considera que uma menor taxa de desemprego leva a um aumento da inflação, e uma maior taxa de desemprego a uma menor inflação. Contudo, esta relação não é válida no longo prazo, uma vez que a taxa de desemprego é basicamente independente da taxa de inflação¹¹² conforme outras variáveis vão se alterando.

Ora, o fenómeno da estagflação reflete um paradoxo para os defensores do *keynesianismo* uma vez que a coexistência de inflação e desemprego em níveis altos não se encaixava na teoria defendida pela *curva de Phillips*, contrariando mesmo os seus pressupostos.

É por isso uma época de confirmação das convicções *monetaristas* entretanto nascidas na “Escola Austríaca” e “Escola de Chicago” que, muito embora dissemelhantes, tinham em comum uma conceção para revitalizar os mecanismos naturais compensatórios e a minimização das decisões das autoridades económicas.

¹⁰⁹ Expressão de Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 33.

¹¹⁰ Para análise detalhada deste fenómeno é incontornável a obra de Maria João Estorninho, “*A Fuga para o Direito Privado*”, Almedina, 2009.

¹¹¹ Por um lado existia um desenvolvimento das economias dos “países desenvolvidos” que provocavam uma excessiva expansão de procura agregada. Tal conduziu a pressões inflacionistas. Por sua vez, a redução da oferta agregada, a partir das restrições impostas pelos países produtores de petróleo, perdas de produções e redução das atividades em sectores que dependem do petróleo como matéria-prima, ou que dele dependem mesmo que indiretamente, levou ao desemprego, provocando a “depreciação das moedas fortes” pelos “desinvestimentos” e “deseconomias de escala”.

¹¹² Recordemos apenas um conceito básico de inflação como um aumento contínuo e generalizado dos preços em uma economia

Esta *contra-revolução monetarista*¹¹³ assentava na “no carácter fundamental da estabilidade da velocidade de circulação monetária e na função decisiva da massa monetária, pressupondo ainda a devolução aos bancos centrais da condução da política macroeconómica.”¹¹⁴

Assim, esta nova visão acarreta uma matriz de desenvolvimento dissemelhante do *keynesianismo*, onde se valoriza o mercado e a concorrência, se aposta numa iniciativa privada forte e se considera a mesma como imprescindível para a realização do bem comum.

Na linha de Stiglitz¹¹⁵, regressa um cenário de divisão entre o sector público e sector privado. Para o autor, o Estado teria de exercer as suas funções estruturando a sociedade e economia e prosseguindo a redistribuição. No que concerne ao sector privado, este nitidamente deveria assegurar a função produtiva onde naturalmente teria mais interesse.

Ora, estamos perante, uma nova vaga de ideais liberais, mitigados e alavancados pelas novas teorias macroeconómicas e o fenómeno da globalização. Daí a designação de *neoliberalismo*, movimento que veio a consolidar-se nos anos 80 do século XX.

Do ponto de vista político-económico, a implementação dos ideais *monetaristas* tem como marco fundamental o término, por parte dos Estados Unidos da América, dos acordos de Bretton Woods, deixando de respeitar a paridade de \$35 dólares a onça de ouro. Tal sucede na administração Nixon em 1971, dando início ao sistema de câmbios atendendo às “leis do mercado” e amplamente apoiado pelos bancos centrais¹¹⁶ que pretendem já assumir uma posição de reguladores do mercado de crédito, sem interferência de órgãos políticos ou controlo das instâncias do Estado.

A ideologia neoliberal ganha força com a subida ao poder de Thatcher, no Reino Unido, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América. Ganhou força a rejeição da presença do Estado na vida económica, enquanto agente económico, bem como se desmontou o ideal de dirigismo económico por via das empresas públicas e monopólios estaduais. Assiste-se, assim, a uma onda de privatizações de empresas públicas, mesmo aquelas que prestavam serviços essenciais tradicionalmente detidos pelo Estado.

De facto, assistia-se na Europa à assunção por parte do Estado da prestação de serviços além dos decorrentes da soberania (defesa, segurança e justiça). O Estado providenciava, à sua conta e gestão direta, serviços de distribuição de água e saneamento, eletricidade e gás, correios, telefones e telecomunicações, transportes (sobretudo ferroviários e aéreos), educação, saúde e segurança social¹¹⁷.

¹¹³ Cfr. António José Avelãs Nunes, “Breve Reflexão sobre o chamado estado regulador”, Revista Seqüência, n.º 54, julho 2007

¹¹⁴ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 35.

¹¹⁵ Cfr. Joseph E. Stiglitz, “Economics of the Public Sector”, W.W. Norton & Company, 3rd Edition, 2000

¹¹⁶ Os Bancos centrais ambicionavam o controlo da política macroeconómica, ideia muito em voga na ideologia monetarista neoliberal.

¹¹⁷ A prestação destes serviços essenciais por parte do Estado servia a ideia de que a satisfação de determinadas necessidades básicas coletivas “(...) é um pressuposto essencial para garantir a todos o próprio exercício de direitos e liberdades fundamentais. E por se entender que os serviços públicos constituem o “cimento da sociedade” e um factor decisivo do desenvolvimento económico e social, da melhoria das condições de vida das populações, da coesão social e do desenvolvimento regional equilibrado.” – Cfr. António José Avelãs Nunes, “Breve Reflexão sobre o chamado estado regulador”, Revista Seqüência, n.º 54, julho 2007

Estes serviços, prestados pela administração pública, acabavam por ficar *de fora* do mercado, sendo prestados gratuitamente ou com preços abaixo do preço equilíbrio do mercado.

Ora, desta feita, o movimento é o contrário: trazer para o mercado estes serviços que, por se terem transformado em necessidades básicas da população, são negócios valiosos e “apetitosos” para a iniciativa privada. Assim, a privatização, as parcerias público-privadas, a liberalização e a desregulação passaram a ser as novas palavras de ordem na economia.

O movimento das privatizações, sob a égide de “Menos Estado, Melhor Estado”, fundou-se na ideia de prestação de serviço com suposta maior eficiência mas também a prestação de serviços que satisfizessem melhor as necessidades públicas.

Pretendia-se por um lado a flexibilização da satisfação de necessidades públicas por via da entrada em ação de entidades privadas e, como para privatizar o Estado vendia participação em empresas, a receita cobria os défices excessivos criados pelo intervencionismo e travava o crescimento da ação tentacular do Estado.

Assiste-se assim à alteração de responsabilidades: o Estado deixa de ter a responsabilidade total na prossecução de fins públicos e fornecimento de serviços para passar a ter um dever de garantia¹¹⁸ de que esses fins públicos são executados. Claro está que os privados surgem aqui sobretudo adstritos a esse dever ou responsabilidade de execução.

Aos operadores privados foi sendo exigido um conjunto de obrigações de serviço público¹¹⁹. Por outro lado, a natureza de serviço público deixa de ser aferida pelo tipo de prestador mas antes atendendo ao tipo de prestações e destinatários (público em geral).

Por um lado, esta liberalização trouxe a abertura à concorrência de atividades que antes eram exclusivas da esfera do Estado tendo potenciado o aparecimento de empresas privadas nessas áreas. Por outro lado, a desregulação acabou por eliminar normas que eram limitadoras da iniciativa privada e da gestão.

Há efetivamente uma nova ideia de “*public management*”, e essa ideia baseia-se numa administração construída a partir do modelo de administração privado, mais centrada em especialização, simplificação de procedimentos, avaliação das políticas públicas e desburocratização.

É um movimento em que se pretende que a gestão pública se torne mais eficiente e racional, recorrendo a mecanismos utilizados na gestão privada e de mercado, tendo para isso sido necessário dar mais autonomia às estruturas empresariais do Estado aliado à maior responsabilização da gestão.

Voltamos a ter o orçamento como um quadro de suma importância no controlo da despesa pública, tendo-se reabilitado a regra do equilíbrio orçamental muito por culpa dos compromissos europeus relacionados com a zona euro.

Aliás, a União Europeia foi fundamental na defesa duma economia de mercado, desde logo quando com o Acto Único de 1986 inspirou a criação dum mercado único, tendo o mesmo vindo

¹¹⁸ Por isso vários autores designam o Estado Regulador como também de garantia.

¹¹⁹ Que ainda hoje podemos encontrar designados por serviços de interesse económico geral.

a ser concretizado em 1992, com a liberdade de circulação de pessoas e bens e ainda uma união monetária. Proclamou-se, assim, o primado da “concorrência livre e não falseada”¹²⁰.

Após a vaga de privatizações que ocorreu nas últimas duas décadas do século XX, ganha força a ideia de Estado Garantia, um modelo que “(...) se apresenta como resultado duma interação e partilha otimizada de tarefas e responsabilidades entre as duas polaridades, rejeitadas as tendências totalitárias e excludentes em que se haviam centrado os dois modelos”¹²¹, ou seja, um modelo intermédio entre liberalismo (ou mercado) e intervencionismo (Estado).

Pretende-se com este modelo de Estado de Garantia ou Regulador tirar partido das sinergias entre Estado e Sociedade, retirando de cada um deles o melhor e organizar-se assim uma vivência mais capaz.

Aqui é chamada à colação a regulação, para salvaguarda de determinados interesses públicos e a consequente imposição às empresas privadas que forneçam serviços públicos. Para tal função que o Estado não podia fazer diretamente¹²², são criadas as entidades reguladoras independentes, pretendendo-se que entidades dotadas de alguma autonomia exerçam a função regulatória com alguma independência (sem ter interesse direto).

Esta solução parecia agradar aos que defendiam o interesse público, mantendo-se uma presença do Estado, bem como àqueles que, defendendo a concorrência, consideravam que deixar o mercado atuar sozinho não era suficientemente garantístico.

Ganha, por isso, corpo o conceito de economia de mercado regulada, onde se oferece regulação sempre que os mercados tenham falhas mas também há regulação como meio de garantir obrigações de serviço público.

É certo que este modelo de Estado Regulador¹²³ tem nuances, pelo que será útil à nossa análise ter em atenção não só o modelo europeu – onde Portugal se insere – mas também o modelo americano que concebeu a ideia de *agências reguladoras*.

Acrescentamos apenas uma breve referência ao que temos vindo a designar de Estado Regulador¹²⁴.¹²⁵ Isto porque, como vimos anteriormente, a intermitência entre um Estado com maior ou menor intervenção na economia veio acontecendo ao longo do tempo. A mudança agora é que o Estado passa a ser fundamentalmente um árbitro que estabelece regras do jogo económico, regras essas que pretendem garantir um jogo de concorrência, deixando o Estado

¹²⁰ Cfr. António José Avelãs Nunes, “Breve Reflexão sobre o chamado estado regulador”, Revista Sequência, n.º 54, julho 2007.

¹²¹ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 40.

¹²² Até porque deixa de ter posição relevante nos mercados com o desmantelamento de monopólios estaduais e dispersão do capital de empresas públicas.

¹²³ De referir desde já que a conceção de Estado Regulador está bastante relacionada com a construção europeia, tendo sido desenvolvido este conceito por autores como Giandomenico Majone. Cfr. Giandomenico Majone, “La communauté européenne : un État régulateur”, Montchrestien, 1996.

¹²⁴ Já aqui referimos, no entanto que há quem designe este modelo de Estado como de garantia, pós social ou de supervisão.

¹²⁵ Relevamos aqui a posição de Eduardo Paz Ferreira, que considera que, mesmo com o aumento substancial da importância da regulação, tal não significa que exista um modelo de Estado regulador que substitua o Estado Intervencionista. Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “A Regulação Pública de Actividades Económicas em Portugal”, AAVV Direito Comparado. Perspetivas Luso-Americanas, Volume II, Almedina 2010.

de ser um *player* direto no mercado¹²⁶ e passando o mercado a funcionar maioritariamente com agentes privados.

O Estado, mesmo podendo ser um *jogador direto* no mercado, tal deixa de ser a regra, deixa de ser a “intervenção padrão” do Estado.

Mesmo que a justificação para a intervenção direta como *player* do mercado seja a sua regulação, deixa de existir a ideia de regulação a partir do interior do ciclo do mercado mas antes por via exterior: o Estado passa maioritariamente a árbitro, ditando por via regulatória regras de acesso, funcionamento e concorrência.

O mecanismo de correção de falha de mercado por via de propriedade pública deixa de ser a regra, deixando o Estado intervir interna e diretamente no mercado, forçando as condutas por via de atitude de agente predominante ou líder de mercado¹²⁷, para passar a ter uma atitude externa, preventiva, fiscalizadora, garantística¹²⁸.

É este novo paradigma que encontramos atualmente¹²⁹, sendo que o mesmo está a passar por severas provações face à pandemia mundial do vírus COVID-19 que, para além duma crise sanitária, já está a provocar uma situação económica à escala mundial semelhante a uma Grande Guerra Mundial¹³⁰.

1.3.1 Modelo Americano

¹²⁶ Que agia por via das suas estruturas empresariais públicas ou institutos que diretamente assumiam a prestação ou produção de bens e serviços designados como públicos ou de interesse público. Mas tal não significa que o Estado não possa, quando considerar necessário e oportuno, lançar mão dos diversos instrumentos de intervenção na economia que dispõe, mormente assumindo a produção direta ou a prestação direta de serviços que, sendo considerados essenciais, não estejam a ser fornecidos pelos *players* privados. Ou lançar mão de outros instrumentos jurídicos e financeiros caso assim se justifique. Exemplo atual dessa realidade são as diversas respostas que os Estados deram à pandemia provocada pela disseminação do vírus COVID-19, em que os Estados foram forçados a intervir nos mercados nomeadamente com *lockdowns*, benefícios e subsídio direcionada quer a nível empresarial mas também às famílias, regulamentação sobre moratórias, entre outras medidas.

¹²⁷ Diríamos por via duma intervenção no interior ou a partir do interior do próprio mercado.

¹²⁸ Aqui sim uma regulação externa, marcada por uma necessidade de maior independência.

¹²⁹ Sendo certo que, adiante consideramos que este modelo está, ele próprio em crise e, portanto, em fim de ciclo.

¹³⁰ De referir que as perspetivas, em junho de 2020, não são animadoras relativamente à economia, estando já a perspetivar-se uma recessão de proporções semelhantes à crise 1929. Em março de 2020, o Fundo Monetário Internacional já previa uma queda da Economia Mundial em cerca de 3%. A OCDE previa uma contração apenas de 1,5% mas rapidamente corrigiu essa análise em finais de março de 2020, quando lançou uma plataforma digital dirigida exclusivamente às medidas económicas e sociais de combate à pandemia. Na zona Euro, as previsões económicas da primavera, publicadas no início de maio de 2020, preveem uma contração da economia acima dos 7%, sendo as projeções para 2021 de crescimento mas não acima de 6%. Tais dados sugerem que o impacto económico previsto vai ser bastante mais significativo do que o inicialmente previsto, bem como é incerto. As previsões de crescimento estão a ser efetuadas numa base de otimismo, sem novos surtos ou confinamentos, pelo que basta existir alguma instabilidade na crise sanitária para arruinar as previsões. O impacto económico foi considerado, mormente por Ángel Gurría, Secretário-Geral da OCDE, como mais violento do que a crise de 1929 ou as crises provocadas em 2001 pelos ataques terroristas nos EUA ou em 2008 pela crise no sector imobiliário e posteriores ondas de crises de dívida soberana.

A era intervencionista deixou marcas diferentes. Enquanto que a Europa se via a braços com monopólios públicos em vários sectores e por isso a regulação vinha, sobretudo, permitir a intervenção privada nas áreas até então controladas exclusivamente pelo Estado, nos Estados Unidos da América o que sucedia era que os monopólios eram essencialmente privados. Aqui a necessidade de regulação já seria para promover, por via de regulação do Estado, as regras de concorrência.

Por isso mesmo o estudo do Estado Regulador não pode cingir-se à Europa, uma vez que o regime americano influenciou os mecanismos que a Europa veio a criar e dele pode retirar lições relevantes.

Contudo, o sistema norte-americano é peculiar também devido à organização administrativa e judicial federal que, como não podia deixar de ser, reflete um sistema de regulação dual: i) nível dos Estados Federados; ii) Nível do Estado Federal.

Independentemente das diferenças dos sistemas constitucionais e administrativos, certo é que existe nítida influência do modelo norte-americano no modelo de regulação europeu.

Mas também há uma “influência” europeia na conceção original do regime americano. Tal pode explicar-se um pouco devido à história do nascimento do país, seu desenvolvimento e porque o sistema de regulação se desenvolveu de forma tão diferente.

O território americano que deu origem aos Estados Unidos da América era constituído por várias colónias de países europeus. A grande maioria da população dessas colónias, que posteriormente vieram a ser a população do novo país, era constituída por colonos que fugiam de regimes totalitários ou em convulsão social na Europa. São uma população que bem conhecia o totalitarismo e bebia, já, da conceção liberal de sociedade e economia.

Quando em 1776 a revolução americana proclamava independência, já os liberais europeus olhavam para este território como uma oportunidade única de testar a ideologia liberal. Aliás, o próprio Adam Smith pronunciou-se sobre as condições especialmente favoráveis para a implementação dos ideais liberais na nova nação.

Para Adam Smith e os ideólogos do liberalismo, as próprias circunstâncias geográficas eram, por si só, um factor propício ao ideal liberal: *“Vivendo em estreito contacto com a natureza inexplorada e indomada, esses colonos tinham a oportunidade de descartar os convencionalismos sociais, adoptando condutas mais «naturais» - ou seja, condutas mais conformes com aquela combinação de bucolismo primitivismo e cientismo que inflamava a imaginação iluminista.”*¹³¹

Aliás, a ideia de liberdade, do “Homem-Livre”, prendia-se muito com esta ligação a uma imensa e intocada natureza, grandeza e largueza de ação dos homens. O sentimento de liberdade era inerente a esta vivência de natureza, aliando-se ao facto de inexistirem grilhetas históricas¹³².

Mesmo os colonos que fundaram a grande nação americana, tiveram o despreendimento de deixar a “velha” Europa para rumar a um desconhecido continente.

Smith encarava os novos territórios das colónias como terreno fértil para florescimento de soluções políticas e, necessariamente, económicas. Por um lado o pioneirismo seria um traço comum a todos os colonos e, por outro lado, a abundância de terra e uma liberdade de

¹³¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 415

¹³² Por ser um novo país

tratamento de assuntos à sua maneira, levava à combinação perfeita para a implementação de novos conceitos.

É mesmo notado por Smith que as instituições políticas das colónias estariam a funcionar melhor do que qualquer outra no que concerne ao favorecimento do cultivo da terra¹³³, indicando que as mesmas estavam a combater o açambarcamento de terras e do absentismo, existia já uma tendência para a abolição dos direitos de primogenitura e por isso consequente repartição de terras entre filhos e uma importante moderação tributária que privilegia um incentivo particular à produção^{134 135}.

Acresce que a própria independência foi desenhada e conseguida de forma pouco usual: não houve propriamente uma descolonização por vontade do colonizador mas antes uma vitória dos colonos. Ora, isso fez com que a ideologia nascente fosse desenhada à luz dum projeto comum de autonomia: *“(...) os colonos americanos, cuja afirmação inicial tinha necessariamente que ser a de um propósito descolonizador e independentista, pareciam assim, ao conduzirem uma sociedade inteira pela via da emancipação e da liberdade, comprovar a ideia de que era possível projectar no todo político os desígnios individuais da autonomia e do progresso.”*¹³⁶

A conceção de Estado, para os colonos que lutavam contra a independência dum governo intrusivo, foi sempre pautada pelo idealismo liberal. E não só os próprios se consideravam livres e independentes como também assim eram vistos pelos intelectuais europeus: *“A «ideologia americana» atribui a essas colónias inglesas, pela mão dos philosophes, o estatuto mítico de «pátria da liberdade» - Estatuto que a nova nação refletiria nos seus próprios princípios constitucionais”*¹³⁷.

Claramente que desde a sua fundação o princípio do *laissez-faire, laissez-passer* estava presente e que existia uma fé inabalável nas virtudes da iniciativa privada. Conforme ensina Fernando Araújo¹³⁸ *“Os revolucionários americanos não queriam importar o leviatão europeu, e rejeitaram acima de tudo que da nova disposição institucional pudesse resultar alguma beliscadura na proeminência das determinações espontâneas da sociedade livre: (...) procuravam arquitectar um mecanismo auto-regulado e auto-restringido que automaticamente mantivesse dentro dos confins da legalidade o exercício necessário do poder, um mecanismo que ao mesmo tempo assegurasse que por um lado o poder não sucumbiria ao entrechoque das paixões «indissociáveis», e que por outro a liberdade não sucumbiria ao poder”*.

Contudo, ao longo da sua história, os Estados Unidos da América viram o Estado a intervir bem mais do que em áreas de segurança ou defesa. A transformação da economia americana, que passa de agrícola a industrial, deve-se muito à organização do processo económico pelo Estado, o que comprova que a política intervém de sobremaneira na economia.

¹³³ De notar a extrema necessidade de povoar, ocupar e delimitar as propriedades num território que era, já, bastante extenso (situação menos comum na Europa). O cultivo de demarcação de fronteiras das propriedades era uma forma de os novos colonos avançarem sobre a natureza ainda não explorada e afastarem populações autóctones.

¹³⁴ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 430

¹³⁵ Aliás, este incentivo à produção privada levou a que os mesmos sempre estivessem presentes nos vários sectores, mesmo aqueles que, na Europa, vieram a ser “ocupados” exclusivamente (ou quase) pelo Estado.

¹³⁶ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 415

¹³⁷ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 416

¹³⁸ Cfr. Fernando Araújo, *“Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade”*, Almedina, 2001, p. 424

O caso da construção dos caminhos-de-ferro, por exemplo, impulsionada em muitos estados pelo próprio governo federal, visavam dar uma ajuda ao desenvolvimento económico. Certo é que também nesta área, muitas vezes o recurso a fundos privados foi conseguido à custa da concessão de monopólios¹³⁹.

Contudo, mesmo com uma tendência ascendente do intervencionismo do Estado, este nunca chegou – como sucedeu na Europa – a colocar em causa a propriedade privada¹⁴⁰ ou o funcionamento das regras de mercado¹⁴¹.

Certo é que houve uma evolução deste Estado Regulador americano, conforme adiante se explana.

1.3.1.1 A Evolução do Estado Regulador Norte Americano

Para muitos, o Estado Regulador¹⁴² norte-americano apenas surgiu nos anos 30 do Século XX com o movimento do *New Deal*. Contudo, muito antes desse movimento existiram características essenciais para a fundação do dito Estado Regulador de modelo americano.

Como aqui já frisámos, os Estados Unidos da América formam-se sob a égide duma ideologia liberal predominante na população que vinha das metrópoles europeias que, na época, estavam a braços com as lutas contra o absolutismo.

Existia, por isso um fortíssimo espírito de liberdade. Assim, a interferência do Estado devia cingir-se ao essencial, por exemplo defesa. As regras da economia deviam ser as de mercado, sendo aceite a teoria *smithsiana* relativamente à perfeição da atuação das forças de mercado e sua mecânica decorrente da *ordem natural* quase unanimemente aceite.

Contudo, nos finais do século XIX, a economia norte-americana passa de agrária a industrial, muito por decorrência da Guerra Civil. E é aqui que se encontram as primeiras intervenções do Estado na atividade económica. Intervenções sobretudo para regular comportamentos de privados que saíam da lógica basilar do individualismo.

Isto porque, com as necessidades da população a transformarem-se face à vivência cada vez mais metropolitana, surgem novas indústrias com mercados de dimensão muito ampliados. Os

¹³⁹ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 112 e ss.

¹⁴⁰ Não encontramos na história dos EUA uma vaga de nacionalizações como aconteceu na Europa, por exemplo. Ou até expropriações, como sucedeu em Portugal, por exemplo.

¹⁴¹ No que concerne a estas regras de mercado, não podemos deixar de ter no horizonte o ideal de mercado de concorrência perfeita, em que predomina a liberdade – de entrada e saída dos agentes do mercado –, a atomicidade e a fluidez. Certo é que o mercado de concorrência perfeita é um modelo apenas, de difícil concretização e que pode, em determinados aspetos, não ser favorável aos agentes do mercado. Por exemplo, a fluidez, na vertente de homogeneidade de bens, pode não ser o ideal para os agentes consumidores do mercado. A diferenciação de produtos pode favorecer os interesses dos consumidores e, em consequência, beneficiar determinados agentes da oferta caso exista uma concorrência monopolística.

¹⁴² Paul Teske, in “*The New Role and Politics of State Regulation*”, Regulation/ Fall, 2004, refere que a regulação inicia-se sobretudo ao nível dos estados federados mas muito antes do *New Deal*. Nesta abordagem não teremos preocupações sobre o nível de regulação, incluindo a regulação estadual e federal. Isto porque nem sempre é fácil efetuar uma diferenciação. Para um aprofundamento do tema, sugerimos Paul Teske, “*Regulation in the States*”, Brookings Institution Press, 2004, que trata sobretudo da regulação efetuada pelos estados e sua interligação com a regulação Nacional do Estado.

exemplos são os sectores da banca e dos transportes, sendo o ainda o da implantação dos caminhos-de-ferro paradigmático relativamente à necessidade de intervenção do Estado. As empresas privadas, muito instigadas até pelo próprio Estado que chegou a conceder a exploração exclusiva da atividade em determinadas zonas, investiam fortemente na construção da rede de caminhos-de-ferro que, cobrindo grande parte do vasto e inexplorado território norte americano, prometia ganhos avultados.

Contudo, a necessidade de melhoria na rede da ferrovia, bem como a dimensão das próprias empresas levaram a que pequenos proprietários fossem explorados, bem como os trabalhadores trabalhavam em condições de desproteção ou os próprios consumidores que poucas alternativas tinham face aos monopólios constituídos no sector. O Estado viu-se obrigado a intervir regulamentando com leis laborais e de proteção do consumidor até então nunca antes reclamadas¹⁴³.

Era o definitivo falhanço na prática da doutrina de Adam Smith relativamente à mecânica perfeita da *mão invisível*, pois mesmo numa nação sem amarras históricas, onde genuinamente se acreditava na liberdade individual, se reconhece que nem sempre as escolhas individuais levam ao bem-estar geral.

Ora, desaparecendo as virtudes do Estado liberal, o Estado acaba por decidir intervir, por via de regulação legislativa acompanhada duma administração preocupada em responder aos desafios colocados e ao funcionamento dum mercado de concorrência.

São os Estados que iniciam esse desenvolvimento mas rapidamente a amplitude do país e a complexidade de situações leva a que seja necessária uma intervenção ao nível nacional. Não sem que haja uma certa contestação acerca deste intervencionismo. A ideia sempre foi de que o Estado deveria intervir sem que se quedasse o individualismo, numa perspetiva de defesa de direitos iguais¹⁴⁴.

Esta contestação serviria, no entanto, para manter um certo equilíbrio entre os males dum Estado *laissez-faire*, *laissez-passer* e os extremismos do socialismo. Por isso mesmo, nos Estados Unidos da América, ao contrário do que sucedeu na Europa onde o Estado acabou por se substituir na produção de bens e serviços, o intervencionismo baseou-se sobretudo na regulação e supervisão de atividades económicas levadas a cabo por privados.

Até porque a intervenção do Estado em mercados, como por exemplo o sector dos caminhos-de-ferro, sucede por vicissitudes muito próprias. Neste exemplo, o grande desenvolvimento do sector levou a que existissem graves injustiças e um combate entre aqueles que detinham poder

¹⁴³ Tal sucedeu, também, porque os Tribunais não foram capazes de tratar os conflitos que foram surgindo, ora pela complexidade e novidade que traziam, ou porque a decisão favorável às grandes empresas tornava-se o caminho mais fácil – e até seguro! – pela influência que as empresas monopolistas detinham na sociedade. Para maior detalhe relativamente a este tema, veja-se, por exemplo, Edward Glaser e Andrei Shleifer, “*The Rise of Regulatory State*”, NBER Working Paper No. 8650, December 2001.

¹⁴⁴ A este propósito veja-se Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, que cita autores como James Anderson que defendeu, no seu “*The Emergence of the Modern Regulatory State*”, vários limites à intervenção do Estado na economia, sempre no sentido de não coartar o individualismo – salvo a favor do coletivismo e na defesa da igualdade de direitos – bem como que cada um pudesse desenvolver as suas capacidades sem a opressão ou exploração de outros (razões de justiça, portanto!). William Graham Summer foi um dos mais notados na oposição à intervenção do Estado defendendo que cada indivíduo deveria cuidar de si próprio.

de influência e económico para manter uma posição dominante no mercado e aqueles que, mesmo que quisessem, não conseguiam exercer a sua liberdade de iniciativa económica.

Conforme refere Marisa Apolinário¹⁴⁵, “*Os exemplos de práticas abusivas e anti-concorrências, bem como o movimento de expansão do corporativismo que se verifica na mesma altura, acabavam por constituir, afinal, uma séria ameaça para os valores defendidos por aqueles que se opunham a uma intervenção pública no mercado*”.

Na década de 30 do Século XX, a intervenção pública nos Estados Unidos da América está no auge com o movimento *New Deal* que germina no pós *crash* da bolsa de 1929, quando ficou bem patente que os mercados, por si só, não funcionam de forma a alcançar o bem-estar geral.

Franklin Delano Roosevelt, 32º Presidente dos Estados Unidos da América e que se manteve doze anos – fez um inédito 3º mandato – no poder, foi o grande impulsionador duma política de maior intervenção do Estado.

Contudo, esta intervenção não se traduzia num crescimento desmesurado¹⁴⁶ do Estado e seus serviços mas antes por via de assunção de novas funções, quer no campo económico como no campo social.

A crise económica e financeira gerada pela grande depressão gerou uma situação social nunca antes vista num país que, até então, tinha apenas prosperado. Os direitos tradicionais americanos, de liberdade e proteção da propriedade tornam-se insuficientes para fazer face à miséria que se instalou¹⁴⁷.

Era, por isso, necessária uma política de intervenção do Estado que fosse além do reforço dos direitos dos trabalhadores¹⁴⁸ e da segurança.

O *New Deal* aparece como um novo contrato social em que o papel do Estado é redefinido. Mais do que uma intervenção de cariz assistencialista é um reforço de instrumentos à disposição da população para que possa retomar economicamente. Para além de pacotes sociais para ajuda aos mais desfavorecidos e proteção dos pobres, podem encontrar-se medidas de incentivo económico.

Influenciado pela teoria económica de John Maynard Keynes que defendia a intermediação do Estado para garantir o bem-estar da população em geral, o *New Deal* é lançado como pacote de medidas com um plano a médio prazo para combater a crise económica e social¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 116 e ss.

¹⁴⁶ Como sucedeu nos países europeus, tendo o Estado alargado os seus serviços, empresas públicas e participações.

¹⁴⁷ Por isso tantas vezes se refere que a crise de 1929 foi o exemplo cabal da falha do liberalismo uma vez que uma crise bolsista associada a uma desregulação da lei da oferta e procura levou a que definitivamente se comprovasse que os mercados não funcionam por si só de forma perfeita. Ficaram a descoberto as falhas do mercado que, no caso, provocaram uma onda de desemprego e pobreza sem precedentes, coartando a liberdade de iniciativa económica individual, passando a uma economia de mera sobrevivência.

¹⁴⁸ Como sucedeu na regulação do sector dos caminhos de ferro, onde os direitos dos trabalhadores tiveram de ser reforçados pelo Estado face aos abusos das empresas dominantes no mercado.

¹⁴⁹ Cfr. Cass Sunstein, “*The Second Bill of Rights: FDR’s Unfinished Revolution – Why We Need It More Than Ever*”, Hachette UK, Março 2009, E-Book.

Muito sinteticamente, as principais medidas do *New Deal*¹⁵⁰, visavam, entre outras, criar condições para a diminuição do desemprego¹⁵¹, através da articulação de investimentos estatais e privados.

Como medidas que se destacam podemos apontar i) a desvalorização do dólar para tornar as exportações mais competitivas; ii) empréstimos aos bancos para evitar falências no sistema financeiro; iii) criação do sistema de segurança social, com destaque para o “seguro de desemprego”, uma espécie de subsídio ou financiamento ao desempregado; iv) direito de organização sindical e implementação do horário laboral com 8H/ dia; v) estímulo à produção agrícola e incentivos aos produtores para reorganização das produções afetadas pela crise; vi) construção de uma grande quantidade de obras públicas, com destaque para as hidroelétricas e rodovias, desta feita com regras de regulação impeditivas de formação de poderes de mercado ou abuso de posição dominante.

Existia um estímulo à contratação de trabalhadores de forma a concretizar o ideal *keynesiano* de pleno emprego da população ativa, bem como a intervenção meticulosa da segurança social junto da população mais desfavorecida, levariam a um estímulo ao consumo. Ora, esse estímulo ao consumo, atendendo à lei da oferta e procura, levaria a um consequente aumento da oferta, um estímulo à produção industrial, agrícola e de serviços.

A existência de sindicatos levaria a uma maior representatividade dos trabalhadores, sendo estes representados pelos sindicatos nas maiores negociações laborais, com maior peso para lograrem as reivindicações dos trabalhadores. Este ponto era também essencial para a acalmia da tensão que entretanto se sentia entre patronato e classe operária, contribuindo também para uma paz social e consequente bem-estar.

Ora, este novo Estado Regulador da era Franklin Delano Roosevelt, moldado pelas políticas do *New Deal*, alterou as concepções pré-existentes dos pilares da ordem constitucional americana, a saber os direitos individuais estruturantes na sociedade americana, o sistema de *cheks and balances* que ora se torna claro o quão necessário é e o próprio federalismo¹⁵².

Com a introdução das medidas do *New Deal* assiste-se, portanto, a um reforço da posição do Estado, pelo que surge um conjunto de departamentos e agências governamentais com a missão de estimular a economia. Nasce, na mesma altura, por motivos de especialização e conhecimento técnico, as Comissões Reguladoras Independentes¹⁵³.

Este contexto de crise acabou também por favorecer o reforço dos poderes do governo federal até porque os poderes presidenciais acabaram por ser aumentados de forma a poder coordenar de forma mais centralizada a implementação das políticas do *New Deal*.

O *New Deal* evoluiu ainda para a regulação em áreas como ambiente, saúde, segurança alimentar, proteção de consumidores, entre outras. Ou seja, para além da regulação económica, surgiu ainda nos anos 70 do século XX, um movimento de regulação social.

¹⁵⁰ Decalcadas dos trabalhos de Keynes e alguns dos seus seguidores.

¹⁵¹ O sucessivo abaixamento dos níveis de desemprego até ao pleno emprego e a estabilização da inflação eram pedras basilares na teoria de Keynes.

¹⁵² Cfr. Cass Sunstein, “*The Second Bill of Rights: FDR’s Unfinished Revolution – Why We Need It More Than Ever*”, Hachette UK, Março 2009, E-Book.

¹⁵³ Iremos abordar com maior cuidado o surgimento destas Comissões, sua natureza e autonomia/ independência do poder executivo.

Nessa altura, os Estados Unidos da América estão sobre a influência das crises petrolíferas e assistem ao colapso do sistema monetário assente na correlação de Bretton Woods. A economia norte-americana e a economia europeia sofreram grandes mutações face a estes eventos.

Por um lado, o Estado Social existente na Europa começa a sua grande crise enquanto que o Estado Regulador Americano entra também numa profunda revolução. O sistema de regulação existente na era de Roosevelt começa a tornar-se, às portas dos anos 80 do Século XX, um verdadeiro entrave ao desenvolvimento duma economia de mercado, competitiva, pois existiam sempre benefícios e proteções para determinados grupos ou interesses.

A rede burocrática, legislativa e de agências governamentais que faziam a estrutura da regulação norte-americana criavam entropias ainda maiores do que as próprias regras. O acesso aos mercados tinha verdadeiros obstáculos – muitas vezes nem tanto regulamentares mas antes burocráticos.

Mas o desgaste ao Estado Regulador e à sua amplitude foi efetuado muito antes destas crises terem definitivamente mudado a sua conceção. Um desgaste feito à base da teoria. Exemplo disso mesmo foi o artigo de George Stigler, publicado em outubro de 1961, no *The Journal of Law & Economics*, volume IV, com o título “Private vice and public virtue”, numa ironização ao que de mau existia no individualismo e as virtudes do que existe no público.

Stigler, numa abordagem bastante clara, vem chamar à atenção ao atentado ao cidadão privado. Ironiza dizendo que *“Houve um tempo em que, pelo menos nas nossas manifestações formais, a virtude estaria no homem comum. Nas suas versões menos românticas, a filosofia democrática admitiu que cada cidade teria a sua quota de tolos e muito raramente um santo: no entanto, o homem comum tinha pelo menos forte bom senso, decência pura e ambição honrosa. Infelizmente, ele também está a perder os seus admiradores!”*¹⁵⁴

E, efetivamente, a própria competência individual do cidadão foi posta em causa com as políticas de regulação estadual, parecendo que o indivíduo era incapaz de se orientar sem as sábias *guidances* do Estado. E dá exemplos de como o Estado quis “proteger” o indivíduo da sua própria incompetência: i) implementação de escolaridade obrigatória, assumindo que a família iria falhar na formação das suas crianças; ii) normas sobre segurança industrial, considerando que o trabalhador não iria exigir a instalação de maquinaria segura; iii) leis contra publicidade enganosa, supondo que o consumidor não diferencia fraudes de boa publicidade; iv) regulação de profissões liberais, partindo do princípio que determinadas profissões teriam que ser licenciadas porquê os indivíduos não distinguiriam charlatões de profissionais competentes.¹⁵⁵

No ponto 3 do mesmo texto, Stigler faz uma abordagem sobre o Estado, colocando em causa a eficiência do mesmo quando age no mercado¹⁵⁶. E frisa que a nação norte-americana não está orientada para ser orientada por um Estado paternalista: *“seria trágico orientar a conduta das nossas vidas por este (referindo-se ao Estado).” A nossa sociedade não é consagrada ao princípio de que a boa sociedade consiste em grandes rebanhos de necessitados. É, sim,*

¹⁵⁴ Cfr. George J. Stigler, in “Private vice and Public virtue”, *The Journal of Law & Economics*, Volume IV, October 1961, Ponto 2.

¹⁵⁵ Cfr. George J. Stigler, in “Private vice and Public virtue”, *The Journal of Law & Economics*, Volume IV, October 1961, Ponto 2.

¹⁵⁶ George J. Stigler, in “Private vice and Public virtue”, *The Journal of Law & Economics*, Volume IV, October 1961, ponto 3, chega a desafiar que lhe deem um exemplo de sucesso duma atividade económica desenvolvida pelo Estado.

orientada pelo princípio de que a boa sociedade dá a cada indivíduo a máxima responsabilidade possível pela sua vida e a máxima liberdade possível para enfrentar essa responsabilidade”¹⁵⁷

O paternalismo decorrente do intervencionismo do Estado criava entropias e conflitos morais sobre a verdadeira necessidade desta regulação económica, este controlo sobre as competências individuais, colocando-se em causa a competitividade tão entranhada na cultura norte-americana.

De facto, o debate sobre o Estado Regulador tomou maiores proporções aquando da presidência de Ronald Reagan¹⁵⁸. Contudo, muito antes disso já se assistiam a críticas, como esta que Stigler dirigiu ao intervencionismo que o Estado, na era Roosevelt, teve sobre a economia.

Inicia-se, assim, o movimento de desregulação caracterizado pela progressiva eliminação das restrições ao funcionamento do mercado. Face à progressiva globalização da economia e desenvolvimento tecnológico, crescia o movimento favorável a uma maior abertura à concorrência. Iniciou-se, por isso, a progressiva desregulamentação dos sectores^{159, 160}.

A Administração Reagan centrou-se sobretudo na desregulação baseada nos custos provocados pelas “falhas de regulação”, pelo que implementou um novo tipo de sistema regulatório em que, antes de se aprovar um novo regulamento, devem ser tidos em conta os custos gerados pelo mesmo¹⁶¹. Contudo, centrou-se sobretudo nos custos provocados pela regulação sem ter em conta os benefícios – por serem, muitas vezes, subjetivamente mensuráveis – provocados pela regulação.

Esta reforma levou ainda a uma delegação de poderes nos Estados Federados, sendo assim iniciado um movimento contrário ao *New Deal*, em que os poderes presidenciais foram, inclusivamente, reforçados. Esta descentralização – não apenas no âmbito regulatório – levou a

¹⁵⁷ Cfr. George J. Stigler, in “Private vice and Public virtue”, The Journal of Law & Economics, Volume IV, October 1961, Ponto 3.

¹⁵⁸ A Administração Reagan desde cedo demonstrou que pretendia combater o crescimento excessivo do sector público mas no sentido de reduzir significativamente a intervenção do Estado na Economia. Por isso a ideia de desregulação, no sentido de redução da regulação, desburocratização e aumento de concorrência. Defesa da eliminação de restrições ao funcionamento do mercado.

¹⁵⁹ A indústria da aviação, telecomunicações e transportes foram os primeiros sectores a serem desregulados, avançando-se posteriormente para sectores como a eletricidade e gás natural. Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 121 e ss.

¹⁶⁰ De relevar que a década de 80 do século XX fica, efetivamente, marcada pela reação contra a intervenção do Estado na economia quer nos Estados Unidos da América mas também na Europa. Contudo com diferenças. Por um lado, na Europa pretendia-se que o Estado deixasse de deter monopólios sectoriais, a propriedade de diversas empresas chave de sectores essenciais, que o Estado deixasse de se substituir aos privados na produção de bens – fossem eles essenciais ou não. No caso dos Estados Unidos da América, o que sucedia era uma intensa regulação de sectores que se tornou contraproducente, burocrática, limitando de sobremaneira a liberdade de entrada nos mercados ou de ação nos mesmos. Por isso mesmo na Europa viveram-se tempos mais de privatização enquanto que nos Estados Unidos da América se pretendeu sobretudo uma desregulação. Esta diferença de conceitos – a que voltaremos mais adiante – é significativa para perceber a conjuntura dos novos sistemas de regulação. Embora com traços diferentes, estes movimentos têm o mesmo objetivo de abrir os mercados e aplicações de regras concorrenciais.

¹⁶¹ Falamos concretamente da *Executive Order 12 291* que impelia as agências federais de efetuarem uma análise de custo-benefício para as regras mais relevantes sobre regulação. Esta E. O. Foi revista e ampliada para uma lei-quadro relativa aos processos de regulação na Administração Clinton.

algumas críticas, nomeadamente no sentido de que se estariam a transmitir competências para os Estados não estando estes preparados ou capacitados para as receber e cumprir.

O facto desta desregulação não ter sido efetuada de forma organizada e fundamentada, muitas vezes parecendo apenas uma aversão à própria regulação e pouco mais, acabou por provocar um efeito contrário, no sentido de diminuir o entusiasmo pela desregulação. Isto porque, as políticas de desregulação de Reagan, iniciaram-se pelo caminho mais fácil, revogando-se regulamentação com duvidosas bases económicas de custo-benefício. Contudo, estas medidas não surtiram os efeitos desejados de abertura de mercado e melhoria da concorrência. As grandes questões da desregulamentação ficaram em aberto.

Inicia-se, pois uma nova era de *rethinking* das políticas de regulação. Até porque sucederam situações atribuídas exatamente à desregulação excessiva e sem critério. Um desses exemplos é a Crise Elétrica da Califórnia de 2000/2001 ou *blackout* da Califórnia.

Com a desregulação do sector energético, a Califórnia assistiu a um descontrolo de preços da eletricidade, que até então eram regulados pelo Estado, mantendo as empresas produtoras e distribuidoras numa margem de conforto relativamente às receitas, podendo controlar os custos.

Com a ausência de controlo de preços e abertura de mercado, as empresas foram-se coartando em investir na produção, mantendo, por isso, os mesmos níveis de produção. O problema surge quando existe um aproveitamento da ausência de regras por parte das empresas, criando uma artificialidade de falta de produção ou aumento dos custos da mesma.

A procura – que naturalmente havia crescido com o desenvolvimento industrial e populacional – via-se a braços com preços exageradamente altos para um bem essencial. E, em picos de procura como vagas de calor, por exemplo, existiram situações de apagões por a rede não suportar o consumo.

É certo que existiu uma conjuntura que levou a que se formasse uma tempestade perfeita, contudo, não deixa de ter sido uma consequência, pelo menos em parte, duma desregulação abrupta.

Sobretudo criou-se a noção de que, quer a regulação mas também a ausência dela, poderia ter consequências benéficas mas também nefastas em caso de exagero. Era por isso necessário não levar ao extremo a ideia de *free market* uma vez que o próprio mercado tem falhas que devem ser colmatadas pela intervenção do Estado.

A década de 90 do século XX é, por isso, marcada por uma ideia de eficiência e racionalidade, mormente no que concerne à governação pública. Pretendia-se uma reforma do Estado mais do que um desmantelar do sector público¹⁶².

E cada vez mais o binómio *regulação versus desregulação* torna-se inapropriado: a regulação terá de existir. Trata-se antes de se criar uma *smart regulation* ou *better regulation* em que se

¹⁶² Tal sucede porque, não esqueçamos, o sector público nos Estados Unidos da América nunca chegou à dimensão que sucedeu nos países europeus. Os norte-americanos tinham a vantagem do Estado não ter tido a veleidade de intervir na produção direta duma vasta panóplia de bens e serviços. Assim, a reforma do Estado era mais no sentido de adaptação do Estado Regulador. Aliás, estas ideias iriam influenciar de sobremaneira a administração Clinton.

defende “(...) a criação de regras mais efetivas e menos intrusivas e simultaneamente mais eficazes para atingir os objetivos traçados pelo Estado”¹⁶³.

De facto, o Estado Americano teve uma grande prova de que a regulação deve existir de forma eficiente sob pena de colapso sectorial ou económico¹⁶⁴. Falamos concretamente da crise dos mercados financeiros de 2008, após a qual a regulação e supervisão sector bancário e financeiro alterou-se substancialmente¹⁶⁵.

Mas sobretudo alterou-se a visão sobre a intervenção do Estado na economia. Isto porque, após a crise, todos eram ferrenhos *keynesianos* defendendo uma massiva injeção de dinheiro do Estado na economia por todas as vias¹⁶⁶. Situação que não sucedeu na Administração Bush, tendo a Administração Obama alterado essa política com vários programas visando a criação de emprego e melhoria na saúde mas que nem sempre foram suficientes.

Mas que impacto teve então esta crise na intervenção do Estado na Economia? A resposta nos Estados Unidos da América foi um misto de injeção de fundos em sectores seleccionados e uma série de instrumentos de incentivo à economia, nomeadamente fiscais. A isto juntou-se uma maior regulação do sector bancário, necessário para garantir a fiabilidade de empréstimos, produtos financeiros e hipotecas.

A crise torna-se incontornável com o episódio da falência instituição financeira Lehman Brothers Holdings Inc. e se percebe a gravidade do estado do sector bancário.

Contudo, já em 2000 a bolsa tecnológica deu sinais de que algo estava muito mal.

Conforme Stiglitz descreve no seu livro “*Freefall*”, “O valor das ações tecnológicas caiu 78% entre março de 2000 e outubro de 2002. Esperava-se que essas perdas não afetassem a economia como um todo, mas foi o que ocorreu. Grande parte dos investimentos foram dirigidos ao sector

¹⁶³ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 126 e ss.

¹⁶⁴ Joseph Stiglitz, prémio nobel da Economia em 2001, pública em 2010 o seu livro “*Freefall*” onde critica duramente a desregulação do sector bancário. Relativamente à crise e sua previsibilidade, Stiglitz afirma que “*Para uns poucos observadores, ela seguia exatamente o figurino: não só previsível, mas também prevista. Um mercado desregulado, inundado de liquidez e com taxas de juros baixas, uma bolha imobiliária global e uma escalada de empréstimos subprime formavam uma combinação tóxica. Acrescentem-se a isso os déficits fiscal e comercial dos Estados Unidos e a correspondente acumulação de enormes reservas de dólares na China — ou seja, uma economia global desequilibrada — e era claro que as coisas estavam terrivelmente mal*”.

¹⁶⁵ A bem da verdade, este efeito iniciou-se nos Estados Unidos da América mas na Europa a crise financeira levou a uma crise das dívidas soberanas. Na zona euro, sobretudo, as regras relativas à regulação e supervisão financeira, bem como as regras orçamentais foram reforçadas, tendo-se verificado uma espécie de “regulação em cascata”, em que a União Europeia reforçou as diretrizes para os Estados intervirem nos mercados por via regulatória e reforço da fiscalização, mesmo que por via de uma rede de entidades reguladoras “independentes”.

¹⁶⁶ Aliás, o presidente George W. Bush utilizou sobretudo a via tributária como mecanismo para, no caso, aumentar o consumo. Bush defendeu uma baixa de impostos na tentativa de aumentar o rendimento disponível das famílias para o consumo. A baixa de impostos que Bush sucessivamente implementou em benefício sobretudo dos mais ricos, pretendia que os mesmos tivessem estímulos ao investimento na economia. No pós crise do *subprime* percebe-se que. Com a falta de confiança existente nos mercados, à baixa de impostos não correspondia necessariamente um maior consumo uma vez que o rendimento disponível servia para poupança. Cfr. Joseph E. Stiglitz, “*O mundo em queda livre Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial*”, Companhia das Letras, 2010.

*de alta tecnologia, e com o estouro da bolha das ações das empresas de tecnologia, esses investimentos estancaram. Em março de 2001 os Estados Unidos entraram em recessão.*¹⁶⁷

A esta recessão¹⁶⁸ segue-se a pressão sobre a política monetária e o aumento do valor do petróleo face à invasão do Iraque em 2003. O dinheiro gasto na importação de petróleo desviou os fundos do Estado para qualquer recuperação dessa recessão, pelo que a Reserva Federal manteve as taxas de juros baixas.

Com isso a pressão inflacionária era pequena. Sem a bolha imobiliária – bolha essa sustentada exatamente por essas taxas de juros baixas - e estando no auge do consumo – sustentado exatamente por essa bolha imobiliária - a economia americana não mostrava sinais de fraqueza.

Contudo, artificialmente.

Em todos esses anos de dinheiro barato e especulação, a *Wall Street* não ofereceu um bom produto hipotecário. Um bom produto hipotecário teria baixos custos de transação e baixas taxas de juros e ajudaria as pessoas a administrar os riscos de comprar uma casa, inclusive uma proteção para a hipótese da casa perder valor ou dos proprietários perderem o emprego.

Os proprietários também desejam mensalidades previsíveis, que não comecem a subir sem aviso prévio e que não tenham custos ocultos. Os mercados financeiros americanos não se preocuparam em elaborar esses produtos melhores, embora estes sejam utilizados em outros países.

Ao contrário, as empresas de *Wall Street*, empenhadas em maximizar seus lucros, passaram a trabalhar com hipotecas de altos custos de transação e taxas de juros variáveis, com pagamentos que podiam disparar repentinamente e sem nenhuma proteção contra o risco de perda de valor do imóvel ou de perda de emprego.¹⁶⁹

O que sucedeu a seguir já todos sabemos: a subida dos preços dos imóveis levou às hipotecas em cascata para manter o crédito ao consumo, até que a bolha imobiliária estourou. O valor do imobiliário era incomportável.

A execução das hipotecas levou, primeiro à queda das hipotecas *subprime*, aplicadas às famílias de rendimentos mais baixos com dívidas muito superiores ao valor real dos imóveis. Mas logo a seguir vieram os produtos financeiros tóxicos que os bancos tiveram de engendrar para encobrimento de dívida e risco.

O rápido propagar da bolha levou a que os bancos tivessem dívida que não cobriam os seus ativos e por isso o colapso, a falência. Sendo que a ausência de confiança no mercado levou a que o próprio sistema bancário fosse incapaz de se auxiliar internamente por via de empréstimos interbancários. Ou havia injeção de dinheiro público no sistema bancário ou os bancos simplesmente faliam.

E nenhuma supervisão bancária ter-se-ia apercebido desta selvajaria que sucedia no mercado?

¹⁶⁷ Cfr. Joseph E. Stiglitz, *“O mundo em queda livre Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial”*, Companhia das Letras, 2010.

¹⁶⁸ Que foi combatida pela Administração Bush com um corte nos impostos dos mais ricos que não surtiu efeito prático na economia.

¹⁶⁹ Cfr. Joseph E. Stiglitz, *“O mundo em queda livre Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial”*, Companhia das Letras, 2010

Stiglitz atribui sobretudo este colapso à desregulação no sector financeiro, à ausência de políticas proactivas sobretudo na administração Bush – não poupando, também, a Administração Obama – e a posição da Reserva Federal Americana que não funcionou na supervisão nem nos estímulos certos ao combate dos sinais de crise.

Independentemente da resposta mais ou menos rápida e com maior ou menor eficiência, o facto é que o Estado se viu a braços com uma crise que não se via há mais de 75 anos. Era, pois inevitável a maior intervenção do Estado¹⁷⁰.

Contudo, essa intervenção do Estado não foi vista como um retrocesso voltando-se ao idealismo de Estado Social das décadas anteriores. Conforme Karl-Heinz Ladeur¹⁷¹, o binómio direito público vs. direito privado encontrou agora um novo desafio. Isto porque, de acordo com Ladeur, o conceito de interesse público deve ser reintroduzido na interpretação do direito privado, passando a existir um espectro deste conceito na ação do direito privado. Isto porque, no pós crise, sobretudo, a ideia de incerteza sobre o futuro faz com que o direito privado reaja não apenas atendendo a intuits puros privados mas também atendendo às novas estruturas e experiências – legais, sociais e económicas - decorrentes da vivência da crise de 2008.

Aliás, Ladeur, referindo-se ao futuro da regulação¹⁷², revela que a introdução de alguma lógica experimental que é associada ao direito privado deveria constar numa lei-quadro da regulação.

A regulação não pode deixar de existir mas há que ter em conta que a manipulação, as bolhas que possam surgir ou os abusos das regras terão sempre de ser adaptáveis uma vez que não há receitas infalíveis, nem mesmo as que incluem apenas o Estado.

Esta posição é reveladora que, após a crise de 2008, as guerras entre liberais e intervencionistas deixam de fazer qualquer sentido porque nada mais poderia ser *black or white*. Era necessário moldar a regulação a uma vivência em transformação.

Mas afinal que resposta foi dada pela administração americana à crise de 2008 e que impactos teve ao nível da intervenção do Estado na economia? Descorde-se com a forma, tamanho ou direção, o certo é que existiu uma maior intervenção do Estado. Quanto mais não seja porque era necessário corrigir os erros provocados pela total desregulação, mormente no sector bancário e financeiro.

De facto, a Administração Bush foi pouco proactiva na resposta à crise, tendo apenas injetado alguns incentivos fiscais que de pouco serviram. Contudo, a administração Obama teve de travar a curva descendente abrupta da economia que entretanto se tinha gerado, mesmo que com medidas mais tímidas do que alguns analistas previam como necessárias¹⁷³.

Foi criado um pacote de incentivos de quase 800 mil milhões de dólares a ser gasto em 2 anos mas tal representava apenas 3% do PIB americano e, a primeira tranche de 200 mil milhões

¹⁷⁰ Stiglitz chega a ironizar afirmando que, em 2008/2009 quando Barak Obama chega à presidência existia um *keynesianismo* unanime. Contudo, não existia consenso sobre a forma e o tamanho desse intervenção e estímulo.

¹⁷¹ Cfr. Karl-Heinz Ladeur, in "The Financial Market Crisis—a Case of Network Failure?" *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Ed. Poul F Kjaer, Gunther Teubner and Alberto Febbrajo. London: Hart Publishing, 2011. 63–92. *Bloomsbury Collections*.

¹⁷² E tendo uma posição diferente de Stiglitz

¹⁷³ Crítica que foi amplamente feita por Stiglitz no seu "Freefall".

praticamente esgotaram-se na cobertura de cortes e gastos nos níveis estaduais e locais¹⁷⁴. A criação de emprego foi praticamente nula e, a única coisa que se alcançou, foi a manutenção de alguns postos de trabalho.

Com a economia americana a depender e muito do imobiliário, o tamanho da queda seria muito mais gravoso do que se imaginava e a retoma dependeria da reinvenção do negócio ou da variedade de produções.

O mercado de trabalho sofreu duros revezes porque o dinamismo característico do mercado laboral americano ficou severamente afetado pelo facto de os trabalhadores não poderem transacionar os seus imóveis com a facilidade de outrora.

Acresce que os programas de reforma foram fortemente afetados perante a situação do colapso das bolsas, uma vez que os produtos financeiros que asseguravam uma poupança de reforma foram também fortemente afetados.

Ora, este incentivo financeiro do Estado não seria suficiente para dinamizar a economia na criação de emprego e condições de retoma. Esta situação gerou, ainda, uma quebra de receitas públicas, pelo que o Estado – ao nível federal mas também local – reduziu os seus gastos por não ter receitas suficientes para cobertura dos mesmos. O resultado é um aumento de impostos que em nada ajuda ao consumo.

A receita de lançar obras públicas neste caso parece não ter surtido grande efeito. Isto porque o incentivo feito apenas sectorialmente não resultou num impulso genérico do emprego.

Stiglitz chega a referir que seria preferível ter efetuado uma injeção para correção de deficit estado a estado e assim as despesas feitas pelos Estados ter-se-ia mantido e sustentado 2/3 da economia¹⁷⁵.

Por outro lado, a injeção de fundos não colmatou as brechas do sistema de proteção. Talvez a maior reforma que acabou por existir foi o programa *Obama Care* que permitiu o acesso a prestação de cuidados de saúde a uma população que entretanto tinha perdido os benefícios do seguro de saúde face à situação de desemprego.

Também o sistema de investimentos do plano de recuperação direcionava os fundos sobretudo para atividades imediatas, como a construção¹⁷⁶ e alguns projetos “verdes” que fossem de rápida execução.

Uma das críticas relativamente a esta intervenção da Administração Obama foi a ausência dum plano mais alargado no tempo que não investisse apenas no curto prazo. Não se investiu num plano de recuperação estrutural mas antes em *band-aids*, sobretudo no que concerne ao investimento.

Ainda com a Administração Bush, um dos incentivos que se pretendeu dar à economia foi por via fiscal, tendo-se baixado o nível de tributação. Contudo, o dinheiro disponível decorrente

¹⁷⁴ Cfr. Joseph E. Stiglitz, *“O mundo em queda livre Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial”*, Companhia das Letras, 2010.

¹⁷⁵ Cfr. Joseph E. Stiglitz, *“O mundo em queda livre Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial”*, Companhia das Letras, 2010.

¹⁷⁶ Sector que foi duramente atingido pela crise e clamava por uma ajuda massiva. A Administração Obama viu-se pressionada a ajudar o sector que outrora era responsável por grande parte da riqueza nacional.

dessa baixa de impostos não foi canalizado para o consumo. Pelo contrário, o medo que se instalou e a incerteza relativamente aos créditos levou a que a esse dinheiro “poupado” em impostos fosse canalizado efetivamente para poupança.

Ademais, os níveis de consumo anteriores à crise eram excessivamente altos, pelo que voltar a esse nível de consumo era inimaginável. Logo qualquer estímulo – fiscal ou de benefício – teve um efeito imediato positivo mas coartou consumos futuros. O exemplo típico dado por Stiglitz é o programa de troca de veículos que fez com que o sector automóvel voltasse momentaneamente a uma retoma nas vendas. Contudo, findo o programa, o sector voltou a estagnar.

Em resultado deste primeiro pacote de medidas foi que efetivamente alguns pontos existiram de retoma mas o desemprego mantinha-se extremamente elevado. Foi, por isso necessário redirecionar os incentivos do Estado e auxiliar profundamente os estados federados e municípios. Tudo isto associado a uma situação de retoma mundial levou a que os a que a segunda década do século XXI fosse já mais simpática.

De facto, na crise de 2008, embora existissem sinais de que poderia existir uma bolha imobiliária e a queda da bolsa tecnológica anunciasse a alteração do cenário da economia, a mesma acontece de forma surpreendente. E como estamos perante um caso de desregulação num sector, os próprios mercados, no seu funcionamento, demonstraram as falhas e abusos. Em suma, foi uma crise sobretudo sectorial – mesmo que tenha tido consequências a todos os níveis de atividade – e foi uma crise provocada sem intervenção do Estado.

No caso da pandemia COVID-19, que se inicia em dezembro de 2019 na china e rapidamente se propaga pela europa e posteriormente nos Estados Unidos da América, estamos perante uma crise sanitária que, pelas medidas adotadas pelos Estados, provocará uma crise económica¹⁷⁷.

Estamos perante uma doença respiratória que se pode tornar aguda, causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). O facto de ser um novo vírus, com uma alta capacidade de sobrevivência e transmissibilidade, levou a que a Organização Mundial de Saúde, a 11 de março de 2020, tenha declarado que o surto tinha atingido dimensão global e por isso estaríamos em situação de pandemia.

Face à incerteza das consequências da infeção, as medidas sanitárias maioritariamente adotadas pelos estados basearam-se num *lock-down*: fecho de fronteiras, encerramento de comércio e atividades económicas não essenciais, confinamento da população em geral¹⁷⁸.

¹⁷⁷ De referir que o presente capítulo foi escrito entre meados de 2020 e final do mesmo ano.

¹⁷⁸ O confinamento foi adotado sobretudo para impedimento ou quebra das cadeias de contágio. Isto porque face à agressividade dos sintomas da síndrome respiratória, a necessidade de assistência hospitalar aumenta substancialmente relativamente aos infetados. Ora, rapidamente os sistemas de saúde – que, a bem da verdade, já se encontravam em grande parte da Europa, em estado de saturação – viram-se a braços com uma impossibilidade de socorro e tratamento. A região da Lombardia, em Itália, ficou marcada pelo facto de ter sido um dos locais onde o Sistema de Saúde ter falhado por completo, inexistindo meios médicos para tratamento de todos os doentes. Sendo uma síndrome respiratória, a necessidade de utilização de ventiladores tornou-se substancialmente maior e inexistiam meios para fornecimento desse material em tempo útil.

Ora, face a estas medidas impostas pela maioria dos Estados afetados¹⁷⁹ a atividade económica foi severamente afetada. O encerramento físico de lojas com atividades não essenciais e a restrição de circulação de pessoas e bens foi como um travão a fundo no movimento económico global.

A reação dos agentes económicos foi de medo e incerteza mas ao mesmo tempo os Estados não quiseram que deixar de mostrar sinais de esperança, sobretudo inicialmente quando se pensou que o surto poderia ser facilmente controlado¹⁸⁰.

Independentemente das características desta pandemia¹⁸¹, o facto é que as consequências económicas serão certamente devastadoras. Incluindo nos Estados Unidos da América.

Em abril de 2020, o Departamento de Assuntos Económicos e Sociais das Nações Unidas já fazia uma análise sobre o “turbilhão” causado pela pandemia COVID-19 nas bolsas mundiais¹⁸².

Começa por constatar que em março de 2020, os mercados financeiros – Europeu, Asiático mas também norte-americano – conheceram a maior queda desde 2008. Acresce que a queda abrupta das bolsas levou a um descrédito do valor dos ativos, causando um aumento do valor dos spreads de créditos.

Neste momento, a volatilidade do valor dos ativos está muito relacionada com três factores: i) um elevado risco de recessão global, com grande impacto nos ganhos das empresas; ii) questões estruturais do mercado provocadas pela desalavancagem da economia, como por exemplo uma oferta desproporcionada à procura, com variações forçadas de preço; iii) grande grau de incerteza e medo porque ninguém sabe quais são as medidas que podem vir a ser impostas por motivos de saúde pública. Há grande pressão nas vendas para que se obtenha já uma liquidez que pode ser preciosa no futuro. Há uma estimativa de que as empresas apenas consigam chegar ao nível de valor de ativos equivalente a 2020 daqui a 10 anos. É uma visão catastrófica!

¹⁷⁹ Diverge o tempo de reação dos Estados, bem como as medidas efetivas. Houve Estados que declararam o confinamento geral da população e uso obrigatório de máscaras assim que surgiram os primeiros casos. Em alguns Estados foi utilizada a figura jurídica do Estado de Emergência – ou similar – com vista a aumentar a efetividade das medidas sanitárias. Contudo, apesar das recomendações da Organização Mundial de Saúde, as medidas adotadas pelos Estados não foram todas iguais ou sincronizadas. Há a relevar que a circulação de pessoas e bens diminuiu globalmente de forma drástica, bem como a atividade económica foi severamente afetada, mormente com o encerramento compulsivo de atividades não essenciais.

¹⁸⁰ O facto de se ter conseguido rapidamente chegar ao “doente zero”, identificando-se o local onde se terá iniciado o surto, tal levaria a um controlo imediato do surto. A doença foi identificada pela primeira vez em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, em 1 de dezembro de 2019. Contudo. Acredita-se que o vírus tenha uma origem zootica, porque os primeiros casos confirmados tinham principalmente ligações ao Mercado de Huanan, que vendia animais vivos. O encerramento do mercado, o abate das espécies vivas, a proibição de comércio das mesmas e o confinamento imediatamente a seguir ao reporte do primeiro caso, levou à esperança no controlo do surto. Contudo, tal veio a verificar-se infrutífero uma vez que rapidamente o vírus foi detetado e proliferou na Europa.

¹⁸¹ Discute-se muito sobre a real gravidade – sobretudo no que concerne à mortalidade – deste coronavírus e suas consequências, sobretudo devido ao facto de afetar sobretudo pessoas com idade superior aos 65 anos e/ou com maior fragilidade em termos de saúde geral.

¹⁸² Cfr. Shari Spiegel, Cornelia Kaldewei e Mario Huzel do *Financing for Sustainable Development Office*, Department of Economic and Social Affairs – United Nations, artigo da publicação “*Policy Brief 59*”, sob o título “*Corona crisis causes turmoil in financial markets*”.

Os bancos e outras instituições financeiras – que foram o principal alvo da crise de 2008 – muito embora tenham atualmente uma maior robustez, provavelmente também verão os seus ganhos caírem como resultado da pandemia.

À medida que a parcela de empréstimos vencidos aumenta e as margens das taxas de juros caem, associado a uma menor capacidade da população solicitar produtos de crédito, a visão também se torna devastadora.

Em abril de 2020, o Departamento de Assuntos Económicos e Sociais previam já que este panorama se reflete nas avaliações do sector financeiro, que caíram cerca de 39% (atendendo apenas ao mercado norte-americano).

Outro grave problema foi a descapitalização de países em desenvolvimento, uma vez que, com a necessidade de liquidez em dólares, o desinvestimento nos mercados emergentes foi imediato. Os níveis de *outflows* entre janeiro e março de 2020 atingiram os níveis de 2008 e 2009 mas desta feita num menor período de tempo.

Uma das maiores questões que se coloca – especialmente nos Estados Unidos da América que já tinha um elevado endividamento – prende-se com o comportamento das dívidas soberanas. É que antes da pandemia já se assistia a um nível de endividamento muito elevado, ainda na esteira da recuperação da crise de 2008, pelo que o cenário de maior endividamento dos Estados e, eventualmente, um *haircut* sobretudo para países em desenvolvimento pode não ser um cenário disparatado.

Face a este cenário de crise sanitária que rapidamente se transformou em crise económica sem precedentes¹⁸³, pelo que as respostas dos governos tem sido a injeção de dinheiro para as necessidades imediatas.

Assim, assiste-se ao nível nacional a políticas fiscais e monetárias para correção imediata de necessidades. A expansão dos gastos com saúde pública, licenças médicas pagas, subsídios e transferências salariais – regimes de *lay-off* incluídos - e concessão de tolerância a empréstimos e outras formas de assistência a famílias e empresas em dificuldades são medidas que grande parte dos países estão a aplicar.

Para além dessas medidas, é necessário injetar liquidez para estabilizar os mercados. No caso dos Estados Unidos da América a política monetária pode dar uma ajuda nessa injeção de capital. Contudo não é de descurar que uma maior produção de dólares pode levar a uma desvalorização irremediável desta moeda.

¹⁸³ Relevamos aqui três factores: i) Amplitude, porque atingiu rapidamente todas as economias, desenvolvidas ou não; ii) Rapidez, uma vez que a crise económica apareceu sem previsão possível e com tendência apenas a pior num curto prazo; iii) Imprevisibilidade, uma vez que sendo uma crise relacionada com um bem essencial que é a saúde e estando perante um vírus desconhecido, não há capacidade de reação a longo prazo uma vez que se desconhece o que será “o novo normal”. Acrescentaria ainda outro factor que se prende com o facto de esta crise económica ter sido decorrente de medidas impostas pelos Governos. A resposta à crise sanitária fez uma opção clara: optou-se pela proteção da saúde em relação à atividade económica e as medidas de confinamento obrigatório ou restrição de circulação afetaram imediatamente a atividade económica. Certo é que, cientes desta realidade, grande parte dos Governos já lançou medidas de apoio à economia, sustentadas sobretudo pela injeção de dinheiros públicos. É, contudo, ainda prematuro fazer uma análise a estas medidas que, à partida, parecem ser apenas paliativos e não uma resposta estruturada à anunciada recessão severa.

A nível internacional, a coordenação relativamente à política sanitária tem sido dirigida pela Organização Mundial de Saúde. Contudo, não sem estar debaixo de duras críticas, mormente dos Estados Unidos da América que, inclusivamente anunciaram que deixam de financiar esta organização.

O Fundo Monetário Internacional recomendou a injeção imediata de fundos nos cuidados de saúde, tendo inclusivamente disponibilizado, de imediato, 50 mil milhões de dólares¹⁸⁴. Também emitiu uma série de recomendações sobre mitigação, contenção e monitorização da crise a todos ao nível financeiro e social também¹⁸⁵.

Em termos fiscais, as recomendações da OECD¹⁸⁶ e que genericamente têm vindo a ser cumpridas, prendem-se sobretudo com diferimentos nos prazos de pagamento de impostos e contribuições para a segurança social e aceleração de reembolsos que sejam devidos. Outra recomendação é a de subsidiação dos trabalhadores que fiquem em *lay-off* ou em situação vulnerável, bem como no apoio aos idosos e crianças¹⁸⁷.

No caso dos Estados Unidos da América, já se encontra aprovado um diferimento do pagamento de impostos de abril para junho 2020. Contudo, tal situação gera um outro motivo de preocupação uma vez que a receita fica, também diferida. A estimativa do tesouro americano, nesta altura¹⁸⁸, é que serão necessários 2,99 biliões de dólares para cobrir os custos da pandemia só no segundo trimestre de 2020. Quanto mais será daqui em diante.

Estamos, pois, perante uma inversão no sentido do afastamento do Estado das decisões económicas. Muito pelo contrário, o Estado tem tomado a dianteira nas necessidades económicas. A bem da verdade, o desastre económico será sobretudo suportado por quem teve de tomar medidas a favor da saúde pública.

Em jeito de análise pessoal, a incerteza que se viveu sobretudo nas primeiras três semanas de março de 2020, levou a que a bolsa se comportasse em picos consoante o otimismo ou pessimismo das informações e consequentes medidas sanitárias. Contudo, ao fim de algumas semanas, os mercados perceberam que o monstro já se formou e virá, sendo que as consequências serão devastadoras economicamente¹⁸⁹.

É inevitável que o Estado faça a sua intervenção na economia, sob pena de se gerar uma segunda pandemia, desta feita económica. O presidente Trump, já embebido do espírito eleitoral, tem

¹⁸⁴ Cfr. Vitor Gaspar e Paolo Mauro, in *IMF Blog for Coronavirus*, “Fiscal Policies to Protect People During the Coronavirus Outbreak”, March 2020, <https://blogs.imf.org/2020/03/05/fiscal-policies-to-protect-people-during-the-coronavirus-outbreak/>

¹⁸⁵ Cfr. AAVV – IMF, “Policy Steps to Address the Corona Crisis”, March 2020, <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/03/16/Policy-Steps-to-Address-the-Corona-Crisis-49262?cid=em-COM-123-41273>

¹⁸⁶ Cfr. Pascal Saint-Amans, “Tax in the time of COVID-19”, no Forum Network criado para os temas COVID-19, March 2020, <https://www.oecd-forum.org/users/369395-pascal-saint-amans/posts/63721-tax-in-the-time-of-covid-19>

¹⁸⁷ De referir que os idosos são considerados grupo de risco uma vez que são mais vulneráveis às consequências do Coronavirus. No caso das crianças, as mesmas passaram a regimes de teleescola ou ensino à distância uma vez que as escolas foram genericamente encerradas. Ora, um dos pais, pelo menos, necessita de dar assistência aos filhos que passaram a estar impedidos da frequência das creches, jardins de infância e estabelecimentos de ensino em geral, bem como quaisquer atividades que implicassem riscos de contágio.

¹⁸⁸ Maio de 2020.

¹⁸⁹ Com as consequentes implicações sociais.

sucessivamente anunciado um “*Tremendo segundo semestre*”. A ideia de que o Estado vai injetar o que for necessário na economia começa a ganhar forma. A iniciativa privada não vai conseguir fazer face, sozinha, a esta crise mesmo que a Administração Trump tenha vindo sucessivamente dado a entender que irá estimular a iniciativa privada.

Inevitavelmente a regulação sofrerá alterações. A maior intervenção do Estado não vai cingir-se à injeção de capitais. Certamente vão existir alterações sobre a regulamentação dos sectores ou como vai ser paga a dívida de quem precisar de *state loans*. Neste último capítulo, apostamos num perdão muito substantivo da dívida a longo prazo¹⁹⁰, pois a crise económica parece ser de dimensões inimagináveis.

1.3.1.2 As Comissões Reguladores Independentes

A análise do sistema regulatório norte americano não poderia estar completa sem uma referência às Comissões Reguladoras Independentes. Isto porque o Estado preferiu organizar o modelo regulatório por via da criação de Comissões ao nível do Estado Federal e as chamadas Agências ao nível de cada Estado Federado. Contudo, é nas Comissões Reguladoras, que são instituições governamentais diretamente dependentes da Presidência, que se concentram as medidas regulatórias sectoriais mais relevantes e enformadoras do sistema.

Já aqui enfatizámos a importância que teve a implementação da rede de caminhos-de-ferro, tendo sido a sua construção um momento crucial para o crescimento económico mas que também criou outros problemas de índole social, laboral e regulatório. Não é por isso de estranhar que a primeira Comissão Reguladora do Estado Federal tenha sido a *Interstate Commerce Commission* (ICC), criada em 1887, com vista a regular a indústria dos caminhos-de-ferro que estava em franca expansão.

A justificação para a criação da ICC, prende-se com vários factores: i) necessidade de proteção dos pequenos comerciantes e distribuidores face à posição dominante das empresas que controlavam a construção e exploração dos caminhos-de-ferro¹⁹¹; ii) proteção do interesse público para que existisse um sistema de transporte eficiente num país de vasto e ainda inexplorado território; iii) equilíbrio na defesa de interesses da concorrência; iv) há ainda quem defenda que a ICC foi inicialmente constituída como “força de bloqueio” para garantir que os investimentos e inovações no sector estabilizavam e permitiam o crescimento de outros meios de transporte.

As motivações da criação do ICC podem ser, genericamente, replicadas para as seguintes Comissões que foram sendo sucessivamente criadas: em 1913, *Federal Reserve Board*; em 1914, *Federal Trade Commission*; em 1915, *Shipping Board* e *Tariff Commission*; em 1920, *Federal Power Commission* e muitas outras entretanto criadas.

¹⁹⁰ Perdão esse que, parece-nos, será ao nível individual e Estadual. No caso dos Estados Unidos da América, a Reserva Federal, que já aumentou a impressão de moeda, não pode manter um sucessivo aumento dos dólares impressos sob pena de desvalorizar substancialmente a sua moeda.

¹⁹¹ Já aqui referimos que o Estado se viu obrigado a intervir face ao poder que as grandes companhias construtoras e exploradoras dos caminhos-de-ferro exerciam, quer em termos de expansão de rede mas também de utilização. O abuso destas posições dominantes mesmo quando sujeitas a avaliação judicial não foram postas em causa, pelo que o Estado teve de intervir para garantir direitos de igualdade e laborais.

Em comum têm o facto de serem Comissões Reguladoras Independentes, ou seja, com independência face ao Governo e independência face aos regulados. São ainda reguladores sectoriais e não generalistas, pressupondo-se que a especificidade de cada sector deveria ser tratada com a maior e melhor técnica.

Inicialmente, as Comissões Reguladoras surgem como entidades com autonomia do Estado mas fiscalizadas pelos tribunais. Contudo, com as políticas do *New Deal* e consequente maior intervenção do Estado, a proliferação destas Comissões Reguladoras e a maior intervenção do Estado na economia levaram a uma redefinição das figuras e sobretudo o desdobramento também ao nível dos estados federados. Tal pode comprovar-se atendendo ao *Administrative Procedure Act* de 1946.

Contudo, as Comissões Reguladoras mantêm-se independentes do poder político e são constituídas por técnicos especialistas de reconhecido mérito. Tal permitiu uma maior independência também relativamente aos programas políticos: quem trabalhava nas Comissões Reguladoras eram técnicos dos diversos sectores que bem sabiam das questões intrínsecas do mercado. Pretendiam respostas rápidas, adequadas e eficientes ao invés de políticas vãs.

As Comissões Reguladoras não constam da Constituição, pelo que, para serem verdadeiramente independentes e empoderadas necessitavam duma maior legitimação que acabaria por ser dada pelo Congresso, órgão que criava as Comissões e lhes delegava importantes poderes. Mas tal suscitou várias questões sobretudo ao nível judicial, uma vez que as Comissões faziam de tribunais arbitrais em muitas ocasiões.

Contudo, a sua especificidade fazia com que as Comissões atuassem de forma preventiva – e não meramente reativa como os tribunais – bem como detinham melhor conhecimento técnico dos sectores regulados para dar respostas mais adequadas e eficientes. Por outro lado, as Comissões poderiam adaptar a regulação face as alterações de circunstância, bem como detinham um procedimento mais célere e adequado às exigências de mercado (em relação, claro está, aos tribunais)¹⁹².

No que concerne aos regulados, independentemente das variações de opinião que foram existindo¹⁹³, a maior questão que se veio a colocar foi a captura do regulador pelos regulados. Ou seja, a falta de independência e cedência aos interesses dos regulados. E esta foi uma das

¹⁹² Sobre os fundamentos da criação das Comissões Regulatórias Independentes e o sistema de *check and balances* veja-se Louis M. Kohlmeier Jr., *“The Regulators - Watchdog Agencies and Public Interest”*, publicado em 1969 onde encara as Comissões como *“cães de guarda”*, vigilantes dos atores económicos, sem esquecer que estas devem unir a economia dos números e factos às necessidades políticas. Recomenda-se ainda Marc Eisner (e outros), *“Contemporary Regulatory Policy”*, na sua 3ª edição, que aborda a linha ténue do sistema de *check and balances* com estas Comissões que combinavam poderes legislativos ou regulamentares, poderes administrativos vastos uma vez que detêm procedimentos próprios e poderes de autoridade, bem como atuam com poderes judiciais para arbitragem ou aplicação de sanções em caso de infrações.

¹⁹³ Já para os Regulados, a posição a favor ou contra variam bastante. Não esqueçamos que para os regulados, a existência de Comissões alerta para o facto de a economia não ser auto regulada o que significa, para os agentes regulados, que não podem agir exclusivamente consoante a sua vontade. De qualquer forma, pelo menos na década de 60 e 70 do Século XX, a reação à proliferação destas Comissões não foi tão violenta como se poderia inicialmente achar. A questão mudou de figura na década de 80, com a crise do Estado Regulador, em que a menor competitividade da economia norte-americana parecia dever-se à atuação das Comissões Reguladoras Independentes. Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 131 e ss.

maiores críticas ao sistema das Comissões Reguladoras Independentes, que levou a um escrutínio dos procedimentos e dos poderes que detinham.

Como já referimos anteriormente, a década de 80 do século passado foi marcado por uma profunda análise sobre os verdadeiros benefícios do Estado Regulador, tendo sido o período em que as Comissões Reguladoras Independentes foram mais escrutinadas, incluindo até na valência que parecia ser mais pacífica que era a especialidade. O facto de existir demasiada tecnicidade fazia com que as Comissões detivessem ainda mais poder. E isso seria uma ameaça ao poder político, uma vez que os membros das Comissões não estavam sujeitos à responsabilização ou escrutínio em termos políticos.

Na génese, todas as Comissões Reguladoras foram criadas como independentes. Contudo, as mesmas são, em última análise, o meio de intervenção do Estado na Economia: é por decisão do Estado que se cria um sistema regulatório. Assim, como devemos interpretar esta “independência”? Tal não é pacífico.

A ideia de independência, originariamente, decorre do facto de o Estado não ter optado pela criação de departamentos, na administração direta, para a regulação sectorial mas antes de organismos dotados de autonomia, sobretudo do órgão executivo, para que não existissem suspeitas de idoneidade. A primeira ideia de independência é sobretudo política: independência face aos partidos e poder político.

Depois esta independência deveria ser vista perto dos três poderes: legislativo, executivo e judicial. E, se assim fizermos a análise, constata-se que a independência não é assim tanta: o poder legislativo (Congresso) é responsável pela criação das Comissões¹⁹⁴ mas é o poder executivo (Presidente) que pode nomear e demitir – com inúmeras restrições – os comissários e o poder judicial podem naturalmente apreciar as suas decisões e avaliar da bondade das mesmas, podendo confirmar ou anular a decisão¹⁹⁵.

Existe, pois, uma divisão da “dependência” das Comissões o que aumenta a sua “independência”: por um lado não está completamente liberta de amarras do Estado mas nenhum órgão – dos três ramos do poder – detém autoridade suficiente para coartar a ação das Comissões. E isso já é, por si só, uma engenhosa autonomia, à qual acrescentamos a tecnicidade inerente à atividade regulatória que, por si só, aumenta o espectro de ação de cada Comissão.

De qualquer forma, as críticas que foram sendo dirigidas às Comissões Reguladoras acabaram por ir enfraquecendo a amplitude de poderes que detinha, até que, na Administração Reagan, com a aprovação da *Executive Order* 12 291, inicia-se um novo ciclo da regulação, sendo necessário efetuar-se uma análise prévia dos benefícios das medidas regulatórias.

Conforme refere Marisa Apolinário¹⁹⁶, esta *Executive Order* estava “*Destinada fundamentalmente a ser aplicada pelos departamentos dependentes do poder executivo, algumas Comissões Reguladoras Independentes acabarão, no entanto, por adoptar também, em certos casos esta nova análise. A revisão dos programas era feita pelo Office of Management and Budget (OMB), diretamente sob a alçada do gabinete do Presidente e, em particular, pelo seu departamento especializado o Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA). Esta*

¹⁹⁴ Cfr. Barry Weingast, “*The congressional-bureaucratic system: a principal agent perspective (with applications to the SEC)*”, Public Choice n.º 44, 1984. Este autor, por exemplo, considera que o Congresso detém uma influência sobre as Comissões uma vez que avalia os programas das Comissões.

¹⁹⁵ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 132 e ss.

¹⁹⁶ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 134 e ss.

Executive Order será complementada com a aprovação, ainda durante a Presidência de Ronald Reagan, da Executive Order 12 498 que passou a exigir a cada agência que submetesse ao OIRA o seu plano de regulação anual para revisão e posterior aprovação.”

Iniciou-se, pois um processo de avaliação económica generalizada das vantagens de cada medida regulatória. Como já aqui adiantámos, tal sucede quando as medidas regulatórias passam a ser demasiado burocráticas e dispendiosas, criando entraves ao sistema de mercado.

O Congresso também aprovou medidas para que as decisões das Comissões Reguladoras fossem mais transparentes, tendo passado a existir comissões no Congresso para fazer uma espécie de supervisão parlamentar da atividade dos Reguladores.

O processo de reforma do sistema regulatório prosseguiu nas presidências de Clinton e George W. Bush. Aliás, Clinton viria a aprovar a *Executive Order* 12 866 em que determina claramente a necessidade de todas as Comissões Reguladoras independentes sujeitarem o seu plano anual à revisão do OMB.

Este modelo de avaliação de custo-benefício das medidas regulatórias tem sido criticado sobretudo devido à exacerbação dos custos face aos benefícios – que podem não ser imediatamente mensuráveis -, bem como existem críticas à própria OMB que é uma agência dependente diretamente do Presidente.

Contudo, este sistema de Comissões Reguladoras independentes, permite ao Estado dirigir, controlar e supervisionar a atividade económica privada mas com um papel de árbitro e não de interveniente direto na Economia, como agente. A maior preocupação mantém-se relacionada com a independência efetiva destas Comissões Reguladoras quer do poder político quer dos regulados¹⁹⁷

1.3.2 Modelo Europeu

Foi no *velho continente* que o pensamento político e económico se entrelaçou e onde se desenharam modelos de Estado e o seu papel. Vimos já que o papel do Estado – mormente na economia – foi sendo diferente consoante as épocas, cenários sociais e correntes de pensamento ou modelos de Estado que, grande parte decorrente de rutura, se foram implementando nos países europeus.

A alternância parecia ser pacífica entre um Estado absolutista para um liberalismo – mais ou menos extremista – libertando-se a sociedade das amarras do Estado, passando por novas variantes dum Estado intervencionista, paternalista, com motivações sobretudo sociais e de previdência.

As variantes do *welfare state* foram pululando. Uns defendiam que seriam apenas estágios dum modelo geral de Estado Social, outros houve que defenderiam que estávamos perante modelos diferentes. O certo é que o *Estado Previdência*, que alargou exponencialmente a máquina pública, fez o Estado ter funções diversas e amplas para as quais não tinha particular apetência.

A evidência é que nos finais do século XX já se discutia a impossibilidade de manutenção de sistemas de previdência existentes. O Estado tomou a decisão de apoiar socialmente uma

¹⁹⁷ Por via da captura do regulador.

camada da população mais desfavorecida e ainda todos passaram a ter direito a um mínimo de apoio estatal, quanto mais não fosse na velhice. Com o evoluir da pirâmide etária, alterações do mercado laboral e outros factores com influência sobretudo no financiamento tradicional dos sistemas, O Estado viu-se a braços com uma despesa incontrolável para as finanças públicas.

Acrescente-se a este factor a imensa extensão do Estado e seus serviços: a saúde e ensino, sendo tendencialmente gratuitos, passam a ter pesados fardos financeiros; a justiça, a defesa, o policiamento aumentam o espectro de ação e funções; e encontramos empresas, institutos e demais entidades – com maior ou menor autonomia administrativa mas geralmente com dependência financeira do Estado – que intervêm nos diversos sectores de atividade económica.

Assim, entre o final do século XX e os primeiros anos do século XXI – sobretudo até à crise económica de 2008, o que se discutia era a redefinição do papel do Estado: por um lado o Estado deveria avaliar quais os sectores em que deveria efetivamente de intervir; por outro lado a regulação torna-se uma prioridade, pois seria uma forma de controlo¹⁹⁸.

Contudo, até 2008, poucos foram os Estados que se preocuparam verdadeiramente em redefinir o seu Estado Social, tendo aplicado apenas algumas medidas paliativas¹⁹⁹ e o debate político foi marcado sobretudo pela necessidade de redefinição das tarefas do Estado, numa tentativa de diminuição da carga financeira associada à grandiosidade da máquina administrativa.

Mas mesmo o debate em torno desta mudança de paradigma relativamente ao Estado social sempre levou a várias reticências: a ponderação entre a progressão económica e social que a maior intervenção do Estado permitiu face à prestação de diversas – no ver de alguns, demasiadas! – atividades em prol dum serviço público mas com uma despesa associada cada vez mais incontrolável.

Mas o certo é que progressivamente, mesmo no seio europeu, onde brotou o Estado Social, assistencialista, previdencial, a moderação financeira passou a ditar um movimento de desintervenção do Estado na atividade económica. A moderação financeira por incapacidade de financiamento público sem criação de dívida e um peso acrescido para gerações futuras. Mas também uma necessidade de, por um lado seguir um movimento regulatório concorrencial que surge no seio da Comunidade Económica Europeia e a imposição comunitária de regras orçamentais progressivamente mais apertadas para se prosseguir a união monetária.

O emagrecimento do Estado que se fez na Europa não se concretizou verdadeiramente numa redução efetiva da máquina do Estado. Assistimos antes a um movimento de privatização e desmantelamento dos monopólios públicos.

Há por isso uma transformação não da qualificação dos serviços – que ainda podem ser caracterizados como de interesse público – mas antes uma passagem de responsabilidade na sua prestação para privados.

¹⁹⁸ Cfr. Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 65 e ss.

¹⁹⁹ Salientamos, por exemplo, a reforma dos sistemas de pensões, tendo sido aumentada a idade de reforma, bem como os mecanismos de financiamento, sobretudo com um pilar financeiro de capitalização. Também a introdução de taxas moderadoras, alguns instrumentos tributários para financiamento de tarefas prestadas pela administração têm sido úteis no financiamento de determinadas entidades administrativas. Contudo, tal não tem colmatado as necessidades financeiras para o exercício das atividades, sendo necessário a injeção de dinheiro público, mormente por via de receita fiscal.

Face a este cenário, cumpre perguntar então que papel está reservado ao Estado. O Direito Comunitário²⁰⁰ e Direito Europeu tem influenciado de sobremaneira este papel do Estado sobretudo no que concerne à economia, em que assume uma posição em que o Estado deve garantir o bom funcionamento do mercado.

É por isso essencial perceber, no modelo europeu de regulação, a influência decisiva que a constituição das Comunidades Europeias, nos anos 50 do século XX e atualmente a União Europeia.

1.3.2.1 O processo de integração europeia e sua influência na regulação económica

De facto, a construção da integração europeia trouxe à regulação uma nova abordagem. Isto porque a estrutura comunitária *supranacional* passou a tomar as rédeas da regulamentação da própria regulação económica, tendo sido criada uma estrutura regulatória sólida e que se tem vindo a expandir e consolidar.

É, por isso, essencial a análise do processo de integração europeia e o quanto essa estrutura comunitária influenciou a regulação nos estados-membros. Isto porque, como refere Maria Eduarda Azevedo²⁰¹, a construção comunitária trouxe três grandes “*atributos*”, a saber: 1) estruturas supranacionais que, embora detenham poderes importantes para uma harmonização de políticas, têm limitações ao nível dos poderes de redistribuição e da estabilização, pelo que o caminho da regulação seria sempre mais adequado para uma intervenção, mesmo que indireta, na economia; 2) A comunidade Europeia, em especial a Comissão Europeia, assumiu como diretriz o desmantelamento de monopólios públicos, pelo que a regulação surge como reflexo dessa liberalização; 3) a regulação económica, sendo efetuada por via externa e não por via de intervenção direta do Estado fez com que os processos normativos sejam mais independentes ou não condicionados pelos orçamentos, incluindo pelo orçamento comunitário naturalmente rígido e reduzido.

Estas três características acabam por abarcar as características da própria regulação acabou por ir adquirindo ao longo do tempo. De qualquer forma, já Majone²⁰² referia que o modelo de Estado Regulador que emergiu da construção comunitária, dá proeminência à função de regulação da economia em detrimento das funções tradicionais de redistribuição e estabilização macroeconómica do Estado, reordenando-se as funções públicas de intervenção na economia.

Ainda atendendo a linhas orientadoras, podemos encontrar hoje dois grandes blocos da regulação económica: i) por um lado, uma regulação orientada para os valores de mercado e

²⁰⁰ Conforme ensina Maria Luísa Duarte, em “*União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*”, Almedina, 2017, utiliza-se a expressão Direito Comunitário desde a criação das três comunidades europeias para designar o conjunto de regras e princípios aplicáveis ao funcionamento da estrutura comunitária de poder. Contudo, desde o Tratado de Lisboa, com a extinção oficialmente da Comunidade Europeia, é mais usual a designação de Direito da União Europeia, entre outras designações. Assim, a designação de Direito Comunitário será apenas utilizada em matérias de exposição histórica uma vez que se encontra inadequado à realidade atual.

²⁰¹ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017

²⁰² Cfr. Giandomenico Majone e António La Spina, “*Lo Stato Regolatore*”, Il Mulino, 2000.

abertura à concorrência de vários sectores económicos que eram monopólios do Estado²⁰³; ii) há ainda a prossecução de valores de interesses públicos que devem ser conjugados em equilíbrio com os valores de mercado, interesses esses que devem ser salvaguardados e cumpridos, mesmo que por privados. Assim, dá-se a liberalização dos serviços de interesse económico geral por imposição comunitária.

De referir ainda que a união europeia é responsável pelo modelo de criação de entidades reguladoras nacionais, com autonomia ou até mesmo independência²⁰⁴.

Muito embora a ideia de união entre Estados Europeus já tivesse sido, de formas e amplitudes diversas, abordada antes da Segunda Grande Guerra Mundial, o certo é que as diferenças históricas e culturais não deixaram que se passasse de alguns tratados para situações comerciais específicas ou momentâneos acordos sobre interesses comuns.

Efetivamente, em 1926 realizou-se um Congresso Pan-Europeu em Viena, patrocinado pelo Conde checo Coudenhove-Kalergi, onde se apresentou um programa tendente a um federalismo europeu, insistindo-se na manutenção da soberania dos Estados. Contudo, o Reino Unido mostrou-se desagradado com a proposta e os restantes Estados, embora concordando com grande parte do programa ainda consideravam que inexistiam garantias de manutenção de soberania dos Estados^{205, 206}.

A ideia duma união alargada surge no pós Guerra no sentido de se pretender alguma estabilidade entre os Estados Europeus que permitisse uma paz duradoura. O facto de terem existido duas guerras, num curto espaço de tempo em que ambas devastaram fisicamente a Europa e criaram severas questões económicas e sociais²⁰⁷, levou a que o sentimento de necessidade de paz fosse suficientemente forte para que os Estados pudessem partir para um acordo mais permanente.

Em 19 de Setembro de 1946, na Universidade de Zurique, Winston Churchill faz um discurso onde lança novamente a ideia duma união dos Estados Europeus: deveria então a família europeia dotar-se *“de uma estrutura que lhe permita viver e crescer em paz, em segurança e em liberdade. Devemos criar uma espécie de Estados Unidos da Europa (...). O primeiro passo a dar é criar um Conselho da Europa. Se no início nem todos os Estados Europeus quiserem ou puderem*

²⁰³ O facto de, sobretudo a Comissão Europeia, ter assumido que os monopólios do Estado deveriam ser desmantelados, dando lugar a uma abertura a privados de mercados tipicamente vedados levou a que o grosso da regulação económica se encontre neste bloco. A criação de novos mercados, inovadores, com condições para uma concorrência são objetivos primordiais e essenciais para a promoção deste vetor da regulação.

²⁰⁴ Tendencialmente existe apenas autonomia uma vez que se mantém uma ligação aos órgãos de soberania – Governo ou Parlamento – bem como a independência financeira continua a não ser alcançada por via de receitas próprias, existindo sempre uma transferência de fundos públicos que resulta, posteriormente, numa maior escrutinação das entidades, quanto mais não seja por motivos de justificação de gastos.

²⁰⁵ Cfr. Ana Maria Guerra Martins, *“Manual de Direito da União Europeia”*, Almedina, 2018

²⁰⁶ De salientar que o maior apoiante deste programa era o Ministro dos Negócios Estrangeiros Francês, Aristide Briand, pelo que a França estaria *on board* nesta aventura europeia. A sua morte veio também fragilizar a defesa federalista, pelo que o programa foi definitivamente abandonado pouco antes das tensões que geraram a Segunda Guerra Mundial.

²⁰⁷ Acresce ainda referir o emergir, entretanto dum inimigo que passaria a ser comum, no caso a Rússia.

*aderir à União, cumpre unir, ao menos, os que desejam ou sejam capazes de fazê-lo (...). Para realizar esta missão urgente, França e Alemanha devem reconciliar-se.”*²⁰⁸

Convém, contudo, recordar que muito embora Churchill tivesse incentivado a uma união de Estados Europeus, tal sugeria sobretudo a reconciliação franco-alemã, deixando a Inglaterra confortavelmente integrada no Reino Unido e Commonwealth e por isso sem necessidade de se juntar a esta união europeia²⁰⁹.

Após este discurso, sobem de tom os movimentos europeístas e em 1948 sucedem dois fenómenos importantes para a consolidação duma união europeia: i) por um lado realiza-se o Congresso de Haia de onde saem vitoriosas as hostes unionistas; ii) a constituição da OECE²¹⁰ para cumprimento dos objetivos do Plano Marshall que visava sobretudo o relançamento económico da Europa e consequente aumento de trocas comerciais com os EUA, sendo ainda importante referir que, por causa deste Plano, em 1950 é constituída a União Europeia de Pagamentos²¹¹.

A resistência do Reino Unido em participar em ações concretas para a construção europeia, levou a que gorassem as iniciativas entretanto existentes para a construção duma verdadeira união. Contudo, em 1947 é assinado o Tratado de Dunquerque entre França e Reino Unido, sendo o primeiro tratado de cooperação militar pós-guerra que veio a ser alargado ao BENELUX (Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo).

Contudo, o ponto decisivo para o início do processo de integração europeia foi a Declaração de Schuman que apresentou, em 1950 um plano para a produção conjunta de carvão e aço entre Alemanha e França mas com uma autoridade comum e aberta à participação de outros países europeus. Assim, nasce a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, tendo sido celebrado o Tratado constitutivo em 1951, sendo membros seis Estados: França, Itália, República Federal da Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos.

Ora, aqui já encontramos os primeiros indícios duma regulação sectorial, no caso, o carvão e o aço. Isto porque um dos objetivos²¹² desta comunidade era claramente o de uma expansão

²⁰⁸ Cfr. Citação retirada de Maria Luisa Duarte, *“União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária”*, Almedina, 2017, p.33.

²⁰⁹ Churchill chega mesmo a proferir a frase que caracteriza todo o percurso do Reino Unido enquanto Estado Membro desde 1973 e que culminou recentemente com o episódio do Brexit: *“We are with them, but we are not one of them”*.

²¹⁰ A OECE – Organização Europeia de Cooperação Europeia foi criada em 16 de abril de 1948), tendo em vista a cooperação económica entre os países europeus na sequência do “Plano Marshall” e da “Conferência dos Dezasseis”, após a Segunda Guerra Mundial, sob a Presidência de Robert Marjolin. A OECE contava com a participação de 18 Estados-Membros (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Turquia e Alemanha Ocidental), sendo que Portugal possuía estatuto de membro fundador e fazia parte do Comité Executivo. Mais de uma década depois da sua fundação, e com a missão de reconstrução do continente europeu concretizada, a OECE tinha cumprido o seu propósito. Neste sentido, a 14 de dezembro de 1960 foi assinada em Paris a convenção para a transformação da OECE na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE). A Convenção entrou em vigor a 3 de setembro de 1961, data em que a OCDE foi oficialmente fundada.

²¹¹ Para desenvolvimento de temas económicos e desenvolvimento histórico pode consultar-se Paulo Pitta e Cunha, *“Integração Europeia – Estudos de Economia, Direito e Política Comunitários”*, Almedina, 2003.

²¹² A par dos objetivos económicos existia uma motivação política clara que era a da manutenção da paz na Europa e no mundo.

económica, pretendendo-se um mercado comum que teria de funcionar com regras, objetivos e órgãos comuns.

Os avanços e recuos relativamente a uma maior integração europeia gravitaram em torno das desconfianças sobre a manutenção de soberania, a intromissão duma alta autoridade na vivência dos Estados e na discussão sobre uma integração global ou sectorial. O certo é que Jean Monnet, em 1955 não renova o seu mandato como presidente da Alta Autoridade da CECA o que obrigou a uma reunião do Conselho CECA em Messina, onde foi despoletado um debate sobre o caminho a ser percorrido pela integração europeia. O resultado veio a ser a assinatura dos três tratados, em Roma, em 1957, que constituíram a Comunidade Económica Europeia, Euratom (ou CEEA) e instituições comuns. Foi o nascimento das “Comunidades Europeias” que são o cerne da União Europeia.

A importância, sobretudo da Comunidade Económica Europeia, é que tinha como objetivo a construção dum mercado comum geral, não apenas sectorial – como sucedia com a CECA – mas antes um mercado onde existisse liberdade de circulação de pessoas, bens e capitais. Para tal foi criada uma estrutura organizacional capaz de assegurar o funcionamento da instituição e o cumprimento de objetivos.

Sendo o Tratado CEE um tratado-quadro, começam também a surgir as fontes de direito comunitárias, mormente regulamentos, diretivas, decisões, pareceres e recomendações que vinculam, com maior ou menor efetividade²¹³, os estados-membros.

A construção europeia passa, desde a constituição das Comunidades, por diversas fases de amadurecimento e níveis de comprometimento.

Numa primeira fase, o cumprimento dos objetivos do Tratado CEE foi alcançado com sucesso e até em antecipação dos prazos inicialmente estabelecidos. A eliminação das barreiras aduaneiras e imposição duma pauta comum relativamente aos países terceiros e a entrada em vigor dum mercado comum, com as obrigatórias políticas comuns de pesca, agrícolas e comercial, foram alcançadas até 1968.

Contudo, a prosperidade não sucedeu sem momentos de grande tensão e provação; em 1963, França recusa a adesão do Reino Unido e, em 1965, novamente a França paralisou o funcionamento das Comunidades com a política da “*Cadeira Vazia*” ausentando-se de várias reuniões, fruto dum desígnio político do General De Gaulle relativamente aos poderes supranacionais, mormente da Comissão Europeia²¹⁴.

A crise foi resolvida com o *Acordo de Luxemburgo*, que garantia o veto de decisões em matérias consideradas essenciais para os Estados-Membros e, em 1967, foi renovado o pedido de adesão pelo Reino Unido e solicitada a adesão da República da Irlanda, Dinamarca e Noruega.

Em 1969 na Cimeira de Haia, traçam-se três grandes vetores²¹⁵: 1) Concluir a realização do mercado comum, nomeadamente por via de financiamento das políticas comuns; 2)

²¹³ De relevar que os Regulamentos, por exemplo, já tinham aplicação direta, pelo que as normas do direito comunitário já se diferenciavam dos atos provenientes de outras organizações internacionais.

²¹⁴ Para uma breve abordagem sobre a história da constituição da União europeia, veja-se fonte oficial da União Europeia pelo site https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1960-1969/1966_pt.

²¹⁵ Cfr. Maria Luisa Duarte, “*União Europeia – Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*”, Almedina, 2017.

Desenvolvimento das políticas comuns e lançamento das bases da união económica e monetária; 3) Alargamento a novos Estados-Membros.

E, efetivamente, os alargamentos iniciam-se nesta altura, tendo entre 1972 e 1986 passado de seis a doze Estados-membro da CEE. Somente em 1995 passam a quinze Estados-Membros e em 2004 dá-se o “*macroalargamento*” para vinte e cinco Estados-Membros e em 2007 aderem Bulgária e Roménia para passarmos a vinte e sete Estados-Membros, tendo em 2013 aderido também a Croácia, passando a vinte e oito Estados-Membros.

Entretanto, a 31 de janeiro de 2020 concretizou-se a saída do Reino Unido, voltando o número de Estados-membro a ser vinte e sete.

Depois duma estabilização da organização e políticas, sucedeu que o alargamento a novos Estados-Membro provocou a necessidade de alterações na estrutura organizacional, reformulação de políticas comuns e a necessidade de criação de parâmetros para a futura união monetária que entretanto se inicia. Era, por isso, premente a necessidade de alteração aos Tratados, sendo neste cenário que surge o Acto Único Europeu, que entra em vigor a 1 de janeiro de 1987.

O AUE traz uma reformulação institucional, tendo alargado os poderes do Parlamento Europeu e reforçado a posição de órgão executivo da Comissão Europeia. Criou ainda o Tribunal de Primeira Instância associado ao Tribunal de Justiça.

Em matéria económica, é de relevar o reforço do mercado interno e suas regras de funcionamento, introdução de políticas comuns e de coesão ao nível económico e orçamental tendentes a uma harmonização necessária para a união económica e monetária.

Já no que se refere à abolição de fronteiras internas, face à resistência de alguns países da Comunidade, em 1985 Bélgica, Luxemburgo, Holanda, França e Alemanha selam os Acordos de Schengen aos quais muitos outros Estados vieram, entretanto, aderir.

Consolidava-se assim a estrutura dum mercado único, com liberdade de circulação de pessoas e bens, aberto à concorrência, com uma dimensão outrora inimaginável e com abrangência de sectores. A regulação económica ditada pelas Comunidades Europeias está intrinsecamente relacionada com a sua génese, pelo que é inevitável a sua influência nos Estados-Membros.

A partir do AUE, a convergência económica passou a ser uma prioridade da agenda europeia, tendo o *Plano Delors* de 1989, que consagrava a união monetária e união económica, sido o impulso para a União Económica e Monetária.

O Tratado de Maastricht, que entra em vigor em 1993, que, entre outros aspetos, consagra a Comunidade Europeia já sem pendor económico e traça os objetivos da União Económica e Monetária, impondo 1 de janeiro de 1999 para a instituição da moeda única. Este Tratado elencou ainda os objetivos da União Europeia relativamente a matéria política, social mas também económica.

Se dúvidas existissem relativamente a uma regulação económica comum, com este Tratado desfazem-se quaisquer questões sobre o caminho relativamente à imposição de, também neste campo, políticas e normas comuns.

É com o Tratado de Maastricht que se procede à criação da União Europeia, fundindo-se as três Comunidades então existentes e completando-as com dois pilares: a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Cooperação Judiciária e em Matéria de Assuntos Internos (CJAI).

Iriam ainda existir mais duas alterações relevantes, operadas pelos Tratados de Amesterdão e Nice, sendo contudo de relevar sobretudo a (re)fundação da União Europeia com o Tratado de Lisboa. Foram diversas as vicissitudes que antecederam a assinatura do Tratado que, inicialmente, estava para ser uma Constituição Europeia.

De facto, as mudanças operadas pelo Tratado de Lisboa foram relevantes mesmo não sendo verdadeiramente o corpo duma Constituição. É de relevar:

- a) A União Europeia sucede à Comunidade Europeia, que deixa de existir. O Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) passam a ter o mesmo valor jurídico e a ambos fundam a União Europeia;
- b) Passa a existir uma uniformização dos poderes da União Europeia (UE);
- c) A União Europeia adquire personalidade jurídica, passando a adquirir um novo estatuto no âmbito do Direito Internacional;
- d) A UE passa a estar formalmente vinculada à Carta dos Direitos Fundamentais (já dotada de força jurídica equivalente aos Tratados);
- e) Fica expressamente previsto nos tratados as regras de delimitação de competências da UE e dos Estados-Membros, incluindo doutrina e valor da jurisprudência europeia;
- f) Alterações de grande significado na orgânica da UE, nomeadamente no reforço do Conselho Europeu;
- g) Criação do processo legislativo ordinário com um alargamento de matérias a ser decididas pelo modelo de codecisão entre Parlamento Europeu e Conselho;
- h) Simplificação dos processos relativos à revisão dos Tratados.

Este último ponto foi, aliás, bastante relevante para a resposta da Crise do Euro, no que concerne à conclusão de Tratados Internacionais entre vários Estados-Membros como: 1) Mecanismo Europeu de Estabilidade (Assinado em 01.02.2012); 2) Tratado sobre a Estabilidade, a Cooperação e a Governação na União Económica e Monetária, que ficou mais conhecido como Tratado Orçamental, assinado em Março de 2012; 3) Acordo Relativo à Transferência e Mutualização das Contribuições para o Fundo Único de Resolução

Os dois primeiros tratados – que devem ler-se em conjunto por serem complementares – promovem a disciplina orçamental e implementam uma resposta mais eficaz face a desequilíbrios orçamentais. Recorde-se que estes Tratados abrangem os Estados da zona euro, pelo que o que se pretendia era que se despoletassem mecanismos de estabilização e correção assim que existissem indícios de desequilíbrios orçamentais²¹⁶.

Relativamente ao Acordo sobre as Contribuições para o Fundo Único de Resolução, o mesmo serviu para reforçar a confiança no sector bancário e estancar o contágio negativo que existia na altura pela falta de credibilidade provocada pela crise de 2008.

Nunca foi tão notória a influência direta das políticas e normas da União Europeia nos Estados-Membros. Mais do que uma intervenção do Estado, assistimos a uma intervenção por parte duma entidade supranacional, que dita regras aos próprios Estados, criando aqui uma espécie de “*regulação Supraestadual*” e pela qual, hoje, grande parte dos europeus se regem.

²¹⁶ De relevar aqui a “*Regra de Ouro*”, que estabelece uma regra de equilíbrio orçamental e um mecanismo de adoção de medidas corretivas para cumprimento dos critérios quantitativos estabelecidos por Maastricht nomeadamente o critério de défice máximo e limite de 60% do PIB para dívida pública. Certo é que, como disso é exemplo Portugal, estas regras não estão, de todo, a ser cumpridas.

Aqui chegados há que relevar dois aspetos que nos parecem ser de suma importância. A descrição que aqui efetuámos do processo de integração europeia teve, em paralelo, influências relevantes no que concerne aos rumos tomados sobre a regulação. Não podemos aqui deixar de relevar: i) o movimento de liberalização e privatizações que as economias europeias sofreram; ii) as transformações que os conceitos de serviço público ou interesse público foram sofrendo ao longo deste processo²¹⁷. Vejamos:

No que concerne ao primeiro ponto, na década de 80 do século XX, o programa de liberalização e privatizações inicia-se em Inglaterra, durante o Governo de Thatcher²¹⁸ e, curiosamente, o exemplo inglês acabou por dar força à política europeia de liberalização. Embora com muitas falhas, o certo é que este sistema de liberalização de sectores e privatizações era uma resposta ao desencanto pelo Estado Social existente à época e fazia também frente à crescente competitividade do mercado norte-americano – criado sem as amarras do Estado e com um sistema de regulação bastante diferente do que vigorava na Europa.

Referimos aqui duas realidades: por um lado a privatização – patrimonial ou de tarefas – que se refere à venda a privados de participações ou ativos ou transferência para privados de certas atividades. Por outro lado a liberalização – essa sim imposta pelo direito comunitário e europeu – pretendia a eliminação de barreiras e dos direitos especiais ou exclusivos que impossibilitavam ou dificultavam a entrada de agentes em determinados sectores²¹⁹.

A privatização surgiu sobretudo por necessidades orçamentais e de gestão das finanças públicas, emoladas pela necessidade de estabilização devido aos critérios de Maastricht para implementação da União Monetária. Mas a privatização foi um mecanismo escolhido pelos Estados para emagrecimento das empresas públicas e obtenção de alguma receita relevante para o equilíbrio orçamental. Foi uma escolha e não uma solução imposta.

A ideia de liberalização, associada a uma melhoria de funcionamento da concorrência, congregada com o mercado único e liberdade de circulação, seria um factor decisivo para o desenvolvimento das economias dos Estados-Membros e por isso a política regulatória da Comunidade Europeia foi a de liberalizar os sectores para aumentar a competitividade das economias, quanto mais não fosse por uma questão de concorrência aos Estados Unidos da América. Ou de globalização, uma vez que grande parte dos mercados hoje têm dimensão global e a Europa apenas pode competir com esta globalização se atuar efetivamente em bloco.

E mesmo os motivos de ordem social poderiam ser assegurados com esta liberalização uma vez que tendencialmente os preços diminuiriam e, como a regulação sectorial, foi possível assegurar os serviços públicos essenciais, mesmo que prestados por entes privados.

Quer com a privatização mas também com a liberalização se encontra subjacente a ideia de emagrecimento do Estado e redefinição dos seus objetivos. O fim de monopólios públicos, a passagem de atividades para particulares que estavam a ser asseguradas pelo Estado, levam a

²¹⁷ Recorde-se que talvez a mais utilizada justificação de intervenção do Estado na economia no âmbito do Estado Social seria não a defesa mas a própria prestação de serviço público. Aliás, o conceito de serviço público está intimamente ligado ao próprio Estado Social pois é neste âmbito que a preocupação em assegurar bens e serviços considerados essenciais se apruma.

²¹⁸ Para melhor entender os impactos da privatização de serviços públicos em Inglaterra, sugerimos John Ernest, *“Whose Utility? The Social Impact of Public Utility Privatization and Regulation in Britain”*, Buckingham, England: Open University Press, 1994.

²¹⁹ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015.

um redesenhar das tarefas do Estado. E com estas modificações a ideia de serviço público vai-se naturalmente alterando.

O segundo ponto relevante da evolução da regulação no âmbito europeu, prende-se com a evolução do conceito de interesse público. A ideia de serviço público é indissociável do Estado Social. Mas com a alteração do próprio Estado Social²²⁰ o conceito de serviço público e interesse público não poderia perdurar intacto. O facto é que os monopólios públicos, criados e geridos pelo Estado ou então com privados que detinham direitos exclusivos ou especiais era a realidade existente aquando do início da integração europeia. E inicialmente, estes monopólios perduraram e escaparam à concorrência. Ou porque não existia consenso entre os Estados-Membros relativamente aos riscos de colocar à mercê das regras concorrenciais serviços de tamanho interesse para os cidadãos, por falta de alternativas à prestação do serviço ou progresso tecnológico, logístico ou meramente de regras que permitissem a prestação do serviço por outras entidades que não as públicas.

Não é, pois, de estranhar que o TFUE ainda contenha uma exceção às regras da concorrência prevista para as empresas encarregadas de serviços de interesse económico geral ou com natureza de monopólio fiscal, estando sujeitas às regras de concorrência apenas na medida em que estas não sejam obstáculo à prossecução da sua missão (Artigo 106º n.º 2 do TFUE). Esta redação, que veio sendo alterada, suaviza a o regime de exceção para os serviços públicos não os vedando a privados nem às regras de concorrência, apenas excepcionando situações em que a missão da mesma não possa ser cumprida. De relevar que o Tribunal de Justiça, a partir do final da década de 90 do século XX, veio considerar que tal exceção apenas pode ser invocada em caso de impossibilidade de cumprimento da missão da empresa, assumindo, assim, uma interpretação ainda mais restrita.

Não é, contudo, de descurar a terminologia que se utilizou no texto do Tratado. Ao invés de Serviço Público, um conceito abrangente que inclui serviços de cariz económico mas também sociais e culturais, para apenas mencionar serviços de interesse económico geral que, mesmo perante o artigo 14º do TFUE e o Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral constante em anexo ao Tratado de Lisboa, apenas parece restringir a serviços de cariz económico que visam satisfazer necessidades coletivas, podendo os mesmos ser prestados por entidades públicas ou privadas. Passamos, pois, a focar o objetivo na prestação do serviço que a comunidade necessita, não importando quem o faz. E cada Estado-Membro tem a decisão política e define o que são estes serviços de interesse económico geral²²¹.

Mas não se trata apenas de semântica. Efetivamente existiu uma mudança de paradigma no que concerne ao conceito de serviço público. Conforme refere Marisa Apolinário²²², *“Em causa está a construção dum novo modelo de serviços públicos (ou de serviços de interesse económico geral,*

²²⁰ O caso paradigmático é a França que, sendo “berço” do Estado Social, não se conseguiu desamarrar ideologicamente da ideia do Direito dos cidadãos à prestação dos serviços pelo próprio Estado. Somente os monopólios do Estado estariam em condições financeiras, jurídicas ou até de ação desinteressada e verdadeiramente imparcial para prestar os serviços básicos que a comunidade precisaria. Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015 que a este propósito cita Fabienne Gazin, *“La Conception communautaire de l’intérêt general dans le droit des services publics”*.

²²¹ No caso Português, por exemplo, a Lei 23/96, de 26 de julho, entretanto revista 7 vezes, cria um mecanismo de proteção do utente de serviços públicos, elencando os serviços abrangidos por este mecanismo. Contudo, o elenco dos serviços públicos efetuado nesta Lei não é fechado, pelo que nada impede que outros serviços sejam considerados de interesse económico geral.

²²² Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 78 e ss.

na aceção comunitária), que põe fim a um regime assente na reserva de titularidade a favor do Estado, numa regulamentação pesada e na fixação administrativa de preços. Assiste-se, deste modo, ao desmantelamento ao desmantelamento progressivo dos grandes monopólios de serviços públicos e, consequentemente, ao fim de muitas empresas públicas verticalmente integradas (unbundling)”.

De relevar que esta mudança de paradigma revela que o próprio financiamento destas atividades se altera. E muda também a própria abordagem de domínio público, uma vez que a justificação maior para grande parte dos serviços serem prestados pela entidade pública era a precisamente a titularidade do domínio público que suportava as infraestruturas para a prestação de atividade. Com a mudança de foco para o conteúdo do serviço e não quem o presta, o próprio domínio público passa a ter uma utilização para efeitos de interesse público mas feito por privados²²³.

Outra consequência resultante deste movimento de “despublicização” dos serviços de interesse económico geral prende-se com a sua conciliação com a construção do mercado único. Isto porque a liberalização de serviços, estando amplamente em consonância com o conceito de mercado único, defronta-se com a questão do interesse associado a esses serviços e da necessidade de os mesmos serem prestados em condições de acessibilidade e qualidade. Ora, se atendermos apenas às leis de mercado, os agentes irão ponderar sobre o custo/benefício²²⁴ associado à produção de determinado serviço, estando egoisticamente direcionados ao lucro.

Esta realidade fez com que surgissem dois novos conceitos que funcionam como “válvula de escape”²²⁵ que são o serviço universal e obrigações de serviço público, que entram na regulação económica europeia por motivos de justiça e solidariedade social.

Muito sucintamente, o serviço universal traduz a obrigação de fornecer determinado serviço em todo o território, a preços acessíveis e em condições de qualidade semelhantes para todos, independentemente da sua rentabilidade. No que concerne às obrigações de serviço público, as mesmas correspondem a obrigações que são fixadas pelos Estados-Membros a todos ou a alguns operadores económicos e que se destinam a garantir valores como segurança no fornecimento, respeito pelo princípio da igualdade na fixação de preços e acessibilidade ao serviço, acesso a terceiros de redes e infraestruturas, respeito pelo meio ambiente, entre outras que se considerem convenientes.

²²³ E este ponto levanta, aliás, diversas questões relativamente à “incomerciabilidade” do domínio público. Isto porque assistimos a bens do domínio público a serem utilizados por entidades que prestam – ou não! – serviços de interesse geral. E por essa utilização do domínio público, as entidades pagam uma prestação, mormente taxas de ocupação, de passagem, entre outras. Também outra questão relacionada com a eficiência da prestação de serviços públicos por particulares é o custo associado a esta utilização do domínio público ou infraestruturas do Estado que, certamente, acrescentam mais um gasto à despesa do privado que se repercutirá necessariamente no preço do serviço. E quando tal não sucede, mormente por fixação administrativa do preço do bem ou limitação máxima de preço, está ou não se estará a colocar em causa a eficiência económica da própria liberalização/ privatização do serviço. São questões que poderão ser ultrapassadas com um outro tipo de intervenção do Estado – a subsidiação – mas que provoca distorções de mercado (não é à toa que os auxílios de Estado são genericamente incompatíveis com o mercado interno europeu – cfr. Art. 107º do TFUE) e custos ao Estado que, quando privatizou ou liberalizou o mercado não estariam previstos.

²²⁴ Mais concretamente o custo de oportunidade.

²²⁵ Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 78 e ss.

Ainda no que concerne às características da regulação económica desenvolvida pela União Europeia, há que ressaltar as consequências da Crise Financeira de 2008 e suas repercussões nas políticas orçamentais e económicas, bem como o impulso que deu à nova regulação financeira entretanto implementada.

A crise de 2008 inicia-se com o “crash” da bolha imobiliária nos Estados Unidos da América, ainda em 2007, que provocou uma severa crise de liquidez nas instituições financeiras. São alguns os casos a que assistimos de insolvência das próprias instituições financeiras que, devido à crise existente, viram os seus clientes a falharem pagamentos e a incumprirem contratos de crédito que estavam assegurados por ativos incapazes de assegurar a dívida. Ao executarem esses ativos, os bancos percebem que ficam em mãos com ativos tóxicos que não chegam para o cumprimento das suas necessidades financeiras.

Em socorro desta queda do sector financeiro vieram planos públicos que passaram pela injeção de fundos ou concessão de garantias públicas com um peso financeiro para os Estados bastante importante.

Associada a estas intervenções esteve a contração da procura interna, com as famílias a sofrerem com a desvalorização imobiliária e consequente incapacidade de pagamento de dívida.

Ora, este cenário provocou a crise das dívidas soberanas por motivo de aumento exponencial de despesa pública e diminuição de receita. A tempestade perfeita para deteriorar qualquer política orçamental.

Contudo, independentemente de existir um Sistema Europeu de Bancos Centrais, um Banco Central Europeu e política monetária e cambial única, os Estados-Membros da UE foram afetados de forma muito diversa e existiu uma fragmentação do mercado financeiro europeu²²⁶.

O resultado foi que entre 2010 e 2011 vários países europeus tiveram de recorrer a ajuda dos mecanismos previstos pela União Europeia, conjuntamente com o Fundo Monetário Internacional, entre eles Portugal, Irlanda e Grécia.

Face à crise financeira a resposta europeia inicialmente prendeu-se sobretudo com estímulos orçamentais mas, em 2010, teve de se enfatizar sobretudo uma consolidação orçamental uma vez que as dívidas públicas estavam a assumir dimensões consideradas insustentáveis. Contudo, as políticas de austeridade impostas para controlo da dívida passaram a surtir um efeito de travão ao crescimento económico, pelo que numa terceira fase deixou-se de se seguir uma

²²⁶ Cfr. Nazaré Costa Cabras e Guilherme Waldemar D'Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, AAFDL, 2018, p.71 e seguintes que referem ainda como três grandes factores para que tal tivesse sucedido: i) aversão internacional ao risco uma vez que o preço de um ativo reflete não apenas a expectativa do mercado sobre o seu retorno mas também o preço do risco; ii) contágio, ou seja, a probabilidade de outros países entrarem também numa situação de “distress”; iii) elementos específicos de cada país associados por exemplo ao stock de dívida e défice orçamental. Estes elementos tiveram impacto nas fases por a qual a crise passou, nomeadamente numa primeira fase a aversão ao risco prejudicou substancialmente os países periféricos da Europa; numa segunda fase já existiram intervenções do Estado para apoiar as instituições financeiras tendo sucedido um efeito de contágio o que provocou desgaste nos elementos específicos de cada país; Depois passámos por uma fase de resposta sistémica em que recuam os juros das dívidas para depois se passar a um período de risco soberano em que dependeu sobretudo de cada país a evolução da sua posição. A evolução dos juros para valores insustentáveis determinou a inacessibilidade a financiamento e recurso a assistência externa no quadro definido pelos mecanismos europeus.

receita de austeridade para ganhar balanço para um crescimento económico animado, entretanto, com uma evolução favorável da economia norte-americana.

Inicialmente, a política europeia foi dum certo relaxamento em relação ao Pacto de Estabilidade e Crescimento, tendo optado por um estímulo orçamental ainda numa tentativa de ultrapassar a crise financeira. Mas teve necessariamente de mudar quando a ideia de consolidação das contas públicas passou a ser prioridade. A aprovação do *six pack*²²⁷ e do Pacto Orçamental²²⁸ fez voltar uma ortodoxia orçamental.

Por outro lado, a UE foi obrigada a acionar os mecanismos que havia criado em 2010 – Mecanismo de Estabilização Financeira Europeia e a Facilidade de Estabilidade Financeira Europeia²²⁹ – para definir programas de assistência financeira a países mais necessitados. Através desses mecanismos foram disponibilizados fundos pela Comissão Europeia e Banco Central Europeu mas também dinheiro vindo do Fundo Monetário Internacional.

De recordar que os programas de assistência financeira basearam-se em políticas de austeridade, ou seja “(...) *deflação voluntária em que a economia se ajusta através da redução de salários, dos preços e da despesa pública, com vista à recuperação da competitividade, supostamente melhor alcançada mediante cortes da despesa, na dívida pública e nos défices orçamentais*”²³⁰. Ou seja, o movimento foi o de diminuição da despesa, pelo que a regulação por entidades independentes – de preferência também independentes financeiramente – era apanágio dos programas de assistência. Menos estado, emagrecimento do Estado, redução de despesa, eram muitas vezes os remédios aprovados para a crise de confiança que se gerou relativamente à capacidade dos Estados gerirem a sua dívida.

²²⁷ No que concerne à política orçamental, o *six pack* (2011) é composto por: i) dois regulamentos, que fortalecem as vertentes preventiva e corretiva do Pacto de Estabilidade e Crescimento, por exemplo, definindo quantitativamente o que é um “desvio significativo” e operacionalizando o critério da dívida; ii) um regulamento, que introduz um processo gradual e consistente para a imposição de sanções; iii) uma diretiva, que estabelece os requisitos mínimos aplicáveis aos quadros orçamentais nacionais. Para além deste pacote de medidas, em 2013 seguiu-se o *two pack* que introduziu: i) disposições comuns para o acompanhamento e a avaliação dos projetos de planos orçamentais e para a correção de défices excessivos. É aplicável uma monitorização mais próxima aos Estados-Membros em Procedimento de Déficit Excessivo, de forma a que Comissão possa melhor avaliar se existe o risco de não cumprimento do prazo para corrigir o déficit excessivo; ii) reforço da supervisão económica e orçamental dos Estados-Membros afetados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira. Esses países serão sujeitos a uma monitorização reforçada.

²²⁸ O pacto orçamental é um Tratado, assinado em 2012, que, conforme refere o seu artigo 1º, pretende “(...) reforçar o pilar económico da união económica e monetária, adotando um conjunto de regras destinadas a promover a disciplina orçamental mediante um pacto orçamental, a reforçar a coordenação das suas políticas económicas e a melhorar a governação da área do euro, apoiando assim a realização dos objetivos da União Europeia em matéria de crescimento sustentável, emprego, competitividade e coesão social.” Ficou sobretudo marcado pela imposição da *regra de ouro* em que os Estados-Membros deveriam abarcar nas suas constituições regras sobre os limites da dívida pública e do déficit, bem como o tratado aborda a matéria dos défices excessivos, prevendo o caso de um Estado-Membro apresentar uma dívida pública superior a 60% do PIB, situação em que dispõe um período de ajustamento que reduza as percentagem em excesso ao ritmo de 5% ao ano.

²²⁹ Estes mecanismos vieram a ser substituídos aquando da aprovação, em 2012, do Mecanismo de Estabilidade Europeia.

²³⁰ Cfr. Nazaré Costa Cabras e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, “Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”, AAFDL, 2018, citando Mark Blyth, “Austerity – The History of a Dangerous Idea”, Oxford University Press, 2013.

Em termos de resposta europeia à crise, inicialmente as ideias puramente *keynesianas* deram lugar a medidas de incentivo por parte do Estado, mormente por via fiscal. Contudo, rapidamente se verificou que tais medidas apenas colocavam a descoberto as falhas orçamentais de diversos países, uma vez que não existiam almofadas orçamentais para acomodar incentivos públicos à economia.

Face a este “descontrolo” orçamental dos Estados, foi necessário dar nova vida ao Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), com vista a retomar uma supervisão multilateral da situação orçamental dos Estados-Membros, sob pena de existir uma crise de dimensões inimagináveis no seio da Zona Euro. Assim, em 2011, surgem seis medidas²³¹ do direito comunitário derivado, que veio reforçar as medidas de supervisão multilateral das políticas económicas e, naturalmente, das políticas orçamentais, associando sanções aos incumprimentos orçamentais dos Estados. O reforço de governação económica ao nível europeu pretendia um reforço das políticas económicas e inicia uma caminhada para uma nova conjuntura de regulação financeira²³². Adiante veremos com maior pormenor a conjuntura que se criou relativamente à regulação financeira.

No que concerne às questões orçamentais, o *Six Pack*, para além de prever sanções relativas a desequilíbrios orçamentais, aposta-se também na prevenção de situações de défice excessivo ou desvio da trajetória de ajustamento²³³.

A coordenação Económica Europeia atinge um impulso importantíssimo com a assinatura de dois novos tratados.

Por um lado temos o Tratado que cria o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE), institucionalizando definitivamente o mecanismo de assistência financeira ao abrigo do qual foram auxiliados países como Irlanda, Portugal e Grécia. O MEE tem órgãos próprios e reúne os fundos dos 17 países signatários de acordo com o respetivo PIB, sendo que o acionamento deste mecanismo de apoio deve ser acompanhado dum Memorando com condicionalismos em que são especificadas as condições e obrigações em matéria económica e de política económica a que o Estado fica adstrito.

O outro Tratado assinado foi sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na UEM com vista a reforçar o pilar económico em que se chega a um conjunto de regras orçamentais - de disciplina e equilíbrio orçamental – para reforçar a governação na zona Euro, cujo Título III se designa de “Pacto Orçamental” que acabou por ser extensiva a todo o tratado e concretiza a regra de equilíbrio orçamental.

Em 2013, a União Europeia fez aprovar o *Two Pack* com mais regras de supervisão financeira.

Com estes pacotes legislativos, a União Europeia tem sucessivamente aumentado o controlo da elaboração e execução dos Orçamentos Nacionais sob a égide dum maior controlo e uniformização das políticas financeiras e económicas da zona euro.

²³¹ O já referenciado *Six Pack*.

²³² De referir que a crise de 2008 afetou de sobremaneira o sector financeiro que se viu descapitalizado, em estado de insolvência perante a desvalorização de ativos que passou.

²³³ Relativamente ao desvio da trajetória de ajustamento, a União Europeia foi mais precisa, impondo dois tipos de critérios: 1) Critério quantitativo, em que quantifica os desvios objetivos a médio prazo que devem ser cumpridos; 2) Critério Qualitativo, caso o desvio verificado não coloque em causa o objetivo ou previsão de longo prazo tendo em conta, por exemplo, receitas excecionais.

Ora, tal revela-se uma influência bastante intensa na própria regulação económica, uma vez que passamos a ter ditames europeus e não nacionais. A regulação económica hoje está substancialmente delineada pela linha desenhada pela União Europeia, mormente pela Comissão Europeia.

Exemplo desse impulso regulatório é a nova arquitetura de regulação financeira. A crise de 2008, associou uma crise bancária a uma crise financeira sistémica que atingiu, primeiro, o sistema financeiro americano para depois contagiar o europeu e o mundial.

Na Europa, a crise financeira deu lugar a uma crise económica que conduziu, como já afirmamos anteriormente, a uma crise orçamental ou crise de dívidas soberanas. Sendo que se mostrou mais ou menos consensual que na origem da crise estaria um défice regulatório e falhas de regulação, nomeadamente por se ter apostado numa autorregulação dos agentes ou ausência de regulação para determinados produtos financeiros que se revelaram inovadores mas desastrosos.

Sob a égide da Comissão Europeia e um panorama muito favorável à criação duma regulação num plano supranacional pelas instituições europeias, é criado o Sistema Europeu de Riscos Sistémicos que se dedica ao acompanhamento macroprudencial e vigilância dos riscos sistémicos na União Europeia, alertando para riscos no mercado financeiro.

O Comité Europeu do Risco Sistémico acompanha e avalia potenciais ameaças para a estabilidade financeira decorrentes da evolução da situação macroeconómica e do sistema financeiro como um todo. Deve ainda alertar para a existência de riscos e formular recomendações. Para tal, o CERS tem uma forte ligação aos bancos centrais nacionais e naturalmente ao Banco Central Europeu que assegura o apoio logístico, analítico e administrativo.

O Comité Europeu do Risco Sistémico é responsável pela supervisão macroprudencial do sistema financeiro na UE. A supervisão macroprudencial implica a monitorização do sistema financeiro no seu conjunto e visa prevenir ou mitigar riscos para o sistema financeiro. As principais atribuições do CERS são²³⁴:

- recolher e analisar informação relevante para a identificação de riscos sistémicos
- emitir alertas, sempre que os riscos sistémicos sejam considerados significativos
- formular recomendações para a adoção de medidas em resposta aos riscos identificados
- acompanhar o seguimento dado aos alertas e recomendações
- cooperar e coordenar a sua atuação com as Autoridades Europeias de Supervisão e os fóruns internacionais

O Sistema Europeu de Supervisão Financeira é composto pelo CERS e pelas três Autoridades Europeias de Supervisão, e pelas autoridades de supervisão nacionais. Se a CERS está relacionada com a supervisão macroprudencial, as autoridades europeias de supervisão, bem como as entidades nacionais fazem a supervisão microprudencial, ou seja, supervisão de instituições individuais, como bancos, companhias de seguros ou fundos de pensões.

²³⁴ Cfr. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/>

As Autoridades Europeias de Supervisão (AES) são²³⁵:

- a Autoridade Bancária Europeia (*European Banking Authority* – EBA)
- a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* – EIOPA)
- a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (*European Securities and Markets Authority* – ESMA)

As Autoridades Europeias de Supervisão têm como principal função a harmonização da supervisão financeira na UE, mediante a definição de um conjunto único de normas prudenciais aplicáveis às várias instituições financeiras. Contribuem ainda para assegurar uma aplicação coerente desse conjunto único de regras, a fim de garantir condições equitativas. Além disso, têm a responsabilidade de avaliar os riscos e vulnerabilidades do sector financeiro.

A criação das AES tornou-se fundamental neste sistema, sendo que as mesmas acabam por criar uma espécie de *standard* regulatório a ser utilizado, bem como efetuam um trabalho essencial na proteção dos consumidores.

De referir ainda que o funcionamento das AES contribui para o melhor funcionamento do mercado interno e garante a integridade e transparência dos mercados financeiros²³⁶. Acresce que as próprias entidades reguladoras nacionais estão vinculadas às AES, pelo que há aqui uma desresponsabilização dos Estados e uma vinculação às instituições europeias²³⁷. As AES fazem, elas próprias, portanto, uma supervisão à supervisão nacional, garantindo a independência e transparência dos processos utilizados pelas entidades nacionais.

Sendo as AES consideradas verdadeiras agências reguladoras europeias, este modelo regulatório faz com que exista uma evidente sobreposição aos supervisores dos Estados Membros e, existindo a prerrogativa das Agências adotarem decisões que se impõem direta e obrigatoriamente às instituições nacionais^{238, 239}.

Efetivamente, a tendência federalizante leva a que exista então, no que concerne à regulação financeira, uma sobreposição de instâncias reguladoras, sendo que a União Europeia tomou a dianteira de se assumir não só como motor desta regulação mas agente ativo e determinante, impondo, até, diretamente, as suas regras.

Esta tendência de tomada da dianteira por parte da União Europeia relativamente à regulação financeira é também tendência no que se refere a outras áreas de regulação económica. E por isso mesmo a regulação económica está, na Europa, dependente sobretudo das políticas europeias sectoriais, devendo depois os Estados cumprir, por via do Direito Europeu emanado

²³⁵ Cfr. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/>

²³⁶ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris, 2017

²³⁷ Não é à toa que, desde 2008, se clama que estamos perante uma espécie de federalização da regulação financeira, uma vez que a mesma está basicamente dependente das decisões europeias.

²³⁸ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris, 2017, que acrescenta ainda a potencial incerteza que decorre deste sistema, uma vez que as Agências Europeias podem alterar os condicionalismos do mercado.

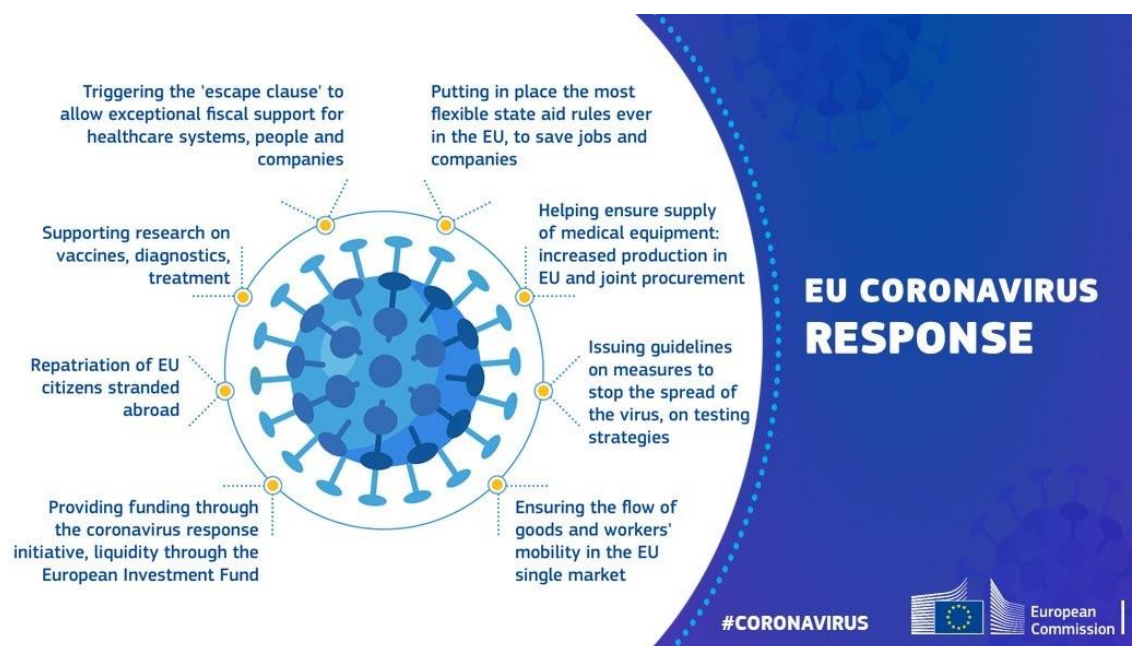
²³⁹ É ainda de referir o Acórdão do TJUE, proferido no Processo C-518/07, de 9 de março de 2010, em que se considera compatível com o princípio da democracia a constituição das AES desde que as mesmas mantenham o dever de informar o Parlamento Europeu sobre as atividades que desenvolvem.

e *soft law* cumprir as políticas e *guidances* sob pena de incumprimento, por exemplo das regras orçamentais da zona euro.

A recente crise provocada pela pandemia do Corona vírus COVID 19 veio novamente impor políticas de intervenção do Estado, no caso europeu, da União Europeia que teve de acudir a economia em face dum *lock-down* quase generalizado nos países europeus²⁴⁰.

A Comissão Europeia é o órgão comunitário que está a coordenar a resposta europeia ao surto do coronavírus, tendo criado uma equipa de coordenação das políticas de resposta à pandemia.

A Comissão Europeia resume a ação desta equipa especializada com o seguinte quadro exemplificativo:



Fonte: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/overview-commissions-response_pt

Pretende-se, sobretudo, que exista um elemento centralizador das políticas e respostas aos problemas comuns dos Estados-Membros, sendo esse órgão centralizador quem depois emana grande parte das *guidances* relativamente ao assunto da pandemia. Esta equipa especializada é composta por 6 elementos, sendo a presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, também presidente desta equipa, e restantes membros são Comissários. De relevar que os Comissários que integram esta equipa têm como responsabilidades as áreas da Saúde, Mobilidade, Fronteiras, Gestão de Crises e questões Macroeconómicas.

Em maio de 2020 a Comissão Europeia apresentou um conjunto de medidas para a recuperação europeia que se dividem em 5 linhas orientadoras: i) Medidas Económicas; ii) Apoio à investigação sobre tratamentos, meios de diagnóstico e vacinas; iii) Saúde pública; iv) Fronteiras e mobilidade; v) Combater a desinformação.

²⁴⁰ De referir que na Europa, fruto da severidade com que a crise sanitária atingiu Itália, as medidas restritivas e de confinamento foram utilizadas com maior tempestividade do que nos Estados Unidos da América. Tal cenário fez ainda com que o confinamento fosse mais prolongado, com natural impacto na economia e emprego. O presente capítulo foi elaborado em meados de 2020.

No apoio à investigação sobre tratamentos, meios de diagnóstico e vacinas, para além de se ter associado a uma iniciativa ao nível global de angariação de fundos – *Coronavirus Global Response* – a União Europeia, mais concretamente a Comissão Europeia mobilizou 546,53 milhões de euros para desenvolver vacinas, novos tratamentos, testes de diagnóstico e sistemas médicos destinados a impedir a propagação do vírus, incluindo financiamentos, por via do Banco Europeu de investimento, de desenvolvimento de programas de vacinas.

No âmbito da Saúde Pública, a Comissão Europeia apoiará diretamente os sistemas de saúde nacionais com 3 000 milhões de euros do orçamento da UE, que acrescem aos 3 000 milhões de euros a disponibilizar pelos países da UE para financiar o Instrumento de Apoio de Emergência – que permite à Comissão Europeia coordenar as aquisições e transporte de equipamentos e doentes - e a reserva comum de equipamento RescEU – que é uma espécie de reserva de equipamentos médicos, sendo a mesma financiada a 100% pela EU.

Ainda na área da saúde pública a aposta é na centralização das orientações e medidas sanitárias, bem como um aumento de produção e utilização de Equipamentos de Proteção Individuais.

No que concerne à Mobilidade e Fronteiras, depois dum período em que a EU restringiu de forma veemente a mobilidade entre países membros e países fora da EU, iniciou-se um movimento de progressiva abertura para permitir a circulação de trabalhadores, repatriamento de cidadãos, abertura de corredores para fluxo rápido e contínuo de mercadorias e apoios às companhias aéreas.

Outra vertente importante destas medidas encontra-se o combate à desinformação, tendo a EU promovido conteúdos documentados e verossímeis, tendo a Comissão Europeia criado uma página web de combate à desinformação com o reporte de notícias falsas e informação de forma a combater mitos e para verificação de factos.

Apesar destas medidas serem importantes, no que diz respeito à regulação económica, as medidas económicas para a recuperação da Europa são, neste momento fulcrais para coesão europeia, a manutenção da própria União Europeia e para socorrer a própria população europeia. Na apresentação do pacote financeiro no Parlamento Europeu, a Presidente da Comissão Europeia, referiu: *“Os nossos investimentos permitirão não só preservar as realizações notáveis dos últimos 70 anos, mas garantir que a nossa União seja climaticamente neutra, digital, social e um ator forte na cena mundial também no futuro. Esta é a hora da Europa.”*²⁴¹

O plano de recuperação económico tem, globalmente, uma dotação de 2,4 biliões de euros para reparar os danos e preparar o futuro da próxima geração. Este plano de recuperação está a ser efetuado em duas vertentes:

1. *Next Generation EU*, que é um novo instrumento de recuperação. Este instrumento está assente em três pilares: i) Apoiar a recuperação dos Estados-Membros, sendo de destacar neste âmbito o novo Mecanismo de Recuperação e Resiliência (com subvenções diretas aos países e empréstimos em condições específicas) e a iniciativa REACT-EU, direcionada sobretudo à coesão, sobretudo ajudando as regiões menos desenvolvidas; ii) Relançar a

²⁴¹ Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/speech_20_941. Neste discurso é patente a pressão que existe neste momento para manter a união dos países, uma vez que facilmente existiram críticas aos apelos dos países do Sul para se criarem imediatamente linhas de apoio europeu. Tal apelo foi imediato uma vez que Itália e Espanha foram dos países mais afetados pela primeira vaga de infeção do vírus, tendo disso particularmente dramática a situação da Itália, na Lombardia, tendo-se verificado uma incapacidade total dos meios hospitalares para acorrer ao número de infetados.

economia e apoiar o investimento privado, tendo sido criados mecanismos de solvabilidade para empresas viáveis, investimentos em cadeias de sectores fundamentais e relançamento do INVEST-EU com linhas de apoio a investimento em infraestruturas sustentáveis, digitalização, inovação e investigação, PME'S, Investimentos em matérias sociais e sectores chave; iii) Lições sobre a Crise, com a criação do rescEU, um programa que faz parte do Mecanismo Europeu de Proteção Civil e pretende apoiar os Estados-Membros e cidadãos a terem equipamento suficiente e adequado ao combate à pandemia, bem como se iniciou um programa de saúde transfronteiriço com vista a aumentar a capacidade e fortalecimento dos sistemas de saúde.

2. Um orçamento reforçado de longo prazo para o período de 2021-2027, com um pacote financeiro de 1100 mil milhões de euros.

As medidas económicas da Comissão Europeia complementam o programa de compra de ativos devido a emergência pandémica do Banco Central Europeu, no montante de 1,350 biliões de euros, que incide na compra de títulos privados e públicos durante a crise.²⁴²

A principal resposta orçamental à crise virá dos orçamentos nacionais dos países da EU e por isso foi necessário a adoção de regras temporárias em matéria de auxílios estatais, a fim de permitir que os governos nacionais possam injetar liquidez na economia para apoiar os cidadãos e as empresas, em especial as PME e preservar o emprego na EU.

A Comissão Europeia ativou, pela primeira vez, a cláusula de derrogação que autoriza a adoção de medidas excecionais de apoio orçamental. Aplicou a máxima flexibilidade às regras orçamentais para ajudar os Estados-Membros a apoiar os seus sistemas de saúde e as empresas e a preservar o emprego durante a crise.

Em 25 de março, a Comissão Europeia emitiu orientações para ajudar os países da UE a analisarem os investimentos diretos estrangeiros e as aquisições de controlo ou de influência. O objetivo é proteger as tecnologias e os ativos europeus essenciais durante a crise atual.

Foi ainda criado o Fundo de Solidariedade da EU para prestar apoio aos países da UE afetados por crises de saúde pública, como a originada pelo coronavírus.

É ainda muito cedo para perceber que tipo de influência terão estas medidas diretamente nas economias dos países europeus. Contudo, o retrocesso relativamente à ausência de intervenção do Estado é patente. Os Estados e a União Europeia estão a injetar novamente dinheiro na economia e isso fará necessariamente com que o modelo regulatório se ressinta!

1.3.3 Portugal em Particular

O caso português acompanha, com algum *delay*, a evolução europeia. Contudo, os momentos fulcrais da regulação económica em Portugal estão relacionados com factores diversos: i) Modelo político adotado no Estado Novo com repercussões no modelo económico; ii) O ideal político-económico subjacente à revolução de Abril de 1974; iii) A Constituição (económica) de 1976 ; iv) As revisões constitucionais que atenuaram a via socializante da constituição económica; iv) A adesão à CEE e o Princípio do Primado das normas comunitárias; v) As

²⁴²

Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/overview-commissions-response_pt

obrigações decorrentes dos condicionalismos económicos e financeiros para a assistência financeira da UE e FMI em 2011; vi) A regulação financeira pós crise do *subprime*; vii) Crise económica decorrente da crise sanitária provocada pela propagação mundial do coronavírus COVID-19.

Não é fácil distinguir os três tipos de regulação económica que fomos diferenciando acima em concreto no caso português. Por um lado, a Constituição da República de 1933 é um marco de rutura do liberalismo e início dum intervencionismo que na prática veio a demonstrar laivos de dirigismo económico. A rutura abrupta provocada pela Revolução de Abril de 1974 e uma ideologia subjacente profundamente relacionada com um socialismo mais extremo²⁴³ parecia que a intervenção do Estado passaria de dirigista para uma ação coletivista, tendo a Constituição da República de 1976 sido mais neutra.

O pós-1976 é marcado pelas atenuações do modelo socializante nas sucessivas revisões constitucionais e com a implementação dum modelo “híbrido”, em que coexistem empresas públicas e privadas em vários sectores, com forte presença do Estado em monopólios naturais relativamente a serviços de interesse geral, gestão de infraestruturas ou sectores em rede. Mas o ponto de viragem dá-se com a adesão à CEE e vinculação ao princípio do primado do Direito Comunitário, passando a ser fundamental a vinculação às políticas europeias sobre regulação.

Portugal resistiu fortemente à liberalização de certos sectores, bem como manteve importantes instrumentos de intervenção – como as *golden shares* – em sectores considerados chave mesmo depois da grande vaga de privatizações dos anos 90. Ora, essa libertação dos mercados da influência do Estado, bem como a liberalização de sectores como as infraestruturas ferroviárias, o sector elétrico e de telecomunicações, a liberalização dos serviços postais e fim das *golden shares* apenas ocorre com maior consistência no pós-Programa de Assistência Financeira (2011).

O Estado Regulador, com liberalização de grande parte dos sectores, com o reconhecimento da autonomia financeira e independência administrativa das entidades reguladoras sectoriais, apenas se consolidou com as medidas impostas no Memorando de Entendimento assinado pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional com o Estado Português, em maio de 2011, como contrapartidas do empréstimo de 78 mil milhões de euros.

Decorrente também da crise de 2008, é de relevar a adaptação da regulação financeira que foi bastante alterada pela União Europeia com repercussões diretas nos países membros, incluindo Portugal. No caso Português, o Banco de Portugal, foi muito criticado pela falha de regulação nos casos das resoluções bancárias do BPN, BPP e grupo GES e BES. E o facto de o Estado ter injetado dinheiros públicos no sector financeiro para evitar uma queda em cadeia dos grupos financeiros, fez com que a crise da dívida soberana se tivesse agravado, tendo criado uma ideia de gastos públicos exagerados para cobrir uma falha regulatória.

De facto, o interessante caso desta falha regulatória no sector financeiro, levou a uma resposta musculada da União Europeia e um reavivar das virtudes da regulação, da arbitragem e supervisão necessária para manter os mercados equilibrados.

²⁴³ No período pós revolução e vigência dos Programas do MFA, a base ideológica era de esquerda, assente numa dinâmica revolucionária de combate ao dirigismo do Estado Novo, querendo concretizar a coletivização marxista. Tal não veio, como sabemos, concretizar-se no texto da Constituição da República de 1976 mas tal não impediu uma vaga de nacionalizações que trouxe para controlo público mais de 400 empresas de vários sectores públicos.

Viveram-se anos de consolidação deste modelo de regulação, sobretudo com a entrada em pleno vigor da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes, a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto. Contudo, não se deixaram de ouvir veementes críticas sobretudo no que concerne à liberalização de sectores com prejuízo para o interesse e serviço público. Notou-se no caso da saúde e as parcerias público-privadas que foram sendo efetuadas, no caso das infraestruturas rodoviárias e o caso evidente do Serviço Postal, em que a privatização dos CTT criou claros constrangimentos nos serviços de distribuição.

Independentemente do estágio em que se encontraria este Estado Regulador português, o certo é que a presente crise económica que decorre da crise sanitária da propagação do coronavírus COVID-19, veio alterar fortemente qualquer panorama.

Desta feita, a crise económica foi provocada por uma intervenção dos Estados com medidas de *lock-down* imediato das atividades económicas não essenciais e um progressivo desconfinamento muito marcado pelo receio, incerteza e por medidas de distanciamento relevantes. A forma como consumidores, prestadores de serviços, produtores se comportam implicam novos *inputs*, mormente os decorrentes das medidas de segurança sanitária.

1.3.3.1. Do Estado Novo à Constituição da República Portuguesa de 1976

Será relevante retroceder àquilo que se passou durante o período do Estado Novo para bem compreender os fundamentos de instituições que ainda hoje perduram. A génese das entidades reguladoras, por exemplo, encontra-se neste período, tendo sido criados organismos de cooperação económicos. É certo que com funções e motivação bem diferentes mas a ideia de especialização dos órgãos de coordenação económica é transversal, bem como uma tentativa, já, de intervenção indireta²⁴⁴.

A Constituição de 1933²⁴⁵ acolhe um compromisso entre passado e presente, em que parece existir um tríptico compromisso, entre liberalismo e autoritarismo, democracia e nacionalismo político, república e democracia²⁴⁶. Mas o traço mais distintivo seria o do acolhimento do corporativismo, tomado como forma de organização social e política, com repercussões necessariamente na economia.

Enquanto forma de organização social, o corporativismo assenta numa “ordem económica e social” assente na solidariedade dos interesses das classes sociais, solidariedade essa que prevalece e fundamenta diversas normas, nomeadamente a proibição da greve e do *lock-out*,

²⁴⁴ Muito embora com motivação diversa. A ideia de serem criados organismos de coordenação económica no Estado Novo em nada se compara com a autonomia financeira e independência administrativa que hoje se encontra nas entidades reguladoras nacionais. A criação desses organismos, dependentes do Estado, era uma intervenção não por aquisição direta do Estado mas antes uma espécie de “manipulação direta” das regras de mercado.

²⁴⁵ Decorrente da revolução de 1926 e já na vigência plena da “Ditadura Militar”, tem uma atribulada elaboração, uma vez que absorveu grande parte dos Decretos que foram sendo emanados pelo Regime entre 1926 e 1932, momento em que a proposta de Constituição foi publicitada, pelo Governo, nos principais jornais da época e sujeita a um plesbício nacional – que pouco abrangente seria, dadas as limitações de voto existentes. Cfr. Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais”, Tomo I, Coimbra Editora, 1997.

²⁴⁶ Cfr. Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais”, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 298 e ss.

afirmação da função social da propriedade, capital e trabalho²⁴⁷. Para além destas características, o corporativismo envolve não só corporações económicas mas também morais, associações ou organizações sindicais, estando o Estado incumbido de reconhecer tais organizações, de as promover e ajudar à sua formação.

Ao nível da organização política, o corporativismo não acolhe o sufrágio universal, baseando-se num sufrágio orgânico sendo de relevar aqui as corporações económicas e morais que representariam “a vontade” generalizada do povo.

Em suma, o que se pretendia estava bem claro no artigo 5º da Constituição em que se reconhecia que *“O Estado Português é uma república unitária e corporativa”*

A Constituição de 1933 é a primeira a dar um tratamento específico à economia, pelo que é vulgar iniciar-se nesta altura a referência a uma “constituição económica”, onde se incluem as normas constitucionais que estatuem sobre os mecanismos, diretrizes e meios de ação do Estado em matéria económica.

No seu artigo 6º, incumbia-se o Estado de *“coordenar, impulsionar e dirigir todas as atividades sociais fazendo prevalecer uma justa harmonia de interesses, dentro da legítima subordinação dos particulares ao geral”*, bem como *“zelar pela melhoria de condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente”*.

Ora, estes preceitos já faziam antever um Estado interventivo – que viria a tornar-se dirigista na economia – um Estado também autoritário, que toma conta dos seus cidadãos com severidade.

E, de facto, existia o que parecia um certo ceticismo sobre a capacidade e bondade das decisões individuais na área social e económica, por contraponto ao anterior regime liberal, em que as normas constitucionais apenas previam uma liberdade económica e a defesa da propriedade privada.

É, por isso, de relevar o título VIII da parte I, “Ordem Económica e Social”, da Constituição de 1933 que contém várias normas onde se torna evidente a intervenção do Estado na sociedade e economia. Contudo, as circunstâncias e fundamentos da intervenção do Estado pareciam ser excecionais, ou seja, a formulação dos conceitos fazia crer que a intervenção do estado seria excecional e na defesa dum interesse superior da nação²⁴⁸.

Um dos preceitos indicados na defesa deste dirigismo mitigado, teríamos o artigo 33º da Constituição, cuja redação era: *“O Estado só pode intervir directamente na gerência das actividades económicas particulares quando haja de financiá-las e para conseguir benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção”*.

²⁴⁷ Cfr. Jorge Miranda, *“Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais”*, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 300 e ss.

²⁴⁸ O facto de a intervenção do Estado parecer ser excecional, face à letra da Constituição, levou a que alguma doutrina tivesse defendido que a existir dirigismo, o mesmo seria moderado, uma vez que se deixaria ampla margem de decisão individual, bem como o regime de intervenção era meramente excecional. Contudo, tal não poderia lograr face à sucessiva afirmação de que os interesses da nação condicionariam a ação individual, bem como a proteção da indústria nacional também negavam claramente essa suposta moderação no dirigismo. Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017.

Contudo, esta ingerência do Estado na gestão privada demonstra que este texto constitucional acolhia uma ideia – transversal, diga-se – de que os superiores interesses da nação, do que o Estado considerava ser interesse social ou princípio moral, subjugariam, sempre e em qualquer campo, os interesses individuais. Ora, tal levou a que a consagração da proteção da propriedade privada que seria, à partida, benéfico, passasse a ter sucessivas restrições que, na prática, se saldaram na aplicação dum regime de condicionamento industrial e as novas unidades industriais passaram a ter de ser autorizadas²⁴⁹ pela Administração Pública.

O modelo corporativista, com representação orgânica dos interesses, estendia-se aos interesses económicos mas também limitava o direito dos trabalhadores. E tal não resultava apenas da Constituição mas também do “Estatuto do Trabalho Nacional”, consagrado no Decreto-Lei n.º 23048, de 23 de setembro de 1933, onde os direitos dos trabalhadores se encontravam subjugados aos interesses da empresa e da ordem social imposta pelo Estado. No artigo 16º do Estatuto do Trabalhador Nacional, dispunha-se que *“O direito de conservação ou amortização do capital das empresas e do seu justo rendimento são condicionados pela natureza das coisas, não podendo prevalecer contra ele os interesses ou os direitos do trabalho”*, culminando o afastamento total dos trabalhadores da vivência da empresa com a imposição do artigo 15º do mesmo Estatuto: *“A direcção das empresas, com todas as suas responsabilidades, pertence de direito aos donos do capital social ou aos seus representantes. Só por livre concessão deles o trabalhador pode participar na gerência, fiscalização ou lucros da empresa”*.

Estavam, assim, abrangidas pelo braço corporativista todas as vertentes da economia e da sociedade. A Constituição dispunha, a legislação ordinária acompanhava e a prática demonstrava que o dirigismo era uma realidade. A organização corporativa mostrava-se fortemente tutelada pelo Estado, demonstrando-se assim que, mesmo existindo a liberdade de estruturação por grupo ou categoria social, essa associação somente acontecia de acordo com os princípios e autorização da Administração²⁵⁰.

Tanto assim foi que surgiu até o Ministério das Corporações, que obviamente centralizava a tutela do Estado sobre estas instituições e estendia a sua intervenção na economia e sociedade.

Foi neste contexto da Constituição de 1933 que se assistiu a primeira referência à regulação económica com a criação de comissões – organismos de coordenação económica - com um papel relevante na organização económica corporativa. É certo que a regulação, neste cenário, não seria usada como árbitro, mas antes como forma de intervenção direta, direcção daquilo que eram os interesses e política do Estado. As comissões não tinham como incumbência a correção de falhas de mercado mas antes atuar, por exemplo, na definição de quantidades de bens a importar ou escoamento da produção de bens, controlando, assim, o funcionamento dos mercados

Na esteira da Constituição de 1933 e do Estatuto do Trabalho Nacional, é aprovado o Decreto-Lei n.º 26757, de 8 de julho de 1936, que veio estabelecer o enquadramento dos “organismos de coordenação económica” que vinham, então, fazer de elo de ligação entre o Estado e as corporações, prosseguindo *“o direito e obrigação de coordenar e regular superiormente a vida*

²⁴⁹ De acordo com critérios algo discricionários. Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017

²⁵⁰ Por esta razão, o corporativismo português – que supostamente propunha um novo sistema social – apenas conseguiu revelar um Estado autoritário e interventivo em todas as vertentes da vida do cidadão.

económica e social, determinando-lhe os objetivos e subordinando todos os interesses parcelares ao conceito mais elevado do interesse da nação.”

Estes organismos de coordenação económica detinham autonomia administrativa e personalidade jurídica e tinham um carácter provisório, uma vez que se previam ser integrados nas corporações. Contudo, muitos destes organismos prevaleceram até à adesão às Comunidades Europeias, tendo sofrido, contudo alterações de funcionamento.

Estes organismos de coordenação económica concentravam-se sobre os ramos da produção e do comércio sobretudo relacionados com importação e exportação, pois, como já acima referimos, este controlo era essencial sobretudo para a proteção das indústrias nacionais.

Revestiam três formas essenciais²⁵¹:

- I) Comissões Reguladoras, destinadas a condicionar a importação de acordo com as necessidades e a produção nacional (Colónias e Metrópole) atendendo aos superiores interesses da nação;
- II) Juntas Nacionais, que visavam desenvolver, aperfeiçoar e coordenar as atividades da produção e do comércio nacionais com vista à expansão das exportações;
- III) Os Institutos, que eram criados quando as atividades da produção e comércio de determinado sector já estivessem organizadas de forma corporativa, garantindo a qualidade e categoria dos produtos finais que, geralmente, se destinavam à exportação.

Já neste Decreto-lei n.º 26757 se previa como receita própria dos organismos de coordenação económica as “taxas cobradas pela importação e exportação dos respetivos produtos”, ou seja, tributos aduaneiros que garantiam alguma liquidez a estes organismos.

Muito embora os organismos de coordenação económica tenham sido criados com natureza provisória, o certo é que com o crescimento da doutrina corporativista do Estado novo, multiplicaram-se estes organismos, chegando a um acervo bastante alargado, ao qual correspondiam também uma multiplicidade de taxas. Ora, uma vez que os organismos se iam tornando cada vez mais definitivos, a preocupação com o comércio externo foi sendo substituída por preocupações de intervenção e regularização²⁵².

Em 1972 é lançado um pacote legislativo para reformar os organismos de coordenação económica, no sentido de promover maior eficiência. No preâmbulo comum podia ler-se que *“Reconhece-se, com efeito, como potencialmente geradora de descoordenações e de um eventual excesso de encargos a justaposição de um número elevado de organismos com competência específica limitada e, portanto, deficientemente informados sobre os objetivos e prioridades estabelecidos a curto, médio e longo prazos para a economia no seu conjunto”*.

Independentemente de se considerar que a amálgama de organismos existentes fosse contraproducente por criar muitas entropias e demasiada sobreposição, o facto é que se elogiavam os benefícios que a economia terá gozado pela existência destes organismos. Esta

²⁵¹ Cfr. Sérgio Vasques, “As Taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução”, texto inserido na coletânea “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, Almedina 2008.

²⁵² Cfr. Sérgio Vasques, “As Taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução”, texto inserido na coletânea “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, Almedina 2008, a este propósito citando Alberto Xavier e as suas lições de Direito Corporativo de 1972.

reforma assentou sobretudo numa fusão de organismos procurando terminar com sobreposições de atuação.

Nesta reforma de 1972 existia uma norma ampla sobre as taxas cobradas por estas entidades, que seriam receitas próprias, e que incidiriam sobre as atividades coordenadas e respetivos produtos.

Para acompanhar este sistema de intervenção do Estado, financeiramente existiu um incremento de obras públicas. Depois duma primeira fase de saneamento e equilíbrio orçamental, passou-se a uma política de fomento económico com base em injeção de dinheiro público por via da construção de obras públicas incluídas em planos nacionais. É de destacar o plano portuário, a criação do fundo de desemprego e a política nacional de energia que abriu portas à industrialização ocorrida na década de 50 do século XX.²⁵³

A par da industrialização e porque a mesma deu frutos, existiram também alguns investimentos sociais sobretudo na saúde, na educação e na previdência social, tendo por isso expandido o sector público e aumentado o investimento direto, pondo em causa o verdadeiro equilíbrio orçamental.

O período entre 1961 e 1974 foi marcado pelas guerras do Ultramar – que o Estado precisava de se financiar mas mantendo-se a ideia de expansionismo económico, suportado pelo Estado, que combatia, ao mesmo tempo, a inflação e recessão²⁵⁴ e via-se a braços com o movimento de emigração maciça²⁵⁵ que pressionou o mercado de trabalho.

Face a este cenário, a contração da despesa pública e o aumento da dívida externa foram as duas soluções mais relevantes para o problema.

A revolução de 25 de abril de 1974 trouxe uma profunda transformação da sociedade, economia e do próprio Estado.

Com a revolução o esquema económico do Estado Novo termina. Mas a Constituição de 1933 manteve-se como texto supletivo naquilo que não contrariasse o Programa do Movimento das Forças Armadas.

A existência dum Programa foi uma novidade jurídica, uma vez que o mesmo não continha apenas disposições políticas mas também disposições jurídico-constitucionais, tendo inclusivamente sido explicitamente referido na Lei 1/74 de 25 de Abril que destituiu os titulares dos órgãos do regime e depois foi publicado em anexo à estrutura provisória do poder (Lei n.º 3/74, de 14 de Maio). Este documento continha medidas imediatas relativas à substituição dos órgãos de poder e restauração de liberdades cívicas mas também continha medidas mediatas ou a curto prazo onde se definiam as linhas de política do país e até alguma orientação para a própria constituição que teria de ser emanada por uma Assembleia Constituinte.

De relevar que o Programa do MFA continha a especificidade de, no prazo de 12 meses, ser convocada uma Assembleia Constituinte, eleita por sufrágio universal, prevendo ainda que logo

²⁵³ Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 130 e ss.

²⁵⁴ O efeito de que já anteriormente falámos de estagflação.

²⁵⁵ Sendo que esta emigração foi fonte de bom rendimento devido às remessas significativas de divisas que eram feitas para Portugal.

após esta eleição e a eleição de Presidente da República, a ação das Forças Armadas regressariam ao seu papel único de defesa da soberania nacional²⁵⁶.

O Programa do MFA não era muito detalhado a nível económico mas continha disposições relevantes que o Governo Provisório teria impreterivelmente que adotar.

No imediato, a preocupação principal seria o controlo rigoroso das operações económicas e financeiras com o estrangeiro e luta contra a corrupção e especulação. Também se definia uma nova política económica, ao serviço do povo, sobretudo em favor das camadas mais desfavorecidas da população. As políticas económicas deveriam visar o combate à inflação e travar o aumento do custo de vida, justificando-se um travão a monopólios.

Esta linha de ação para a economia baseava-se naturalmente na ideologia socialista subjacente às novas políticas sociais orientadas para a defesa dos interesses da classe trabalhadora²⁵⁷ e melhoria generalizada da qualidade de vida dos cidadãos.

Muito embora o Programa do MFA fosse provisório e por isso mesmo deixava à Assembleia Constituinte o dever de aprofundar e decidir as medidas mais concretas sobre a direção económica e políticas a seguir, existem três grandes domínios que vieram a condicionar a própria ação da Assembleia Constituinte. Conforme refere Maria Eduarda Azevedo²⁵⁸, existiram medidas em três grandes domínios que vieram a ser decisivas na fase pré-constitucional, a saber i) medidas de intervenção do Estado para fazer face a problemas económicos pontuais; ii) medidas de extinção das estruturas corporativas; iii) medidas socializantes e coletivizantes.

Neste âmbito, encontramos medidas tais como a criação dum salário mínimo, subsídio de desemprego, criação da Comissão de apoio às PME's, dissolução de corporações, grémios e federações, permissão do direito à greve e do despedimento coletivo, abolição da lei do condicionamento industrial e não permissão de regime idêntico.

Dentro das medidas socializantes e coletivizantes encontravam-se medidas tendentes a um processo de nacionalização, a reforma agrária, a intervenção do Estado no regime bancário e parabancário. Há, pois, uma linha de intervencionismo marcada sobretudo pela ideologia socialista, em alguns casos – mormente no processo de nacionalização e reforma agrária – tendencialmente marxista.

No que concerne às nacionalizações, o processo encetado em março de 1975 levou à nacionalização ou tomada de controlo pelo Estado de mais de 400 empresas de vários sectores, o que fez crescer exponencialmente a intervenção direta do Estado na Economia mas também engrandeceu a administração pública, com a criação dum Sector Empresarial do Estado com intervenção direta em vários sectores, sem que tal tenha seguido alguma racionalidade

²⁵⁶ Conforme historicamente se veio a confirmar, as vicissitudes existentes no pós queda do regime, com conflitos de legitimidades, mormente do próprio Movimento das Forças Armadas, a descolonização eminente, os acordos constitucionais entre Partidos e Conselho da Revolução, bem como o próprio pluralismo partidário, levaram a que não fosse fácil o cumprimento deste desígnio de libertação do poder pelos militares. Contudo, há que ressaltar que mesmo com vicissitudes, o princípio democrático foi sendo respeitado. Cfr. Jorge Miranda, *“Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais”*, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 326 e ss.

²⁵⁷ Classe trabalhadora que, como referimos anteriormente, viu coartados direitos laborais não podendo, por via de preceito constitucional, fazer parte da vivência e gestão da empresa.

²⁵⁸ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017 que no caso concreto cita António Sousa Franco e Guilherme d'Oliveira Martins.

económica. O peso do Estado fez-se sentir fortemente, pensando-se que assim se alavancavam as medidas sociais.

Mas com esta transformação da estrutura económica e social, também as Finanças Públicas sofreram alterações.

O aumento do sector público e as medidas socializantes imediatas, levaram logo a um acentuado desequilíbrio orçamental, com um aumento desmesurado das despesas por ter aumentado o número de funcionários públicos, bem como se melhoraram as condições dos vencimentos e ajudas sociais – no caso, despesas sociais. Do lado da receita, existiram naturais quebras devido à menor produtividade mas também ao aumento da informalidade e economia paralela. A própria descolonização e retorno de milhares de cidadãos a Portugal, pressionou o mercado de trabalho, levando a uma “informalidade por necessidade”.

Deteriorou-se ainda o controlo das despesas por ausência, sobretudo, de controlo burocrático, fruto da deterioração da máquina administrativa e financeira que se viu a braços com uma alteração radical de funcionamento.

Era inevitável que a dívida pública crescesse, situação que obviamente sucedeu culminando com um pedido de empréstimo ao Fundo Monetário Internacional em 1977, concretizado em 1978, numa altura em que já existia racionamento de bens, uma inflação descontrolada, taxa de desemprego acima dos 7% e uma desvalorização do escudo galopante. A conflitualidade política existente na altura era claramente desfavorável a qualquer estabilização.

Assim, sem um rumo objetivo e estrutural a nível político, também em termos económicos inexistia uma estabilidade, pelo que as contrapartidas do empréstimo de 1977 levaram sobretudo a políticas de austeridade. Esta situação repetiu-se, ainda com maior gravidade em 1983, altura em que Portugal solicita segundo empréstimo ao FMI, desta feita com condições ainda mais gravosas, como o desaparecimento do pagamento do 14º mês, aumento do desemprego e consequente empobrecimento das famílias. Aqui parece desvanecer-se por completo o sonho revolucionário de, com meios meramente internos, melhorar a vida dos cidadãos.

Efetivamente, a Constituição de 1976 surge carregada de ideologia, fruto do momento de rutura protagonizado pela revolução de abril, contemplando também um compromisso entre a democracia política e a democracia social-económica²⁵⁹.

Conforme refere Maria Eduarda Azevedo²⁶⁰, a Constituição de 1976 pretendia aliar as vertentes resultantes do cenário político-social pós-revolucionário: “(...) no âmbito da área formal da constituição económica, é visível que procurava, de forma algo original, conciliar o conceito de democracia representativa pluralista tradicional, por um lado, com a formulação de um programa de transformação económica animado pelo objetivo geral de abrir caminho para uma sociedade socialista, por outro”.

²⁵⁹ Manuel Afonso Vaz, in “Direito Económico – A Ordem Económica Portuguesa”, 1998, Coimbra Editora, refere se se tornou patente na Constituição de 1976 uma preocupação de considerar princípios da democracia política e princípios da democracia social-económica como direitos fundamentais ao mesmo nível, num esforço de equilíbrio dos desejos das várias forças revolucionárias e a estabilização do sistema democrático e da legalidade.

²⁶⁰ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 165

De facto, consagram-se normas económicas que adquirem relevância jurídica constitucional, demonstrando que a economia fazia parte das áreas em que se pretendia uma verdadeira alteração e, sobretudo, modernização. Mas o pendor socialista estava fortemente integrado, não apenas no que tocava ao sistema político mas ainda no que diz respeito a normas económicas. Vejamos:

O artigo 2º da Constituição da República Portuguesa de 1976, na sua versão original, tinha como epígrafe “Estado Democrático e Transição para o Socialismo”, indiciando o seu teor, onde consagrava o objetivo de transição para o socialismo: “*A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.*”

Ora, mas a identificação abstrata dum conceito de socialismo neste artigo 2º vinha depois concretizado em várias normas, mormente em normas da constituição económica.

A Constituição de 1976 previa, no artigo 91º, “(...) a construção duma economia socialista, através da transformação das relações de produção e de acumulação capitalistas”, relacionando então o dito ideal socialista definitivamente à transformação da economia que pretendia implementar. A concretização desse ideal, nas normas económicas com vestes constitucionais, atinge um nível concreto com a previsão da irreversibilidade das nacionalizações efetuadas em período revolucionário bem como previa a possibilidade de efetuar mais nacionalizações em nome do desenvolvimento da propriedade social²⁶¹.

Contudo, a Constituição de 1976 apresenta normas que, não sendo tão extremistas como a prática de alguns países – por exemplo, os de leste – são características da ideologia socialista, a saber:

- i) Diferenciação entre socialização dos meios de produção e apropriação coletiva, privilegiando a primeira;
- ii) Diminuição do papel do sector privado, tendo inclusivamente vedado sectores da economia, sobretudo de serviços essenciais, aos privados mas garantia a sua existência nem que fosse por um momento de transição em que a propriedade social, mesmo que predominante, nunca poderia ser exclusiva;
- iii) Cabia ao Estado garantir uma “*equilibrada concorrência entre empresas*” (artigo 81º alínea j)), independentemente dos sectores a que pertenciam, se por um lado parece existir aqui uma réstia de defesa de economia de mercado, desenganem-se os mais intrépidos, pois o que aqui se pretendia era uma intromissão direta do Estado, inclusivamente na gestão das empresas privadas, na fixação de preços ou nos circuitos comerciais a serem utilizados. Jorge Miranda²⁶² refere, em nosso entender com mestria, que era uma “*economia de mercado controlado*”.
- iv) Apelo à participação dos sujeitos económicos, sobretudo dos trabalhadores, na chamada transição para o socialismo. De relevar que nem sempre existia um carácter autoritário ou um intervencionismo do Estado para que se atingisse essa transição, tendo o Estado sobretudo de criar condições para que o caminho da transição fosse efetiva.

²⁶¹ Veja-se a este propósito Jorge Miranda, “*Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais*”, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 358 e ss.

²⁶² Cfr. Jorge Miranda, “*Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais*”, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 358 e ss.

- v) Na esteira da defesa do primado do princípio democrático, também aplicado em matéria económica, várias matérias económicas de relevância ficaram sobre a alçada da decisão da Assembleia da República, mormente – artigo 164º alíneas g) e h) da CRP versão original - aprovar as leis do Plano e do orçamento e autorizar o Governo a realizar empréstimos e outras operações de crédito, que não sejam de dívida flutuante, estabelecendo as respetivas condições gerais, sendo da competência exclusiva da Assembleia da República - Cfr. Artigo 167º alíneas o) a t) da CRP versão original - criação de impostos e sistema fiscal, definição dos sectores de propriedade dos meios de produção, incluindo a dos sectores básicos nos quais é vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, meios e formas de intervenção e de nacionalização e socialização dos meios de produção, bem como critérios de fixação de indemnizações, bases da reforma agrária, incluindo os critérios de fixação dos limites máximos das unidades de exploração agrícola privada, sistema monetário e padrão de pesos e medidas, sistema de planeamento, composição do Conselho Nacional do Plano, determinação das regiões-plano e definição do esquema dos órgãos de planificação regional.

Se eram estandartes da revolução de 74 a Reforma Agrária e as Nacionalizações, certo é que a Constituição de 76 veio definitivamente consagrar e envolver com vestes jurídicas os processos que já se haviam iniciado, tendo garantido, relativamente às nacionalizações, a sua irreversibilidade.

Ainda de relevar a Lei de Delimitação de Sectores de 1977, posteriormente também ela visada com o selo constitucional no âmbito do artigo 85º da CRP na versão original, impunha não só um intervencionismo direto do Estado em sectores base, bem como delimitava o acesso a várias áreas económicas a privados. Sobretudo no que diz respeito a áreas nacionalizadas. Era, pois, uma Constituição económica marcada pela forte intervenção direta do Estado, com uma proteção clara ao sector público²⁶³.

Por outro lado, é de relevar que as conjunturas económicas e sociais levaram a que, mesmo com o sector público com um peso determinante na economia, a mesma se tenha aberto até a características mais capitalistas.

De qualquer forma, mesmo tendo existido uma rutura de regime, perpetrada pela revolução de abril de 74, a mesma teve efeitos políticos notórios, mas a nível económico, o intervencionismo direto por parte do Estado manteve-se. De relevar que foi, inclusivamente, numa altura em que o Regime do Estado Novo já estava numa fase reformista e mais liberalista que surge uma Lei da Concorrência, a Lei n.º 1/72, de 24 de março, onde se promulga as bases sobre a defesa da concorrência, revogando-se a Lei de 1936. Esta lei, tal como a de 18 de março de 1936, nunca entrou em vigor por falta de regulamentação, mesmo após 1974.

De relevar ainda que sobreviveram à revolução os preços administrativamente fixados, ou seja, um dos mecanismos de intervenção direta do Estado no mercado manteve-se, não se privilegiando o mecanismo de formação de preços em mercado concorrencial.

É ainda de notar o impacto que as alterações decorrentes da revolução trouxeram às Finanças Públicas. Não esquecendo, porém, que, a nível mundial, se viviam depressões decorrentes das crises petrolíferas, bem se prolongou uma crise recessiva que afetou a economia à escala

²⁶³ Quer por via das nacionalizações como também pela proteção constitucional dada pelo artigo 89º da CRP, na sua versão original, em que o sector público prevalece sobre o sector cooperativo e sobre o sector privado.

mundial com repercussões em Portugal. Contudo, há que relevar em particular dois fenómenos que tiveram impacto direto nas finanças públicas portuguesas decorrentes da Revolução: i) a Descolonização desencadeou uma profunda crise na estrutura das finanças públicas, tendo desaparecido o esforço de guerra mas terminando as receitas valiosas que advinham dos países colonizados, bem como despoletou a necessidade de apoio social a uma enorme massa de “retornados”²⁶⁴; ii) aumento desmesurado do sector público, decorrentes de diversas medidas que eram ponto de honra da ideologia revolucionária, tal como as nacionalizações ou a estatização de sectores inteiros.

Assim, a pressão sobre as Finanças Públicas foi de tal forma relevante que levou, como já se referiu, à necessidade de dois empréstimos ao Fundo Monetário Internacional num curto espaço de tempo (o primeiro empréstimo concretiza-se em 1978 e o segundo em 1983).

Contudo, os anos 80 do Século XX decorreram com um enquadramento externo bastante mais favorável do que a década antecedente. Contudo, no que concerne às Finanças Públicas, a década deve dividir-se em dois momentos: i) Entre 1981 e 1985 assiste-se a um pouco de tudo, pois temos momentos de expansão – sobretudo impulsionados pela melhoria da conjuntura internacional – intercalados com políticas estabilizadoras, de cariz recessivo; ii) pós 1985 entra-se na fase da integração europeia, com tendência à estabilização de desequilíbrios, entre os quais o défice do sector público e taxa de inflação²⁶⁵.

A Constituição de 1976 veio trazer uma matriz análoga às democracias ocidentais mas tal não significou um apaziguamento político, nem mesmo um consenso sobre o normativo, em especial sobre a Constituição económica. Tal deve-se sobretudo ao facto de existirem clivagens ideológicas relevantes que influenciavam de sobremaneira a estrutura económica a seguir. A pendente ideológica relacionada com o socialismo²⁶⁶ era, portanto, importante influenciador da constituição económica que não se coadunava com a visão europeísta da Comunidade Económica Europeia.

Ora, com o pedido de adesão à Comunidade Económica Europeia (adiante CEE)²⁶⁷, tornava-se necessária a alteração da Constituição da República Portuguesa, mormente da Constituição

²⁶⁴ De acordo com os dados do INE, disponíveis em [PORDATA - Saldos populacionais anuais: total, natural e migratório](#), em termos de saldo migratório, Portugal regista um saldo positivo migratório de cerca de 347 mil pessoas no ano de 1976, devendo-se este número ao retorno – termo que não se adequa totalmente, uma vez que muitos dos que entraram no país eram nascidos nas ex-colónias – da população anteriormente residente nas ex-colónias portuguesas. O motivo deste “regresso” deve-se sobretudo ao facto de o processo de descolonização e consequente transição de poder para os movimentos revolucionários de cada ex-colónia não ter sido, de todo, uma transição pacífica. O Caso Angolano, por exemplo, existia três movimentos libertadores (MPLA - Movimento Popular de Libertação de Angola; FNLA - Frente Nacional de Libertação de Angola e UNITA - União Nacional para a Independência Total de Angola) que se consideravam legítimos para assegurar a transferência de soberania, o que provocou uma guerra civil pós descolonização que afastou os portugueses que, mesmo após 1975, pretendiam manter-se no país. De relevar ainda que, de acordo com os dados do INE, o saldo total (natural e migratório) em 1975 foi o mais elevado de sempre, somando-se em mais 400 mil pessoas.

²⁶⁵ Cfr. António Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, Volume I, Almedina, 1998, p. 138 e ss.

²⁶⁶ Para alguns partidos com assento parlamentar, este socialismo deveria até pender para um carácter mais marxista e de ditadura do proletariado.

²⁶⁷ Portugal apresentou a candidatura de adesão a 28 de março de 1977, tendo assinado um acordo de pré-adesão a 3 de dezembro de 1980. Torna-se formalmente membro da CEE a 1 de janeiro de 1986, tendo passado por um período transitório de adesão até 1991. Com uma clivagem relevante em termos

Económica, tendo o processo de revisão sido particularmente moroso²⁶⁸. No que concerne à Constituição Económica, as mudanças efetuadas foram, sucintamente, as seguintes²⁶⁹:

- a) Reformulação dos princípios fundamentais da organização económica, passando a prever a coexistência de vários sectores de propriedade de meios de produção públicos, privados e cooperativo. De referir a previsão direta da existência de sector privado (artigos 80 e 89º CRP) e eliminação das referências ao predomínio da propriedade social (artigo 90º da CRP);
- b) Reconhece-se às organizações representativas das atividades económicas a participação na decisão de grandes medidas económicas e sociais (artigo 81º da CRP), eliminação da possibilidade de expropriação sem indemnização (artigo 82º da CRP) e previsão da proteção do consumidor (artigo 110º da CRP);
- c) De relevar a necessidade de aprovação parlamentar do Orçamento de Estado (artigo 108º da CRP) e desaparecimento da referência à transição para o socialismo.

Atendendo às alterações efetuadas, podemos concluir que se pretendeu retirar alguma carga ideológica à Constituição Económica²⁷⁰ mas, de facto, pouco se alterou de modo substantivo. Tal demonstra-se, por exemplo, com a ausência da revogação da norma que tornava irreversíveis as nacionalizações.

Atendendo à integração na CEE, foi introduzida uma alteração ao artigo 8º, acrescentando-se o n.º 3 da CRP para que as normas emanadas das organizações internacionais das quais Portugal fizesse parte pudessem vigorar na ordem interna, desde que tal se encontre previsto nos tratados constitutivos.

Também a Constituição fiscal passou a permitir, no artigo 107º, a implementação dum imposto sobre o valor acrescentado para que se pudesse compatibilizar o sistema fiscal português com o modelo do IVA, imposto harmonizado pela Comunidade.

Independentemente desta revisão constitucional não ter ido muito longe na constituição económica, certo é que em 1983 surgem duas medidas de relevo, a saber a aprovação da lei da concorrência e a alteração da Lei de Delimitação de Sectores.

No que concerne à Lei da Concorrência, já havíamos referido que tentativas existiram anteriormente mas as mesmas acabaram por não serem regulamentadas. O IX Governo

económicos face aos restantes países membros, Portugal necessitou de receber fundos estruturais para o desenvolvimento do sector produtivo mas também para a instalação e desenvolvimento de infraestruturas.

²⁶⁸ Para além das clivagens ideológicas sobre o sentido fundamental da Constituição, sendo a primeira revisão constitucional, discutia-se ainda se esta seria uma Constituição provisória – tese que não logrou – os limites materiais da revisão que, embora previstos expressamente na própria, ainda estavam em discussão e – talvez a mais importante questão – o modo, da revisão constitucional. Sobre esta última questão, a discussão centrava-se sobretudo na necessidade ou não dum referendo popular. Contudo, a própria Constituição dotava a Assembleia da República de poderes de revisão, pelo que, a 15 de outubro de 1980 a Assembleia da República inicia o processo de revisão que se prolongou até 12 de agosto de 1982. Cfr. Jorge Miranda, *“Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais”*, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 370 e ss.

²⁶⁹ Jorge Miranda, *“Manual de Direito Constitucional – Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais”*, Tomo I, Coimbra Editora, 1997, p. 379 e ss.

²⁷⁰ Aliás, como se fez notar nas alterações globais efetuadas à Constituição, sobretudo por se ter extinguido o Conselho da Revolução. Criou-se ainda o Tribunal Constitucional e o sistema de fiscalização da constitucionalidade.

Constitucional tinha previsto no seu programa a *“elaboração de uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus”*²⁷¹.

Esta medida acaba por ser um ponto importante na política económica, pretendendo-se a defesa da concorrência²⁷² sobretudo em duas vertentes: *“(…) garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e de preço, e a estimular as empresas a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e a adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico.”*²⁷³

Quanto à Lei de Delimitação de Sectores, foi alterada a Lei 46/77, de 8 de julho, abrindo ao sector privado novos sectores, sendo de relevar a banca e seguradoras.

Na altura, o Governo, pretendendo seguir o estipulado no seu Programa, solicitou à Assembleia da República autorização para alterar a lei que define os sectores básicos nos quais é vedada a atividade económica às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, tendo como propósito abrir à iniciativa privada os sectores bancário, segurador, adubeiro e cimenteiro.

Podemos ainda referir dois decretos-lei que trouxeram também tímidas alterações à intervenção do Estado na economia: i) o DL 330/82, de 18 de agosto que transforma o Instituto de Participações do Estado em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos; ii) o DL 29/84, de 20 de janeiro, que limita os poderes governamentais no sector público empresarial, impondo uma maior autonomia e flexibilidade da gestão.

Nas finanças públicas, a partir de 1983 parece existir uma melhoria e estabilização, quer por motivos de conjuntura externa mas também porque o processo de integração na CEE assim o exigia. Pós 1985, impulsionada também pela integração europeia, assiste-se à maior reforma estrutural do sistema fiscal com a criação dos impostos sobre o rendimento (IRS e IRC) e a introdução do IVA o que provocou a modernização e aproximação do sistema fiscal português à matriz europeia.

Apesar destas tímidas alterações, sem dúvida que a viragem de paradigma da ordem económica nacional se deu com a integração de Portugal na CEE, tendo funcionado como *“primeira e principal alavanca de mudança e da aproximação à ordem jurídico-económica dos demais parceiros comunitários, através do respeito das quatro liberdades e das regras de concorrência estabelecidas pelo Tratado de Roma.”*²⁷⁴

1.3.3.2. A Regulação da Economia pós-adesão às Comunidades Europeias

Muito embora a revisão constitucional de 1982 se fundamentasse, também, na necessidade de alterar a Constituição económica para a adesão à CEE, o certo é que a mesma acabou por ficar aquém do que seria desejável. Não impediu, contudo, que a adesão se concretizasse, bem como se tivesse gerado ampla discussão pública sobre o caminho a seguir na organização económica.

²⁷¹ Assim podemos confirmar pelo texto do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro.

²⁷² Sobre tudo na perspetiva da defesa do consumidor que, conforme já referimos tinha agora roupagem constitucional no artigo 110º da CRP (pós revisão constitucional de 1982).

²⁷³ Cfr. Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro.

²⁷⁴ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 169.

Uma das questões prementes era a irreversibilidade das nacionalizações que se manteve na revisão constitucional de 1982, norma notoriamente contrária à ideia de liberalização subjacente ao Direito Comunitário. Em 1988, por via da Lei n.º 84/88, de 20 de julho, já se vislumbrava um sinal de mudança quando se pretendeu transformar empresas públicas em sociedades anónimas, desde que se mantivesse a maioria de capitais públicos²⁷⁵

Efetivamente, a revisão constitucional de 1989²⁷⁶ centrou-se bastante na organização económica, tendo sido finalmente suprimida a regra de irreversibilidade das nacionalizações posteriores ao 25 de abril de 1974, bem como se aligeirou toda a parte II da Constituição, libertando os preceitos das menções ideológicas que ainda restavam da anterior revisão.

Nesta revisão constitucional, para além da neutralização ideológica operada, reduziu-se o papel do planeamento do desenvolvimento económico²⁷⁷, passando a prever-se as grandes opções do plano económico e social, retorno de terras expropriadas com alterações significativas na Reforma Agrária, e desaparece o objetivo de desenvolvimento da propriedade social. Estava, sem dúvida, aberto o caminho para um modelo de economia de mercado regulada, com a intervenção do Estado mas abrindo-se caminho à participação dos privados em vários sectores.

Após as nacionalizações e a criação dum Sector Empresarial do Estado pós 1974, estavam criadas as condições para a formação de monopólios estatais, com o Estado a estar presente na maioria dos sectores, mormente no sector produtivo não sendo, como sabemos, essa a vocação natural do mesmo. Era necessário preparar a mudança, uma vez que a modernidade e desenvolvimento não estava a surgir com este modelo intervencionista do Estado. Passava pela inclusão num mercado europeu – não apenas nacional – a alteração de paradigma económico²⁷⁸, devendo adaptar-se as regras do mercado às condicionantes europeias.

Ora, a ideia dum mercado único, associado às liberdades de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais²⁷⁹ não se compaginava com a existência de poderes de mercado, mesmo que detidos pelo Estado, que controlavam o funcionamento de determinados mercados. A existência de liberdade de concorrência era um pilar essencial para a construção do mercado comum. Era, pois, premente deixar a iniciativa privada funcionar, criando-se condições para mercados com atomicidade, fluidez e liberdade.

Assim, a revisão constitucional de 1989 permite a abolição da irreversibilidade das nacionalizações e remete para a elaboração de Lei-Quadro de Privatizações²⁸⁰. A Constituição

²⁷⁵ A Lei 84/88, de 20 de julho acabou por vir a ser considerada como o primeiro passo para as privatizações. Previa a transformação de empresas públicas em sociedades anónimas, mantendo, contudo, a maioria de capital público sem possibilidade de privatização de capital que tivesse sido nacionalizado. A administração das empresas deveria, também, ser maioritariamente pública.

²⁷⁶ Cujo processo foi, à semelhança do anterior, moroso e com os partidos a apresentarem projetos de revisão que foram apreciados na Comissão eventual constituída na Assembleia da República para o efeito. O Decreto de revisão era extenso, com 202 artigos de alterações que tiveram de ser apreciados até votação final global.

²⁷⁷ Pretendendo-se um distanciamento da figura dos planos de matriz marxista.

²⁷⁸ E, consequentemente, também social.

²⁷⁹ Estas eram as quatro liberdades que o Tratado de Roma previa e que sinalizavam a criação dum mercado comum que abrangesse a área territorial dos Estados-Membros, sem a existência de alfândegas e uma pauta aduaneira comum.

²⁸⁰ Após a alteração dos artigos 85º e 296º da Constituição, foi elaborada a Lei 11/90, de 5 de abril, Lei-Quadro das Privatizações onde se verteram os princípios e processo para as reprivatizações.

passa a admitir a privatização e fixa uma série de princípios a seguir no processo de reprivatização ou desnacionalização de empresas.

Atendendo à nova legislação em vigor, incluindo a Lei n.º 11/90, de 5 de abril (Lei-Quadro das Privatizações), as privatizações passam a realizar-se, em regra, por concurso público, oferta em bolsa de valores ou subscrição pública. Contudo, não se descarta a negociação direta ou concurso limitado com concorrentes previamente selecionados. Por motivos de credibilização, antes da privatização, as empresas deveriam ser submetidas a mais do que uma avaliação independente.

Mas a própria legislação acabava por acolher um regime misto, marcado por ideais sociais, pelo que prevê a manutenção de direitos dos trabalhadores das empresas “reprivatizadas”, bem como cria um mecanismo especial de subscrição de ações para os mesmos.

As privatizações tiveram ainda um efeito nas finanças públicas, sobretudo quando se liberalizam algumas “*public utilities*”, como as telecomunicações e eletricidade, cujas empresas eram duma dimensão considerável. De relevar, contudo, que constitucionalmente se consignaram as receitas resultantes das privatizações à amortização da dívida pública e do sector empresarial do Estado. Só era permitido o investimento de capital no sector produtivo.

Era o início do fim de alguns protecionismos que ainda persistiam, no sentido da liberalização de acordo com os padrões da Comunidade Europeia. O próprio sector empresarial do Estado acabou por se alterar²⁸¹ embora as novas empresas públicas que surgiram para abarcar os antigos serviços públicos compensando a espécie de esvaziamento que ocorreu aquando das privatizações²⁸².

Esta revisão constitucional trouxe para a Constituição alguns pontos que levam à liberalização irreversível ditada pela adesão aos princípios da Comunidade Europeia. Assim, note-se que o artigo 81º da CRP veio expressamente prever como tarefa prioritária do Estado o funcionamento eficiente dos mercados, garantindo a concorrência e reprimindo abusos de posição dominante ou práticas lesivas do interesse geral. E o artigo 86º n.º 1 previa a fiscalização, por parte do Estado, das empresas que prossigam serviços de interesse económico geral, prevendo, pois, que o mercado seria regulado. Aqui, a regulação seria ainda prosseguida pelo próprio Estado mas rapidamente se passa a fiscalização para entidades administrativas que foram, ao longo do tempo, aumentando a sua autonomia.

Em 1992, foi necessário fazer nova revisão constitucional que, geralmente é tida como meramente relevante por ter adaptado o necessário para a assinatura do Tratado de Maastricht, mormente o que se relacionava com o processo de integração comunitária mais concretamente a União Monetária. Mas em termos de regulação, esta revisão constitucional concretiza sobretudo uma nova era em matéria de política monetária. O Banco de Portugal deixa de ter o exclusivo da emissão de moeda e o Banco Central Europeu passa a deter competências decisivas em matéria também da regulação do sector financeiro.

²⁸¹ Releve-se o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, que criou regras de funcionamento do Sector Empresarial do Estado. O próprio conceito de empresa pública sofreu alterações passando a existir maior aproximação com conceitos de direito privado.

²⁸² De relevar que, constitucionalmente, ainda existiam sectores vedados à iniciativa privada, bem como se encontrava ainda em vigor a Lei de Delimitação dos Sectores (Lei n.º 47/77, de 8 de julho que só foi revogada completamente pela Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho.

Em 1997, dá-se a quarta revisão constitucional que, em matéria económica, traz duas grandes alterações.

Em primeiro lugar, a abertura generalizada de todos os sectores à iniciativa privada, tendo a nova Lei de Delimitação de Sectores – Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho – acolhido esta nova diretriz, prevendo que se manteriam públicos os sectores de abastimento de água, correios, transporte ferroviário e portos marítimos mas, mesmo assim, admitindo a concessão. A revisão constitucional veio, por isso, sublinhar o papel do Estado na garantia do interesse público, mesmo que o faça por via de regulação e fiscalização.

Em segundo lugar e na senda desta consolidação dum Estado tendencialmente regulador, o artigo 267º da CRP passa a prever a criação de entidades administrativas independentes para prosseguir, de forma o mais autónoma possível, objetivos de regulação sectorial.

Ora, é de relevar que existe a imposição constitucional do Estado garantir o funcionamento eficiente dos mercados mas também de promover a justiça social e garantir a defesa do interesse geral – Cfr. Artigo 81º da CRP. Existem, pois, estas limitações à própria intervenção do Estado nos mercados, pelo que a regulação económica deve ser desenvolvida não indiscriminadamente mas atendendo a estes objetivos.

Partimos desta análise constitucional para os pontos que nos parecem assumir relevância para o cenário atual da regulação em Portugal. Por um lado, haverá que escarpelizar se existe efetivamente na Constituição um modelo regulatório definido ou tendencial, atendendo às limitações existentes relativamente às tarefas e funções do Estado, ao papel do sector público e intervenção económica. Há que estabelecer também, claramente, a conjugação entre aquilo que tem sido a corrente de liberalização da União Europeia e sua extrema influência no quadro regulatório nacional, em especial pós intervenção da *troika*²⁸³ entre 2011 e 2014 que levou à alteração da intervenção direta do Estado em alguns sectores, alteração do regime das Entidades Reguladoras e alteração profunda da regulação financeira (fruto da crise de 2008 que afetou de sobremaneira o sector financeiro).

No que concerne ao primeiro ponto, há que atender à já anteriormente citada evolução da Constituição Económica que, em rutura ideológica, promoveu inicialmente um intervencionismo direto do Estado, com o movimento das nacionalizações de sectores produtivos, para passar para o atual sistema de maior liberdade e coexistência do sector público e privado, parecendo apontar para uma preferência pela atuação indireta do Estado. Vejamos:

De acordo com o disposto no artigo 9º alínea d) da CRP, é uma das tarefas fundamentais do Estado *“Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”*.

²⁸³ A 17 de Maio de 2011 foram assinados os Memorandos de Entendimento, sendo o mais relevante o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, que continham o acordo entre o Estado Português e o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. Ao conjunto destas três entidades vulgarizou-se chamar de *troika*. O MoU visava o equilíbrio das contas públicas e o aumento da competitividade em Portugal, como condição necessária para o empréstimo de 78 mil milhões de euros que estas três entidades concederam ao Estado Português. Este MoU revelou-se crucial nos destinos das políticas económicas e de finanças públicas. O Programa de Ajustamento prolongou-se por mais de três anos, tendo Portugal sido sujeito a avaliações periódicas sobre o cumprimento das medidas exigidas pela *Troika*.

A concretização desta tarefa está na parte II da Constituição, na Organização Económica, sobretudo nos artigos 80º e 81º da CRP, onde se consigna a coexistência do sector público, privado e sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção, bem como se consagra a liberdade de iniciativa e organização empresarial no âmbito duma economia mista.²⁸⁴ De referir ainda que o artigo 81º da CRP é perentório na defesa quer da coesão económica e social, impondo a promoção do bem-estar e redução de desigualdades, mas também designa como incumbência do Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de forma a garantir a concorrência, impedindo a formação de poderes de mercado e abusos de posição dominante, defendendo-se o interesse geral.

De referir ainda o artigo 61º da CRP define que a iniciativa privada é livremente exercida desde que dentro do quadro legal existente e respeitando o interesse geral. Aliás, o artigo 86º da CRP incumbe o Estado de incentivar a atividade empresarial privada mas de a fiscalizar no cumprimento de obrigações legais, em especial das que prossigam interesses económicos gerais.

Assim, atendendo meramente à atual redação da Constituição, não se vislumbram entraves à existência dum modelo regulatório indireto mas está salvaguardada a atuação direta do Estado quando se permite – ou mesmo impõe! – a existência dum sector público produtivo²⁸⁵. No atual contexto constitucional, parece-nos que o Estado tem ao seu dispor as ferramentas para atuar no mercado, de forma indireta ou direta, de acordo com a especificidade da situação, devendo, contudo, a fundamentação da sua intervenção ser por motivos de justiça ou eficiência de funcionamento do mercado.

Relevamos esta última afirmação, sobre a fundamentação²⁸⁶ da intervenção direta do Estado apoiando-nos no quadro normativo da União Europeia, à qual existe subordinação de facto. Isto porque a Constituição não prevê um princípio de subsidiariedade da intervenção económica pública mas também não impede que a intervenção direta do estado se limite ao necessário para defesa do interesse geral ou quando a intervenção pública direta é mais eficiente do que a iniciativa privada.

Em defesa desta adequada fundamentação da intervenção direta do Estado incluímos ainda o disposto no artigo 81º alínea f) da CRP uma vez que a imposição dum mercado concorrencial não exclui empresas públicas, ou seja, uma empresa pública a operar em determinado mercado deve sujeitar-se exatamente às mesmas regras regulatórias desse sector ou mercado.²⁸⁷

A própria evolução do texto constitucional e a prática tem vindo a reger-se pela progressiva “desintervenção” direta do Estado. Se na década de 80 do século XX se desenvolveram os monopólios estatais sobretudo no que concerne a sectores tradicionais de serviços públicos, progressivamente se verificou uma saída do Estado destes sectores²⁸⁸, tendo, inclusivamente,

²⁸⁴ Um dos desenvolvimentos do movimento de libertação da CRP da ideologia socialista que referimos anteriormente.

²⁸⁵ Neste sentido vejam-se Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p.141 e ss.

²⁸⁶ Pode discutir-se se será uma verdadeira limitação constitucional – cremos que não – mas sem dúvida que deve existir uma causa fundamentada da intervenção direta do Estado na Economia, sob pena de defraudar-se a evolução do texto constitucional que foi no sentido da liberalização e transparência.

²⁸⁷ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 145 e ss.

²⁸⁸ O programa de privatizações e reprivatizações dos anos 90 do século XX, disso são exemplo.

com a implementação das medidas do Programa de Ajustamento de 2011/2014 se verificado o desaparecimento de grande parte dos resquícios intervencionistas do Estado²⁸⁹.

Há contudo que referir que, a recente aquisição de capital da Transportadora Aérea Nacional efetivou uma intervenção direta do Estado na companhia considerada estratégica no mercado dos transportes, contrariando a até agora onda de privatizações²⁹⁰.

Parece, pois, que tem vindo a adotar-se tendencialmente e em larga maioria um modelo de Estado Regulador, preferenciando-se as intervenções indiretas do Estado, mormente por via de regulação sectorial.

Partimos, pois, para uma outra análise relacionada com a influência da União Europeia nesta vertente reguladora do Estado, bem como dois âmbitos onde encontramos alterações decorrentes da arquitetura regulatória europeia.

Assim, na senda dos ensinamentos de Giandomenico Majone²⁹¹, a Comunidade – e depois a União Europeia – tem vindo a funcionar como entidade supranacional com características idênticas a um verdadeiro “Estado” regulador, mesmo não o sendo formalmente. E, nesta função, tem vindo a assistir-se a uma alteração em que deixa de se privilegiar uma estabilização macroeconómica e redistribuição de riqueza, para se favorecer a reordenação das funções públicas de intervenção na economia.

O processo de construção da União Europeia favoreceu o progressivo desincentivo à intervenção direta do Estado na economia, mormente por via do desmantelamento dos monopólios públicos mesmo que em sectores de utilidade pública ou serviços de interesse geral.

Por outro lado, sendo uma estrutura supranacional, a União Europeia acabou por prosseguir uma ação indireta do Estado, por via de estruturas de regulação, sectorial e com autonomia. A própria União constituiu, como já referimos, diversas entidades sectoriais que foram emanando as normas regulatórias para os Estados-Membro que as acolheram e disseminaram. Ora, a estrutura supranacional acabou por condicionar a própria estrutura regulatória nacional, elegendo-se a forma de autoridades reguladoras, autónomas ou dotadas de ampla autonomia para prosseguir um modelo regulatório.

Retirar a intervenção da ação direta do Estado, tinha, também, um benefício orçamental de suma importância para as apertadas condicionantes orçamentais da União Monetária: não podia a União Europeia, por um lado, apertar as regras sobre déficits públicos e depois fomentar a despesa direta do Estado com a criação e sustento de intervenções diretas nos mercados.

No que concerne à regulação económica propriamente dita, existem duas vertentes a ter em conta²⁹²: i) a criação dum corpo regulatório para o desmantelamento dos monopólios públicos e criação e manutenção de mercados em concorrência; ii) normas de regulação que garantem um equilíbrio entre valores de mercado e valores relacionados com o interesse público, tais como a defesa da informação e dos direitos do consumidor.

²⁸⁹ Relevamos neste ponto a eliminação das *golden shares* ainda existentes. A medida 7.19. do MoU dispunha o seguinte: “O Governo eliminará as golden shares e todos os outros direitos estabelecidos por Lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que confiram direitos especiais ao Estado”

²⁹⁰ Que incluiu a venda do capital público dos CTT – Correios de Portugal, S.A., por exemplo.

²⁹¹ Cfr. Giandomenico Majone, “*La communauté européenne : un État régulateur*”, Montchrestien, 1996

²⁹² Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *Direito da Regulação da Economia*, Quid Juris - Sociedade Editora, 2017, p. 122.

Com estas características vincadas, o sistema português ficou absolutamente definido de acordo com a influência comunitária. E por isso mesmo, é de relevar duas vertentes atuais reveladoras dessa influência que surgem no pós crise 2008 e Programa de Ajustamento de 2011/2014, a saber, o enquadramento jurídico das entidades reguladoras independentes e a regulação financeira.

No que concerne às entidades reguladoras, as mesmas surgem acompanhando o movimento de privatização e progressivo desmantelamento de monopólios estatais. O Estado deixa de estar diretamente nos mercados, impondo as regras por ter uma posição de poder no mercado²⁹³ para passar a agir enquanto regulador. Contudo, mesmo essa regulação pretendia-se, quer por motivos de política europeia mas também razões internas de despolitização, dotada de elevada autonomia.

É que as privatizações levaram a que o Estado deixasse de estar presente diretamente no mercado, enquanto agente económico, grande parte das vezes produtor ou/e distribuidor de serviços, para passar a regular os sectores por via de figuras várias dentro da chamada administração indireta do Estado. Surgiram, de forma indiscriminada, Institutos públicos e entidades administrativas independentes com funções regulatórias, sendo este o primeiro passo para uma maior autonomização da função regulatória.

De facto, foi na década de 80 do século XX que aparecem, no plano nacional, entidades separadas organicamente do Governo e com funções de regulação. Tais entidades estão na génese das atuais Autoridades Reguladoras Independentes.

Podemos apresentar como exemplo o ICP – Instituto de Comunicações de Portugal, criado em 1981, bem como o ISP – Instituto de Seguros de Portugal, criado em 1982. Estas duas estruturas foram estruturas constituídas sob a forma de institutos públicos, com a tarefa de regular os sectores das comunicações e dos seguros. Detinham, para tal, autonomia reforçada em termos administrativos, financeiros e património próprio.

Na altura, revestindo a figura de institutos públicos com funções de regulação, tal pressupunha o exercício das suas atribuições no respeito pela superintendência exercida pelo ministério da área do sector regulado, estando, por isso, dependente da política económica seguida por determinado Governo. Por exemplo, a liberalização de determinados sectores – como as comunicações – que suscitasse dúvidas estava irremediavelmente dependente de decisão política. Aliás, vários são os exemplos de sectores que só foram verdadeiramente liberalizados por imposição do Direito Europeu.

De referir, a bem da verdade, que houve um o progressivo reforço da autonomia destes institutos públicos, concretizado através do regime de cessação de funções (por incapacidade, incompatibilidade superveniente, renúncia ou falta grave, de impedimentos etc., passando este poder de superintendência a ser sobretudo um poder sobre a aprovação de atos orçamentais, como os relatórios de e as contas anuais.

²⁹³ Quando falamos de poder de mercado referimo-nos aos monopólios que se formaram em determinados sectores chave, das *public utilities*, mas também da intervenção do Estado com participações determinantes em empresas, mormente por via de *Golden Shares* que permitiam um peso determinante na administração das empresas. Também o facto de estarmos a falar do Estado, que detêm poderes de autoridade, caso fosse manifestada alguma direção ou política a seguir em determinado sector certamente tal era sentido pelos restantes *players* como obrigatoriedade.

Concomitantemente, surgiram entidades dotadas de autonomia que podiam ser caracterizadas como verdadeiras entidades administrativas independentes como, por exemplo, a Alta Autoridade para a Comunicação Social (1989) em que a própria Constituição da República Portuguesa previa que a mesma teria autonomia. Contudo, tal situação era confusa, pois o legislador não tinha nenhuma orientação para fazer nascer entidades administrativas independentes na Constituição.

Este facto apenas fez surgir mais uma complicação. Se a CRP prevê a criação de algumas entidades administrativas independentes então as que fossem criadas por legislação ordinária seriam inconstitucionais? Ou seja, a base legal da criação destas entidades foi, durante muito tempo, questionada.

Acresce que o surgimento destas entidades dotadas de autonomia foi feito sem grande escrutínio, ou seja, as mesmas surgiam quando, da forma e com os poderes que interessavam para determinado fim.

Ora, já o debate doutrinal ia sendo feito quando, na revisão constitucional de 1997, o artigo 267º n.º 3 veio consagrar a possibilidade de o legislador criar entidades administrativas independentes e terminar com a polémica sobre a suposta tipicidade constitucional.

Certo é que o legislador constitucional acabou simplesmente por dar uma autorização genérica ao legislador, dizendo apenas que *“A Lei pode criar entidades administrativas independentes”*, não se dando quaisquer pistas sobre limitações de poderes, finalidades ou formais²⁹⁴.

Aqui chegados, o panorama que passou a existir foi a criação de entidades reguladoras ou com competências regulatórias um pouco *“a la carte”*. Existiam casos em que se mantinha na administração central parte das áreas reguladas²⁹⁵, não existindo, nesses casos, verdadeira independência ou a abrangência de matérias reguladas que deveria.

Aquando da criação da Autoridade de Concorrência, em 2003, curiosamente foram listadas as entidades consideradas como reguladores sectoriais. Esta listagem, para além de não ser necessariamente finita e ser exemplificativa, apenas veio demonstrar a variedade de situações que existiam, quer em termos formais mas até nas finalidades de regulação.

A ideia duma lei-quadro das entidades reguladoras já havia sido tentada desde 2002, num anteprojeto que já previa requisitos de independência e com requisitos de criação e funcionamento que fossem comuns²⁹⁶.

²⁹⁴ Incluindo no que concerne ao tipo de ato legislativo que aqui está em causa. Isto porque se aparentemente se pretendia que fosse uma reserva parlamentar a criação destas entidades, o certo é que o artigo não esclarece. E não se esclarecendo nos artigos 164º e 165º da CRP nada relativamente a esta matéria, maior dificuldade há em manter exclusivamente na esfera da Assembleia da República a criação destas entidades.

²⁹⁵ Maria Eduarda Azevedo in *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, refere como exemplos desta situação a ERSE, em que as direções gerais de energia mantinham poderes regulatórios, ou o IMTT, em que a supervisão relativa a inspeção de veículos e emissão de licenças de condução se mantinha no âmbito da Direção Geral de Viação.

²⁹⁶ Falamos em concreto do Estudo e Projeto de Lei-quadro, da autoria de Vital Moreira e Fernanda Maças, projeto esse que chegou a ser publicado pela revista *Direito Público e Regulação*, n.º 4, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, 2003.

Contudo, somente aquando do Programa de Assistência Económica e Financeira, em 2011 é que se recuperou a ideia duma Lei-quadro²⁹⁷. E desta feita muito por força da Comissão Europeia que, nessa altura, já era fortemente a favor de uma estruturação de política de regulação unitária.

As exigências das instâncias internacionais – com especial ênfase para a Comissão Europeia – foi determinante para que o Governo de então elaborasse uma proposta que acabou por dar origem à Lei-quadro n.º 67/2013, de 28 de agosto, alterada pela Lei n.º 12/2017 de 2 de maio.

Em linhas muito genéricas²⁹⁸:

- i) A Lei-quadro das Entidades Reguladoras²⁹⁹ não se aplica a todas as entidades reguladoras constituídas, tendo o artigo 3º da Lei n.º 63/2013 enumerado expressamente as entidades que deveriam adaptar-se a estas novas regras, deixando também expressamente fora do âmbito de aplicação desta Lei o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social³⁰⁰, bem como o artigo 1º traz mais uma limitação pois o objeto da Lei-Quadro não abrange toda e qualquer entidade administrativa independente, deixando-se de fora, entidades como a Comissão Nacional de Eleições ou a Comissão de Proteção de dados;
- ii) Conforme disposto no artigo 3º (natureza e requisitos) da Lei-Quadro, as entidades reguladoras são pessoas coletivas de direito público, pelo que a sua criação, extinção e fusão depende de lei - Cfr. artigos 7º e 8º - aqui entendida em sentido amplo;
- iii) Só podem ser criadas entidades reguladoras independentes para a prossecução de *"atribuições de regulação das atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo"* – Cfr. Artigo 6º n.º 1.
- iv) Relativamente à criação de novas entidades reguladoras, as mesmas só podem ser criadas após realização de estudo que comprove a sua necessidade e interesse público que deve clarificar os efeitos sobre atividades económicas dos sectores em que atuem, consequências para os consumidores e implicações financeiras e de funcionamento para o Estado – Cfr. Artigo 6º n.º 4;

²⁹⁷ A medida constava do ponto 7.20 do MoU, não de forma expressa no que concerne à necessidade duma lei-quando mas antes promovendo primeiro uma análise independente e depois uma maior autonomia das entidades reguladoras. Transcreve-se aqui a medida:

"7.21. Garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades. [T1-2012] Nesse sentido:

- i. *Elaborar um relatório independente (por especialistas reconhecidos internacionalmente) sobre as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da atividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência; [T4-2011]*
- ii. *Com base no relatório, apresentar uma proposta para implementar as melhores práticas internacionais identificadas, a fim de reforçar a independência dos reguladores onde necessário e em plena observância da legislação comunitária. [T4-2011]"*

²⁹⁸ Remetemos para fase mais avançada do presente trabalho análise mais pormenorizada.

²⁹⁹ Que, refira-se desde já, não tem valor reforçado e por isso não se sobrepõe à regulamentação específica de cada entidade.

³⁰⁰ Tal exclusão deve-se ao facto de ambas terem um regime constitucional próprio, nos artigos 39º e 102º ambos da CRP, com finalidades, objetivos e regulamentação própria.

- v) De relevar ainda que a independência – transversal ao diploma – não deve revelar-se apenas “de cima para baixo”, ou seja, na autonomia face ao Governo mas também na autonomia entre entidades reguladoras e face aos regulados, com vista à prevenção da “captura” do regulador quer de poderes políticos ou de interesses dos regulados. Contudo, a independência face ao Governo aparece em várias passagens como garantida mas tanto o artigo 9º como o artigo 45º preveem alguma intervenção governamental mesmo que meramente residual;
- vi) O mandato dos titulares dos órgãos de Administração tem a duração de seis anos não renováveis – artigo 20º - e a remuneração dos membros do CA é definida pela Comissão de Vencimentos cuja composição provém de maioria governamental, conforme dispõe o artigo 26º. Como referência na fixação de valores é tido em conta o vencimento do Primeiro-Ministro, como sucede, por exemplo, em organismos públicos.
- vii) No que concerne ao regime orçamental podemos ter três regimes orçamentais: I) o regime de autonomia orçamental plena - Cfr. artigo 33º n.º 1; II) o regime de autonomia orçamental semiplena – Cfr. artigo 33º n.º 2; iii) o regime sem autonomia orçamental, ou seja, dependente de verbas públicas;
- viii) Também ainda no âmbito financeiro, há que relevar que é aplicável às entidades reguladoras independentes o regime de jurisdição do Tribunal de Contas e o regime de inspeção e auditoria dos Serviços do Estado – Cfr. artigo 5º n.º 3 alíneas d) e e).
- ix) No que concerne às receitas, além das previstas no artigo 36º n.º 2, alíneas a) a d), podem constituir receitas próprias, nos termos da alínea e) - "outras receitas, definidas nos termos da lei ou dos estatutos" - por exemplo, o produto da venda de bens e prestação de serviços, o rendimento decorrente de bens próprios e doações (embora sujeitos a autorização prévia, nos termos do artigo 45.º, n.º 4), ou aplicações financeiras.
- x) Acrescentamos ainda que as entidades reguladoras independentes, estão sujeitas ao regime de contratação pública e ao regime de responsabilidade civil do Estado – Cfr. artigo 5º n.º 3 alíneas a) e b).

Muito embora exista um parâmetro para a criação e funcionamento das Autoridades Reguladoras, cada autoridade tem depois os seus estatutos, onde se detalham as funções em concreto.

De facto, a existência desta uniformização apenas veio confirmar um modelo cada vez mais autónomo relativamente à função regulatória. Não impede, contudo, que a intervenção do Estado se possa efetuar por via direta³⁰¹ intervenções mas padroniza a estrutura independente que deve utilizar-se na regulação indireta.

No que concerne à Regulação do Sector Financeiro, efetivamente as mudanças operadas no pós crise de 2008 e 2011 levou a uma nova arquitetura do sistema europeu de regulação e supervisão, com consequências nos sistemas nacionais.

Não se pretende uma exposição exaustiva³⁰² mas parece-nos ser de relevar alguns aspetos que demonstram, sobretudo, uma evolução e adaptação do sistema às condicionantes do mercado.

³⁰¹ Nem podia pois constitucionalmente deve existir um sector público, uma detenção de meios produtivos também por parte do Estado.

³⁰² Uma vez que o tema do presente trabalho não se coaduna com uma exposição exaustiva sobre a regulação especificamente do sector financeiro.

De relevar que o sistema financeiro abrange três áreas: seguradoras e fundos de pensões, a banca, e valores mobiliários. A regulação do sector financeiro abarca as três áreas, incluindo aquelas empresas que efetuam *cross-selling*, os chamados conglomerados financeiros.

A regulação do sector financeiro pode ser abordada atendendo um sentido amplo de regulação – abrangendo aqui atividades de regulamentação, supervisão, de garantia de implementação das normas e a aplicação de sanções – ou em sentido mais estrito, mais relacionado com regulamentação ou definição das condições normativas de funcionamento das atividades reguladas, no cumprimento de uma função de orientação do sistema ou como atividade de estabelecimento de regras, que garanta o equilíbrio de um determinado sistema ou mecanismo³⁰³.

No que concerne à supervisão, a mesma pode ser considerada como o controlo da aplicação ou cumprimento das regras³⁰⁴.

Analisemos sucintamente as evoluções que existiram relativamente a cada uma das áreas:

a) Banca

No que concerne à regulação da atividade bancária³⁰⁵, a mesma consiste no corpo normativo aplicável ao à constituição das instituições de crédito, o seu funcionamento e a sua atividade.

A evolução da regulação bancária tem vários pontos de referência, sendo de relevar para Portugal a Segunda Diretiva de Coordenação Bancária que consagrou o princípio do reconhecimento mútuo no âmbito da liberdade de prestação de serviços bancários e que levou à publicação Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o RGICSF (DL 298/92 de 31 de dezembro) é o diploma central aplicável às instituições de crédito e sociedades financeiras.

Depois há que relevar a criação do Mercado único em 1993 iniciando-se o período de integração cujo momento determinante foi adoção do Euro como moeda única.

Em julho de 1998 foi instituído o Sistema Europeu de Bancos Centrais constituído pelo BCE e pelos Bancos Nacionais de todos os Estados-Membros da UE, independentemente de terem adotado, ou não, o euro.

A ideia de regulação prudencial surge associada a Basileia II de onde resultaram três pacotes regulatórios que convencionaram a exigência de capitais mínimos das instituições financeiras, o fortalecimento da supervisão bancária e a autorregulação alicerçada numa maior transparência por parte das instituições financeiras. Mas foi com Basileia III, em 2010, que se pretendeu aperfeiçoar formas de minimizar impactos das crises financeiras e económicas.

No ano seguinte, em 2011, surge a Autoridade Bancária Europeia (EBA) cujos objetivos consistem em defender a estabilidade financeira na EU, garantir a integridade, a eficiência e o bom funcionamento do sector bancário.

³⁰³ Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013

³⁰⁴ Cfr. Luis Guilherme Catarino, *“Regulação e Supervisão dos Mercados Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes”*, Almedina, 2010

³⁰⁵ Cfr. Luis Guilherme Catarino, *“Regulação e Supervisão dos Mercados Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes”*, Almedina, 2010

Ora, claro se torna que a entidade reguladora do sector bancário é o Banco de Portugal que emite avisos ou instruções que complementam as regras do RGICSF - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. E, no que respeita à supervisão, também o Banco de Portugal se rege de acordo com a política do Sistema Europeu de Supervisão Financeira, mormente CERS e Autoridade Bancária Europeia.

Isto porque o Banco de Portugal tem também competências de supervisão comportamental e prudencial.

No que concerne à supervisão comportamental, compete ao Banco de Portugal a averiguação, de forma contínua, da conformidade da atuação das instituições com deveres de conduta e de informação. O objetivo da supervisão comportamental é o de *“garantir a transparência de informação prestada pelas entidades supervisionadas aos seus clientes na comercialização de produtos e serviços bancários, assegurar o cumprimento do quadro normativo destes produtos e serviços e, deste modo, contribuir para a eficiência e para a estabilidade do sistema financeiro”*³⁰⁶.

Quanto à supervisão prudencial, que é uma atividade preventiva de avaliação da idoneidade, estabilidade e solvabilidade das instituições financeiras, a mesma divide-se em supervisão macroprudencial e microprudencial³⁰⁷.

A primeira, associada ao Mecanismo Único de Supervisão³⁰⁸, pretende uma estabilidade do sistema em geral, sendo a supervisão microprudencial padrões a serem averiguados em cada instituição. O Banco de Portugal tem, pois, competências de supervisão para que consiga não só analisar cada “árvore” mas também a “floresta”.

b) Seguros e Fundos de pensão

A atividade seguradora é uma das áreas mais reguladas pelo Direito da União Europeia. Existem mais de quatro dezenas de diretivas europeias que foram integradas no direito nacional e que espelham as liberdades de estabelecimento e prestação de serviços.

De relevar os dois conjuntos de diretivas – Pacotes Solvência I e II³⁰⁹ - que regularam o acesso e o exercício da atividade seguradora e resseguradora, formando *grosso modo* o novo quadro de regulação e supervisão europeu.

O Instituto de Seguros de Portugal, criado pelo Decreto-Lei n.º 302/82³¹⁰, teve de se ir adaptando a estas alterações, bem como o Regime Geral da Atividade Seguradora sofreu, desde a sua criação em 1994, as alterações sucessivas decorrentes da transposição das sucessivas diretivas europeias³¹¹.

³⁰⁶ Cfr. www.bportugal.pt

³⁰⁷ Cfr. Luis Guilherme Catarino, *“Regulação e Supervisão dos Mercados Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes”*, Almedina, 2010

³⁰⁸ Este Mecanismo Único de Supervisão (MUS) é um sistema que envolve o Banco Central Europeu e os Bancos nacionais, nos quais se inclui o Banco de Portugal. O MUS é um dos pilares da União Bancária, em conjunto com o Mecanismo Único de Resolução e Sistema Comum de Garantia de Depósitos. O MUS assenta num modelo de supervisão com critérios qualitativos e quantitativos.

³⁰⁹ Diretivas 2002/12, 2002/13 e 2009/138

³¹⁰ Que extinguiu, por sua vez o Instituto Nacional de Seguros e a Inspeção Geral de Seguros.

³¹¹ Em 1998, por exemplo, a transposição da Diretiva 95/26/CE obrigou a uma alteração substancial do RGAS porque o mesmo não previa quaisquer medidas sancionatórias.

Por força da Lei-quadro das Entidades Reguladoras, Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, o Instituto de Seguros de Portugal teve de adaptar os seus estatutos³¹², passando a designar-se Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão, sendo responsável pela regulação, supervisão prudencial e comportamental da atividade seguradora, resseguradora, dos fundos de pensões e respetivas entidades gestoras e da mediação de seguros.

O Pacote Solvência II, constante na Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 2009/138/CE, de 25 de novembro, que regula o acesso e o exercício da atividade seguradora e resseguradora, bem como as regras de supervisão, assentava em três pilares: i) requisitos quantitativos associados ao capital de solvência e capital mínimo; ii) requisitos qualitativos associados à governação, controlo interno e gestão de risco; iii) requisitos de transparência e de obrigação de reporte às autoridades de supervisão.

Esta Diretiva apenas se tornou plenamente aplicável com a Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro que traz um novo Regime Geral da Atividade Seguradora, sendo a Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensão a entidade competente para supervisionar as empresas de seguros e mediadores de seguros e os fundos de pensão, cumprindo ainda a aplicação de medidas sancionatórias quando necessário.

c) Mercado dos valores Mobiliários

Existia desde 1992 o Código dos Valores Mobiliários que continha as normas base do direito dos valores mobiliários, pensado no contexto da integração nas Comunidades e na liberalização dos mercados dos valores mobiliários que eram, até então, detidos pelo Estado. Nessa altura foi criada a Comissão dos Valores Mobiliários para ser responsável pela regulação e supervisão dos mercados que passam a ser propriedade e gestão de associações de bolsa.

Contudo, a crise de 2008 despoletou questões de regulação dos mercados não só pelo desastre da especulação bolsista que levou à queda de diversos bancos mas sobretudo porque tal representou o pináculo de décadas de desregulação e políticas económicas liberais. A crise dos mercados bolsistas é, talvez, o mais moderno exemplo de completa desregulação ou falta de regulação adequada ao cenário existente.

Face à situação caótica em que se mergulharam os mercados bolsistas pós crise do *subprime*, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial ou o *Financial Stability Board* encetaram esforços para a criação de novas medidas de estabilização dos mercados e de contenção de risco.

O Comité de Basileia for *Banking Supervision* criou novos requisitos prudenciais a implementar até 2018, o que levou a União Europeia a legislar também³¹³, e que provocou uma contração na concessão de crédito, em virtude das exigências de recapitalização e de constituição de reservas de liquidez, bem como a necessidade de contribuição para o *Single Resolution Fund*.

A Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários é a entidade reguladora do mercado mas também assegura a supervisão do mercado e seus agentes. É uma supervisão técnica, especializada uma vez que os produtos financeiros têm vindo a caracterizar-se como cada vez mais complexos. E uma vez que se pretende a estabilidade do sistema financeiro, a Comissão do

³¹² Cfr. Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro.

³¹³ No caso concreto a *Capital Requirements Directive* para os bancos.

Mercado dos Valores Mobiliários tem exercício as suas funções em estreita colaboração com o Banco de Portugal.

Podemos sintetizar que a regulação do sistema financeiro assenta sobretudo em pilares de regulação e supervisão prudencial e comportamental. De relevar, porém que continua a existir uma certa opacidade no mecanismo uma vez que as mesmas entidades que têm funções regulatórias também são supervisoras.

Em resumo, deixamos um quadro representativo do atual sistema:

O Modelo de Supervisão Português			
Autoridade de supervisão	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários	Banco de Portugal	Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões
Âmbito de supervisão	Mercados de valores mobiliários e instrumentos financeiros derivados de actividade dos agentes que neles actuam	Instituições de crédito e Sociedades financeiras	Actividade seguradora e resseguradora
Segmento de mercado	Financeiro	Bancário	Segurador
	Supervisão Horizontal	Supervisão Vertical	Supervisão Vertical

Fonte: www.apb.pt

Da exposição que se fez, conclui-se que em Portugal, tal qual se passou noutros países, a intervenção do estado na economia e os modelos regulatórios variaram de acordo com a ideologia vigente, sendo que, na Europa, mormente nos países da União Europeia, vigora uma cascata regulatória, com uma característica supranacional, que prolonga efeitos nos Estados-Membros.

Se nos Estados Unidos da América o pendor regulatório se fez sentir muito cedo, com breves passagens por um pendor mais “paternalista” do Estado, a Europa, berço do Estado Social, modelou o intervencionismo do Estado num eixo de eficiência vs. justiça, entre um bem-estar³¹⁴ e o ajuste das falhas de mercado.

A modelação da regulação, mormente da europeia, revela-se muitas vezes ambígua quando impõe regras concorrenciais que ombreiam com imposições de “mínimos” de garantia de bens ou serviços de interesse geral. Não raro se encontra na regulação sectorial a imposição de desmantelamento de intervenções diretas do Estado, exigência de atonicidade com agentes privados, transparência e acessibilidade da informação mas também barreiras ou imposições para entrada ou permanência dos agentes no mercado, imposições de serviços de acesso

³¹⁴ Leia-se como fim, como uma política socioeconómica. Mais adiante falaremos sobre a necessidade de conceção do bem-estar enquanto, também, motivo de intervenção eficiente do Estado.

universal, imposição de preços controlados para consumidores de baixos rendimentos ou serviços mínimos obrigatórios a serem prestados.

É, por isso, de fulcral interesse aprofundar a motivação para a intervenção do Estado na Economia.

Capítulo 2 – Fundamentação da Intervenção do Estado na Economia

Passámos em revista os modelos que, ao longo do tempo, foram prevalecendo relativamente à intervenção do Estado na economia, tendo feito a distinção entre um Estado Liberal, um Estado Social e, finalmente, um Estado denominado Regulador³¹⁵. De relevar que a cada momento histórico a intervenção do Estado moldou-se de acordo com a ideologia prevalecente e condições socioeconómicas. As escolhas que o Estado foi fazendo estiveram coartadas não só pela condição política mas também pelas exigências sociais decorrentes das crises financeiras, guerras e demais eventos com peso económico.

No presente capítulo faremos o percurso pelos fundamentos subjacentes à intervenção do Estado na economia. Quando aqui nos referimos a fundamento, há que tomar o sentido também de causa e motivação: a função que a intervenção visa³¹⁶ mas também a motivação que o próprio Estado tem para efetuar a intervenção.

A ideia subjacente prende-se com uma exploração, sem ter ainda preocupações com a fisionomia dos sistemas regulatórios ou fixação dos conceitos inerentes, do que impulsiona o Estado a intervir na economia quando, à partida, a sua génese não é mercantilista. O impulso do Estado em interferir com os mecanismos de mercado estarão, à vista desarmada, conectados com a perseguição de políticas. Contudo, viajaremos pelos fundamentos que vão aliar à função executiva, jurisdicional e legislativa do Estado um ímpeto corretor, balanceador também na economia.

Tomamos aqui o ponto dos problemas que impulsionam a intervenção pública. Posteriormente e em capítulo subsequente iremos apontar para a análise dos mecanismos de correção.

2.1. Introdução

O modelo de mercado concorrencial prende-se com o ideário da concorrência perfeita, caracterizada pelas particularidades de atomicidade, fluidez e liberdade de entrada e de saída do mercado. A este modelo são atribuídas vantagens, no funcionamento, na eficiência, na produção de bem-estar³¹⁷. Contudo, todas as vantagens que podem ser apontadas ao mercado

³¹⁵ Veremos ainda o que alguns autores designam de Estado Garantia.

³¹⁶ Aqui atendemos àquilo que será o resultado final da intervenção.

³¹⁷ Recorde-se alguns dos básicos demonstrativos dos benefícios do mercado de concorrência perfeita: i) ausência de agentes que controlem o sistema de preços ou quantidades do mercado; ii) informação transparente e acessível; iii) Homogeneidade dos bens; iv) factor preço como único diferenciador do mercado; v) ausência de barreiras no acesso ou saída do mercado; vi) formação e prática de preço e quantidade equilíbrio que permite a maximização do excedente total; vii) convergência para a escala mínima de eficiência e lucro normal...entre outras características.

concorrencial não apagam o facto de existir falhas de funcionamento do mesmo, que geram ineficiências e não poucas vezes injustiças. É aqui que geralmente o Estado é impelido a intervir.

Desde os clássicos que se admitia³¹⁸ que o estado poderia intervir no funcionamento dos mercados. Contudo, tal decorria sobretudo de casos em que existissem perturbações externas que impedissem o mercado de convergir para um equilíbrio.

Os Institucionalistas acabam por refletir sobre se as falhas do mercado não serão intrínsecas ou até mesmo características do próprio mercado.

As falhas de mercado, “(...) *que abarcam todo o tipo de perdas de eficiência resultantes do funcionamento espontâneo do mercado, em especial as relacionadas com a imposição de custos aos agentes de mercado por força de entraves à concorrência ou à inovação*”³¹⁹, quando detenham relevância suficiente, são o motivo primordial para a intervenção do Estado nos mercados, desta feita não para dirigir mas antes para emendar estas falhas.

Ora, o jogo de soma positiva subjacente ao mercado concorrencial, à partida, resolve eficientemente as necessidades dos agentes. Aliás, a ideia de jogo de soma positiva acarreta o benefício da troca para os agentes do lado da oferta e da procura³²⁰, gerando, por isso, acréscimo de bem-estar para ambos os agentes. Se assim é, presumindo-se a existência de liberdade nas trocas, o funcionamento do mercado de forma concorrencial, gera naturalmente a satisfação das necessidades dos agentes, maximizando-se o bem-estar individual por via do incremento dos excedentes do produtor e consumidor³²¹, bem como a soma dos benefícios individuais leva ao aumento do bem-estar geral.

A dimensão do conceito de bem-estar ou bem-estar social, deve ser percecionada atendendo a dois aspetos que nem sempre são de análise dissociável:

- a) Por um lado, a maximização do bem-estar enquanto fim do funcionamento do mercado. Neste campo, a medida do bem-estar social encontra-se via excedente total, ou seja, a soma do excedente do consumidor e do excedente do produtor. Um mercado eficiente será o que promove a maximização do bem-estar sem que existam perdas absolutas de bem-estar (*deadweight loss*) ou perdas relativas de bem-estar que afetem o excedente total. Não existe aqui preocupações na forma como está distribuído o excedente entre produtor e consumidor mas apenas a maximização do mesmo³²².

³¹⁸ O próprio Adam Smith admitia que o Estado poderia intervir no mercado em atividades em que os privados não tivessem interessados ou em situações de protecionismo nacional.

³¹⁹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 54 e ss.

³²⁰ A vantagem das trocas é medida atendendo ao bem-estar provocado pela mesma, medindo-se os excedentes do consumidor e do produtor. Aplicando-se um mecanismo de racionalidade, a troca apenas se justifica quando, num ambiente de liberdade, os dois lados obtêm um nível de satisfação combinada superior ao ponto de partida. Será um jogo de soma zero caso a satisfação de um lado equivale à diminuição da posição do outro.

³²¹ Não será demais recordar aqui que o *excedente total* é o valor agregado da diferença que separa a disposição de pagar dos compradores daquilo que eles pagam – *excedente do consumidor* - e da diferença entre a disposição de vender e o que os vendedores efetivamente recebem – *excedente do produtor*.

³²² Seguimos na mesma linha que Marco Capitão Ferreira, em “*Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?*”, que, a propósito da não preocupação com a distribuição do excedente entre consumidor e produtor, afirma que “*Aspecto em que bem se reflecte a origem deste tipo de formulações, que se podem reconduzir ao “ótimo de pareto” que apenas reflecte a eficiência atingida, não o grau de justiça subjectiva da mesma.*” O autor refere, a nosso ver bem, que o facto do ótimo

- b) Outra vertente é descortinar a forma como esse bem-estar social é distribuído.

Ora, enquanto na primeira vertente o Estado intervém como corretor de falhas de mercado mas enquanto agente neutro, na segunda vertente a intervenção do Estado pode ser reflexiva atendendo às políticas públicas.³²³

Efetivamente, uma abordagem quantitativa do bem-estar apenas diz respeito à maximização de resultados, ou seja, que o total de satisfação tenha aumentado, independentemente da divisão interna desse bolo de satisfação. Não estamos, neste campo, a ponderar questões de justiça, se a divisão do bem-estar é mais ou menos igualitária e que repartição de incrementos de bem-estar se visam.

A atuação do Estado pode, pois, visar a correção de falhas de mercado que influenciam a eficiência do funcionamento do mesmo ou visa a correção de resultados distributivos do mercado tendo em vista imperativos de justiça.

Ora, a atuação do Estado pode ter uma amplitude variada. Pode ter uma interferência com os mecanismos de mercado a ponto de os planificar, sendo uma intervenção mais massiva e profunda, pode passar por intervenção direta enquanto agente produtor ou prestador de serviços, ou então apenas interfere no mercado para cobrir a necessidade de bens públicos ou redistribuição de riqueza.

Esta amplitude de atuação está necessariamente relacionada com as alterações do próprio Estado moderno que já fomos assinalando. E é esse recordatório que faremos para depois explorar as funções “musgravianas” do Estado que nos ajudarão a melhor compreender a intervenção pública.

2.1.1. Teorias Económicas sobre o papel do Estado – Breve Síntese

O padrão económico da concorrência perfeita, com as características da atomicidade, fluidez e liberdade de entrada e saída do mercado por parte dos agentes, traz-nos também à colação o circuito real entre mercado dos produtos e mercado dos factores, as empresas e as famílias.

Na “economia de mercado”, existem dois tipos de mercados:

- a) Mercado dos produtos, composto pelos bens e serviços que são os produtos finais – *outputs* - da atividade económica, aqueles que irão satisfazer diretamente as necessidades. Neste mercado dos produtos as famílias vão abastecer-se de produtos, pelo que são neste mercado consumidores (procura) e as empresas são os produtores, os que fornecem os produtos (oferta);
- b) Mercado dos factores, que também são bens e serviços mas, desta feita entregues no ponto inicial do ciclo de atividade – *inputs* – consistindo sobretudo nos tradicionais factores de produção terra, trabalho e capital. É o mercado das matérias-primas, onde

paretiano não contemplar a questão da repartição ou redistribuição permite isolar considerações de redistribuição das considerações sobre eficiência.

³²³ Contudo, tal vertente não está liberta de análises de eficiência. Exemplo disso é a ideia de eficiência “alocativa” dos mercados em que o benefício social marginal da última unidade produzida iguala o custo social marginal. Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, citando Jeffrey Church.

as empresas são a procura para otimizar, coordenar e transformar nos futuros produtos finais. No mercado dos factores as famílias são, desta feita, oferta, nomeadamente oferecem a sua força de trabalho.

A este ciclo ou fluxo real da atividade económica corresponde ainda um contrafluxo monetário ou de pagamentos, por via do preço dos produtos e bens fornecidos/ vendidos, que pode traduzir-se no pagamento dos bens e serviços, rendimento dos factores produtivos e remuneração dos factores produtivos.

Ora, este fluxo real da atividade económica apenas contempla dois grandes intervenientes nos mercados de factores e de produtos, a saber, as empresas e as famílias. Contudo, quando ocorrem as falhas de funcionamento do mercado, falhas essas que sejam relevantes, sucede a intervenção dum terceiro interveniente que é o Estado.

A amplitude dessa intervenção e tipo de intervenção varia de acordo com o sistema económico e político vigente. Conforme já tivemos oportunidade de *supra* referir, assume relevância saber-se, por exemplo, se existe e de que forma é tratada a propriedade privada ou propriedade coletiva dos meios de produção. Isto porque o papel do Estado vai necessariamente ser diferente “(...) numa economia planificada em que a propriedade dos principais meios de produção é pública, como aconteceu no caso das economias de direcção central dos países do leste europeu, uns a partir de 1917 outros de 1945, até finais da década de 80. Outra coisa é considerar o papel do Estado em economias capitalistas mistas em que a maior parte dos meios de produção é privada, mas em que a par do mercado existe um importante sector público”.³²⁴

Para falarmos sobre intervenção do Estado na economia, partimos do pressuposto que estamos perante economias mistas, em que as decisões de produção, distribuição e consumo estão entregues tendencialmente aos privados mas é deixado ao sector público, ao Estado, atribuições mais ou menos amplas na vivência económica.

A análise que ora se pretende fazer está mais conectada com a parte económica das teorias sobre o papel do Estado. Como já se referiu amiúde, o papel do Estado e sua influência na economia tem uma ligação estreita com as políticas socioeconómicas que foram aparecendo acompanhando o surgimento do Estado Moderno: não podemos desconectar as concepções sociais, políticas e económicas do Estado dentro da ideia de economia mista. Optamos, agora, no sentido de termos padrões mais limitados, por uma análise que implique três vertentes: i) justificação para a existência do Estado; ii) dimensão “ideal” do sector público; iii) composição “desejável” da despesa pública.

Assim, vamos centrar-nos em três concepções do Estado numa economia mista³²⁵ e analisar as vertentes acima descritas em cada uma dessas concepções:

a) Estado Mínimo ou Estado Liberal

São pressupostos desta concepção de Estado Mínimo que os mercados funcionem com uma intervenção ou peso do sector público reduzido à provisão de bens públicos necessários ao próprio funcionamento do mercado. Ou seja, o Estado apenas terá de garantir as condições para o funcionamento do mercado, garantindo a defesa e segurança interna, leis, tribunais e

³²⁴ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 21 e ss.

³²⁵ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 21 e ss.

administração da justiça, e fornecer infraestruturas indispensáveis ao desenvolvimento económico.

Posto isto, assume-se a premissa de que existe uma clara definição e defesa dos direitos de propriedade, existe paz e estabilidade social para que haja relações contratuais estáveis e livre circulação de pessoas e bens.

A defesa dum Estado com intervenção mínima teve – e ainda tem! – vários defensores que, pelo momento temporal em que se inseriram, acabaram por ser progressistas ou conservadores. Destacamos, por isso mesmo, duas grandes vertentes, em momentos históricos diferentes, em que se defendeu um Estado Mínimo.

Primeiro a Escola Inglesa, em particular com Adam Smith, que durante o Sec. XVIII e meados do Séc. XIX, defendeu que os governantes – em particular, o “príncipe”, referindo-se obviamente ao monarca – não deve interferir com as atividades produtivas da população. A ideia de interferência mínima do Estado no funcionamento de mercado é primordial: Stuart Mill vem dizer que o *laissez-faire* deve ser a regra, a prática geral, que apenas deve ser afastada em caso de um bem melhor.

Esta interferência mínima deveria abarcar não só a tributação das atividades económicas³²⁶ mas também a circulação das mercadorias e factores produtivos. Claro está que, subjacente a esta ideia estava o *utilitarismo* em que o bem-estar duma sociedade era identificado como o bem-estar agregado de todos os indivíduos da sociedade e por isso o aumento das trocas internacionais levaria necessariamente ao aumento da riqueza das nações.

De qualquer forma, mesmo Adam Smith admitia que existiam 3 funções essenciais a ser atribuídas ao Estado, a saber i) Defesa da nação; ii) Função de segurança interna e justiça; iii) fornecer bens públicos que sejam do interesse geral e que não fossem produzidos pelo mercado.

Ou seja, o papel do Estado resume-se a i) criar condições para que os mercados possam funcionar livremente, garantindo a defesa, segurança e defesa da propriedade; ii) fornecer bens que os mercados não conseguem, sozinhos, produzir³²⁷.

Já no Século XX, Robert Nozick³²⁸ e outros autores desenvolvem uma defesa do estado mínimo que, em plena época de defesa do estado social, pareceu ser uma posição conservadora. Nozick dá relevância a uma liberdade negativa, ou seja, o indivíduo tem direito a não ser forçado a tomar determinadas ações. Assim, o Estado deve limitar-se a funções contra força, roubo ou fraude, nada que viole os direitos individuais das pessoas.

Nozick apoia a defesa do Estado mínimo em três tipos de argumentos³²⁹: i) a ideia da existência de direitos invioláveis ou seja, existem certas esferas da liberdade individual que não podem ser quebradas; ii) Teoria sobre desigualdades em que mesmo quando os indivíduos partem dum princípio em que têm características semelhantes³³⁰ formam-se desigualdades decorrentes de escolhas voluntárias dos indivíduos que, na ótica de Nozick, não devem ser alvo de intervenção

³²⁶ Já David Ricardo dizia que o melhor imposto era o que produzia menor receita.

³²⁷ No fundo estamos aqui perante as *falhas* do mercado, quando não há produção de bens (oferta) mas existe procura.

³²⁸ Cfr. João Ricardo Catarino, “*Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual*”, Almedina, 2008, p. 303 e ss.

³²⁹ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 24

³³⁰ Que inclui rendimento, capacidade empreendedora, inteligência, capacidade física idênticas.

do Estado uma vez que cada indivíduo agiu livremente e dentro da legalidade; iii) noção de que o Estado será uma associação voluntária de indivíduos e que as transações são necessariamente voluntárias e por isso o mercado é um processo justo, por si só.

Estamos, pois, mais uma vez, perante a defesa dum Estado limitado à *função de afetação*, de fornecedor de bens públicos que não sejam fornecidos pelo mercado e não intervém na esfera redistributiva.

Ora o Estado mínimo de serviços leva à caracterização das suas Finanças Públicas como clássicas, onde o sector público não tem grande atividade empresarial e por isso o orçamento será equilibrado, reduzido e neutro. A receita pública deve advir preferencialmente dos impostos, não sendo de recorrer ao endividamento. Não esqueçamos que a ideia subjacente ao Estado de intervenção mínima seria a tendência do mercado convergir para um equilíbrio, pelo que a intervenção do Estado seria desestabilizadora e interferiria com a tendência de autorregulação.

b) Estado Social ou de Bem-Estar

As preocupações sociais associadas às evidências de que os mercados poderiam não funcionar de forma plenamente justa, levam vários autores a defender o Estado Social, muitas vezes apelidado também de providência ou de bem-estar. De relevar desde já que não existe incompatibilidade entre o funcionamento e a defesa dum Estado Social. Existe, pois, é um esforço para corrigir o funcionamento das forças de mercado e de correção das desigualdades na distribuição dos direitos de propriedade.

Asa Briggs, em 1961, no seu livro *“The Welfare State in Historical Perspective”*, propõe uma definição de *Welfare State*. que pode traduzir-se como Estado de bem-estar - segundo a qual um *“Estado de bem-estar é um Estado em que o poder organizado é deliberadamente usado (através da política e da administração) num esforço de modificar o funcionamento das forças de mercado em pelo menos três direções: primeiro, garantir aos indivíduos e às famílias um rendimento mínimo independente do valor de mercado do seu trabalho ou da sua propriedade; segundo, diminuir a extensão da insegurança permitindo aos indivíduos e famílias fazerem face a certas contingências sociais (por exemplo, doença, velhice e desemprego) que poderão levar, a seu modo, a crises individuais e sociais; terceiro, assegurar a todos os cidadãos, sem distinção de status ou classe, que seja oferecido um conjunto definido de serviços sociais, aos melhores padrões disponíveis”*.³³¹

Ora, desta feita o Estado deixa de ter uma função meramente de afetação para intervir direta e deliberadamente na correção de desigualdades, tendo uma *função de redistribuição*. Assim, o Estado de bem-estar caracteriza-se pela intervenção deliberada do Estado nos mercados, garantindo rendimento mínimo, garantindo a cobertura de alguns riscos como doença ou invalidez ou reforma, bem como tem de, paralelamente, fornecer um conjunto de bens meritórios como educação ou cuidados de saúde. Daqui se retira que o Estado – instituição necessária para alcançar o objetivo duma sociedade justa – fundamenta a sua vertente redistributiva em duas vertentes:

i) O Estado enquanto agente de redistribuição de rendimento.

Neste caso, existem dois conceitos que devem ser analisados para que se retire racionalidade económica das decisões do Estado. Por um lado, o conceito de bem-estar que. já aflorámos

³³¹ Cfr. Miguel Coelho, artigo de opinião, outubro de 2020, [“Welfare State”, Economia Social e Mutualismo J PÚBLICO \(publico.pt\)](https://www.publico.pt)

brevemente. Por um lado o conceito de bem-estar está relacionado com um ótimo de pareto, em que, para se alcançar o máximo de eficiência têm que existir eficiência nas trocas por via de maximização do excedente total, utilização de recursos ótima na produção³³² e eficiência nas preferências o que fará com que o produto vá ao encontro do que o consumidor pretende e os consumidores utilizam os seus rendimentos de forma ótima e por isso existiria a maximização do bem-estar nas trocas. Contudo, esta formulação apenas iria sustentar a interferência do Estado caso existissem fracassos do mercado numa das vertentes assinaladas. Mas fica aqui a faltar a segunda formulação da economia de bem-estar, uma vez que a afetação eficiente de recursos não quer dizer que ela possa ser socialmente justa. Então qualquer afetação de recursos eficiente atendendo aos parâmetros *paretianos* pode ser alcançada como um equilíbrio competitivo de mercado após uma apropriada redistribuição de dotações iniciais³³³.

A acompanhar o conceito de bem-estar, há que regressar ao utilitarismo³³⁴ mas desta feita com uma formulação mais atual do que a ideia de Stuart Mill ou Jeremy Bentham: o utilitarismo, defensor do bem-estar, será não apenas a soma dos egoísmos individuais mas uma análise do efeito de certas ações no bem-estar social a partir da soma de bem-estar – benefícios subtraídos de custos – relativamente a todos os indivíduos, resultantes dessas ações. Passamos da utilidade marginal da última dose de rendimento que deveria ser igual para todos para um conceito de utilidade marginal de uma dose de rendimento face à desutilidade dessa mesma dose em relação a quem dela fica privada³³⁵.

Ora, *“a redistribuição de rendimento é pois um instrumento necessário para a melhoria do bem-estar social e como ela não poderá ser satisfatoriamente realizada pelo mercado, caberá ao Estado tal tarefa”*³³⁶, sendo que essa distribuição de rendimento é efetuada, atualmente, preferencialmente por via do sistema fiscal e sistema de segurança social.

Mas o Estado Social não está apenas relacionado com a redistribuição de rendimento – que somente é uma das faces do bem-estar – sendo de relevar o fornecimento ou acesso a bens primários, segunda dimensão dos fundamentos do Estado Social

ii) O fornecimento ou acesso a bens primários.

Esta vertente associa-se sobretudo ao papel que o Estado deve desempenhar perante as desigualdades dos indivíduos e se deve dar acesso ou fornecer determinados bens.

Ora, a vivência de cada indivíduo é influenciada pelas circunstâncias naturais de que parte mas também das escolhas, opções e decisões que vai tomando ao longo da vida. Podem ser circunstâncias deliberadas, decorrentes das opções conscientes de cada um, mas também são desigualdades inatas, decorrentes da própria natureza, ADN.

³³² Funcionamento na Fronteira de Possibilidades de Produção.

³³³ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, *“Economia e Finanças Públicas”*, Escolar Editora, 2005, p. 41 e ss.

³³⁴ Adiante retomaremos com maior afinco este tema uma vez que estes conceitos serão úteis para a avaliar da fundamentação da intervenção do Estado na economia por motivos de justiça social.

³³⁵ O exemplo clássico passa pelo euro que é retirado a um indivíduo rico – e a desutilidade que aí se gera em relação ao mesmo – face à utilidade adicional que esse euro pode consubstanciar no pobre a quem é distribuído. Ora, se a utilidade adicional for maior do que a desutilidade então a ação de redistribuição do Estado estará justificada.

³³⁶ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, *“Economia e Finanças Públicas”*, Escolar Editora, 2005, p. 41 e ss.

Em 1989, Dennis C. Mueller, no *“Public Choice II”*, publicado pela Cambridge University Press, descrevia que os indivíduos nascem com diferentes dotações naturais, ou seja, têm dotações inatas como inteligência, memória, capacidade física, etc. que são naturalmente inatas, sejam elas características que tragam vantagens ou prejuízo. Cada indivíduo também nasce em famílias com posições económicas e sociais diferentes o que, também, provocará uma desigualdade. As instituições sociais tenderão a reproduzir ou até mesmo a aumentar as desigualdades, sendo, por isso, as posições que cada indivíduo ocupa resultado duma *“lotaria”* inicial, que condicionam à partida o indivíduo e a influência nas decisões que vai tomando ao longo da vida, sendo que essas decisões também contribuem para o aumento ou diminuição da desigualdade.

Face a esta posição original, a questão prende-se, pois, se o Estado deve ou não contribuir para uma sociedade justa e como, sendo o primeiro passo descortinar o que será uma sociedade justa, visto que a visão de cada um sobre esse conceito será necessariamente diferente.

Curiosamente, foi um neoliberal, John Rawls, que refletiu mais profundamente sobre o problema da defesa da democracia constitucional através duma ideia de razão pública, isto porque Rawls vê a teoria do contrato como a estrutura duma teoria de justiça. O dilema que Rawls aborda é como conciliar direitos iguais numa sociedade desigual, conciliar a ambição dos mais talentosos com os anseios dos mais desfavorecidos³³⁷.

No seu *“The Theory of Justice”*, de 1971, John Rawls aborda a ideia de *posição original*, em que os indivíduos estão por detrás dum *“véu de ignorância”*³³⁸ em que não sabem ainda a sua posição na sociedade e que características terão. Será nessa altura que devem ser fixados os princípios duma sociedade justa, tendo Rawls definido uma espécie de processo de escolha desses princípios, sendo que a sociedade liberal-democrática justa definida por Rawls teria de acolher dois princípios de justiça: i) Princípio da Igualdade, em que cada indivíduo tem o mesmo direito às mais extensas liberdades básicas desde que todos as tenham; ii) Princípio da Diferença, as desigualdades económicas e sociais apenas se justificam em caso de: 1) sejam vantajosas para todos; 2) estejam associadas a posições e lugares acessíveis a todos.

Importa referir que, de acordo com Rawls, existiriam liberdades que nunca deverão ser sacrificadas em detrimento de melhores condições económicas, pelo que o Princípio da Igualdade teria sempre prioridade sobre o Princípio da Diferença. Também importa realçar que as desigualdades deveriam ser definidas em termos de bens primários e não apenas relativamente ao rendimento. Assim, as desigualdades terão as seguintes vertentes: 1) associação de igualdade de oportunidades com discriminação positiva, ou seja, as desigualdades devem estar associadas a posições a que todos possam concorrer mas também com acesso em relação a grupos marginalizados; 2) a desigualdade deve acontecer quando há benefício de todos, sendo que o bem-estar social só aumenta se melhorar a situação dos que estão pior na sociedade.

Assim, o Estado deve distribuir e garantir bens primários que qualquer pessoa racional deseja, tais como direitos e liberdades, poderes e oportunidades, rendimento e riqueza uma vez que

³³⁷ Cfr. João Ricardo Catarino, *“Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”*, Almedina, 2008, p. 247 e ss.

³³⁸ O *“véu da ignorância”* significaria um desconhecimento das características individuais tais como sexo, raça, classe social, profissão, escolaridade ou talento, acompanhada duma ignorância sobre o funcionamento geral da sociedade também.

cada indivíduo já terá inerente os bens primários naturais tais como saúde, vigor físico, inteligência, perspicácia que variam sem interferência terceira.

Ora, o Estado Social, na sua essência, partia duma base que deixou de existir: os beneficiários eram poucos face aos contribuintes disponíveis para financiar o sistema. Aliás, Milton Friedman³³⁹ identifica este como o problema de base da ineficiência do estado-social, sendo que se tornou um verdadeiro problema quando o sistema se tornou incomportável. O dinheiro de cada indivíduo passou, num sistema público de segurança social, a ser gerido por alguém, um terceiro, que ou gasta consigo ou gasta noutrem.³⁴⁰ Ora, os incentivos à produtividade já haviam sido abordados por Friedrich Hayek, uma vez que o “amparo” do Estado Social foi aumentando³⁴¹ e com esse aumento foi necessário ajustar a receita, mormente a receita tributária.

De facto, a doutrina neoliberal, acabou por tomar uma posição de relevo face à falência das escolhas do Estado Social. As teorias relacionadas com a escolha pública, vieram cobrir a falha que existia relativamente a um estudo integrado sobre as motivações que estão na base da decisão pública. James Buchanan e Gordon Tullock, acabaram por ser os mais proeminentes autores que trouxeram a lume sobretudo os motivos pelo qual existem falhas de intervenção ou de governação. Os processos de decisão são motivados pelos interesses próprios e não por um altruísmo guiado pelo interesse público³⁴².

De relevar que, face às características assistencialistas do Estado Social, as Finanças Públicas foram fortemente reestruturadas para um modelo intervencionista, passando a ser o Estado o maior estabilizador macroeconómico, com injeções de fundos na economia e criação dum sistema de rendimento e serviços básicos para fazer face à pobreza gerada sobretudo pós Guerras Mundiais e Recessão pós 1929.

Neste particular, a teoria *keynesiana* assumiu especial relevância com o Estado a ter um papel fundamental na estabilização macroeconómica, justificando-se orçamentos deficitários e vários atropelos à regra de ouro do equilíbrio orçamental superavitário ou nulo.

c) Estado Imperfeito

Até agora, a intervenção do Estado quer fosse mínima ou, no caso do Estado de bem-estar ou Estado Social, de maior relevo, a perspectiva dessa intervenção era sobretudo normativa. Referimos, contudo, o nascer da Teoria da escolha pública que abordou a imperfeição, o erro, desta feita também dos que compõem o Estado. É, no fundo, uma visão mais pessimista da natureza humana que há muito já havia sido abordada.

³³⁹ Veja-se Milton Friedman, em “*Liberdade para Escolher*”, em que faz uma crítica muito feroz aos decisores públicos, aos que gerem dinheiro do outro com a tentação de o gastarem em proveito próprio.

³⁴⁰ A ideia de almoço grátis!

³⁴¹ João Ricardo Catarino, em “*Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual*”, Almedina, 2008, p. 173 cita Eduard Bellamy que, num romance em 1887, colocava um personagem a acordar no ano de 2000 em que a nação providenciava a subsistência de todo o cidadão desde o berço à sepultura. De facto, o Estado passou a deter uma influência preponderante e transversal na sociedade. Mas tal não se traduziu, na prática dum amparo suficientemente amplo e universal que todos possam, de alguma forma, desligar-se da preocupação com a sua subsistência digna.

³⁴² A ideia de que, por exemplo, o Parlamento, seria o órgão de representação e porta-voz do povo, cai por terra quando se percebe que representa, sobretudo, os que lá estão, quer por via do interesse de cada grupo partidário ou interesses individuais (que são, atualmente, cada vez mais visíveis em Parlamentos com deputados não inscritos).

Ora, se partirmos dum pressuposto que os cidadãos quer na esfera privada enquanto agentes do mercado ou na esfera pública, enquanto membros duma organização ampla que se relaciona com o conceito Administração ou Estado, defendem essencialmente os seus interesses egoístas, então não só estamos perante uma visão pessimista da natureza humana como também o impacto dessa imperfeição estende-se ao Estado³⁴³.

Expoente máximo desta teoria dum Estado imperfeito será o Estado Leviatã, conceptualizado por Thomas Hobbes, no século XVII, onde se considera que o Estado terá um crescimento incessante. Na teoria *hobbesiana*, que parte da ideia do dilema do prisioneiro – jogo não cooperativo – o facto de o Homem ser por natureza egoísta, então tendem a guerrear entre si, todos contra todos - *Bellum omnia omnes*- situação claramente ineficiente uma vez que a existir uma estratégia dominante a mesma seria a da paz. Aqui entra a figura do soberano ou Estado que, por via dum contrato social, estabelece a paz. Mas, sendo a natureza humana egoísta, é necessário um soberano (Leviatã³⁴⁴) que puna aqueles que não obedeçam ao contrato social.

A entidade soberana pode ser tanto uma pessoa quanto um grupo, eleito ou não. Porém, na perspectiva de Hobbes, a melhor forma de governo era a monarquia — sem a presença concomitante de um Parlamento, pois este dividiria o poder e, portanto, seria um empecilho ao Leviatã. Esta entidade soberana passa a recolher e concentrar o poder e as receitas, tendencialmente tornando-se num “monstro” cuja dimensão cresceria sem parar³⁴⁵.

A perspectiva *hobbesiana* é o modelo extremo deste Estado Imperfeito, sendo que vários autores, sobretudo nos anos 70 em diante do Século XX, desenvolveram outras abordagens, muito ligadas também às teorias da Escolha Pública. Assim, Brennan e Buchanan, por exemplo, entendem que o Estado é uma agência monopolista com poderes de autoridade exclusivos, entre os quais os de tributar, emitir licenças, regulação da concorrência ou intervenção direta em sectores produtivos. Entendem este Estado dentro dum regime democrático, em que há uma maioria que elege o governo – que em última instância representa aqui o poder executivo do Estado – mas as decisões da maioria nem sempre são as mais favoráveis ao interesse público.

Este Estado enquanto agente monopolista pode tornar-se efetivamente num Leviatã, pelo que há que impor limites, mormente restrições de natureza constitucional, que sejam objeto de mecanismos de fiscalização e cuja sua violação seja punida com sanções. Existe ainda, nesta teoria, um princípio contratualista em que os cidadãos cedem alguns direitos e contribuem pecuniariamente para que, em contraponto, o Estado forneça bens e serviços de interesse público.

Este Estado é, no entanto, imperfeito, até porque nem sempre é capaz de superar os fracassos ou falhas do mercado e isso é, por si só, um falhanço da intervenção ou governação. A teoria da escolha pública vai depois dissecar estes fracassos, nomeadamente i) o fenómeno do “*rent seeking*” quando se abrem exceções, por via de benefícios ou tratamento diferenciado, para determinados agentes e todos correm à procura dessas exceções; ii) Assimetria de informação que beneficia o Estado e acresce custos em burocracia para os agentes privados; iii) a sujeição das decisões às condições dos ciclos político-económicos, incluindo o factor das eleições; iv)

³⁴³ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 29 e ss.

³⁴⁴ Nome dum monstro marinho referido em diversas passagens bíblicas.

³⁴⁵ Curiosamente esta é uma das abordagens ainda atualmente para justificar o crescente aumento da dimensão do sector público a que continuamos a assistir.

tendência para o endividamento de gerações futuras que não são os votantes de hoje, apenas os de amanhã.

Esta perspetiva do Estado Imperfeito leva à exigência, por um lado, da afetação eficiente de recursos e, por outro lado, a uma redistribuição generalista, que evite a seleção de grupos de interesse para essa redistribuição. Só assim se poderia almejar um Estado ideal em que o Estado fosse instrumento da vontade generalizada dos cidadãos que maioritariamente o elegem e que satisfaça o interesse público, não uma soma de interesses individuais.

A acompanhar esta visão, começa a surgir exigências de restrições orçamentais e da dimensão do sector público. Surgem as correntes da necessidade de encontrar também um constitucionalismo financeiro, com normas constitucionais que limitem o nível de endividamento do Estado e tenham regras orçamentais mais apertadas.

No caso dos Estados Membros da União Europeia, mormente os que compõem a Zona Euro, as regras são supranacionais, tendo os Estados assumido compromissos bastante mais pormenorizados.

2.1.2. *Funções do Estado*

Em matéria económica, já aqui fizemos referência ao circuito real da economia que envolve dois grandes intervenientes, a saber i) as famílias e, ii) as empresas. Estes dois intervenientes, na interação com os mercados dos factores e mercados dos produtos, criam o circuito real de trocas e formação de riqueza. A intervenção dum terceiro agente, o Estado, surge de forma lateral.

Isto porque o Estado não é, na sua génese, um puro agente económico, embora possa atuar como tal ou influenciar, de sobremaneira e com os seus poderes de autoridade, os circuitos económicos e funcionamento de mercados.

De facto, há que relevar que o Estado, pode ser visto por diversas lentes: jurídica, social ou económica. E a cada vertente que se analise se encontrarão vicissitudes e características específicas.

Ora, o Estado será uma sociedade política, constituída por um povo fixado num território e que detém o poder de autoridade própria – soberania. Esse poder de autoridade criará normas jurídicas e dispõe de poder e meios de coação para as impor, de forma que exista ordem³⁴⁶.

Marcello Caetano, com pertinência, fazia a pergunta: *“Para que é que existe o Estado?”*³⁴⁷. Isto para encontrar três grande finalidades para esta organização da sociedade política: i) A Segurança, sendo esta entendida como *“(…) organização da força posta ao serviço de interesses vitais(…)”,* mas ainda *“a garantia de estabilidade dos bens e, por outro, a da duração das normas e da irrevogabilidade das decisões do Poder que importem justos interesses a respeitar, quer dizer, a certeza”;* ii) A justiça, integrando aqui a justiça comutativa enquanto equivalência dos valores permutados e a justiça distributiva, em que cada um deve receber a remuneração adequada à sua contribuição para o todo; iii) O bem-estar social, em que a congregação de todos

³⁴⁶ Cfr. Marcello Caetano, *“Manual de Ciência Política e Direito Constitucional – Tomo I”*, Almedina – Coimbra, 1996, p. 121 e ss.

³⁴⁷ Cfr. Marcello Caetano, *“Manual de Ciência Política e Direito Constitucional – Tomo I”*, Almedina – Coimbra, 1996, p. 143 e ss.

levará a uma maior possibilidade de ultrapassar os males que individualmente seriam insuperáveis. Este último fim, levou a que o Estado se convertesse numa espécie de “*Empresa gigantesca*”³⁴⁸ para acorrer a todas as vertentes sociais, económicas e culturais: o bem-estar social tornou-se no enorme fardo do Estado.

Se por um lado podem ser traçados fins a serem prosseguidos pelo Estado, as funções deste serão os processos conducentes aos fins, ou seja, a ação contínua, as atividades para prosseguirem os fins.

A excursão por vários autores de análise na vertente política³⁴⁹, encontra unanimemente uma divisão tripartida das funções do Estado em i) Legislativa; ii) Administrativa ou Executiva; iii) Jurisdicional. As nuances passam, em seguida, para uma autonomização ou não de funções jurídicas e não jurídicas, sendo a função política autonomizada da legislativa.

O certo é que a função do Estado, pelo menos de forma primária, não será a de agente económico puro. Mas tal não faz com que não se possa observar as funções do Estado pela lente das finanças públicas e da regulação da atividade económica. Aliás, a regulação é, por si só um instrumento que o Estado dispõe, tal como existem outros instrumentos nas finanças públicas, para suprir necessidades coletivas sempre que os mercados, por si só, não o consigam prover.

Na vertente económica, o Estado terá como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Aliás, essa será a eficiência a prosseguir: maximização dos excedentes decorrentes das trocas. Contudo, quando o mercado assente na livre iniciativa dos cidadãos não é capaz de satisfazer as necessidades dos mesmos então o Estado pode agir, com funções supletivas ou complementares³⁵⁰.

Richard Musgrave, na sua obra de referência “*The Theory of Public Finance*”, de 1959, fez a sistematização das funções económicas do Estado, sendo pacificamente aceite a trilogia musgraviana. Nestes termos e partindo da premissa que os cidadãos estão subordinados a um único nível de governo ou administração, as funções financeiras ou económicas do Estado serão; i) eficiente afetação dos recursos económicos; ii) redistribuição do rendimento entre os membros da comunidade e; iii) Estabilização macroeconómica³⁵¹.

Antes de efetuarmos uma análise mais pormenorizada de cada função “musgraviana” do Estado, há que referir que, para prosseguir estas funções, o Estado dispõe de instrumentos de política orçamental, política monetária e regulação legislativa, por exemplo, ou mecanismos indiretos ou diretos de intervenção estatal, mormente no domínio das finanças públicas. Falamos, por exemplo na cobrança de receitas e critérios para a realização de despesas, agir sobre a

³⁴⁸ Cfr. Marcello Caetano, “*Manual de Ciência Política e Direito Constitucional – Tomo I*”, Almedina – Coimbra, 1996, p. 147 e ss.

³⁴⁹ Veja-se a análise feita por Jorge Miranda, “*Manuela de Direito Constitucional – Tomo V – Actividade Constitucional do Estado*”, Coimbra Editora, 1997, p. 12 e ss e ainda Marcello Caetano, “*Manual de Ciência Política e Direito Constitucional – Tomo I*”, Almedina – Coimbra, 1996, p. 149 e ss

³⁵⁰ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 19 e ss.

³⁵¹ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 19 e ss, Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, “*Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais*”, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 21 e Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 12 e ss.

quantidade de moeda em circulação ou estipulação de taxas de juro, atuação ao nível dos processos produtivos e distribuição de rendimento, etc..

O Estado pode, ainda, atuar diretamente para prosseguir as suas funções, mormente por via da apropriação coletiva dos meios de produção, planificação, produção direta por parte do Estado de bens e serviços, formação de monopólios Estatais e interferência direta na distribuição de rendimento.

Dito de outra forma e atendendo a um conceito amplo de política económica, podemos dizer que a mesma pode prosseguir intuítos de dimensão conjuntural ou dimensão estrutural³⁵². Na dimensão conjuntural, encontramos a política financeira e monetária, em que ambas prosseguem o objetivo de estabilização, pretendendo intervir na regulação global da conjuntura económica. Neste particular, a intervenção do Estado é a nível macroeconómico e nas três grandes áreas desta: a) pleno emprego; ii) estabilidade de preços; iii) equilíbrio externo.

Na dimensão estrutural, o que se pretende é a prossecução de objetivos de desenvolvimento e/ou crescimento económico, bem como a redistribuição de riqueza. Logo, a política financeira³⁵³ vai agir por via dos seus instrumentos da receita e despesa pública. É ainda aqui que, por vezes, o Estado age diretamente na economia com reformas estruturais ao nível de políticas públicas ou reformas das instituições.

E, claro está, conforme teremos oportunidade de referir, as intervenções que o Estado faz podem surtir efeitos ao nível da correção de falhas do mercado, implementando maior eficiência ou corrigindo resultados considerados injustos, mas também podem provocar desequilíbrios – permanentes ou momentâneos – no funcionamento do mercado, falhando o intuito da intervenção.

Passemos, então, ao detalhe das funções económicas ou financeiras do Estado, de acordo com a trilogia de Richard Musgrave.

a) A Função de Afetação Eficiente dos Recursos Económicos

Já aqui dissemos que a finalidade económica que deve estar sempre presente será a promoção da maximização do bem-estar, ou seja, a satisfação das necessidades coletivas. E, para isso, o Estado pode – e deve! – intervir no mercado quando não existe a afetação eficiente dos recursos. Isto porque a maximização do bem-estar das populações depende da utilização eficiente dos recursos económicos que, por natureza, são escassos³⁵⁴.

³⁵² Cfr. Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D'Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 20 e ss.

³⁵³ Interessa ainda explicitar aqui o conceito de política orçamental, enquanto “(...) tipo de política financeira que implica um conjunto de escolhas “explícitas ou implícitas” inspiradas em “motivações qualitativas”, tais como o bem-estar, a eficiência, a equidade, a solidariedade e a segurança” - Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D'Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 21 e ss.

³⁵⁴ Conforme ensina Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, 6ª Reimpressão, Almedina, 2018, p. 19 e ss, *“Apesar das muitas divergências doutrinárias que existem, praticamente não há nenhum economista que não concorde que o problema económico fundamental é o da escassez, e que por isso o objetivo essencial da ciência económica é o de encontrar soluções – sistemas, instituições – que permitam a minimização (e o equilíbrio) dessa escassez”*. Aliás, o problema da escassez é que provoca a escolha, a decisão económica em todas as áreas, incluindo na justiça: se não fosse a escassez, o debate sobre a justiça tornar-se-ia inócuo. Conforme o mencionado autor refere aquando da exposição dos corolários da escassez, *“(…) se não fosse a escassez, as escolhas de que trata a Economia seriam irrelevantes (...)”*.

A questão que se coloca neste âmbito da afetação eficiente de recursos, é a de saber que proporção do produto criado por um país deve ser canalizado para o sector público, para financiar a produção de bens públicos ou transferências para as franjas mais desfavorecidas da sociedade. A opção a ser efetuada é que bens devem ser obtidos de forma privada, voluntária e independente de outros indivíduos e aqueles que deve o Estado, por decisão política ou escolha coletiva, deve colocar à disposição (bens públicos).

A intervenção do Estado, a sua função, deve então ser a de contribuir para uma afetação eficiente dos recursos escassos sendo que aqui a pedra de toque prende-se com a eficiência e como deve ser compreendida. Bem, aqui teremos de recorrer ao conceito de Vilfredo Pareto para a eficiência que recorre a três condições cumulativas: i) Eficiência das trocas, onde ocorre a maximização dos excedentes do consumidor e do produtor; ii) Eficiência na produção, em que não existirão factores de produção em subutilização, funcionando aqui um modelo onde estaríamos na Fronteira de Possibilidades de Produção; iii) Eficiência nas preferências, em que o que se produz vai de encontro às preferências dos consumidores.

Em suma, a Eficiência ou Ótimo de Pareto resume-se à ideia de que estaremos a afetar os recursos de forma ótima se não for possível melhorar o bem-estar dum agente sem que seja através da diminuição do bem-estar de outro.

Ora, partindo desta ideia de eficiência, sobretudo no que concerne à eficiência da utilização dos recursos produtivos, os mesmos podem estar a ter aplicações alternativas sem que saiam duma curva de eficiência. Tal situação pode ser ilustrada pelo traçado duma Fronteira de Possibilidades de Produção em que a produção concomitante de dois bens pode ser conjugada de forma a manter a afetação dos recursos no máximo da produtividade.

Ao Estado incumbe promover essa eficiência na afetação dos recursos, mesmo quando estão em causa a produção de bens privados e bens públicos por motivo de fracasso, ineficiência ou falha do mercado (privado). Estas falhas de mercado consubstanciam, na verdade, realidades muito diferentes. Vejamos as mais relevantes, a saber bens coletivos ou públicos, externalidades e assimetrias informativas.

No caso dos bens coletivos ou públicos, estamos no oposto dos bens privados. Os bens públicos são bens não exclusivos e não rivais no uso ou consumo, sendo estas duas características cumulativas. Surgem porque inexistem no mercado³⁵⁵, sendo por isso a externalidade positiva de “grau máximo”³⁵⁶.

Os bens coletivos puros inexistem no mercado mas são essenciais e por isso requerem a provisão pública. Os exemplos paradigmáticos são a Defesa Nacional ou a iluminação pública. Em ambos os casos o interesse privado é reduzido uma vez que seria muito difícil impor aos utilizadores o pagamento pelo uso respetivo.

Há aqui que fazer a ressalva relativamente a figuras híbridas muitas vezes confundidas com bens coletivos puros ou bens públicos mas que devem ser tratados como recursos comuns³⁵⁷ ou bens

³⁵⁵ Ou seja, os privados não têm interesse na sua produção.

³⁵⁶ Cfr. Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 22 e ss. A produção por parte do Estado dum bem que inexiste no mercado mas que é essencial ou relevante para a satisfação de necessidades coletivas é o exemplo duma externalidade positiva em pleno e cujo mercado, em princípio, não produz sozinho.

³⁵⁷ Na literatura anglo-saxónica designam-se *“commons”*

artificialmente raros. No caso dos recursos comuns – como, por exemplo, recursos hídricos, estradas ou recursos piscatórios – não há possibilidade de exclusão eficiente, pelo que o acesso ao uso é amplo, mas há rivalidade de uso ou consumo, pelo que o acesso amplo pode provocar congestionamento e limitação no uso. Já no caso de outro caso de bens híbridos, o caso dos bens artificialmente raros – *v.g. software* – há a possibilidade de exclusão de uso por via do acesso dispendioso ou licença, não existindo rivalidade de uso.

Neste caso, são figuras afins dos bens públicos, em que falha uma das características dos mesmos e por isso pode existir interesse dos privados em fornecer ao mercado estes bens ou serviços, cabendo ao Estado, em caso de falha ou necessidade do mercado, o incentivo à produção e não necessariamente a produção direta do bem ou serviço.

Outro ponto em que a intervenção do Estado pode ser eficiente é para colmatar falhas de mercado decorrentes de externalidades. Estas podem caracterizar-se por situações em que a conduta de alguém afeta o bem-estar de outrem por vias extramercado, seja prejudicando-o sem ter de pagar ou beneficiando-o sem ter a possibilidade de fazer-se pagar por isso³⁵⁸. Tal sucede, em ambos os casos, por falta dum mecanismo de “internalização” dos custos e benefícios.

De relevar ainda que, no caso das externalidades, existe uma descompensação entre custo/benefício individual e custo/benefício social, sendo necessário encontrar um mecanismo de reequilíbrio – ou “internalização da externalidade” ou, ainda, “socialização” – entre o individual e o social.

As externalidades serão negativas caso estejamos perante “*custos sociais externos das atividades económicas*” e externalidades positivas quando existam “*benefícios sociais externos dessas mesmas atividades*”³⁵⁹. Existe, pois, uma falha de eficiência do mercado que pode ser ultrapassada por vias privatísticas, mormente negociação ou contratualização³⁶⁰ ou por mecanismos públicos. Os mecanismos públicos traduzem a intervenção do Estado para ultrapassar a falha de eficiência causada pela externalidade, sendo o mecanismo público utilizado com maior eficiência a tributação.

Assim, seguindo a Teoria Pigouviana³⁶¹, o Estado pode ultrapassar a falha de mercado, no caso de externalidade negativa, tributando os agentes que provocam o prejuízo ou custo social, atuando na esfera do agente que o provoca, aumentando o custo individual. Com tal aumento do custo individual, o agente refreia a sua atuação diminuindo o prejuízo social ou, em último caso, consegue-se um nivelamento entre custo individual e custo social.

No caso de externalidade positiva, a intervenção do Estado pode dar-se tributando a mais-valia provocada pela externalidade, diminuindo assim o benefício por ela provocado ou pode

³⁵⁸ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, 6ª Reimpressão, Almedina, 2018, p. 56 e ss

³⁵⁹ Cfr. Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, “*Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais*”, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 22 e ss.

³⁶⁰ Soluções inspiradas no Teorema de Ronald Coase, que sofreu diversas atualizações e alterações mas que, na sua base, internaliza o custo social por via de soluções negociadas. O caso mais paradigmático é na área ambiental em que as soluções coaseanas se traduzem, por exemplo, na emissão e compra de licenças de emissão de gases poluentes.

³⁶¹ Referimo-nos aos chamados impostos pigouvianos, assentes na teoria de Arthur Cecil Pigou. Adiante vamos abordar extensamente a diferenciação entre mecanismos privatísticos e públicos para ultrapassar falhas de mercado.

incentivar a produção, reduzindo o custo individual – ou, se quisermos, aumentando o benefício individual – aproximando assim o benefício individual ao social.

Mas o Estado pode, até ir mais longe e assumir o mercado de determinado bem caso o significado social, por exemplo, for relevante. O caso da vacinação pública é ilustrativo dessa assunção do Estado.

Ainda dentro das falhas de mercado que devem ser ultrapassadas para que exista uma afetação eficiente de recursos, há que relevar as assimetrias informativas que ocorrem quando um agente detém mais informação do que os restantes e, face a essa situação de maior informação, retira ou pretende retirar proveito próprio.

Ora, no mercado nem sempre a sinalização decorrente dos preços³⁶² atesta as características do bem ou serviço, pelo que a existência de informação imperfeita no mercado é, desde que foi abandonada a ideia clássica de “*homo economicus*”, considerada, pelo menos, como um custo de transação. Contudo, tal conceito apenas coloca a informação na categoria de bem de consumo não criando mecanismos para colmatar a falha de eficiência e minimização de risco.

No caso das assimetrias informativas é usual a diferenciação entre seleção adversa, onde o problema de informação imperfeita se coloca *ex ante*, antes da troca ou contrato, e o Risco moral, em que o problema da assimetria informativa se coloca *ex post*, ou seja, pós efetivação ou durante a troca ou execução de contrato³⁶³.

No caso da seleção adversa, a incerteza quanto à qualidade dos produtos leva a que a sinalização por via do preço seja errática, uma vez que se vai encontrar um preço médio. Ora, existindo maior informação por parte dos vendedores sobre o produto, estes não estarão dispostos a vender o bem pelo preço médio, pelo que a tendência será a de saída do mercado dos bons produtos³⁶⁴.

Para evitar esta falha do mercado, amenizando as consequências desta informação imperfeita, devem ser criados mecanismos, contratuais ou não³⁶⁵, de sinalização, escrutínio ou de classificação que permitam uma maior fluidez de informação. A sinalização da qualidade é essencial neste tipo de mercados, pois só assim pode restaurar-se a confiança dos agentes.

³⁶² Aqui referimo-nos à informação que, por si só, o preço contém e transmite no mercado. De relevar desde já a diferenciação entre a sinalização decorrente dos preços e a sinalização de garantias, pretendendo esta mitigar a assimetria de informação entre agentes, com mecanismos de *disclosure*, em que há obrigação de prestação ou verificação de informação ou condições.

³⁶³ Sem preocupações, por ora, de maior extensão e profundidade de abordagem de conceitos uma vez que posteriormente iremos voltar a estas falhas de mercado.

³⁶⁴ Existe aqui um paralelismo com a Lei de Gresham. aplicável à moeda – desta feita relativamente aos bens. Recorde-se que o estudo da seleção adversa foi desenvolvido por George Akerlof que fez a análise do mercado dos veículos usados – que nos Estados Unidos da América são vulgarmente chamados de “*Lemons*” – em que o vendedor, por ter usufruído do bem, detém mais informação sobre a qualidade do mesmo, estando, por isso em vantagem em relação ao comprador. Mas também por isso não está disposto a vender um bem que sabe estar com determinados padrões de qualidades a qualquer preço. Por isso mesmo, em caso de o veículo estar em melhores condições do que o que o preço praticado sinaliza, então a tendência é para o agente sair do mercado, ficando no mesmo apenas os agentes que sabem deter produtos abaixo das qualidades sinalizadas pelo preço.

³⁶⁵ E é aqui que o Estado deve intervir de forma eficiente, com vista a proporcionar mecanismos que permitam o acesso a informação, fiscalização e garantia da qualidade dos bens. Falamos, por exemplo de legislação relativa ao consumo que implique a garantia da qualidade dos bens ou possibilidade de devolução e ressarcimento.

Mais uma vez, o próprio Estado pode assumir a acomodação desta seleção adversa por via de “publicização” do mercado, nomeadamente por via duma intervenção enquanto Agente Segurador Público, assumindo o risco quando o mesmo é demasiado incerto.

O risco moral está sobretudo associado ao cumprimento defeituoso ou incumprimento premeditado pelo facto de o agente que detém mais informação no processo negocial ou na vigência do contrato ser um “oportunista” ou o “batoteiro racional”. Nestes casos, a intervenção do Estado deve guiar-se no sentido de fornecer aos agentes mecanismos de alinhamento de incentivos, para combater a assimetria.

No campo da função de afetação eficiente de recursos, a intervenção pública deve pautar-se pela provisão de bens e serviços públicos, correção de falhas de mercado por via de correção do comportamento dos agentes de mercado, mormente através de impostos ou subsídios para incorporação de efeitos externos das suas atividades, e por via da regulação do mercado, sectorial ou de defesa da concorrência. De relevar que a atuação do Estado enquanto agente económico deve restringir-se a situações de incapacidade do mercado. caso dos bens públicos – ou falha de incentivos³⁶⁶.

b) A Função de (Re)distribuição³⁶⁷

A segunda função “musgraviana” do sector público será a função de distribuição de rendimentos e riqueza na sociedade. Ora, a riqueza e rendimento existente numa determinada sociedade depende de factores como a herança existente, pois esta determina uma certa distribuição de direitos de propriedade entre agentes económicos, mas também a força de trabalho, talentos e capacidades de cada um que determinam o rendimento gerado.

De qualquer forma, a valorização das propriedades, ativos financeiros e/ou capacidades são diferentes a cada momento: “As diferentes dotações de factores produtivos e o seu respetivo valor de mercado (o seu preço) determinam a distribuição de rendimento e riqueza a um dado momento histórico, numa dada sociedade”³⁶⁸. Ao Estado caberá, portanto intervir em caso de essa distribuição não ser considerada “justa”, ou seja, quando a distribuição que resulta da livre atuação do mercado não seja aceitável por razões de justiça social.

Existem aqui alguns factores e conceitos que devem ser esclarecidos, mormente a distinção dos conceitos de distribuição, redistribuição e repartição, bem como uma aproximação ao que se deve entender como justiça social³⁶⁹.

Relativamente ao primeiro ponto, façamos desde já uma abordagem ao que será distribuição primária, que se baseia na distribuição *ab initio*, aquela que existe por herança, capacidades naturais, estrutura de mercado. Neste ponto falamos de repartição, ou seja, trata-se de repartir rendas, salários ou juros pelos factores de produção, trabalho e capital³⁷⁰.

³⁶⁶ Sendo que nesta situação já nos encontramos em soluções “*in extremis*” quando há falha de intervenção e o Estado pretende emendar a mão.

³⁶⁷ Conforme se abordará de seguida, a redistribuição é apenas uma das vertentes de intervenção do Estado que pode intervir também na distribuição primária.

³⁶⁸ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 13 e ss.

³⁶⁹ Alertamos desde já para a dificuldade de se estabelecer um conceito de justiça social uma vez que se trata de uma ótica associada a ideologia e opção de políticas.

³⁷⁰ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “*A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas*”, AAFDL, 2002, p. 7 e ss..

A distribuição secundária implica a correção da repartição inicialmente realizada por via de variadíssimos instrumentos. À distribuição secundária corresponde a redistribuição.

Conforme refere Nazaré Costa Cabral³⁷¹, esta distinção é similar à efetuada por Franz Kraus que, contudo, fazia um caminho mais prolongado. Na fase da produção, face às desigualdades de acesso aos factores produtivos, a remuneração dos mesmo seria diferente o que levaria à distribuição primária. Esta primeira distribuição seria alvo de correção por via de transferências públicas, pagamento de impostos e segurança social, logo a desigualdade dos rendimentos do mercado transforma-se também em desigualdade de rendimento disponível – Distribuição Secundária. De seguida, o consumo levaria ainda à correção dos rendimentos disponíveis por via dos impostos indiretos e subsidiação dos preços ou estipulação administrativa de preços – Distribuição Terciária. Por fim, o acesso aos bens coletivos será livre – distribuição final.

Assim, para Franz Kraus, a redistribuição seria o processo de distribuição desde a primária até à final, devendo existir a intervenção dos Estado desde o início da cadeia.

De facto, o Estado pode intervir logo na distribuição primária, condicionando-a ou limitando-a. O caso da fixação de salário mínimos, de escolaridade obrigatória, por exemplo. No plano da distribuição secundária, a intervenção é sobretudo feita por via de transferências de rendimentos numa tentativa de equalização geral, tendo dois instrumentos importantíssimos nessa tarefa que são os impostos³⁷² e as despesas públicas.

No que concerne aos impostos, mormente os que incidem sobre o rendimento³⁷³, os mesmos serão mecanismos de redistribuição de rendimento quando incidem de forma desigual sobre os rendimentos consoante a origem dos mesmos (redistribuição funcional) ou de acordo com o seu montante (redistribuição pessoal)³⁷⁴

No que concerne à redistribuição efetuada por via de despesas públicas, devemos distinguir a redistribuição monetária, que consiste em transferências monetárias diretas, da redistribuição em espécie, que consiste na atribuição aos beneficiários de bens ou serviços subsidiados. Ora, no caso das transferências monetárias sucede um efeito de rendimento, ou seja, não há necessariamente alteração dos preços relativos dos bens e serviços. No caso da redistribuição em espécie, o efeito de substituição tem maior tendência a operar.

Agora no que concerne às teorias sobre a justiça distributiva e o conceito de justiça social, há que referir que, saindo do estrito âmbito da eficiência paretiana, da eficiência do funcionamento dum mercado em concorrência perfeita, vai ser mais relevante para a decisão da intervenção do Estado a justiça distributiva entre indivíduos e famílias do que uma estrita eficiência dos factores.

Face a esta premissa, a ideia de justiça nesta distribuição torna-se de difícil conceptualização uma vez que, à partida, será um conceito estranho à economia. Não é, contudo bem assim. Aliás, a evolução das teorias económicas conduziu-nos a vertentes como a *Welfare Economics* onde

³⁷¹ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas”, AAFDL, 2002, p. 7 e ss..

³⁷² Arriscamos aqui a alargar o âmbito e considerar que o instrumento de intervenção pública será a tributação e não apenas a fiscalidade.

³⁷³ Nos termos do disposto no artigo 104º nº1 da Constituição da República Portuguesa, o imposto sobre o rendimento pessoal terá como finalidade a correção de desigualdades, sendo por isso único, progressivo e tem em conta “(...) as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.”

³⁷⁴ Cfr. Soares Martinez, in “Economia Política”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 747 e ss..

se incluem não apenas mecanismos de distribuição eficientes mas também se encontra a própria ideia de justiça como uma vertente da própria eficiência³⁷⁵.

A ideia de redistribuição de rendimentos não existia na concepção dos clássicos uma vez que se limitavam a considerar a distribuição primária – repartição – por via do mecanismo de funcionamento do mercado. Ou seja, a ideia de distribuição ficava-se pela repartição³⁷⁶, sendo que a distribuição se faria sobretudo no processo produtivo. David Ricardo, chega até a definir exatamente essa distribuição de acordo com a fase produtiva: “(...) o produto da terra, dela derivado, pela afetação do trabalho, das máquinas e do capital, é dividido pelas três classes da comunidade, designadamente, o proprietário da terra, o detentor dos capitais e pelos trabalhadores que a cultivam.”³⁷⁷

A influência do socialismo levou ao plano da distribuição algumas alterações. Ora, o Estado pode intervir no plano da repartição mas também na redistribuição. Contudo, tal distribuição de rendimento, na ótica marxista, era ainda no âmbito duma economia dirigista. Dava-se mais ênfase à repartição, uma vez que o factor trabalho era fulcral na Teoria do Valor Marxista, logo a remuneração desse factor³⁷⁸ era o essencial para a existência de repartição.

Mas antes dum périplo pela teorização do conceito de justiça social, há que relevar alguns pontos. Não é de descuidar que grande parte dos modelos microeconómicos se baseiam em considerações de eficiência. Mas, como já se referiu, até a própria eficiência parece estar sujeita a uma certa existência de justiça social: a eficiência não pode ignorar a justiça social e vice-versa.

Ora, esta noção leva-nos ao dilema do decisor público que tem de ponderar, na sua intervenção socioeconómica, entre motivações de eficiência e/ou de justiça social. Cabe ao decisor público ponderar, a cada decisão, o custo de oportunidade por optar pelo objetivo eficiência ou objetivo justiça social. Este dilema, este “*big trade-off*”, subjaz a decisão pública e condiciona-a.

³⁷⁵ De facto, a existência de justiça distributiva passou a ser também considerada como factor de bem-estar, logo também de eficiência da própria intervenção do Estado. A medição do bem-estar por via de mecanismos microeconómicos, no âmbito da *welfare economics* não se esgota em padrões de eficiência pura das trocas, mormente por via de maximização dos excedentes do produtor e consumidor, mas também em função da materialização de conceitos de igualdade de oportunidades e de resultados, conforme teremos oportunidade de escarpelizar adiante.

³⁷⁶ Adam Smith fundamentava o seu pensamento nos valores do individualismo, racionalidade e hedonismo, sendo que o aumento do bem-estar geral era alcançado por via da maximização do bem-estar individual: se cada indivíduo agisse racionalmente, de forma a obter o maior benefício líquido decorrente da troca, então o aumento das trocas levaria ao necessário aumento de bem-estar individual e, consequentemente, ao aumento do bem-estar geral. Relevamos, contudo, que a ideia de justiça estava presente na obra de Adam Smith mas vista como justiça comutativa e não distributiva. Ainda é de referir que a caridade – ideia abordada sobretudo na *Teoria dos Sentimentos Morais* – não seria, para Smith, um fim, um objetivo do Homem mas antes uma mera virtude, ato de generosidade mas ultrapassada pelo egoísmo individual e racionalidade nas escolhas.

³⁷⁷ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas”, AAFDL, 2002, p. 12 e ss..

³⁷⁸ De relevar que a tendência marxista era remover dos custos de produção todos os factores alheios ao trabalho, reduzindo o valor dos bens ao trabalho neles incorporado (conforme a teoria do valor).

Claro também se torna, portanto, que embora a eficiência se baseie em critérios económicos bem mais perceptíveis, não se descarta a relevância e influência na decisão da política, ideologia e filosofia do próprio decisor público³⁷⁹.

Na conceção clássica de justiça social, encontrávamos a justiça comutativa ou sinalagmática, em que deveria existir uma equivalência entre aquilo que se dá e o que se recebe, concretizando uma relação de bilateralidade enquadrada num conceito de igualdade absoluta. Por outro lado, relevava o conceito de justiça distributiva em que se tinham em conta as relações dos indivíduos, implicando uma repartição de encargos pelos membros da comunidade. Aqui o critério dessa repartição de encargos seria a respetiva capacidade, prémios de acordo com a sua dignidade ou mérito e bens públicos.

A própria doutrina social da igreja recorda o altruísmo e solidariedade, o que suporia uma ajuda desinteressada ao fraco, ao doente e ao pobre. Mas esta era apenas uma vertente duma justiça distributiva individual e não uma perspetiva coletivista, em que deve prosseguir-se o bem comum. É aqui que a teorização em torno da redistribuição e justiça redistributiva ganha importantes manifestações, com o desenvolvimento dos Estados de Bem-Estar ou Estado Providência, criando-se agora a ideia de igualdade de oportunidades e igualdade de resultados.

O neoliberalismo de Friederich Hayek, que com o seu *“O Caminho da Servidão”* escrito em 1944, marca uma reação ao Estado Intervencionista de Bem-Estar e uma crítica à *“(…) sagrada exactidão em que eram tidas as teorias intervencionistas de Keynes.”*³⁸⁰ criticou o igualitarismo promovido pelo Estado Bem-Estar, que considerava ser destrutivo da liberdade dos cidadãos e da saudável concorrência do mercado. Como liberal – mesmo que mitigado – a intervenção do Estado seria nefasta, mormente porque interferia na informação do mercado por via de interferência nos preços³⁸¹, fixação de salários ou interferência nos lucros.

Hayek chegou a admitir o seu fracasso na busca por um conceito de justiça social, tendo considerado o termo *“social”* como uma *“weasel word”* porque quando aplicada a substantivos como justiça, democracia, propriedade ou direito, retira o sentido original desses substantivos. Por isso mesmo se dispôs a discutir esse conceito que tantas transformações trouxe. Sem, contudo, ter considerado que a justiça social seria uma fórmula vazia.

De qualquer forma, Hayek contribui para uma clarificação – que advinha de autores como Stuart Mill – considerando que a justiça social não se reporta a uma conduta moral individual mas antes de efeitos sociais, centrando o conceito na sociedade civil – e nem tanto no Estado! – em que seria uma virtude das sociedades livres, com responsabilização pessoal. Não sai, contudo, do âmbito da moralidade. E sendo uma responsabilidade individual, o conceito de justiça ou injustiça vai se construindo de forma casuística, sem um padrão geral.

³⁷⁹ Conforme refere Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 26, *“O argumento da justiça social que preside à construção da ideia de redistribuição de rendimentos (que é uma repartição secundária dos rendimentos) é sobretudo um argumento moral.”*

³⁸⁰ Cfr. João Ricardo Catarino, em *“Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”*, Almedina, 2008, p. 221

³⁸¹ Sendo aqui considerada a sinalização dos preços, ou seja, a transmissão de determinada informação por via da prática no mercado de determinado preço.

Mais, para Hayek, a ideia de justiça social apenas constituirá um entrave, impedindo que cada indivíduo eleve as suas potencialidades e as concretize. Mas uma vez que existe a crença nessa “justiça social” ela será prosseguida, independentemente de ter ou não significado³⁸².

Partindo do conceito e aceitação do paradigma do Estado Capitalista³⁸³, em que não se contestam a Liberdade individual, a Liberdade de empresa, Direitos de propriedade privada, mercado e concorrência, são vários os autores que, nos anos 80 e seguintes do século XX, desenvolveram o conceito de justiça redistributiva ou de redistribuição, bem como os conceitos de igualdade. Tomemos nota de alguns desses autores e a relevância dessas posições.

Ronald Dworkin, que veio dar nova leitura ao Direito, tentando encontrar a sua melhor interpretação – relegando o positivismo para um segundo plano – faz uma leitura dos conceitos aliando características sociais, morais e contemporâneas.

Relativamente à igualdade distributiva, Dworkin faz a diferenciação entre a *igualdade de bem-estar* que consiste numa igualdade distributiva em que essa distribuição encara as pessoas como iguais e quando faz a distribuição transfere recursos até que a mais completa igualdade possível de bem-estar seja alcançada³⁸⁴. Por outro lado, a *igualdade de recursos* sustenta que só há tratamento como iguais caso a distribuição ou transferência de recursos conduza à igualdade possível de recursos entre pessoas. É esta que, face às duras críticas feitas à igualdade de bem-estar, que acaba por ser fundamental na obra deste autor.

Pressupondo que há que encontrar meios para integrar os recursos privados com o poder político, bem como harmonizar o mercado privado de recursos com uma economia de mercado, a repartição ideal para Dworkin assentará na imagem de um leilão: para cada bem a distribuir o preço é fixado livremente no mercado e depois cada indivíduo pode fazer as licitações que entender. Assim, o acesso seria feito de forma igual, sem interferência os gostos e passando o *teste da inveja*.

Mas que estrutura deve este leilão ter para funcionar numa economia dinâmica, com trabalho, investimento e comércio. O que Dworkin veio introduzir foi que após o leilão inicial podem existir vários factores que provoquem mais desigualdades, factores a que designou genericamente de *sorte*; i) sorte pelo risco, quando se acatam os resultados – bons ou maus - do jogo que voluntariamente se jogou ou; ii) sorte bruta, em que os resultados não derivam de qualquer jogo previamente deliberado.

Posto isto, será que os que ganham devem ou não partilhar os rendimentos com os que perdem, repondo, assim, novamente a situação inicial pré jogo. Bem, se assim fosse não havia incentivo

³⁸² Cfr. João Ricardo Catarino, em “*Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual*”, Almedina, 2008, p. 230 e ss.

³⁸³ Aqui reside a fulcral diferença para os teóricos marxistas, que funcionavam com uma intervenção de repartição, diretamente no factor de produção trabalho que, como já se referiu, servia de padrão de valor. De resto, a intervenção baseava-se no dirigismo, em que o Estado se substitui nas decisões económicas, sem que exista liberdade individual ou coletiva nas decisões económicas.

³⁸⁴ Conforme refere Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, “*Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais*”, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 28, a igualdade de bem-estar abrange as teorias de sucesso e as teorias dos estados conscientes em que se defendo, na primeira, uma igualdade nos sucessos e na segunda uma igualdade na qualidade de vida. Mas ambas têm graves falhas uma vez que os conceitos são vagos e indeterminados.

ao jogo e ganharia sempre o seguro³⁸⁵. O sistema de compensação – figura do mercado segurador – parece inevitável para acorrer aos menos afortunados ao invés de ficarem à mercê da sorte. Assim, Dworkin acaba por fazer prevalecer a igualdade de recursos face à igualdade de bem-estar, no sentido de proteção da franja da sociedade que estaria afastada do mercado. Deve, pois, o Estado ir corrigindo a sua atuação e corrigir também as desigualdades decorrentes da má sorte.

Outro autor incontornável no que concerne à ideia de justiça social e que já referimos anteriormente, é John Rawls. A sua obra foi, inicialmente, interpretada apenas como uma defesa do Estado de bem-estar. Mas Rawls desenvolveu uma ideia de justiça com premissas de liberalismo político, o que deu folego ao neoliberalismo.

Rawls é um contratualista *suis generis*. O “contrato social” idealizado por Rousseau surge quando cada cidadão se coloca à mercê da direção da vontade geral que se dirige para o bem comum³⁸⁶, recebendo uma parte do todo. Esta necessidade de ter um guia levava a que o Estado, enquanto associação civil voluntária, desempenhasse o papel de orientador. Rawls, no entanto, utilizava a ideia de contrato para responder à questão sobre a conceção de justiça que melhor convém para que se concretize os termos da cooperação social entre cidadãos integrados no núcleo sociedade para toda a sua vida. Existia, pois, uma tentativa de justificação da ordem jurídica positiva ao abrigo da ideia de justiça.

Os princípios essenciais para o funcionamento da sociedade são “(...) *princípios de justiça social, aptos a fornecer um critério de atribuição de direitos e deveres e de distribuição dos encargos e benefícios para a cooperação social (...)*”³⁸⁷. Assim, pretende-se que os cidadãos livres vivam num clima de equilíbrio e cooperação, devendo essa cooperação pautar-se por princípios que sejam inteligíveis, mormente justiça e bem-estar.

Relativamente à Teoria da Justiça, Rawls parte da ideia de equidade e idealiza a chamada *Posição Original*, na qual todos os membros da sociedade sejam igualmente considerados e respeitados, tal qual existisse um *véu de ignorância*, partindo depois para a construção deste contrato social a vários patamares.

Inicialmente, cobertos por esse *véu de ignorância*, os indivíduos escolhem as regras que vão reger a sociedade por terem o mais puro sentido de justiça. Esta ignorância revela-se pela ausência de conhecimento sobre características individuais, regras de funcionamento da sociedade, da economia ou sistema político. A justiça rege-se por dois princípios: i) princípio da igualdade, em que “*cada pessoa tem o mesmo direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas desde que seja compatível com a garantia dum esquema idêntico para todos*”³⁸⁸; ii) O princípio da diferença, em que “*as desigualdades económicas e sociais devem ser*

³⁸⁵ Aqui há a relevar as falhas, ou seja, aquele grupo que não compreende nem tem capacidade de compreender o jogo e, nesses casos, a compensação parece ser evidente. Mas a questão prende-se, realmente, com um sistema de compensação não excecional mas antes amplo. E essa vertente já é mais difícil se não houve incentivo.

³⁸⁶ De referir que Rousseau considerava que a vontade particular tendia para o privilégio enquanto que a vontade geral tendia para a igualdade.

³⁸⁷ Cfr. João Ricardo Catarino, em “*Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual*”, Almedina, 2008, p. 251 e ss.

³⁸⁸ Cfr. João Ricardo Catarino, em “*Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual*”, Almedina, 2008, p. 255 e ss.

*distribuídas, de tal forma que, simultaneamente, a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam em benefício de todos, b) decorram de posições e funções às quais todos têm acesso*³⁸⁹.

Assim, todos os valores sociais devem ser distribuídos de forma igual, salvo se uma distribuição desigual trazer um benefício para todos. De relevar que o princípio da diferença faz com que as desigualdades económicas e sociais devam ser distribuídas de forma a proporcionar maior expectativa de benefício aos desfavorecidos e garantirem um acesso equitativo às oportunidades.

Com isto, e não esquecendo que os ideais de justiça são escolhidos pelos indivíduos de forma racional – por influência do véu da ignorância – então o contrato social estabelece-se em torno de *guidances* adequados à proteção dos bens³⁹⁰, bem como a melhor distribuição de bens pelas pessoas e grupos sociais.

Os restantes patamares da construção do contrato social já integram a escolha dum constituinte política e da escolha de normas aplicáveis aos casos concretos. Nesta construção, o papel das instituições é também relevante uma vez que são os veículos para a promoção da redistribuição, incluindo a instituição dum sistema fiscal e utilização das receitas do Estado em prol da satisfação das necessidades do princípio da diferença.

Economista da *New Welfare Economics*, Amartya Sen traz uma teoria de desenvolvimento por via da liberdade, criticando os contratualistas. Sen reafirma a infalibilidade dos mercados defendendo os ajustes sobre factores externos para garantia do seu bom funcionamento. E critica a ideia de desigualdade entre indivíduos promovida pela acumulação de capital e daí fundamentar uma intervenção de redistribuição. A redistribuição deve assentar na liberdade da escolha individual – conceito muito vincado na sua obra – pelo que deve existir, isso sim, uma intervenção musculada e abrangente com políticas públicas para a promoção do desenvolvimento: fornecer meios e permitir que cada um faça o que entender com os mesmos meios.

A ideia de justiça, para Amartya Sen, deriva em primeiro lugar das realizações pessoais e só depois nas comparações para que haja reforços de justiça. O que é condicente com a defesa do individualismo e da liberdade enquanto motor de desenvolvimento.

A ideia de redistribuição foi sendo alvo de muitas críticas³⁹¹ e desenvolvimentos, mormente no que toca ao evoluir do conceito de igualdade. É que partimos dum ideal de igualdade de Thomas Jefferson em que *“Todos os homens são criados iguais”* para conceitos mais específicos como a *liberdade de oportunidades*, em que nenhuns obstáculos deverão impedir as pessoas de

³⁸⁹ Cfr. Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 34 e ss.

³⁹⁰ Que cada um vá, mesmo que egoisticamente, proteger.

³⁹¹ De referir Milton Friedman e Robert Nozick, tendo este último reagido à olha de Rawls com uma posição anarco-libertária de Estado Mínimo. Embora considere que o direito de propriedade esteja salvaguardado, Nozick cria a ideia de *“entitlement”* ou apropriação legítima desde que haja título. A redistribuição passaria, por isso, também por esse crivo de legitimidade ou título. O Estado não teria, pois, de fazer qualquer intervenção redistributiva, devendo ser imparcial e respeitando a liberdade individual. Chega até a considerar que a manutenção dum padrão distributivo equivaleria a *“(...) individualismo com violência, na medida em que, contrariamente ao senso comum, as pessoas deixam de poder fazer o que entendem com os recursos que são seus porque outros reclamam para si o que pertence àqueles, obrigando à fixação de um critério distributivo padronizado que os favoreça.”* (Cfr. João Ricardo Catarino, em *“Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”*, Almedina, 2008, p. 314 e ss.)

atingirem as posições para as quais têm talento³⁹², e a *igualdade de resultados*, que nos últimos anos acabou por se impor por via de quotas justas e iguais para todos.

c) *A função de Estabilização (Macro)Económica*

A função de estabilização que é atribuída ao Estado é sobretudo uma função macroeconómica, sendo uma herança da escola keynesiana que considerava que as economias de mercado, se entregues a si mesmas, são instáveis e funcionam em ciclos económicos que tendem a repetir-se. Esses ciclos são caracterizados por uma grande amplitude: a seguir a um período de expansão, em que existe pleno emprego e tensões inflacionistas, surgem períodos de recessão ou depressão, com altas taxas de desemprego e deflação³⁹³.

Ora, a instabilidade dos ciclos económicos leva naturalmente a consequências sociais indesejáveis, como aumento das desigualdades económicas, pobreza, mas também traz uma grande instabilidade económica pois as expectativas dos agentes económicos serão muito mais voláteis, impedindo a capacidade de planeamento e tomada de decisão³⁹⁴.

Caberá ao Estado encontrar mecanismos para atenuar a amplitude dos ciclos económicos por via dos instrumentos que tem ao seu dispor, mormente a receita e despesas públicas. Assim, a períodos de recessão geralmente aumenta a despesa pública quer em consumo mas também em investimento, tendendo a existir uma diminuição da carga fiscal. Quando o ciclo é expansionista, o desejável será a diminuição da despesa pública³⁹⁵ e aumenta a receita pública, mormente a receita tributária.

Se depois da II Guerra Mundial se viveu um período duma certa estabilização, parecendo que os ciclos de grandes crises pareciam desvanecer face ao aumento da moderação e quase padronização da ação económica dos Estados, a crise de 2007/2008 veio acabar com esse panorama. Voltou-se, portanto, a considerar necessária a intervenção de forma a atenuar sobretudo os ciclos mais nefastos social e economicamente³⁹⁶. Assim, *“Dado um quadro de flutuações macroeconómicas de curto prazo, resultantes do jogo da oferta e da procura agregadas, impõe-se considerar o conjunto de soluções políticas que possam prevenir, remediar ou minorar os efeitos reais e nominais dessas flutuações, compensando as ineficiências que «erros» e «viscosidades» do tecido económico possam causar no ajustamento da oferta e da procura agregadas, e evitando que o descontrolo dos problemas de crescimento, inflação, desemprego ou desequilíbrio da balança de pagamentos possa deixar «cicatrices» estruturais, no longo prazo, mormente atrasos muito manifestos no processo de crescimento económico”*³⁹⁷

³⁹² Neste sentido Milton Friedman que relevava que o conceito de igualdade de oportunidades teria passado a ser o conceito referência incluindo para a liberdade. Cfr. Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D'Oliveira Martins, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais”*, 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 40 e ss.

³⁹³ Cfr. Abel Costa Fernandes, *“Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”*, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 25 e ss

³⁹⁴ Um exemplo é o facto de as taxas de inflação elevadas influenciarem de tal forma os preços que levam à deturpação da sua função de sinalização, levando a interpretações menos realistas das variações dos mesmos por parte dos agentes económicos.

³⁹⁵ Que muitas vezes sucede de forma quase automática, nomeadamente por via de diminuição das despesas sociais associadas aos subsídios de desemprego ou outros subsídios. Também no lado das receitas existe um ajuste com o aumento das receitas de impostos decorrentes do aumento do consumo e maior nível de emprego.

³⁹⁶ Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, *“Economia”*, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 643 e ss.

³⁹⁷ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 791 e ss.

Resulta, pois, que o curso dos produtos e dos preços é determinado pelas interações entre a oferta e procura agregadas, sendo que os desequilíbrios que possam existir levam aos ciclos económicos que temos vindo a aludir. A intervenção do Estado, com o intuito de estabilização desses ciclos, faz-se sobretudo pela influência no crescimento da procura agregada, utilizando os instrumentos da macroeconomia típicos, que são as políticas monetárias e orçamentais.

Recordemos, em primeiro lugar, que, se a intervenção do Estado incide, sobretudo, sobre a procura agregada, vale a pena recordar aqui a Lei da Procura: A lei faz a correlação entre o preço e a quantidade procurada, sendo que essa correlação é inversa causando uma curva negativamente inclinada. Ou seja, em caso de subida de preço a quantidade procurada diminui e vice-versa. Se assim é, a tentativa do Estado será a de influenciar o movimento abrupto da procura agregada.

Relativamente à política monetária³⁹⁸, o factor condicionante que mais tem sido estudado tem sido o “efeito Keynes” que consiste num abaixamento das taxas de juro em sequência dum abaixamento dos preços, criando assim maior disponibilidade de fundos para poupança.

John Maynard Keynes, defendia a preferência pela liquidez para justificar as taxas de juro reais que, à partida, serviriam para ajustar a oferta e procura de moeda. De acordo com Keynes, existem 3 pontos essenciais relativamente à teoria monetária, a saber: i) A taxa de juro nominal é o custo de oportunidade da liquidez, da detenção de moeda na sua forma imediatamente disponível; ii) a procura da moeda varia na razão inversa das taxas de juro; iii) a taxa de juro real equilibra no ponto de interseção entre oferta e procura de moeda³⁹⁹.

Atendendo a estas premissas, a preferência pela liquidez é condicionada pela taxa de juro no sentido em que a procura de moeda é tanto maior quanto menor for a taxa de juro, e vice-versa. Assim, como a oferta de moeda é condicionada pela decisão política, este meio seria uma forma de correção de instabilidade de mercados.

Se tivermos em conta que os Estados podem influenciar a oferta de moeda, então existem duas políticas monetárias que podem ser consideradas. Por um lado uma política monetária expansionista onde se aumenta a oferta de moeda, reduzindo assim a taxa de juro e estimulando investimentos maioritariamente no sector privado. Esta política é conveniente para épocas de recessão e visa aumentar a procura agregada e gerar novos empregos.

Por outro lado, a política monetária de contração consiste em reduzir a oferta de moeda, aumentando assim a taxa de juro e reduzindo os investimentos no sector privado. Neste caso, a política monetária é aplicada quando a economia está com inflação muito elevada, visando reduzir a procura agregada e, consequentemente, o nível de preços.

Este tipo de políticas monetárias serviram para tentar equilibrar os mercados, introduzindo factores que fizessem movimentar a curva da procura de moeda, corrigindo de certa forma a amplitude de determinado cenário económico. Contudo, sendo um movimento “*contranatura*”, que no fundo pretende contrariar o movimento decorrente da Lei da Procura, as intervenções levavam tempo e desencadeavam também efeitos nefastos. Tal decorre, em grande parte, da volatilidade da circulação da moeda e do efeito de substituição da mesma por outros meios de pagamento.

³⁹⁸ Cujo verdadeiro impacto é muito discutido.

³⁹⁹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 793 e ss.

Outra questão prende-se com o momento de intervenção aquando ciclos económicos de crescimento: qual o ponto ótimo de inflação para que se faça uma intervenção de forma a estancar a mesma.

Mas a Procura Agregada pode ainda ser “manipulada” por via da Política Orçamental, um segundo instrumento muito importante na função de estabilização económica. A política orçamental pode definir-se como “(...) *um conjunto de decisões que respeitam ao nível ao nível global das despesas e das receitas do Estado (normalmente por via da sua integração no Orçamento do Estado, a previsão periódica de receitas e despesas públicas), com o mesmo objectivo de alcançar ou manter o pleno emprego, promover o crescimento económico e alcançar a estabilidade dos preços*”⁴⁰⁰.

Atendendo ao facto de que a despesa pública representa, ela própria, uma parte da procura agregada fácil se torna perceber que o Estado pode interferir com a curva da Procura Agregada, provocando movimento de expansão ou contração, caso aumente ou diminua a despesa pública, a aquisição de bens e serviços.

Quando o Estado decide aumentar a despesa pública, tal provoca dois efeitos opostos⁴⁰¹: i) o aumento da despesa pública pode provocar o chamado “*efeito multiplicador*”, ou seja, desencadeia um efeito de cadeia, colocando mais e mais forças produtivas a movimentar-se, mais do que o esforço inicial suporia e levando a uma expansão da procura proporcional; ii) o aumento da despesa pública leva à necessária diminuição da poupança ou agravamento do endividamento público para financiar essa despesa, o que nos leva ao efeito “*crowding out*”.

⁴⁰²Neste caso, a movimentação da oferta e procura de fundos no mercado leva ao aumento de taxas de juro que faz contrair, por sua vez, a procura agregada. Há, por isso, a expulsão ou sacrifício dos níveis de consumo e investimento privado a favor da despesa pública.

Para além da despesa pública, um dos instrumentos bastante utilizado na política orçamental é a regulação da carga tributária de forma a aumentar ou diminuir o rendimento disponível dos consumidores: enquanto que um agravamento tributário deixa menos rendimento disponível aos consumidores, provocando retração no consumo, a diminuição de carga tributária leva à expansão da procura.

De relevar que o corte nos impostos pode também provocar um “*efeito multiplicador*”, uma vez que deixa mais dinheiro disponível nos contribuintes e permite o aumento da despesa no consumo, mas também um “*efeito crowding-out*”, uma vez que a diminuição de receita pública leva a uma contração na despesa pública e ausência de emissão de moeda, logo um aumento da taxa de juro que, como sabemos, provoca a contração da procura agregada.

Embora a política fiscal seja aplicada quer para o curto mas também longo prazo, há alguns problemas associados às suas características. Embora grande parte das vezes seja utilizada para o curto prazo, o facto é que existem sempre melindres políticos e de legitimação. A matéria fiscal

⁴⁰⁰ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 802 e ss.

⁴⁰¹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 803 e ss.

⁴⁰² O efeito “*crowding-out*” representa um desincentivo do investimento provocado pelos déficits orçamentais e reflete o custo de oportunidade de uma política orçamental expansionista e deficitária. E pode levar a um resultado paradoxal que é uma política orçamental expansionista provocar uma contração da Procura Agregada, quando, justamente pelo aumento de endividamento público se provoca uma retração na oferta de fundos públicos no mercado da poupança e investimento, levando à consequente aumento de taxa de juro equilíbrio, retraindo, por sua vez, a procura agregada. Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p.805 e ss.

é sensível quer no que juridicamente se refere à legitimidade e tempestividade das alterações ou introdução de novos regimes, mas também à percepção criada pelo grupo de contribuintes.

Por um lado, em matéria tributária, os órgãos executivos têm a sua atuação balizada pelas linhas gerais definidas pela Assembleia da República, pelo que a criação e alteração de tributos está condicionada pelo princípio da legalidade. Mais, a alteração do regime tributário não é, em princípio, efetuada durante um período anual, pelo que a solução de “curto prazo” pode demorar algum tempo a surtir efeitos.

Ainda no que concerne ao curto prazo, a expectativa dos contribuintes face a um aumento ou diminuição de carga fiscal leva-os a um comportamento especulativo, principalmente se a alteração tributária for temporária. Os contribuintes aqui comportam-se como os agentes do mercado e a sua expectativa pode provocar exatamente o efeito contrário ao desejado.

No que concerne ao longo prazo, efetivamente as alterações da carga fiscal, mormente a sua descida, pode provocar efeitos de estímulo à procura agregada mas também um aumento de oferta face ao possível aumento da despesa pública. Também existe um efeito a longo prazo esperado de potencial aumento de receita tributária face à diminuição da fuga e evasão fiscal ou fenómenos de mercados paralelos.

Para além do impacto no rendimento disponível, a carga tributária pode ainda influenciar o preço do mercado. Basta pensar num aumento ou diminuição de impostos sobre o consumo para perceber o impacto que tal pode ter ao nível da receita mas também na procura agregada.

De relevar, contudo, que os efeitos da carga tributária no que concerne aos preços trará diferentes impactos consoante a elasticidade da procura dos mercados. Em caso de rigidez, o impacto da subida de preço provoca variação menos que proporcional. Ressalva-se, contudo a sua importância no que concerne à receita pública, que a receita tributária é a receita pública por excelência.

2.1.3. Fundamentos para a Intervenção Pública

O périplo pelas funções do Estado demonstra-nos que o sector público⁴⁰³, no âmbito dessas funções, intervém na Economia quando disso existe necessidade.

Há, pois, que analisar os fundamentos microeconómicos para a necessidade de intervenção do Estado na Economia aquando da sua atuação no âmbito das suas funções de afetação e redistribuição. Por um lado, no âmbito da função de afetação, o Estado deve garantir a afetação eficiente de recursos, garantindo a provisão de bens e serviços mesmo quando o mercado, no seu funcionamento, não os produz e implementa medidas de redução do impacto de efeitos externos.

No que concerne à função de distribuição, o Estado intervém ao nível da repartição – distribuição primária – e da redistribuição – distribuição secundária. Por um lado, o Estado deve garantir a igualdade de oportunidades e o acesso a bens de mérito ou primários. Com essa intervenção, o Estado pretende introduzir a correção da distribuição decorrente do mercado

⁴⁰³ Aqui entendido em sentido amplo

dos factores de produção, bem como a introdução de motivações de justiça social que pode abarcar um conceito mais amplo.

Para bem entender estas intervenções, há que perceber o mecanismo de mercado, suas virtudes e falhas para depois partir para os fundamentos microeconómicos da intervenção do Estado. Uma coisa podemos já perceber: o Estado é impelido a intervir para correção do resultado do funcionamento do mercado, ou seja, o resultado do funcionamento do mercado não satisfaz, por algum motivo, os intuitos de bem-estar geral da comunidade⁴⁰⁴.

Relevamos, neste particular e associado também ao sistema de preços, análises económicas que relevam para a economia de bem-estar. Por um lado, sob certas condições, os mercados em equilíbrio caracterizam-se por uma afetação eficiente de recursos, conforme a teoria de Vilfredo Pareto.

Recordemos que o ótimo paretiano alia três vertentes: i) afetação eficiente de recursos produtivos, ou seja, funcionamento da economia na Fronteira de Possibilidades de Produção; ii) eficiência das trocas por via da maximização dos excedentes do produtor e do consumidor e; iii) eficiência nas preferências, indo de encontro das necessidades dos consumidores.

Ora, *“Existe um sistema de preços, de bens e factores produtivos, para o qual as empresas utilizam os seus recursos produtivos de forma ótima – isto é, com uma combinação de factores produtivos que minimiza os seus custos – e os consumidores utilizam os seus rendimentos de forma ótima.”*⁴⁰⁵ O mercado é, por isso, um poderoso mecanismo de coordenação descentralizada de recursos sem necessitar, *à priori* de qualquer intervenção do Estado. Mas, por outro lado, caso qualquer destes factores de equilíbrio falhe, a eficiência do mercado é posta em causa e, nesse caso, o Estado tem um fundamento para intervir.

Contudo, mesmo quando está assegurada a eficiência do funcionamento do mercado, mormente exista uma afetação eficiente de recursos, tal não significa que a mesma seja considerada justa. Ou seja, a sociedade não necessita de ficar à mercê da distribuição de rendimento que resulta do livre funcionamento do mercado. Por isso, pode existir uma distribuição de recursos, sobretudo de dotações iniciais, que permitam uma correção do mercado que pode, em teoria ser também eficiente.

De qualquer forma, a intervenção do Estado está justificada sobretudo por duas racionalidades: i) ineficiências do mercado; ii) Equidade e redistribuição. Vejamos, mesmo que num panorama geral, a interação entre esta ideia de eficiência paretiana associada ao ótimo social.

Os indivíduos que partem de direitos de propriedade desiguais, num mercado de concorrência onde haja eficiência de trocas, leva a que as mesmas se processem com a maximização da utilidade dos agentes. Com a realização das trocas haverá um melhoramento de Pareto, ou seja, alguém ficará melhor sem prejudicar outrem. O ótimo de Pareto ou afetação eficiente leva a que exista no mercado a transação suficiente de bens até ao ponto em que ninguém ficará numa situação melhor sem que isso prejudique outrem.

Se, por um lado, a simples existência de trocas pode levar ao aumento de bem-estar dos agentes, o facto de os agentes se apresentarem no mercado com diferentes pontos de partidas –

⁴⁰⁴ Repare-se que a ideia de bem-estar pode não apenas abarcar questões de justiça social mas também motivações de funcionamento eficiente do mercado.

⁴⁰⁵ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, *“Economia e Finanças Públicas”*, Escolar Editora, 2005, p. 41 e ss.

dotações iniciais – leva a desigualdades no pós trocas. Ou seja, as desigualdades na distribuição inicial repercutem-se nas consequentes trocas voluntárias realizadas no mercado.

É aqui que pode existir uma intervenção relativamente à distribuição inicial ou até na redistribuição pós trocas, feita pelo terceiro agente que será o Estado, com vista a uma solução também ela *ótima*.

Contudo, o Estado tem de decidir que *ótimo* escolher: se um que seja economicamente eficiente ou um ótimo social. Este ótimo social conduz, para além da eficiência, à maximização do bem-estar da sociedade. É, no fundo, o melhor dos *ótimos*! Mas será viável? É que este ótimo social leva à necessária comparação interpessoal de utilidades o que parece, o que torna a equação bastante mais inalcançável até pela heterogeneidade da sociedade. Assim, essa comparação de utilidade apenas será possível em caso de subdivisão ou grupos homogêneos e, como é bem de ver, a junção da análise das partes nem sempre corresponde a uma visão do global.

Se tomarmos em atenção o primeiro teorema fundamental da economia de bem-estar, associado ao ótimo de Pareto, facilmente se encontram os pontos de equilíbrio desses mercados: *ceteris paribus*, a procura agregada e a oferta agregada interseitam sem interferências relevantes dos agentes, sendo o preço o sinalizador, o diferencial. Funciona, assim, o mercado em concorrência perfeita, com atonicidade, fluidez e liberdade.

O fracasso do mercado sucede quando existem bens ou serviços inexistentes ou escassos face às necessidades do mercado: por um lado tal situação afeta o bem-estar dos indivíduos, logo afeta a utilidade da procura agregada mas o custo associado afeta negativamente a oferta. Inexiste, nesse caso transações com melhoramento paretiano ou inexistem, de todo, mercados.

Os fracassos do mercado são sobretudo quatro:

- 1) Bens públicos, bens que pelas suas características se torna difícil a sua provisão por privados;
- 2) Externalidades, situações em que a ação de determinados agentes do mercado provoca benefício ou prejuízo na esfera de outrem, sem que daí resulte uma indemnização ou ressarcimento;
- 3) Imperfeições da concorrência ou poderes de mercado, quando falha alguma das características da concorrência perfeita, sendo de relevar sobretudo falhas de atonicidade do lado da oferta (monopólios e oligopólios);
- 4) Assimetrias informativas, decorrentes do diferente nível e detalhe de informação dos agentes de mercado acerca do bem ou serviço em transação.

Estes fracassos levam a ineficiências do mercado o que, como já referimos, pode induzir o Estado a intervir⁴⁰⁶.

A matéria relacionada com o fundamento da intervenção pública tem sido tradicionalmente tratada atendendo a motivações de eficiência ou de justiça. Relativamente às motivações de eficiência, dúvidas não existem sobre a sua conexão com as falhas de mercado, fracassos, decorrentes do seu funcionamento em concorrência. Já no que concerne às motivações de justiça, decorrem de discrepâncias ou iniquidades resultantes do funcionamento normal do mercado. Essas iniquidades objeto de intervenção do estado por via de mecanismos

⁴⁰⁶ O Estado não tem de intervir obrigatoriamente aquando duma falha de mercado. Apenas fará essa intervenção caso a falha tenha relevância económica e/ou social suficiente que justifique a intervenção do Estado.

distributivos primários – diretamente nas dotações iniciais dos agentes ou repartição – ou posteriormente em sede de redistribuição de rendimentos.

Para além destas duas razões, Fernando Araújo⁴⁰⁷ refere ainda “*a pura e simples ignorância das leis económicas, o desconhecimento dos requisitos e implicações da atitude intervencionista (...)*”, referindo-se a experiências de intervencionismo estatal cuja motivação é inexplicável! Uma referência assaz irónica mas cuja pertinência acaba por se justificar face às realidades a que assistimos não poucas vezes.

Façamos, então, uma melhor avaliação dos problemas que surgem e motivam, depois, uma intervenção pública.

2.2. Intervenção pública na Economia por razões de Eficiência

Recordando a linha condutora que nos tem guiado, estamos em fase de identificação dos problemas económicos de base que motivam, fundamentam uma intervenção pública. Esta análise assume uma importância fulcral para perceber, depois, os mecanismos de correção que são despoletados face à problemática da falha, do erro. Esses mecanismos de correção serão, sobretudo, mecanismos despoletados pelo terceiro agente do mercado que é o Estado⁴⁰⁸.

Ora, concluímos acima que o mercado em concorrência funcionará para a generalidade dos casos. Esse é o ponto de partida. Mas afinal como funciona este modelo, padrão de perfeição a partir do qual se avalia a eficiência do funcionamento do mercado.

Já abordámos acima, mesmo que superficialmente, que a eficiência é avaliada atendendo a padrões como o ótimo de Pareto e o ótimo social, bem como já abordámos as três características do mercado de concorrência perfeita que serve de padrão para aferir situações de imperfeições de concorrência ou poderes de mercado.

Façamos, por ora, a síntese do que diz respeito à aferição do conceito e condições de eficiência económica, sendo a primeira premissa a de que apenas se produzem bens privados, inexistindo qualquer fracasso do mercado. A primeira análise de eficiência económica será feita por via do cumprimento do critério paretiano da verificação da eficiência na produção, cumulada com a eficiência no consumo e o equilíbrio geral das trocas⁴⁰⁹.

A eficiência da produção, que se pode traduzir numa Fronteira de Possibilidades de Produção e que existe afetação eficiente de recursos, decorre também da perfeição do funcionamento do mercado: estando na presença exclusiva de bens privados, sendo os bens homogêneos e

⁴⁰⁷ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 55 e ss.

⁴⁰⁸ De referir que, como adiante se irá abordar, os mecanismos de correção não são necessariamente públicos.

⁴⁰⁹ Conforme ensina Joseph E. Stiglitz, “*Economics of the Public Sector*”, 3rd Edition, 2000, W.W. Norton & Company, p. 63, acerca dos requisitos da eficiência de Pareto, “*First, the economy must achieve **exchange efficiency**, that is, whatever goods are produced have to go to individuals who value them most. If i like chocolate ice cream and you like vanilla ice cream, I should get the chocolate cone and you the vanilla. Second, there must be **production efficiency**. Given the society’s resources, the production of one good cannot be increased without decreasing the production of another. Third, the economy must achieve **product mix efficiency** so that goods produced correspond to those desired by individuals. If individuals value ice cream a lot relative to apples, and if the cost of producing ice cream is low relative to apples, then more ice cream should be produced.*”

existindo informação perfeita, o preço dos bens e dos factores é único factor decisivo e expressa a maximização do lucro como objetivo dos produtores.

Para existir eficiência no consumo o que vai suceder é que cada consumidor vai maximizar a utilidade atendendo à sua restrição orçamental e consegue fazê-lo face às condições de mercado que apresenta homogeneidade de bens e informação perfeita.

O equilíbrio geral vai resultar da maximização do bem-estar decorrente das trocas, sempre cumprindo a máxima de que o aumento do bem-estar de alguém não deve diminuir o bem-estar de outrem.

Relativamente ao bem-estar, já anteriormente aqui referimos os dois teoremas fundamentais da economia do bem-estar: i) o primeiro teorema acaba por ser equivalente ao funcionamento do mercado em concorrência perfeita, com a afetação de recursos de produção eficiente, eficiência de consumo e maximização de excedentes; ii) o segundo teorema pretende conjugar a eficiência com objetivos de justiça e equidade, afirmando que se atinge a eficiência paretiana em caso de distribuição apropriada das dotações iniciais e depois o próprio mercado fará o ajuste nas subseqüentes trocas.

Ora, a construção de Pareto assume que a eficiência económica se atinge através de condições de mercado que são muito específicas e pouco reais. E, mesmo no segundo Teorema, nunca se abdicava, em qualquer grau, de eficiência mesmo para se atingir finalidades de justiça ou equidade. Tudo dentro dum mercado que funcionaria no mecanicismo *smithsiano* sem qualquer falha.

A maior vantagem do critério de Pareto é que dispensa comparações interpessoais de utilidade, mas a impossibilidade de ordenar e comparar os estados alternativos sempre que o nível de utilidade de alguém se reduz para que cresça o nível de bem-estar de terceiros, é a maior falha deste critério.

Também nada é dito sobre a utilidade social e variação da mesma quando há variação das utilidades. Existem diversos exemplos em que determinada medida política, por exemplo, pode aumentar a satisfação de uns mas diminuir a satisfação de outros. Tal situação salta para fora do âmbito do critério paretiano.

Ora, o bem-estar da comunidade não é determinado exclusivamente por critérios de eficiência económica. Inclui também padrões de distribuição de rendimento por entre os seus membros. As teses utilitaristas, mormente a apresentada por Jeremy Bentham, defendiam que a utilidade social obtém-se a partir da soma das utilidades individuais, pelo que a maximização da utilidade social seria obtida pela maximização das utilidades individuais. Para que tal suceda na ótica utilitarista, então o rendimento deve ser distribuído de forma igualitária, para que todos tenham um rendimento disponível fixo. Ou seja, no fundo é um princípio de equimarginalidade.

Os utilitaristas consideravam que os custos da redistribuição seriam negligenciáveis. E o nível da utilidade social pode aumentar em situações de ineficiência do mercado, situação que contraria o segundo teorema do bem-estar.

O problema da utilidade social é que o conceito da mesma, embora esteja latente na consciência social, não é um conceito determinado. Os utilitaristas pecavam por não fazer a comparação entre utilidades individuais e, como é bom de ver, as funções de utilidade social requerem

comparações interpessoais. Por outro lado, a agregação das preferências individuais não leva necessariamente à preferência coletiva⁴¹⁰.

Ora, para se ultrapassar as deficiências do critério de Pareto, foram estudados outros critérios de compensação, sendo os mais conhecidos os critérios desenvolvidos por Kaldor e Hicks, unidos, posteriormente por Scitovsky. Sucintamente:

Segundo o critério de Kaldor, uma atividade faz deslocar a economia para mais perto do ótimo de Pareto se o montante máximo dos que ganham e estão dispostos a pagar (*willingness to pay*) a quem perde para aceitar a mudança é maior do que o montante mínimo que os perdedores estão dispostos a aceitar.

O critério de Hicks, por seu turno, defendia que uma atividade desloca a economia em direção ao ótimo de Pareto se o montante máximo que os perdedores pagariam aos ganhadores para renunciarem à mudança é inferior ao montante mínimo que os ganhadores aceitariam para renunciarem à mudança.

Assim, o teste de Kaldor supõe que os perdedores poderiam impedir a mudança e pergunta se os ganhadores valorizam o seu ganho tanto que poderiam pagar aos perdedores para estes chegarem a acordo, enquanto o teste de Hicks supõe que os ganhadores são capazes de prosseguir com a mudança e pergunta se os perdedores consideram que a sua perda vale menos do que quanto lhes custaria pagar aos ganhadores para estes concordarem em não prosseguir com a mudança.

Os dois critérios foram combinados no critério de Scitovsky porque sozinhos surgiam como paradoxos. É assim que surge o Critério de Kaldor-Hicks, em que basicamente se defende uma análise de custos vs. benefícios, sendo de adotar à medida que provoque maior benefício, mesmo aceitando-se que alguns fiquem prejudicados. Usando o critério para a melhoria de Kaldor-Hicks, um resultado é uma melhoria se aqueles que ficam melhor podem em princípio compensar aqueles que ficam pior. No ótimo de Pareto ninguém poderia ficar pior.

Os critérios de eficiência pretendem maximizar o bem-estar, independentemente do caminho através do qual o pretendem fazer. De facto, a eficiência económica depende dum modelo padrão, dum mercado com determinadas características. Esse padrão é o modelo de concorrência perfeita, com as características de funcionamento perfeito, mecânico.

Esse modelo pode até não ser, à luz de determinados critérios, o mais eficiente, mas é o modelo comumente adotado, de onde podemos partir para a análise casuística e aferir das falhas que possam existir.

2.2.1 Modelo de concorrência perfeita: o padrão da eficiência

Já referimos várias vezes a ideia de mercado concorrencial sem, contudo, nos termos detido na sua apreciação e análise. A primeira ideia associada e que deve delimitar-se é a noção de

⁴¹⁰ A propósito veja-se o Teorema de Arrow que conclui pela impossibilidade de construir um procedimento de votação que satisfaça a todos os critérios desejáveis de justiça social simultaneamente. Sempre haverá algum tipo de inconsistência ou arbitrariedade no resultado. Esta impossibilidade de resultado advém da premissa de que a agregação de vontades individuais não reflete necessariamente a vontade coletiva.

mercado, sendo o mesmo o encontro, a interação do conjunto de compradores e vendedores, atuais ou potenciais, que se interessam pela transação de determinado produto ou factor de produção⁴¹¹. Em bom rigor, haverá tantos mercados quantos os tipos de bens, serviços ou factores que são oferecidos ou procurados⁴¹². É verdade que existem consumos e produções que podem – e devem – ser apreciados conjuntamente, mormente o caso de bens de produção conjunta, bens sucedâneos e bens complementares. Mas tal não significa que estão no mesmo mercado.

O mercado não necessita necessariamente de ser físico, e pode ser espontâneo, momentâneo, efémero ou de carácter mais permanente. Alguns mercados aproximam-se duma forma de organização mais estruturada e equilibrada, outros serão menos equilibrados. Ora, é esse equilíbrio que será considerado como um modelo ou padrão de eficiência com características a partir das quais se pode ponderar as variáveis.

As forças presentes no mercado e cuja interação dita as condições e características desse mercado são a procura e a oferta. A Procura caracteriza-se por ser o conjunto de atitudes típicas dos que se dirigem ao mercado para satisfazer as suas necessidades, seja através da aquisição dum bem ou serviço. O valor que atribui a esse bem ou serviço é determinado essencialmente pela sua utilidade, pelo valor subjetivo atribuído pelo consumidor. À Procura associa-se a ideia de consumo, pelo que é considerado o conjunto de consumidores presentes em determinado mercado e que aí se apresentam, cada um, com determinada disposição a comprar.

No caso da Oferta, estamos perante um conjunto de atitudes típicas daqueles daquele que se dirige ao mercado para entregar determinado bem ou prestar determinado serviço. Aqui a avaliação desse bem ou serviço prende-se essencialmente com o custo associado ao mesmo⁴¹³. Estamos neste caso perante os produtores que apenas se apresentam no mercado quando o preço atinge o valor mínimo relacionado com a sua disposição de vender.

No mercado, as duas forças interagem, sendo de correlacionar o preço praticado e a quantidade de bem ou serviço disponibilizado. Esta correlação permite encontrar padrões de comportamento das forças de mercado, mormente por via da Lei da Procura e Lei da Oferta. Em ambos os casos a correlação que é feita é entre o preço e a quantidade. No caso da Lei da Procura essa correlação é inversa, ou seja, em caso de subida de preço a tendência é a quantidade procurada descer e vice-versa. Já na Lei da Oferta encontramos uma correlação direta entre preço e procura: em caso de subida de preço, a quantidade oferecida tende a aumentar.

Estas duas leis refletem os incentivos das forças de mercado: enquanto a oferta pretende vender ao mais alto preço possível para obter maior lucro, a procura pretende adquirir os bens ou serviços de que necessita ao menor preço possível, maximizando a sua utilidade face à limitação orçamental.

⁴¹¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 136 e ss.

⁴¹² Não esqueçamos que é necessário traçar a delimitação do mercado para que consigamos entender a informação do mesmo, mormente a decorrente da formação dos preços. O mecanismo de formação de preços apenas faz sentido se tivermos delimitado determinado mercado quer para a oferta quer para a procura, sob pena de perversão da informação do ponto de equilíbrio do mercado, bem como da ineficiência da sinalização via preço de mercado.

⁴¹³ Deve entender-se aqui custo como o esforço, custo de oportunidade, acrescido dos demais custos explícitos, determinantes para a produção desse determinado bem ou para se obter legitimidade sobre o mesmo para o poder transacionar, bem como o custo implícito acrescido do custo explícito relacionado com a aquisição de aptidões e meios para prestar determinado serviço.

O mercado funcionará, portanto, atendendo à interação das forças de mercado que, por sua vez, variam o seu comportamento consoante o preço e quantidade. As interseções das curvas com as variáveis de comportamento de ambas as forças de mercado revelam o ponto de equilíbrio do preço e da quantidade de determinado mercado, quando a oferta e procura encontram o seu equilíbrio.

Para que as leis da Procura e Oferta funcionem, parte-se do princípio de que algumas características do mercado existam e se mantenham constantes – *ceteris paribus*. Se não, o que sucede é que algo poderá interferir o funcionamento das mesmas. Esse modelo é o de concorrência perfeita.

Ao modelo de mercado de concorrência perfeita são apontadas três características que vamos analisar com maior detalhe:

i) *A Atomicidade*

No mercado interagem as forças da procura e da oferta. Estes são os agentes do mercado. Se o número de participantes, quer do lado da oferta ou da procura, for suficientemente elevado, então as decisões individuais não influenciam a quantidade ou preço do mercado. Ou seja, o número de agentes no mercado deve ser o suficiente para que nenhum agente tenha poder de influenciar o preço ou a quantidade desse mercado.

Assim, existirá atomicidade no mercado quando cada um atue como um átomo, parte dum todo. Neste caso, a decisão individual é diluída no todo, pelo que essa decisão individual não influencia nem impõe preferências, mesmo que a decisão individual seja a mais extrema, como a de sair do mercado.

Inexistindo este poder de influência ou de decisão, todos os agentes estarão em condições de tomar as suas decisões de acordo com padrões de racionalidade guiados pela maximização da sua satisfação individual. Somente com esta premissa é possível analisar os movimentos da oferta e procura, ou seja, se a formação da vontade da procura e da oferta é feita sem a existência de preferências ou influência de determinado indivíduo ou grupo de indivíduos.

Para além de que somente com a presença de atomicidade está garantido o processo automático e equilibrado de formação de preços. Se existir algum poder de mercado, então existe uma diferenciação dos agentes no mercado, sendo os que têm poder de influência “*price makers*”, os que decidem o preço do mercado, e quem não detém tal influência é mero “*price taker*”, estando fadado a aceitar o preço de mercado.

Ora, num mercado onde exista atomicidade, todos os agentes são “*price takers*”, inexistindo a possibilidade de fixação unilateral dos preços, antes existindo uma “*pulverização «atomística» dos centros de decisão do mercado*”⁴¹⁴. Assim, no que concerne ao produtor que opera num mercado atomístico, o mesmo sabe que relativamente ao preço nenhuma ação individual será relevante, pelo que apenas poderá querer controlar os seus custos. O ganho do produtor no mercado atomístico depende do preço praticado reduzido dos seus custos, pelo que não podendo interferir na variável preço, o produtor tem o incentivo de se tornar o mais eficiente que consiga de forma a reduzir o custo e, assim, aumentar o seu ganho⁴¹⁵. Recordemos ainda, a

⁴¹⁴ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 142 e ss.

⁴¹⁵ Conforme refere o Fernando Araújo, Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p.313 e ss., “*Um mercado comporta estruturalmente a atomicidade do lado da oferta quando a*

propósito dos custos de produção, que num mercado atomístico, o ideal é que o custo marginal seja equivalente ao preço, sendo este o padrão de maximização do lucro⁴¹⁶.

O preço, no mercado atomístico, é um dado, um sinalizador. E será, porventura, o mais importante dado do mercado em concorrência perfeita, uma vez que as escolhas racionais dos agentes vão fundamentar-se essencialmente nesse dado.

O teste à atomicidade do mercado pode aferir-se caso as Leis da oferta e procura operem na sua plenitude: caso um vendedor aumente exponencialmente o preço do seu produto, perderá a sua clientela. Neste caso, a procura vai relevar uma elasticidade infinita. O grau de poder de influenciar o mercado dá-se no caso de elasticidade de grau intermédio ou inelasticidade da procura, situação em que o produtor detém, já, poder de influenciar o mercado.

Num mercado atomístico nenhum agente detém o poder de influenciar o preço e a quantidade do mercado, seja agente do lado da oferta ou do lado da procura. Tal situação ocorre por existirem as condições para tal, seja por existência de muitos e variados agentes no mercado – ou em número suficiente para que ninguém detenha poder de influência dos factores preço e quantidade – seja por existir “atomicidade potencial” com os mesmos efeitos que a atomicidade efetiva. Neste caso, os agentes teriam liberdade de entrada e saída do mercado face à variação de preços logo a variação de preços poderia levar a um efeito idêntico à existência de atomicidade. Tal sucederia por um ajustamento sobretudo da oferta, conforme nos revela a Teoria dos Mercados Contestáveis, desenvolvida por Baumol, em que o simples facto de existir liberdade de entrada e saída do mercado levaria a uma concorrência potencial, provocando um ajustamento do comportamento do agente com poder de mercado⁴¹⁷.

ii) A Fluidez

A fluidez confere aos agentes do mercado a percepção de estão a escolher um produto ou serviço de acordo com o dado preço. Ou seja, é a existência de fluidez que permite a avaliação rigorosa e objetiva dos interesses dos agentes, que são o custo vs. utilidade e a ponderação entre os mesmos que se expressa no preço. Neste pressuposto, a fluidez requer que os agentes consigam aceder à vantagem da concorrência perfeita, ou seja, comprar produto igual a preço mínimo. Sendo que existe uma transparência nas motivações dos agentes e maximiza-se essa motivação.

Para que exista fluidez num mercado, deve de existir liberdade de fixação de preços, liberdade de fixação de quantidades de bens a transacionar, liberdade de negociação e homogeneidade de produtos. Se existir racionamento de bens, fixação máxima ou mínima de preços ou outros entendimentos entre agentes do mercado que condicionem preços, quantidades ou a negociação, então não existirá fluidez⁴¹⁸.

A característica da fluidez dos mercados deve dividir-se em duas vertentes que, por consequência, remetem para uma terceira: A fluidez implica um misto de informação associado à homogeneidade dos bens que conduz à escolha mais racional.

«escala mínima de eficiência» é reduzida em comparação com o volume da procura – o que significa que muitos produtores poderão simultaneamente atingir e manter um volume de produção que lhes traz a minimização dos custos médios de longo prazo, ou seja, o máximo de eficiência económica.”

⁴¹⁶ Veja-se a este respeito, entre outros, Paul Samuelson e William Nordhaus, “Economia”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 151 e ss.

⁴¹⁷ De referir que a teoria de Baumol foi desenvolvida atendendo a cenários de monopólio ou oligopólio.

⁴¹⁸ Cfr. Soares Martinez, in “Economia Política”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 619 e ss.

Em primeiro lugar, apenas está garantida a fluidez se o mercado estiver bem delimitado. E para isso sabemos que os bens ou serviços desse mercado devem ser homogêneos. Se não existir homogeneidade de bens ou serviços os agentes terão o viés da preferência uma vez que os bens serão diferenciados. E a homogeneidade dos bens ou serviços de determinado mercado devem estar bem patentes, estando os agentes plenamente informados sobre essa semelhança de produtos. É, por isso, essencial que haja transparência no mercado, ao ponto de os agentes terem plena informação.

Ainda relativamente à informação plena do mercado, a mesma existirá quando a informação completa e perfeita do mercado é obtida pelos agentes a custo zero, ou seja, quando inexistem custos de transação⁴¹⁹.

Atendendo à informação plena e à homogeneidade de bens ou serviços do mercado, a escolha do agente apenas deve focar-se naquilo que é racionalmente acertado. E a escolha mais racional é aquela em que retiramos maior benefício líquido, que, num mercado com fluidez, será determinado pelo preço.

Já aqui referimos, a propósito da atomicidade, que o produtor, num mercado em concorrência perfeita tende para a Escala Mínima de Eficiência, sendo que a maximização do seu lucro é nivelada pelo custo marginal, devendo esse ser igual ao preço praticado. No caso do consumidor, já referimos que a maximização da utilidade – disposição de pagar - face à restrição orçamental leva a que o ideal seja o consumidor pagar um preço até à utilidade marginal.

Ora, o preço é, portanto o único elemento diferenciador. Para tal, é crucial que não haja diferenciação qualitativa entre as unidades dos produtos do mercado, pois tudo o que perturbe essa homogeneidade vai perturbar o mecanismo de preços e sua função sinalizadora.

Conforme refere Fernando Araújo⁴²⁰: *“Não existirá fluidez se for possível uma diferenciação dos produtos, que os torne imperfeitos substitutos ou sucedâneos uns dos outros, que os torne infungíveis”*. E essa diferenciação é relevante se perceptível aos consumidores, se provocar diferenciações de acessibilidade, se assentar na reputação ou estigma de marcas ou produtores, sejam assimetrias que levem ao aumento da relevância de qualquer diferenciação indicada, seja real ou imaginada.

iii) A Liberdade

O mercado não será competitivo se existirem limitações à participação nas trocas. No caso de existir(em) agente ou agentes que detêm poder de influência sobre o ingresso ou saída de agentes no mercado, então existirá um poder que enviesa o funcionamento concorrencial.

Também a existência dum quadro jurídico ou regulatório que delimite o ingresso no mercado por motivos de idoneidade, dimensão ou outras leva à criação duma barreira de entrada que delimita o funcionamento livre do mercado. Geralmente com maiores custos para os consumidores.

Conforme refere Fernando Araújo⁴²¹: *“O participante no mercado tem, em princípio, plena liberdade de ingressar, de sair, de reingressar, as vezes que bem lhe aprouver – sem ter que*

⁴¹⁹ Esta é uma característica de difícil preenchimento uma vez que a informação, por muito acessível que esteja tem sempre associado um custo de obtenção., que pode ser irrelevante, mas existe. Quanto mais não seja há sempre um custo de tempo associado à obtenção de informação.

⁴²⁰ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 314 e ss.

⁴²¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 144 e ss.

suportar ambientes desfavoráveis, sem ter que se submeter a vontades maioritárias, sem ter que demonstrar qualquer solidariedade ou lealdade para com interesses alheios ou para com outras «normas» que não sejam as regras constituintes mínimas, as regras de jogo, as normas puramente «adjetivas» ou «procedimentais».”

A liberdade reflete, pois, a inexistência de barreiras à entrada e saída de agentes no mercado e aplica-se aos agentes da oferta mas também da procura.

É certo que as barreiras são geralmente mais notórias para a oferta. Contudo, existem barreiras também ao consumo, como por exemplo o acesso a bens exclusivos, barreiras corporativas, burocráticas ou políticas, culturais ou linguísticas. Estas barreiras podem atingir a oferta e também a procura.

Contudo, o certo é que geralmente os entraves existentes aplicam-se sobretudo à oferta e esses entraves são relevantes para o funcionamento concorrencial do mercado. E repare-se que falamos de barreiras de entrada e barreiras de saída, sendo que muitas vezes, essas barreiras de entrada são também elas de saída. Disso são exemplo os custos associados ao investimento inicial da atividade, em capital humano, por exemplo. São custos irrecuperáveis⁴²² que fazem parte da ponderação quer da entrada no mercado mas também são uma barreira à saída do mesmo.

A análise dos custos faz parte da vivência dos produtores. O facto de a empresa estar a dar prejuízo a determinado ponto não implica que deverá encerrar e sair do mercado. A “*regra do encerramento*”⁴²³ determina que o encerramento da empresa apenas deve ocorrer quando o preço não cobre os custos variáveis médios e nesse ponto o encerramento representa menor prejuízo do que a manutenção da atividade. Se as receitas não cobrirem os custos fixos ou forem iguais a estes não existe ponto de retorno. É nesta altura que existirá a liberdade total caso o agente possa, num juízo racional, atendendo à sua posição de agente da oferta decidir se deve, sem mais, sair do mercado.

No ideal de liberdade, os produtores estabelecidos não gozarão de vantagem competitiva sobre os agentes que entram no mercado de forma que não existem distorções da concorrência provocadas por “vantagens de antiguidade” no mercado.

Grande parte das barreiras de entrada ou saída dos mercados são barreiras artificiais, que surgem por decisão político-jurídica e não por falha de funcionamento do mercado. São, por isso, entraves que necessitam de ser aplicados de forma coerciva, dependendo da formalidade legal e apoio do Estado⁴²⁴. As barreiras mais visíveis são aquelas decorrentes de licenciamento ou autorização administrativa para ingressar em determinado mercado, as patentes ou direitos

⁴²² Os custos irrecuperáveis, ou *Sunk Costs*, embora se devam ser considerados como neutrais em termos de custo de oportunidade, os mesmos são considerados como investimento do produtor quando toma a decisão de produzir um bem ou serviço. Fazem parte do risco de negócio mas tornam-se em barreiras de entrada e saída dos mercados.

⁴²³ Conforme referem Paul Samuelson e William Nordhaus, “*Economia*”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 153 e ss.

⁴²⁴ São tipicamente barreiras impostas pela Regulação Sectorial, decidida politicamente e concretizada por via jurídica, normativa, com a obrigatoriedade decorrente da Lei.

de autor, entraves corporativos impostos no ingresso de determinadas profissões⁴²⁵ e normas de funcionamento de determinado mercado⁴²⁶.

Pressupondo a existência de atômidade, fluidez e liberdade num determinado mercado, estão reunidas as características da concorrência perfeita. Contudo, este é apenas o modelo, um padrão, pelo que consoante o grau de atômidade, fluidez e liberdade que exista em determinado mercado, podemos considerar o mesmo mais ou menos competitivo.

Nas situações próximas à concorrência perfeita, ninguém disporá de poder de mercado, em que todos os agentes encaram o preço como um dado e vão agir como “*price takers*”. Em caso de falha da característica da atômidade, o poder de mercado⁴²⁷ pode assumir características de monopólio ou monopsónio, quando apenas um agente do lado da oferta, no primeiro caso, ou no lado da procura, no segundo caso, detém poder de influenciar o preço e quantidade do mercado. Pode ainda não ser apenas um agente a deter esse poder de mercado mas um grupo restrito de agentes do lado da oferta – oligopólio – ou do lado da procura – oligopsónio – que consigam influenciar o mercado, falhando, na mesma, a atômidade.

O poder de mercado pode ainda advir quando, mesmo existindo atômidade, cada vendedor aposta na diferenciação do seu produto ou na segmentação em “nichos” do mercado, de forma a fidelizar determinada clientela e daí decorrer algum poder de mercado. Nestes casos, de concorrência monopolística, existe uma diferenciação de produto, pelo que falha a componente da fluidez associada à homogeneidade do bem ou serviço.

De facto, no modelo de concorrência perfeita, tudo se relaciona com a correlação entre quantidade e preço, inexistindo diferenciação nas negociações, sendo sempre os mesmos intuitos a funcionar. Não há lugar a preferências ou interferências de qualquer espécie. E, de facto, em termos quantitativos, as necessidades seriam efetivamente asseguradas num modelo de concorrência perfeita sem, contudo, se satisfazerem critérios qualitativos que, por exemplo, são mais relevados no modelo de concorrência monopolística.

Da análise do mercado em causa, pode resultar a ausência de determinada condição, levando à conclusão de que não estamos perante uma concorrência perfeita. Mas também resulta claro que tal não quer dizer necessariamente que inexistem condições “suficientes” de concorrência nesse mercado⁴²⁸. É, pois aceite que possam existir mercados marginalmente imperfeitos.

Mas mesmo quando existem esses mercados que não estão em concorrência perfeita, falhando a eficiência perfeita no seu funcionamento, tal não quer dizer que a falha de mercado tenha de ser imediatamente resolvida, por exemplo por via de intervenção do Estado.

Se recordarmos os conceitos de eficiência que acima referimos, o mercado de concorrência perfeita é o paradigma da maximização da eficiência paretiana: i) existe eficiência na alocação

⁴²⁵ São disso exemplo os Advogados, Engenheiros, Revisores Oficiais de Contas, Médicos ou Enfermeiros, entre tantos outros exemplos geralmente associados a profissões liberais.

⁴²⁶ Repare-se que mesmo no que concerne ao exercício de algumas destas profissões, a regulação mantém-se com entraves por exemplo ao nível de publicidade ou divulgação/ sigilo de atividade ou entraves à circulação de profissionais defendendo-se um certo grau de homogeneidade. Neste sentido, veja-se, Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 314 e ss.

⁴²⁷ Poder esse que se manifesta através do mecanismo de formação de preços, sendo o mesmo influenciado por um ou um grupo restrito de agentes.

⁴²⁸ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “*Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?*”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 141 e ss.

de recursos; ii) maximização do bem-estar decorrente das trocas – maximização dos excedentes –; iii) eficiência nas preferências.

Mas quando o mercado não obtém, por si só, a maximização da eficiência algo no seu funcionamento falhou, fracassou.

2.2.2 Fracassos do Mercado: Principais Falhas de Mercado

A este ponto já não é displicente afirmar-se que o funcionamento do mercado tem falhas. Se o mercado, por si só não obtém a maximização de eficiência e bem-estar, então existe uma falha, um fracasso no seu funcionamento.

O teorema da mão invisível, em que se une a eficiência de afetação e o equilíbrio competitivo⁴²⁹, que fundamenta o funcionamento eficiente do mercado, não é imune a que não possam ocorrer situações em que o mesmo não funciona ou há funcionamento deficiente.

Assim, é consensual que a falha de funcionamento de mercado existe: *“A eficiência verifica-se sempre e só se não houver desperdício.”*⁴³⁰ Existindo desperdício o ótimo de eficiência já não está verificado, logo existe uma falha de funcionamento.

A falha de mercado é uma situação na qual a alocação de bens e serviços num mercado livre não é eficiente, tendo como consequência uma perda líquida de bem-estar social. O que se pode questionar é se essas falhas são extrínsecas ao mercado, ou seja, alheias à natureza e funcionamento do mercado, e por isso são temporárias e excecionais. Ou, pelo contrário, são falhas intrínsecas, decorrentes do próprio mercado^{431, 432}.

Conforme bem refere Marco Capitão Ferreira⁴³³, *“A essas falhas de mercado correspondem características estruturais ou conjunturais que afastam a eficiência e comprometem uma adequada alocação de recursos, para além de terem (perspetiva menos explorada) potenciais custos sociais despiciendos”*. Há, portanto uma falha na otimização do bem-estar, que pode traduzir-se numa ineficiência à luz de Pareto, sendo essa ineficiência claramente identificável por via de perdas económicas ou, eventualmente, custos sociais.

Ora, torna-se um facto que os mercados, em determinadas situações fracassam. Tal pode suceder por vários motivos, sendo os mais relevantes os seguintes:

a) Situações em que, mesmo sendo um bem ou serviço com relevância em utilidade ou custo de produção, não há mercado para esse bem. Essa ineficiência do mercado em prover bens que

⁴²⁹ Cfr. João César das Neves, *“Introdução à Economia”*, Verbo, 11ª Edição, 2017, p. 216 e ss.

⁴³⁰ Cfr. João César das Neves, *“Introdução à Economia”*, Verbo, 11ª Edição, 2017, p. 216 e ss.

⁴³¹ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 137 e ss.

⁴³² De relevar que a apreciação da falha de mercado pode – e deve! – ser relevante para o tipo de atuação de correção da mesma. Depende dessa apreciação a atitude do “terceiro” agente Estado, que, como já percecionámos age muitas vezes em reação à verificação de falha de eficiência no mercado. Contudo, não é qualquer falha que deve motivar o Estado a intervir no mecanismo de mercado. A apreciação das consequências da existência da falha é essencial para a avaliação custo vs. benefício relativamente à aplicação de determinada medida.

⁴³³ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 137 e ss.

ainda têm interesse para os agentes revela características importantes desses bens. Há, portanto que aferir porque é que o mercado, mesmo existindo interesse dos agentes, falha no aprovisionamento desses bens;⁴³⁴

b) A existência da possibilidade de uma atuação económica que projete efeitos, benéficos ou maléficos, sobre outrem, interferindo no bem-estar de alguém sem pagar ou receber qualquer indemnização pelo prejuízo ou benefício que tenha provocado. Aqui há ainda que ter em conta que esse comportamento pode ainda provocar distorções na sinalização da produção de bens e serviços;

c) Imperfeições na concorrência que levem ao controlo ou exploração do mecanismo de preços do mercado, podendo decorrer do abuso de posição de algum ou alguns agentes do mercado, imposição de barreiras, desincentivo à produção ou trocas;

d) Consequências resultantes das posições assimétricas dos agentes em matéria de informação. Os agentes do mercado podem, por motivos vários, assumir antes, durante ou depois da negociação e celebração da troca, do contrato, uma posição não equitativa relativamente à informação que detêm sobre o bem ou serviço. Existe, portanto, um agente que detém mais informação e está, por isso, numa situação de vantagem em relação aos demais agentes do mercado.

De referir que, em matéria de falhas de mercado, os autores mais ligados à área das finanças públicas e na esteira da “típica” função de estabilização macroeconómica do Estado, referem ainda que os mercados são incapazes de, sozinhos, se reequilibrarem face a instabilidade macroeconómica.⁴³⁵ A este propósito, Marco Capitão Ferreira refere⁴³⁶: *“Embora muitas vezes esquecida pelos autores, a incerteza e o risco associados ao andamento do equilíbrio geral da Economia não são colmatáveis pelo mercado. Os agregados de inflação, o nível de emprego ou o equilíbrio da balança de pagamentos, por exemplo, são dificilmente mantidos num nível ótimo por mera ação dos mercados. De facto, não só estes factores geram custos de transação elevados com as consequentes perdas absolutas de bem-estar social como o seu nível influencia de forma determinante a capacidade de se atingir a eficiência produtiva máxima.”*

Importa escarpelizar cada falha de mercado aqui referidas, pois estas falhas são apontadas como o principal problema económico de base que fundamenta a intervenção do Estado. Temos,

⁴³⁴ Joseph Stiglitz, fala também nos “mercados incompletos” no seu, *“Economics of the Public Sector”*, 3rd Edition, 2000, W.W. Norton & Company, p. 81, dando como exemplo o mercado dos seguros e mercado de capitais. *“Whenever private markets fail to provide a good or service even though the cost of providing it is less than what individuals are willing to pay, there is a market failure that we refer to as **incomplete markets** (because a complete market would provide all goods and services for which the cost of provision is less than what individuals are willing to pay).”*

⁴³⁵ Neste sentido, veja-se Joseph E. Stiglitz, *“Economics of the Public Sector”*, 3rd Edition, 2000, W.W. Norton & Company, p. 85, que considera como falha de mercado o desemprego e outras perturbações macroeconómicas. Reconhece que depois da 2^a Guerra Mundial tem-se dado menos importância aos períodos de recessão económica muito por culpa das interferências que o Estado tem tido na sua função estabilizadora - conforme trilogia musgraviana - reduzindo o impacto dos ciclos macroeconómicos.

⁴³⁶ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 189 e ss.

portanto que analisar o problema para entender, posteriormente, o mecanismo de correção que é criado e se o mesmo é adequado⁴³⁷.

2.2.2.1 Insuficiência de Mercado: Os Bens Públicos

A caracterização e classificação económica dos bens assume relevância no que concerne à temática das falhas de mercado, em primeiro lugar, porque o critério paretiano de eficiência parece apontar para a prevalência dos bens privados. Isto porque somente estes estão associados a um problema de escassez pois são de acesso restrito e consumo exclusivo. Quando os bens estão acessíveis a uma grande massa de pessoas e o seu uso não implica a falta de utilidade, então os mesmos não parecem ser escassos, logo aparentemente sem interesse económico.

De relevar que a classificação económica dos bens não corresponde à classificação jurídica. Aliás, como adiante se verá, não existe correlação entre a titularidade dos bens e a sua caracterização económica.

De qualquer forma, a classificação dos bens assume relevância para enquadrar situações em que há ausência de sinalização por via dos preços. Como refere Fernando Araújo⁴³⁸, *“sem preços, temos inevitavelmente uma falha de mercado, ou mesmo, no limite, uma «ausência de mercado»”*.

Como já referimos, existe uma falha de mercado quando há falha de provisão de bens que, pelas suas características são de difícil fornecimento por via voluntária, pelos agentes, num mercado concorrencial. Esses bens ou serviços que, mesmo tendo utilidade, não são aprovionados no mercado, devem, pois ser analisados economicamente⁴³⁹.

Nem sempre se faz uma autonomização de análise dos bens económicos no âmbito das falhas de mercado, sendo os mesmos analisados enquanto externalidades⁴⁴⁰. De facto, existem autores que reconhecem que a existência dum bem público no mercado provoca uma externalidade positiva uma vez que esse bem será acessível a todos e todos dele podem usufruir. E por esse motivo a análise dos bens públicos é feita enquanto externalidade positiva.

Preferimos, contudo, fazer a análise mais aprofundada e autonomizada deste tipo de bens, mesmo não discordando de que, na sua forma mais pura, se trata de externalidades. Isto

⁴³⁷ Recordamos que no presente capítulo se pretende fazer o périplo pelos motivos, erros, falhas que levam à adoção de mecanismos de correção do Estado. Intervenções que só são justificadas pela falha económica que lhes subjazem.

⁴³⁸ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 579 e ss.

⁴³⁹ Cfr. Joseph E. Stiglitz, *“Economics of the Public Sector”*, 3rd Edition, 2000, W.W. Norton & Company, p. 129, *“(…) there are two basic forms of market failure associated with public goods: underconsumption and undersupply”*.

⁴⁴⁰ Veja-se Paul Samuelson e William Nordhaus, *“Economia”*, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 272 e ss. quando refere que *“Um caso extremo de externalidades é um bem público que é um bem final que pode ser proporcionado a todos de uma forma tão fácil quanto é proporcionado a cada um.”* Também neste mesmo sentido, Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 579 e ss., que refere: *“Para que estejamos perante um bem público – que afinal não é mais do que um caso extremo de externalidade positiva – (...).”*

porque, como acima se referiu, fazemos a abordagem do fracasso do mercado enquanto insuficiência de mercado.

A designação dos bens atendendo às suas características não parece unânime. E também não é estanque a classificação dos bens porque muitas vezes esta classificação não está relacionada com as características intrínsecas ou invariáveis de determinado bem ou recurso mas antes com circunstâncias ativas ao seu acesso e seu uso⁴⁴¹.

Apesar das diferenças que possam existir no tratamento e designação das características dos bens, o certo é que a análise económica sobre a classificação de bens tem em comum a utilização de dois critérios, a saber, i) a exclusão e, ii) a rivalidade de uso ou exclusividade.

Relativamente à exclusão, tal característica prende-se com a possibilidade de fruição direta e integral do bem. No caso da não exclusão, por exemplo, ninguém consegue ser eficientemente excluído da fruição direta ou integral do bem. Ora, no caso da não exclusão, estamos perante situações em que o produtor não consegue limitar a utilização por parte dos consumidores, ou seja, o bem ou serviço, a partir do momento que é produzido ou fornecido e se encontra à disposição no mercado é de livre acesso para o consumo.

No caso dos bens privado, os mesmos são de uso exclusivo: o acesso ao bem ou serviço pode ser impedido. Geralmente, o mercado calibra o acesso ao bem por via do mecanismo de preços, regulando a quantidade e preço equilíbrio entre a disposição de pagar e a disposição de vender.

Já no caso dos bens públicos, não existe exclusão de acesso aos bens ou a mesma é economicamente inviável. Podem existir meios de prevenir o acesso indiscriminado mas esses meios serão mais caros do que os ganhos que adviriam da discriminação no uso e consumo⁴⁴². Ou seja, economicamente não seria racional efetuar essa discriminação (mesmo que possível).

Para além de a exclusão não poder ser efetuada pelo produtor, no caso de bens públicos, o consumo também não será rejeitado pelo consumidor, ou seja, a não suscetibilidade de exclusão deve entender-se bidirecional⁴⁴³.

Por outro lado, no caso de bens públicos – onde também não existe rivalidade de uso – o custo adicional de ter mais um indivíduo a consumir o bem é nulo, pelo que qualquer forma de exclusão, baseada no preço ou racionamento de provisão, é ineficiente porque está a diminuir um consumo sem que disso se retire vantagem ou benefício⁴⁴⁴. Ora, tal explica também a falta de incentivo para pagar: a disposição para pagar por um bem cujo acesso é universal é naturalmente nulo. Ora, o consumidor que age de forma racional maximiza o seu bem-estar diminuindo custos e maximização do benefício líquido. Logo, um bem cujo acesso não é restrito leva à diminuição de disposição de pagar.

No que concerne à rivalidade ou exclusividade do uso, associa-se à conflituosidade entre os potenciais consumidores do bem ou serviço. Existe rivalidade de uso ou exclusividade caso o uso dum bem impossibilite o consumo por outro indivíduo.

⁴⁴¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 583 e ss.

⁴⁴² Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 580 e ss.

⁴⁴³ Neste sentido, veja-se categoricamente Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 182 e ss.

⁴⁴⁴ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, *“Economia e Finanças Públicas”*, Escolar Editora, 2005, p. 48 e ss.

Nos bens privados, existe rivalidade no consumo: se A consumir o bem, B fica irremediavelmente impossibilitado de consumir o mesmo bem. Ora, assumindo as características de rivalidade e exclusão, os bens privados são, por isso, mais indicados para a eficiência paretiana dos mercados: a afetação eficiente dos recursos disponíveis fica apenas à mercê do mecanismo de preços.

Pelo contrário, no caso de bens público inexistem rivalidade ou exclusividade de uso: o acesso de cada um ao bem ou serviço, não é relevante no acesso ou uso por outrem. Nestes termos, no caso dum bem público a sua utilização é indivisível na medida em que o seu gozo não diminui com a intensidade subjetiva do seu uso.⁴⁴⁵ Por outras palavras, o usufruto por parte dum indivíduo de determinado bem ou serviço em nada subtrai a quantidade disponível para os restantes indivíduos consumirem.

O típico exemplo de bem público é a defesa nacional⁴⁴⁶. A iluminação pública também é um exemplo muito utilizado de bem público: *“Se se constrói um candeeiro que alumia uma rua, o facto de só passar uma pessoa ou passarem cem pessoas simultaneamente na área iluminada não altera o benefício que cada um pode retirar da presença do candeeiro”*⁴⁴⁷. E repare-se que não há forma de privar um transeunte de beneficiar da iluminação. Logo, estamos perante um bem em que inexistem rivalidade de uso e também não existe exclusão.

Contudo, como bem refere Fernando Araújo⁴⁴⁸, há que reter, porém, que embora todos possam consumir o bem público nem todos atribuem o mesmo valor – dir-se-ia mesmo utilidade, enquanto valor subjetivo dum bem – desse consumo.

Ao contrário do que o nome poderá sugerir, os bens públicos não são os que o Estado produz. Por um lado porque o Estado pode produzir quer bens públicos como também privados⁴⁴⁹. Por outro lado, não é impossível que o privado produza um bem público. Acresce ainda que um bem público não é assim qualificado porque o afeta ou beneficia universalmente determinado conjunto de pessoas dum Estado. Nada disso. Não deve, como acima já se afirmou, confundir-se o conceito jurídico de bem público com a classificação económica.

A apresentação de âmbito geográfico ou delimitação de bens públicos pode provocar ou reconduzir os mesmos a um conceito de bens de clube que servem e afetam um espaço finito e um grupo de pessoas⁴⁵⁰. A teoria dos bens de clube, conforme nos ensina Fernando Araújo,

⁴⁴⁵ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 182 e ss.

⁴⁴⁶ Veja-se, por exemplo, Joseph E. Stiglitz, *“Economics of the Public Sector”*, 3rd Edition, 2000, W.W. Norton & Company, p. 128.

⁴⁴⁷ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3^a Edição, Almedina, 2018, p. 580 e ss.

⁴⁴⁸ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3^a Edição, Almedina, 2018, p. 580 e ss.

⁴⁴⁹ Relativamente à produção de bens privados, o Estado pode produzi-los enquanto agente do mercado. Os bens públicos podem ser produzidos por privados, contudo não há incentivo económico para que tal aconteça.

⁴⁵⁰ Existem autores que, quando perante uma situação em que não existe rivalidade no consumo mas há exclusão, consideram uma categoria de bem como bens semipúblicos, onde se enquadram estes bens de clube ou bens públicos impuros. No caso dos bens de clube, os mesmos aparecem na literatura associados a Buchanan e ao seu artigo *“Na Economic Theory of Clubs”*, sendo que têm por base a ideia de clube enquanto grupo de pessoas com interesses similares. Conforme referência da *“The Encyclopedia of Public Choice”*, no tema *“The Economic Theory of Clubs”*, escrito por Gary M. Anderson, William F. Shughart II e Robert D. Tollison, *“Clubs are thus of interest to public choice scholars because they must solve the same kinds of collective action problems government faces in the provision of public goods. Moreover, while*

*“assenta na intuição de que, na produção de bens e serviços de interesse coletivo, quanto maior a comunidade maior o número pelo qual se pode diluir a despesa coletiva, e por isso menor a dimensão da contribuição individual, isto até ao limite do congestionamento provocado pela entrada de novos membros na comunidade: razão pela qual a comunidade deve expandir-se até que o decréscimo marginal na contribuição de cada membro seja igual ao incremento marginal dos custos individuais provocados pelo congestionamento – sendo, pois, a dimensão ideal de uma comunidade aquela que corresponde a esse nivelamento de benefícios e custos marginais”.*⁴⁵¹

No caso dos bens de clube, existe um entrave ao congestionamento, que beneficia a comunidade pela possibilidade de exclusão. Mas essa exclusão somente será benéfica até ao limite da “disposição de pagar” pelo privilégio⁴⁵².

A análise económica dos bens públicos, mormente no que concerne aos seus custos, leva-nos ao problema do seu financiamento. É que nos mercados em concorrência os bens públicos não são produzidos ou são em quantidades insuficientes: a provisão voluntária destes bens é nula ou insuficiente. Ora, tal resulta das suas características de não rivalidade e não exclusão que desincentiva o produtor racional.

Tendo todos acesso ao bem público, não se reduzindo a sua utilidade pelo uso não exclusivo, então o comportamento racional dos agentes é ter um comportamento de borlista – ou fenómeno “*free rider*” – que podem beneficiar do bem sem para ele contribuírem: *“Cada indivíduo sabe que se não contribuir, mas os outros contribuirão, também irá beneficiar do bem público. Havendo uma proporção significativa de indivíduos a pensar deste modo, a provisão do bem será ineficiente. No caso limite, se todos pensarem assim então a provisão voluntária, no mercado, será mesmo nula.”*⁴⁵³

Sucedem, pois, que para além do problema de não existir incentivo aos privados para a produção destes bens, mesmo quando produzidos os consumidores podem ter este comportamento borlista que aumenta a dificuldade de provisão destes bens. Ora, esta situação é muitas vezes colmatada com a entrada em cena do Estado que resolve a situação com uma subsidiação ou produção própria de bens públicos⁴⁵⁴.

Enquanto que nos bens privados cada indivíduo tem a sua procura individual e a oferta tem o indicador dos custos marginais, o preço de equilíbrio facilmente se forma no mercado concorrencial. As preferências dos consumidores são verificadas pela disposição de pagar dos

there are exceptions to the rule (e.g., closed union shops), clubs solve these problems voluntarily rather than coercively”.

⁴⁵¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 580 e ss.

⁴⁵² No modelo Tiboutiano, Charles Tibout sugere a mobilidade geográfica dos indivíduos com vista a solucionar a questão dos bens públicos locais, pois a relação custo-benefício ficaria mais equilibrada, numa solução de quase mercado concorrencial, caso existisse maior mobilidade que permitisse um equilíbrio entre custos dos bens públicos vs. impostos. No fundo seria aumentar cada comunidade local até encontrar o já mencionado equilíbrio entre custos e benefícios marginais.

⁴⁵³ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “Economia e Finanças Públicas”, Escolar Editora, 2005, p. 49 e ss.

⁴⁵⁴ Pese embora não sejam de descurar as teorias de “cultura Social”, do *give back to society*, apelando ao altruísmo e combatendo o “parasitismo” do borlista. Contudo, estamos perante comportamentos irracionais economicamente, que chocam com o individualismo egoísta smithsiano que caracteriza o agente do mercado concorrencial.

mesmos e a oferta vai ajustar as quantidades oferecidas atendendo aos custos e essas preferências.

No caso dos bens públicos, os indivíduos tendem a não revelar as suas preferências, mesmo que as tenham. Logo, inexistente procura ou a mesma é escassa no mercado o que desincentiva, de imediato, a oferta. Contudo, havendo oferta, significa que todos dispõem da mesma quantidade do bem, dada a não rivalidade e não exclusividade. Ora, haverá um custo associado à produção do bem que deveria ser “dividido” pelos indivíduos da procura. Mas a questão é que, no caso dos bens públicos, há uma quantidade única e a soma dos “preços” individuais pagos pelos indivíduos deve igualar o “preço” do bem público, o que contraria o mecanismo de formação de preços.

Na realidade, potencialmente, cada unidade de bem público será financiada por todos os indivíduos do mercado, sendo por isso um “preço” artificial. Não há, por isso, a formação de preço no mercado de bens públicos⁴⁵⁵. Existe antes, quando os bens públicos são fornecidos pelo Estado, uma espécie de “preço fiscal” destes bens que consubstancia o valor de imposto adicional que será suportado por cada indivíduo por unidade adicional de bem. Sendo que, estando perante um imposto, há ampla liberdade sobre a determinação dos sujeitos passivos e existe até franjas da sociedade fora da incidência ou isentos de tributação. Paire, portanto, sempre a imagem do borlista, do que apanha a boleia grátis e usufrui do bem sem qualquer sinalagma.

Ora, parece, pois, que a intervenção do Estado é aqui chamada à colação para colmatar a falha do mercado, bem como parece ser o mais “eficiente” meio de financiamento dos bens públicos. Contudo, tal não isenta outro tipo de situações paralelas que levam a novas distorções. Falamos, por exemplo, do fenómeno de captura de renda ou “*rent seeking*”, multiplicando-se as invocações da necessidade de bens públicos para atividades que talvez nem necessitassem de intervenção estadual. O alarmismo e empolamento de problemas apenas para chamar o Estado a intervir em determinado mercado com vantagens para determinados *players* – eles próprios *rent seekers* – faz alargar o conceito de bens públicos para limites muito além da classificação económica. Muitas vezes abarcam, por exemplo, *bens de mérito* como saúde, educação, habitação social ou obras públicas que não detêm características de rivalidade ou exclusividade que permitam classificar-se como bens públicos.

O problema mais difícil de resolver na teoria dos bens públicos prende-se com a avaliação sobre o nível ótimo, eficiente de produção uma vez que não existe a preferência dos consumidores para balancear tal produção. O que leva também ao problema do financiamento dos mesmos que se faz, essencialmente, por via de impostos nacionais ou locais, atendendo ao princípio da capacidade contributiva ou, em casos mais raros, da equivalência⁴⁵⁶.

Se atendermos às características da rivalidade e da exclusão, já aqui escalpelizámos os extremos: i) os bens privados, onde é possível a exclusão eficiente e também é objeto de uso exclusivo; ii) bens públicos, caracterizados pela não exclusão eficiente e não rivalidade. Abordámos ainda o

⁴⁵⁵ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 50 e ss.

⁴⁵⁶ No que concerne ao estudo dos “preços” dos bens públicos, há que referir a teoria de Lindahl em que seriam “preços fiscais” a disposição de pagar marginal de cada indivíduo pelo bem público. Para se saber dessa disposição marginal, há que partir para uma abstração em que seria o mercado concorrencial que forneceria os bens públicos.

caso dos bens de clube, os tais bens “semipúblicos”, *impuros*, onde não existe rivalidade no consumo mas há exclusão no consumo⁴⁵⁷.

A combinação dos critérios da rivalidade e exclusão, permitem ainda definir outro tipo de bens, nomeadamente os bens comuns ou recursos comuns. Neste caso, temos rivalidade de uso mas inexistência de exclusão. Surge, pois o problema dos baldios, que foi amplamente desenvolvida por Garret Hardin⁴⁵⁸ que dava o exemplo dos “commons” ingleses. O exemplo típico é explicado por Fernando Araújo⁴⁵⁹ da seguinte forma: *“Os baldios onde pastam os rebanhos de uma aldeia podem começar por ser bens públicos, se, além de serem de acesso livre, esses baldios forem suficientemente extensos e abundantes para suportarem a pastagem simultânea de todos os rebanhos; se, porventura, um aumento do número ou da dimensão dos rebanhos levar a que deixe de se verificar esta última condição, os baldios tornam-se bens escassos no sentido de imporem rivalidade no consumo, surgindo por isso a possibilidade de o consumo imoderado das pastagens prejudique já a utilidade que das mesmas pode decorrer para a exploração dos rebanhos – em suma, os baldios passam a ser recursos comuns, e deixam de ser bens públicos”*.

O problema dos recursos comuns é que todos têm incentivo para os explorar mas ninguém tem incentivo de os preservar ou cuidar deles. E por isso mesmo, pode dar-se o caso de os recursos comuns se esgotarem o que leva, necessariamente, ao empobrecimento coletivo, sendo esta a tragédia dos baldios!

A resolução desta tragédia pode ter mecanismos privatísticos ou públicos⁴⁶⁰, sendo grande parte das vezes motivo para intervenção do Estado, estabelecendo quotas, licenças ou alternativas de privatização.

Por outro lado, Fernando Araújo⁴⁶¹ vem ainda trazer-nos o exemplo dos monopólios naturais, em que existe suscetibilidade de exclusão eficiente do uso mas não existe rivalidade no consumo. Os exemplos dados são os das infraestruturas da rede telefónica fixa ou da rede de distribuição urbana de água. Em ambos os casos, com facilidade se exclui ou admite um cliente/utente sem perda de qualidade de acesso à rede dos demais clientes.

De referir, como já adiantámos, que as classificações dos bens não são estanques e podem variar. O próprio exemplo da tragédia dos baldios disso é exemplo: um bem que é público pode, em determinadas circunstâncias, tornar-se em recurso comum devido ao congestionamento provocado pelo uso. Outro exemplo comum desta mutação são as estradas de acesso a aglomerados populacionais sem sujeição a portagem: parecem ser bens públicos fora das horas de ponta mas passam a caracterizar-se como recursos comuns quando se adensa o tráfego. Podem ainda tornar-se bem privados em caso de restrição de acesso por via de portagem,

⁴⁵⁷ Imagine-se as associações, clubes, que detinham instalações de atividades físicas e lazer, que cobravam uma quota aos seus membros para a utilização dos serviços. Recordemos ainda que os bens de clube são, muitas vezes, exemplos de externalidades de rede, uma vez que a sua popularidade leva a que mais membros se queiram juntar, aumentando a dispersão dos custos e provocando um aumento de benefício dos utilizadores.

⁴⁵⁸ A sua obra emblemática neste tema “*The Tragedy of the Commons*”, de 1968, Hardin argumenta que as comunidades que partilham recursos inevitavelmente preparam o caminho para a sua própria destruição. Assim, ao invés de riqueza para todos não haverá riqueza para ninguém!

⁴⁵⁹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 592 e ss.

⁴⁶⁰ Entenda-se aqui público como associado ao Estado.

⁴⁶¹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 583 e ss.

devendo ser consideradas monopólios naturais em caso de acesso restrito e pouco uso, mormente nas horas “mortas” ou sem tráfego.

Referimos que os bens públicos podem ser analisados como externalidades extremas, ou seja a produção desse bem por parte dum agente afeta significativamente o bem-estar de outro agente sem que tal afetação – positiva, neste caso – se reflita no preço. Nesta ótica, os bens públicos devem analisar-se como exemplo de benefícios provocados a terceiros sem que o benefício provocado seja refletido no preço, até porque, como referimos, este preço dos bens públicos não reflete as preferências dos consumidores nem tão pouco a utilidade dos mesmos.

A externalidade é, pois uma falha de mercado por si própria que analisamos autonomamente de seguida.

2.2.2.2 As Externalidades

A falha de mercado será um desvio ao funcionamento aproximado do mercado em concorrência perfeita, cujo elemento diferenciador será exclusivamente o preço. Aliás, o mecanismo de preços, no mercado em concorrência perfeita sinaliza as preferências e utilidade.

A existência de bens públicos num mercado reflete uma falha a jusante: a falha reside no facto de o mercado, por si só, não prover de todo ou prover deficientemente determinado bem. A consequência, a sequência é o aparecimento dum bem com características não privadas, fornecido por “altruísmo privado” ou pelo Estado.

O impacto que esse bem produz no mercado é o de aumento de bem-estar sem que tal benefício seja refletido no preço. Num exemplo, o Estado fornece infraestruturas ou produz determinado bem essencial que escasseava no mercado. O benefício provocado com essa produção pode nem sequer ser repercutível no preço pois o mesmo, em limite, pode nem existir⁴⁶²!

Nesta perspetiva, o bem público pode, como referimos atrás e na senda da doutrina de Samuelson e Fernando Araújo, ser analisado como uma externalidade positiva extrema.

Importa caracterizar a externalidade⁴⁶³: quando a atuação económica projeta efeitos, benéficos ou prejuízo, sobre alguém que não o próprio agente. Essa atuação económica interfere no nível de bem-estar de outrem sem que haja lugar ao pagamento de qualquer indemnização (em caso de prejuízo) ou sem pagamento de qualquer compensação (em caso de benefício). Existe, pois, uma incapacidade do mercado em “internalizar” estes custos ou benefícios, transpondo-os ou repercutindo-os no preço dos bens ou serviços.

Numa abordagem ainda mais economicista, Abel Costa Fernandes⁴⁶⁴, define externalidades como *“Efeitos residuais, ou não planeados, gerados por uma atividade principal no consumo ou produção, e que afetam, positiva ou negativamente, o nível de utilidade ou a capacidade produtiva de terceiros não diretamente envolvidos na atividade principal, não sendo esses efeitos internalizados pelo sistema de preços”*.

⁴⁶² Por exemplo, um bem de acesso universal e gratuito.

⁴⁶³ Autores como Sousa Franco ou mesmo Fernando Araújo consideram ainda o termo exterioridades, uma vez que se trata de situações “extra mercado”.

⁴⁶⁴ Cfr. Abel Costa Fernandes, *“Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”*, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 139 e ss.

Consideramos esta definição relevante pois reflete vários elementos fundamentais, a saber:

- i) As externalidades têm origem em atos de consumo ou de produção capazes de influenciar os níveis de bem-estar ou capacidade produtiva de terceiros. Há, por isso, esta dupla vertente, podendo a externalidade ser de consumo ou de produção;
- ii) As externalidades não constituem o objeto principal da atividade que lhes está na origem, ou seja, a atividade não é intencionalmente dirigida ao resultado de provocar um benefício ou prejuízo. Tal sucede como consequência secundária ou residual da atividade principal;
- iii) Os consumidores ou produtores afetados pela externalidade não têm qualquer responsabilidade na mesma nem na atividade principal. São vítimas ou beneficiários involuntários;
- iv) As externalidades ou exterioridades são assim designadas por não serem objeto de internalização pelo sistema de preços;
- v) As externalidades podem ser positivas no caso de, a produção ou consumo, gerarem benefícios a terceiros sem que estes terceiros tenham de pagar por esse benefício. São externalidades negativas as situações em que o consumo ou produção impõe custos a terceiros que não são compensados;

Relembremos que, para identificar e caracterizar determinada falha de mercado, o ponto de referência é o mercado de concorrência perfeita, onde existe uma perfeita harmonização entre os excedentes do consumidor e produtor, pelo que o bem-estar está no seu máximo. E esse equilíbrio é sinalizado pelo mecanismo dos preços.

No caso de externalidades, existe uma descompensação entre o ponto ótimo de bem-estar social e o benefício ou custo individual provocado pela externalidade. Vejamos:

No caso de externalidades negativas, o custo social é mais elevado do que o custo privado. O privado é quem tem uma ação que causa impacto negativo a terceiros, sendo, no caso, o custo associado a esse impacto menor para o privado relativamente ao impacto social. Assim, existe uma desproporcionalidade entre os custos social e individual que caracterizam a falha de mercado, causando a ineficiência.

Ora, aquando duma externalidade negativa, existe uma sobreprodução em relação ao nível ótimo do ponto de vista de maximização do bem-estar social. O produtor individual não está a acarretar a totalidade do custo da sua atividade, diluindo parte desse custo total nos demais agentes que são impactados por esse prejuízo. A ineficiência que daqui decorre é exatamente a incapacidade do sistema de preços abarcar esses custos totais ao produtor.

No caso duma externalidade positiva, o benefício social é deveras superior ao benefício do privado. Aqui o privado teve uma ação económica que impactou terceiros de forma positiva, provocando um benefício social maior do que o benefício próprio. Mais uma vez existe uma desproporcionalidade entre os benefícios social e privado, neste caso favorável ao social.

Neste caso, atendendo à maximização do bem-estar social, estamos perante uma subprodução, uma vez que a atividade gera um benefício externo que não é compensado pelos beneficiários e não é tido em conta na aquisição do bem, estando, mais uma vez, deturpada a sinalização via preço. Desta feita, o preço não repercute o benefício na aquisição do bem.

Como é claro, tanto a externalidade positiva como a negativa revelam perdas absolutas de bem-estar social, sendo, por isso mesmo, falhas de mercado. A falha em concreto é a sobreprodução, no caso da externalidade negativa e a subprodução no caso da externalidade positiva.

Neste capítulo não estamos ainda a avaliar os mecanismos de correção das falhas de mercado, contudo, podemos desde já avaliar dos mecanismos existentes⁴⁶⁵, uma vez que as externalidades são a razão mais frequente para a interferência do Estado nos mercados.

Estes mecanismos têm em comum uma tentativa de equilibrar o custo/ benefício individual vs. custo/ benefício social, por via de meios que levem o mercado a considerar os custos/ benefícios privados, internalizando-os no mecanismo dos preços.

Assim, se a influência do mecanismo for associada ao custo/ benefício individual, tal fará com que a discrepância se atenuar. Se numa externalidade negativa de produção, por exemplo, se influenciar o custo individual por via dum incremento do mesmo – imagine-se um imposto – então o aumento do custo individual provocará um ajustamento no mecanismo de preços, uma vez que o custo do produtor vai necessariamente aumentar.

De qualquer forma, trata-se de averiguar de que forma se podem atenuar custos sociais e como estes influenciam o funcionamento do mercado. Como devem, portanto, ser tratados estes custos sociais.

A teoria económica “tradicional” das externalidades, com origem no trabalho de Arthur Cecil Pigou *“Economics of Welfare”*, de 1932, assenta no entendimento de que tais custos constituem uma falha do mercado.

Esta abordagem manteve-se sem controvérsia até à publicação, por Ronald Coase, do *“The Problem of Social Cost”*, em 1960. Para Coase, “(...) o problema dos custos sociais é o resultado da inexistência de mercados, seja porque os direitos de propriedade que os viabilizariam não são claramente definidos, seja porque os custos de transação (os custos de funcionamento do mercado) são proibitivos. É, afinal, um problema de natureza institucional (uma falha do Estado e das instituições da economia)”⁴⁶⁶.

A abordagem da natureza do problema subjacente aos custos sociais leva também a abordagens diversas dos mecanismos de correção. Assim, importa abordar esta temática para que depois se percebam os mecanismos de correção que podem existir, sejam esses mecanismos públicos ou privatísticos.

Ora, tradicionalmente, os custos sociais são provocados por externalidades negativas, conforme acima já referimos. As externalidades são encaradas como consequências não planeadas, residuais, da atividade de um indivíduo que se repercutem na esfera de terceiro, provocando

⁴⁶⁵ Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 169, nota de rodapé n.º 315, dá dois exemplos de elencos de mecanismos de correção de externalidades. O primeiro elenco, da autoria de Lee S. Friedman, que indica como mecanismo de internalização de externalidades políticas públicas concretizadas em impostos, subsídios, padrões regulatórios e estabelecimento de regras de direitos de propriedade, bem como limitações de produção. O segundo elenco, a propósito de políticas de regulação mas na área ambiental, da autoria de Wallace Oates e William Baumol, divide-se em i) *Price Incentives*, tais como Impostos e subsídios; ii) *Direct Control*, como o racionamento, proibições ou imposições de especificações técnicas; iii) *Moral suasion: voluntary compliance*; iv) *public production*.

⁴⁶⁶ Cfr. Vitor Neves, *“O problema dos custos sociais”*, publicado na obra *“Valores em Conflito – Megaprojetos, ambiente e território”*, Almedina, 2016, p. 61 e ss.

diminuição de bem-estar ou de capacidade produtiva. São efeitos que escapam ao mecanismo de preços e por isso deseconomias externas.

Neste caso, estamos perante a incapacidade de internalização dos efeitos provocados a terceiros, existindo uma falha de eficiência⁴⁶⁷. Passamos, portanto, para a necessidade dum mecanismo de correção que leve à eficiência possível⁴⁶⁸, havendo por isso motivo para uma correção a ser efetuada por via de política pública, mecanismos públicos ao alcance do Estado e com concretização prática atendendo aos seus poderes de autoridade. São exemplos de correção os impostos⁴⁶⁹, subsídios e regulamentação pública.

Como já adiantámos acima, Ronald Coase veio rejeitar a ideia de que os custos sociais são externalidades. Será antes um problema de ausência de mercado e falha do Estado, pelo que a solução tem de ser privada, criando-se soluções negociais.

Para Coase, *“(...) Os custos sociais decorrem de situações em que os agentes envolvidos estabelecem entre si, no que respeita ao objeto do dano, uma relação de reciprocidade. Na relação entre dois agentes, A e B, “ambas as partes causam o dano”. Evitar o dano a B implica causar um dano a A. Os custos existem para ambas as partes e são comensuráveis. Por isso é desejável que ambas levem em consideração o dano ao decidir como agir.”*⁴⁷⁰ Ou seja, no fundo, os custos sociais devem ser tidos em conta na decisão económica com vista a que se encontre uma solução em que se escolha uma alternativa mais vantajosa.

Os custos sociais são, na teoria coseana, em primeiro lugar um problema de definição de direitos de propriedade: somente se estes direitos estiverem bem definidos é que se facilitam as transações voluntárias. Assim, a partir do momento em que os direitos de propriedade estejam definidos claramente, é possível a tradição voluntária com os custos associados vistos como um mercado concorrencial perfeitamente “normal” ou eficiente. Ora, a falha do Estado que Coase indica como subjacente aos custos sociais é precisamente essa ausência de direitos de propriedade definidos ou de custos de transação incomportáveis.

A partir do momento em que esses direitos ficam definidos e inexistem custos de transação, a transação ou alocação pode ser pareto-eficiente. E esta é a solução do Teorema de Coase que trouxe uma alternativa de negociação privada a situações que, até então, estavam a penas a ser tratadas com mecanismos públicos.

O “Teorema de Coase”⁴⁷¹, é constituído pela ideia de que as ineficiências económicas podem ser, em determinadas circunstâncias, corrigidas pela negociação entre as partes afetadas, sem necessidade de intervenção de uma entidade reguladora pública.

⁴⁶⁷ Aqui entendida no sentido de eficiência paretiana, em que não se pode melhorar o bem-estar de alguém sem prejudicar outrem.

⁴⁶⁸ Aqui já se aborda a eficiência sob o critério Kaldor-Hicks, atendendo ao global, ou seja, avança-se com uma correção que globalmente provoque aumento de bem-estar, mesmo que alguns sejam prejudicados.

⁴⁶⁹ Aliás, existem diversos exemplos de impostos implementados com o fundamento de correção de problema económico, nomeadamente externalidades negativas como a poluição, que são apelidados de impostos pigouvianos, justamente devido a esta perspetiva de Arthur Cecil Pigou.

⁴⁷⁰ Cfr. Vitor Neves, *“O problema dos custos sociais”*, publicado na obra *“Valores em Conflito – Megaprojetos, ambiente e território”*, Almedina, 2016, p. 66 e ss.

⁴⁷¹ Na verdade é uma visão ou constatação. Em 1966 é que George Stigler transformou esta opinião de Coase em Teorema, ficando o mesmo “batizado” para a ciência económica daí em diante.

No âmbito da autonomia privada devem encontrar-se o meio mais barato ou consensual para a resolução da ineficiência, estando assim a utilizar-se o mecanismo de mercado concorrencial.

Por exemplo, numa situação em que uma linha de comboio atravessa um campo de cultivo, existe um elevado risco de as fagulhas provocadas pela passagem do comboio incendeiem a cultura, destruindo por completo o trabalho e produto. Ora, no modelo coaseano, teria de existir um meio termo negocial para encontrar a “internalização” deste prejuízo. Os comportamentos extremos das partes seriam: ou a companhia ferroviária investia numa tecnologia para evitar fagulhas ou então os agricultores terão de encontrar uma cultura menos inflamável. A negociação deveria chegar a um caminho intermédio e esse seria o ponto ótimo, onde ambos cedem até chegar a um acordo sobre o meio preventivo do incêndio – no caso, um bem-estar adequado às partes⁴⁷².

Num contexto hipotético onde não se equacionariam custos de transação, a solução eficiente formar-se-ia sempre por via negocial, independentemente do número de agentes envolvidos, uma vez que todos estariam dispostos a pagar enquanto o prejuízo ou vantagem privados que lhe adviessem fossem superiores ao custo privado da atividade “externalizadora” ou estaria disposto a ser compensado pelo valor da “externalidade”⁴⁷³.

Ora, o que se faria era, no fundo, criar um mercado onde se resolvessem estas situações, mercado esse onde o mecanismo do preço poderia utilizar-se, exponenciando-se assim um resultado pareto-eficiente.

Relativamente à premissa essencial do Teorema, em que todos os direitos de propriedade devem estar perfeitamente definidos, assume relevância uma vez que só assim está cada um dos intervenientes legitimado e incentivado para a negociação espontânea.

Para além de que só assim se consegue uma identificação do prejudicado ou beneficiado com determinada ação. E por isso a importância dos direitos de apropriação, ou seja, se tudo tivesse um dono definido, privado, então a negociação tornava-se natural.

É certo que, no mundo real, existem custos de transação que nem sempre são ultrapassáveis⁴⁷⁴ e por isso a solução negocial nestes casos torna-se in comportável.

Coase veio ainda, com um estudo acerca das frequências de rádio, defender um verdadeiro leilão entre privados para situações de bens comuns, apresentando, assim, uma aplicação prática do seu teorema.

Fernando Araújo refere como ideia a reter desta teoria coseana que *“a afetação inicial de recursos ou as regras de imputação de danos em situações de conflito poderiam ser indiferentes em situações de baixos custos de transação”* e esta ideia era controversa até se perceber que *“tornando visível os custos de transação e o prisma da eficiência, (podemos) reponderar as*

⁴⁷² Exemplo já referido na nossa dissertação de mestrado, *“A Microtributação nas Autarquias Locais”*, 2017, p. 83, <http://hdl.handle.net/10451/32175>.

⁴⁷³ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2005, p. 552 e ss, que mantém a análise do Teorema de Coase aplicado a externalidades.

⁴⁷⁴ Fernando Araújo descreve, em *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, o exemplo de ser autorizado, por via de licença, o sobrevoo ininterrupto de determinada cidade por determinada companhia aérea. Os habitantes dessa cidade, por muito ou poucos que sejam, o que poderiam dar em troca numa negociação com a dita companhia aérea que a fizesse reduzir o ruído provocado. Surge neste exemplo também a ideia de “boleia” para caracterizar os casos em que, por serem muitos ou por influência económica, uns agentes aproveitam a ação de outros na solução de internalização.

regras jurídicas de responsabilidade e de propriedade num mundo de significativos custos de transação”.

Uma terceira abordagem sobre custos sociais é a do autor Karl William Kapp, que considera que os custos sociais são um fenómeno generalizado nas economias capitalistas, custos esses que não são pagos ou compensados por quem os provoca, ligados à atividade produtiva e inevitáveis nas economias baseadas no lucro. Podem ser custos minimizados caso existam reformas e mudanças institucionais adequadas⁴⁷⁵.

Nas palavras de Vitor Neves⁴⁷⁶, *“Segundo Kapp, a existência de custos sociais deve-se fundamentalmente à circunstância de a busca do lucro resultar num prémio à minimização dos custos privados de produção. Ao minimizarem os seus custos internos, as empresas tenderão a transferir para terceiros e para a comunidade em geral, e efetivamente a maximizar, os custos sociais (isto é, a parte dos custos totais que, na literatura económica tradicional, se convencionou chamar custos “externos”). Em vez de meros efeitos residuais ou secundários de uma atividade principal, um coproduto indesejável, os custos sociais serão antes uma característica intrínseca e necessária ao funcionamento das economias baseadas no lucro. A economia capitalista é, nas palavras de Kapp, uma «economia de custos não pagos».”*

Para Kapp, os custos sociais, bem como os benefícios sociais, são fenómenos extramercado e incomensuráveis, uma vez que se trata não de relações comerciais puras mas antes de relações assimétricas, bem como o que está em causa é a busca duma eficiência *social*, assente nos valores e pontos de vista – obviamente mutáveis – da sociedade. A valoração dos direitos sociais, custos sociais ou até da eficiência social é subjetiva e complexa. Para Kapp, a resolução dos custos sociais é problema mais político e não tanto de encontrar soluções técnicas ótimas.

Assim, a resolução dos custos sociais, na visão kappiana, será *ex ante*, ou seja, na definição de estratégias e prioridades na resolução de conflitos de interesses e necessidades conflitantes através de deliberação coletiva e escolha democrática. Esta definição *ex ante* consubstancia-se nos chamados *“mínimos sociais”* e na adoção duma perspetiva preventiva de minimização da incerteza.

Esta visão extravasa o limiar do mercado. Mas voltamos a integrar um mecanismo de correção onde o Estado assume um papel relevante mormente na conceção, desenho e implementação das políticas sociais. Esta solução tem, como qualquer solução pública, a questão de saber se o Estado é capturado por interesses privados, se obedece a uma linha mais economicista ou social, ou quais as suas ideologias políticas ou tendências em matéria económica⁴⁷⁷.

As externalidades continuam a ser apontadas como o fundamento mais utilizado pelo Estado para justificar as suas intervenções. Contudo, o elenco das falhas de mercado mais relevantes está longe do seu *terminus*.

⁴⁷⁵ Cfr. Vitor Neves, *“O problema dos custos sociais”*, publicado na obra *“Valores em Conflito – Megaprojetos, ambiente e território”*, Almedina, 2016, p. 68 e ss.

⁴⁷⁶ Cfr. Vitor Neves, *“O problema dos custos sociais”*, publicado na obra *“Valores em Conflito – Megaprojetos, ambiente e território”*, Almedina, 2016, p. 69 e ss.

⁴⁷⁷ Que, necessariamente, podem mutar de acordo com ciclos eleitorais, alternância de partidos no poder executivo ou, em casos como países membros da União Europeia, exigências supranacionais relativamente a pacotes sociais, económicos ou financeiros.

Falámos até agora de situações em que inexistia mercado ou o mesmo não funcionava de forma a prover os bens e serviços necessários e casos em que se verificavam efeitos exteriores que o mecanismo de preços não conseguia suprir.

Vamos de seguida analisar situações em que se geram poderes de mercado que descompensam o mecanismo de funcionamento do mercado concorrencial.

2.2.2.3 Imperfeições na Concorrência: Poderes de mercado

Para que estejamos num mercado concorrencial são necessárias algumas características ou condições de concorrência. O modelo de concorrência perfeita a que já aqui aludimos, tem, pelo menos, três características incontornáveis⁴⁷⁸: i) atonicidade, ii) fluidez, iii) liberdade de entrada e saída do mercado.

Quando falha uma das características do modelo de concorrência perfeita, então estamos perante concorrência imperfeita mas tal não significa, por si só, que justifique uma intervenção corretora. Não significa também que devamos considerar, quase que de forma automática, que existe total ineficiência. A falha duma característica do modelo de concorrência perfeita significa, tão só, que não estamos no campo dessa mesma concorrência perfeita.

Aliás, face à dificuldade de encontrar o preenchimento completo e perfeito das características de concorrência perfeita, a análise que se faz prende-se sobretudo com os efeitos e comportamentos dos agentes. Hoje são aceites como ainda concorrenciais os mercados que sejam marginalmente imperfeitos, atendendo à eficiência produtiva que possam traduzir.

Importa, pois fazer a análise das imperfeições do mercado que provoquem desvios tais à concorrência que sejam relevantes para uma correção. Estamos a falar de situações em que o funcionamento do mercado é alterado ou até mesmo manipulado por agente(s) do mercado.

Referimo-nos ao chamado “*poder de mercado*”, que, nas palavras de Fernando Araújo, “(...) permita a alguém a exploração do mecanismo de preços em proveito próprio, para lá de um limite que fira um sentido mínimo de justiça ou que gere desincentivos à produção e às trocas (...)”.⁴⁷⁹

Assim sendo e na esteira do já referido, a intervenção do Estado pode justificar-se para esvaziar esse poder e voltar a funcionar os incentivos de formação espontânea dos preços, sem situações abusivas, exploração de vantagens ou desequilíbrios extremos.

Antes de falarmos sobre os principais mercados de concorrência imperfeita, será útil recordar sucintamente as três características do modelo de mercado de concorrência perfeita, a saber:

i) *Atonicidade*: Presença no mercado de um número amplo de agentes de forma que nenhum, individualmente, consiga influenciar com a sua atitude o nível dos preços. Desta forma, existindo atonicidade os agentes do mercado são “*price takers*”. De relevar que a atonicidade existirá plenamente no mercado caso inexistam as gentes, quer do lado da oferta mas também da procura, que detenham o poder de influenciar o mecanismo dos preços.

⁴⁷⁸ De relevar que o elenco de características do modelo de concorrência perfeita poderá ser mais extenso ou restrito, sendo que optámos pela apresentação das que são normalmente consensuais.

⁴⁷⁹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 56 e ss.

ii) *Fluidez*: Neste caso, temos a sinalização dos preços a funcionar na plenitude, ou seja, o mercado tem informação perfeita e homogeneidade de bens, pelo que a decisão racional do agente apenas se baseia no preço. Inexistindo diferenciação qualitativa entre produtos, a fluidez funciona com o requisito duplo da racionalidade e informação, sendo que assim o mecanismo de preços funciona na perfeição.

iii) *Liberdade de entrada e saída do mercado*: Ausência de barreiras, reais ou artificiais, à entrada e saída de agentes do lado da oferta, inexistindo custos de transação associados à escolha do agente do mercado em entrar, permanecer ou sair do mercado.

Ora, quando se gera um poder de mercado, ao mesmo subjaz uma falha de alguma característica do modelo de mercado de concorrência perfeita. Assim, no caso dos monopólios e oligopólios, existe uma falha de atonicidade – no caso, do lado da oferta – existindo um agente ou um grupo de agentes que influenciam o preço e quantidade de produtos ou serviços no mercado, manipulando, desta forma, o mecanismo de preços. São, neste caso, agentes “*price makers*”, impondo o preço dos bens ou serviços aos consumidores do mercado.

Existe ainda falha de atonicidade quando existe um ou um grupo de agentes do lado da procura que influenciam o preço e quantidade de bens ou serviços no mercado. Desta feita, estamos perante monopsónios ou oligopsónios, tendo os agentes também poder de mercado.

Caso diferente é quando se sacrifica a fluidez, impondo os produtores uma diferenciação, real ou perspectivada, dos produtos existentes no mercado. Falamos nos casos de concorrência monopolística, em que falha um dos requisitos da fluidez que é a homogeneidade dos bens.

No mercado de concorrência monopolística, os agentes empenham-se na diferenciação do produto para, com tal atitude, se tornarem “monopolistas” em determinado *nicho de mercado*, lucrando com tal diferenciação de produto ou serviço.

Neste caso, a diferenciação do produto pode ser efetiva ou não, dependendo da atitude dos agentes. Mas, de qualquer forma, a informação é essencial neste mercado, uma vez que é o elemento que pode confirmar e expor a diferenciação do produto. Não é, por isso, por acaso que a publicidade desempenha um papel muito relevante neste mercado.

Façamos, portanto a divisão entre os três grandes tipos de mercados de concorrência imperfeita e que se traduzem em poder de mercado.

a) Monopólios

No caso do monopólio, temos uma ausência de atonicidade, no caso do lado dos agentes da oferta. Existe, portanto, quem detenha o poder de influenciar as quantidades produzidas e disponibilizadas no mercado e o preço praticado. Nestes casos, o preço não é encarado como um simples dado, pois já não existe um amplo número de agentes *price-takers*, mas antes um único *price-maker*.

Estamos perante uma situação em que no mercado apenas existe um único vendedor ou há um vendedor que tem esmagadora preponderância sobre os demais vendedores.

A primeira distinção que aqui se faz é entre *monopólios puros* quando existe apenas um único vendedor, e *poder de monopólio* em que a preponderância de um dos vendedores é tal que ele pode agir como se estivesse praticamente isolado do lado da oferta.

São raras as situações extremas de infinita elasticidade e de completa rigidez da procura face aos preços apresentados pelos vendedores. Ora, assim sendo, termos um mercado apenas com *price-takers* é tão pouco usual como termos um mercado apenas com um *price-maker*. O que quer dizer que será mais fácil encontrar situações de poder de mercado do que um monopólio puro.

Atendendo a que no modelo de concorrência perfeita reconduz a um “lucro zero”, em que funciona a lei da oferta e lei da procura até ao limite, caso os agentes se encontrem em situação de poder de mercado, mormente monopólio, os objetivos serão: i) coexistir com produtores que têm custos mais elevados que os seus e por isso assegurar ganhos a longo prazo, obtendo, assim, a chamada *renda monopolística*; ii) conseguir ir excluindo progressivamente os seus concorrentes de forma a ver aumentada a sua prevalência, aumentando a capacidade de maximização de lucro através da manipulação de preços e aumento de cota de mercado (maior quantidade vendida).

Mas as questões relacionadas com o lucro podem tornar-se mais complexas para o produtor monopolista. Repare-se: em concorrência perfeita, o preço é um dado, o preço é igual ao custo marginal. No monopólio o preço está acima do rendimento marginal, pelo que se produzir mais, o preço vai diminuir, reduzindo o seu rendimento marginal potencial que inicialmente se afigurava como possível⁴⁸⁰.

Ora, o poder de mercado vai traduzir-se exatamente no impedimento, pelo agente dominante, da “*corrida para o fundo*”⁴⁸¹, ou seja, a tendência para o “lucro zero”. Mas com essa influência vai ainda travar o aumento do bem-estar dos consumidores, impedindo que o excedente do consumidor aumente, com influência também no bem-estar geral, uma vez que com este comportamento o produtor obriga à saída de margens de consumidores.

Não se julgue, contudo, que inexistem limites para a fixação de preço do monopolista. Existem pelo menos dois limites: i) o limite do custo relativamente ao “*preço mínimo*”⁴⁸², sendo que o monopolista, por estratégia, pode temporariamente reduzir o preço de mercado abaixo do limite do seu custo como estratégia de expulsar os seus concorrentes, visando ganhos extraordinários futuros; ii) o preço apenas pode subir na medida da elasticidade-preço dos consumidores, ou seja, existe um “*preço máximo*” acima do qual os consumidores não estão dispostos a pagar, levando à redução exponencial ou desaparecimento do consumo e, em consequência, ao desaparecimento do lucro do monopolista.

O poder de mercado do monopolista reflete-se, assim, na quantidade e no preço. É que, no caso do monopólio, estamos perante uma verdadeira influência sobre as quantidades postas à disposição no mercado, uma vez que existe apenas um único produtor ou um produtor com elevada preponderância sobre o mercado. Assim, este “*price-maker*” tem à sua frente uma

⁴⁸⁰ Num exemplo simples, no caso dum monopólio, se tivermos a produção de uma unidade e o preço for X, se passarmos a produzir duas unidades o preço mantém-se a X, não existindo qualquer alteração na disposição de pagar pela alteração de quantidades. Assim, o rendimento marginal do monopolista vai diminuir face ao que tinha quando só produzia uma dose.

⁴⁸¹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 338 e ss.

⁴⁸² Referimo-nos à prática de preços predatórios enquanto manobra do monopolista em que vai baixando sistematicamente os preços, podendo inclusivamente descer abaixo dos seus próprios custos médios. Esta manobra tem em vista afastar, enfraquecer ou intimidar os concorrentes de forma a retirar esses agentes do mercado ou ampliar a hegemonia do monopolista. O monopolista reduz, numa primeira fase, os seus lucros ou pode até ter algum prejuízo mas tem em vista o lucro extraordinário que posteriormente lhe caberá pela sua posição dominante no mercado.

verdadeira curva da procura que é descendente, ou seja, com uma correlação inversa com as variações dos preços: Se o preço aumenta, as quantidades procuradas diminuem e vice-versa.

Conforme os ensinamentos de Fernando Araújo⁴⁸³, *“Um aumento de produção do «price-maker» levará a uma quebra dos preços, e uma diminuição da produção induzirá um aumento de preços – e por isso, para o monopolista, não só desaparece aquela coincidência entre preço de mercado e rendimento médio, por um lado, e rendimento marginal, por outro, que vimos facilitar tanto os cálculos e reações dos vendedores atomísticos, mas também, e mais pragmaticamente, desaparece a possibilidade de aumentar os lucros através de uma simples expansão das vendas”*.

O monopolista deve, ao contrário da percepção geral, abster-se de cobrar um preço máximo, devendo manter-se num preço intermédio, que pode estar acima do preço de equilíbrio que se formaria caso existisse atomicidade no mercado. Não pode, contudo, afastar-se substancialmente do mesmo sob pena de ver os seus lucros desaparecerem.

A conclusão é que os lucros que o monopolista obtém são (apenas!), o resultado dum excesso do preço em relação ao custo marginal sendo que tal é possível devido ao facto de o monopolista estar numa posição no mercado que permite uma produção em escala abaixo ou inferior à dos demais concorrentes.

Ora, como já observámos, o monopolista tende a manter o preço de mercado mais elevado do que o que seria o preço de equilíbrio do mercado. Assim, duma coisa temos certeza: o excedente do consumidor, nesse caso, será inferior ao que aconteceria num mercado de concorrência perfeita. Mas isso implica que o excedente do produtor abarque grande parte dessa “perda” do excedente do consumidor. Contudo, há, contudo uma parte de excedente que se perde totalmente relativamente ao potencial de excedente caso se estivesse no âmbito do preço equilíbrio.

A parte de excedente que o produtor “ganha” ao consumidor, tal corresponde à renda monopolista, ao lucro extraordinário que o monopolista pretende egoisticamente atingir.

No que concerne à parte de excedente que se perde irremediavelmente por saída de agentes do mercado face aos preços acima do preço de equilíbrio, trata-se de perdas totais de bem-estar, os *deadweight loss*. Essas perdas absolutas de bem-estar representam o pior do monopólio, o prejuízo que a sua existência provoca em comparação com o funcionamento concorrencial em que há maximização do bem-estar.

A perda de bem-estar no mercado monopolista pode ocorrer quando o monopolista aumenta efetivamente o preço acima do custo marginal e com essa ação expulsa ou nega o consumo a uma quantidade de consumidores que só estavam dispostos a pagar o mencionado custo marginal.

⁴⁸³ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 342 e ss. É que num mercado monopolista, o vendedor sabe que tem um “limite de consumidores”, porque se o preço subir acima de determinado nível, esses consumidores “fogem” para outros mercados paralelos ou produtos/serviços similares. Assim, para escoar o produto “a mais” que for produzindo, o vendedor vai ter de atrair consumidores que, à partida, não estariam sequer no mercado, logo, tem de baixar o preço.

Outra ineficiência recorrentemente apontada ao monopólio⁴⁸⁴ é o *rent-seeking*, ou seja, a manipulação do ambiente social ou político com vista à obtenção de proveitos próprios⁴⁸⁵. Isto porque se existir um monopólio aparentemente será mais fácil a pressão de obtenção de subsídios ou benefícios, tarifas ou garantias do Estado, sobretudo se estivermos perante monopólios em que estão em causa bens considerados essenciais. Também aqui se associa à ideia de captura do regulador, ou seja, existindo um monopólio, o próprio regulador poderá ficar coartado na sua decisão ou mais facilmente pode ser influenciado devido ao peso e poder do monopolista⁴⁸⁶.

Porém, o fenómeno de *rent-seeking* não é, de todo, apenas associado ao monopólio. Mesmo em mercados concorrenciais é de esperar investimentos de recursos no aumento relativo de quotas de mercado. Mais uma vez, aplica-se ao *rent-seeking* o mesmo que já aqui referimos relativamente aos monopólios: a existência dos mesmos não é, por si só, prejudicial. A atitude dos agentes é que deve ser escrutinada, mormente o abuso.

E mais, o *rent-seeking*, quando aproveitado para inovação pode converter-se numa espécie de correção da falha que costuma existir nos mercados monopolistas relativa à ausência de incentivo à inovação decorrente quer da ausência de concorrência mas também do conforto decorrente do nível extraordinário de lucro do agente.

De relevar ainda que nem sempre o facto de existir um monopólio é sinónimo de ausência de motivação para inovação, nomeadamente se tivermos em atenção à teoria dos mercados contestáveis que nos remete para a possibilidade de o monopolista, face à ameaça de entrada de novos agentes de mercado, comporta-se como se estivesse num mercado concorrencial e, com isso, passa a investir em inovação para, com tal ação, poder ganhar vantagem competitiva.

Acresce que o monopolista, à partida, terá até maior vantagem competitiva para investir em inovação, uma vez que, ao longo do tempo que foi monopolista, foi recolhendo maior vantagem financeira com a possibilidade de obtenção de lucros acima do normal.

Contudo, a existência de um monopólio não será sempre sinónimo de um mercado prejudicial aos consumidores. E a existência dum monopólio não resulta sempre de um comportamento deliberado do agente com vista a dominar o mercado. Aliás, para o fazer, têm que existir condições no mercado – ou o agente deliberadamente as criar – com vista a conseguir influenciar o preço e as quantidades⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ E refira-se, mais uma vez que o facto de existir um único vendedor no mercado signifique necessariamente que as ineficiências ocorram de forma “automática”. Adiante falaremos não só do específico caso dos monopólios naturais mas também da contestabilidade dos mercados que faz com que a ameaça de concorrência produza o efeito concorrencial no mercado monopolista.

⁴⁸⁵ Veja-se James D. Gwartney, em “*Economics – Private and Public Choice*”, citado por Marco Capitão Ferreira em “*Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?*”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 151, nota de rodapé n.º 270, “*rent seeking is the term used by economist when referring to actions taken by individuals and groups seeking to use the political process to plunder the wealth of others*”.

⁴⁸⁶ Sobre a captura do regulador veja-se, por exemplo, Ricardo Pereira Gonçalves, “*A Captura Regulatória – Uma abordagem Introdutória*”, Publicações CEDIPRE Online – 25, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014.

⁴⁸⁷ Fernando Araújo, relativamente a exemplos de estratégias dissuasoras da concorrência, refere a prática de preços predatórios por parte do agente monopolista, a manutenção ou reserva dum excesso de capacidade produtiva com vista a aguentar o prolongamento de guerras de preços e a aplicação de

A constituição dum monopólio puro ou poder de monopólio deriva muitas vezes de barreiras de entrada no mercado. Por um lado, o produtor pode deter o exclusivo de factores de produção, matérias-primas ou recurso. Os exemplos usualmente referidos são o agente ser proprietário da única fonte de água potável em determinada região⁴⁸⁸. Ou o agente detém todas as minas de carvão de determinada região ou detém o único porto marítimo de determinado território (recurso exclusivo).

Nestes casos, naturalmente o mercado se torna num monopólio do agente que detém o poder de fornecer o produto ao mercado. Se é detentor do recurso ou factor de produção, o agente facilmente se torna único fornecedor do mesmo do mercado, podendo estender o seu poder a mercados de produtos derivados⁴⁸⁹.

Outro exemplo de situações de barreiras de entrada no mercado são situações em que o agente se torna monopolista por deter informação exclusiva. Essa informação, permanente ou temporária, dá uma vantagem ao agente geralmente por motivo de inovação. Já nos ensinava Schumpeter que o crescimento económico tem por base a inovação, isto porque muitas vezes a inovação, o produto novo e diferente, provoca, mesmo que momentaneamente, um novo mercado onde o agente que detém essa inovação domina⁴⁹⁰.

Os produtores novos que entrem no mercado têm, neste caso, um elevado custo relacionado com a informação sobre os seus produtos, mesmo que seja, apenas, para informar os consumidores de que tem um produto também no mercado.

Pode ainda a barreira de entrada ser efetuada pelo próprio Estado que concede a determinado agente direitos exclusivos, licenças ou alvarás, concessões públicas ou direitos idênticos que reserva o direito a determinado agente de deter determinada posição no mercado.

De referir em especial o caso dos *monopólios naturais* que são distintos dos restantes tipos que vimos até agora e importa reter. Existe um monopólio natural quando a estrutura do mercado se torna mais eficiente se existir apenas um produtor ao invés de vários. Tal sucede quando existem “(...) custos fixos tão elevados que os custos médios continuam a descer mesmo a níveis muito elevados de produção, mas também se pode dever à presença de economias de escala, verificadas as quais passa a existir a possibilidade de um só produtor conseguir, a qualquer nível de produção, a qualquer escala, custos médios inferiores àqueles que seriam conseguidos pelo conjunto de vários produtores, custos médios descendentes à medida que a escala de produção aumenta até ao limite de saturação de mercado”⁴⁹¹

preços limitados no sentido de confundir os concorrentes e dissuadindo-os de entrar no mercado manipulando a sinalização via preço. Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 339 e ss.

⁴⁸⁸ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 338 e ss.

⁴⁸⁹ Sendo detentor, por exemplo, de determinada matéria-prima, para além de monopolista no fornecimento desse produto, o agente tem vantagem também em mercados de produtos derivados.

⁴⁹⁰ Um dos exemplos mais simples foi a evolução tecnologia associado aos aparelhos televisores, ou computadores pessoais, ou o mercado dos telemóveis que se revolucionou quando surgiu o *smart phone*. Falamos de tecnologias inovadoras que, por determinado período, foram associadas a determinado agente do mercado que, por deter um direito exclusivo ou somente uma “informação nova”, usufruiu desse factor para dominar o mercado. Geralmente, caso não haja direito exclusivo, patente ou direitos de autor que constituam legalmente proteção sobre cópia ou imitação, o mercado tende a atenuar este poder do agente devido ao fenómeno de “imitação”, passando os agentes a produzir ou servir produto/ serviço idêntico, esbatendo o poder do monopolista.

⁴⁹¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 339 e ss.

Assim, os *monopólios naturais* distinguem-se dos restantes monopólios por dois motivos: i) conseguem manter um nível de produção que permite saturar toda a procura e; ii) atinge esse patamar com custos médios que ainda são descendentes quando a curva da produção (oferta) faz interseção com a curva do consumo (procura)⁴⁹².

Refira-se, contudo, que o que realmente distingue o *monopólio natural* é que esta é a única forma de se assegurar um nível de eficiência socialmente desejável, ao invés do que sucede nos outros tipos de monopólio onde, como vimos existem geralmente *deadweight losses*.

Aliás, conforme refere Fernando Araújo referindo-se à regulação como mecanismo de intervenção adequada no caso dos monopólios naturais, “(...) Nada se ganha, aparentemente, em combater-se um monopólio natural: tudo está em evitar-se que os preços praticados pelo monopolista natural cresçam para lá dum limiar de preservação de bem-estar social”.⁴⁹³

Com estas evidências a conclusão é que nem sempre um monopólio é prejudicial para o consumidor e não é apenas no mercado de concorrência perfeita que se pode encontrar eficiência.

O monopólio natural tende a surgir por três ordens de razões:

i) porque absorve a procura existente, geralmente por a mesma ser exígua. Em mercados em que a procura não é muito elevada, não será eficiente fazer-se o investimento de entrar no mercado se não existe dimensão de procura que cubra a oferta. Geralmente estas situações são temporárias⁴⁹⁴ e podem mutar de acordo com factores como aumento da densidade populacional ou aumento da mobilidade.

ii) no caso de economias de escala. Se estivermos perante uma situação em que o produtor consegue abarcar toda a procura mas também tem um patamar de produção acima da escala, então a sua posição é privilegiada para a manutenção dum preço e serviço plenamente satisfatório para o mercado. Neste caso, pode haver rutura do monopólio natural caso exista, por exemplo inovação tecnológica que influencie a economia de escala;

iii) quando a estrutura de custos da produção do bem ou serviço em causa se mantém com custos médios decrescentes, sendo que, no caso dos monopólios naturais, a componente dos custos fixos nos custos médios mantém-se elevada e isso naturalmente afasta os “concorrentes” de entrar no mercado. São tipicamente o caso dos sectores onde é necessária uma infraestrutura para a produção ou prestação de serviço exageradamente dispendiosa, tais como barragens ou redes (elétricas, de água, etc.).

Estes monopólios naturais são os que, geralmente, estão mais sujeitos à intervenção do Estado por via da regulação, sobretudo para manter vigilante o equilíbrio entre a eficiência e a justiça, uma vez que estes monopólios tendem a ser os casos das “*public utilities*”.

b) Oligopólios

⁴⁹² Cfr. Marco Capitão Ferreira em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 160 e ss.

⁴⁹³ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 353 e ss.

⁴⁹⁴ Salvo situações em que o mercado tende a decrescer.

Ainda mantendo-nos em situações de concorrência imperfeita cuja falha é a atonicidade, encontramos situações intermédias relativamente à característica do monopólio de existir apenas um vendedor que interfere com o preço e quantidade do mercado.

Quando estamos perante um mercado onde existem um número restrito de vendedores, que cada um destes vendedores dispõe de poder de mercado que lhe permite influenciar os preços e os rendimentos dos seus concorrentes de forma a existir uma interdependência entre vendedores, bem como a estratégia individual releva para os concorrentes e funcionamento de mercado. Ora, assim, não há aqui paralelo com um mercado atomístico em que cada agente não detém qualquer influência sobre os seus concorrentes, sobre o preço, sobre qualquer aspeto do mercado.

Caso essa falta de atonicidade releve no lado dos agentes da oferta estaremos perante um oligopólio, ao invés, se a ausência de atonicidade se revela de entre os agentes da procura estaremos perante um oligopsónio.

Refira-se que estamos perante falta de atonicidade mas com pluralidade de agentes, ou seja, a restrição de agentes existe e é suficiente para que se sintam os efeitos da não atonicidade⁴⁹⁵.

⁴⁹⁶Isto porque a tendência, é que um oligopólio tenha semelhanças ao monopólio. E esta é, deveras, a questão mais premente relativamente aos oligopólios que é qual o impulso dos agentes em mercado oligopolista.

Ora, o facto de existir um número limitado de agentes no mercado, tal restringe a competitividade e gera interdependência entre os sujeitos económicos que se traduz, naturalmente, no sistema de preços e quantidade de produto disponível no mercado.

Quer-se com isto dizer que cada agente pauta a sua atitude atendendo não exclusivamente àquilo que seria o seu nível ótimo de produção ou preço que traduza um lucro extraordinário.

Os agentes neste tipo de mercado têm um comportamento peculiar, que pode oscilar entre manter a competição e por isso usar a força que já detêm no mercado tentando chegar a uma

⁴⁹⁵ Não existe um número fixo de agentes que determine efetivamente se estamos ou não perante um mercado atomístico. Contudo, podem usar-se mecanismos como o índice Herfindahl-Hirschman. Este índice traduz uma medida da dimensão das empresas relativamente à sua indústria ou sector e um indicador do grau de concorrência entre as empresas dessa indústria ou sector. Este índice é, por exemplo, utilizado na aplicação de regras da defesa da concorrência ou regulação. Este índice utiliza os valores das quotas de mercado das empresas (usando percentagens ou valores decimais) – ou de determinado número das maiores empresas – dum sector de atividade numa fórmula simples de soma dos quadrados dessas quotas. Assim, considerando as quotas em valores decimais, o índice pode variar entre 0 e 1, tendendo para 0 quando há um número enorme de empresas (mercado atomístico) e para 1 quando há poucas empresas (mercado oligopolista). No limite, havendo apenas um produtor (monopólio), o índice será 1. Portanto, quanto maior o índice, maior o nível de concentração. Em alternativa, se o cálculo for em percentagens, o índice pode variar entre 0 e 10.000. Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “Economia”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 188 e ss.

⁴⁹⁶ Outro índice que também pode ser utilizado é o rácio de concentração das quatro maiores empresas, sendo que este quantifica a parcela de mercado ou indústria que é detida pelas quatro maiores empresas. Pode efetuar-se o mesmo raciocínio mas com as oito maiores empresas. Geralmente estas medições são efetuadas atendendo ao volume de vendas, remessas ou produções internas, pelo que, por exemplo, num monopólio puro, o rácio das quatro ou oito empresas seria de 100% uma vez que uma delas teria a produção a 100%. No caso de concorrência perfeita, o rácio das quatro ou oito empresas seria aproximadamente nulo, uma vez que existe atonicidade e mesmo as maiores empresas apenas produzem uma ínfima parte do total de produção do mercado. Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “Economia”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 188 e ss.

posição de monopolista solitário, ou cooperar com os demais agentes que detêm a mesma influência no mercado e retirar, desse acordo, a maior vantagem possível, agindo este conjunto de agentes sob a mesma bitola e como se fossem um único, comportando-se como um “monopolista grupal”.

Esta é uma situação próxima ao “Dilema do Prisioneiro”⁴⁹⁷ em que se pode optar por uma cooperação ou competição. Vejamos, por isso, a diferenciação entre os dois tipos de oligopólio.

i) Cooperação Oligopolista ou cartel

A existência dum grupo restrito de vendedores num mercado pode levar a que os mesmos possam almejar um efeito de monopólio, ou seja, replicarem a atitude do monopolista, agindo de forma concertada, com vista à maximização do lucro. No caso, a medida será conseguir um preço acima do custo marginal agregado. Se a coligação entre oligopolistas for dotada de alguma estabilidade então estamos perante um *cartel*.

Esta coligação estável pode resultar de várias situações como i) Acordo expresso entre oligopolistas onde todos se comprometem a uma ação concertada e uniforme; ii) Seguir uma “empresa líder”⁴⁹⁸ de entre os oligopolistas que dita a política de preços, quantidades, publicidade e demais factores influenciadores do mercado⁴⁹⁹; iii) Os agentes pretendem alcançar um equilíbrio estratégico⁵⁰⁰ e por isso têm atitudes de “concertação” ou homogeneização de práticas negociais.

Mas quando estamos perante acordos entre oligopolistas, o facto é que podem existir três possíveis atitudes: 1) todos cumprem o acordo; 2) alguns cumprem o acordo; 3) ninguém cumpre o acordado. E, de facto, a atitude mais comum parece ser a de concorrência e não a de cooperação, até porque geralmente os oligopolistas apresentam-se no mercado com diferentes

⁴⁹⁷ O *Dilema do Prisioneiro* pode enquadrar-se na teoria dos jogos, sendo um exemplo de problema de soma não nula. Neste problema, supõe-se que cada jogador, de forma independente, quer aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem se importar com os outros jogadores. A análise da situação pode reconduzir a uma perda: podem levar a que cada jogador escolha trair o outro, embora ambos os jogadores obtenham um resultado mais favorável se colaborarem. Infelizmente para os prisioneiros, cada jogador é incentivado individualmente a defraudar o próximo, mesmo após a promessa recíproca de colaboração. Este é o ponto-chave do dilema, ou seja, deverá ou não deverá o prisioneiro egoísta colaborar com o próximo sem o trair, para que a vantagem do grupo, equitativamente distribuída, possa ser maximizada. Foi Albert Tucker que desenvolveu esta teoria aplicada aos prisioneiros, sendo muito usual utilizar-se o exemplo clássico: “Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?” Ora, a tendência egoísta do prisioneiro leva-o a tentar o melhor resultado para si e tenta sair livre, testemunhando contra o outro prisioneiro. Termina, pois condenado por 5 anos.

⁴⁹⁸ De relevar que nem sempre os poucos agentes do mercado têm a mesma dimensão, pelo que pode existir determinada empresa que, pela dimensão, prestígio, etc., detém algum ascendente sobre os demais. Ora, essa influência pode ser suficiente para que exista um movimento de “*follow the líder*”. Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 370 e ss.

⁴⁹⁹ Desta forma, os oligopolistas pretendem equilibrar os custos fixos irrecuperáveis (*sunk costs*) e ao mesmo tempo aumentam-se as barreiras de entrada no mercado.

⁵⁰⁰ Desta forma podemos não estar perante um cartel, atendendo especificamente ao conceito jurídico mas tal não quer dizer que, economicamente, não estejamos ainda no espectro do Cartel.

quotas de mercado, pelo que a tendência é a de pretenderem trazer para si próprios o melhor que a sua posição de mercado permitir. Ou seja, em cada oligopolista há a ambição de se tornar monopolista.

Também não é seguro que a existência dum acordo seja sinónimo de ausência de batota. Antes pelo contrário. A exploração da falha, da omissão faz também parte da natureza dos agentes de mercado que, egoisticamente, tomam decisões atendendo ao seu interesse. Stigler referia que naturalmente os cartéis eram instáveis e por isso mesmo os acordos deveriam precaver o incentivo à batota com retaliações para os prevaricadores, sob pena de, face à passividade dos restantes ou ausência de sanção, cada membro ter pouco incentivo ao cumprimento do acordo.

Ora, mas genericamente a forma de cartel acaba por não beneficiar os consumidores, uma vez que a tendência é, tal como no monopólio, de manter o preço acima do nível de equilíbrio maximizador de bem-estar. Por isso, a tendência é a própria lei não permitir cartéis, existindo uma repressão jurídica aos mesmos mas também de figuras afins do cartel como: a) cartéis tácitos, em que existe uma conduta voluntária dos agentes de forma que exista uma convivência estável e uniformizadora; b) a existência dum “*monopólio impuro*”⁵⁰¹, ou seja, quando existe entre os oligopolistas um líder que é seguido pelos restantes; c) nivelação de preços por via de técnicas de manipulação de publicidade ao consumo.

Claro está que num grupo mais amplo de oligopolista será sempre mais complicado conseguir uma cooperação, sendo mais simples e até porventura mais proveitoso nos casos em que existe apenas um grupo restrito de agentes. Esses sim, em caso de cartel, podem conseguir uma sinergia muito aproximada dum monopólio, maximizando os ganhos decorrentes da cooperação, mormente o aumento de escala de produção.

ii) Concorrência oligopolista

Se por um lado a concorrência entre oligopolistas parece ser mais usual, tal não quer dizer que o mercado passe a funcionar de forma concorrencial plena. Aliás, o facto de existirem agentes que detêm influência no mecanismo de preços leva exatamente à conclusão contrária.

Num oligopólio a relação entre agentes é complexa. A atitude de cada agente influencia o mercado e provoca reação dos restantes agentes sem que essa reação seja padronizável como uma lei de mercado. As atitudes destes agentes passam a ter uma natureza de estratégia. E são essas *nuances* de comportamento que têm sido motivo de curiosidade e estudo.

Repare-se: a concorrência entre oligopolistas vai provocar necessariamente erosão da posição de cada agente no mercado, do poder que cada agente detém. A concorrência entre os agentes vai provocar dois efeitos, a saber o aumento de quantidades oferecidas – porque cada agente vai agir no seu próprio interesse sem respeitar qualquer acordo ou limite de quantidade de produto, pretendendo vender o máximo de quantidade ao preço oligopolista acima do preço equilíbrio – mas esse aumento de quantidades passa a provocar um necessário abaixamento de preço, sendo que esse preço apenas irá reduzir-se até ao “*equilíbrio de Nash*” e não o ponto de equilíbrio preço-quantidade que um mercado plenamente concorrencial atinge.

Este *equilíbrio* provoca um desgaste da posição de poder de cada agente, reduz, portanto, as perdas de bem-estar mas não torna o mercado eficiente. Este *equilíbrio* é não cooperativo, é um ponto que, quando atingido os concorrentes deixam de ter incentivo para prosseguirem as suas

⁵⁰¹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 371 e ss.

estratégias unilaterais ou seja, quando os custos de manter uma estratégia unilateral ultrapassam o ganho que daí resultaria⁵⁰². Este é o “*equilíbrio de Nash*”.

Este conceito, desenvolvido por John Nash, enquadra-se na Teoria dos Jogos⁵⁰³ e partiu da ideia da *estratégia dominante*, enquanto estratégia do jogador que produz o resultado mais positivo, independentemente das decisões dos restantes jogadores.

Nash inicia a sua análise diferenciando os jogos cooperativos, em que os jogadores cooperam entre si para obter o máximo benefício comum e os jogos não cooperativos, em que inexistente qualquer acordo ou cooperação entre jogadores. Contudo, ainda será possível, neste caso que se encontre um resultado com equilíbrio. Em 1951, John Nash veio considerar possível que, no âmbito de jogos não cooperativos, o agente encontre uma solução individual mas que se alcance algum equilíbrio, havendo incentivo para que nenhum outro agente altere o seu comportamento rompendo este “padrão” comportamental.

Esta possibilidade resulta das previsões que os jogadores possam fazer relativamente ao comportamento do seu oponente. Assim, o “*equilíbrio de Nash*”⁵⁰⁴ corresponde a uma combinação de estratégias em que a cada jogador escolhe a sua própria ação atendendo ao seu próprio interesse mas tendo em consideração a estratégia escolhida pelo outro jogador. Nesse contexto, o resultado do jogo agrada a ambos os jogadores, pelo que nenhum deles tem incentivo para alterar a sua ação. E só há mudança de estratégia de um jogador quando os outros também o fizerem.

Mas a ideia de utilização de estratégia, tal qual um jogador, pode diferenciar-se consoante a dimensão do mercado – quantos mais agentes menor a probabilidade duma estratégia global, com todos os riscos calculados – ou o tipo de atitude de cada agente pode resultar em impactos dissemelhantes⁵⁰⁵. As retaliações pela batota, por exemplo, podem provocar reações diversas consoante o poder de cada agente.

⁵⁰² Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 374 e ss

⁵⁰³ A Teoria dos Jogos foi apresentada por John Von Neumann e Oskar Morgenstern, na obra “*Theory of Games and Economic Behavior*”, de 1944. Os autores pretenderam demonstrar que existem semelhanças entre o comportamento dos jogadores e os agentes económicos, nomeadamente em mercados oligopolistas. A Teoria dos Jogos analisa a forma como dois ou mais jogadores escolhem estratégias que conjuntamente os afetam. Dá contributos para a política, economia ou guerra. Esta teoria tem sido utilizada, particularmente na economia, para além da referida análise do comportamento e interação entre oligopolistas, para analisar as disputas entre sindicatos e entidades patronais, políticas comerciais, acordos internacionais e disputas judiciais. Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “*Economia*”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 195 e ss.

⁵⁰⁴ O *equilíbrio de Nash* é também designado por equilíbrio não cooperativo porque cada parte escolhe a estratégia que é melhor para si própria, não existindo conluio ou cooperação, sem preocupação com o bem-estar dos outros indivíduos ou da sociedade. Paul Samuelson e William Nordhaus, “*Economia*”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 198 e ss.

⁵⁰⁵ Por isso mesmo é que não devemos esquecer a noção de *jogo evolutivo*, pois a alteração e a dinâmica do mercado vai tendo de ser sucessivamente alvo de adaptação dos agentes. Conforme refere Fernando Araújo, “*Observe-se que o que a teoria dos jogos não cooperativos fundamentalmente faz é combinar considerações estratégicas de optimização de respostas e de consistência mútua de crenças e de escolhas – sem perder de vista as limitações que impedem o equilíbrio mesmo entre agentes dotados de grande racionalidade e de elevada motivação, seja em puros exercícios de raciocínio sem interação («one-shot games»), seja em contextos longos de interdependência e aprendizagem – motivos que fazem predominar cada vez mais, na teoria dos jogos, a convicção de que os equilíbrios são fruto de sedimentações de aprendizagem, imitação e evolução – às vezes com a sofisticação suplementar da percepção que tem cada*

Repare-se que os jogos de soma zero não podem perpetuar-se, nem constituem a maioria das interações e trocas reais de mercado. Assim, devem prevalecer os jogos de soma não zero em que as partes podem ser ambas premiadas ou castigadas, simultaneamente. Ou seja, ambas as partes podem ganhar com uma cooperação ou alcançar um equilíbrio de Nash em caso de não cooperação⁵⁰⁶.

Ora, os agentes oligopolistas, com o evoluir do “jogo” acabam por incorporar na sua estratégia a reação ou atitudes dos outros agentes perante a sua ação. Surgem, por isso três formas de incorporação e representação de estratégias:

i) “Concorrência de Cournot”, em que o agente oligopolista parte do princípio de que os seus concorrentes não alteram o seu volume de produção e vendas. Assim, se o oligopolista expandir o seu volume de vendas, os concorrentes reagem com diminuição de preço para recuperar o volume de vendas. Aqui, o interesse de cada agente é a não sobreprodução para que não haja descida de preços, chegando-se assim ao dito equilíbrio de Nash;

ii) “Concorrência de Bertrand”, neste caso o agente oligopolista parte do princípio de que os concorrentes não alteram o preço e por isso, se o agente baixar o seu preço tal vai permitir aumentar o volume de vendas face aos restantes concorrentes que manterão o preço. Aqui, o oligopolista tem de saber jogar com a perfeita substituíbilidade dos bens e com a elasticidade pois a sua estratégia somente resulta se o aumento de produção for mais do que proporcional à descida de preço para obter maior lucro. Mas a descida de preço apenas será compensadora enquanto existir lucro extraordinário, pelo que algures se encontrará o equilíbrio de Nash, ou seja, o ponto até onde cada agente oligopolista está disposto a descer o seu preço.

iii) “Procura quebrada”, aqui o agente oligopolista sabe que os restantes concorrentes não querem descida de preço para não perderem clientes nem quota de mercado e relativamente à subida de preços não reagem. Ora, somente esta análise leva a uma quase automática combinação que dissuade os oligopolistas de alterar os preços que pratica.

Contudo, os comportamentos e ações dos agentes, bem como as reações às estratégias dos concorrentes pode variar, alterar-se ou ser duma racionalidade limitada e nada impede que não haja acordos parciais ou concertações. São, portanto possibilidades como acontece nos jogos.

Voltamos, portanto à ideia de que o oligopolista está, muitas vezes, numa situação idêntica ao dilema do prisioneiro: a escolha da estratégia é decisiva para o resultado. No caso do dilema do prisioneiro, a mesma aplica-se sobretudo a jogos de lance único, em que a estratégia dominante⁵⁰⁷ será a de delator – a estratégia que à partida dará mais garantias individuais – mas cujo equilíbrio de Nash se daria na denúncia recíproca. O ótimo paretiano aconteceria no silêncio. Mas para tal não poderia existir a quebra do acordo, tinha de existir cooperação plena.

Situação diferente e de maior complexidade são os casos de jogos com lances subsequentes em que já existe aprendizagem com os anteriores comportamentos dos concorrentes e consequentes reações.

jogador de que os demais estão também a aprender”. Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 374 e ss

⁵⁰⁶ O exemplo típico do caso dos jogos de soma não zero é um conflito militar, em que todas têm a ganhar com a paz e não manter as hostilidades.

⁵⁰⁷ Entende-se por *estratégia dominante* quando, independentemente da estratégia seguida pelo outro jogador, o jogador tem uma única estratégia que considera a melhor. Paul Samuelson e William Nordhaus, “Economia”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 197 e ss.

A concorrência entre oligopolistas resulta, contudo, em ganhos de bem-estar decorrentes das limitações de preço mas podem ainda levar a um apuramento da tecnologia, aptidão e melhoramento do bem ou serviço. A competição entre oligopolistas pode, inclusivamente, levar a uma tentativa de diferenciação de produto⁵⁰⁸ para que se ganhem margens de mercado ao competidor.

c) Concorrência Monopolística

Edward Chamberlain dedicou totalmente o seu estudo na defesa do sua *“Theory of Monopolistic Competition”*, tendo aperfeiçoado em muitos aspetos o seu modelo. De tal forma que hoje, a concorrência monopolística é, talvez, o mercado mais usual em vários sectores e indústrias⁵⁰⁹.

No caso da concorrência monopolística, o mercado mostra-se imperfeito por sacrificar a fluidez, mais concretamente inexistente homogeneidade de bens. Aliás, neste mercado a diferenciação do bem ou serviço é o que provoca a imperfeição – relativamente ao modelo de concorrência perfeita – não sendo de descurar que, esta diferenciação do produto ou serviço⁵¹⁰ tem, contudo limitações.

Em primeiro lugar, os produtos ou serviços não podem ser de tal forma diferenciados que não satisfaçam a mesma necessidade do consumidor, ou seja, o produto ou serviço não pode ser de tal forma diferente que passe para um outro mercado. Depois, os bens ou serviços podem ser bens sucedâneos imperfeitos, em que o consumidor consiga satisfazer a sua necessidade mas faça a sua distinção⁵¹¹.

Contudo, na concorrência monopolística mantém-se a atomicidade, bem como a liberdade de entrada e saída de agentes no mercado. Por assim ser, a concorrência mantém-se no sentido em que são muitos os agentes que disputam entre si, que disputam o mercado e a clientela. E a entrada de novos agentes no mercado não está dificultada por coligações ou por um poder de mercado. Vejamos de forma mais apurada.

Neste mercado existem vários produtores, tal qual sucede na concorrência perfeita. A existência de vários agentes no mercado faz com que exista uma situação paralela com a atomicidade na oferta que encontramos no modelo de concorrência perfeita. O exemplo paradigmático é o duma cidade com variadíssimos restaurantes. Ora, a necessidade do consumidor é saciar a sua

⁵⁰⁸ Tentando-se, neste caso, para além de sacrificar a atomicidade, efetivar-se uma diferenciação de produto ou serviço por via de alterações que não sejam suficientes para colocar em causa a característica de sucedâneo, sob pena de o custo de inovação não ser compensado pelo volume de negócios ou deixar de se ter um produto que seja do mesmo mercado (teste da elasticidade cruzada).

⁵⁰⁹ Um dos exemplos mais usuais de concorrência monopolística é a indústria dos iogurtes. A transformação deste mercado é patente por qualquer leigo que faça compras num supermercado com alguma dimensão. Hoje existem corredores e corredores de iogurtes de sabores, textura, leveza, teor de gordura, fibras, vitaminas e lactobacilos que antes não eram sequer tidos em consideração numa escolha do consumidor. A tentativa de diferenciação do produto adensou-se, muitas vezes até à quase exaustão do próprio consumidor!

⁵¹⁰ A diferenciação do produto ou serviço pode ser intrínseca, caso haja uma diferenciação notória das características do bem ou serviço, ou extrínseca, caso a diferenciação se faça relativamente a características externas, nomeadamente serviços associados, atendimento, manutenção, etc. Relativamente a estes últimos, geralmente à medida que o preço do bem aumenta maior a valorização deste serviço associado.

⁵¹¹ Conforme refere Fernando Araújo, no que concerne ao ponto de vista do consumidor, são bens ou serviços *“(...) a ponto de servirem, na sua perspetiva, para satisfazer, de modo idêntico mas não inteiramente indiferenciado (...)”*. Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 394 e ss

fome, o que, qualquer restaurante da cidade poderá providenciar. Esta situação é demonstrativa que existe atonicidade no lado dos agentes da oferta: vários agentes estão no mercado em posição de providenciar uma refeição que sacie a necessidade do consumidor. Contudo, como sabemos o produto vendido, o serviço prestado, reputação, qualidade é bem diferente em cada restaurante, mais até do que a diferenciação do preço.

Cada produtor produz e vende produtos ou serviços ligeiramente diferentes de qualquer outro agente produtor do mercado. Já sabemos que esse produto ou serviço é sucedâneo imperfeito: apenas o quão diferente que o torne num “*nicho*” de mercado. E nesse “*nicho*” o agente é monopolista, comporta-se como tal. Sendo certo que com devidas adaptações, até porque neste mercado existe concorrência – quer por via da atonicidade como também pela liberdade de entrada e saída de agentes do mercado.

Na concorrência monopolista, ao contrário do que sucede no monopólio, se o agente tiver lucro, outras empresas vão querer entrar no mercado e produzir ou fornecer bens ou serviços idênticos aos seus. Ora, tal situação vai fazer reduzir a procura do bem ou serviço do agente originário, reduzindo ou esgotando o seu lucro. Mas não só para o agente originário tal sucederá: o lucro nulo passa a ser geral, pelo que aí cessa a entrada de agentes no mercado⁵¹². Este poder de monopólio é, portanto, artificial. Não só porque rapidamente o produto ou serviço pode ser “copiado” e portanto deixa de existir diferenciação, como também a liberdade de entrada e saída do mercado permite circulação de agentes aumentando o número de agentes com novas variedades de produtos ou serviços.

É certo que estamos perante um desperdício de eficiência mas este mercado está vocacionado para reagir aos gostos dos agentes económicos do consumo. De facto, o consumidor gosta da diversidade. Por exemplo, para um não fumador, bastaria a existência duma única marca de cigarros⁵¹³. Contudo, um fumador percebe as nuances de cada produto e consegue, por isso, retirar diferentes utilidades⁵¹⁴ de cada marca.

Assim, na concorrência monopolística o agente pretende guiar o consumidor, desviando-o do racional preço/ quantidade para colocar aqui questões de gostos, variedade, reputação, publicidade ou qualidade, tentando a fidelização de clientela no “*nicho*” de mercado que encontrou para si⁵¹⁵.

Estamos, pois, perante uma situação híbrida, em que existem componentes da concorrência perfeita, tais como a atonicidade, a liberdade de entrada e saída do mercado ou a tendência de

⁵¹² Cfr. João César das Neves, “*Introdução à Economia*”, Verbo, 11ª Edição, 2017, p. 2226 e ss.

⁵¹³ Situação que sucederia em caso de concorrência perfeita.

⁵¹⁴ Repare-se que falamos aqui de utilidade, valor subjetivo do bem, e não apenas da pura satisfação de necessidade. A necessidade do fumador é apenas poder fumar tabaco. A utilidade que retira de cada maço de tabaco de marcas diferentes é que será, necessariamente, díspar.

⁵¹⁵ Desde já se releva aqui o papel da publicidade e das marcas, mormente a reputação das mesmas que assume um papel de extrema importância no valor do bem ou serviço e que tem, por si só, valor comercial. Por exemplo, num trespasse, a marca ou o nome associado ao estabelecimento tem, efetivamente, um valor acrescentado. Na Avenida da Igreja, em Lisboa, existem três churrasqueiras que primam pelo seu produto mais vendido, o frango de churrasco. Contudo, a churrasqueira “Rio de Mel”, pela antiguidade, prestígio e fama do molho, acaba por ter sempre uma fila interminável de clientes. Os dois outros estabelecimentos “vivem” dos desistentes da espera na fila! Aqui, a fama, o nome do estabelecimento, assume um acréscimo de valor que é, por si só, diferenciador. Poderíamos dar exatamente o mesmo exemplo com a famosa geladaria “Conchanata”. A ideia da marca e o peso da mesma é mais uma forma de sinalização do mercado, desta feita sem que seja por via do mecanismo de formação de preços.

eliminação dos lucros extraordinários no longo prazo. Mas existem também elementos característicos do monopólio, uma vez que existe o exclusivo dum produtor em relação ao produto oferecido, a interação com a curva da procura descendente, possibilidade de lucros extraordinários por um determinado espaço de tempo⁵¹⁶.

Analisemos então estes factores que tornam este tipo de mercado tão *suis generis*, com características híbridas.

Através da criação deste “*nicho*” de mercado, o agente produtor pretende criar uma forma de o consumidor ficar menos sensível à sinalização do mercado via mecanismo de preços, passando a incentivar a escolha por via dos gostos, reputação, diferenciação ou publicidade. No fundo, o produtor pretende aumentar a disposição de pagar do consumidor por via desta diferenciação. Em termos práticos, mesmo que a forma seja diferenciada, o resultado prático é idêntico ao do monopólio.

Assim, a curto prazo, o agente pode tentar maximizar o seu lucro tal qual um monopolista: determina a quantidade produzida até nivelar o rendimento marginal e o custo marginal. Mas a longo prazo esta similitude esbate-se com a entrada de novos agentes no mercado até se chegar ao concorrente marginal que já não consegue participar no lucro extraordinário. Ou seja, voltamos à convergência para os lucros normais.

Assim, a entrada de cada novo concorrente vai retirar uma fatia de lucros extraordinários a quem já esteja instalado no mercado, sem que o agente originário possa ter alguma influência – situação que, por si só, é díspar da do monopolista puro, que detém poder de “*price maker*”.

Mas também não estamos num equilíbrio idêntico ao da concorrência perfeita uma vez que os concorrentes podem manter lucros acima do normal ou lucros extraordinários por tempo indeterminado. De facto, “(...) *uma situação de concorrência monopolística produz menos, e a um preço mais elevado, do que uma situação de concorrência perfeita, sendo, pois absolutamente menos eficiente: os produtores em concorrência monopolística não são incentivados a chegarem à sua escala de eficiência, e tendem no curto prazo a suspender a sua produção antes de a atingirem, como se o fazê-lo lhes garantisse os lucros extraordinários de um verdadeiro monopolista – que, como acabámos de constatar, não sucede.*”⁵¹⁷

Ora, como já havíamos referido, em concorrência perfeita, os agentes da produção tendem para a escala mínima de eficiência, sendo que, em concorrência monopolística, os agentes ficam aquém dessa escala eficiente mantendo-se, assim, a imperfeição do mercado⁵¹⁸.

Por outro lado, em concorrência monopolística mantém-se o incentivo ao aumento de vendas, uma vez que o preço tende a estabilizar a longo prazo acima do custo marginal, criando, portanto, um lucro acima do normal. Enquanto que na concorrência perfeita, como já se referiu, existe uma convergência para o lucro zero, no caso da concorrência monopolística mantém-se o incentivo dos agentes que vão querer “roubar clientela” aos outros agentes. E aqui a publicidade pode ter um papel relevante uma vez que cria a barreira da reputação, da qualidade.

⁵¹⁶ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 393 e ss.

⁵¹⁷ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 396 e ss.

⁵¹⁸ Conforme refere Fernando Araújo, o equilíbrio do mercado em concorrência monopolística deixa as empresas concorrentes com um excesso de capacidade instalada que se traduz na possibilidade de baixarem os seus custos médios de produção através do aumento da produção. Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 396 e ss

Aliás, a publicidade, como refere Fernando Araújo, “(...) é um típico subproduto da concorrência monopolística (...)”⁵¹⁹ uma vez que a mesma serve para efetuar a diferenciação do produto perante os consumidores, quer por via de maior informação ou indução de determinadas características, mas é também um meio de promoção e aumento de vendas.

Por um lado, a publicidade cria um custo acrescido ao produtor que não se sabe se será compensado. Contudo, o efeito da publicidade no consumo pode ser bastante amplo, alterando a sinalização do mercado, manipulando o consumo. Mas não devemos apenas diabolizar a publicidade, pois para o consumidor a mesma pode ter efeitos de informação, nomeadamente sobre novos produtos, novos agentes.

Ou seja, a publicidade pode ter um efeito favorável à competitividade e concorrência. E como os produtores têm de ir acompanhando as alterações do mercado e dos produtos, tal pode revelar-se favorável à descida de preços, com aumento de bem-estar.

A influência da publicidade pode ser diferente consoante o tipo de bens que estão em causa, mormente os “*search goods*”, bens que podem ser adequadamente avaliados antes da compra, em que a publicidade tem uma função meramente informativa, e os “*experience goods*” ou “*credence goods*” que são produtos que só podem ser devidamente avaliados depois da compra, consumo ou experimentação. Neste último caso, a publicidade pode ser mais persuasiva ou sugestiva devido à assimetria informativa existente.

Nestes bens em que à partida o consumidor não consegue aferir da sua qualidade, a promoção, por exemplo, da marca, assume relevância. A reputação da marca acaba por relevar relativamente à escolha do produto por parte do consumidor. Repare-se que a reputação nem precisa ser do produto propriamente dito mas antes e tão só uma reputação do produtor⁵²⁰.

Na concorrência monopolística podemos também encontrar fenómenos de concorrência de preços com a introdução no mercado de produtos de “marca branca”, que são mais baratos por serem “imitações” ou produtos com menos características do que o originário. O produtor muitas responde, lá está, com a diferenciação da qualidade do produto focando-se numa concorrência ao nível de qualidade e não de preço.

Ora, sabendo agora que a concorrência monopolística cria imperfeições no mercado, teremos ainda de analisar se essa imperfeição deve ser corrigida face à sensação de maior correspondência com os anseios dos consumidores.

Porque torna-se simples avaliar a perda absoluta de bem-estar no mercado de concorrência monopolística por o preço no mesmo estar acima do equilíbrio, ou seja, existe uma disparidade entre nível de preço e custo marginal. Mas há um incremento de informação, variedade e satisfação do consumidor, mantendo o produtor também um incremento no lucro.

Assim, “(...) a combinação entre as externalidades positivas e negativas associadas à entrada de concorrentes – nomeadamente, o aumento da variedade qualitativa dos produtos disponíveis, por um lado, e a perda de clientela e lucros, por outro, faz com que, na consideração combinada

⁵¹⁹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 396 e ss

⁵²⁰ Um dos exemplos usuais são as cadeias de hotéis. Num país que o consumidor não conheça, o mesmo tem tendência para a marcação dum hotel que seja duma cadeia internacional reconhecida pois sabe que existem *standards* para limpeza, tamanho do quarto e serviços associados que são cumpridos em todos os estabelecimentos dessa cadeia de hotéis. Reduz, pois, o risco associado ao desconhecimento.

do bem-estar da procura e da oferta, seja ambíguo e dificilmente determinável o nível ótimo de competição neste tipo de mercado (...).⁵²¹

De facto, o mercado em concorrência monopolística acaba por ser bastante usual, tendo-se criado também um “sub mercado” associado à publicidade e tentativa de manipulação da opinião do consumidor. Aliás, a ciência económica bem sabe que o consumidor, como naturalmente qualquer ser humano, será influenciado nos gostos e tendências não sendo uma máquina de decisão racional.

De relevar que mesmo a existência de publicidade pode levar a que existam níveis de informação diferentes entre agentes do mercado, o que, por si só, provoca desde logo um desequilíbrio relevante para a tomada de decisão racional. Afinal, caso os agentes não detenham níveis de informação aproximados, coloca-se em causa a vertente da fluidez do mercado, uma vez que falha a transparência no mercado.

Ora, as assimetrias informativas provocam também perdas de eficiência do mercado, sendo muitas vezes utilizadas como motivo de intervenção do Estado.

2.2.2.4 Assimetrias Informativas

O modelo de concorrência perfeita, nas suas características, inclui, como já referimos, a fluidez.

E essa característica inclui a informação plena dos agentes sobre os mercados e produtos ou bens homogêneos, o que levará a uma decisão racional do agente com base meramente no preço⁵²².

Quando, a propósito da concorrência monopolística, nos concentrámos relativamente à ausência de fluidez, estávamos perante situações em que inexistia homogeneidade de bens. A informação estaria disponível e era, até, desejável que circulasse pelos agentes do mercado a baixo custo. Contudo, mesmo a publicidade foi encarada como um custo associado à diferenciação, reputação do bem.

Ora, claro se torna que o pressuposto de informação perfeita, ilimitadamente disponível, universal e gratuita e em que os agentes pudessem confiar a sua decisão económica racional, sem custos, ineficiências ou distorções não passa, portanto, dum pressuposto muito limitativo do modelo de concorrência perfeita. No máximo considerava-se a informação como bem de consumo ou um bem instrumental mas sem nunca se fazer efetiva referência aos custos.

A factualidade é simples: a informação não é gratuita nem disponível ao mesmo nível para os agentes.

A ideia de que a informação detinha importância no mercado e que a mesma não era isenta de valor para os agentes foi sendo desenvolvida para ultrapassar um dos fundamentais princípios de análise económica.

De facto, Friedrich Hayek, em *“Economics and Knowledge”*, de 1936, critica a ideia de que a economia é uma ciência puramente *a priori*. De acordo com Hayek, quando passamos da análise de um único indivíduo para a análise de processos sociais, é preciso adicionar hipóteses sobre

⁵²¹ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 397 e ss

⁵²² Decisão essa que reflete a racionalidade perfeita de base clássica, em que o agente se comporta como o *homo economicus*.

como o conhecimento é adquirido, como os indivíduos formam expectativas e como aprendem com suas experiências – o que não é derivado *a priori* e é passível de falsificação, deturpação ou reputação. Assim, a teoria económica deve ter em conta, para dar como certa a existência dum equilíbrio, que os agentes procuram informação e aprendem com a mesma.

Em 1948, Hayek reúne uma série de textos no livro *“Individualism and Economic Order”*, onde desconstrói a ideia de individualismo como metodologia da análise económica, logo desalicerçando a ideia mecanicista, racional do indivíduo e sua ação. O conhecimento é subjetivo e fracionado, sendo que cada indivíduo apenas possui uma pequena fração de informação sobre o mercado. E o nível quantitativo e qualitativo de informação de cada indivíduo depende de vários factores socioeconómicos do meio em que cada um está inserido.

De relevar ainda que, assim sendo, a informação que cada indivíduo detém faz alterar naturalmente a sua decisão económica e nem sempre a informação de cada agente é idêntica à dos restantes. Logo, a soma das decisões individuais nem sempre é a decisão global dos agentes de mercado mais “racional” uma vez que o nível de quantidade e qualidade de informação dos agentes é distinto.

Em 1961, George Stigler, no seu artigo *“The Economics of Information”*, de 1961, inicia dizendo *“One should hardly have to tell academicians that information is a value resource: knowledge is power.”*⁵²³. E, de facto, o papel da informação é exaltado, incluindo que a mesma altera a decisão económica do agente.

Contudo, Stigler considera a informação como um custo de transação que deve ser integrado e tratado como qualquer outro custo, influenciando os agentes, na sua disposição de vender e disposição de comprar, nos exatos termos de qualquer outro custo.

Nestes termos, Stigler considera que uma vez integrados os custos de transação relacionados com a informação, os resultados comuns da análise económica manter-se-iam inalterados. Ou seja, uma vez internalizados os custos relativos à informação as leis económicas passavam a aplicar-se nos exatos termos.

Ora, o estudo sobre assimetrias informativas e suas consequências, foi encontrando diversos entraves à solução da mera internalização do custo. De facto, os factores associados à informação, recolha, tratamento da mesma e até a perceção de cada indivíduo faz com que o mercado do conhecimento não chegue às características do mercado concorrencial⁵²⁴. Repare-se que uma informação não divulgada até pode ser apropriável mas tem um problema de credibilidade, uma vez que é um *“experience good”*. Por outro lado, uma informação divulgada passa a ter características de bem público ou de recurso comum com um problema de acesso e tendencial gratuidade⁵²⁵.

Um dos problemas associados à diferença de informação entre agentes é o custo envolvido no esforço para obtenção da informação e seu tratamento. E tal custo está associado não apenas

⁵²³ Cfr. George Stigler, *“The Economics of Information”*, publicado no The Journal of Political Economy, Volume LXIX, número 3, junho de 1961, p. 213 e ss.

⁵²⁴ Conforme refere Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 415 e ss, *“O mercado do conhecimento dificilmente poderia, mesmo em abstracto, ter as características dum mercado concorrencial, até pela natureza peculiar que é a informação. Basta pensarmos na configuração algo dilemática que a informação assume em função da respectiva divulgação, de acordo com as já referidas características da inapropriabilidade e da «não -rivalidade no consumo»”*.

⁵²⁵ Ao que acresce o já referido efeito de boleia que ocorre nestas situações.

aos produtores como também aos consumidores para que estes aumentem a probabilidade de assumir uma posição mais confortável no mercado: o melhor produto com o melhor preço.

Mas para que a informação e seu custo seja tratada no mercado, tal deve refletir-se no mecanismo de preços. E essa questão torna-se, ela própria, em mais uma evidência das assimetrias patentes nos mercados.

Os bens e serviços de acordo com a sua natureza e tipo, não são, grande parte das vezes, homogêneos. Ou seja, o facto dos bens ou serviços apresentarem características diversas, qualidade diversa, não seria, por si só, um problema caso a informação se encontrasse simetricamente distribuída pelos agentes da oferta e procura. Contudo, essa não simetria de informação que sucede de facto, vai alterar os padrões de comportamento dos agentes, sem conhecimento prévio das contrapartes e, portanto, alteram-se as consequências ou resultados que seriam probabilisticamente de esperar. Há, portanto um certo grau de incerteza e risco associado à decisão dos agentes quando perante mercados com informação assimétrica.

E o comportamento dos agentes, perante esse risco e incerteza, vai divergir consoante o grau da sua aversão. O agente pode ter completa aversão ao risco e agir de determinada forma e nesse caso a utilidade passa a negativa ou reduzida, pois o risco vai entrar como factor mau. Este tipo de agentes escuda-se em mecanismos externos para minimização de risco, mormente seguros.

No caso de neutralidade em relação ao risco, então a sua existência não releva para o nível de satisfação nem para a utilidade, logo é indiferente.

Grossman e Stiglitz, no artigo *"On the Impossibility of Informationally Efficient Markets."*, publicado na *American Economic Review*, em junho de 1980⁵²⁶, argumentam que, levando em consideração os custos de obtenção de informação e a condição de equilíbrio geral de que as utilidades esperadas dos investidores informados e dos não-informados sejam iguais, os preços praticados não refletem perfeitamente as informações disponíveis. Se refletissem, não haveria motivação para que alguns agentes se informassem pois o lucro a ser obtido no mercado pelo uso das informações adquiridas deve-se precisamente a essa vantagem de informação face aos agentes não informados. Haveria assim um *trade-off* entre os incentivos para adquirir informações e a eficiência com que os mercados as propagam.

Assim, Grossman e Stiglitz sugerem um modelo no qual os preços refletem apenas parcialmente a informação dos agentes informados⁵²⁷. Desse modelo resulta que⁵²⁸:

- a) Quantos mais indivíduos detenham informação, maior a precisão da informação (*informativeness*) que o sistema de preço reflete;

⁵²⁶ No caso sobre os mercados financeiros.

⁵²⁷ Neste artigo, *On the Impossibility of Informationally Efficient Markets."*, publicado na *American Economic Review*, em junho de 1980, os autores referem; *"We are attempting to redefine the Efficient Markets notion, not destroy it. We have shown that when the information is very expensive, or when informed traders get very precise information, then equilibrium exists, and the market price will reveal most of the informed traders information. (...) that such markets are likely to be thin because traders have almost homogeneous beliefs"*. Depois existem crenças que não são completamente arbitráveis e aí há um incentivo à criação dum mercado, mercado esse que tende a "auto" extinguir-se após equilibrarem essas diferenças de informação com a transação da mesma como dum bem se tratasse.

⁵²⁸ Cfr. Dante Mendes Aldrighi, *"Uma avaliação das contribuições de Stiglitz à Teoria dos Mercados Financeiros"*, Revista Brasileira de Economia Política, março de 2006.

- b) Quanto mais indivíduos informados, menor a utilidade esperada do investidor informado em relação à do não informado;
- c) Quanto maior o custo da informação, menor a parcela de equilíbrio dos que são informados no total de investidores;
- d) Se a qualidade da informação do agente informado aumenta, o sistema de preços torna-se mais informativo, deixando indeterminado o sentido da variação na proporção de equilíbrio entre informados e não informados, pois enquanto o valor de ser informado aumenta devido à qualidade da informação, o valor de ser não informado também aumenta porque o sistema de preços torna-se mais informativo;
- e) Quanto menos informativo é o sistema de preços, menor a utilidade esperada dos indivíduos não informados, e maior a proporção de indivíduos informados.

Assim, os autores demonstram que a *informativeness* de equilíbrio do sistema de preços é completamente determinada por três variáveis: i) a qualidade da informação do agente informado, ii) o custo da informação e, iii) o grau de aversão ao risco.

Ora, os preços praticados pelos vendedores são, portanto diferenciados consoante os seus custos e a perspectiva de que será mais ou menos oneroso para os consumidores adquirirem a informação. A fluidez é, pois atingida.

O próprio consumidor apenas vai até ao limite da “busca ótima”, ou seja, só vale a pena ir à procura de preços mais baixos enquanto o benefício marginal esperado dessa busca for superior ao custo marginal da mesma. Se o benefício marginal esperado for já igual ou inferior ao custo marginal, então já não vale a pena procurar mais e será melhor aceitar o menor preço que se tenha encontrado.⁵²⁹

A informação assimétrica pode gerar, tipicamente dois tipos de consequências, a saber a Seleção Adversa e o Risco Moral ou Comportamental.⁵³⁰ Mas existem múltiplas formas e consequências associadas à informação desigual nos mercados.

Estes dois tipos de consequências devido a assimetrias informáticas causam desequilíbrios e efeitos indesejáveis no mercado. Repare-se que a detenção por parte de um agente ou um grupo de agentes de informação relevante no mercado traduz-se em poder de mercado que, por sua vez, leva a um maior risco e incerteza por parte dos consumidores. Ora, estas condições de

⁵²⁹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 416 e ss. A propósito deste custo associado à busca do melhor preço, Fernando Araújo dá o exemplo do agente que pretende comprar o par de sapatos mais barato de Lisboa. Ora, a procura desse bem pode torná-lo no par de sapatos mais dispendioso, uma vez que o custo de oportunidade associado à busca por esse par de sapatos seria incomportável, mormente relativamente ao tempo despendido na busca.

⁵³⁰ Conforme refere Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 197 e ss., “*A maioria da literatura portuguesa, se não mesmo a sua totalidade, fala de risco moral e não de risco comportamental. Supomos que essa tradição deriva de uma tradução literal automática, da expressão utilizada na literatura anglo-saxónica da especialidade e que é moral hazard. Todavia, a indústria seguradora costuma distinguir entre moral hazard e moral hazard. A primeira designação é reservada para casos de conduta imoral ou ilegal pelo cliente, enquanto a segunda expressão designa simples alterações de comportamento ou de atitude. A acepção de moral hazard para a teoria económica é, pois, diferente daquela que tem a indústria seguradora porque não implica necessariamente condutas imorais ou ilegais. Parece-me portanto preferível a expressão risco comportamental*”. Pode, portanto, encontrar-se a designação de Risco moral ou comportamental que, como veremos, se refere a uma assimetria informativa que ocorre numa relação duradoura e onde uma das partes retira vantagem dessa assimetria, não cumprindo ou cumprindo deficientemente as suas obrigações.

informação privilegiadas podem, por isso, conduzir a fenómenos de “*rent seeking*” ou “*herd behavior*”.

Façamos, portanto a análise mais detalhada de cada uma destas consequências⁵³¹, partindo do princípio de que a assimetria de informação cria desequilíbrios no mercado com fundamentos diferenciados.

a) Seleção Adversa

No caso da seleção adversa, estamos perante uma assimetria de informação que privilegia os vendedores, ou seja, quem detém informação qualitativa ou/e quantitativa mais relevante sobre o bem ou serviço é o vendedor, pelo que tal lhe confere, à partida, uma posição desigual em relação ao agente consumidor.

Relativamente à seleção adversa, a mesma privilegia os vendedores, sendo que os consumidores têm de dar “um salto no escuro” pois assumem um contrato mesmo com um nível relativo de ignorância face ao agente da oferta. É, portanto uma questão que relaciona a qualidade e a incerteza, porque face a esta “ignorância” dos agentes consumidores, os mesmos vão tomar a atitude mais cautelosa.

O fenómeno da seleção adversa impende sobretudo sobre situações de “*experience goods*”⁵³², ou seja, bens cuja qualidade somente é possível de comprovar após o seu consumo ou usufruição.

Ora, nestes casos, somente após a aquisição já não é remediável a má compra - é que o agente consumidor poderá comprovar a qualidade do bem ou serviço, sendo que o vendedor terá, porque mais informação tem sobre o produto ou serviço em causa, uma perceção sobre a qualidade muito superior. Face a esta situação de desigualdade, os adquirentes – que neste caso terão o inerente risco, a incerteza associada ao produto ou serviço – os mesmos irão adotar mecanismos de proteção ou atenuação de risco, mormente por via da oferta de preços medianos.

Neste caso, a procura está a impor um preço mais baixo uma vez que não tem segurança sobre a qualidade do produto. Os preços praticados tendem a atrair os agentes que têm níveis de risco mais elevados ou as mercadorias de pior qualidade⁵³³. Ora, assim, os agentes que detiverem os produtos com maior qualidade tendem a sair do mercado.

Foi, aliás, esta a problemática estudada por George Akerlof, no seu artigo “*The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and Market Mechanism*”⁵³⁴, estudo paradigmático relativamente ao fenómeno da Seleção Adversa. O estudo baseia-se no mercado de veículos usados, criando

⁵³¹ O Risco Moral e a Seleção Adversa são geralmente associados à economia dos seguros. De facto, e tal irá ser devidamente mencionado, as seguradoras debatem-se com o problema, quer de risco moral mas também de seleção adversa. Relativamente à seleção adversa, as seguradoras não conhecem o segurado, pelo que têm de encontrar mecanismos de redução de risco. No caso do risco moral, o segurado pode perder incentivo para a prevenção de prejuízos que estejam cobertos pelo seguro.

⁵³² Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 417 e ss

⁵³³ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 198 e ss. Conforme refere este autor, esta situação leva a que possa existir o desaparecimento do mercado desse produto (*missing markets*).

⁵³⁴ Originalmente publicado pela revista *The Quarterly Journal of Economics*, em 1970 mas que dá origem à agraciação com o Prémio Nobel de Economia em 2001.

um modelo de apreciação da assimetria de informação que provoca, no caso concreto, o fenómeno de “expulsão” dos melhores do mercado.

A seleção adversa caracteriza-se, em primeiro lugar por uma assimetria de informação que privilegia o vendedor, por o mesmo deter maior informação sobre o produto. No caso do mercado dos veículos usados, o vendedor, que já usufruiu do veículo e sabe todo o seu historial mecânico, detém mais informação sobre o veículo que pretende vender do que qualquer potencial comprador.

Em consequência, o consumidor, não conhecendo a qualidade dos bens à disposição em determinado mercado, tem um grau de incerteza e risco elevado. Não consegue diferenciar a qualidade dos produtos antes da sua compra, pelo que quando decide comprar não sabe ao certo o que encontrará. No mercado de veículos usados, o adquirente do veículo não sabe se o mesmo tem algum problema mecânico, se foi modificado, se é veículo acidentado ou se foi alvo de má utilização. Somente após alguma utilização, já após a compra – celebração de contrato, portanto – é que o consumidor terá oportunidade de confirmar se o veículo tinha as características que o vendedor lhe transmitiu.

Ora, uma vez que o comprador não tem certeza sobre o produto que está a adquirir, a sua forma de reduzir um pouco o seu risco é oferecendo um preço mediano. O consumidor pode presumir que reparte o risco, ou seja, que nem todos os produtos serão totalmente maus ou completamente perfeitos. Assim, transpondo para o mercado dos veículos usados que Akerlof utilizou, o consumidor pode fazer uma ponderação do risco considerando que o mercado terá bons veículos e maus veículos e para atenuar o seu risco o preço que vai oferecer será um preço médio. Se o fizer, o consumidor vai utilizar o mecanismo dos preços para incorporar parte do seu risco.

Por último, o vendedor, perante a oferta dum preço mediano por parte dos consumidores, terá uma satisfação da disposição de vender em caso de ter um bem de pior qualidade, pois o preço mediano cobre o valor do bem. Contudo, caso o vendedor tiver um produto de boa qualidade, o preço mediano oferecido pelo consumidor não cobre a disposição de vender. Assim, o agente da oferta que tiver o produto de boa qualidade ou aguarda pela subida de preço ou prefere não transacionar o produto. O caso dos veículos automóveis é paradigmático nesta vertente. Pois é bom de perceber que o vendedor que tem o veículo que foi estimado, mecanicamente impecável e cuidado sabe que o seu produto é de boa qualidade – melhor do que a média dos veículos usados do mercado – e portanto não estará disponível para vender por um preço muito inferior.

É nesta última vertente que se reflete a ideia de Akerlof de que a seleção adversa pode expulsar do mercado os bons agentes, os que detêm o melhor produto ou serviço⁵³⁵. O mercado passa a ficar apenas com os bens de menor qualidade – porque os agentes da oferta ainda estão disponíveis para vender – até o preço não ser sequer benéfico para os vendedores, levando à saída progressiva de agentes até ao possível desaparecimento do mesmo.

⁵³⁵ Cfr. George A. Akerlof, *“The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and Market Mechanism”*, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3, 1970, p. 489 e ss.

O autor chega até a fazer uma comparação com a Lei de Gresham⁵³⁶, pois o mau produto acaba por expulsar o bom produto. Contudo, na Lei de Gresham, os agentes do mercado, perante a existência de produtos heterogêneos, conseguiriam fazer a escolha por distinguir o bom do mau produto. Mas no caso da seleção adversa, muito embora suceda, a final, o mesmo efeito da Lei de Gresham, tal deve-se não à escolha dos agentes mas por ausência de informação sobre o mesmo⁵³⁷.

Para além do mercado dos veículos usados, a seleção adversa é ainda vulgar no mercado dos seguros e também no próprio mercado laboral.

No caso do mercado das seguradoras, a seleção adversa surge porque a seguradora não tem capacidade de adequar a sua relação contratual ao risco de cada segurado. Ou seja, a seguradora não detém informação total sobre o segurado antes da celebração do contrato, pelo que tem de encontrar formas de redução do seu risco. Por isso, cobra prémios de seguro uniformes de forma a dispersar o seu risco pelos segurados com maior e menor risco⁵³⁸. Com tal ação, os segurados que sabem ter menor risco acabam por considerar desvantajoso o valor do prémio mediano, sendo atraídos para este mercado os segurados de alto risco.

Mais uma vez, verifica-se aqui a “fuga” dos bons em detrimento dos maus. E quantos mais “maus” segurados existirem menor é a dispersão do risco da seguradora que passa a ter um universo cada vez maior de segurados de alto risco ao invés duma proporção razoável entre “bons e maus” segurados. Tal leva a que os preços dos prémios voltem a aumentar porque o risco das seguradoras aumenta também, expulsando mais um *tier* de segurados com menor risco⁵³⁹.

O caso do mercado laboral também é idêntico. O empregador – que neste mercado é o agente da procura – não terá toda a informação sobre as capacidades exatas do trabalhador – que, neste caso será o agente da oferta. Repare-se que mesmo com vasto *Curriculum* demonstrativo em determinada área, nada garante ao empregador que o trabalhador manterá as

⁵³⁶ A Lei de Gresham, atribuída a um conselheiro financeiro da Rainha Isabel I de Inglaterra, Sir Thomas Gresham, associada à moeda. A Lei de Gresham aplica-se a mercados onde existem várias espécies de moedas, sendo que a regra seria a que “a má moeda tende a expulsar a boa moeda do mercado”. O fenómeno associado à existência de diversas moedas no mercado levaria a que a boa moeda não fosse transacionada mas antes retida pelos agentes. A Lei de Gresham foi utilizada em diversos contextos, sempre que estamos perante mercados com produtos heterogêneos.

⁵³⁷ No Lei de Gresham, a má moeda expulsava a boa moeda do mercado porque os agentes sabiam distinguir qual era a boa e má moeda. No caso do mercado dos veículos usados – modelo estudado por Akerlof – os agentes da oferta dos melhores veículos apenas saem do mercado porque o consumidor, não conseguindo distinguir o bom do mau produto, oferece um preço mediano. Ou seja, a expulsão do bom produto decorre da assimetria de informação, da ausência de meios para distinção dos produtos do mercado.

⁵³⁸ Esta solução é muito semelhante ao preço médio utilizado no mercado dos “lemons”, sendo que aqui são as seguradoras que oferecem um serviço mediano, uniforme, por não conhecerem as características dos consumidores.

⁵³⁹ O “mercado” dos seguros de saúde é também exemplo deste tipo de problema de seleção adversa, em que existem muitas precauções por parte das seguradoras relativamente ao risco que têm face à probabilidade de determinado segurado ter de ser sujeito a tratamentos médicos dispendiosos. A dispersão do risco, nestes casos, faz-se de forma diferente. Muitas vezes existem diferenças do valor dos prémios consoante a idade do segurado, as patologias crónicas, etc. Bem como as seguradoras se reservam ao direito de determinados exames ou tratamentos terem de ser previamente autorizados e sob escrutínio de determinados parâmetros.

características exaltadas no seu percurso anterior ou se as mesmas servirão os intuitos dum novo ambiente de trabalho. Mais uma vez existe, pois, uma situação de seleção adversa.

A principal forma de fugir à seleção adversa é a *sinalização*, ou seja, a transmissão da informação que falta aos agentes, devendo essa informação ser credível e gratuita. Contudo, estes dois “requisitos” da sinalização não são, como já sabemos, fáceis de alcançar, mormente porque a gratuitidade não é fácil de se atingir uma vez que a busca de informação acarreta, pelo menos, um custo associado ao tempo gasto – custo de oportunidade⁵⁴⁰.

Outra distorção que acontece na seleção adversa é a *sinalização através dos preços* passando-se a mensagem de que se o preço praticado for superior a qualidade do produto será melhor. Ora, tal situação inviabiliza por completo o funcionamento do mecanismo de preços que depende da quantidade de produto⁵⁴¹. Para além disso, ainda existe aqui associado o “custo da desonestidade”, ou seja, os que têm maus produtos podem sinalizar os mesmos como sendo “superiores” caso aumentem o preço. Ou seja, existir aqui um *bluff* mantendo-se a diferenciação informativa.

O risco de, por via destas assimetrias informativas, o mercado estar desequilibrado ou desaparecer, leva muitas vezes à necessidade de intervenção do Estado com vista à tentativa de equilibrar a assimetria de informação.

b) Risco Moral

Enquanto que no caso da seleção adversa temos uma assimetria informativa que precede a relação contratual e que atinge sobretudo os “*experience goods*”, o risco moral tende a emergir durante uma relação contratual duradoura, tendo uma das partes mais informação do que a outra.

A caracterização do risco moral assenta em várias vertentes. Por um lado há uma relação contratual duradoura que já se iniciou, pelo que foram estabelecidas tarefas, exigidos comportamentos com determinadas características.

Existe uma assimetria de informação porque, conhecendo as tarefas e sabendo que a monitorização ou fiscalização do seu comportamento tem um custo demasiado elevado, um dos agentes usufrui dessa vantagem informativa e deixa de realizar ou realiza deficientemente as suas tarefas. Estamos perante uma motivação para não cumprimento, ou seja, “*o batoteiro racional*”, aquele que sabe que está a fazer batota no cumprimento do contrato mas fá-lo de forma consciente e sabendo que retira, daí, uma vantagem individual.

O exemplo paradigmático é a relação laboral. A relação contratual já existe, é duradoura mas o custo de total monitorização ou fiscalização do trabalhador supera muitas vezes o benefício que daí advém, assim, o trabalhador aproveitando essa posição desfavorável do empregador pode, racionalmente, optar por um cumprimento defeituoso.

Como já referimos, o risco moral é muitas vezes associado ao mercado das seguradoras. De facto, o indivíduo que contrata um seguro pode perder o incentivo ao cuidado ou diligência, sentindo-se impelido a comportamentos que terão como consequência o próprio risco

⁵⁴⁰ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 419 e ss

⁵⁴¹ O efeito aqui inviabilizaria a concorrência, uma vez que inviabilizaria a correlação negativa entre quantidade procurada e variação de preço. Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 420 e ss

segurado. Existe, portanto, *risco comportamental*⁵⁴² sempre que alguém age contrariamente aos princípios a que se vinculou contratualmente com outrem.⁵⁴³

O caso do seguro automóvel, por exemplo, é paradigmático desse comportamento. O indivíduo que contrata um seguro automóvel pode tender a ter menos cuidados. Por outro lado, também a seguradora, em caso de acidente, pode socorrer-se de maior vantagem informativa e subverter ou reequilibrar o equilíbrio contratual. Neste caso estaremos perante um “*duplo risco moral*”⁵⁴⁴.

O remédio para atenuar o risco moral será na prevenção, ou seja, prevendo contratualmente os danos e contratualizando consequências para a quebra desses deveres. Contudo, mesmo o acionamento de mecanismos contratuais relativos a danos provocados pelo risco moral é moroso, oneroso e grande parte das vezes de difícil comprovação.

Por isso mesmo as seguradoras, por exemplo, recorrem muitas vezes à *securitização*, no sentido de dispersar o seu risco, mormente constituindo reservas ou transferindo o risco para o próprio mercado de capitais.

O risco moral pode ainda ser combatido com a *reputação*, sendo certo que a construção duma reputação requer custos de aquisição e sedimentação, bem como pode volver-se em seleção adversa. Não é, portanto, uma solução consensual.

Face à dificuldade de mecanismos de mercado na correção da assimetria de informação, mais uma vez o Estado parece compelido a atuar. Por exemplo, por via de legislação que preveja mecanismos de fiscalização ou incentivo ao cumprimento⁵⁴⁵.

2.3. Intervenção pública na Economia por razões de justiça social

A intervenção do Estado na Economia está, em grande parte, justificada pelos fracassos do mercado que geram ineficiências. Contudo, os fracassos do mercado, para além duma análise face aos modelos de concorrência perfeita e mecanismos eficientes do mercado concorrencial, podem ainda ser avaliados de acordo com as concepções de justiça vigentes na sociedade a dado momento.

Isto porque o decisor público encontra-se, em grande medida, no limbo entre a eficiência e a justiça das suas ações. Desde que o Estado passou a constituir-se como instituição, deixando de conectar-se exclusivamente com o Monarca, Rei onipotente, a ideia de Estado passa a integrar motivações sociais, de serviço aos interesses dos indivíduos.

E para prosseguir, a cada contexto histórico-temporal, os seus fins, as escolhas do decisor público devem atender aos vários princípios vigentes. Em termos simples, a decisão pública económica convive com o *big trade-off*, com a ponderação entre justiça e eficiência.

⁵⁴² Recorde-se que existe doutrina que prefere a utilização da expressão risco comportamental por ser mais abrangente.

⁵⁴³ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 199 e ss

⁵⁴⁴ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 310 e ss

⁵⁴⁵ Por exemplo, ser possível pagar parte do vencimento de acordo com objetivos estipulados previamente e que sejam atingidos pelo trabalhador.

Ora, é por isso mesmo que os resultados decorrentes do jogo de mercado podem, para determinados padrões sociais e de justiça, não ser satisfatórios para determinada sociedade ou mercado. É aqui que o Estado pode intervir, na tentativa de correção dos resultados deste mercado.

Esta intervenção do Estado é uma distribuição de bens e serviços de acordo com princípios de justiça que estejam vigentes. Sendo, contudo, fundamental discernir a razão para que essa distribuição seja diferente da que resulta da normal interação dos agentes de mercado. Só assim conseguiremos, *a posteriori*, entender a fundamentação e função da própria intervenção do Estado.

Mas que não se confunda aquilo que é a distribuição resultante do jogo de mercado, ou distribuição inicial, do que é a distribuição secundária, ou a correção desse resultado. Erradamente utiliza-se a expressão distribuição, repartição e redistribuição de forma indiferenciada. Contudo, a distinção assume relevância não apenas por motivos de exposição mas também de clareza. E somente após a percepção do que trata cada tipo de distribuição será possível interpretar o fundamento, o motivo do insucesso do funcionamento de mercado aos olhos do decisor público, insucesso esse encontrado sob a lupa do conceito de Estado Social, de Bem-estar e Justiça.

Conforme já referimos, seguindo neste ponto Nazaré Costa Cabral⁵⁴⁶, há que fazer a distinção entre distribuição primária, que consiste na distribuição inicial baseada em factores como herança capacidades naturais, educação e a própria estrutura do mercado, da distribuição secundária, que se baseia na correção da distribuição inicial.

A distribuição inicial ou repartição, é essencialmente feita no mercado. Quem tem factores de produção – factores naturais ou terra, força de trabalho, capital⁵⁴⁷ e factor empresarial⁵⁴⁸ – coloca-os no processo produtivo e com isso obtém a remuneração correspondente.

Assim, o mercado remunera, atendendo aos seus padrões de funcionamento e mecanismo de preços, os factores de produção de acordo com uma certa justiça relativa, ou seja, o valor da remuneração corresponde à contribuição de cada factor.

Ao fluxo real de mercado, decorrente das trocas no mercado, corresponde um circuito monetário que remunera essas trocas. Ou seja, no caso do mercado dos factores, a cada factor corresponde uma remuneração: os factores naturais são remunerados pela renda; o capital é remunerado pelo juro; o trabalho é remunerado pelo salário; e o factor empresaria prossegue o lucro.

No mercado dos factores, a lógica da remuneração tem em conta a dita justiça relativa, ou seja, num exemplo simples, numa situação de funções iguais, quem trabalha mais horas recebe mais salário. Há portanto uma ideia de distribuição consoante a contribuição, com uma certa justiça

⁵⁴⁶ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas”, AAFDL, 2002, p. 7 e ss.

⁵⁴⁷ Entenda-se aqui capital na aceção ampla, ou seja, enquanto conjunto de bens instrumentais que, não satisfazendo diretamente a necessidade, são necessários ao processo produtivo quando combinados com factores naturais e trabalho. Não é apenas a disponibilidade monetária – capital monetário – mas também em termos de capital real (instrumentos, infraestruturas, maquinarias, instalações, etc.).

⁵⁴⁸ Tradicionalmente, os factores de produção são três: Terra, Capital e Trabalho. Contudo, é hoje comum acrescentar-se o factor empresarial que corresponde ao núcleo onde se organizam os factores de produção, de forma a conjugarem-se num processo produtivo que visa a obtenção de ganhos.

inicial: se a contribuição do factor é maior, então a remuneração será correspondente. Há uma ideia de sinalagmacidade, uma equivalência relativa, entre a prestação do factor e a sua remuneração⁵⁴⁹.

A participação no processo produtivo por parte dos factores e a sua remuneração acontece dentro das regras do mercado concorrencial, pelo que não é displicente aqui recordar que o mesmo se dirige para o preço equilíbrio, decorrente do funcionamento das forças de mercado, da lei da oferta e da procura. A distribuição que decorre deste jogo de mercado já traz consigo unicamente o resultado do funcionamento do mercado concorrencial. É um resultado decorrente da mecânica do mercado, do seu funcionamento, sem que se considerem questões de regulação, justiça ou correção.

Este resultado da distribuição inicial, que acontece na decorrência do jogo de mercado dos factores, é a repartição. Esta Repartição pode, *a posteriori*, ser avaliada à luz de concepções de justiça, de políticas sociais, do rumo ideológico que cada comunidade decide tomar. Dessa avaliação resultarão possíveis retificações, sendo feita uma distribuição secundária, ou seja uma redistribuição.

A redistribuição já é influenciada não pelo jogo de mercado mas pelos ideais de cada momento, de cada sociedade, de cada comunidade. É influenciada pelos fins que cada sociedade se propõe alcançar, pelos princípios vigentes.

À ideia de redistribuição associa-se inevitavelmente o conceito de justiça, conceito esse que varia obviamente ao sabor das ideologias e contextos socioeconómicos.

O percurso que se pretende ora efetuar, cumprindo o desígnio do presente capítulo, é o de encontrar os problemas que fundamentam posteriormente uma intervenção do Estado no mecanicismo do mercado. Depois de termos explanado os problemas decorrentes dos fracassos do mercado que provocam ineficiências, quebrando o ciclo perfeito do mecanismo concorrencial, analisamos agora os fracassos do mercado da perspetiva do ideário de justiça.

Ora, à justiça (re) distributiva importa sobretudo a distribuição da riqueza entre indivíduos, entre famílias. A distribuição entre factores produtivos é uma distribuição conexa com a eficiência dos factores, que não se compadece com critérios de justiça⁵⁵⁰.

A intervenção do Estado é, predominantemente na esfera da redistribuição, com mecanismos de intervenção direta ou indireta, subsidiando os “desafortunados” que não vingaram no mercado ou criando mecanismos tributários de redistribuição da riqueza. São, aliás, os sistemas fiscais, o exemplo maior das políticas redistributivas de riqueza vigentes a cada momento. O mecanismo tributário, gozando de obrigatoriedade, amplitude geral e coercibilidade, é o instrumento correntemente utilizado pelo poder público para executar – ou pelo menos aparentar executar! – desígnios de combate à pobreza, às desigualdades e inclusão social.

⁵⁴⁹ No exemplo do trabalho, a equivalência será entre a prestação efetiva do trabalho – bem, serviço – e o preço pago – no caso salário.

⁵⁵⁰ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas”, AAFDL, 2002, p. 10 e ss.

Contudo, o Estado pode imiscuir-se na distribuição inicial, mormente no que respeita à remuneração dos factores impondo preços mínimos⁵⁵¹ e com isso influenciar de sobremaneira o mecanismo de preços⁵⁵².

Façamos uma análise mais pormenorizada da repartição para depois partirmos para a análise da sua correção no âmbito da redistribuição.

2.3.1 A Repartição

Conforme referimos, a repartição é o resultado distributivo do mercado dos factores. Assim, o indivíduo participa no processo produtivo, dá o seu contributo com os factores de produção e será ressarcido por essa participação. Conforme refere Fernando Araújo⁵⁵³, *“De uma forma ou de outra, toda a riqueza que chega às mãos dos indivíduos – o seu rendimento individual – há-de ser, num âmbito social, o preciso equivalente do valor da contribuição de cada um para a criação da riqueza total através do processo produtivo, tal como esse equivalente pode ser aferido e «filtrado» por um critério comum de justiça ou uma regra geral de jogo; e daí que excluir alguém desse processo produtivo equivalha a condená-lo à pobreza, a vedar-lhe o acesso à repartição de riqueza nova, ou seja, à repartição do rendimento”*.

A riqueza é, a princípio, distribuída via mercado: quem fornece ao mercado factores de produção é remunerado por isso nos termos e com as condições do mercado. Mas quem não entra, sequer, nesse mercado ou nele se encontra em situação mais fragilizada vê-se afastado de ter acesso a riqueza.

Ora, os problemas em redor da repartição assumem diversas fontes. A remuneração deverá ser equivalente à contribuição prestada, contudo essa equivalência, não sendo aferida de forma objetiva, pode distorcer o resultado. O mercado deve dar a cada um a remuneração do contributo prestado mas a perspectiva de equivalência não é igual para os agentes: a avaliação comparativa, subjetiva sobre o valor – no fundo, a utilidade – do contributo não é idêntica.

Por outro lado, no processo produtivo inexistente limitação máxima à captura da riqueza produzida, bem como inexistente limitação mínima. Por isso mesmo, muitas vezes a intervenção do Estado aparece como regulador dum mínimo de dignidade, por exemplo, relacionado com o trabalho. Uma das funções do salário mínimo será a dignificação do trabalho prestado, um reconhecimento mínimo do mercado do valor daquele factor, impedindo por exemplo exploração ou escravidão. Mas esse salário mínimo tem de ser imposto pois o mercado não impõe qualquer limite⁵⁵⁴.

O mecanismo de mercado não se compadece com critérios de justiça, igualdade ou solidariedade. As forças de mercado agem de acordo com determinadas regras e automatismos

⁵⁵¹ O caso paradigmático é a fixação administrativa anual de um salário mínimo, política que é adotada praticamente por grande parte dos Estados Democráticos. Contudo, a fixação de salários mínimos desajustados ao preço equilíbrio de mercado, pode provocar a vigência de salários “artificialmente” altos, desequilibrando as forças de mercado e/ou criando mercados paralelos (os chamados “mercados negros”), onde se praticam preços abaixo do salário mínimo.

⁵⁵² Influência essa que abrange ainda a própria sinalização decorrente do nível de preços praticados.

⁵⁵³ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 443 e ss.

⁵⁵⁴ Se pensarmos no modelo de concorrência perfeita, o preço poderia descer até ao limite de não existirem agentes no mercado.

do próprio mercado concorrencial, logo não estão atentas a considerações sociais. Contudo, tal não obsta a que exista a consciência de que os resultados da repartição do mercado não se compaginam com critérios de justiça, igualdade e solidariedade, levando mais uma vez a que o Estado possa impor determinados padrões ao mercado que, embora desvirtuem o seu mecanicismo, cumprem desígnios – ou pelo menos tentam cumprir! – de justiça. Mesmo que, com esse reajuste se criem ou novos desequilíbrios ou, se mantenham diferentes avaliações da participação individual no processo produtivo⁵⁵⁵.

Recordemos, contudo, que uma perfeita igualdade de preços – no caso do mercado de factores, uma igualdade de remunerações – desvirtuaria também a sinalização via preço. Para além de que a escassez e a abundância não seriam também sinalizadas, bem como se desincentivaria o investimento em capital humano, ou a especialização ou qualquer diferenciação do factor de produção. Ora, mesmo num mercado de concorrência perfeita, o preço é o mecanismo diferenciador, logo a igualdade de remunerações não seria, sequer, condicente com o normal funcionamento do mercado.

As desigualdades na repartição surgem por si só: o mercado remunera os factores de acordo com as suas próprias regras de funcionamento. No tratamento dessas desigualdades já se trata dum assunto de justiça, de aceção subjetiva, ao qual a economia nem sempre gosta de se associar. A “justiça económica” foge da objetividade a que a ciência económica se amarra.

O produtor vende os bens produzidos e recebe o respetivo preço, estando assim em condições de repartir o valor da produção com aqueles que para ela contribuíram. Isto é, em termos simples, a repartição⁵⁵⁶.

Cronologicamente nem sempre a repartição se dá pós recebimento do preço uma vez que o empresário pode recorrer a crédito e antecipar a remuneração. E, como já referimos, essa remuneração é efetuada nos termos e no âmbito do mercado.

As questões sobre a repartição podem ser vistas sob uma ótica contratualista – mais clássica – e sobre a ótica institucionalista⁵⁵⁷. O paradigma clássico, apurado depois pelos neoclássicos, assenta na conceção contratualista ou voluntária, em que os bens económicos se repartem nos termos de acordos que são tácita ou expressamente estabelecidos entre sujeitos económico. Esses acordos refletem a fatalidade inelutável do mercado. O que leva à repartição são as preferências individuais expressas no esforço que é trazido para o processo produtivo, sendo essas preferências exercidas de acordo com uma racionalidade procedimental perfeita. Nesta perspetiva, cada factor será inevitavelmente remunerado de acordo com empenho/participação no processo produtivo. E nada mais

Noutra perspetiva, mais contemporânea, os institucionalistas e neoinstitucionalistas reconhecem que o funcionamento de mercado e o próprio contratualismo têm influência na repartição mas não é a única. O contexto institucional pode influenciar de sobremaneira não só a repartição mas também a distribuição. Como contexto institucional podemos considerar

⁵⁵⁵ O critério de avaliação da participação de cada factor produtivo no processo de produção é um critério de valor subjetivo, sendo a avaliação da oferta necessariamente diferente do da procura. A objetivação desse critério pode ser dada pelo mercado quando se chega a um preço equilíbrio mas tal não passa duma aceitação genérica dos agentes, podendo a avaliação individual manter-se “desigual” por subjetiva.

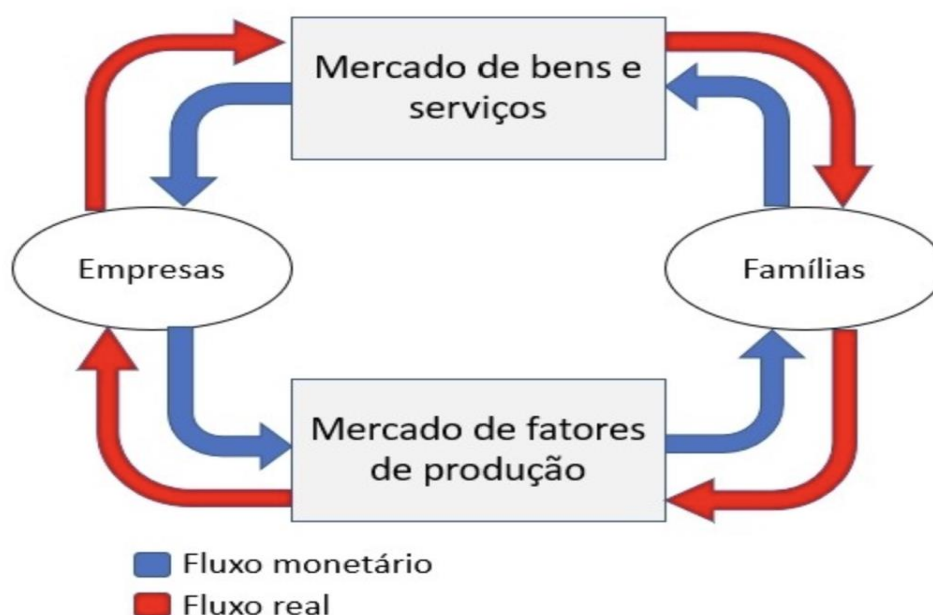
⁵⁵⁶ Cfr. Soares Martinez, in *“Economia Política”*, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 710 e ss.

⁵⁵⁷ Cfr. Soares Martinez, in *“Economia Política”*, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 710 e ss.

imposições de justiça, hábitos, considerações de bem-estar, etc. São aspetos que não dependem da vontade ou da racionalidade perfeita dos agentes do mercado.

Para compreender a repartição, enquanto resultado da distribuição efetuada no mercado dos factores, temos de retomar a ideia do funcionamento dos mercados. Há que recordar e compreender o fluxo circular de riqueza, o funcionamento do mercado dos factores e como é que o rendimento chega às famílias.

Podemos esquematicamente apresentar o fluxo de riqueza desta forma:



Seguindo o fluxo real, as empresas procuram no mercado de factores os mesmos para que possam utilizá-los no processo produtivo e oferecer o produto final no mercado de produtos (bens e serviços). Por seu lado, as famílias, os indivíduos, oferecem ao mercado de factores a Terra, o capital ou o trabalho, sendo consumidores (procura) no mercado dos produtos.

Ora, o (contra) fluxo monetário corresponde ao movimento circular de pagamentos. Já sabemos que no mercado de bens e serviços, quem procura determinado produto paga o seu preço a quem o oferece nesse mercado.

No caso do mercado de factores, a quem oferece os seus contributos ao mercado é dada a correspondente remuneração pela procura dos mesmos. A repartição de riqueza é aqui desenvolvida, é aqui que se dá a distribuição de riqueza correspondente ao ressarcimento do contributo de cada factor no desenvolvimento do processo produtivo.

Aplicando-se a teoria neoclássica, aos factores de produção pode aplicar-se a lógica das Leis da oferta e da procura, leis essas subjacentes à formação de preços no mercado. A procura, representada pelas empresas, vai ao mercado dos factores à procura dos *inputs* produtivos, dos *inputs* para o processo de produção. Por seu lado, as famílias representam a oferta no mercado, dando *outputs*.

A classificação tradicional dos factores de produção⁵⁵⁸ inclui Terra, Trabalho e Capital. A remuneração feita no mercado dos factores a cada um será, na mesma ordenação, Renda, Salário e Juro.

Já aqui referimos que é comum juntar-se um quarto factor, que é o factor empresarial⁵⁵⁹ cuja remuneração será o Lucro. Este factor empresarial, recorde-se, surge associado à ideia de núcleo onde se organizam os factores de produção, correspondendo ao processo produtivo conducente ao produto final. É, no fundo, o local onde os factores de produção se associam.

E empresa prossegue o lucro e essa é a remuneração pelo esforço e risco que o empresário corre associado à atividade produtiva, representando também a repartição, uma distribuição de riqueza no mercado dos factores.

Antes de prosseguir com uma análise mais detalhada dos factores de produção e posteriormente sua remuneração, convém reter o seguinte:

A procura dos factores de produção é diferente da procura no mercado dos produtos. No mercado dos produtos, a procura é direta. No caso do mercado dos factores, a procura é derivada, o que significa que os factores de produção não são procurados por si mesmos mas atendendo a um fim. Os factores são adquiridos e funcionalizados à participação da empresa, ou seja, os meios de produção são instrumentais na produção de bens.

Ora, assim sendo, claro se torna que a procura derivada depende da quantidade procurada de bens “finais”.

Posto esta introdução passemos pois à análise de cada factor de produção, sua remuneração e principais aspetos a relevar face à temática da repartição.

i) Capital e Juro

O termo *capital* é utilizado em diversos sentidos, sendo o conceito mais usual ligado à ideia de disponibilidade monetária⁵⁶⁰. Contudo, esta é apenas uma das vertentes, sendo que o Capital também pode ser real. A maior diferença do capital relativamente aos restantes factores é que é um *factor derivado*.

Conforme Fernando Araújo refere⁵⁶¹, “O capital é o conjunto de bens que foram produzidos com vista a auxiliarem a produção de outros bens – ou seja, o conjunto de bens instrumentais (estruturas, máquinas, ferramentas) que coadjuvam o esforço laboral, potenciando-o.” Ou seja, o capital não satisfaz diretamente a necessidade mas é necessário ao processo produtivo, sendo

⁵⁵⁸ Decorrente da obra de Jean-Baptist Say que, quando formula a sua Lei dos Mercado, depara-te com a necessidade de fazer uma classificação dos factores e sua remuneração. Assim, a Terra seria remunerada pela Renda, o Capital pelo Juro e o Trabalho pelo Salário.

⁵⁵⁹ A ideia foi desenvolvida por Alfred Marshall que designou este factor por *organização*, tendo ainda muitas dúvidas sobre a sua verdadeira autonomização dos restantes factores. Mas é no âmbito da teoria da empresa que surge com maior consistência a ideia dum quarto factor de produção associado ao processo produtivo, onde os restantes factores podem ser associados e organizados, protagonizando o produto final.

⁵⁶⁰ Cfr. Soares Martinez, in “*Economia Política*”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 453 e ss. A noção jurídica de capital não coincide com a noção económica de capital. Em sentido económico, capital abrange a ideia de capital monetário e capital real, enquanto conjunto de bens instrumentais.

⁵⁶¹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 463 e ss.

essencial a sua conjugação com os restantes factores naturais e trabalho para que se obtenha determinado resultado.

Se pensarmos nas infraestruturas, típico exemplo de capital, sabemos que uma estrada ou uma ferrovia não permite satisfazer a necessidade, neste caso, de entrega de determinado bem. Mas encurta tempo e distância entre produtores e consumidores, pelo que provoca uma mais-valia económica.

O Capital, ao contrário dos factores naturais e do trabalho, é um factor produtivo que tem de ser criado. Enquanto que os factores naturais existem por si só, são decorrentes da existência da própria natureza, e o trabalho é inerente à existência de indivíduos, para se formar capital tem de existir uma atividade humana orientada para nesse sentido.

O Capital resulta primeiro dum *aforro* ou *poupança*, seguido dum *investimento*⁵⁶².

A poupança consiste na renúncia ao consumo imediato de bens disponíveis, traduzindo-se no sacrifício da satisfação duma necessidade presente em troca da satisfação de uma necessidade futura⁵⁶³.

A poupança pode visar: i) *consumo diferido*, quando se poupa para consumir posteriormente; ii) *entesouramento*, quando o indivíduo, por precaução, reserva determinado valor; iii) *investimento*, quando entre as necessidades sacrificadas e as necessidades a satisfazer se situam um ou mais atos de produção realizados pela utilização da reserva então estamos perante bens instrumentais ou capital. O investimento consiste sempre na criação de capital⁵⁶⁴.

Um exemplo que é muitas vezes referido, incluindo no Manual de Economia Política do Professor Soares Martinez, é o de um naufrago que, vivendo numa ilha sozinho, necessitava água potável. Contudo, o melhor local de acantonamento ficava bastante longe da nascente de água potável. Para facilitar a sua vivência, decide construir uma conduta que lhe permitisse canalizar a água da nascente até um local mais perto do seu abrigo. Para se efetivar a construção dessa conduta, teve de acumular comida em excesso que lhe permitisse constituir reservas para se dedicar alguns dias à construção da conduta.

Ora, neste exemplo, temos as fases de criação do Capital: i) poupança, que foi o esforço na acumulação de bens suficientes para disponibilizar tempo e ter condições para a feitura da conduta; ii) investimento na elaboração do plano e construção da conduta. A final, a própria conduta equivale ao Capital, foi o capital criado.

A procura e oferta de Capital têm algumas especificidades, até porque, como já referimos o capital, sendo um bem instrumental depende sempre da utilização em conjunto com outros factores.

Relativamente à procura de Capital, a mesma é feita pelo empresário, ou seja, é a empresa que pretende adquirir Capital para utilizar na sua atividade produtiva.

Ora, atendendo aos interesses do empresário, a procura de Capital dependerá do horizonte temporal: no curto prazo o empresário deve ponderar o custo de investimento direto *versus*

⁵⁶² Cfr. Soares Martinez, in “Economia Política”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 459 e ss.

⁵⁶³ Não se trata propriamente duma troca mas antes duma escolha: ao poupar-se escolhe-se satisfazer uma necessidade futura.

⁵⁶⁴ Cfr. Soares Martinez, in “Economia Política”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 459 e ss.

retorno imediato atendendo à incerteza do mercado; no longo prazo, o empresário já pode atender ao rendimento decorrente da aquisição do Capital atendendo à sua vida útil.

Num horizonte de curto prazo, a opção do empresário deverá ser a locação⁵⁶⁵, terá maior propensão para controlo do risco, até porque no curto prazo, a necessidade de Capital poderá ser meramente temporária devido a alguma flutuação de mercado.

No caso da locação, a empresa opta pela mesma até a remuneração da locação igualar ou exceder o rendimento marginal que se espera do respetivo emprego. Ou seja, a locação de Capital apenas será uma opção racional para o empresário enquanto o rendimento marginal gerado pela utilização desse Capital for superior ao custo da sua fruição.

Ao fazer uma locação, o empresário tem de remunerar essa locação, logo assume um custo que só será racional manter enquanto o rendimento marginal decorrente dessa locação de capital cubra o custo⁵⁶⁶.

A longo prazo, a opção poderá ser diferente, pois a empresa, denotando que é um investimento a longo prazo, pode optar pela aquisição e não apenas a fruição. Assim, a opção da aquisição deve ter em conta o benefício retirado da vida útil do Capital, ou seja, o rendimento total do bem atendendo à sua vida útil. Mas o empresário também tem de projetar os custos associados ao bem.

Assim, a aquisição deve ter em conta que o preço do bem deve ser menor do que o rendimento total (atendendo à vida útil do bem), acrescido do valor residual do bem (valor que terá sempre no final de vida útil) acrescendo ainda o custo de oportunidade (o benefício que se retiraria da segunda melhor opção de Capital). Os primeiros dois valores podem ser contabilizáveis, mensuráveis. Contudo, o custo de oportunidade torna-se de difícil avaliação⁵⁶⁷⁵⁶⁸.

Outro factor de avaliação das opções de locação ou aquisição de Capital relaciona-se com as Amortizações. Ou seja, contabilisticamente deve ser feita uma depreciação faseada do Capital da empresa à medida que o tempo passa, de forma que o valor contabilístico do Capital, a cada momento, seja o mais fiel à realidade⁵⁶⁹. Ora, esta depreciação deve ser também atendida na decisão racional sobre o aumento ou não do Capital da empresa.

⁵⁶⁵ Arrendamento no caso de bens imóveis ou aluguer no caso de bens móveis.

⁵⁶⁶ Exemplifiquemos com uma empresa de produção e distribuição de produtos refrigerados. Essa empresa necessita de camiões frigoríficos para transportar os produtos. A curto prazo a procura desses produtos finais aumenta, pelo que a empresa vai procurar Capital, neste caso mais camiões para transporte. A empresa vai alugar um camião frigorífico, pagando um valor por esse aluguer. Ora, a manutenção desta locação só será racional enquanto o benefício retirado do uso do camião adicional for superior ao custo da locação

⁵⁶⁷ O exemplo usual de segunda opção válida são os juros bancários decorrentes do simples depósito do valor que se usa na aquisição do Capital. Caso os juros bancários estejam em valores elevados, o que se ganha por ter o “dinheiro parado” no banco pode ultrapassar a expectativa de rendimento total mais valor residual, logo o custo de oportunidade aqui seria demasiado elevado na aquisição, não justificando a opção.

⁵⁶⁸ Devemos aqui aludir à ideia de eficácia marginal do Capital, ou seja, capacidade para se pagar a si próprio e ainda gerar rendimento acima da segunda melhor oportunidade de investimento (custo de oportunidade).

⁵⁶⁹ Quando uma empresa se constitui tem equipamentos, infraestruturas, maquinaria nova, com um valor que não será idêntico passados, por exemplo, 5 anos de uso. Para que não exista uma depreciação abrupta do valor das empresas, a contabilidade vai refletindo, ano a ano, a depreciação do valor deste equipamento, refletindo um valor mais fiável. Estes movimentos contabilísticos são amortizações.

Ainda relativamente à procura de Capital, a mesma é tendencialmente inelástica: existe um ponto em que as empresas deixam de procurar Capital porque atingirem um limite aceitável de produção. Quanto mais Capital adquire uma empresa maior será a sua produção, logo mais produto será colocado à disposição do mercado, levando necessariamente a um aumento de quantidade e consequente diminuição de preço dos bens finais. A sucessiva diminuição de preço dos bens finais não compensa a acumulação de Capital uma vez que não cobre os custos de produção.

Vimos a perspetiva da procura do Capital, falta agora a visão da oferta de Capital. A oferta de Capital é feita por quem é detentor do bem, entendendo-se este bem como infraestrutura, maquinaria, ferramentas, meio de transporte, etc.

O detentor do Capital pode vender o mesmo em troca do correspondente preço ou fazer uma cedência temporária de capitais em troca de um determinado valor.

No curto prazo, a oferta total de Capital é uma oferta inelástica porque, no global, a oferta não vai adquirir mais Capital para o ceder temporariamente. Ou seja, há um número limitado de Capitais disponível no mercado.

Contudo, a oferta individual pode ser infinitamente elástica no curto prazo pois pode existir interesse em ceder todos os Capitais. Ou seja, a oferta não tem interesse em manter Capitais que não estejam a circular, a uso, pois só com o uso dos mesmos é que é que obtém remuneração. Assim, enquanto o custo marginal for coberto pelo preço que recebem, a oferta de Capitais tem sempre interesse em ceder o Capital.

A decisão da oferta de Capitais a longo prazo já tem outros contornos, pois para ceder temporariamente um bem – Capital – a longo prazo a oferta tem de ponderar a depreciação desse bem ao longo da sua vida útil. Há agora que ponderar os custos totais acrescido do custo de oportunidade pela aquisição de mais Capital para depois o ceder⁵⁷⁰.

Até agora detivemo-nos sobre o conceito de Capital, a sua procura e Oferta e percebemos já que a remuneração deste Capital influencia os agentes do mercado.

A remuneração do Capital é o Juro que se baseia na diferença entre o valor de um bem presente e de um bem futuro de igual natureza.

Ora, em termos de racionalidade, a preferência pelo presente sobrepõe-se ao futuro. Por isso, se alguém se vê privado de Capital no presente, porque o empresta ou cede temporariamente, priva-se do usufruto desse Capital no presente. O valor dessa privação do bem por determinado tempo é a *taxa de desconto*⁵⁷¹.

Assim, para que o Capital seja verdadeiramente remunerado, o Juro deve ser mais elevado do que a taxa de desconto. Ou seja, o Juro é, como ensina Soares Martinez⁵⁷² o *móbil* da poupança, no sentido de ser o incentivo ao indivíduo para renunciar ao benefício do presente por expectar um mais proveitoso benefício futuro.

⁵⁷⁰ Recordemos mais uma vez a preponderância que tem a característica de o Capital ser um bem instrumental, sendo a sua procura e oferta derivadas, dependentes do mercado dos produtos finais.

⁵⁷¹ Veja-se a este propósito Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 299 e ss.

⁵⁷² Cfr. Soares Martinez, in *“Economia Política”*, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 730 e ss.

O Juro representa ainda a remuneração pelo risco ou incerteza quanto ao reembolso do Capital. O Capital, quando cedido temporariamente tem de ser ressarcido não apenas pelo valor da privação mas também pelo risco de não reembolso.

Assim se distribui a riqueza no que concerne ao factor Capital, no mercado dos factores.

ii) Factores naturais e Renda

Este factor é geralmente designado apenas por Terra, dizendo respeito à terra física, terreno cultivável. Contudo, a este aspeto da Terra devemos ainda acrescentar diversas forças naturais, matérias-primas que fazem parte do factor natural. Ora, e nem todas as regiões detêm o mesmo nível de forças produtivas naturais o que, naturalmente, causa, *ab initio*, desigualdades nas condições de vida dos diversos povos.

É certo que ao longo dos tempos o acesso às forças produtivas foram aumentando e sendo melhoradas, foram desenvolvidas alternativas e sobretudo esbateram-se as desigualdades de aproveitamento por existir maior mobilidade dos factores de Capital e Trabalho.

Tal como o Capital, os factores naturais não satisfazem diretamente a necessidade, devendo ser combinados com outros factores para que se proceda ao processo produtivo.

Se tivermos em conta a globalidade dos factores naturais, podemos dizer que existe uma inelasticidade da oferta, no sentido de o planeta ser limitado nos seus recursos, pelo que os recursos que existem são os que estão no planeta. Há contudo, um aspeto que tem alterado esta ideia de inelasticidade que reside no facto de a produtividade ter vindo a aumentar, bem como tem existido uma maior exploração decorrente da evolução tecnológica.

Ou seja, independentemente de os recursos serem finitos, de facto os mesmos recursos, combinados com outros factores tais como o Capital e o Trabalho, têm vindo a aumentar a produtividade dando a ilusão de maior elasticidade.

Outro aspeto que levou a esta sensação de maior elasticidade prende-se com o “ganho” de terras ou aproveitamento de recursos que não se julgavam rentáveis. Por exemplo, terrenos em áreas anteriormente inundáveis ou criação de mecanismos de regas para tornar aráveis terrenos anteriormente inférteis.

Contudo, estes exemplos não passam de evoluções tecnológicas ou de melhorias em infraestruturas ou industriais.

No que concerne à procura de factores naturais, sendo também uma procura derivada, a mesma vai depender da procura de bens finais⁵⁷³.

A remuneração dos factores naturais é a Renda. A Renda em sentido jurídico é mais abrangente do que em sentido económico, pois enquanto que juridicamente a Renda ainda abrange rendimentos de capitais, na vertente económica a ideia de Renda está associada ao rendimento produzido pelos factores naturais.

Há ainda a ideia de Renda fundiária desenvolvida na teoria da renda de David Ricardo, que corresponde à “Renda Fundiária Diferencial” – uma espécie de lucro extraordinário – decorrente

⁵⁷³ Soares Martinez, in “*Economia Política*”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 722 e ss. refere o exemplo do trigo. A procura de solos ótimos para o cultivo de trigo vai depender da procura do próprio produto ou derivados do mesmo. Tal qual a renda – que neste caso é o preço deste mercado – vai regular-se de acordo com as movimentações dos agentes do mercado.

da diferente produtividade natural e localização geográfica das terras, e das oscilações no rendimento marginal dessas terras, derivadas, por sua vez das variações da procura dos bens finais produzidos com esses factores naturais, contrapostos a uma oferta virtualmente inelástica.⁵⁷⁴

Ora, David Ricardo, na senda do pensamento pessimista *smithsiano*, desenvolve a sua Teoria da Renda a partir da Teoria da População de Malthus, também ele próprio pessimista.

A Teoria da População de Malthus, defende que a população crescerá numa proporção geométrica, enquanto que as subsistências crescem numa proporção aritmética. Assim, se a evolução da população for nesta proporção a mesma não vai ser acompanhada pela produção de bens alimentares. Nestes termos, estaríamos a caminhar para a fome e miséria. Tal apenas ainda não teria sucedido em virtude de algumas regulações naturais da população tais como pestes e fomes generalizadas.

David Ricardo parte desta ideia de pressão demográfica que se estava a desenvolver, sendo que existiria maior pressão junto das terras férteis. As terras mais férteis seriam tomadas pelos proprietários que delas retirariam uma renda. De seguida, a pressão demográfica levaria a que a que se tomassem terras menos férteis, mais difíceis de cultivar e com maiores custos associados, logo com uma renda menor face às terras mais férteis.

Assim, à medida que a população vai crescendo o rendimento marginal dos factores naturais iria diminuindo. E a tendência seria para os que se apropriaram inicialmente dos terrenos mais férteis gerassem sempre rendas mais avultadas, aumentando a sua riqueza. Os que detinham terrenos menos férteis iriam ter sempre uma maior pressão nos custos, sendo que o mercado mantinha o preço do produto final independentemente do custo dos factores naturais⁵⁷⁵.

De relevar que, para além de ter implicações na remuneração dos factores naturais, as teorias da renda e da população têm ainda implicações na remuneração do factor Trabalho. Pois aquilo que se defendia, nos autores clássicos e neoclássicos, é que o salário deveria apenas ficar ao nível das necessidades do trabalho e sua família para que não existisse incentivo à melhoria de condições de vida e aumentar a população.

Ora, como sabemos, pela experiência sobretudo europeia, o facto de existir melhoria de condições de vida pode ter levado a um aumento de população inicialmente mas que rapidamente estabilizou e a tendência tem sido, inclusivamente a de diminuição de pressão demográfica.

A repartição do rendimento relativamente aos factores naturais é feita quando os mesmos são tratados conjuntamente com outros factores e produzem rendimento. Ou seja, mais uma vez trata-se dum factor de produção que é instrumental e por isso mesmo tem de ser conjugado com Capital – por exemplo maquinaria – e o Trabalho – Salário.

iii) Trabalho e Salário

⁵⁷⁴ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 447 e ss.

⁵⁷⁵ Foi nesta teoria que surgiu a ideia de que “os ricos ficariam cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres”. Isto porque com o aumento da população aumenta também a procura de alimento, e a pressão para o aumento do cultivo, aumentando a procura de terra menos fértil, que tem custos de produção mais elevados. A final, o preço do próprio produto iria aumentar, gerando mais lucro a quem detém custos de produção menores – os proprietários de terrenos mais férteis – e menor possibilidade de acesso aos pobres que, com o aumento do preço, não podem comprar os bens.

Temos aqui vindo a referir que os factores de produção são, individualmente, instrumentais. E, de facto, a natureza, na sua generalidade, não oferece produtos a serem diretamente utilizados. Aos factores naturais é necessário conjugar ou Capital ou Trabalho para daí se retirarem riquezas utilizáveis. Ou seja, as riquezas naturais devem ser trabalhadas para que tenham utilidade ou a sua utilidade aumente.

Ora, o esforço aplicado nesses factores naturais é Trabalho. Em sentido económico, o Trabalho abrange apenas o trabalho humano⁵⁷⁶, enquanto esforço consciente destinado à criação de utilidades.⁵⁷⁷ E este esforço representa um custo.

O Trabalho é um factor preponderante no mercado dos factores e na distribuição de riqueza porque é através da remuneração deste factor que grande parte das famílias obtêm rendimento. A maioria da população participa no processo produtivo através do Trabalho, colocando à disposição do mercado de factores a sua força de trabalho na expectativa de obtenção de rendimento, *in caso*, o Salário.

Por isso mesmo, o Trabalho é o factor de produção que mais influência pode ter na repartição de riqueza, pela abrangência e relevância.

No mercado do trabalho, a procura é representada pelas Empresas e a Oferta é representada pelas Famílias. Façamos uma análise mais pormenorizada, partindo do pressuposto dum mercado de concorrência perfeita, sem poderes de mercado.

No caso da Procura, a Empresa *price-taker*, agente atomístico, procura no mercado mais uma unidade do factor de produção trabalho – mais um trabalhador – se e quando a procura de bens finais aumentar. Mais uma vez, recordemos que a procura de factores de produção é uma procura derivada, pelo que depende do comportamento do mercado dos bens finais, do mercado dos produtos.

Nestes termos, o Empresário deve avaliar se o rendimento marginal trazido por mais um trabalhador – mais uma unidade de factores de produção – é maior do que o custo marginal do mesmo – neste caso, o Salário que tem de pagar ao trabalhador⁵⁷⁸.

Então se o rendimento marginal for superior ao custo marginal (preço), então faz sentido contratar, é racional. Mas sabemos que o rendimento marginal é decrescente, pelo que não será racional ao agente da procura adquirir mais uma unidade do factor de produção trabalho quando o custo marginal superar o rendimento marginal.

Neste mercado dos factores, sendo a procura derivada há ainda que atentar à variação dos preços no mercado dos produtos. Assim, se o preço dos produtos finais aumentar, então o valor, o ganho marginal associado ao trabalhador também aumenta porque o que o trabalhador produz, o produto que cria, é mais valioso no mercado dos produtos. Então quando o preço dos bens finais aumenta isso provoca um aumento do rendimento marginal do trabalhador levando à maior procura de trabalho.

⁵⁷⁶ Não se inclui aqui o esforço animal, mormente utilizado outrora nas atividades agrícolas, hoje cada vez mais raro por substituído por Capital (maquinaria).

⁵⁷⁷ Este conceito permite distinguir o Trabalho de atividades recreativas, por exemplo. Mas abrange aqui trabalho voluntário ou forçado, sendo este último um “problema” do Direito e não tanto da Economia. Cfr. Soares Martinez, in “*Economia Política*”, 6ª Edição, Almedina, 1995, p. 434 e ss

⁵⁷⁸ Recorde-se que num mercado de concorrência perfeita o salário será igual, ou seja, o custo é indiferenciado.

Relativamente à elasticidade da procura no mercado de trabalho – Empresas -, a mesma depende de vários factores. Vejamos alguns:

- i) Sectores com maior dependência do factor trabalho têm maior rigidez. No caso de empresas que, independentemente das variações de preço (no caso, salário) ou do mercado dos produtos finais, necessitam de determinado número de trabalhadores para funcionar apresentam necessariamente maior rigidez na procura de trabalho;
- ii) Caso o trabalho seja facilmente substituível por Capital, tal faz com que aumente a elasticidade da procura. No caso, por exemplo, do salário aumentar, o empregador pode ponderar entre o custo desse salário e o custo associado à substituição desse trabalhador por Capital (maquinaria, por exemplo). Aqui, a decisão racional será optar pela solução mais barata.
- iii) A elasticidade que exista no mercado dos produtos (finais) influencia também a procura no mercado dos factores, incluindo o mercado do factor Trabalho.

Na perspetiva da procura agregada – e já não apenas da Empresa individual – há que fazer a análise do mercado de trabalho atendendo não apenas a cada unidade do factor trabalho mas antes à perspetiva global, ao trabalho no seu todo.

Assim, estamos perante um mercado na perspetiva agregada, o que significa que o preço que se forma será um preço equilíbrio, ponto onde a quantidade procurada é igual à quantidade oferecida⁵⁷⁹. Ora, o preço, no mercado do trabalho é o Salário, ou seja, toda e qualquer forma de remuneração do trabalho⁵⁸⁰.

A existência dum salário de equilíbrio, situado no ponto de encontro entre a quantidade procurada e quantidade oferecida, reflete a inexistência quer de escassez mas também excedente. O mercado está, portanto como numa concorrência perfeita.

Se assim for, no curto prazo teremos então uma oferta perfeitamente rígida pois o número de trabalhadores existente será fixo⁵⁸¹ porque reflete o número de pessoas qualificadas para exercer as funções, o trabalho determinado. A curva da oferta agregada, no curto prazo, será perfeitamente vertical pois qualquer que seja o nível salarial quantidade oferecida será sempre a mesma.

Por outro lado, a curva da procura é negativamente inclinada, ou seja, se o salário for muito elevado a quantidade procurada de unidades de trabalho será menor, se o salário for mais baixo a quantidade procurada de trabalhadores é maior. Se assim for, a tendência de mercado é para o equilíbrio, pois a curva da procura é rígida e a da oferta será negativamente inclinada por depender do produto marginal criado a partir do trabalho.

⁵⁷⁹ Será o ponto de interseção entre curva da procura e curva da oferta se estivermos perante uma representação gráfica duma cruz marshaliana.

⁵⁸⁰ Recordemos que aqui apenas estamos a analisar o salário como preço, remuneração do factor trabalho sem que existam quaisquer considerações sobre a justeza desse valor. Como já referimos, muito embora as intervenções nos mercados para ajustes de distribuição se façam sobretudo na redistribuição, um dos campos de intervenção na repartição é precisamente nas questões salariais. Será uma influência no mecanismo de preços do mercado feita, à partida, por motivações de justiça.

⁵⁸¹ Basta pensar num exemplo dum determinado sector com alguma especialização, por exemplo a atividade logística efetuada nos Portos, por estivadores. No curto prazo, os trabalhadores no sector são os existentes, nem mais nem menos. Logo, a oferta é rígida.

O salário de equilíbrio é, portanto, o referencial da compensação do custo de oportunidade – de estar naquela atividade e não noutra, bem como está ainda num limiar da disposição de pagar da procura, ou seja, o benefício marginal cobre o custo marginal.

Muito embora se possa falar de salário equilíbrio, o facto é que existem diferenças salariais no mercado, o que leva a desequilíbrios na repartição da riqueza.

Desde logo essa diferenciação de salários surge pela diferença de produtividade – quantidade de trabalho produzida num determinado período de tempo. Mas a produtividade não depende apenas do empenho e esforço do trabalhador. A produtividade depende também do capital que seja aplicado nas tarefas, no capital físico que se une ao factor trabalho no processo produtivo.

Depende ainda do capital humano, ou seja, o nível de especialização de formação, depende da tecnologia e conhecimento associado ao processo produtivo.

As diferenças salariais são, pois, as responsáveis por maiores desigualdades na repartição da riqueza. Muito embora essas desigualdades possam associar-se a uma certa justiça do mercado, uma vez que refletem também as desigualdades na prestação do trabalho, o certo é que provocam depois injustiças sociais. E são estas que muitas vezes se pretende regular com intervenções do Estado, mormente logo na repartição, impondo preços mínimos tais como salários mínimos nacional ou sectorial.

Mas as diferenças salariais provêm de mais fontes, não se esgotando na questão da produtividade.

Outro factor de diferenciação salarial são os diferenciais compensatórios, ou seja, uma disparidade salarial que resulta da diversidade de características não monetárias dos diversos empregos. Estas são diferenças de renumeração que visam compensar determinadas circunstâncias na prestação do trabalho. Circunstâncias essas geralmente mais penosas, que surgem, por exemplo, na prestação de trabalho noturno ou atividades com maior risco associado.

Outro factor muito relevante nas diferenças salariais prende-se com o capital humano, ou seja, o resultado do investimento feito na formação pessoal, de que se espera um resultado em termos de aumento de produtividade conexas com o incremento das aptidões de cada pessoa que beneficia daquele investimento⁵⁸². No plano das remunerações, o capital humano será o valor presente descontado do total das remunerações futuras esperadas em função dum determinado investimento em especialização⁵⁸³.

Foi Theodore Schultz e Gary Becker⁵⁸⁴ que lançaram estudos pioneiros nesta área, sendo que entenderam que existe um diferencial salarial em função da especialização. Assim, o capital

⁵⁸² Cfr. Fernando Araújo, *"Introdução à Economia"*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 452 e ss.

⁵⁸³ No fundo é como o capital físico, tentando-se retirar o maior benefício ou retorno dum investimento feito no presente.

⁵⁸⁴ No pós II Guerra, Schultz estudou afincadamente a rápida recuperação da Alemanha e do Japão, comparando essa recuperação com a de países como o Reino Unido, onde ainda havia racionamento de alimentos muito tempo depois da Guerra. Concluiu que a velocidade de recuperação se devia sobretudo a dois pontos: i) uma população saudável e, ii) altamente educada. Segundo Schultz, a educação torna as pessoas produtivas e a atenção à saúde aumenta o retorno do investimento em educação. Assim, introduziu a ideia de "capital educacional" relacionando-o especificamente aos investimentos em

humano corresponderá aos ganhos de produtividade que são obtidos a partir duma determinada educação, especialização numa determinada área.

Ora, o capital humano depende dum investimento individual na formação, que pode ser particular mas também efetuado pelas próprias empresas, preparando melhor os indivíduos para exercer melhores funções com remunerações mais elevadas. Este investimento tem custos diretos, como livros, propinas, alojamento, etc., mas tem ainda custos indiretos relacionados com o custo de oportunidade – o que se deixa de ganhar por se estar a fazer a formação.

E relativamente a este custo de oportunidade surge a ideia de que mais vale o que se pode receber no presente, no imediato, do que o que virtualmente se poderá ganhar no futuro devido a essa formação ou especialização⁵⁸⁵. Mas, como sabemos, a avaliação do presente é sempre mais favorável face ao risco do futuro e essa avaliação pode levar à “armadilha da subqualificação” que gera uma espiral de pobreza e diferenciação salarial.

Esta ideia de armadilha da subqualificação prende-se com o impulso de entrada no mercado de trabalho desconsiderando-se a necessidade de qualificação ou especialização. Mas esta sedução de entrada no mercado de trabalho pode rapidamente tornar-se um obstáculo à possibilidade de melhoria de posição remuneratória, exatamente devido à ausência de capacidades de executar trabalhos mais específicos.

E a espiral não fica por aqui. O facto deste trabalhador não ter qualificações faz com que o seu trabalho se torne cada vez mais indiferenciado, mais usual, concorrendo apenas com trabalhadores que possam estar numa posição de maior fragilidade – ilegais, migrantes, por exemplo - pelo que a remuneração manter-se-á baixa e estão muito mais vulneráveis a situações de desemprego.

O que temos verificado é que existe uma correlação positiva entre os níveis de capital humano e o crescimento das economias, pois quanto melhores forem as qualificações dum povo maior o nível de crescimento da sociedade.

A obtenção de capital humano é uma externalidade positiva pois não beneficia apenas o trabalhador mas ainda o empregador e a própria sociedade. E, por isso mesmo, deve incentivar-se à melhoria do capital humano. Richard Musgrave, considerando o capital humano como bem de mérito, impelia o Estado a garantir o acesso a educação⁵⁸⁶. Isto porque bens como educação ou saúde, tendencialmente são subconsumidos quando os indivíduos tomam a decisão

educação. Tal ideia foi a base da Teoria do Capital Humano, posteriormente desenvolvida por Gary Becker, e inspirou um grande número de trabalhos sobre o desenvolvimento, nos anos 1980, motivando investimentos no ensino técnico e vocacional por instituições como o FMI e o Banco Mundial.

⁵⁸⁵ Por curiosidade refira-se o caso do sistema de ensino superior nos Estados Unidos da América que se baseia exatamente na expectativa de maiores ganhos futuros face ao investimento num curso superior. Por isso mesmo o sistema de ensino baseia-se num mecanismo de crédito feito aos estudantes na expectativa de que os mesmos, por terem uma formação superior, irão rapidamente conseguir pagar o empréstimo. Sucede que, recentemente, o sistema foi abalado exatamente pelo facto de o investimento na formação académica ser cada vez maior e o retorno cada vez menor, fazendo com que o mecanismo de empréstimo estudantil esteja a provocar outras questões sociais, mormente o atraso na compra ou arrendamento de primeira casa, aumento da instabilidade financeira que leva a maior dependência dos pais e familiares.

⁵⁸⁶ A ideia de ensino público, tendencialmente gratuito, bem como a escolaridade obrigatória são os exemplos do tratamento da educação como bem de mérito. Os bens de mérito tendem a ser subconsumidos, pelo que deve instigar-se ao “consumo” destes bens, utilizando o Estado os seus poderes de autoridade para tal.

individual. O esforço seria considerado desmesurado atendendo aos benefícios retirados. No caso da educação, o custo de deslocação, livros, tempo despendido e não aproveitado para uma atividade remunerada tenderia a que a decisão racional passasse pelo abandono escolar.

O Estado pode prover estes bens diretamente, mormente por via de sistemas de ensino e saúde tendencialmente gratuitos, ou optar pela subsidiação.

Não podemos ficar, contudo, com a ideia de que os diferenciais salariais resultam de características específicas e não monetárias de cada emprego, do carácter mais agradável ou maior investimento e prestígio. Há características naturais ou adquiridas que podem provocar desigualdades: o talento para determinada atividade, o esforço resultado dum investimento específico, felizes acasos tais como o nascimento em determinado país ou região ou no seio de família com património ou que passam dificuldades, assimetrias informativas favoráveis a melhores condições de trabalho, atributos físicos favoráveis, etc..

Existem ainda diferenciais remuneratórios decorrentes do grau de iniciativa dos próprios trabalhadores, que se prendem com o modo como conseguem persuadir os empregadores dos seus próprios méritos e aptidões.

À teoria do capital humano contrapõe-se a teoria da sinalização de Michael Spence que nos remete para o âmbito das assimetrias informativas e para as aparências. Ora, no caso da sinalização, o trabalhador transmite credenciais sobre si, como educação, para sinalizar ao empregador que é qualificado para o cargo. O valor da informação vem do facto do empregador acreditar que a credencial está relacionada com uma maior habilidade do candidato/trabalhador, reduzindo assim o risco de trabalhadores com baixa habilidade.

Associa-se aqui as credenciais com prestígio ou aparência. O exemplo clássico é o facto de os empregadores apenas recrutarem licenciados de determinadas instituições de ensino superior, que detêm ou a formação mais indicada para o caso ou maior prestígio formativo.

Por um lado, a assimetria informativa revela-se sobretudo com prevalência para o trabalhador⁵⁸⁷, tendo o empregador de encontrar mecanismos de atenuação dessa assimetria, mormente por via de elementos reputacionais.

Outro mecanismo para minimizar a assimetria informativa é a existência de períodos experimentais em que o trabalhador tem de mostrar o que é capaz de fazer e qual a qualidade do seu trabalho para depois ter o contrato definitivo (ou não!).

Ainda no que concerne às diferenças salariais, dois trabalhadores no mesmo ramo de atividade, com aptidões e condições laborais similares, podem ser remunerados de forma muito distintas. E essas distinções fazem diferença até no que concerne à passagem do estado de desempregado para empregado ou vice-versa. Nesta situação, há que ter em conta qual o limite mínimo para que haja o incentivo de fazer essa passagem, ou seja, o valor do “vencimento de transferência”.

Acima deste valor temos a renda económica, ou seja, tudo aquilo que o trabalhador recebe além desse vencimento de transferência⁵⁸⁸, resultante do excesso de procura do factor trabalho em relação à oferta disponível.

⁵⁸⁷ Aquele candidato que se apresenta adequadamente ao meio, tem discurso assertivo, sabe promover as suas virtudes, detém uma vantagem, emite determinados sinais, aproveitando-se duma assimetria informativa.

⁵⁸⁸ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 468 e ss.

Mas se essa escassez de trabalho for provocada, nomeadamente por regimes de acesso, entraves corporativos, que limitem (artificialmente) o número de agentes do lado da oferta, então estaremos perante uma “quase-renda”, que significa o diferencial criado por essa escassez artificial e o momento em que o mercado passa a ser livre desse entrave, entrando o número de trabalhadores efetivamente disponíveis.

A renda económica depende de três requisitos cumulativos: i) toda a procura pretende os serviços daquele trabalhador, sendo esse trabalho uma prestação infungível com elevado rendimento marginal; ii) o tipo de serviço é acessível a qualquer um; iii) ser possível a exclusão eficiente do serviço.

Face a estes requisitos, inexistem, pois, limites máximos para a renda económica, dependendo exclusivamente da procura.

Os exemplos típicos são artistas de renome mundial, futebolistas ou desportistas de alta competição⁵⁸⁹. Nestes casos, falamos em monopólio, em que o salário equivale à renda.

Por último, as discrepâncias salariais podem ainda ocorrer por motivos de discriminação no mercado de trabalho, ou seja, a procura de trabalhadores no mercado de factores é condicionada por critérios de raça, sexo ou etnia, convicções religiosas ou políticas.

Aqui inexistem quaisquer razões para a discriminação, sendo a mesma decorrente das viscosidades do próprio mercado que não funciona de forma fluída. O mercado do trabalho, como já referimos, detém muitas especificidades que podem provocar estas discriminações simplesmente por desinformação ou assimetrias informativas, condicionamentos vários que fazem com que a adaptação e ajustamento dos preços não se faça como noutros mercados ou noutros factores.

Neste caso a influência da intervenção do Estado pode ser decisiva. O caso da remuneração diferenciada entre homens e mulheres disso é exemplo. Durante muitos anos, a maternidade, as funções domésticas tradicionalmente femininas, a concepção da sociedade de que caberia ao homem o sustento do lar, faziam com que existissem diferenças salariais entre homens e mulheres mesmo que desempenhassem as mesmas funções. Tal, infelizmente, ainda perdura hoje.

Contudo, a intervenção do Estado, com estabelecimento de quotas para entrada de mulheres em cargos tradicionalmente masculinos, ou a obrigatoriedade de pagamento de salário igual para trabalho igual no âmbito da função pública, trouxeram alguns resultados que se espraiam na cultura laboral atual.

A repartição dos factores faz-se dentro duma “justiça” de distribuição assente em ideais de bem-estar identificados com eficiência. Ou seja, o bem-estar mede-se de acordo com padrões de eficiência não tendo em conta padrões sociais⁵⁹⁰. Mesmo assim, o resultado desta repartição pode ser desigual por motivos de funcionamento do próprio mercado: o mercado dos factores,

⁵⁸⁹ Imaginemos um grupo musical de grande impacto mundial atualmente, cujo preço para que faça o espetáculo em determinado local depende exclusivamente da procura existente. O caso do Cristiano Ronaldo, um futebolista de exceção. Apenas existe um Cristiano Ronaldo, embora exista um grande grupo de futebolistas à disposição. Nenhum com as capacidades deste e quem o contrata fá-lo em exclusivo. O pagamento deste trabalho de futebolista do Cristiano Ronaldo apenas dependerá do que o Empregador quiser despendar.

⁵⁹⁰ E tal encontra respaldo sobretudo por estarmos numa análise económica, sendo a economia naturalmente avessa a conceitos subjetivos de justiça.

ainda para mais sendo derivado, tem muitas intervenções exteriores que alteram um certo equilíbrio ou mecanismo de funcionamento.

Bastariam essas falhas para que a repartição não fosse “eficientemente justa”. Se a tal unirmos padrões sociais de justiça, a correção torna-se ainda mais necessária à luz dessas *guidances*.

Ora, depois da repartição – distribuição efetuada no mercado de factores, feita por via da remuneração dos factores – o Estado muitas vezes intervém fazendo ainda retificações. Estas retificações de distribuição de riqueza fundamentam-se já em ideologia, factores sociais, política orçamental. E não tanto em mecanismos de mercado de interação dos agentes.

2.3.2 A Redistribuição

A avaliação do resultado da distribuição feita no âmbito do mercado dos factores pode ser feita ainda no âmbito da repartição ou posteriormente. No âmbito da repartição, as ingerências na forma de funcionamento do mercado dão-se sobretudo com a interferência no mecanismo de preços. Sem contudo ser de descurar situações de entraves à liberdade de entrada e saída do mercado⁵⁹¹.

Contudo, a repartição será a distribuição de riqueza feita no âmbito do mercado dos factores que, por si só, pode desembocarem desigualdades não toleráveis à luz da ideia de justiça que domine na sociedade em determinado momento. A redistribuição de rendimentos surge como um mecanismo de retificação de resultados que foram obtidos no jogo de mercado dos factores.

Ora, estando a redistribuição de rendimentos aliada a conceitos mais vastos de justiça, desigualdade, coesão e assistência social, etc., fácil é perceber que a abordagem do tema pode resvalar para um sem fim de vertentes.

No âmbito do presente trabalho, decidimos limitar esta abordagem da redistribuição a uma visão eminentemente económica, aos seguintes pontos⁵⁹²: i) conceito económico de redistribuição; ii) principal fundamento da redistribuição: desigualdade; iii) Causas e medição da desigualdade; iv) breve resumo sobre o desenvolvimento ao longo do tempo do conceito de justiça.

i) O conceito de redistribuição.

Mantemo-nos no âmbito da riqueza, da distribuição da riqueza. Esta riqueza gera-se no normal funcionamento do mercado: as trocas, como sabemos, são jogos de soma positiva, pelo que trazem benefício para os agentes envolvidos.

O rendimento, é resultado de uma atividade de produção de bens, da participação no processo produtivo. Assim, o rendimento renda, juros, salário e lucros são o fruto da intervenção dos factores naturais, Capital, Trabalho e factor empresarial no processo produtivo. A união destes factores produtivos leva ao processo de criação, produção e posterior fornecimento de produtos e bens ao mercado dos produtos.

⁵⁹¹ Estas intervenções efetuadas pelo Estado serão abordadas aquando da exposição sobre os mecanismos de correção.

⁵⁹² Sem prejuízo, obviamente, duma abordagem mais cuidada da redistribuição sobretudo no sistema fiscal pois o principal mecanismo de implementação da redistribuição é via tributação.

Assim, os que participam no processo produtivo são objeto de distribuição do rendimento gerado por essa participação. Essa distribuição de rendimentos resultante do jogo de mercado leva a que os indivíduos disponham de valores para decidir sobre os mesmos como quiserem.

Quem obtém rendimento pode usufruir do mesmo como entender, incluindo ceder parte do mesmo, voluntariamente a outros. Há ainda a possibilidade de, quem obtém rendimento, ter de ceder, coercivamente, a outrem parte desses rendimentos. Esta cedência – voluntária ou coerciva – de parte do rendimento é, simplificada, redistribuição⁵⁹³.

José Joaquim Teixeira Ribeiro⁵⁹⁴, sumariza da seguinte forma: *“Os rendimentos são criados na produção dos bens e distribuídos, a título de salários, rendas, juros e lucros, aos que nela participam ou para ela contribuem. Mas pode suceder que os titulares dos rendimentos distribuídos os cedam voluntária ou coercivamente a outrem sem qualquer contrapartida ou sem contrapartida igual. Nessa altura temos redistribuição.”*

Do ponto de vista etimológico, redistribuir significa distribuir de novo aquilo que já foi objeto de distribuição anteriormente.

E, efetivamente, a redistribuição surge pós repartição efetuada pelo mercado. Por isso é essencial recordar o plano da distribuição primária, baseada na distribuição inicial decorrente do funcionamento do mercado dos factores, de heranças, capacidades naturais, do plano da distribuição secundária, que implica a correção desta distribuição inicial.

Uma vez que não resulta do jogo de mercado, esta segunda distribuição tem de ser levada a cabo através de transferências dos que obtêm mais rendimento para os mais desfavorecidos. Ora, esta transferência pode dar-se voluntariamente⁵⁹⁵ mas é aqui que o intervencionismo do Estado, a ação pública, se tem intrometido. Fazendo uso do seu *jus imperii*, o Estado socorre-se de instrumentos fiscais e de finanças públicas para efetuar uma redistribuição coativa.

*“Ora, as finanças públicas constituem o principal processo de redistribuição, e de redistribuição coactiva. O Estado exige aos contribuintes parcelas dos seus rendimentos correntes (impostos sobre o rendimento) e parcelas dos seus rendimentos entesourados ou investidos (impostos sobre o património), e depois, com os impostos, concede subsídios e produz bens públicos e bens semi-públicos, que fornece gratuitamente ou a preço inferior ao custo ao que sentem as respectivas necessidades. Os rendimentos dos contribuintes são, assim, transferidos para os destinatários dos subsídios e os utentes dos bens públicos e semi-públicos”*⁵⁹⁶

⁵⁹³ Cfr. João Ricardo Catarino, *“Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”*, Almedina, 2008, p. 49 e ss.

⁵⁹⁴ Cfr. José Joaquim Teixeira Ribeiro, *“A Política Financeira de Redistribuição”*, Boletim de Ciências Económicas volume XXV, 1982, p. 197 e ss.

⁵⁹⁵ Nem sempre existe uma redistribuição decorrente do intervencionismo do Estado, sendo, contudo, esta que maior relevo tem. Contudo, mais uma vez não podemos descurar a ingerência da ideologia e da religião nestas matérias, até porque os critérios de justiça numa sociedade modificaram-se. No século XVII, um indivíduo que deixasse de poder trabalhar ativamente teria de contar com o apoio familiar ou de quem pudesse e quisesse ajudar. Não deixa de ser uma redistribuição de rendimento, de quem estava disposto a dar algo voluntariamente. Hoje, quem está em situação vulnerável pode ser ajudado voluntariamente por aqueles que mais podem, mas terá, em princípio, um apoio do Estado que resultou numa redistribuição coerciva, uma vez que as verbas dos subsídios provêm maioritariamente de impostos.

⁵⁹⁶ Cfr. José Joaquim Teixeira Ribeiro, *“A Política Financeira de Redistribuição”*, Boletim de Ciências Económicas volume XXV, 1982, p. 197 e ss.

Há contudo que entender que grande parte dos indivíduos são beneficiários de bens públicos ou semipúblicos, pelo que não existe verdadeira redistribuição se existir uma certa neutralidade ou equivalência entre a parcela de rendimento entregue ao Estado e o serviço ou bem público de que se usufrui. Mas caso o benefício seja para outrem, então a redistribuição já funcionou.

As questões colocam-se face à impossibilidade de verificar a equivalência mesmo que individual, até porque a valorização dos bens em questão só pode ser feita de forma subjetiva⁵⁹⁷. Por isso, só por mero acaso, mesmo individualmente, se pode considerar que há equivalência. Em termos gerais, a política de finanças públicas do Estado é, por si só, redistributiva.

O Estado faz transferências para satisfazer necessidades de redistribuição ou não. Por isso, a redistribuição pode aparecer como um efeito e não um fim da ação do Estado quando essa não é a principal preocupação. Mas em casos em que o Estado, por exemplo, atribui diretamente um subsídio, uma transferência de rendimento para os mais pobres, aí a política financeira de redistribuição é, por si só, um fim⁵⁹⁸. Esta redistribuição é a que efetivamente nos deve reter.

Estamos perante situações em que se retira rendimento a quem o tem, com um custo associado, para se beneficiar, favorecer, famílias menos favorecidas, que daí retiram, portanto, um ganho. O equilíbrio da redistribuição faz-se enquanto o ganho marginal é superior ao custo marginal.

Esta avaliação é feita numa base agregada, sendo que o Estado se socorre de critérios gerais para fazer uma avaliação entre benefícios e sacrifícios atendendo aos recursos existentes. Bem como deve ainda ter em conta os custos económicos e políticos da alteração da opção redistributiva que faça.

Mas, como já aqui dissemos, a ação pública relativamente à redistribuição pode variar atendendo a factores socioeconómicos existentes em determinada sociedade, questões culturais e religiosas, ou sabores ideológicos das elites políticas que estejam na governação.

Muito embora o conceito de redistribuição não seja mutável, é notoriamente alterável o alcance dessa redistribuição ao sabor do que determinada sociedade, em determinado tempo, tem a dizer sobre isso.

Contudo, a redistribuição que tem vindo a ser mais utilizada é a redistribuição vertical, em que se deslocalizam os rendimentos das faixas de população com rendimentos altos e médios para as faixas de rendimento abaixo, ou seja, dos ricos para os pobres⁵⁹⁹. Mas, de facto, a redistribuição pode ainda ser horizontal, quando se efetua entre grupos ou categorias sociais⁶⁰⁰.

A justificação para que haja redistribuição tem estado assente em diversos argumentos. Desde injustificados desníveis de rendimento que redundam não no mérito mas em felizes acasos, a

⁵⁹⁷ Se atendermos à teoria do valor clássica, então os bens e serviços seriam avaliados de acordo com a quantidade de trabalho neles incorporado. Mas dessa teoria resultava que a remuneração, o preço pago pelo bem deveria então ser inteiramente considerado remuneração do trabalho. A avaliação dos bens atendendo aos padrões de utilidade passa a reconhecer a subjetividade desta avaliação: o bem ou serviço tem o valor subjetivo que cada

⁵⁹⁸ Cfr. José Joaquim Teixeira Ribeiro, *"A Política Financeira de Redistribuição"*, Boletim de Ciências Económicas volume XXV, 1982, p. 197 e ss.

⁵⁹⁹ Sendo que o conceito de rico ou pobre são, eles próprios muito amplos. Assim, a cada momento a decisão sobre esta redistribuição vertical redundará na decisão política de quem exerce o poder.

⁶⁰⁰ Cfr. José Joaquim Teixeira Ribeiro, *"A Política Financeira de Redistribuição"*, Boletim de Ciências Económicas volume XXV, 1982, p. 201 e ss. e João Ricardo Catarino, *"Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual"*, Almedina, 2008, p. 52 e ss

desumanidade da carência de bens essenciais, a inconveniência de situações extremas de pobreza que podem redundar em convulsões ou violência, ou ilegítimas diferenças de pontos de partida que viciam uma competição leal dentro do mercado⁶⁰¹.

Mas, de facto, o argumento maior que funda a redistribuição é a redução das desigualdades de rendimento.

ii) Principal fundamento da Redistribuição: a desigualdade. A pobreza em particular.

A desigualdade de que aqui falamos é sobretudo de rendimentos, resultante duma diferente distribuição de propriedade. Devemos aqui entender propriedade na versão estática enquanto detenção de riqueza, de património mas também na vertente dinâmica de rendimento enquanto fluxo de riqueza periódica.

Os conceitos de desigualdade e pobreza foram introduzidos sobretudo quando surge a economia social, cujo precursor foi Sigmund Sismondi mas cuja influência da doutrina social da igreja é decisiva.

Veio opor-se à ideia da doutrina económica clássica, assente no paradigma liberal do *laissez-faire*, acreditando-se que o simples jogo de mercado garantia a justiça na repartição dos rendimentos. Mas, de facto, assim não é e a doutrina marxista ajudou bastante para chamar à atenção para as debilidades da repartição e da distribuição nas sociedades capitalistas. Parte daqui a ideia de que a economia não podia deixar de lado questões sociais, formando-se o ramo da economia social.

De facto, a desigualdade de rendimentos é a razão fundamental para a redistribuição. E dentro dessa desigualdade, a pobreza e a análise das suas causas é determinante para a adequação da redistribuição.

A primeira grande causa de pobreza inicia-se na repartição, ou seja, na diferença da distribuição da propriedade. Repare-se que a distribuição inicial, constituída quer pela herança mas também pela remuneração dos factores, é decisiva para definir um ponto de partida mais ou menos confortável.

O ter ou não propriedade é um factor objetivo: ou se detém ou não a riqueza, o rendimento, o património. Logo, a detenção de propriedade levará a uma vantagem objetiva de quem a detém comparativamente com os que não detêm qualquer propriedade. Assim, a detenção da propriedade é determinante para que uns sejam mais ricos que outros criando a maior desigualdade inicial⁶⁰².

⁶⁰¹ Cfr. José Joaquim Teixeira Ribeiro, “A Política Financeira de Redistribuição”, Boletim de Ciências Económicas volume XXV, 1982, p. 201 e ss

⁶⁰² Na obra marxista esta ideia de desigualdade da distribuição da propriedade veio a ser determinante para fundamentar políticas de expropriação, nacionalização de património a ser explorado de forma mais equitativa a favor dos desfavorecidos. A própria obra de Thomas Piketty, já deste Século XXI, retorna à ideia de distribuição desigual da propriedade para fundamentar as grandes desigualdades que depois se esbatem com a passagem de gerações que, predominantemente, vão diminuindo o valor acrescentado dessa fortuna inicial. A fundamentação desta desigualdade e incapacidade de criação de valor acrescentado reconduz a uma necessidade de intervenção do Estado, por via do sistema tributário, redistribuindo a riqueza numa quase tentativa de salvamento do rendimento marginal da propriedade. Não só criaria maior redistribuição como aumentaria a relação custo benefício marginal da operação de redistribuição.

Outra causa de desigualdade, diz respeito à “pobreza voluntária”, ou seja, o não aproveitamento de oportunidades. Nem tudo na pobreza é atribuível a desigualdades de oportunidades ou a falhas de mercados dos factores, sendo que pode resultar de escolhas, mais ou menos informadas, mas que são escolhas livres. Por exemplo, a escolha de não procurar emprego, de deixar de estudar precocemente, de não desempenhar tarefas enquanto empregado, etc..

A própria ideia de que um subsídio, temporário e limitado, é suficiente no imediato pode levar a que se percam oportunidades que são irrecuperáveis, levando, lá está, a uma manutenção e agravamento da situação de pobreza em momento posterior.

Existem ainda factores profundos de pobreza associados a determinadas classes sociais, que dificilmente conseguem ultrapassar essa situação. De facto, existem comunidades que, por motivos de isolamento, sem acesso a bens de primeira necessidade, ou sociedades estratificadas, que levam a que situações de pobreza se prolonguem. São situações de pobreza estrutural, paradigma que apenas se altera se existir uma mudança radical da estrutura da sociedade e que se superassem esses nichos de pobreza.

Depois existe ainda uma outra causa de pobreza decorrente da própria opção de redistribuição. Isto porque o Estado, quando retira a uns para entregar a outros, fá-lo numa ponderação entre a justiça e eficiência⁶⁰³.

Para se prosseguirem alguns objetivos de justiça social há necessidade de se ir buscar recursos produzidos no mercado, sendo usualmente utilizado o mecanismo tributário para obtenção de maior receita pública. A questão é que o sucessivo aumento de impostos levará ao desincentivo.

Assim, a maior justiça vai ser feita à conta de alguma eficiência, pelo que é fulcral a existência duma definição clara de objetivos prosseguidos, bem como um equilíbrio dos mesmos para que se mantenham os objetivos de eficiência e de justiça sem quebra de incentivos.

Conforme ensina José Joaquim Teixeira Ribeiro⁶⁰⁴, *“Interessa, todavia, saber se a redistribuição não prejudica a produção e, portanto, o desenvolvimento económico. Ora, a produção depende da força de trabalho e do capital, isto é, do aforro investido a que a força de trabalho se aplica. Interessa, pois, saber a influência que a redistribuição exerce sobre os incentivos ao trabalho, ao aforro e ao investimento. Essa influência tem de ser vista no ponto de partida, ao nível dos impostos que o Estado cobra para distribuir de novo, e no ponto de chegada, ao nível dos rendimentos de novo distribuídos.”*

Aliás, a discussão sobre o nível de impostos, mormente sobre os salários, já não é nova. A ideia de que um imposto sobre o salário, que reduz o rendimento disponível dos trabalhadores, acarreta que tipo de reação? Será que trabalham menos porque o ócio acarreta menor custo (efeito-substituição) ou prevalece o efeito-rendimento e passam a trabalhar mais para repor ou reconstituir o rendimento primitivo?

A questão é que existem diversas variantes que não estão apenas relacionadas com a carga fiscal, mormente a possibilidade de fuga ou evasão fiscal, padrões comportamentais tais como o prestígio profissional ou progresso de carreira.

⁶⁰³ O já referido dilema nas decisões de intervenção do Estado na economia, em que pode optar por políticas de eficiência ou de justiça, designado por *big trade-off*.

⁶⁰⁴ Cfr. José Joaquim Teixeira Ribeiro, *“A Política Financeira de Redistribuição”*, Boletim de Ciências Económicas volume XXV, 1982, p. 202 e ss.

Também um imposto sobre juros pode levar a maior ou menor aforro, sendo que no caso de grandes prestamistas a tendência será a de uma propensão marginal ao aforro decrescente.

Há contudo uma análise importante a efetuar não apenas ao comportamento dos que se vêm espoliados de parte de rendimento mas também dos que recebem esse rendimento e qual o seu comportamento. E se será a redistribuição um mecanismo de desenvolvimento económico.

É que o efeito da redistribuição será bastante diferente consoante o nível de desenvolvimento da sociedade em que ocorre, pois o incentivo é diferente. No caso de situações em que existe uma melhoria de serviços e bens públicos ou semipúblicos, essa melhoria pode representar uma descida do custo do ócio, e por isso incentivar ao mesmo, ou pode provocar um incentivo ao aumento do trabalho para alcançar uma condição de vida substancialmente melhor.

Assim vistas as coisas, em casos de países com melhores condições, o aumento da redistribuição pode levar não a um incentivo ao trabalho mas antes a um baixo custo do ócio, não se afigurando, neste caso um benefício ao incentivo económico.

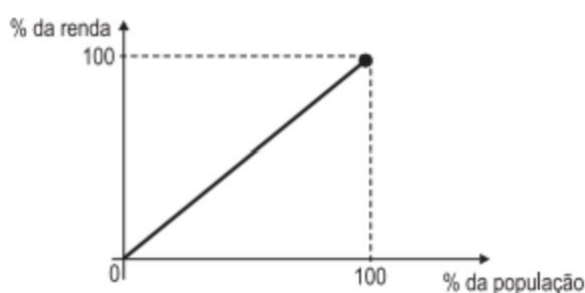
Contudo, sem dúvida que a redistribuição não se afigura desaconselhável atendendo a outro tipo de conceitos, tais como coesão social e territorial, segurança, educação.

Não será profícuo tentar encontrar uma medição exata para a pobreza. Mas há, contudo mecanismos e instrumentos analíticos para podermos entender os níveis de desigualdade decorrentes da repartição.

iii) Parâmetros da desigualdade: mecanismos de medição, instrumentos analíticos

Se o rendimento fosse distribuído de forma absolutamente igualitária, teríamos a certeza de que cada pessoa receberia uma parcela de rendimento exatamente igual à de outra.

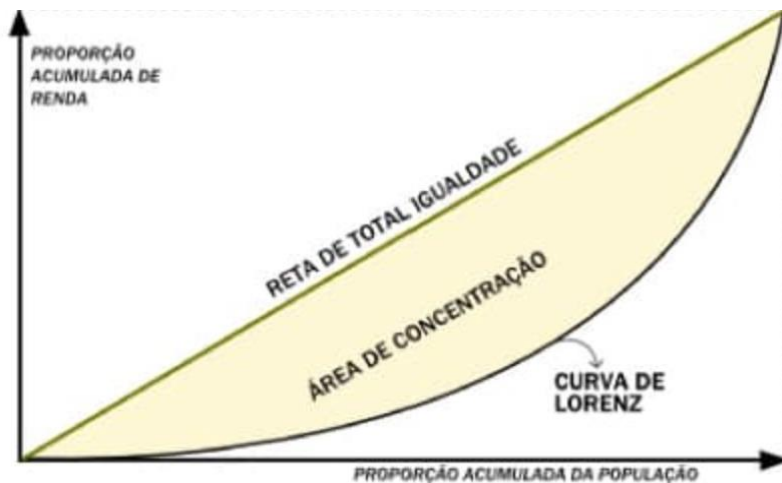
Nestes termos, se a distribuição da riqueza for perfeitamente igualitária, significa que, numa análise em que se relacione o rendimento com a totalidade da população, 20% da população estaria a receber 20% do rendimento, 40% da população estaria a receber 40% do rendimento e assim por diante. Esta representação pode ser feita por via duma reta igualitária:



Contudo, esta reta igualitária apenas nos mostra graficamente o ideal da divisão igualitária de rendimento pela população, não sendo senão um padrão, um modelo para avaliação da realidade.

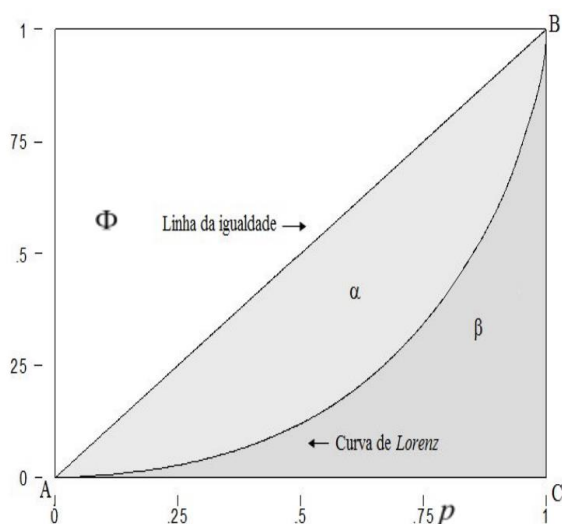
E a realidade existente é demonstrada por outro tipo de gráfico, no caso a curva de Lorenz que procura ilustrar a desigualdade existente na distribuição do rendimento entre as famílias numa determinada economia ou sociedade. Este gráfico consiste num diagrama em que num dos eixos é colocada a variável Rendimento e no outro a População, ambos representados por classes

percentuais. Nesse diagrama é então representada uma linha representativa da percentagem de rendimento que cabe a cada grupo da população, o que permite fazer uma leitura do tipo: “os x% da população mais pobre detêm y% do total de rendimento”. Quanto mais afastada da diagonal estiver esta linha, maior é a concentração do rendimento, ou seja, maior será a desigualdade na repartição do rendimento entre as famílias.



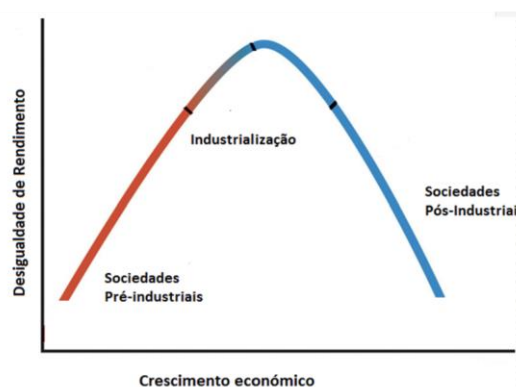
Uma vez que a curva de Lorenz representa a efetiva divisão de rendimento em determinada sociedade, quanto mais a mesma se afastar da reta igualitária, quanto maior a área de concentração, maior é a desigualdade dessa sociedade.

O Coeficiente de Gini vem medir a área de concentração. Assim, o valor do coeficiente de Gini vai ser encontrado da seguinte forma: O índice de Gini é definido como o quociente entre a área de desigualdade representada por α e a área do triângulo ABC:



O Coeficiente de Gini vai de 0 a 1, sendo que quando se aproxima de 1 significa que a sociedade é mais desigual. Nos países desenvolvidos, o índice de Gini ronda os 0,3 a 0,4.

Outro instrumento analítico é a curva de Kuznets, com uma configuração campanular e que relaciona a desigualdade e o crescimento económico.



O ponto inicial será zero, sendo que a desigualdade vai aumentando à medida que aumenta o crescimento económico. Há, pois, uma primeira fase em que o aumento do crescimento económico acarreta maior desigualdade, até que a desigualdade começa a diminuir a partir de determinado nível de desenvolvimento. Quando a sociedade se torna mais rica, com maiores recursos, a tendência é efetivamente resolver as suas questões sociais, sendo possível utilizar mais mecanismos de distribuição de rendimento.

Acresce que numa sociedade em que existe maior prosperidade, em que os recursos são maiores, a própria redistribuição é mais fácil de implementar devido ao elevado conforto que a população passa a deter, resultante duma repartição que é, por si só, também ela mais igual. Assim, partindo duma situação de repartição em que já existe maior igualdade, a redistribuição passa a ser meramente de acerto atendendo às preocupações de justiça social.

De referir ainda, mesmo que de forma paralela, outro instrumento analítico da desigualdade que, desta feita tem em atenção considerações sociais. Referimo-nos ao Índice de Atkinson, que é um indicador de desigualdade que tem em consideração o grau de aversão à desigualdade da sociedade ou do poder político.

Num caso extremo, inexistente aversão à desigualdade, independentemente da distribuição de rendimento que exista. Neste caso, uma unidade marginal de rendimento adicional gera o mesmo acréscimo de bem-estar individual, independentemente do nível de rendimento. Assim, qualquer redistribuição não provoca qualquer melhoria.

Quando existe alguma aversão à desigualdade então é porque se pode constatar que se o rendimento fosse igualmente distribuído o nível de bem-estar claramente seria superior.

A operacionalização deste índice leva a que se perceba quanto maior é a aversão à desigualdade. Assim, por exemplo se ao transferir 10 € dum rico para um pobre a proporção que se aceita da perda da transferência for, por exemplo 2, isso representa que, no máximo, se aceita um custo relacionado com a redistribuição de 20%. Quanto maior for essa percentagem maior é a aversão à desigualdade, estando os indivíduos mais abertos a assumir maiores custos com a redistribuição.

Existem depois outros instrumentos analíticos sobretudo para definição de rendimentos mínimos ou limiares de pobreza. Esses limites já são vistos de forma casuística e com padrões internacionais, mormente atendendo a padrões de rendimento mediano em determinada sociedade.

Repare-se que a pobreza e a desigualdade não são conceitos idênticos, pelo que a sua análise e instrumentos de avaliação são necessariamente diferentes⁶⁰⁵.

A pobreza absoluta define-se usualmente a partir dum limiar monetário, abaixo do qual a família ou indivíduo é considerado pobre. Este conceito tem pouco a ver com uma distribuição de rendimentos mas antes a expressão monetária de um cabaz de bens e serviços mínimos.

A desigualdade já é avaliada atendendo a uma norma de igualdade. Ou seja, existe uma situação padrão de igualdade e a desigualdade é avaliada atendendo ao desvio desse padrão.

Geralmente, a maior confusão gera-se com o conceito de pobreza relativa, ou seja, a avaliação da situação de pobreza é efetuada de forma subjetiva, atendendo aos padrões de bem-estar médios de determinada sociedade. Nesses casos há uma avaliação comparativa.

Assim, a avaliação da taxa de pobreza, ou a proporção de indivíduos pobres no total da população, pode não ser consistente com os níveis de desigualdade que se possam alcançar por via de elementos analíticos.

De qualquer forma, a retificação de resultados feita pela redistribuição – e mesmo até pela própria repartição – tem vindo a ser feita sobretudo pelo Estado atendendo às conceções de justiça que, a cada momento existe na sociedade. E essa conceção de justiça – a par da evolução do conceito de eficiência – é que tem vindo a dominar o *big trade-off*, o dilema entre eficiência e justiça.

iv) A ponderação de justiça: desenvolvimento do conceito e conceções.

As conceções de justiça pendem entre as que são mais igualitárias ou de assento tónico na liberdade individual.

Há, contudo, dois grandes eixos distintivos das conceções de justiça, a saber a justiça de resultados em contraposição à justiça dos meios. Façamos desde já uma brevíssima diferenciação destes dois grandes eixos para depois analisarmos, com a síntese possível e necessária, a evolução do conceito de justiça.

Assim, em primeiro lugar, a *conceção de justiça dos resultados* – processo para se alcançar um melhor resultado final - que se divide em duas grandes correntes:

i) A perspetiva utilitarista, que advém dos pensadores do Século XIX, em que se pretende a maximização do bem-estar geral. Nesta perspetiva, a sociedade ficará melhor quando há uma distribuição de riqueza de quem tem uma utilidade marginal menor – da última dose de rendimento – transferindo-a para ⁶⁰⁶quem tem menos rendimento e que irá atribuir maior utilidade a essa dose. Esta ideia, que tem subjacente a Lei de Gossen sobre a utilidade marginal decrescente, fundamenta, por exemplo, a ideia de progressividade dos impostos, de forma que se retire parte do rendimento que tem menor utilidade para distribuir essa parcela a quem tem menos rendimento e atribui maior utilidade a essa dose de rendimento.

⁶⁰⁵ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 148 e ss.

⁶⁰⁶ Temos aqui uma versão do princípio da equimarginalidade numa versão ampla, no sentido de exponenciar a utilidade marginal das doses, neste caso, de rendimento. Assim, dá-se a transferência da dose de rendimento para quem exponencie a utilidade da mesma de forma a aumentar o bem-estar geral, aumentando-se a utilidade total.

ii) A perspectiva Rawlsiana, assente na doutrina de John Rawls, filósofo norte-americano, que veio defender uma distribuição igualitária de bens básicos combinada com uma distribuição diferenciada para os mais pobres. Sendo contratualista – recuperando a ideia de contrato social de Rousseau – Rawls coloca-nos perante uma situação inicial onde existiria um *véu de ignorância*, em que todos partiriam duma situação totalmente igualitária. Se assim fosse, o que se desejava sero a não existência de perdas máximas, ou seja, pretendia-se fugir à pobreza. E seria este o ponto de partida para a legitimação duma política redistributiva: todos teriam acesso a bens básicos, escola, saúde, segurança⁶⁰⁷, para, depois, serem retificadas as situações de injustiça – e por isso o auxílio aos mais necessitados, com um tratamento diferenciado – aumentando exponencialmente o bem-estar final.

Por outro lado, a *conceção de justiça de meios*, já assenta na justiça do processo: se os meios utilizados forem justos, então o resultado também vai ser justo. Esta conceção está muito relacionada com a escola austríaca de Hayek⁶⁰⁸ e desenvolvido por Nozick que vê a justiça como um processo, em que durante o mesmo há que garantir meios iguais para que o resultado seja, em si mesmo, justo.

Já fizemos uma abordagem breve sobre a evolução do conceito de justiça. Desta feita, o périplo que se pretende fazer é sobre a redistribuição, aliada ao conceito de justiça e sua evolução. Tal exposição vai sobretudo tornar mais consistente a fundamentação da intervenção do Estado feita pelos motivos de justiça. É que se por um lado os problemas de falta de eficiência relevam para uma intervenção do Estado no jogo de mercado, a consciência social, a ideia de justiça e distribuição são bodes expiatórios para muitas das intervenções do Estado no mecanismo de funcionamento de mercado.

O problema de base que o Estado quer resolver deixa de ser uma questão de falta de eficiência para passar a ser uma decisão social com implicações em termos económicos. Façamos, por isso, uma breve análise sobre este conceito de justiça que tem influência económica de relevo.

Para a escola clássica, o problema económico relevante seria a riqueza das nações. Assente na ideia de racionalismo perfeito, livre-cambismo e na junção dos vários egoísmos individuais, o aumento das trocas – que são um jogo de soma positiva, provocando bem-estar associado à mesma – levaria necessariamente à satisfação de mais necessidades e, consequentemente, ao aumento do bem-estar geral⁶⁰⁹.

A ordem natural existente, o egoísmo individual, levaria ao aumento da felicidade, não sendo necessária a intervenção do Estado. Assim, o funcionamento do mercado produziria o melhor resultado, o resultado que potencia o bem-estar. O mecanismo perfeito do mercado, descrito por Adam Smith como mão invisível, leva a que cada agente encontre no mercado forma de satisfazer a sua necessidade.

Ora, esta situação levaria, por si só, a que não se tivesse qualquer preocupação de distribuição secundária, teoria que foi amplamente apoiada pelos desenvolvimentos de David Ricardo sobre a repartição das remunerações dos três grandes factores de produção por três grandes classes.

A teoria da renda de David Ricardo, embora catastrofista, conduz a uma constatação de remuneração, por via de mercado, dos factores, por via de cobertura dos custos de produção.

⁶⁰⁷ Também designados de bens de mérito

⁶⁰⁸ Considerado por muitos como o pai do “novo” liberalismo.

⁶⁰⁹ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas”, AAFDL, 2002, p. 11 e ss..

Assim, na concepção clássica, a ideia de redistribuição é inadmissível pois o rendimento seria distribuído por via da repartição⁶¹⁰.

Na *Teoria dos Sentimentos*, Adam Smith acaba por abordar a justiça mas sempre no sentido de justiça comutativa e não distributiva. Aliás, a ambição do Homem não seria a de entrega generosa e fraterna à Humanidade de bens e serviços mas antes uma matriz de egoísmo. Mesmo a caridade seria um ato de amizade ou piedade, voluntárias mas sem qualquer benefício paretiano.

O utilitarismo clássico⁶¹¹ trouxe a ideia naturalista de que a sociedade estaria bem ordenada e seria, portanto, justa. Citando John Rawls⁶¹², *“A ideia central é a de que a sociedade está bem ordenada e, portanto, é justa quando as suas instituições principais estão ordenadas de forma a conseguir a maior soma líquida de satisfação, obtida por adição dos resultados de todos os sujeitos que nela participam.”*

No que concerne à justiça, o utilitarismo importa-se apenas com a soma de satisfações e não com a distribuição das mesmas. A distribuição correta ou eficiente será a que produz máxima satisfação, nivelando-se as utilidades marginais entre todos os indivíduos.

Para Stuart Mill é justo que uma pessoa receba aquilo que merece e haverá mérito sempre que a atuação do sujeito seja boa⁶¹³.

As correntes neoutilitaristas deixam de apresentar a utilidade como medida de satisfação mas antes como forma de representar as escolhas dos agentes económicos. E por isso se recupera a ideia de utilidade cardinal que tinha sido descartada⁶¹⁴.

Segundo Harsanyi, a utilidade cardinal pode ser utilizada para concretizar uma distribuição mais equitativa do rendimento e perante escolhas que envolvam uma certa dose de risco.

Para este autor, as opções que os indivíduos tomam nem sempre pressupõe o conhecimento das suas capacidades, pelo que a decisão que tomam será a mais racional perante o risco, o desconhecimento sobre a posição que podem vir a ter na sociedade. É, por isso, uma decisão imparcial.

A intensidade de aversão ao risco fará com que ou se busque uma utilidade média o mais elevada possível – no caso de ausência de aversão a risco – ou de uma distribuição – em caso de aversão ao risco – que vai favorecer os mais pobres mesmo que isso ponha em causa a maximização da utilidade média.

⁶¹⁰ Cfr. Soares Martinez, *“Economia Política”*, Almedina, 1995, p. 747 e ss. Contudo, como bem refere Soares Martinez, Stuart Mill aceitando o intervencionismo na repartição levava a admitir que pudessem existir limitações impostas à renda, juros e salário, logo desvirtuando o resultado da repartição pura e tendo, necessariamente, repercussões ao nível da distribuição.

⁶¹¹ Que tem John Stuart Mill como principal precursor.

⁶¹² Cfr. John Rawls, *“Uma Teoria da Justiça”*, 5ª Edição, Editorial Presença, 2021, p. 41 e ss. De referir que o autor faz uma abordagem ao utilitarismo clássico exatamente para depois construir uma teoria de justiça alternativa. Rawls faz bem a distinção entre utilitarismo e contratualismo, reforçando a sua concepção de retorno à ideia Lockiana de contrato social.

⁶¹³ A utilidade, vista por Mill assenta muitas vezes na consciência de humanidade, na sucessiva construção de elos sociais.

⁶¹⁴ Na corrente utilitarista clássica, a utilidade, enquanto valor subjetivo dum bem, não teria correspondência cardinal mas apenas uma hierarquização. O neoutilitarismo veio relançar este assunto.

Esta perspetiva faz com que o bem-estar acaba por ser uma questão de jogo de sorte ou azar, tal como apostar numa lotaria. Por isso, mesmo para o utilitarismo mais moderno, a própria intervenção do Estado em termos de redistribuição será uma questão de sorte, sendo que há uma espécie de lotaria do governo: uns serão beneficiados outros nem por isso e cada um fará com esse benefício o que melhor entender.

Não esquecendo que para os utilitaristas o que importará será a busca da felicidade, mesmo que se maximizem as utilidades e se pretenda, por via e com o fundamento na utilidade marginal decrescente, fazer uma redistribuição, nada garante que assim se maximize o bem-estar⁶¹⁵.

A questão da redistribuição e mesmo o conceito de justiça, sofreu ainda natural influência da doutrina social da Igreja. *“A igreja considera que o ser humano, a família, os corpos intermédios, não são capazes de chegar ao seu pleno desenvolvimento, tornando com isso necessárias as instituições políticas, cujo fim é permitir o acesso aos bens materiais, culturais, morais e espirituais. O Fim da vida social é o bem comum historicamente realizável. Os mandamentos não roubarás e não cobiçarás, constituem a assunção de um direito universal à propriedade a qual, já no pensamento de Tomás de Aquino servia uma função social de promoção da paz, da ordem e da exaltação individual”*⁶¹⁶

Existiu, portanto, desde cedo a ideia de que o Estado deve ajudar ao desenvolvimento social e à melhoria de acesso aos bens mais essenciais. Contudo, a doutrina social da igreja encoraja ainda os cidadãos a tornarem-se cada vez mais ativos nas questões sociais uma vez que constitui uma virtude formadora de carácter que se deve materializar em ações, instituições e associações civis de auxílio a quem mais necessita. Há, pois, um incentivo à redistribuição voluntária, encarnada na virtude da caridade.

A igreja defende ainda que o bem-estar económico dum país não se mede apenas pela quantidade de bens produzidos mas como são produzidos e o grau de equidade na distribuição dos rendimentos, defendendo uma justiça comutativa e social.

Por muita influência que a doutrina social da igreja possa ter tido ao longo dos anos, os Estados – geralmente laicos – e as economias não se deixaram influenciar de sobremaneira pelos argumentos socializantes de caridade.

Há, contudo, duas grandes vertentes que vieram alterar com relevância o conceito de bem-estar e da própria justiça: i) as chamadas escolas do bem-estar, com o aparecimento da *welfare economics*; ii) o socialismo em que preponderava uma visão de igualdade.

A economia do bem-estar trouxe a avaliação deste atendendo não apenas ao bem-estar económico mas também de distribuição.

Arthur Cecil Pigou, um dos mais destacados autores da *welfare economics*, relevou a produção, sendo que o crescimento da produção agregada aumentaria o bem-estar económico, e a distribuição, desenvolvendo o conceito de *satisfação*. A *satisfação*, enquanto sensação de saciedade de necessidades, leva a que o indivíduo a pretenda alcançar. Assim, a propensão para a satisfação leva à conclusão de que o bem-estar será tanto maior quanto maior a igualdade.

⁶¹⁵ Entenda-se o bem-estar de forma hedonista, na busca da felicidade que é, necessariamente, de valor subjetivo.

⁶¹⁶ Cfr. João Ricardo Catarino, em *“Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”*, Almedina, 2008, p. 207 e ss

Ora, esta premissa pode não ser completamente certa uma vez que há diferentes propensões por parte dos indivíduos para a satisfação das suas necessidades. Assim, esta abordagem pigouviana não é conclusiva quanto à distribuição secundária mantendo-se apenas as premissas relativamente à repartição do rendimento.

Por outro lado, Vilfredo Pareto desenvolveu, por via da concretização do ótimo ou da eficiência, a melhor forma de maximizar o bem-estar social. Assim, existirá uma maximização do bem-estar social caso não seja possível melhorar a situação de nenhum indivíduo sem prejudicar a situação de qualquer outro.

Assim, todas as decisões adotadas por um governo que beneficiam algumas pessoas sem prejudicar outras serão melhorias paretianas. Contudo, este critério é individualista, atendendo apenas ao bem-estar de cada pessoa e não o bem-estar relativo, sendo alheio a considerações de justiça social.

A partir dos anos 30 do Século XX, refunde-se a economia de bem-estar com autores como Kaldor, Hicks, Bergson – e as suas funções de bem-estar – e ainda Samuelson, que assenta a ideia de bem-estar nos chamados *estados coletivos*, que são conjuntos de utilidades de cada indivíduo, o trabalho que cada um desenvolve e recursos que aplica numa atividade produtiva e o conjunto de atividades coletivamente desenvolvidas. Esses estados coletivos podem ser ordenados por cada indivíduo de acordo com *gostos ou preferências* em caso de consumo ou de acordo com *valores* no caso de critérios de equidade⁶¹⁷.

A ideia de *função de bem-estar* surge neste contexto, e traduz as preferências dos indivíduos de uma dada coletividade, não só em relação ao seu bem-estar como também à distribuição de utilidades entre os seus membros. Este conceito define-se a partir da ideia de escolha coletiva, ou seja, das opções que, em conjunto, os membros duma dada sociedade têm de realizar.

Ora, esta ideia assume especial relevo nas tomadas de decisão em matéria de medidas redistributivas. De qualquer forma, existem diversas correntes sobre o preenchimento da função de bem-estar e em concreto do conceito de justiça social.

A teoria das escolhas coletivas define-se como estudo económico dos processos de decisão individuais ou coletivos exteriores ao mercado, aliando ao estudo da ciência económica a ciência política. O objeto de estudo é a compreensão das decisões humanas de natureza não económica mas analisados de forma e com metodologia económica⁶¹⁸.

A Escola da Virgínia, com nomes como Arrow, Buchanan, Tullock ou Downs focou-se sobretudo nos métodos de votação, possibilidade de agregação das preferências individuais em coletivas, motivações e comportamentos de políticos, eleitores, burocratas e grupos de interesse, e princípios fundamentais da elaboração de normas constitucionais.

Depois, a Escola de Chicago, lança-se noutros domínios tais como o casamento, divórcio, crime, discriminação, etc..

⁶¹⁷ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “A Redistribuição Económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas”, AAFDL, 2002, p. 30 e ss..

⁶¹⁸ Cfr. Abel Costa Fernandes, “Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Coletivas”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 206 e ss.

Metodologicamente, a teoria das escolhas coletivas concentra-se no comportamento do indivíduo enquanto entidade racional egoísta, que tem um comportamento na *polis* semelhante ao que tem no mercado.

As vertentes das teorias da *public choice* assumiram imensas variáveis, não só atendendo àquilo que são as preferências dos votantes, burocratas ou eleitos mas ainda nas consequências e fundamentos das falhas de governação ou de intervenção do Estado. Afinal, quantas vezes o Estado, na sua ânsia intervencionista, não produz resultados ainda mais desequilibradores.

A influência do marxismo foi também determinante para a conceção da ideia de justiça e do igualitarismo.

A teoria marxista remove do custo de produção todos os custos que não estejam associados ao trabalho. O valor dos bens é, portanto, o trabalho nele incorporado logo a remuneração do trabalho tem de ser integral, ou seja, o resultado integral da produção caberá ao trabalho⁶¹⁹. Por isso mesmo a importância da coletivização dos meios de produção, com vista a uma distribuição mais igualitária.

A ideia de coletivismo opõe-se ao egoísmo liberal, devendo cada um depender exclusivamente das suas qualidades individuais, iniciativa e atividade. O trabalho é um critério fundamental.

A teoria marxista influencia profundamente a ideia de justiça, passando a assentar numa visão solidária da sociedade, devendo repartir-se os bens e recursos existentes pelos indivíduos que a constituem.

Contudo, a redistribuição da riqueza supunha uma alteração do sistema, por via de revolução, na visão marxista. Tal levou a um revisionismo, com o aparecimento de diversas correntes com princípios de base na liberdade, defesa da propriedade e iniciativa privada, mas querendo aprofundar a redistribuição económica.

De relevar o *fabianismo*, decorrente de autores como George Shaw e Sidney Webb, que, conjuntamente com Bernstein, foram precursores do *welfare state* na sociedade capitalista, tendo sido por muitos considerado como o sistema perfeito.

Já nos anos 60 do Século XX, a *nova esquerda* refunda-se num cariz providencial, tendo-se atingido o apogeu das medidas redistributivas com um Estado Providência.

Contudo, estas novas vertentes do socialismo trouxeram outras constatações, tais como que o crescimento económico não promove automaticamente uma distribuição equitativa de bem-estar e de oportunidades. Há, por isso, que tratar ainda os conceitos de igualdade criar as oportunidades ou colmatá-las. E aqui há uma obrigação, um dever moral da própria sociedade e do Estado em o fazer.

O modelo keynesiano veio revolucionar a forma como os mercados e a economia são encarados, tendo determinado o nascimento da macroeconomia. A preocupação de assegurar a eficiência do funcionamento do mercado, tradicionalmente estudada pela economia clássica, passa a ser acompanhada duma visão mais ampla – a macroeconomia – que visa a obtenção de um alto nível de emprego.

Ora, Keynes constrói o seu modelo pós grande depressão, ou seja, pós queda do ideário das teorias tradicionais relativas ao funcionamento mecânico do mercado. Para além de tal ter

⁶¹⁹ Cfr. Soares Martinez, *“Economia Política”*, Almedina, 1995, p. 751 e ss.

falhado, não pode rejeitar-se o controlo governamental. Inicia-se, portanto, um novo intervencionismo em que o Estado passa a ser motor da prosperidade económica.

Mas esta vertente não está isenta da crítica associada sobretudo ao aumento desmesurado da despesa pública, acompanhada dum aumento da inflação a qual gera distorções nas oportunidades de obtenção de ganhos, provoca alterações no funcionamento dos mercados.

Esta displicência relativamente ao aumento de despesa pública foi sendo fortemente criticada pelas correntes liberais que invocam uma questão de responsabilidade e moralidade relativamente ao Estado despesista: numa economia onde funcionem políticas democráticas o escrutínio e responsabilização é fundamental.

Mas a redução de despesa pública acarreta ainda uma redução da redistribuição. Mas a intervenção do Estado, conforme realmente se verificou, relevou-se negativa do ponto de vista da eficiência na afetação de recursos ou até mesmo na redistribuição de rendimentos. Existiram falhas de governação, e não se pode deixar que o *Leviathan* engula o sector privado, reduzindo ou eliminando liberdades.

Surge, portanto, a contraposição entre a economia governamental, centralizada e planificada onde o cariz redistributivo está assente na coercibilidade e serve para atenuar ou eliminar desigualdades, e a economia não governamental, assente na voluntariedade e eficiência, com respeito pelas liberdades, direitos de propriedade e em que se obedece à soberania do consumidor.

As economias reais cumulam aspetos destas duas vertentes. As decisões económicas ora são tomadas no mercado ou então envolve um processo de decisão política. E é aqui que voltamos a ter as teorias da escolha pública a funcionar, com o estudo quer das preferências mas também o estudo das falhas de governação.

E o conceito de justiça e de redistribuição está aqui também em análise quando se verificam, por exemplo, quais as decisões, as escolhas, as preferências, dos eleitores, políticos e decisores: quando é que o “altruísmo” abunda e um governo se torna mais despesista, se os ciclos eleitorais não influenciam medidas redistributivas, etc..

Contudo, existem normas, regras gerais que são adotadas e que se mantêm como *guidances* da ação política que se inscrevem nas constituições. E o nível de redistribuição na sociedade dependerá ela própria do nível de intervenção que o Estado terá na economia. Uma economia não governamental assenta geralmente no princípio da capacidade contributiva e por isso cada um contribui para a redistribuição de acordo com os seus rendimentos. Mas numa economia mista ou governamental, esta voluntariedade pode ser mitigada com ações do Estado, coercivas, tendo em vista o combate da desigualdade.

O conceito de igualdade também foi-se desenvolvendo e a própria consagração do mesmo ajudou à alteração das visões de justiça. A própria redistribuição passa a estar fundada numa perspetiva de igualdade, no caso, de igualdade de oportunidades que permitisse a todos ter uma base minimamente equitativa. A saúde, a escolaridade, o acesso aos cuidados básicos, financiados pela redistribuição, são essenciais para a garantia do cumprimento do princípio da igualdade: todos têm a mesma dignidade social e ninguém deve ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado em razão de qualquer situação ou condição. Todos são iguais e também economicamente se devem garantir padrões de igualdade.

Para finalizar este capítulo relativamente às concepções de justiça e redistribuição, há que referir cinco autores que nos parecem ser essenciais na análise que hoje se faz da justiça e redistribuição. Não nos vamos deter longamente pelos riquíssimos contributos que deram a este tema mas apenas referir o essencial que, em nossa opinião, conduz à influência da visão sobre a justiça e sobre a redistribuição.

A recuperação do liberalismo com John Rawls

Já aqui referimos brevemente a teoria de Rawls relativamente à justiça. Contudo, o seu contributo foi fortíssimo, sendo incontornável a sua teoria da justiça. Vejamos:

John Rawls recupera o contratualismo e o liberalismo mas desta feita com nuances muito peculiares, dando argumentos aos liberais para a defesa dum Estado de Bem-estar. Até então liberalismo e estado de bem-estar pareciam ser incompatíveis.

Rawls utiliza o artifício da *situação inicial ou posição original* como base para construir sua ideia de justiça equitativa. Esses dois termos servem de alusão ao estado de natureza da teoria contratualista mas para extrapolar conclusões diferentes. Assim, a *posição inicial* servia para especular como os princípios de justiça são escolhidos nessa situação inicial hipotética da sociedade. Esses princípios servem justamente como estrutura básica das instituições políticas, eles operam como ordenadores dos acordos subsequentes⁶²⁰.

A *posição original* aqui serve como uma situação hipotética em se se estabelecem entre indivíduos um conjunto de princípios básicos sobre justiça. Esta situação hipotética inicia-se num ponto neutro a que Rawls designa de *véu da ignorância* em que os indivíduos não sabem e nem podem saber nada sobre as situações que teriam vantagem ou desvantagem, sobre riqueza, sobre sua cor, seu sexo, suas capacidades biológicas ou mentais, sob a situação que vai nascer, ou a religião e preferências morais que vai possuir, etc. A intenção é inexistir parcialidade na escolha dos princípios, sendo a escolha equitativa⁶²¹.

No seu percurso, Rawls vai fazer derivar em dois grandes princípios básicos da justiça: 1) liberdade igual; e 2) igualdade democrática, a qual se ramifica em dois componentes: a) princípio da diferença; e b) princípio da oportunidade justa.

O princípio da liberdade igual consiste na atribuição dos direitos e deveres fundamentais ser igual para cada um. Ou seja, a sociedade deve assegurar a liberdade máxima para cada indivíduo e que seja compatível com a liberdade de todos os demais. Este é o princípio prioritário.

O princípio da igualdade democrática delimita que as desigualdades sociais e económicas devem ser ordenadas de maneira que ao mesmo tempo possam beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade e sejam ligadas a cargos e posições em condições igualitárias e justas de oportunidades. Este seria o princípio a prosseguir a seguir ao anterior, de forma sequencial.

Dessa forma, a justiça equitativa é fruto da busca de um ideal de justiça que consiga, de certa forma, neutralizar as contingências, circunstâncias sociais e biológicas (no que se refere as habilidades naturais que deem vantagens em alguma instância ao indivíduo), as quais são arbitrárias de um ponto de vista moral.

⁶²⁰ Cfr. John Rawls, *“Uma Teoria da Justiça”*, 5ª edição, Editorial Presença, 2021, p. 107 e ss.

⁶²¹ Cfr. John Rawls, *“Uma Teoria da Justiça”*, 5ª edição, Editorial Presença, 2021, p. 120 e ss.

Assim, ao retomar a figura do contrato social como método, Rawls não tem como objetivo fundamentar a obediência ao Estado (como na tradição do contratualismo clássico de Hobbes, Locke e Rousseau) mas antes liga-se a Kant (construtivismo kantiano), e a ideia do contrato é introduzida como recurso para fundamentar um processo de eleição de princípios de justiça.

A justiça, para Rawls, abrange a Liberdade - cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que sejam compatíveis com um sistema de liberdade para as outras – e a Igualdade - as desigualdades sociais e económicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (princípio da diferença), e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (princípio da igualdade de oportunidades).

Estes princípios de justiça, na perspectiva rawlsiana iriam influenciar todo o funcionamento das instituições básicas e direcionar a sociedade necessariamente para escolhas redistributivas de riqueza, por ser uma necessidade de equidade, de justiça.

Liberalismo humanista de Amartya Sen

A visão individualista de justiça ou até a junção das várias concepções de justiça decorrentes das escolhas ou preferências desaparece com Sen. O autor faz uma profunda crítica ao individualismo metodológico, claramente dominante nas ciências económicas através de teses como a da escolha racional. Não vivemos num mundo do tudo ou nada!

Amartya demonstra que os indivíduos podem ter preferências não estritamente egoístas mas que atendam, por exemplo, à justiça social ou ao bem-estar dos outros e não exclusivamente a estritos interesses pessoais.

Na “Ideia de Justiça” de Sen repousa uma visão do ser humano como protagonista do seu devir, propenso a indignar-se contra a injustiça, voltado a ampliar a liberdade a partir de um debate racional e nunca entendida como um mero produto ideal de instituições “perfeitas”. A luta permanente contra a injustiça envolve uma deliberação intencional que promova realizações humanas capazes de enriquecer a vida. Tal intenção implica traços concretos de organização social (o que Sen denomina de capacitações) como o acesso à educação, à saúde e ao trabalho digno e também uma relação com a natureza que assuma responsabilidades ambientais e promova a preservação do ecossistema.

Para Sen, a desigualdade não advém dum processo de acumulação de capital⁶²², defendendo antes que há necessidade de intervenção social mais abrangente, com promoção do desenvolvimento económico por via de amplas políticas públicas. O resto o mercado tratará de funcionar.

Amartya defende que não bastará a liberdade de mercado mas uma verdadeira liberdade dos agentes do mercado, que estejam libertos de preocupações quando chegam ao mercado. Isso apenas será possível caso haja condições de existência garantidas. O mercado só será livre se todos os que nele participam forem iguais.

Para a realização desta liberdade individual há que cortar correntes com o sistema de produção capitalista, no sentido de devolver aos indivíduos o poder e não o concentrar em grupos de interesses. A crítica ao sistema de produção capitalista de Sen assenta sobretudo num

⁶²² Cfr. João Ricardo Catarino, em “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 288 e ss.

mecanismo que permite a acumulação de capital financeiro não em indivíduos mas em grupos. E esses grupos protelam a desigualdade por influenciarem ou terem poder sobre o trabalho alheio.

Assim, a concepção de desigualdade de Sen será uma desigualdade de oportunidades pela privação de liberdades básicas. Se essas liberdades forem dadas aos indivíduos então os mesmos podem agir livremente e desenvolver o seu futuro⁶²³. Acompanhando-se, claro de políticas de desenvolvimento que aumentem e propiciem a existência de serviços sociais.

A desigualdade não é material mas antes de oportunidades, a desigualdade no futuro, para Sen, será aquilo que já existe hoje nos países subdesenvolvidos, com privação de liberdades básicas, essas sim castradoras da posição livre dos agentes no mercado.

Refundação Liberal com Robert Nozick e Friedrich Hayek

O contraciclo relativo às doutrinas de defesa do estado-social, com concepções de justiça igualitária e redistributiva, tem voz particularmente com Robert Nozick. Isto porque Nozick veio trazer um raciocínio completamente díspar, assente é certo em ideais liberais mas com uma construção extrema.

Nozick tem duas ideias paradigmáticas e que sumariam a sua posição. Em *“The Anarchy State and Utopia”*, de 1991, Nozick refere que: *“Taxation is equivalent to force labour...is like making a person work proportion of his working time another’s purposes.”*⁶²⁴

Por outro lado, relativamente à questão da igualdade, Nozick dá o exemplo duma sociedade em que metade dos habitantes não têm olhos. Se faria sentido, para que existisse igualdade, fazer com que a outra metade perdesse um olho a favor dos que não têm.

A ideia de Nozick prende-se com os direitos que todos os indivíduos têm e que são invioláveis mesmo que essa “violação” seja efetuada pelo Estado, com fundamentação e por via de poderes de autoridade. A defesa dos direitos individuais é mais ampla do que a existência do próprio Estado que, na teoria de Nozick apenas serviria funções de proteção contra a força, o roubo e de cumprimento de contratos. Um Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem coagidas a fazer certas coisas ou seja, o Estado não pode usar a sua máquina de coerção para obrigar cidadãos a ajudarem outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para seu próprio bem. O Estado não pode violar direitos individuais como a propriedade ou segurança com base num suposto aumento de bem-estar geral ou felicidade!

Defendendo um liberalismo radical, será imprescindível uma posição neutra do Estado face as escolhas voluntárias de adultos conscientes. Assim, em primeiro lugar devem limitar-se as funções do Estado e a sua ação ficará restrita a essas funções. E cria, de forma similar a Kant, o que chama de *restrições indiretas* que são as linhas vermelhas, ou seja, os limites incondicionais.

Com uma visão muito forte da teoria da propriedade, na visão de Nozick a justiça far-se-ia atendendo ao processo de aquisição da propriedade: se a propriedade foi adquirida respeitando o princípio da justa aquisição, então estava feita a justiça distributiva.

As aquisições de propriedade, de acordo com Nozick, iniciam-se de forma justa quando a aquisição inicial ou apropriação é de coisas sem dono, sem que estejam possuídas. Portanto, a

⁶²³ Cfr. Amartya Sen, *“A ideia de justiça”*, Almedina, 2019, p. 391 e ss.

⁶²⁴ Citação retirada de João Ricardo Catarino, em *“Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”*, Almedina, 2008, p. 303 e ss.

aquisição imaculada originária será feita sem esbulho ou violência. Por isso mesmo Nozick admite também o direito de reparação.

Depois, a propriedade pode ser transferida para outrem também de forma justa. Se estes dois mecanismos de aquisição foram cumpridos então a justiça na aquisição está cumprida. Há, portanto, a defesa da posse ou direito da posse que seja efetuada de forma voluntária.

Relativamente à distribuição, para Nozick a repartição pode ser justa independentemente de como os bens são distribuídos. E traz o argumento *Wilt Chamberlain*, um exemplo dum basquetebolista que todos queriam ver e voluntariamente pagaram um bilhete para isso. Ora, o facto desse jogador ter ficado mais rico não quer dizer que esta distribuição foi injusta, até porque resultou dum ato voluntário dos que pagaram bilhete para o ver.

Assim, a redistribuição, para Nozick pode existir mas não serve de argumento para o Estado violar direitos dos indivíduos coercivamente e os obrigar a serem caridosos. A distribuição advém de atos voluntários e fundados em aquisição justa de propriedade.

Nome incontornável da refundação do liberalismo é o austríaco Friedrich Hayek que, no meio do “apogeu” das ideias *keynesianas*, recupera o ideal liberal. Mas este resgate é ideológico, de fundamentos. Hayek não queria apenas discutir instituições ou programas políticos. Queria refundar o liberalismo.

O conceito de liberdade será fundamental, sendo a mesma definida por Hayek como ausência de coerção. A Liberdade consiste na independência da vontade arbitrária alheia, e apenas pode ser aplicada na relação do homem com outro homem; da mesma forma, só pode ser violada pela coerção de outro homem. A liberdade está restrita a determinar se a conduta individual está de acordo com suas próprias pretensões, ou derivadas de alguém cujo poder lhe permite manipular as condições de modo a impor àqueles a sua vontade. Assim como a paz, a segurança e a calma, o conceito de liberdade, para Hayek, é feito pela negativa.

Depois, Hayek define o que é, para si, coerção, sendo que define como controlo exercido sobre uma pessoa por outra, a ponto de ela ser forçada a agir para servir aos objetivos desta, e não de acordo com um plano de sua própria elaboração. A coerção ocorre quando um indivíduo é obrigado a colocar suas ações a serviço da vontade de outro. Implica na ameaça de infligir um mal e na intenção de provocar com isso certa conduta.

Hayek diferencia coerção das condições ou exigências negociais. Ou seja, as cláusulas negociais são voluntárias, há um ato de aceitação, logo as regras de mercado não são coercivas salvo o caso de um monopólio em condições de negar aos outros um bem indispensável. Mas os conceitos de liberdade e coerção têm vindo a ser ampliados e por isso se deixa o Estado restringir tanto a liberdade individual.

Para Hayek, o Estado deve garantir a propriedade privada e garantir alguns direitos básicos. Tudo o resto passa a ser desnecessário. Até porque Hayek considera que quanto maior intervencionismo existe do Estado menor é a liberdade dos indivíduos, pelo que considera o socialismo equivalente ao totalitarismo nazi, por exemplo. E em termos de intervencionismo do Estado ambos são muito idênticos.

Tal qual o Estado não deve intervir sobre a moralidade individual, até porque isso envolve uma restrição de liberdade do indivíduo. Isto porque Hayek defendia que a liberdade deve ser acompanhada da máxima responsabilidade: cada um será responsável pelas suas ações.

Neste sentido, a sociedade deve reconhecer, de acordo com Hayek, valores próprios e sucessos de cada indivíduo, sendo uma demonstração por parte da sociedade de respeito pela liberdade individual e o que o indivíduo fez com ela⁶²⁵.

No que diz respeito à igualdade, a total igualdade entre indivíduos pode até ser prejudicial, no sentido de fundamentar extremismos e xenofobia. A igualdade deve, essa sim, ser a de tratamento igual dos cidadãos perante a Lei. Ou seja, Hayek não é igualitarista e por isso mesmo não desdenha a herança familiar ou de capital.

Tal como Nozick, Hayek recusa o conceito de justiça social considerando a expressão desprovida de sentido. Hayek também diz que o uso de “justiça” no termo é apenas porque trata-se de uma palavra eficiente e atraente. Para ele, os defensores da expressão promovem uma ideia de distribuição de riquezas ou bens que não apresentam um consenso: quando se considera como critério para tal as virtudes ou o mérito, nasce a necessidade de se determinar o que constitui o merecimento. Se distribuir pela necessidade, seria um ato de caridade, e isto seria inviável se não fosse orientado por regras formais. Se for pela igualdade, sem considerar as diferenças, todos os indivíduos seriam tratados como iguais.

Friedrich Hayek analisa “Justiça Social” no mesmo sentido da expressão “justiça distributiva”, porque, segundo ele, as duas são empregues como equivalentes. Para Hayek, a justiça social ou, por vezes, a justiça económica, por se tratar sempre de redistribuição de rendimento, passou a ser considerada algo que obrigatoriamente as sociedades deveriam ter porque foi socialmente estipulado como um bom princípio.

Mas a justiça social é inatingível. Tanto assim é que mesmo com taxas progressivas de impostos e níveis elevados de receitas públicas, as sociedades nunca conseguiram alcançar a igualdade almejada.

Assim, mesmo não desconsiderando a justiça e igualdade, Hayek considera que a intervenção do Estado não vai surtir esse efeito, concluindo até que a existência de minorias de desigualdade contribuiria para uma maior equidade.

*Em “Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política”, chega a considerar que “a reivindicação de 'justiça social' é dirigida não ao indivíduo, mas à sociedade. No entanto, a sociedade, no sentido estrito em que deve ser distinguida do aparelho governamental, não age com vistas a um propósito específico, e, assim, a reivindicação de 'justiça social' converte-se numa reivindicação de que os membros da sociedade se organizem de modo a possibilitar a distribuição de cotas do produto da sociedade aos diferentes indivíduos ou grupos. A questão básica passa a ser então saber se há o dever moral de se submeter a um poder capaz de coordenar os esforços dos membros da sociedade com o objetivo de atingir determinado padrão de distribuição considerado justo.”*⁶²⁶

O certo é que tanto Nozick como Hayek contribuíram sobretudo para uma discussão sobre os caminhos do Estado Social, do Estado Providência, questionando se o intervencionismo do

⁶²⁵ De referir que Hayek não defendia exatamente um típico individualismo egoísta do liberalismo clássico mas antes a ideia de “livre mercado de ideias e valores”, em que não há uma entidade excelsa que define o correto ou errado e impõe compulsoriamente essa valoração.

⁶²⁶ Citação retirada de João Ricardo Catarino, em “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008.

Estado, mesmo que fundado em conceitos e princípios moralmente aceites, devem sobre elevar-se às liberdades dos indivíduos e seus *achivements*.

Um dos temas debatidos por Hayek era a potencial natureza confiscatória dos impostos, cuja limitação não era – e continua a não ser! – perceptível, quer qualitativamente mas sobretudo quantitativamente.

A visão sobre a desigualdade de Thomas Piketty

Jacob Dahl Larsen, em 2015, num artigo posteriormente publicado pela Harvard University Press, apelidou Thomas Piketty como o Adam Smith do Século XXI. Faz esta comparação por causa da obra *“O Capital no Século XXI”*, magna obra do autor francês que, faz recordar a abordagem global da economia política que outrora Smith fez no seu *“Riqueza das Nações”*.

De facto, a discussão que se gerou em torno desta obra deve-se, a nosso ver, pela dimensão analítica mas também por Piketty ter assumido desde logo soluções diretas de resolução ao problema que percecionou. O método utilizado foi, ele próprio muito peculiar: Piketty recolheu dados concretos sobre a riqueza e a sua distribuição a nível mundial, com dados desde 1980 fidedignos. Nunca antes tal foi possível, na amplitude global e num espaço temporal bastante relevante. A base das conclusões de Piketty são dados concretos e não percepções.

E a percepção de desigualdade é diferente perante uma análise de tal dimensão. Se analisarmos um determinado indivíduo e sua posição de riqueza em relação aos restantes relativamente ao ano X, podemos considerar que há uma desigualdade. Mas a percepção dessa desigualdade altera-se se fizermos a avaliação por vários anos. E essa foi uma das grandes virtudes do estudo de Piketty.

A investigação chega basicamente à conclusão que 1% da população mundial de adultos possui 50% da riqueza do planeta. Há, portanto uma gritante desigualdade de distribuição do rendimento. E esta tendência tem quatro características perceptíveis: 1) a mudança na parcela dos 10% de topo é motivada por mudanças do percentil desse topo; 2) muito do declínio que se verificou no Século XX motivaram-se em situações específicas que afetaram o rendimento de capital; 3) nas décadas recentes, as percentagens dos rendimentos de topo aumentaram drasticamente nuns países e noutros de forma muito modesta; 4) a subida é maior sobretudo quando motivada pelo rendimento do salário e não pelo rendimento do capital.⁶²⁷

Estas variantes levam a que se considere que a Curva de Kuznets pode, afinal, não ser demonstrativa da realidade⁶²⁸.

Face aos dados recolhidos, existem algumas ideias a reter que Piketty desenvolve.

⁶²⁷ Cfr. Jesper Roine, *“Piketty para todos – Uma síntese de O Capital no Século XXI”*, Editorial Presença, 2018, p.29 e ss.

⁶²⁸ Logo nas páginas iniciais do *“O Capital do Século XXI”*, Piketty refere: *“Durante demasiado tempo, a questão da riqueza foi negligenciada pelos economistas, em parte devido às conclusões otimistas de Kuznets, e em parte por causa dum gosto excessivo da profissão pelos modelos matemáticos simplistas ditos «de agente representativo».* Mas, para voltar a pôr a distribuição da riqueza no centro da análise, é preciso começar por reunir o máximo de dados históricos que permitam a melhor compreensão possível das evoluções do passado e tendências em curso.” Cfr. Tomas Piketty, *“O Capital no Século XXI”*, Temas e Debates – Círculo dos Leitores, 2014, p. 35 e ss..

Em primeiro lugar, Piketty demonstra que as desigualdades não são uma ocorrência passageira conforme se verificava na Curva de Kuznets, mas antes uma característica do próprio capitalismo. Assim, os excessos só poderão ser corrigidos com a intervenção do Estado.

De notar que o principal fundamento para esta intervenção é a desigualdade. Depois da constatação que a mesma existe e que é extrema nenhuma medida voluntária fará com que o cenário se altere.

Numa economia em que os rendimentos do capital crescem mais do que a própria economia, a riqueza herdada sempre crescerá mais rapidamente do que a conquistada pelo trabalho, criando níveis de desigualdade insustentáveis. Ou seja, Piketty recupera a ideia da acumulação de riqueza por via da acumulação do capital, considerando que o ponto inicial do indivíduo que herdou capital é decisivo na desigualdade.

Se um cidadão não nascer rico, será muito difícil enriquecer só através do seu esforço, trabalho, competência e talento, muito porque a tendência verificada nas últimas décadas foi a de que o rendimento do capital supera o rendimento do trabalho. Logo, Piketty não relaciona a meritocracia com qualquer aumento de rendimento e mesmo a especialização não foi suficiente para que o rendimento do trabalho conseguisse competir com o rendimento do capital.

Aliás, antes pelo contrário. A meritocracia extrema dos novos executivos com capacidades consideradas excecionais levou a um desequilíbrio brutal dos salários. Nos anos 50, o salário de um executivo médio nos Estados Unidos era 20 vezes superior ao dos trabalhadores da empresa. Hoje está 200 vezes acima. Há, por isso, uma distorção também no rendimento do factor trabalho que provocou ainda maior desigualdade.

No período de meados do século XX em que houve um aumento da igualdade, na Europa e nos Estados Unidos após a segunda guerra mundial, deve-se a condições extraordinárias que não irão repetir-se. Aliás, as épocas de guerra, depressão ou grandes crises financeiras são momentos em que há perdas substantivas do rendimento de capital e por isso mesmo é que a desigualdade, nessas alturas, abranda.

As desigualdades poderão no futuro atingir os mesmos níveis do século XIX, se não forem adotadas políticas suficientemente agressivas para contrariar essa tendência. Ou seja, a prática demonstra que, mesmo nas sociedades onde o crescimento económico se manteve ou aumentou, tal não levou a uma redução de desigualdades e o contraciclo já se iniciou.

Esse contraciclo é de tal forma visível que, em 2012, quase um quarto da riqueza (22,5%) encontrava-se já concentrada em apenas 1% da população, sendo visível a tendência para aumentar a desigualdade.

Face a esta constatação, Piketty defende que as políticas fiscais são imprescindíveis para a redistribuição da riqueza, não apenas na Europa e nos Estados Unidos, mas em todo o mundo, sendo que a desigualdade, sendo tão notória, põe em causa o próprio sistema democrático e o capitalismo.

Uma vez que uma das bases da desigualdade se encontra na acumulação de capital herdado, Piketty é favorável à taxação dos mais ricos, através da aplicação de um imposto de 80% sobre os rendimentos acima de 500 mil dólares por ano (nos EUA), por exemplo.

Aliás, a ideia de suprimir o capitalismo está bem patente no seu recente *“Capital e Ideologia”*, defendendo um *socialismo participativo*⁶²⁹ em que há participação de todos, não apenas na vida política, mas também na económica. Não pode haver hiperconcentração do poder num pequeno número de pessoas. O poder deve circular.

O ideal de sociedade justa é definido por Piketty como *“(…) aquela que permite que o conjunto dos seus membros aceda aos bens fundamentais mais amplos possíveis.”*. Entre esses bens fundamentais encontra-se, educação, saúde, direito de voto e a mais ampla participação na vida social, cultural, económica, cívica e política.

Como se fará isto? De acordo com Piketty por via fiscal, com uma coercibilidade na circulação da propriedade, sem, contudo, expropriar totalmente para que não haja desincentivo.

Piketty traz uma ideia muito assente numa realidade dos últimos anos, constatando que se não existir distribuição dos ricos para os mais pobres, de forma coerciva e de forma que todos tenham acesso à propriedade, o sistema capitalista levará a um acumular cada vez maior de riqueza aumentando desmesuradamente a desigualdade.

Concorde-se ou não, o esforço sobretudo de demonstração empírica de Piketty é notável e provocou largo debate na sociedade, não apenas ao nível económico mas também social.

De qualquer forma e em jeito de síntese, a justiça é um conceito por demais conexo com ideologias e concepções sociais vigentes a cada época, pelo que as intervenções do Estado na economia motivadas pela concepção de justiça estarão necessariamente conexas com a visão tempestiva deste conceito.

Capítulo 3 – Mecanismos de Correção: A Regulação Económica

O diagnóstico dos problemas decorrentes do funcionamento do mercado foi sendo efetuado no capítulo anterior. De facto, verifica-se que o mercado, ao contrário do que a doutrina mecanicista *smithsiana* parecia defender, o mecanismo do mercado não é, de todo, perfeito.

Até agora constatámos que o mercado tem deficiências, sendo estas resultantes de falhas de funcionamento ou de perspetivas socioeconómicas vigentes. Verificámos que existem duas grandes motivações para que o Estado intervenha na economia, a saber as falhas de eficiência ou motivos de justiça social.

Cumpre, pois, perceber que mecanismos de correção pode o Estado usar, sendo que nos antecipamos na divisão em mecanismos regulatórios e outros mecanismos, tais como os tributários.

Nesta primeira fase vamos deter-nos pelos mecanismos regulatórios. Ora, é preciso entender, desde logo, que o conceito de regulação é amplo o suficiente para abranger uma multiplicidade de medidas, incluindo medidas tributárias. Por isso, a regulação é o mecanismo por excelência de correção do funcionamento e resultados do mercado.

Uma análise dos modelos de regulação não estará completa se não se compreender as teorias da regulação, a fundamentação da regulação.

⁶²⁹ Cfr. Thomas Piketty, *“Capital e Ideologia”*, Temas e Debates – Círculo dos Leitores, 2020, p. 1115 e ss.

Se, por um lado, sabemos que o problema económico de base a ser resolvido é o fracasso dos mercados, seja ele por questões de ineficiência do mecanismo seja por resultados injustos, também reconhecemos que nem sempre são estas as motivações de intervenção do Estado: uma coisa é o que *deve* motivar a intervenção do Estado na economia, outra coisa é o que efetivamente é o motivo da intervenção do Estado.

É que num sistema simples de mercado concorrencial, os intervenientes no mercado são as famílias e as empresas. O Estado é um terceiro interveniente que apenas aparece por motivos excecionais. Assim, o *dever* de intervir está associado à defesa dos interesses públicos, ou seja, associado às funções primordiais do Estado.

Contudo, nem sempre esta intervenção está motivada por interesse público, sobrepondo-se interesses privados. Ora, neste caso, a regulação faz-se mas atendendo a grupos de interesses ou atendendo a determinadas vontades duma maioria votante, por exemplo.

A análise da regulação não fica completa sem se perceber as falhas de regulação e falhas da intervenção do Estado, sendo que estas podem trazer custos associados mais elevados do que a própria falha de mercado que motivou a intervenção.

Por fim, a estrutura da regulação, que já sabemos ser um sistema multinível, em que a União Europeia tem papel determinante, bem como as entidades reguladoras independentes que são os peões que implementam e fiscalizam as decisões da regulação.

3.1. Aproximação ao Conceito de Regulação

Para chegarmos à ideia de regulação – no caso, económica - é necessário primeiro passarmos pelo funcionamento do mercado concorrencial e saber que o Estado atua, enquanto terceiro agente, no funcionamento deste mercado concorrencial.

Partimos da ideia do mercado de concorrência perfeita, onde o encaixe perfeito das necessidades dos agentes ocorre, sem necessidade de qualquer ajuste exterior. Mas este mercado tem uma premissa: a liberdade dos agentes, ninguém atuaria coagido ou coartado de qualquer intenção privada.

A privação dessa liberdade destoa do modelo de concorrência perfeita. Uma interferência ou negação da “mão invisível”, perpetrada por uma entidade com poderes de autoridade termina com o mecanicismo perfeito da atuação do mercado concorrencial.

Quando o Estado interfere neste mecanismo, seja com fundamento de eficiência ou justiça social⁶³⁰ já está a limitar os agentes de mercado de agirem em plena liberdade. O Estado, mesmo quando atua como agente da oferta ou procura, detém um poder de influência sobre os demais – seja pelos poderes de autoridade que detém ou meramente pela percepção que transmite.

A expressão intervenção do Estado é utilizada nos mais diversos sentidos, desde jurídicos, económicos, sociais ou políticos⁶³¹, sendo que na sua vertente ampla, seria intervenção todo o comportamento económico do Estado.

⁶³⁰ Ambos claramente interesses gerais que o Estado deve defender e promover.

⁶³¹ Cfr. António L. Sousa Franco, “Noções de Direito da Economia”, 1º volume, AAFDL, 1982-1983, p. 296.

Bem, a Regulação é muitas vezes confundida com esta noção ampla de intervenção do Estado, sendo que, recusamos, desde já essa amplitude do conceito de regulação.

Sousa Franco, define a intervenção económica do Estado como “(...) *todo o comportamento do Estado (ou de outras entidades públicas equiparáveis) cuja função e finalidades consiste na modificação concreta do comportamento de outros agentes ou sujeitos ou das condições concretas da actividade económica*”.⁶³²

O mesmo autor, vem depois esclarecer que a intervenção económica do Estado não é uma mera ordenação económica, com a criação de regras ou instituições que orientam, enquadram ou condicionam o desenvolver da atividade económica.

Não é também apenas a atividade financeira desenvolvida pelo Estado, quando desenvolve atividade económica diretamente. A intervenção económica do Estado é por demais ampla.

E, neste particular, acompanhamos esta ideia de amplitude do conceito de intervenção económica do Estado. Mas não se confunda, contudo, com este conceito amplo de intervenção do Estado na economia o conceito de Regulação.

Por ser uma palavra polissémica, cada um pode encontrar um sentido ou conceito de regulação de acordo com a utilização que se pretende dar à mesma. Por isso mesmo não ousámos titular este ponto como conceito de regulação mas antes apenas nos ficamos pela aproximação ao conceito. Neste caso, vamos sobretudo tentar encontrar os parâmetros que nos parecem ser mais condicentes com o trabalho aqui em desenvolvimento.

Ora, neste particular, seguimos um caminho idêntico a Marco Capitão Ferreira⁶³³. Isto porque ao tratarmos da regulação económica enquanto um processo evolutivo não podemos deixar de ter em conta uma “primeira geração” de experiências chamadas de *velha regulação* em que se incluem não apenas intervenções públicas indiretas mas também os *velhíssimos* mecanismos diretos de intervenção.

Numa conceção mais contemporânea de regulação económica, é amplamente aceite⁶³⁴ que a regulação será “(...) *uma forma de intervenção pública indirecta que visa, nuns casos, condicionar, noutros apenas influenciar a actividade das empresas (públicas ou privadas) que operam num determinado mercado, designadamente através da criação de mecanismos de fixação de preços ou de tarifas, na limitação do acesso a determinadas actividades ou do seu exercício ou no estabelecimento de condições sob a forma de prestação de determinado serviço*”⁶³⁵

E, de facto, recusando-se um sentido amplo de regulação, numa quase similitude à intervenção do Estado na economia, então a exclusão dos mecanismos diretos de atuação do Estado do âmbito do conceito, parece ser adequado para um conceito mais aproximado das novas realidades regulatórias que se pretendem cada vez mais autónomas – ou mesmo independentes – do Estado.

⁶³² Cfr. António L. Sousa Franco, “Noções de Direito da Economia”, 1º volume, AAFDL, 1982-1983, p. 296

⁶³³ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 216 e ss.

⁶³⁴ Mas não consensual. A conceptualização da regulação sofre do “mal” das vertentes em que se analisa a regulação. Por poder ter diversos sinónimos, a Regulação pode ser definida por meros pormenores de acordo com a área de estudo, de inclusão ou de análise.

⁶³⁵ Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 175 e ss.

Mas esta exclusão dos mecanismos diretos de intervenção do Estado apenas será bastante se atentarmos à limitação desses mecanismos. Quais são esses mecanismos diretos que se retiram do âmbito do conceito de regulação económica?

Na visão de Eduardo Paz Ferreira e Luis Morais⁶³⁶, claramente identificam como mecanismos diretos “(...) a participação pública directa na actividade empresarial (...)”, numa alusão às situações em que o Estado é um agente económico propriamente dito. Quando o Estado detém ou controla determinado sector por via de empresa pública, por exemplo, então o Estado aqui comporta-se como um agente económico.

Por conseguinte, também estaremos perante um mecanismo direto de intervenção no caso da privatização⁶³⁷. É certo que a privatização e regulação são conceitos muitas vezes confundidos mas não deve confundir-se a *policy* com o conceito mais técnico de regulação, senão cairíamos novamente no “saco” do conceito amplo de intervenção do Estado⁶³⁸.

Servirá então esta definição para confirmar que a regulação abarca mecanismos indiretos amplos. Os mecanismos indiretos visam condicionar, modificar ou controlar o comportamento dos outros agentes económicos⁶³⁹, pelo que passam pela fixação de preços, limitação ao acesso a atividades, estabelecimento de condições para prestação de determinado serviço mas também mecanismos que incentivem determinado comportamento, mormente impostos e subsídios⁶⁴⁰. Não é, contudo, pacífica a inclusão dos mecanismos tributários nem subsídios no âmbito da regulação: são mecanismos indiretos de intervenção pública, pretendem modelar comportamentos mas que podem não caber no âmbito da regulação económica. Seriam antes mecanismos típicos de intervenção pública para regulação de externalidades.

Ora, como adiante veremos, os mecanismos tributários têm vindo a tornar-se mais complexos e evolutivos, indo mais além do que mecanismos de regulação de externalidades, sendo disso exemplo tributos criados como barreiras à liberdade ou acesso (v.g. taxas moderadoras) ou casos de combate a poderes de mercado (v.g. impostos sobre lucros excessivos).

E não devemos excluir ainda os intuitos de regulação económica com fundamento na justiça quando se criam impostos com motivações redistributivas.

⁶³⁶ Cfr. Eduardo Paz Ferreira e Luis Morais, “Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?”, Coimbra, Almedina, 2009, p. 22.

⁶³⁷ Tal não quer dizer que não possa o sector económico da empresa privatizada estar sob regras de regulação económica.

⁶³⁸ Nuno Calvão da Silva, por exemplo, em “Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral”, Almedina, 2008, defende que o Estado Regulador pode intervir acautelando o interesse público não apenas por via das entidades reguladoras mas também diretamente por via de intervenção nas empresas privatizadas com a detenção de instrumentos como *golden shares* – que, entretanto, como sabemos foram sendo extintas – ou por via de nomeação das administrações. Ora, se assim for, então abarcaríamos também no conceito de regulação mecanismos diretos de intervenção.

⁶³⁹ Cfr. António L. Sousa Franco, “Noções de Direito da Economia”, 1º volume, AAFDL, 1982-1983, p. 299 e ss.

⁶⁴⁰ Veja-se a este propósito Joseph Stiglitz, “Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation.” *Tobin Project's Conference - "Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation"*. Yulee, Florida, 2008., em que se retiram os impostos e subsídios como medidas típicas da regulação: “Critics of regulation argue the objectives of regulation can be achieved better at lower costs by using “market based” interventions, i.e. taxes and subsidies. If smoking gives rise to an externality, tax smoking. If greenhouse gases give rise to global warming, tax greenhouse gas emissions”.

Mais uma vertente que temos de atentar é a diferenciação entre regime de regulação e processo regulatório. Conforme nos ensina Eduardo Paz Ferreira: “*Da mesma forma deve ser posto em relevo que a regulação comporta em bom rigor dois aspectos distintos, envolvendo quer o estabelecimento de um conjunto de regras destinadas a assegurar o controlo de um sector de actividade, por forma a garantir certos valores – aquilo que podemos chamar o regime regulatório – quer um outro conjunto de regras ou práticas que visam tornar efectivo o regime regulatório e que podemos designar por processo regulatório.*”

Só assim podemos perceber a diferenciação da regulamentação e regulação sem, contudo, referir que são também conceitos muitas vezes confundidos. Isto porque, se tivermos em conta uma conceção formal ou restrita de regulação, então tal seria sinónimo de aprovação e promulgação de normas, sendo que o incumprimento das mesmas resultaria em sanção⁶⁴¹.

Outra vertente que pode ainda ser explorada prende-se com o “momento” da atividade económica que a regulação pode querer atingir⁶⁴². Se este for o critério, então podemos ter a *regulação estrutural*, que tem a ver com a estrutura do sector a regular, mormente o acesso à atividade. Podemos ter também, a regulação dos operadores quanto à sua forma jurídica, sistema de governo, remunerações.

Ainda dentro deste critério, podemos encontrar uma regulação que recai sobre a característica dos produtos ou serviços, suas qualidades e/ ou quantidades produzidas.

Podemos ainda encontrar uma *regulação comportamental* que tem a ver com a conduta dos operadores económicos em relação, por exemplo, aos consumidores ou utentes.

E na regulação financeira ainda se fala em *regulação prudencial* que se prende com a avaliação de factores de risco que afetem a estabilidade e integridade do mercado.

Ora, da breve exposição que aqui fizemos, reconhecemos que o emaranhado de posições sobre o conceito de Regulação não traz grande benefício à exposição⁶⁴³. Antes pelo contrário, apenas salienta o facto de que consoante o assunto que se aborde, o conceito de regulação pode adaptar-se. Sigamos, contudo, o caminho que traçámos.

A definição de regulação, em nosso entender, tem duas características fundamentais para os nossos intuitos neste estudo: i) por um lado, a regulação é a negação da “mão invisível” *smithsiana* porque se trata duma interferência externa no mecanicismo do mercado; ii) trata-se apenas de uma das formas de intervenção do Estado na Economia das várias que podem existir.

Partindo destas duas premissas, o conceito de regulação, na nossa perspetiva, deverá de assentar em quatro elementos essenciais: i) uma intenção de condicionar ou influenciar a atividade dos agentes no mercado, sendo que esses agentes podem ser públicos ou privados desde que atuem como meros agentes; ii) deve visar determinado objeto, ou seja, pode ter em vista regular determinado sector ou mercado, não devendo ser confundida com uma política

⁶⁴¹ A propósito do conceito jurídico de regulação, veja-se José Luis Saldanha Sanches, “A Regulação: História breve de um conceito”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, 2000, p. 5 e seguintes.

⁶⁴² Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 58 e ss.

⁶⁴³ Johan Den Hertog, no *paper* “Review of economic theories of regulation” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, referia “*In order to delineate the subject and because of the limited space, a further definition of regulation is nevertheless necessary.*”. No caso concreto e para a apreciação que se fazia no estudo, adotou um conceito de regulação como a utilização de instrumentos legais para a implementação de objetivos sociais e económicos, definição manifestamente redutora.

económica ou social; iii) será dotada de instrumentos para concretização, podendo ser instrumentos jurídicos ou económicos; iv) deve ser fundamentada, ter uma finalidade económica ou social, pois visará a correção de falhas do mercado ou (re)distribuição.

Esta aproximação a um conceito de regulação económica traz-nos ainda mais duas reflexões:

a) Por um lado, parece-nos ser mais relevante o fundamento para regular, tal qual deve estar claramente definida a razão de qualquer intervenção do Estado na economia. De facto, a intervenção do Estado, seja por que meio, é uma interferência no mecanismo do mercado e essa interferência deve ser escrutinada à luz daquilo que são os princípios fundamentais de determinada sociedade. Nas economias dos Estados democráticos, por exemplo, as intervenções do Estado devem atender, quanto mais não seja, à legalidade constitucionalmente fixada⁶⁴⁴. É, por isso, uma forma de avaliar da bondade da decisão do Estado e adequação à fisionomia do sistema regulatório implementado;

b) A regulação é um conceito mutável atendendo aos ciclos económicos e cenários socioeconómicos vigentes em cada sociedade, a cada momento. Se até recentemente a fisionomia dos sistemas regulatórios tem rumado no sentido de autonomização das autoridades regulatórias, o certo é que o panorama pandémico iniciado em finais de 2019, com repercussões económicas em 2020 e 2021 ainda por apurar completamente, levaram a que nos grandes blocos económicos – Estados Unidos Da América, China e Europa – se criassem mecanismos de apoio à economia baseados em injeção de dinheiro público na economia com medidas mais ou menos intervencionistas. O caso europeu é paradigmático. A União Europeia, que estava sobretudo concentrada numa visão de regras do mercado interno, de funcionamento de mercado de forma concorrencial, furtando-se a aceitar intervenções do Estado, tendo diabolizado os auxílios de Estado, passa agora a ter um programa de auxílio económico aos Estados, onde, sob condição de escrutínio dum plano nacional de investimento dos fundos europeus, distribui fundos

Face a esta aproximação ao conceito de regulação, vamos centrar-nos agora nas teorias da regulação, naquilo que fundamenta esta intervenção do Estado.

3.2. Teorias da Regulação

Os motivos para regular são tradicionalmente dois: i) a defesa do interesse público; ii) os interesses privados que se pretendem defender.

Johan den Hertog⁶⁴⁵, resume as duas vertentes assim: *“There are two broad traditions with respect to the economic theories of regulation. The first tradition assumes that regulators have sufficient information and enforcement powers to effectively promote the public interest. This tradition also assumes that regulators are benevolent and aim to pursue the public interest. Economic theories that proceed from these assumptions are therefore often called ‘public interest theories of regulation’. Another tradition in the economic studies of regulation proceeds from different assumptions. Regulators do not have sufficient information with respect to cost, demand, quality, and other dimensions of firm behavior. They can therefore only imperfectly, if*

⁶⁴⁴ Não se entrando aqui, sequer em questões de moralidade ou políticas escrutinadas em eleições.

⁶⁴⁵ Cfr. Johan Den Hertog, “Review of economic theories of regulation” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010.

at all, promote the public interest when controlling firms or societal activities. Within this tradition, these information, monitoring, and enforcement cost also apply to other economic agents, such as legislators, voters or consumers. And, more importantly, it is generally assumed that all economic agents pursue their own interest, which may or may not include elements of the public interest. Under these assumptions there is no reason to conclude that regulation will promote the public interest. The differences in objectives of economic agents and the costs involved in the interaction between them may effectively make it possible for some of the agents to pursue their own interests, perhaps at the cost of the public interest. Economic theories that proceed from these latter assumptions are therefore often called 'private interest theories of regulation'."

Por um lado, a teoria do interesse público baseia-se na correção das falhas do mercado e na correção de falhas de eficiência do mercado. E esta era tradicionalmente a limitação dada para a teoria do interesse público. Contudo, na última década alguma doutrina manifestou-se ainda no sentido da defesa do interesse público ser interpretado não apenas como a defesa da eficiência mas também a defesa do bem-estar, dos valores democráticos⁶⁴⁶.

Desta forma, inclui-se ainda nas teorias da regulação de defesa do interesse público, as correções efetuadas por motivos sociais ou objetivos sociais.

Para além disso, de acordo com a teoria do interesse público, a regulação não é apenas para colmatar imperfeições de concorrência, instabilidade dos mercados, ou para colmatar a ausência de mercado mas ainda para prevenir ou corrigir resultados indesejáveis do mercado. Ou seja, deve ainda a regulação corrigir resultados distributivos do mercado.

Mas esta correção não é necessariamente apenas económica, podendo basear-se também em considerações de justiça, princípios de ética ou igualdade⁶⁴⁷. Neste caso, a *regulação social* pode incluir áreas como a proteção do ambiente, segurança e saúde, proteção do consumidor ou outras medidas de promoção da igualdade⁶⁴⁸.

Mas a defesa que a regulação deve prosseguir o interesse público esbarra em dois obstáculos: i) por um lado, o conceito de interesse público mantém-se de difícil limitação; ii) na realidade, o que se verifica é que muitas vezes a regulação é tratada como um produto ou serviço, tendo um mercado onde os vários interesses dos agentes se sobrepõem.

A ideia de que o Estado será sempre uma “pessoa de bem”, capaz de representar o interesse de todos tem dois elementos dúbios: a estrutura do Estado é demasiado ampla para que a tomada de decisão seja sempre no sentido comunitário, sem que prevaleçam interesses pessoais ou de grupo; e, afinal, como se definem os interesses da comunidade a cada momento.

Ora, nesta senda, a regulação pode assumir interesses privados. Utilizamos o plural porque, no caso, efetivamente pode estar em causa a defesa de diversos interesses e não apenas um comum – ao contrário do defendido na teoria do interesse público.

⁶⁴⁶ Entre outros ver a obra de Mike Feintuck, da qual destacamos “*The Public Interest’ in Regulation*”, Oxford University Press, 2004.

⁶⁴⁷ Veja-se, por exemplo, a obra de Richard Posner, mormente “*Taxation by Regulation*”, Bell, jornal of Economics, de 1971.

⁶⁴⁸ Cfr. Johan Den Hertog, “*Review of economic theories of regulation*” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 4 e seguintes.

De facto, nos anos 70 do século XX, surgem várias correntes que divergem na ideia da regulação enquanto defesa do interesse público e como método de redistribuição de riqueza. Contudo, como adiante veremos, são diversas as vertentes desta teoria.

Stigler foi percursos numa visão da regulação como instrumento ao serviço dos regulados, mas, ao lado da Teoria Económica da Regulação, podemos encontrar outras, como a ideia de captura de renda, a teoria dos grupos de interesses e a Escolha Pública.

A teoria económica da regulação é, de facto, inovadora pois vem invocar que a regulação pública incide meramente na redistribuição da riqueza e não na maximização da eficiência económica. Vê a regulação como um produto, onde os agentes do mercado são os reguladores e regulados que, como em qualquer mercado concorrencial pretendem satisfazer egoisticamente as suas necessidades. Este fenómeno levaria até à conceção da ideia de captura dos reguladores que, perante os agentes da procura com maior peso, não teria outra opção que não ceder aos grupos de interesses.

No âmbito da captura dos reguladores também se fala em captura de renda quando os agentes pretendem aumentar a riqueza sem criação da mesma, aproveitando-se de subsídios ou benefícios.

Ora, fica claro que o que efetivamente influencia a regulação podem ser interesses privados, de grupos de interesses que conseguem efetuar pressão sobre os reguladores, retirando daí benefícios próprios. Mas não se ficam por aqui as vertentes da teoria dos interesses públicos.

Outra teoria surge ainda do ramo da economia comportamental, onde se analisa a regulação também do ângulo dos mecanismos eleitorais, escolhas de políticas públicas e análise do comportamento social e económico.

A teoria da *public choice* é, inclusivamente, mais ampla, sendo que geralmente são apontadas três áreas de estudo: 1) os mecanismos de escolha coletiva; 2) o comportamento dos eleitores; 3) exame das causas e consequências da intervenção pública no mercado, incluindo as falhas de regulação ou governação.

Assim, não há uma teoria geral da regulação mas antes Teorias da Regulação, sendo que cada uma delas vai analisar a regulação de acordo com os seus fundamentos, como aqui já referimos.

3.2.1. Teoria do Interesse Público

Este primeiro grupo de teorias, parte dum conjunto de pressupostos, mormente informação perfeita, tomada de posição adequada e eficiente, bem como um regulador assertivo, correto e precursor do interesse público. A regulação económica, neste âmbito, terá como objetivo o interesse público, entendido como a melhor alocação possível dos recursos escassos, beneficiando a coletividade.

Ora, em teoria, a alocação ótima decorre do funcionamento do mercado concorrencial. Como já tivemos oportunidade de referir, a eficiência paretiana, por exemplo, decorre dum mercado concorrencial, mercado com as características de concorrência perfeita.

Mas, como as condições de mercado concorrencial, na prática, nem sempre se verificam, surgiu a necessidade de verificar qual a forma mais eficiente de superar as falhas do mercado. As falhas

de mercado traduzem situações em que os recursos escassos não são utilizados de forma mais útil, onde se maximize a sua utilidade.

Ora, um dos mecanismos para alcançar essa maior eficiência na alocação de recursos escassos é por via da regulação pública⁶⁴⁹, sendo que, no desenvolvimento inicial das teorias do interesse público, existindo uma falha de mercado tal era condição suficiente para uma intervenção do Estado. Isto porque, a teoria do interesse público, nas suas versões iniciais, partia do pressuposto que não existiam custos de transação ou de informação na regulação pública. O Estado estaria na melhor posição para assumir uma regulação praticamente neutra.

A partir do momento em que se passam a ter em conta os custos de transação e de informação, a teoria do interesse público passa a fazer uma avaliação mais inteligível. Assim, partia-se do pressuposto que o Estado estaria em melhores condições para absorver os custos de transação e informação, logo a regulação governamental seria, *comparativamente*, mais eficiente. Comparativamente com a não regulação dessas falhas de mercado ou a negociação particular.

Esta argumentação é particularmente sensível se passarmos para o âmbito da *regulação social*, isto porque a prossecução de objetivos de justiça social numa economia, serão mais eficientes se impostos pela força de autoridade. O exemplo da legislação laboral sobre acidentes de trabalho, por exemplo. As medidas de proteção individual provavelmente seriam bastante mais descuradas em caso de negociação particular, uma vez que as partes têm força negocial diferente.

Mais. O Estado está em melhor condição para avaliar, inclusivamente, o ponto ótimo dos custos vs. bem-estar. O Estado percebe que quanto maior a intervenção e pormenorização das medidas regulatórias maior é o custo associado a essas medidas. Quanto mais não seja porque os custos associados à implementação e fiscalização notoriamente vão aumentar.

Assim, a teoria do interesse público parte de três assunções: i) a existência de uma falha de mercado persistente e que os mecanismos de mercado não conseguem absorver sozinhos; ii) a ideia de se ter um “*benevolent regulator*”⁶⁵⁰ no sentido de o Estado ser um bom regulador ou ter um processo político eficiente; iii) o Estado escolhe sensatamente as instituições promovendo uma regulação eficiente.

Contudo, a teoria do interesse público esbarra com dificuldade logo na conceptualização do que é interesse público. De facto, uma intervenção do Estado deve, como qualquer outra atuação dos poderes públicos num Estado democrático, ser justificado pela ideia de interesse público⁶⁵¹.

A teoria do interesse público representa, sobretudo, aquilo que, em teoria, deveria prevalecer: o Estado faz a correção de falhas, intervém na economia por motivos de interesse público. Este “interesse público” é, contudo, um conceito indeterminado.

Podemos considerar que o interesse público é a defesa do interesse da coletividade: “o melhor para todos e não apenas para o individual”. Mas como se determina esse interesse? Bem, pode ser por um lado com um critério de maior eficiência ou, noutro ponto de vista, de maior justiça social.

⁶⁴⁹ Veja-se neste sentido Kenneth Arrow, “*The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation*”, Joint Economic Committee of Congress in 1969.

⁶⁵⁰ Cfr. Johan Den Hertog, “*Review of economic theories of regulation*” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 8 e seguintes.

⁶⁵¹ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 192 e ss.

Mas o conteúdo do conceito de interesse público pode abarcar a igualdade, a justiça, a preservação ambiental, a segurança, ou a defesa da prestação de serviços de interesse geral.

E, não raro encontramos intervenções do Estado, com consequências económicas, que podem estar até integradas num conceito mais abrangente de regulação, que são reações a falhas de mercado por via de mecanismos diretos – como a privatização ou nacionalização – ou regulação normativa.

De qualquer forma, na base da teoria do interesse público está, sobretudo, a busca da eficiência a mais baixo custo, para cobertura das falhas de mercado. Vejamos, por isso, com maior acuidade as soluções encontradas para combater as falhas de mercado.

3.2.1.1. Falhas de Mercado

Atendendo ao modelo de mercado de concorrência perfeita, para que exista um mercado a funcionar de forma plenamente concorrencial, o mesmo deve cumular as características de atomicidade, fluidez e liberdade de entrada e saída dos agentes do mercado.

Contudo, na prática sabemos que é mais usual encontrarmos mercados que funcionam com falhas, sendo essas falhas mais ou menos relevantes para que se possa ponderar a intervenção de um terceiro agente, *in casu* o Estado.

Já elencámos e descrevemos as características das principais falhas de mercado mas não nos alongámos sobre os mecanismos corretivos ao alcance do Estado. Os mecanismos corretivos podem ser ou não considerados dentro da regulação económica, uma vez que, como aqui já enunciámos, o conceito de regulação pode ser mais ou menos amplo. Façamos, contudo, um périplo sobre os principais mecanismos de correção para cada falha de mercado, tentando fazer uma análise crítica dos mesmos e a sua integração ou não nos conceitos de regulação.

Monopólio, Oligopólio, Concorrência Monopolística

No caso do monopólio, existindo apenas um agente do lado da oferta que é “*price maker*”, a tendência é para a prática de preços acima do custo marginal, pelo que aqui temos duas questões subjacentes: por um lado o desequilíbrio dos excedentes com um ganho exponencial para a oferta, decorrente do lucro extraordinário que pode existir, ao que corresponde um menor benefício para o consumidor e maior subjugação do mesmo uma vez que inexistente opção concorrencial.

Ora, a intervenção do Estado nestes casos justifica-se não apenas para induzir um aumento de produção para equilibrar o lucro do monopolista mas também conseguir baixar os preços para um nível próximo do custo marginal. Ora, estes objetivos podem ser obtidos por via de diversos tipos de intervenção do Estado, com graus muito variados. Nem sempre as políticas antimonopolistas vestem a roupagem de regulação, como já se referiu. Contudo, não vamos deixar de fazer referência às mesmas, dando a necessária relevância às medidas regulatórias.

Existem três intervenções do Estado, relativamente aos monopólios, que geralmente não são associadas ao conceito de regulação económica, a saber: i) definição de Leis antitrust; ii) nacionalização de monopólios, ou seja uma intervenção direta; iii) Criação de condições de contestabilidade da posição dominante no mercado do agente – teoria dos mercados contestáveis.

O *trust* é uma forma de concentração de empresas. Ora, se as empresas de determinado mercado se aglomerarem, se unirem, a hipótese de formação de monopólio é patente. Se se forem adquirindo, comprando os rivais, isso é uma ação economicamente racional por parte dos produtores que pretendem, como é sabido, buscar o lucro extraordinário.

A concentração de empresas pode ser *vertical* caso o processo de produção esteja centrado numa empresa, ou seja, o controlo é a montante e a jusante no mesmo processo produtivo.

Neste caso, o que se pode pretender é reduzir os custos de transação, levando a uma maior eficiência do processo produtivo. De facto, ao invés de existir uma dispersão dos vários agentes do processo produtivo, o mesmo passa a estar centrado num único agente pelo que se reduzem contratos, negociações, parcerias, existindo um processo único e com uma única cadeia hierárquica.

Por outro lado, a concentração pode ser *horizontal*, quando se adquirem empresas do mesmo mercado, conduzindo a uma redução da atonicidade dos agentes no mercado. É este tipo de concentração que traz maiores preocupações relativamente ao ambiente concorrencial do mercado, pois pode conduzir a práticas anticompetitivas e eventuais monopólios⁶⁵²⁶⁵³.

Contudo, há que referir que podem advir incrementos de eficiência desta concentração horizontal uma vez que pode eliminar duplicações de recursos, eliminar custos de concorrência ou permitir economias de escala⁶⁵⁴.

Ora, as políticas *antitrust* acabaram por ser traduzidas em Leis, com a proibição de formas concertadas de restrição da concorrência e de monopolização, tendo também visado as fusões e participações cruzadas que conduzissem à diminuição da concorrência ou conduzissem a formas desleais de concorrência⁶⁵⁵.

Mas, afinal, nem todas as concentrações – cuja indefinição teórica é evidente - podem ser consideradas, sendo aqui de relevar a possível análise atendendo ao índice Herfindahl-Hirschman. Contudo, podem invocar-se razões atendíveis para que se considerem as concentrações legítimas quando das mesmas advém ganhos. No caso de monopólios naturais,

⁶⁵² Isto porque, se uma empresa for sucessivamente adquirindo as restantes empresas de determinado mercado, vai verificar-se a concentração da oferta progressiva, com diminuição de atonicidade no mercado no lado da oferta. Nestes termos, teremos a probabilidade de existir um monopólio ou um poder de monopólio nesse mercado.

⁶⁵³ Refira-se que este tipo de medida pode ser também considerado como anti formação de oligopólio, exatamente com os mesmos motivos. Quer no monopólio ou no monopólio, o maior problema que se pretende combater será a falta de atonicidade por, em tese, diminuir a concorrência e prejudicar o mecanismo de mercado. Mas como já sabemos, nem sempre a existência de monopólios ou oligopólios é nefasta.

⁶⁵⁴ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 350 e ss.

⁶⁵⁵ Os textos-referência relativamente a leis antitrust são norte americanos, sendo o mais relevante o *Sherman Antitrust Act* de 1890, que declarava a ilegalidade qualquer contrato, combinação ou outra forma de *trust* que restringisse negócio ou comércio entre estados ou países, bem como criminalizou o monopólio. Posteriormente, são ainda de relevar o *Clayton Antitrust Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos de 1914, que vieram acrescentar a proibição de discriminação de preços entre bens do mesmo tipo, a celebração de contratos que impliquem diminuição de concorrência, aquisição de empresas com vista à formação de monopólio e métodos desleais de concorrência. De relevar que esta legislação anti concentração de empresas acaba por relevar uma espécie de ação de política da defesa da concorrência, sendo muito ténue a linha que a possa separar duma verdadeira regulação de mercado. No fundo, é uma intervenção do Estado em que se pretende precaver situações de falta de atonicidade no mercado. Ora, não parece diferente da atuação duma entidade reguladora atual, em determinado sector.

como já referimos, criam-se economias de escala em que se torna difícil obter um resultado melhor em termos de bem-estar de mercado. É que a questão prende-se exatamente com esta situação. Os ganhos decorrentes da existência de um monopólio natural nem sempre são possíveis numa situação de concorrência. Nestes casos, o *unbandling* deve revestir especiais cuidados, mormente para que se criem no mercado condições de defesa de franjas mais suscetíveis de consumidores.

Uma situação também de intervenção do Estado vocacionada para o combate ao monopólio é a criação de condições para que haja abertura do mercado a mais agentes. Sempre que o Estado retira barreiras de entrada ou saída do mercado, quebra direitos exclusivos de produção ou fomenta a produção de sucedâneos, cria o ambiente de concorrência potencial.

Com isto pretende-se demonstrar que o monopólio ainda pode subsistir de facto durante algum tempo devido aos elevados custos de investimento dos novos agentes do mercado. Contudo, o monopolista que persistir com preços acima dos custos marginais – que incluem, a longo prazo, os custos históricos, irrecuperáveis já efetuados geralmente na infraestrutura – então vai ser alcançado pelos concorrentes que se vão implantando a pouco e pouco no mercado.

Se o monopolista antecipar este desfecho, iniciará mais cedo as suas medidas corretivas e defensivas, deixando de agir como monopolista, “*price maker*”, para fazer expandir a sua escala de eficiência aumentando a produção e estabilizando os preços. No fundo é uma estratégia de sobrevivência uma vez que o mercado se tornará concorrencial.

Ora, a simples abertura dos mercados, tornando-os contestáveis, leva a um comportamento do agente dominante que altera de defesa da sua posição para a sobrevivência no mercado. Logo, o agente dominante passa rapidamente a comportar-se como se estivesse num mercado atomístico.

Contudo, esta ideia de contestabilidade do mercado ou da concorrência potencial apenas resulta plenamente caso as barreiras económicas à entrada e saída do mercado – mormente “*sunk costs*” – sejam diminutos ou ultrapassáveis⁶⁵⁶. Assim, a intervenção do Estado é feita neste aspeto, facilitando a quebra de barreiras de entrada e saída de agentes nos mercados.

Trata-se, pois, de diferentes tipos de auxílio que o Estado pode prestar. Desde o fim de concessão de direitos de produção ou exploração, direitos exclusivos ou, doutro ângulo, auxílio à produção de bens sucedâneos, subsídio ou financiamento de custos de investimento⁶⁵⁷.

Outra opção, mais radical de intervenção do Estado contra os monopólios são a sua nacionalização, mormente quando se trata de monopólios naturais. Neste caso o monopólio não deixa de existir passa, contudo para as mãos do Estado que, supostamente, agirá de forma mais atenuada do que um agente monopolista privado.

Contudo, algumas observações existem relativamente a este método. Por um lado, é certo que o Estado terá maior capacidade de investimento e gestão de elevados custos do que a maioria dos privados mas fá-lo geralmente através dum sistema de repercussão nos contribuintes o que provoca outros desequilíbrios.

⁶⁵⁶ A este propósito, William Baumol e Kye Sik Lee, em “*Contestable Markets, Trade, and Development*”, The World Bank Research Observer, vol. 6, no. 1 (January 1991), referem: “*A perfectly contestable market can be defined as one in which entry and exit are perfectly costless*”.

⁶⁵⁷ De acordo com os mecanismos e ferramentas utilizados podemos estar perante uma verdadeira regulação sectorial ou, pelo menos, parte dum mecanismo regulatório de determinado sector.

Por outro lado, existem menos incentivos ao agente Estado para o controlo de custos, levando à criação de barreiras artificialmente elevadas com repercussão no preço e/ ou nas finanças públicas.

E, como adiante teremos oportunidade de melhor analisar à luz das teorias comportamentais, nada parece fazer crer que o Estado seja melhor monopolista do que um privado, pelo que muitos dos monopólios são até mantidos artificialmente sem que existam aqui quaisquer mecanismos – por ausência de um “quarto” agente, com poderes de autoridade, que imponha outra atitude – de contestar este mercado.

Falta, portanto referir a Regulação enquanto mecanismo de intervenção do Estado para combate à concentração de poder de mercado num único agente da oferta.

No caso da Regulação ao invés de se prevenir a concentração – como sucede nas leis antitrust, impede-se que os monopolistas exerçam o poder de mercado que detém, com vista a que o desiderato de maximização de lucro não coloque em causa o bem-estar social, o bem-estar dos consumidores.

Um mecanismo utilizado pela regulação é o estabelecimento de preços máximos ou fixação de preços que o monopolista está autorizado a cobrar⁶⁵⁸. Mas não só.

A Regulação pode exercer-se por normas que estabelecem procedimentos, valores, limites, comandos emitidos por entidades reguladoras e instruções administrativas. Muito embora possam existir situações de autorregulação, em que o próprio mercado espontaneamente assegura essa organização.

A regulação pode ser *imperativa ou coerciva*, quando as normas são emanadas por órgão dotado de poderes de autoridade e podem revestir a fixação de preços, quantidades, barreiras de entrada ou saída, requisitos dos agentes, requisitos de qualidade ou características específicas, ou balizas de negociação.

Mas também pode seguir uma forma de *orientação para o mercado*, estabelecendo incentivos económicos, promoção de metas ou quantidades, promoção de trocas livres que levem a que os agentes tenham incentivo para agirem no mercado como concorrentes.

De relevar, porém, que a Regulação tem um custo associado que podem, por si só causar perdas de eficiência quando retira recursos do processo produtivo. Assim, a Regulação deve ser afinada a cada momento, para que não cause maior distorção do que a falha que pretende colmatar.

⁶⁵⁸ Esta é uma limitação que impede o *price maker*, ou seja, passa o Estado, em determinadas situações ou naquele mercado a ser o agente que define o preço. O Estado simplesmente pode impor no mercado um determinado preço máximo abaixo do preço praticado pelo monopolista, forçando assim o monopolista a praticar um preço mais condicente com o preço-equilíbrio, forçando também o equilíbrio das quantidades do mercado. Por outro lado, o Estado pode fixar o preço. No caso da fixação de preço, o monopolista não tem sequer opção, pelo que esta medida é sobretudo utilizada em situação de fixação de tarifas sociais, por exemplo, ou preço aplicável a determinado grupo de consumidores. Tal é uma forma de baixar coercivamente o preço para que os consumidores que não teriam sequer acesso ao mercado o possam fazer. O exemplo das *utilities* é paradigmático.

O mecanismo da regulação é especialmente adequado para lidar com os monopólios naturais⁶⁵⁹ que são os “bons monopólios”⁶⁶⁰. Como refere Fernando Araújo, “*Nada se ganha, aparentemente, em combater-se um monopólio natural: tudo está em evitar-se que os preços praticados pelo monopolista natural cresçam para lá de um limiar de preservação do bem-estar social*”.⁶⁶¹

Há aqui que relevar que o típico monopólio natural, com a evolução das produções, tecnologia, etc., podem ser já desmantelados e, por um lado, pode manter-se parcialmente o monopólio natural mormente nas redes de distribuição⁶⁶², separando-se o restante processo produtivo que pode ser objeto de produção concorrencial.

Vejamos: no caso de monopólio natural, temos eficiência produtiva e alocação de benefícios mas um agente que tenderá a cobrar preços mais elevados. A maior atomicidade levaria a que a quantidade aumentasse e o preço se aproximasse do custo marginal. Esta é a justificação para o desmantelamento dos monopólios naturais, mesmo que estatais.

Assim, processa-se um *unbandling* vertical, ou seja, um desmantelamento dos vários patamares do processo produtivo, sendo geralmente a prestação do serviço liberalizada e deixa-se como monopólio natural as atividades que verdadeiramente o são⁶⁶³. E estes monopólios naturais passam a estar sujeitos a regulação sectorial específica, de proteção da concorrência, com imposições várias sobre o monopolista, tais como a obrigação de acesso a terceiros. Aliás, o acesso a terceiros à rede pode reduzir o custo aos recém agentes do mercado que, ao invés de construir a infraestrutura de rede, podem utilizar a existente a um custo mais reduzido.

Com o desmantelamento dos monopólios naturais, o mercado subdivide-se, formando-se, portanto, novos mercados. Estes novos mercados podem ser, eles próprios, como referimos, monopólios naturais mas podem existir ainda outros monopólios que resultam desta subdivisão. Ora, a regulação deve ainda tratar da introdução de regras de concorrência nestes mercados onde não existe justificação plausível para a manutenção de monopólio.

⁶⁵⁹ Sobre a evolução do conceito de monopólio natural e se deve ser regulado, veja-se John Tschirhart, em “The Partial Regulation of Natural Monopoly”, em que refere: “*Indeed the very definition of natural monopoly has been updated. Baumol (1977) equated natural monopoly with a firm whose cost function is subadditive over the relevant region of production. He then developed cost concepts for multi-product firms that allow a better understanding of the conditions that give rise to natural monopoly. Panzar and Willig (1977) studied the sustainability of a firm; that is, can a firm charge prices for its outputs that will thwart competitive entry. And Baumol, Panzar and Willig (1982) introduced contestability, a measure of the ease with which new firms can enter an industry. The work of these authors and others has led to a reevaluation of the market and technological conditions that justify when a natural monopoly should or should not be regulated*”.

⁶⁶⁰ A expressão advém do facto de os monopólios naturais serem, por definição, a melhor forma de prestação de determinados serviços ou bens aos consumidores. No caso dos monopólios naturais, os custos associados ao investimento ou infraestruturas são demasiado elevados para um “comum” agente da oferta. Pelo que quando o Estado ou um particular assume esse custo, no longo prazo o mesmo vai sendo amortizado, pelo que o monopolista pode praticar preços mais acessíveis, mesmo mantendo um lucro extraordinário. Os novos agentes, porém, para entrar no mercado têm de despende de elevadas quantias de investimento que vai necessariamente repercutir no preço do consumidor.

⁶⁶¹ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 353 e ss.

⁶⁶² O exemplo típico é a rede elétrica ou a rede de ferrovia, cujo custo de instalação ou construção é elevado e se mantém, por isso, como um verdadeiro monopólio natural.

⁶⁶³ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “*Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?*”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 223 e ss

Vejamos mais dois aspetos ainda sobre a regulação de monopólios:

- 1) Nem sempre é fácil configurar a existência de verdadeiros monopólios naturais e isso pode condicionar a estratégia reguladora, bem como o sistema de incentivos, financiamentos ou estabelecimento de deveres dos operadores, tais como serviços universais, acesso ou tarifas sociais⁶⁶⁴;
- 2) A regulação dos monopólios é muitas vezes efetuada por via de fixação administrativa de preços. Este é um instrumento valioso no combate desta falha de mercado em particular uma vez que estamos perante mercados em que o preço é fixado pelo agente da oferta que detém o poder de mercado, olhando para o interesse egoístico do lucro extraordinário. Mas a fixação administrativa de preços deve calibrar-se de acordo com os objetivos que detém. Aliás, de acordo com os desígnios da teoria do interesse público, a fixação de preços mais elevados do que o custo marginal do monopolista é estar a impedir a maximização do excedente total, logo já não se alcança o ótimo paretiano, desconsiderando-se assim o interesse público de eficiência da intervenção do Estado⁶⁶⁵.

No que concerne aos oligopólios, uma vez que a cooperação entre oligopolistas pode provocar prejuízos ao bem-estar social, justifica-se que exista aqui também alguma correção no sentido de dificultar a cooperação entre agentes e promova a concorrência.

Atendendo a que o oligopólio é uma falha de mercado onde, à semelhança do que sucede no monopólio, inexistem atômicas do lado dos agentes da oferta, as medidas anti monopólio podem, com as devidas adaptações, serem também usadas na prevenção e correção de oligopólios cooperativos.

Contudo, no que concerne especificamente aos oligopólios, o maior esforço de combate aos mesmos tem-se centrado na repressão de acordos de preços e quantidades, ou imposições por parte do produtor que detém poder de mercado, repressão essa que tem sido efetuada sobretudo ao nível da defesa da concorrência e pelas entidades reguladoras⁶⁶⁶.

A repressão não se restringe à ilegalidade da formação dos cartéis mas ainda o combate a práticas restritivas da concorrência, como as restrições verticais⁶⁶⁷ decorrentes da influência de determinado produtor a certo ponto do processo produtivo que influencia o mesmo, sobretudo a jusante, incluindo o factor preço, com prejuízo para os consumidores.

⁶⁶⁴ O caso das telecomunicações é paradigmático. Para que se fique com os pontos fundamentais nesta matéria refira-se que: i) no sector das telecomunicações formou-se uma espécie de “rede de redes” uma vez que a concorrência passou a fazer-se com múltiplas redes que concorrem entre si; ii) o maior acesso e intercomunicação geram progressivas “externalidades de rede” que, embora favoreçam a atômica e diminuam as barreiras de entrada também favorecem os operadores históricos, criando um ambiente mais favorável a congestionamento mas também captura de renda (acionamento de entrada), levando à necessidade de retificação da regulação; iii) Estas “vantagens” dos operadores históricos vão repercutir-se necessariamente nos preços, pelo que mais uma vez pode a regulação ter de redefinir-se face a esta desigualdade entre concorrentes.

⁶⁶⁵ A fixação de preços administrativamente é um dos instrumentos mais relevantes da regulação, pelo que voltaremos a este ponto adiante com maior acuidade relativamente ao funcionamento da calibração dos preços face aos objetivos do regulador.

⁶⁶⁶ Neste caso pela Entidade Reguladora mais “genérica”, como no caso português que é a Autoridade da Concorrência.

⁶⁶⁷ Por exemplo, tabelamento de preços de revenda, acordos de concessão exclusiva que impedem alguns retalhistas de distribuir produtos de outros produtores, imposição de venda de bens em conjunto, entre outras.

Os remédios reguladores para os oligopólios têm-se centrado no combate aos abusos de quem detém posições dominantes no mercado, no sentido de travar a “batota” dos oligopolistas no funcionamento do mercado. Contudo, mais uma vez, essas medidas, contrárias ao mecanismo do mercado, têm vantagens – como por exemplo, o acesso de outros agentes ao mercado, quebrando-se barreiras não económicas – mas, como todo o tipo de regulação existem custos associados a serem avaliados, sob pena de maior distorção da ação regulatória do que corretiva.

No que concerne à concorrência monopolística, a falha de mercado deixa de ser a atonicidade. Estamos perante um mercado que gera lucros extraordinários mesmo quando existem vários concorrentes no mercado. A falha, neste caso, como já referimos amiúde, é a diferenciação do produto gerando uma quebra na fluidez.

Mas o facto de existir uma falha no mercado não é razão *sine qua non* para uma intervenção do Estado. A intervenção apenas se justifica, no âmbito da teoria do interesse público, caso a falha de mercado afete a eficiência e bem-estar.

E neste particular, há que atentar às características do mercado em concorrência monopolística que, como sabemos, é um mercado que agrada aos consumidores.

De facto, se olharmos para a disparidade existente entre custo marginal e o preço praticado, existe uma perda absoluta de bem-estar. Mas essa perda de bem-estar no mercado dos produtos pode ser considerada como compensada com os inerentes ganhos no mercado de informação, por via da publicidade.

A combinação de externalidades positivas e negativas associada à entrada de concorrentes, também parece poder anular alguma desproporção do bem-estar. Ou seja, o facto de existir atonicidade e de a concorrência entre agentes estar em verdadeira mutação e adequação face à diferenciação de produtos e troca de clientela – com impacto no lucro de cada agente -, faz com que haja aumento de variedade qualitativa dos produtos com benefícios para os consumidores. É que essa concorrência também leva a que haja sempre a tendência do mercado se ir ajustando, progredindo o preço para o custo marginal mas também levando à inovação e adaptação dos produtos e serviços face às necessidades do consumidor.

Uma interferência do Estado, numa tentativa de correção, esbarra em duas barreiras: i) será que efetivamente existe perda de bem-estar? ii) Justifica-se uma intervenção quando o mercado se ajusta atendendo o benefício das necessidades dos consumidores?

Quanto muito, o que se pode regular é o mercado de informação na tentativa de proteção dos consumidores face a publicidade enganosa, sobretudo quando perante situações de “*experience goods*” ou “*credence goods*”. Neste tipo de bens, em que apenas após a utilização o consumidor pode aferir da sua qualidade, a informação – neste caso em formato de publicidade

É, por isso, importante analisar não apenas as assimetrias de informação em determinado mercado mas também as vicissitudes do mercado de informação.

Assimetrias de Informação

A informação perfeita, gratuita, universal, fazia parte do paradigma da racionalidade perfeita que, por sua vez, integra os requisitos da fluidez. Assim, o reconhecimento de que essa informação perfeita é inalcançável, levou à caracterização e tratamento da informação como

um *bem*, sendo, assim, admissível a existência dum mercado da informação. Contudo, já aqui referimos da dificuldade de considerar-se um mercado “do conhecimento”⁶⁶⁸.

Mas se observarmos este “mercado”, do lado da procura, a informação irá ser procurada até que o custo marginal se equipare ao benefício marginal. Mas quanto mais pesquisa existir, quanto mais informação existir maior será a concorrência o que traz benefícios mesmo para os desinformados. Assim, a busca de informação, do ponto de vista social, é feita de forma subótima.

Se por um lado a produção de informação tem um custo elevado, a sua disseminação já não. E por isso é muitas vezes necessário o impulso, o incentivo à produção do conhecimento, da informação para que, depois, a mesma produza um efeito multiplicador de benefícios no mercado. O Estado pode regular essa necessidade de maior conhecimento / informação.

Relativamente à publicidade, já sabemos que a mesma é essencial, por exemplo, para que haja a diferenciação de produto. Assim, os empresários – a oferta – recorre muitas vezes à publicidade não apenas com o intuito imediato de aumentar as vendas mas de implantação no mercado, conquista de clientela, prestígio, visibilidade, etc.. Os gastos com esta medida são, geralmente, recuperados a longo prazo.

As visões sobre a publicidade repartem-se entre relevar a sua tarefa informativa para o mercado, sobretudo para esclarecer os consumidores sobre características dos produtos e a entrada de novos agentes, produtos ou serviços, ou a sua diabolização enquanto factor de manipulação do consumidor, suggestionando-o, condicionando-o ou criando a ilusão de novas necessidades.

De qualquer forma, a publicidade acaba por ter um efeito “perturbador” da sinalização por via dos preços existente no mercado, pelo que a necessidade de imposição de padrões de conduta pode vir a ser implementada pelo Estado, mormente a condenação de publicidade enganosa, intrusiva, sem correspondência mínima à realidade.

Quando os agentes do mercado não detêm o mesmo nível de informação ou, pelo menos, um nível equiparado, podem suceder as assimetrias informativas entre os agentes. Ora, inexistindo informação perfeita estamos perante uma falha do mercado que afeta em concreto a fluidez.

As duas formas típicas de assimetrias informativas são a seleção adversa e o risco moral.

Conforme já tivemos oportunidade de aqui analisar, a seleção adversa é uma assimetria informativa que privilegia os vendedores, ocorre antes da aquisição do bem. Ora, esta assimetria assume especial relevância sobretudo no que concerne a “*experience goods*” ou “*credence goods*”, pois apenas após a aquisição pode o consumidor constatar da qualidade do produto e da veracidade da informação disponibilizada antes do contrato. O consumidor, no ato da troca/ contrato, dá um salto no escuro, faz a troca com a informação que detém.

A forma de ultrapassar a seleção adversa é a sinalização, ou seja, a transmissão de informação gratuita para o consumidor, informação essa que seja credível, que ajude o agente na decisão

⁶⁶⁸ A propósito, veja-se Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 412 e ss.

da troca não apenas atendendo a preços medianos e poupando os custos de busca dessa informação⁶⁶⁹.

Ora, a regulação da informação a ser disponibilizada em determinados sectores é uma forma de correção da seleção adversa. A questão prende-se apenas em produzir regras que sejam exequíveis e que não afetem o mercado com custos de regulação excessivos.

Importa, pois, perceber o que será esta informação credível e gratuita.

A mesma deve ser breve, sintética, concentrada, simples, de modo a conferir aos destinatários um nível de informação que vá convergir com a informação dos vendedores. A motivação na divulgação desta informação é que a mesma vai permitir aumentar o nível de confiança, logo há maior número de trocas.

Quer dizer, portanto, que ao consumidor bastará um nível de informação incompleto mas que seja suficiente para criar um conforto, uma credibilidade sobre o produto, os agentes, o mercado. É uma decisão feita com a informação possível, uma racionalidade limitada.

Algumas doutrinas defendem que devem existir três condições para que ocorra essa decisão informada – com limitações aceites pelos interlocutores – a saber, i) Os sujeitos económicos devem estar motivados para a tomada de decisão racional; ii) devem ter a capacidade de tomar tais decisões; iii) devem ter a oportunidade de decidir racionalmente⁶⁷⁰.

Claro que o preenchimento destas condições dependerá do contexto económico e duma variedade de circunstâncias do processo de concorrência. Mas o agente, pode, assim, tomar decisões em consciência, com uma informação suficiente.

Pode ainda criar-se uma espécie de matriz de risco, em que se identificam determinadas características ou sinais de alerta, seja para uma tomada de posição negativa ou de aceitação.

O caso do mercado financeiro é paradigmático. Um mercado revestido de alguma complexidade que gera natural opacidade nas trocas, em que os agentes da oferta detêm mais conhecimento sobre os produtos enquanto o consumidor médio não detém sequer conhecimento para a compreensão dos bens e serviços que estão à sua disposição.

É aqui que entra a regulação pelo Estado, sendo a maioria das regulações do sector financeiro vocacionadas para melhorar a qualidade e quantidade de informação. Mas também como árbitro do jogo do mercado, tendo em vista o estabelecimento de regras similares para os competidores.

No caso do risco moral, que emerge no decurso duma relação contratual duradoura durante a qual uma das partes abusa da sua posição de vantagem informativa, não cumprindo ou cumprindo defeituosamente as suas obrigações.

⁶⁶⁹ Isto porque num mercado em que existe seleção adversa existe a tendência para uma sinalização através dos preços, ou seja, uma sugestão de que o preço elevado é sugestivo de maior qualidade. Contudo, tal subverte completamente a função dos preços no mercado em concorrência, invertendo a correlação negativa que sabemos existir entre o nível da procura e a variação dos preços. Cfr. Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 420 e ss.

⁶⁷⁰ Cfr. Johan Den Hertog, *“Review of economic theories of regulation”* para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 14 e ss.

Ora, este “batoteiro racional” não tem incentivo para agir de forma diversa, pois prevê corretamente as consequências das suas ações, poupando esforços que não tragam benefícios marginais.

O remédio clássico para o risco moral será o estabelecimento de regras contratuais que confirmem direitos de supervisão de uma parte sobre a outra, sobretudo relativamente à sua conduta.

Contudo, esta solução acarreta morosidade e onerosidade decorrente da complexidade de elaboração e prática desses contratos, bem como do seu acionamento judicial caso seja necessário. Também não é, por si só, dissuasor da atitude nem acarreta deveres de “auto delação”, pelo que não garante que o comportamento não se verifica, sendo detetável apenas numa fase posterior já com custos inerentes.

O problema da seleção adversa e risco moral acontece com frequência no sector das seguradoras, que se debatem com questões pré e pós contratuais que aumentam substancialmente o risco da sua atividade.

Ora, neste caso, a regulação do sector veio tentar fazer uma disseminação desse risco criando mecanismos quer de informação mas também de generalização de apólices, mormente o que sucede no seguro de responsabilidade civil, obrigatório para os veículos em circulação, independentemente se o condutor do veículo ser bom ou mau condutor. Com esta medida, por exemplo, dissemina-se o risco por todos os segurados, criando-se um mecanismo de *balances*, entre os que darão seguramente prejuízo à seguradora com os casos de inexistência de sinistros.

Externalidades e Bens Públicos

As externalidades são efeitos positivos ou negativos decorrentes da atuação de determinado agente que se projetam na esfera de outrem, sem que esse terceiro seja compensado pelos prejuízos que esteja a sofrer ou sem que tenha de pagar pelos benefícios que usufrui.

De referir desde já que, sendo falhas de mercado que, por definição são exteriores ao mesmo, quer dizer que não existe um mercado para tratar estes efeitos. Ou seja, há uma ausência de mercado.

As externalidades – positivas e negativas - podem ser de produção ou de consumo. Os exemplos típicos de externalidades positivas de produção são os clusters ou aglomerados de atividades económicas numa determinada localização geográfica e externalidades positivas de consumo, são, por exemplo, as externalidades de rede, em que a utilização da rede por mais um consumidor gera benefícios para todos os que já integram a rede⁶⁷¹.

São externalidades negativas de consumo, por exemplo, os fumadores que o fazem junto de outras pessoas, num local público e o exemplo típico de externalidade negativa de produção é a poluição.

As questões relacionadas com externalidades são geralmente tratadas atendendo às externalidades de produção, pelo que a nossa análise tende para essa perspetiva.

As externalidades têm dois problemas económicos associados:

⁶⁷¹ O caso das redes de telecomunicação: de nada serviria um telefone ao único Homem de determinada região que o tivesse. Ou a disseminação de determinada rede social. Se não se aglomerassem várias pessoas em determinada rede de que valeria a existência da mesma. São exemplos de plataformas que sobrevivem economicamente atendendo ao aglomerado de pessoas que consegue reunir.

- 1) Às externalidades positivas está associado um problema de subprodução, ou seja, não existem incentivos para que o mercado produza serviços ou bens com estas características;
- 2) Às externalidades negativas está associado um problema de sobreprodução, ou seja, o mercado produz determinado bem ou serviço em demasia face ao ótimo social.

Claro está que a existência de uma externalidade significa que existe algo a falhar no mecanismo de mercado que impede a maximização do bem-estar. A desproporção que existe seja por sobre ou subprodução no mercado, é em relação àquilo que seria o equilíbrio de mercado, a maximização do bem-estar social.

No caso das externalidades negativas de produção, há uma diferença entre aquilo que é o bem-estar social e o equilíbrio de mercado, existindo a produção de bens que não é ótima, inexistindo mecanismos retificadores da quantidade produzida.

Se olharmos para o caso da poluição, o produtor que tem como incentivo racional a produção máxima, não está a considerar os danos ambientais que provoca. Do ponto de vista individual, o seu incentivo é a máxima produção, pelo que também será racional desconsiderar o dano ambiental.

Diametralmente, para a comunidade já não será tolerável viver e trabalhar num local poluído. Ou seja, o incentivo coletivo será a obtenção de maior bem-estar.

Contudo, não será possível simplesmente eliminar completamente os custos de poluição, pois os custos sociais correspondentes seriam extremamente elevados. Basta pensar no caso da poluição – sonora e atmosférica - provocada pelo transporte aéreo. Ora, a solução de simplesmente eliminar os custos de poluição seria proibir a atividade com as correspondentes consequências, mormente perda de bem-estar social associado à impossibilidade de cada indivíduo se deslocar de avião.

Quando existe uma externalidade positiva ou negativa, de facto existe uma dissociação entre o ótimo social – o bem-estar social – e aquilo que é o equilíbrio de mercado – o que o mercado gera. No caso das externalidades negativas essa desproporção deve-se ao excesso de atividade geradora de externalidade e que, consequentemente, afeta o bem-estar.

No caso das externalidades positivas, significa que o desequilíbrio é provocado pelo facto do mercado não estar a produzir bens em quantidade suficiente da que seria desejável do ponto de vista da sociedade.

Face a esta situação, há duas grandes visões sobre a resolução desta questão: i) modelo público pigouviano; ii) modelo privatístico coaseano.

Arthur Cecil Pigou, autor da escola de Cambridge, apercebendo-se desta ideia de externalidade negativa, vem propor que seja o Estado a fazer diretamente a correção dessa falha de mercado e propõe especificamente a utilização das ferramentas tributárias.

Assim, no caso das externalidades negativas, deve fazer-se incidir sobre o indivíduo que está a “sobre produzir” um tributo que aumente o custo de produção. Existindo um aumento do custo de produção, pode existir uma efetiva diminuição do lucro caso o indivíduo suporte integralmente o custo ou uma repercussão desse aumento de custo no preço dos bens, aumentando-o.

Ora, se custa mais a ser produzido, será vendido mais caro logo um aumento do preço leva a uma diminuição da quantidade procurada. Este efeito leva à formação dum novo ponto de equilíbrio no mercado.

Este novo ponto de equilíbrio dita um preço mais elevado que determina necessariamente a diminuição da quantidade produzida e assim se internaliza a externalidade, levando à diminuição de produção e corrigindo a sobreprodução existente anteriormente.

Isto porque o custo associado à externalidade negativa passa a estar integrado no preço de mercado, deixando de ser um custo social para passar a ser um custo individual. Há uma efetiva aproximação ao ótimo social.

Em contraposição a este método corretivo pigouviano, Ronald Coase avança com uma perspetiva de resolução negociada e não imposta, considerando que será possível aos indivíduos criarem um mercado para as externalidades e negociá-las.

Na perspetiva de Coase, as externalidades não devem ser olhadas apenas pelo binómio “causador” e “vítima” porque as externalidades são bilaterais: as partes que estão em presença externalizam reciprocamente, o problema só existe porque existem duas partes!

Conforme refere no seu artigo “O problema do custo social”, *“A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que A inflige um prejuízo a B, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir A? Mas isso está errado. Estamos a lidar com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a B implicaria causar um prejuízo a A. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: A deveria ser autorizado a causar prejuízo a B, ou deveria B ser autorizado a causar um prejuízo a A? O problema é evitar o prejuízo mais grave.”*⁶⁷²

Do ponto de vista de eficiência económica os custos associados às externalidades não são iguais para as partes em presença. Por exemplo, se existe apenas uma única habitação perto dum aeroporto, uma única “vítima” das externalidades causadas pelo aeroporto, na perspetiva clássica seria o aeroporto a ter de mudar de sítio, pois é quem provoca o prejuízo. Contudo, a resolução da situação pode ser feita com um custo muito mais baixo, ou seja ser a “vítima” que consegue resolver, a mais baixo custo, a externalidade, vendendo a casa, pedindo a insonorização ou deslocando-se.

Esta perspetiva pretende encontrar maior eficiência, ou seja, encontrar soluções com menor custo e maximização da eficiência e do ótimo social.

Assim, a solução coaseana será privatística, ou seja, por via de negociação e troca voluntária uma vez que se encaram as externalidades como bilaterais e não meramente unilaterais.

Os pressupostos para a existência da possibilidade dessa solução negociada constam do “Teorema de Coase”⁶⁷³ cuja formulação é a seguinte⁶⁷⁴: Se existirem direitos de propriedade

⁶⁷² Cfr. Ronald Coase, “O Problema do custos Social”, The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, volume 3, issue 1, article 9, 2008, p. 1 e ss.

⁶⁷³ Curiosamente o nome de Teorema apenas foi atribuído por Stigler aquando da entrega do prémio nobel a Coase, em 1991. Teorema é uma conclusão retirada a partir de determinados pressupostos e que se verifica caso esses pressupostos se concretizem.

⁶⁷⁴ A formulação deste “teorema” decorre do artigo “O Problema do Custo Social”, publicado em 1960, em que Coase parte da análise pigouviana para demonstrar a possibilidade de se chegar a uma via negocial caso determinados pressupostos estejam preenchidos.

claramente definidos e custos de transação inexistentes ou baixos, então a solução mais eficiente será alcançada por via de negociação entre as partes. Independentemente da alocação inicial de direitos, as partes conseguirão alcançar a solução mais eficiente caso as premissas estejam preenchidas.

Relativamente aos direitos de propriedade, há que relevar que aqui se trata da aceção económica e não jurídica. Ou seja, o direito de propriedade é o direito a usufruir, a retirar vantagens a partir do uso de determinado recurso⁶⁷⁵.⁶⁷⁶

Assim, para a premissa estar preenchida não devem existir conflitos sobre o uso do bem, nem nenhuma dúvida sobre a vantagem que se retira do uso do recurso.

Se não existir uma definição clara e inequívoca dos direitos de propriedade então dificilmente vão aparecer mercados privados de externalidades pois não há esclarecimento sobre quem tem o direito de permitir e, em consequência, receber ou quem tem a obrigação de procurar obter autorização e por isso pagar⁶⁷⁷.

Na ausência de direitos de propriedade definidos o mercado de externalidades nunca poderia funcionar, pois os indivíduos ficam convencidos de que podem fazer o que quiserem sem necessidade de negociação entre si.

Claro que a “indenização” a ser paga, quando os direitos de propriedade estão definidos e haja negociação, passa a ser um preço, alcançado como num qualquer mercado concorrencial. E tal é válido quer o direito de propriedade seja dos residentes ou da empresa. No caso da empresa, a compensação deve aproximar-se dos lucros cessantes pela diminuição de produção associada à correção da externalidade. Quanto aos privados, a indenização deve aproximar-se do custo marginal externo ou custo marginal provocado pela externalidade.

Devemos ainda ter presente que os direitos de propriedade foram-se alterando. Por exemplo, se uma fábrica se fixar junto dum aglomerado populacional e inicia a sua atividade provocando muito ruído. No Século XIX, provavelmente os habitantes do aglomerado populacional pouco poderiam fazer a não ser mudar-se. Contudo, atualmente, a ordem jurídica já reconhece vários direitos relativamente à saúde e bem-estar, integridade física, sossego que permitem uma reação diferente. O direito de propriedade, desses direitos, não estavam definidos mas estão atualmente.

⁶⁷⁵ Sobre o desenvolvimento dos direitos de propriedade e sua vertente económica é incontornável a obra de Douglass North, sobretudo “*Structure and Change in Economic History*”, publicado em 1981, onde faz uma abordagem da teoria institucional do desenvolvimento económico, onde releva a forte necessidade da definição dos direitos de propriedade. Defende que se deve teorizar sobre a estrutura das economias e sobre a estabilidade/mudança das estruturas económicas ao longo do tempo. Ora, esta posição leva-o à defesa de uma teoria das instituições, cujos fundamentos são: i) uma teoria de direitos de propriedade que descreva os incentivos individuais e grupais proporcionados pelo sistema; ii) uma teoria do Estado, dado que o Estado especifica e proporciona o *enforcement* dos direitos de propriedade, e; iii) uma teoria da ideologia que explique como as diferentes perceções da realidade afetam a reação dos indivíduos, como as crenças dos agentes influencia o processo de tomada de decisão. Com esta posição, North, critica o modelo neoclássico de análise, destacando a existência de comportamento oportunista (*free rider problem*) no processo de tomada de decisão.”

⁶⁷⁶ Ainda sobre as questões dos direitos de propriedade e o Teorema de Coase, veja-se, Thomas J. Miceli, “*Contemporary issues in Law and Economics*”, Routledge, 2018

⁶⁷⁷ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 150 e ss.

Inclui-se ainda os direitos de propriedade na aceção jurídica da posse e propriedade de determinado bem. Ou seja, saber quem é o dono de determinado pedaço de terra.

Relativamente aos custos de transação inexistentes ou baixos, em primeiro lugar há que recordar que são custos de transação os inerentes, associados à negociação, à troca, à transação. Ronald Coase veio desenvolver a ideia de que os custos da troca não são apenas os custos monetários, o preço que se paga. Há um conjunto de custos antes da troca ocorrer - como custos para a formalização da transação - mas ainda custos posteriores à troca, decorrentes da mesma, que podem condicionar a própria troca ou condicionar os termos em que é feita.

No caso duma compra dum imóvel, por exemplo, temos custos de transação *ex ante* e *ex post*. Vejamos: o primeiro custo de transação é a descoberta do preço, ou seja, definir os padrões do produto que pretendemos e procurar no mercado o mesmo. Depois de encontrar o produto, há que recolher informação sobre o vendedor, visitar o imóvel e perceber das suas características. Para concretizar a compra, há ainda que verificar condições de legalidade, licenças, etc.. Podem existir ainda custos associados à contratação de serviços, tais como um advogado ou imobiliária.

A concretização da troca tem associados custos com escrituras e registos.

Depois da transação podem ainda existir questões de cumprimento defeituoso caso o bem não se encontre nas condições de uso. Pensemos por exemplo numa canalização danificada.

A todos estes custos acrescem ainda custos de deslocação e custos de oportunidade – quanto mais não seja associado ao tempo despendido.

Os custos de transação serão tanto maiores quanto maior o valor do bem transacionado.

Ainda relativamente aos custos de transação, quanto maior o número de pessoas “lesadas”, atingidas pela externalidade, menor é a possibilidade de negociação, ou seja, inviabiliza-se uma solução coaseana. Por exemplo, o caso dum aeroporto que importuna apenas um morador ou uma cidade inteira. Enquanto que, relativamente a apenas um morador, facilmente se conseguirá uma solução negociada, quanto à totalidade dos habitantes de uma cidade será muito complexo o processo de negociação, dir-se-ia até impossível!

Ora, Ronald Coase o que vem defender é que caso se verifiquem os pressupostos do teorema, ou seja, caso existam direitos de propriedade bem definidos e custos de transação baixos, deve-se buscar uma solução eficiente por via de negociação. Somente caso não seja possível uma solução negociada então deve o Estado intervir. Nesta fase, a intervenção do Estado será mais eficiente uma vez que o mesmo é dotado de poderes de autoridade, podendo encontrar uma solução viável, eficiente e implementá-la coercivamente.

Face a esta exposição, temos, portanto duas grandes vias de resolução propostas por Pigou e Coase: i) por um lado, a falha de mercado deve ser diretamente remediada pelo Estado, mormente por via tributária⁶⁷⁸; ii) sob determinados requisitos, devem os agentes chegar a uma solução negocial, uma resolução privatística, devendo a solução pública ser subsidiária.

Mas nenhum dos autores descarta a necessidade de, mesmo que só em determinadas situações, ser o Estado a resolver a falha de mercado. E quais serão então as soluções públicas mais usuais?

Bem, por um lado temos uma intervenção direta do Estado, assumindo o mesmo o desenvolvimento de certas atividades para que possa controlar a produção e com isso controlar

⁶⁷⁸ Uma intervenção que mais musculada e direta.

também as externalidades decorrentes. O caso, por exemplo, da poluição. O Estado pode assumir o monopólio de determinadas atividades que acarretam maior risco de produzir externalidades negativas – *in casu*, poluição – como o fabrico de determinados produtos químicos ou a energia nuclear.

O Estado pode, ainda, criar sistemas de incentivos com vista a moldar o comportamento dos agentes. Neste campo, o Estado pode utilizar regras de responsabilidade civil e contraordenacional que são normas legais de responsabilização das empresas e indivíduos por causarem danos ambientais. As regras de responsabilização para além do intuito punitivo, servem ainda como medida com vista à reparação do dano e tem ainda um factor preventivo de comportamentos lesivos.

Contudo, o mecanismo de incentivos mais utilizado, de cariz claramente pigouviano, são os mecanismos tributários. Dizemos tributários porque podem incluir impostos ambientais – cuja principal missão será a angariação de receita – mas ainda taxas ou contribuições que visam especificamente determinadas condutas ou grupos de poluidores, que atendem ao princípio do poluidor-pagador.

As externalidades podem ainda ser “tratadas” por via de medidas regulatórias que o Estado imponha, tais como a proibição de determinadas atividades ou condicionamento da forma como são exercidas.

No campo das externalidades negativas de carácter ambiental, por exemplo, o Estado pode intervir por via da regulação de determinadas atividades consideradas mais poluentes, regulando a forma como essa atividade deve ser prestada, ou impondo condicionalismos à produção.

As medidas regulatórias devem ser adaptadas consoante o tipo de externalidade em causa e seus impactos. As medidas regulatórias atuam sobretudo numa forma semelhante aos mecanismos pigouvianos, regulando-se a produção. Contudo, quando se utilizam mecanismos preventivos, as externalidades podem reduzir-se ou deixarem de existir⁶⁷⁹.

Temos como exemplos da internalização de custos sociais de forma mais eficiente quando regulados pelo Estado, os casos de normas de segurança para automóveis e de segurança alimentar, controlo de nível de ruído das aeronaves e automóveis, a obrigação de uso de catalisadores nos automóveis para diminuição de níveis de poluição⁶⁸⁰.

O sistema coaseano que maior relevo teve pela amplitude da medida, é o Protocolo de Kioto, que assenta num sistema de quotas negociáveis de CO₂. Neste caso estabeleceu-se um mercado “paralelo”, o do CO₂, tendo sido estabelecidas quotas de consumo para os países signatários, sendo possível transacionar a parte não atingida da quota de cada país.

Para além da criação de limites de poluição, há ainda incentivo para os países exercerem a sua atividade económica com menor impacto ambiental, sendo ainda um incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias ou mecanismos de produção “mais limpa”.

⁶⁷⁹ Por exemplo, a utilização de filtros ou tratamento de resíduos.

⁶⁸⁰ Cfr. Johan Den Hertog, “*Review of economic theories of regulation*” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 16 e ss.

Já aqui se referiu que no caso das externalidades inexistia mercado para as mesmas, pelo que há que encontrar mecanismos de internalização das mesmas ou criar um mercado “paralelo” onde se possam efetuar trocas económicas de externalidades.

Outro caso de ausência de mercado é o caso dos bens públicos e dos recursos comuns, sendo, por isso, necessário encontrar mecanismos de correção também nestes casos.

Recordemos que os bens podem ser caracterizados atendendo a duas características: i) rivalidade de uso; ii) possibilidade de exclusão eficiente.

No caso de bens privados, os mesmos têm ambas as características, pelo que há interesse, por parte dos agentes do mercado, em comercializar os mesmos. Falamos de bens cujo uso por determinado agente impede o uso por parte de outrem e, existindo o reconhecimento do direito de propriedade, há exclusão de acesso ao bem.

No caso dos bens privados, existe divisibilidade da utilidade, ou seja, podem ser divididos e proporcionados de forma separada a diferentes indivíduos⁶⁸¹.

No caso dos bens públicos, inexistia rivalidade de uso e não há possibilidade de exclusão eficiente, sendo, por isso pouco atrativo para os privados tomarem parte do comércio destes bens. O custo associado a uma exclusão eficiente é demasiado elevado para o privado sustentar.

Os bens públicos são aqueles cujos benefícios são indivisivelmente distribuídos a toda a comunidade, quer os indivíduos queiram ou não consumir o bem público⁶⁸².

Existe uma subprodução destes bens. Não existe incentivo para a produção dos bens públicos: o mais racional é que se deixe alguém produzir esses bens e depois seguir-se “à boleia”⁶⁸³ das vantagens, utilizando-se esse bem sem necessidade de suportar qualquer custo ou a um custo muito reduzido.

Contudo, grande parte das vezes os bens públicos são bens necessários, ou seja, úteis à comunidade, bens cuja existência e disponibilidade é importante para o bem-estar social. Pense-se, por exemplo, na iluminação pública que permite aumentar substancialmente a segurança da comunidade.

Logo, não será exequível a simples não produção desses bens por inexistência de mercado dos mesmos. O que leva a que, geralmente, o Estado vá recolher recursos, recolha receita – mormente via tributação – com vista à produção de bens públicos. Ou seja, o Estado substitui-se aos privados e produz diretamente os bens.

Mas há engenhosas formas de ultrapassar o modelo tradicional. O caso do Farol, tradicionalmente considerado como bem público, em que a iniciativa privada veio a considerar a agregação de consumos e por isso cobrar a uma entidade mediata, no caso o Porto de Abrigo que beneficiava da sua existência.

Ou as construções público privadas que associam mecanismos, gestão e capitais privados à prossecução de finalidades públicas.

O mesmo se refira relativamente aos recursos comuns, bens em que há rivalidade de uso mas não há possibilidade de exclusão eficiente. Neste caso, a utilização do bem por alguém

⁶⁸¹ Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “*Economia*”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 272 e ss.

⁶⁸² Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “*Economia*”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 272 e ss.

⁶⁸³ Referimo-nos aqui à ideia de “*free rider*”, desenvolvida por Mancur Olson.

determina a diminuição da utilidade para outros. Mas não há a possibilidade de excluir eficientemente o acesso ao mesmo. É a ideia de “tragédia dos *commons*”: o bem tem acesso universal e não existe meio eficiente e de baixo custo para limitar o acesso ao bem, logo existe esgotamento ou sobre exploração desses recursos.

Havendo lugar a uma grande massa de pessoas que podem usar estes recursos, tal como os bens públicos, sem perda de utilidade, então a escassez parece não os atingir e não há lugar à sua procura e troca no mercado. Não existe, portanto sinalização via preços e sem preços temos uma falha de mercado ou mesmo ausência de mercado.

Ora, neste caso, o custo associado à exclusão eficiente – quando possível - é demasiado elevado para que seja atrativo para um privado. Pelo que há que encontrar modalidades de correção dessa falha.

Há modelos coaseanos que podem ser adotados no caso dos recursos comuns, mormente sistemas de quotas. O caso das pescas é paradigmático: o pescado é um recurso comum porque inexistem direitos de propriedade sobre as espécies selvagens, logo o estabelecimento de quotas limitativas de quantidades de pescado atribuídas a cada país, leva à criação dum mercado “paralelo”. O exemplo da União Europeia que, no âmbito da política de pescas, determina anualmente quotas para os países-membros, faz com que depois os países possam, entre si, estabelecer acordos com o remanescente de quota que não utilizem. Há a criação dum mercado de quotas disponíveis.

Há um disciplinar do acesso ao bem, ao recurso comum, introduzindo-se uma lógica de sustentabilidade ambiental e de preservação de espécies.

Ou então o Estado pode simplesmente entregar o recurso comum a privado e deixar que o mesmo faça a exploração do mesmo, acautelando apenas que o próprio privado não possa sobre explorar, sozinho, o recurso.

De qualquer forma, o facto de estarmos perante recursos comuns ou bens públicos é a “desculpa” mais utilizada pelo Estado para intervir de forma mais direta na economia. Porque à partida estará a defender o interesse público na aceção mais visível.

Contudo, muitas vezes a conceção de bem público alarga e vai abarcar os bens de mérito, mormente saúde, educação, habitação social ou obras públicas, aceção que vai aumentar a perspetiva de intervenção fundamentada do Estado.

Mas não nos esqueçamos, a teoria do interesse público acaba por traduzir o porque deve o Estado regular, retirando da equação motivações que não o interesse público.

Deixemos ainda uma nota relativamente às instabilidades do mercado, ou seja, para a macroeconomia.

Conforme bem sumaria Johan den Hertog⁶⁸⁴, *“Market economies are characterized by a business cycle, the regular alternation of periods of increasing and declining economic activity. In the course of the business cycle, a self-sustaining process develops in the product market that is not compensated by adjustments in the labor market. This arises partly because of lack of information, long-term labor contracts and efficiency wages. Trade-cycle policies can be desirable to prevent temporary disturbances which have permanent effects. For example,*

⁶⁸⁴ Cfr. Johan Den Hertog, “Review of economic theories of regulation” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 11 e ss.

specialized investments with limited alternative value in other market segments may be permanently lost in a recession. Also, structural unemployment may arise when unemployed workers lose their skill and motivation. Finally, stabilization of the business cycle may be desirable to prevent the decline of production and employment such that different social groups are unequally affected by the economic rise and fall. But of course, all these regulations have their costs that have to be compared to the benefits in terms of increases in social welfare.”

Geralmente os ciclos macroeconómicos são acompanhados de mecanismos corretivos ao nível da política orçamental e monetária dos Estados. Contudo, esses mecanismos podem não estar calibrados diretamente para sectores específicos, pelo que muitas vezes são utilizados mecanismos regulatórios de preço e salário, tais como o congelamento de preços e/ou salários em determinado sector durante determinado período.

3.2.1.2. Prossecução de Justiça Social

Dentro da corrente da teoria do interesse público, surgiu ainda a defesa de outros interesses que não apenas a perspetiva de eficiência económica. É uma perspetiva centrada na correção de resultados indesejáveis do mercado ao nível social, ou seja, atendendo a uma conceção de interesse público de acordo com valores coletivos

Procuram aliar-se, para além da eficiência económica, um conceito de interesse público que abarque valores políticos e sociais, tais como cidadania, igualdade, segurança, a proteção do ambiente, eficiência energética, entre outros.

Autores, como Majone⁶⁸⁵, falam até duma espécie de regulação social, que pode incluir áreas desde a defesa do consumidor, à segurança e saúde dos trabalhadores.

Neste campo, as correções que se pretendem fazer podem, inclusivamente, não ser conciliáveis com uma eficiência paretiana de mercado concorrencial. Mesmo num mercado concorrencial, existem franjas de população menos favorecida que ficam de fora do mercado e são esses “excluídos” que o Estado pretende favorecer, ora criando medidas para a sua inclusão ou impondo ao mercado regras de fornecimento de serviços a estes consumidores⁶⁸⁶.

Tendo em vista encontrar um conceito mais alargado e consistente de interesse público, Mike Feituck⁶⁸⁷, defende a construção dum conceito onde a intervenção do Estado na atividade privada, limitando a esfera de ação dos privados, deve ter como fundamento a prossecução de interesses da comunidade.

Assume-se que existem uma série de interesses associados às democracias liberais modernas, relacionados com as expectativas dos cidadãos e interesses coletivos, geralmente associados ao conceito de interesse público, e que ficarão vulneráveis caso não sejam adequadamente

⁶⁸⁵ Cfr. Giandomenico Majone, “*La communauté européenne : un État régulateur*”, Montchrestien, 1996.

⁶⁸⁶ Mesmo que, com essa atitude, haja discrepâncias de preço que podem ou não ser compensadas pelo próprio Estado.

⁶⁸⁷ Cfr. Mike Feituck, “*«The Public Interest» in Regulation*”, Oxford Scholarship Online, 2012, que dedica dois capítulos exatamente a justificar que a dimensão do conceito de interesse público não pode cingir-se à eficiência económica.

protegidos. Logo, a Regulação pode assumir exatamente um papel de defesa de valores democráticos.

De acordo com a teoria do interesse público numa visão mais social, a Regulação pode ser uma ferramenta para atingir uma eficiência de uso de recursos escassos em termos sociais. Contudo, para que tal suceda, não bastará apenas uma alocação eficiente de recursos mas também que a mesma seja efetuada atendendo a princípios e valores de justiça corretiva.

Conforme refere Johan den Hertog⁶⁸⁸, *“Examples of laws and rules intended to prevent or ameliorate undesirable market results are a legal minimum wage, maximum rents, cross-subsidies in postal delivery, telephone calls and passenger transport, rules enhancing the accessibility of health care, rules guaranteeing an income in the event of sickness, unemployment, disablement, old-age, ‘reasonable rate of return regulation, and more.”*

Ora, neste particular, relevamos a transformação relativamente à cooperação entre Estado e Mercado que levou ao surgimento de vários instrumentos administrativo-regulatórios que são demonstrativos desta ingerência do Estado nos mercados a favor de objetivos socializantes.

Pedro Costa Gonçalves⁶⁸⁹, resume lapidarmente esta tradicional dicotomia entre “ao Estado o que é do Estado”, sobrando “aos privados o que é privado”: *“Na rígida dicotomia liberal, baseada numa lógica de confrontação, de adversidade e de recíproca desconfiança, estava implícito o monopólio do espaço público pelo Estado e, com aquele, a consagração da ideia de que a esfera de intervenção estadual no mundo dos valores políticos e da autoridade, constituía sempre actuação pública, apresentando-se apenas esta como actuação de interesse público. O outro termo da dicotomia, a «Sociedade civil pautada pelo direito privado», consistia no espaço da actuação privada, situado no mundo dos valores económicos e relativo a áreas ou sectores exclusivamente identificados com actuações de interesse privado. Aos cidadãos, portadores, por definição, de interesses meramente egoístas e individuais, ficavam vedadas quaisquer actuações institucionalmente vocacionadas para a prossecução de interesses gerais da colectividade. A clara demarcação entre as esferas de actuação pública (ou de interesse público), reservada ao Estado, e de actuação privada (ou de interesse privado), reservada aos cidadãos, revelava-se portanto muito nítida, considerando-se mesmo suspeita e ilegítima qualquer interferência entre as duas esferas.”*

Contudo, esta dicotomia acaba por esbater-se no século XX com a consolidação dum Estado democrático e social. O movimento de maior “emagrecimento” do Estado, conduziu a transformações significativas, tendo o Estado passado a entregar aos privados áreas anteriormente interditas. Aliás, passaram-se para os privados objetivos e fins públicos, impondo por via regulatória, atitudes aos privados que, intrinsecamente, não serão suas.

Do ponto de vista do Direito Administrativo, não raras são as abordagens doutrinárias sobre esta nova posição dum Estado de Garantia, a meio caminho entre um modelo de Mercado e um Modelo de Estado⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Cfr. Johan Den Hertog, “Review of economic theories of regulation” para o Tjalling C. Koopmans Research Intitute, 2010, p. 17 e ss.

⁶⁸⁹ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128.

⁶⁹⁰ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128. Veja-se também, Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015.

Este Estado de Garantia ou Estado de Regulação, resulta dum novo modelo de interação entre público e privados, em que existe uma partilha de responsabilidades.

O Estado assume, neste campo, uma responsabilidade de garantia, impondo as regras, regulando e fiscalizando. Pretende assegurar e garantir que determinados resultados são obtidos, que tarefas são executadas atendendo a finalidades de interesse público.

Muito embora o interesse público se mantenha como horizonte orientador, o Estado deixa de pretender ser o fornecedor de bens ou prestador direto de serviços, passando essa execução para os privados.

O Estado passa apenas a ter um papel de assegurar que o mercado funciona, que a atuação dos privados é efetuada de acordo com determinados objetivos e finalidades⁶⁹¹. Com esta viragem, o Estado diminui as suas intervenções diretas e passa a assegurar que alguém faz o fornecimento ou a prestação do serviço. Com esta atitude, alarga necessariamente o âmbito de atuação dos privados.

Surge então aqui um duplo critério regulatório: por um lado, os atores privados desenvolvem uma atuação no mercado pautada pela regulação automática ou autorregulação do próprio mercado; mas para além destas regras, há uma regulação com origem no Estado, uma regulação pública ou heterorregulação.

O Estado, por não ter uma intervenção direta no mercado, passa a não ser imparcial, pois pretende que certo resultado, determinados objetivos, sejam alcançados e por isso a regulação pelo resultado. O Estado, faz ainda o papel de suplente: entra no mercado quando os jogadores privados ou i) não alcançam determinados objetivos de eficiência ou sociais, ii) ou não cumprem a tarefa que foram incumbidos⁶⁹².

Não se pretende fazer uma exaustiva explanação de todas as intervenções que o Estado faz nos mercados por motivos de proteção de interesse público de cariz mais social. Há, contudo, alguns casos que são paradigmáticos neste âmbito e que são, depois, concretizados com instrumentos regulatórios próprios ou adequados à sua finalidade.

Por um lado, o Estado pretende garantir o fornecimento e acesso a serviços essenciais. E, neste campo, há que fazer um enquadramento do que podem ser estes serviços essenciais. Façamos, contudo, a ressalva que estamos perante conceitos essencialmente de Direito Público, cuja construção é jurídica e não económica.

O Estado, durante largo período do Século XX, foi fornecedor, produtor e prestador de *serviços públicos*. O Estado, para além de garantir o serviço executava-o e por isso mesmo coexistiam aqui tarefas de garantia e execução⁶⁹³.

⁶⁹¹ Aqui, claro, sempre na defesa do interesse público. Aliás, como já aqui se referiu, qualquer ingerência do Estado, à partida, deve ter por base um interesse público, a defesa do interesse coletivo. Esse é o dever, sendo que a intervenção do Estado, como adiante se verá, nem sempre parece seguir esse dever.

⁶⁹² Curiosamente, esta é a atitude típica do Estado aquando de crises. Recorde-se que em 2008, foi o Estado que fez uma intervenção direta pós crise especulativa, tendo inclusivamente provocado com isso uma crise das dívidas soberanas na Europa. No caso da pandemia provocada pela disseminação do vírus Covid-19, o que denotamos é que o Estado passa novamente a ator, injetando na economia de forma direta ou indireta, capitais que permitam uma movimentação económica.

⁶⁹³ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128 e ainda Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, Direito Público e Regulação 2 – CEDIPRE, Coimbra editora, 2001, p. 20 e ss.

Conforme refere Dulce Lopes⁶⁹⁴, a definição tradicional de serviço público, inspirada na doutrina de Maurice Hauriou, será uma atividade que visa a satisfação do interesse público geral, que é assegurada, em monopólio, por sujeitos de direito público e submetidas ao direito administrativo.

E esta definição clássica é essencial para a diferenciação operada com a maior flexibilização ou, se quisermos, a privatização, destas atividades: deixa de ser o Estado a garantir, ele próprio estes serviços e passa a ser também possível ser um privado a fazer essa prestação sob a supervisão e regras da Regulação.

E existem, ainda, serviços públicos puros que se mantêm totalmente na esfera do Estado. Contudo, a ideia de serviços de interesse económico geral, cuja maior relevância assumiu sobretudo no Direito Europeu, passa a ser predominante. É que é por via deste conceito de serviços de interesse económico geral que se mantém o foco na manutenção do interesse coletivo mas desta feita não é necessário que seja um “monopólio público”, podendo o fornecimento, prestação ou produção ser efetuada por privado desde que cumpra com a finalidade.

A referência aos serviços de interesse económico geral aparece no Direito Comunitário⁶⁹⁵, onde, relativamente a empresas privadas, se dá a liberdade de se poderem violar regras de concorrência caso se prossigam interesses económicos gerais e essa violação seja essencial para a prestação dos serviços ou fornecimento de bens.

Ou seja, a ideia de serviços de interesse económico geral surge aqui com duas importantes vertentes: i) são prestações de serviços que podem ser efetuadas por privados; ii) os privados, no prosseguimento desse objetivo, podem não cumprir regras endógenas do mercado.

Cabe aos Estados a definição de Serviços de Interesse Económico Geral⁶⁹⁶. Contudo, os mesmos não andarão longe dum conceito de serviços que satisfaçam necessidades básicas do cidadão, no caso, de natureza económica⁶⁹⁷.

De qualquer forma, cabe ao Estado Garantia assegurar o fornecimento e existência, de forma suficiente e em todo o território, desses serviços de interesse económico geral. Ou seja, temos aqui a ideia de que os serviços de interesse económicos gerais são *serviços essenciais* e devem ter *acesso universal*.

Por um lado, são serviços essenciais os que relevam para o dia-a-dia dos cidadãos e empresas e que refletem o modo atual da vivência dos Estados democráticos. Falamos de serviços que são determinantes para a manutenção ou criação de condições de vida que constituem valores

⁶⁹⁴ Cfr. Dulce Lopes, “*O nome das coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Económico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário*”, Temas de Integração, n.º 15 e 16 de 2003, Almedina, p. 1147 e ss.

⁶⁹⁵ Cfr. Artigo 86º n.º 2 do TCE que permitia às empresas que estivessem encarregues da gestão de serviços de interesse geral que não cumprissem algumas regras de concorrência se as mesmas impedissem a prossecução da sua missão. De referir ainda que Direito Comunitário refere-se geralmente às normas da antiga CEE e Direito da União Europeia refere-se ao conjunto normativo da União Europeia (pós tratado de Maastricht de 1992).

⁶⁹⁶ Cfr. João Nuno Calvão da Silva, “*Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*”, Almedina, 2008, p. 223 e ss.

⁶⁹⁷ Cfr. Rodrigo Gouveia, “*Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*”, Direito Público e Regulação 2 – CEDIPRE, Coimbra editora, 2001, p. 22 e ss.

comuns de sociedade, por exemplo num país ou comunidade. O fornecimento de água, eletricidade, comunicações, entre outras.

Para densificar o conceito de serviços essenciais, em Portugal, por exemplo, temos a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que já vai na sua sétima revisão (pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho).

De relevar que, conforme se refere logo no primeiro artigo, “*A presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente*”, ou seja, a garantia do fornecimento destes serviços essenciais já passa para uma dimensão de garantia e protecção dos direitos dos utilizadores.

Isto porque, caso não existisse esta ideia de garantia de prestação destes serviços, os mesmos podiam, em limite, não ser prestados por falta de agentes privados no mercado com incentivo para prossecução da atividade.

Aliás, a garantia legal é de que, estes serviços devem ser prestados, em limite, diretamente pelo Estado. No caso do fornecimento de água em Portugal, por exemplo, é uma exigência constitucional.

Mais. Ao Estado não cabe apenas garantir que certos serviços existam no mercado, tem de garantir o acesso dos cidadãos a esses mesmos serviços, em condições de universalidade⁶⁹⁸. Tal sucede para garantia de coesão social e territorial. São, pois, motivações sociais.

A ideia de fornecimento obrigatório de determinados bens e com acesso universal, apenas reitera que o mercado concorrencial, sozinho, nem sempre chega a todas as “franjas” de consumidores. É, portanto, uma forma de inclusão de consumidores que, de outra forma estariam à margem do mercado.

Aliás, de acordo com o Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral, junto do tratado da União Europeia – após Tratado de Lisboa – o Estado deve garantir a satisfação de necessidades essenciais dos indivíduos, garantindo a prestação destes serviços essenciais com “*elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*”.

Há, pois, uma necessidade não só de prestação desses serviços, acesso aos mesmos e ainda uma necessidade de manutenção de *standards* de qualidade e segurança. O Estado, deve, pois, garantir todas estas faces.

A forma mais eficiente de o fazer é por via regulatória, por isso mesmo a regulação sectorial assumiu tamanha dimensão e peso. O Estado deve garantir não apenas que exista o fornecimento de *utilities* mas regular o mercado das mesmas de forma a proteger os utentes.

De referir ainda que a própria promoção da concorrência pode ser uma construção regulatória com preocupações sociais. A ideia de que tem de existir uma espécie de “*conformação pública do mercado*”, ou seja, a intervenção administrativa de “*fabricação*” de concorrência, ora criando mercados inexistentes, ou regular o acesso a mercados existentes.

Aqui, nestes casos, temos fenómenos de *regulação assimétrica*, em que se criam regras de discriminação positiva que favorecem a entrada de novos agentes no mercado ou dão incentivos a operadores mais pequenos.

⁶⁹⁸Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “*Estado de Garantia e Mercado*”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128

Ou, ainda, a regulação do acesso a terceiros às redes pré-existentes ou infraestruturas essenciais. Aqui estamos perante situações em que se combatem monopólios naturais, por exemplo, mas que desse desmantelamento resulta evidentes benefícios a longo prazo para os consumidores.

Não se pode, contudo, perder o fio condutor: independentemente de o Estado passar para os privados a produção ou fornecimento de alguns bens, a definição e prossecução do interesse público é feito pelo Estado, uma vez que os privados não têm essa vocação.

Assim, cabe ao Estado, para além da prossecução do interesse público nas matérias de serviços de interesse geral, criar as condições de algum equilíbrio também para os agentes privados, de forma que os mesmos sejam compensados pelas “perdas” decorrentes da quebra de regras de mercado concorrencial.

Por isso mesmo é que o esquema de parcerias entre público e privados deve ser calibrado com incentivos e benefícios, sob pena de os privados, no seu natural estado egoístico nem sequer cogitem em prestar o serviço ou fornecerem tais bens.

O Estado Garantia tem ainda uma vertente fiscalizadora e que inclui a certificação. Ou seja, cabe depois ao Estado fiscalizar se as regras de mercado, se a qualidade, segurança e serviços estão a ser devidamente prestados.

Contudo, a certificação tem vindo a tornar-se ela própria um mercado paralelo, de controlo do controlo. Ou seja, existem terceiros que fazem o controlo dos privados que prestam os serviços. É certo que essa certificação é, ela própria, reconhecida oficialmente, por entidade pública, mas deixa de ser um ente público a fazer, diretamente, esse controlo.

Há ainda a referir que o Estado também se imiscui nos mercados quando existe a necessidade de proteção de valores de ordem geral como a segurança, a saúde ou o trabalho.

3.2.1.3 Críticas

O primeiro entrave ao funcionamento pleno desta teoria do interesse público é a dificuldade na conceptualização do que é interesse público. Ora, o facto de estarmos perante um conceito indeterminado, faz com que aumente a margem de atuação dos reguladores. Podendo alegar um certo sentido ou um suposto “interesse público”, o regulador pode intervir ou em áreas onde supostamente não existe necessidade para tal, ou defendendo causas de dúbia conexão com interesses públicos.

Entrega-se ao Estado, com excessiva confiança, a defesa dum interesse coletivo indefinido, confiando-se na experiência ou suposta imparcialidade do ente público. Contudo, a falha quer da intervenção em si – que por vezes faz “pior” do que o mal que pretendia curar – bem como a “falha” nos motivos da intervenção – que pode acolher motivações bem mais próximas dos interesses egoístas dos privados – não corrobora essa infabilidade do Estado.

As críticas à teoria do interesse público podem dividir-se em quatro grandes áreas: i) a “inequívoca” solução para falhas do mercado; ii) Será a regulação eficaz?; iii) será possível testar ou refutar esta teoria?; iv) da incompletude da teoria.

Em primeiro lugar, a teoria do interesse público baseia-se sobretudo na ideia de correção de falha de mercado. Contudo, a própria teoria de falha de mercado foi sendo revista atendendo sobretudo à ideia de custos de transação.

Quer dizer que, como aqui já referimos, a mera existência duma falha de mercado não quer dizer que exista um mercado ineficiente. Relembremos a diferenciação, por exemplo, do ótimo de Pareto e a ideia de eficiência Kaldor-Hicks. Ou as evoluções sobre os custos sociais trazidas à colação por Ronald Coase.

Ora, a contestação à teoria das falhas de mercado veio influenciar também a visão sobre a intervenção do Estado assente nesta ideia de correção dessas falhas. A teoria coaseana, por exemplo, recorre a mecanismos privatísticos de resolução de falhas de mercado em que os custos de transação podem ser substancialmente menores. Custos de transação que são, eles próprios, “poupanças” públicas caso se opte por soluções privatísticas.

Também se reconhece que a intervenção imediata e direta do Estado numa falha de mercado não é sempre justificável por ser desnecessária ou ineficiente. Grande parte das falhas de mercado não têm dimensão ou relevância para uma intervenção direta do Estado, pelo que será preferível uma regulação global – o caso, por exemplo, do ruído – ou uma solução privatística.

Também se confirmou que não é verdade que toda e qualquer falha de mercado não possa ser absorvida pelo próprio mercado. Bem como também parece ser verdade que o Estado não necessita necessariamente duma falha de mercado para intervir!

Posner⁶⁹⁹ veio defender que a regulação efetuada pelo Estado é eficiente e podia ser implementada com baixos custos. Contudo, quer a questão dos custos ou a efetiva eficiência das medidas não é pacífica.

Assume-se que no caso da regulação pública inexistem custos de transação ou informação. Mas tal não é condicente, por exemplo, com a Teoria do “*second-best*”. Isso significa que, numa economia com alguma falha de mercado não corrigível em um sector, as ações para corrigir falhas de mercado em outro sector relacionado com a intenção de aumentar a eficiência económica geral podem realmente diminuí-lo.

Pelo menos em teoria, pode ser melhor deixar duas imperfeições de mercado anular-se mutuamente, em vez de fazer um esforço para corrigir uma imperfeição e criar um maior desequilíbrio.

Assim, pode ser ideal para o governo intervir de forma contrária às políticas usualmente utilizadas pois é preciso estudar os detalhes da situação antes de saltar para uma solução de correção parcial.

Pior. Quantas vezes a correção parcial provoca distorções colaterais. Um dos casos paradigmáticos é a tributação, que para corrigir determinada falha pode provocar distorções sobretudo no mercado a montante, ou seja, no mercado dos factores.

Também a própria política regulatória, na sua elaboração e sobretudo na sua execução pode conter imperfeições imprevisíveis. Não só porque não se consegue prever totalmente a reação do mercado face à regulação, bem como a mesma pode conter erros de análise ou de implementação. Não esqueçamos que a máquina que implementa a regulação é constituída por

⁶⁹⁹ Em, “*Theories of Economic Regulation*”, de 1974.

pessoas, cadeias hierárquicas e é fácil a informação distorcer-se ou a implementação estar vulnerável a diferentes interpretações, pressões ou influências⁷⁰⁰.

Mais. As cadeias de informação nem sempre são perfeitas. Logo, para além do custo de transação existe ainda o erro associado à imperfeição da informação.

Para além destas razões teóricas para duvidar da efetividade e eficiência das medidas regulatórias do Estado, a pesquisa empírica não resulta em dados completamente favoráveis.

Stigler e Friedman, tocaram nesta problemática em *“What can regulators regulate”*, de 1962. Fazendo uma análise do mercado da eletricidade, mais concretamente, da regulação dos preços no mercado da eletricidade, chegam à conclusão que a regulação não levou a taxas mais baixas e a discriminação positiva nos preços não levou a reduções significativas.

Por outro lado, a regulação de determinados sectores levou a uma redução de agentes com consequências no preço, mormente o aumento do preço.

Também ao nível do preço, a regulação pode levar a discriminação dos consumidores, beneficiando apenas um pequeno grupo.

Mas outras resoluções sobre a eficiência se têm vindo a manifestar, tais como pouca diferença no resultado entre a regulação ou desregulação, resultados parcos na regulação social, não se atingindo efetivamente maior redistribuição ou acesso ao mercado, elevados custos sociais associados à regulação que abrandam a produtividade geral, a regulação pode tornar-se uma outra forma de monopolização do mercado.

Ora, a teoria do interesse público mais “pura” assume que provoca eficiência económica mas ficam por explicar objetivos de regulação social ou procedimentos com vista a maior justiça. Sendo que mesmo que se assumam conceitos de eficiência mais amplos, as medidas socializantes têm associados um aumento de custos e consequentes diminuições de ganhos.

Quando se impõem acessos universais, regras de preços ou tarifas controladas, ou subsidiação para determinados grupos, o que o Estado está a fazer é injetar medidas de descontrolo, de alteração substancial das regras do mercado. Não pode, pois, o mercado funcionar de forma previsível assim.

E tais regras são implementadas por perceção, não podendo ser efetivamente avaliada quantitativamente a “eficiência social”.

Mais. O próprio padrão de “medição” desta regulação socializante, que será a justiça, não é um conceito definido. Como já aqui tivemos ocasião de referir, o conceito de justiça varia consoante o cenário político e social, e a ideologia que se possa seguir. Não existe propriamente uma escala, com níveis, de justiça que se possa avaliar ou atingir.

Por fim importa referir que a teoria do interesse público apenas defende a defesa desse interesse coletivo por via da regulação. Mas não há nenhum mecanismo explícito para a prosseguir.

Ou seja, a defesa do interesse coletivo pode ser defendida por qualquer intervenção do Estado. Aliás, já aqui referimos que o Estado age, deve interferir, apenas por motivos de interesse

⁷⁰⁰ O próprio Stiglitz faz notar tal evidência na sua obra.

público. Não apenas na área económica mas sempre. Afinal, o Estado forma-se, constitui-se e executa o melhor para o seu povo.

Assim, qualquer ingerência no seio privatístico deve ter fundamento, e esse fundamento tem de ser um bem maior, a defesa do interesse coletivo.

3.2.2. Teoria dos Interesses Privados

A Teoria Económica Clássica e Neoclássica assumiu como pressuposto que há falhas de mercado. Construído um modelo de concorrência perfeita, assente nas características cumulativas de atonicidade, liberdade de entrada e saída e fluidez - na dupla vertente de racionalidade perfeita (informação plena e decisão racional) e homogeneidade de bens – a ausência de qualquer destas características determina uma falha no mecanismo perfeito do mercado concorrencial.

A teoria das falhas de mercado assenta no pressuposto que há aspetos que concorrem para que o mercado não atinja a sua máxima eficiência. Os mercados, por si mesmos, teriam mecanismos para atingir essa eficiência paretiana, com consequente maximização do bem-estar, mas podem existir falhas no mecanismo que façam com que não se atinja a maximização do bem-estar, a maximização da eficiência do mercado.

Ora, assumindo-se que o percurso normal dos mercados é a convergência para a eficiência, sempre que surgem entraves a esse percurso normal, esses problemas devem ser identificados e corrigidos. É aqui que a Teoria do Interesse Público entra, defendendo que a legitimação da intervenção do Estado na Economia é para a defesa da convergência, para a eficiência dos mercados, ou seja, o Estado deve intervir para colmatar as falhas, os erros de funcionamento que impedem essa ascensão à eficiência máxima dos mercados.

Assim, a teoria das falhas de mercado é legitimadora para a intervenção do Estado nas situações típicas de falhas de mercado, tais como i) externalidades positivas, negativas ou o caso dos bens públicos; ii) poderes de mercado, tais como monopólio, oligopólio ou concorrência monopolística, e; iii) assimetrias de informação ou imperfeições informativas, mormente situações de risco moral e seleção adversa.

A Teoria do Interesse Público veio legitimar a regulação, por parte do Estado, no caso da prossecução do interesse coletivo, do interesse público na maximização do bem-estar. Ora, essa maximização de bem-estar está intimamente associada a uma questão de eficiência do mercado, podendo, numa fase mais tardia desta teoria defender-se ainda uma correção da distribuição efetuado pelo mercado, abrindo o conceito de bem-estar não apenas à eficiência paretiana mas também a uma conceção de eficiência de Kaldor-Hicks, onde se analisa o bem-estar atendendo a uma visão mais global, à comunidade enquanto um todo.

Outra característica da Teoria do Interesse Público é a assunção de que o Estado é quem está em melhores condições para efetuar a correção das falhas, fazendo essa correção prosseguindo intensões virtuosas de defesa do interesse público e sem custos ou baixos custos associados.

No fundo, a teoria das falhas de mercado presume a boa intenção da intervenção do Estado, sendo as decisões tomadas com clarividência e toda a informação assimilada, conseguindo o Estado alocar convenientemente os meios com vista a um resultado maximizador do bem-estar.

Nestes termos, a correção das falhas de mercado não teria como não ser plenamente eficaz.

Contudo, a partir dos anos 60 e 70 do Século XX, começa a ser questionado este prisma analítico não apenas por via de argumentos teóricos mas também por análise empírica.

Se por um lado a contestação da teoria das falhas de mercado já estava a ser contestada nas suas premissas de ausência de custos de transação e bondade da decisão, de facto a Teoria do Interesse Privado inicia-se com a análise das decisões públicas, como as mesmas são tomadas.

É certo que entramos no campo de análise da economia mesclada com a ciência política mas, de facto, a viragem nas teorias económicas é no sentido da economia comportamental como se veio a constatar posteriormente.

Particularmente a corrente da “*Public Choice*”, que brota da obra conjunta de James M. Buchanan e Gordon Tullock, “*The calculus of consent*”⁷⁰¹, coloca em causa a Teoria do Interesse Público, partindo duma análise da decisão pública e já não do modelo de concorrência perfeita que, já era evidente, nunca seria alcançado. Se a realidade é a vivência em concorrência imperfeita então a regra é a existência de imperfeições no mercado, logo há que perceber que o mercado não converge naturalmente para a perfeição. Há que analisar a imperfeição reinante no mercado e saber as suas características.

Recordemos, para um melhor contexto, que o ramo da *Welfare economics* é um ramo da economia que utiliza técnicas da microeconomia para analisar o bem-estar, dando origem à Economia Pública que estuda a política económica pela lente da eficiência mas também da equidade.

A *Welfare economics* tem uma ligação estreita com a Teoria da Escolha Social uma vez que se pretende atingir objetivos de bem-estar não apenas pareto-eficientes mas ainda atendendo a razões de justiça social.

Ora, a Escolha Pública é também um “subcapítulo” da *Welfare Economics* em que vai analisar, ainda com mecanismos microeconómicos, da necessidade duma vontade geral funcionalizada à proeminência dum bem comum.

Mais. Coloca em causa a bondade do decisor público, descendo a uma realidade analítica da decisão pública como um mercado como outro qualquer, em que a decisão é um produto que pode ser influenciado pelos agentes do mercado, de acordo com os egoísmos individuais.

A par desta teoria da escolha pública, podemos encontrar outros marcos importantes para a contestação à Teoria do Interesse Público. A Teoria Económica da Regulação, que se baseia num artigo de George Stigler do início dos anos 70 do Século XX, vem focar sobretudo a regulação enquanto mecanismo de redistribuição, de defesa dos mais desprotegidos que, na perspetiva de Stigler serão os consumidores.

A teoria Económica da Regulação foi desenvolvida não apenas por Stigler mas também Peltzman e Becker que acrescentaram a ideia de que os reguladores podem servir interesses vários – dos produtores ou consumidores – e os custos do processo político também limitam o tamanho do grupo dominante e os seus ganhos.

Mas a mudança de paradigma dá-se ainda com outras análises do comportamento como a captação de renda – *rent seeking* – ou a teoria política dos Grupos de Interesses.

⁷⁰¹ Cfr. James M. Buchanan e Gordon Tullock, “*The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*”, 1962, The online Library of Liberty – Liberty Fund, Inc.

De facto, a Teoria do Interesse Privado abarca não apenas um interesse privado mas vários interesses. Enquanto que a Teoria do Interesse Público defende aquilo que devia ser o fundamento da regulação, no caso dos Interesses Privados analisam-se antes o que acontece, o que realmente sucede na regulação.

Assim, há que atender que a Teoria dos Interesses Privados é uma amalgama de pontos de vista, teorias, que se unem sobretudo pela viragem analítica. Não podemos, por isso, cingir-nos à análise apenas duma vertente da mesma uma vez que é no conjunto que encontramos as linhas orientadores desta nova análise.

3.2.2.1. Teoria Económica da Regulação

Para entendermos a Teoria Económica da Regulação, há que fazer aqui uma abordagem à metodologia que surge no âmbito da Teoria dos Interesses Privados.

Já sabemos que se parte duma análise das decisões públicas porque estas fazem verdadeiramente a diferença no resultado produzido pela Regulação. E as decisões públicas, não são tomadas por uma entidade abstrata: o Estado, embora seja um conceito amplo, é constituído por pessoas, cadeias hierárquicas, processos administrativos e burocráticos.

A análise da tomada de decisão pública vai ser feita como se estivéssemos perante um mercado, em que a decisão é um produto transacionável. Isto porque os agentes pretendem um ganho ou a manutenção dum ganho. E se assim é então utiliza-se a moldura de análise em que os agentes são motivados pelo egoísmo e fazem um esforço no sentido da tomada de decisão ser a mais eficiente.

Como já referimos, a teoria dos Interesses Privados é a junção de várias ideias, teorias. E a Teoria Económica da Regulação é talvez a que mais influência teve na mudança de paradigma, a par do desenvolvimento trazido pela Escolha Pública.

A Teoria da Regulação Económica inicia-se verdadeiramente com um artigo de George Stigler, de 1971, cujo título era precisamente *“The Theory of Economic Regulation”*⁷⁰². Contudo, já existiam posições sobre a teorização das organizações de indivíduos e grupos de pressão relacionando-as com a produção de bens públicos. Mas eram sobretudo posições de politólogos e filósofos, tendo a perspetiva económica sido abordada em 1965 por Mancur Olson, no estudo sobre a lógica da ação coletiva⁷⁰³. Este estudo, que vai ser útil para caracterização dos Grupos de Interesse e pressão que adiante veremos em maior pormenor, traz sobretudo à tona a ideia de que podem indivíduos unir-se em torno dum interesse comum e é do seu próprio interesse individual fazer o esforço de suportar o custo de constituição da organização. Isto porque o indivíduo por si só não é capaz de exercer a mesma pressão do que um grupo organizado.

Olson vocacionou o seu estudo sobretudo para análise da prestação de *“public goods”*, em que a organização de indivíduos prefere produzi-los do que meramente suportar um custo – mormente por via de impostos – que leve à usufruição universal desses bens.

⁷⁰² Cfr. George J. Stigler, *“The Theory of Economic Regulation”*, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21

⁷⁰³ Cfr. Mancur Olson, *“The Logic of Collective Action”*, Harvard Economic Studies, 1971

Ora, na visão tradicional, a regulação económica é um instrumento de intervenção do Estado com o qual ele procura corrigir distorções na afetação de recursos económicos resultantes das bem conhecidas insuficiências das economias de mercado, sendo que essas correções são no sentido de proteger os interesses dos consumidores das empresas que atuam nos mercados de concorrência perfeita.

Com a regulação económica, o que se pretende é aproximar o preço dos bens e dos serviços aos respetivos custos marginais de produção, controlando assim em benefício dos consumidores o poder de mercado dos oligopolistas e dos monopolistas.

Contudo, estudos empíricos já de 1922, vêm concluir que, ao contrário do que se supunha, a regulação económica não produz os efeitos que se asseguravam, quer de correção de distorções na afetação de recursos bem como da proteção dos interesses dos consumidores⁷⁰⁴.

A investigação empírica que foi sendo feita trouxe a lume a evidência que a regulação económica produzia resultados opostos à tradicional ideia da Teoria do Interesse Público: onde havia um monopólio, a imposição de regulação não surtia efeito, onde a concorrência existia, a regulação provocava distorções como aumentos de preço e de rendas monopolistas para os produtores instalados.

George Stigler assume a existência dum mercado político, em que todos os seus intervenientes procuram maximizar os seus próprios níveis de bem-estar e não o bem-estar coletivo.

Por outro lado, Stigler assente que as regras regulatórias são, em geral, favoráveis à indústria, aos produtores, desconsiderando os consumidores: *“Regulation may be actively sought by an industry, or it may be thrust upon it. A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit. There are regulations whose net effects upon the regulated industry are undeniably onerous; a simple example is the differentially heavy taxation of the industry's product (whiskey, playing cards). These onerous regulations, however, are exceptional and can be explained by the same theory that explains beneficial (we may call it “acquired”) regulation.”*⁷⁰⁵

De facto, a Teoria Económica da Regulação vai assentar na ideia de que as decisões da regulação estão balizadas pelo poder que os políticos têm e os votos que necessitam para a sua eleição/reeleição. Por um lado, a regulação é emanada pelo Estado, por via legislativa, pelo que o monopólio da regulação está nas mãos dos políticos que podem legislar. Assim, estes apenas necessitam de garantir a sua elegibilidade e manutenção do poder legislativo. Para tal necessitam de votos e meios materiais.

Por outro lado, existem empresas já instaladas no mercado que pretendem manter as suas rendas extraordinárias, bem como podem existir grupos de empresas que têm interesse em entrar no mercado. Estes interesses constituem a procura duma regulação favorável aos seus interesses, sendo que quem pode oferecer tal regulação são os políticos eleitos com legitimidade para legislar.

É fácil, portanto, entender a existência dum mercado, um mercado onde a regulação é o produto transacionado de acordo com os interesses dos agentes.

⁷⁰⁴ Cfr. Abel Costa Fernandes, *“Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”*, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 280 e ss

⁷⁰⁵ Cfr. George J. Stigler, *“The Theory of Economic Regulation”*, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), p. 3 e ss.

Ora, face a esta premissa, torna-se claro que quem tem maior influência sobre o decisor político são as empresas – os produtores – pois estão muito mais bem colocados, têm maior possibilidade de pontos de união, e têm maior capacidade financeira e persuasiva para influenciar o regulador. Muito mais do que os consumidores que, geralmente, são considerados apenas individualmente.

Por um lado, as empresas de determinado sector serão mais afetadas pela alteração da regulação do que os consumidores, logo têm mais razões para exercer pressão sobre o decisor político com vista à defesa dos seus interesses. Como partilham interesses comuns – a manutenção de lucro extraordinário, a manutenção de posição dominante no mercado, impedir a entrada de novos agentes no mercado, etc. - e são um grupo mais restrito, também é mais fácil existir uma maior organização dos produtores.

Por outro lado, os consumidores têm interesses distintos, logo existe menos possibilidade de se organizarem. De relevar que, face a esta situação, será mais fácil que existam fenómenos de “efeito boleia” ou “*free rider*”, pois sendo um grupo alargado de indivíduos, menos ou sem organização, qualquer esforço individual que resulte num benefício vai favorecer mesmo os que nada contribuíram para esse benefício.

Os políticos, tal como os produtores e consumidores, são orientados pela satisfação dos seus interesses pessoais, no caso, a aquisição ou manutenção do poder político, bem como financiamento – recursos materiais - para campanhas e votos.

Ora, para além da influência que se pode exercer sobre os decisores políticos – quebrando-se assim o ideário de que a decisão pública seria bondosa, correta – Stigler chama à colação os custos associados à regulação que, ao contrário do defendido na Teoria do Interesse Público, não são nulos.

De relevar que Stigler faz a tentativa de demonstrar empiricamente⁷⁰⁶, com uma análise do exercício das profissões independentes ou da obtenção de licenciamento, a efetividade das suas teorias. Embora não sejam completamente conclusivos, estes estudos foram motores para que fossem efetuados outros, mormente por Benson e Engen, que, em 1988, fazem um modelo econométrico de análise de grupos de pressão. E, de facto, concluem pela demonstração da alteração de comportamentos do legislador face à presença de grupos de pressão organizados.

A Teoria Económica da Regulação foi desenvolvida pela Escola de Chicago, recebendo contributos importantes também de novas abordagens da economia comportamental e social.

Algumas críticas assaltaram esta Teoria Económica da Regulação de Stigler, mormente porque nem sempre os produtores têm interesses comuns, bem como a capacidade de organização depende muito do tipo de objetivos que possam estar em causa.

Posner⁷⁰⁷, veio ainda salientar que a regulação não raras vezes beneficia os consumidores, ou pelo menos grupos alargados de consumidores. E dá o exemplo da uniformização dos preços nas telecomunicações, transportes públicos, distribuição de água para consumo humano, gás ou eletricidade.

⁷⁰⁶ Cfr. George J. Stigler, “*The Theory of Economic Regulation*”, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), p. 13 e ss.

⁷⁰⁷ Cfr. Richard Posner, “*Taxation by Regulation*”, Bell Journal of Economics, de 1971.

Faz até o reparo sobre a questão dos custos. Isto é, faz-se a uniformização dos preços destes produtos e serviços sendo que não se atentam aos custos associados a esse serviço universal⁷⁰⁸.

Mas tal posição não desmente por completo a posição de Stigler. Acrescenta é que os políticos, por razões egoístas de ganho de votos, podem salvaguardar posições dos consumidores, contra a indústria, desde que isso lhes traga maior vantagem.

Mais. Esta posição realça a ideia do “*cross-subsidization*”, ou seja, podem existir grupos de consumidores que pagam preços acima do custo marginal para que existam outros grupos de consumidores que são beneficiados.

A subsidiação cruzada veio a ser tema de desenvolvimento por Sam Peltzman⁷⁰⁹, que, em 1976, escreve “*Toward a More General Theory of Regulation*”. A ideia de Peltzman é que efetivamente existem grupos de consumidores que podem ser beneficiados desde que isso traga benefício ao decisor político. E a pedra de toque é a eficiência, ou seja, qual o ponto eficiente da regulação que permita saldo positivo entre o ganho de votos e a perda de votos e financiamento.

Assim, Peltzman vem contrariar a ideia que é a indústria que ganha com a regulação, bem como que o bem “regulação” pode não ser apenas transacionado como um qualquer bem de mercado quando as intenções do regulador é a de ganhar votos beneficiando consumidores. É que o grupo de consumidores é, por regra, maior do que o de produtores. Sendo uma questão de votos, o grupo de consumidores será um universo de potenciais votos muito maior. Apenas há que mesclar este ganho com as necessidades de financiamento e de recursos materiais que o próprio decisor público pode necessitar.

O modelo de Peltzman incorpora elementos dinâmicos mas trouxeram com ele algumas evidências com relevo analítico, nomeadamente⁷¹⁰: i) é evidente que só surgem agências de regulação económica quando há riqueza passível de redistribuição; ii) quanto mais elevada for essa riqueza mais elevado é o nível de satisfação dos políticos; iii) tendo em conta que o montante dos lucros para cada valor dos preços depende das condições de custo de produção, o político tem incentivos para favorecer a sua diminuição, nomeadamente por via de desenvolvimento tecnológico, afetação de salários, afetação de encargos, etc..

Outro contributo de relevo da Escola de Chicago veio de Gary Becker. O seu trabalho foi muito focado nos grupos de pressão, logo a ideia de regulação de Becker girava em torno do papel do Estado enquanto intermediário entre grupos de interesses que, na perspetiva de Becker são agentes de transformação social e económica.

Desenvolveu um modelo de concorrência entre grupos de interesse sendo o objetivo a maximização do nível de satisfação dos seus membros. Esta medição far-se-ia atendendo ao nível de influência sobre a tomada de decisão do governo em funções.

⁷⁰⁸ O custo associado à distribuição de eletricidade ou água nas zonas rurais, com menor densidade populacional, acarretam custos de infraestruturas mais elevados que não se refletem no preço. Em bom rigor, a distribuição destes produtos, nestes locais, acarreta mais custos, logo, pelas leis do mercado concorrencial, o preço deveria ser mais elevado. Tal não sucede perante uma regulação com características sociais.

⁷⁰⁹ Cfr. Sam Peltzman, “*Toward a More General Theory of Regulation*”, *Journal of Law and Economics*, 1976, pp. 211-240.

⁷¹⁰ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 289 e ss

As soluções de equilíbrio para cargas tributárias, subsídios, nível de regulação, controlos administrativos e todos os favores políticos cujo montante e distribuição cabe ao Estado decidir iria depender da eficiência relativa que os grupos de pressão tenham entre si.

Fica claro que a Teoria Económica da Regulação, com as suas revisões e alterações desde o pensamento inicial de Stigler, não resolve se estamos perante questões de grupos de pressão ou de interesse ou se pretende demonstrar que a regulação beneficia sobretudo a indústria.

De facto, esta Teoria acaba por abarcar ideias e estudos empíricos que, sobretudo, contrariam fortemente a ideia da bondade da decisão pública e a ausência de custos associada à regulação por parte do Estado. Este parece ser o fio comum.

Depois, encontramos vertentes que são fruto dos desenvolvimentos sobretudo da Escola de Chicago sobre as escolhas coletivas, escolha pública.

De facto, a Teoria Económica da Regulação encontra uma mão reguladora permanente na atividade, ou seja, existe sempre uma presença disciplinadora do funcionamento dos mercados e do comportamento dos agentes. Esta presença da regulação poderia fundar-se no interesse público mas, como já referimos amiúde, tal não parece ser regra.

De qualquer forma, a existência omnipresente duma regulação passa a ser inultrapassável: desde a uma regulação mais geral e extensa até a finos pormenores de determinadas atividades.

Em termos simplificados, que dizer que temos regulação transversal que abrange todas as atividades económicas que não sejam objeto de normas especiais – regulação sectorial – sendo que as normas serão mais amplas.

No caso da regulação sectorial ou *stricto sensu*, diz respeito a um corpo normativo para determinado sector de atividade, existindo grande parte das vezes uma entidade reguladora sectorial que emanam normas específicas direcionadas aos sectores que regulam. É o caso da aviação civil, telecomunicações, eletricidade, gás, etc..

Em contradição com a bondade da intervenção do Estado por motivos de interesse pública, aparecem dois aspetos que a Teoria da Regulação Económica releva: i) por um lado os custos da regulação; ii) por outro a captura do regulador.

A captura do regulador consiste na ideia de o regulador ficar refém da estratégia dos agentes de mercado que detém renda extraordinária ou depende do financiamento, votos ou afins dos que pretendem entrar no mercado. Assim, o Regulador pode impor determinadas regras restritas do mercado, mantendo a posição confortável dos agentes já existentes ou desregular o mercado abrindo-o a novos concorrentes.

A desregulação pode ainda ter o efeito de avaliação concreta dos custos de regulação, uma vez que somente com a ausência de normas se poderá ver o impacto económico é que as restrições anteriormente existentes tinham. Bem como quais os verdadeiros impactos no bem-estar.

3.2.2.2. Captura de Renda

Um dos fenómenos que mais contribuiu para a formação duma nova teoria em redor da Regulação foi a ideia de captura de renda ou *“rent seeking”*. A teoria da captura de renda é essencialmente um instrumento de análise económica da pressão e corrupção que existe no

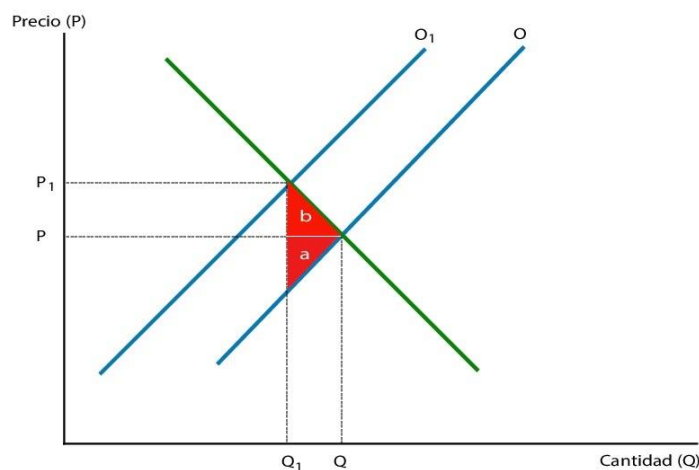
sector público mas que cria um mercado peculiar onde se transaciona, como mercadoria, a regulação.

Quando falamos em lucros extraordinários – lucro obtido acima dos valores do lucro normal – são lucros que apenas se obtém em mercados em concorrência imperfeita, quando temos um agente ou um grupo de agentes que consegue deter algum poder de mercado que lhe permite ser *price maker*, obtendo assim um lucro extraordinário.

A renda económica corresponde a esse lucro extraordinário, pelo que quando falamos na ideia de captura de renda estamos perante agentes que pretendem manter esse nível de lucro.

Em termos de eficiência económica, quando existe um poder de mercado, o que sucede é que não há uma restrição da quantidade produzida para que o produtor possa retirar lucro antes de atingida a escala mínima de eficiência. Em consequência, o preço excede o custo marginal, existindo assim défice de bem-estar.

E esse défice de bem-estar deve-se à combinação de restrição de quantidades e de preço elevado, levando às *deadweight losses* já nossas conhecidas e demonstráveis via Triângulos de Harberger. Por exemplo:



Se representarmos o P e Q como preço e quantidade equilíbrio, a passagem para Q1, que representa a diminuição de produção, conjugada com a elevação do preço resulta na perda absoluta de bem-estar aqui representada por a+b, apresentada a vermelho. O P1 pode representar o preço que o agente que detém poder de mercado pratica: sendo *price maker* vai encarar a maximização do seu bem-estar através da menor produção com venda ao mais elevado preço. Assim tem o melhor dos mundos: maior renda económica com o menor custo associado.

Por outro lado, há ainda perda de incentivos para a competitividade, fugindo-se aqui à visão Schumpeteriana: não é necessário qualquer tipo de inovação para manter ou ganhar predominância no mercado. Não há nenhuma ameaça no mercado que gere erosão nos lucros, logo não há pressão para redução de custos médios.

Ora, este cenário é a conjugação perfeita para a explicação da captura de renda: os agentes que detém uma posição de renda económica no mercado vão esforçar-se para manter essa posição.

O agente tem, por isso, o incentivo de “pagar”, até ao limite do benefício que cria ou mantém, para que o mercado se mantenha com as mesmas condições.

Em 1967, Gordon Tullock⁷¹¹ faz a primeira abordagem daquilo que, mais tarde Anne Krueger⁷¹² veio a denominar de *“Rent Seeking”*. A ideia é simples mas poderosa, conforme refere David Henderson⁷¹³: *“People are said to seek rents when they try to obtain benefits for themselves through the political arena. They typically do so by getting a subsidy for a good they produce or for being in a particular class of people, by getting a tariff on a good they produce, or by getting a special regulation that hampers their competitors. Elderly people, for example, often seek higher Social Security payments; steel producers often seek restrictions on imports of steel; and licensed electricians and doctors often lobby to keep regulations in place that restrict competition from unlicensed electricians or doctors.”*

Tullock acaba por referir não apenas os interesses individuais como entra ainda no campo dos interesses comuns dos agentes de determinadas indústrias que iriam influenciar-se mutuamente⁷¹⁴: *“As a successful theft will stimulate other thieves to greater industry and require greater investment in protective measures, so each successful establishment of a monopoly or creation of a tariff will stimulate greater diversion of resources to attempts to organize further transfers of income.”*

Assim, a ideia de corrupção, influência dos que detêm o poder da decisão pública, torna-se um mero produto que os agentes procuram neste mercado paralelo. Contudo, Tullock e Krueger vieram defender que na captura de renda assiste-se a desvio de recursos do sector produtivo, recursos que são criados pela atividade económica, que são remetidos para um sector que é improdutivo.

Este sector improdutivo está relacionado com os grupos, estruturas institucionalizadas de pressão, que se constituem para influenciar as decisões públicas ou corrupção. Falamos de situações que, mesmo podendo não estar na área da ilicitude, são atividades improdutivas, que sorvem recursos à produção para que se atinjam determinadas influências: uma regulação adaptada às necessidades dos agentes.

Quanto maior for a máquina burocrática e a descentralização maior será a dificuldade de fiscalização da máquina, do que se passa e quais as influências existentes nas decisões.

Este desvio de recursos tem ainda outra consequência: o próprio agente, que paga o favor, que financia um grupo de pressão, aumenta o seu custo. Ora, aumentando o seu custo há que compensar essa “perda” no mercado onde detém poder de *price maker* com um maior aumento do preço.

Nestes termos, a perda de bem-estar pode ainda ser maior, crescente, até ao limite do benefício que traz, da utilidade marginal que provoca. Conforme ensina Fernando Araújo⁷¹⁵: *“Visto que «o mercado de captação de renda» não está por sua vez protegido por barreiras de entrada, nele pode ser forte a pressão concorrencial, e muitos recursos sociais são despendidos no esforço de captação de renda; mas essa pressão concorrencial gera, por sua vez, um equilíbrio nesse*

⁷¹¹ Cfr. Gordon Tullock, *“The Welfare costs of Tariffs, Monopolies and Theft”*, Western Economic Journal, (1967, June) p.224 e seguintes.

⁷¹² Cfr. Anne O. Krueger, *“The Political Economy of the Rent-Seeking Society.”* American Economic Review 64 (1974): 291–303.

⁷¹³ Cfr. David R. Henderson, *“Rent Seeking”*, The Library of Economics and Liberty, Liberty Fund, Inc. [Rent Seeking - Econlib](#)

⁷¹⁴ Cfr. Gordon Tullock, *“The Welfare costs of Tariffs, Monopolies and Theft”*, Western Economic Journal, (1967, June) p.231.

⁷¹⁵ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 604 e ss.

mercado, uma subida de preços que contrabalança – e pode anular – os ganhos extraordinários que constituem essa renda económica, aumentando os «custos fixos de captação» até que não haja mais lucro económico”.

Há, pois, um ponto de “renda zero” que limita esta busca pela manutenção ou aumento de renda económica. Mas encontrar esse limite não é, de todo, fácil. Aliás, os autores da escolha pública muito se debruçaram sobre esse limite.

Estamos numa área onde a economia e a ciência política se abraçam, numa análise peculiar que não deixa de ser apaixonante!

3.2.2.3. Grupos de Interesse

As teorias da escolha pública debruçam-se sobre vários aspetos da decisão pública, sendo de relevar os comportamentos das maiorias e dos votantes. Contudo, paralelamente a esse estudo, muitos outros se desenvolveram, repita-se, com o tronco comum de serem teorias que desmascaram a bondade da decisão pública bem como a ausência dos custos associados à decisão.

A ideia dos grupos de interesse é mais uma vertente de análise que a escolha pública nos trouxe.

Verifica-se que a decisão política raramente se norteia por uma ponderação objetiva e igualitária dos interesses em presença, desviando-se para o favorecimento de interesses particulares. Ora, tal comportamento do Estado é contraditório, por si só, da teoria do interesse público.

Este comportamento do decisor público, pode também dever-se à busca de renda por parte de grupos organizados que, a troco de financiamentos à classe política, conseguem obter benefícios, nomeadamente, benefícios fiscais, subsídios, estabelecimento de barreiras de concorrência, preços mínimos ou máximos, etc.

Estes grupos, que podem ser mais ou menos organizados, captam renda em detrimento do interesse geral⁷¹⁶, uma vez que influenciam a ação da decisão política na ação de conceder benesses. Esta ação é uma tentativa de particularização na gestão da coisa pública pois pretendem-se decisões “*taylor-made*”, à revelia da regra para a decisão pública enquanto norma geral e abstrata.

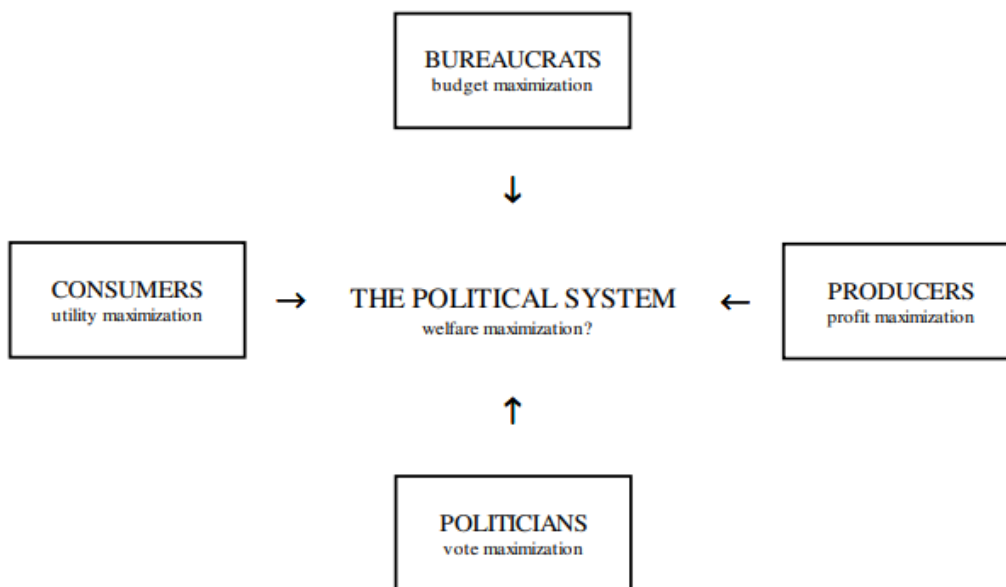
Os grupos de interesse fazem um investimento no mercado político ou, como Tullock referia, “a compra” de favores políticos, existindo uma espécie de mercantilização dos favores políticos como se tratasse de bens de consumo. Não sem que existisse o risco da própria corrupção ou subversão do comportamento: imagine-se um político que “leiloeira” a sua influência ou, noutro caso, um político que decide apenas com padrões de interesse público!

Estes grupos de interesse não são necessariamente com muitos agentes. Aliás, quanto menos agentes estiverem envolvidos no grupo de pressão, no grupo de interesse, menor será o custo de transação. E há, depois, o efeito de boleia já nosso conhecido: mesmo que sejam poucos a constituir o grupo de interesse, a sua posição pode afetar positivamente um mais amplo grupo de agentes.

⁷¹⁶ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 624 e ss.

Atendendo a esta lógica de mercado, temos a decisão pública como mercadoria, a procura que são estes grupos de interesse, *lobbies*, que se disponibilizam a fazer a transação desses “favores políticos”, e temos a oferta.

A interação do sistema político ajuda-nos a compreender essa lógica mercantilista:



Fonte: Johan Den Hertog, "Review of economic theories of regulation."

No lado da oferta, o decisor público pode ter várias “faces”, mormente atendendo à estrutura hierárquica do Estado e à estrutura de decisão. Há matérias que nem o próprio Governo pode decidir sozinho.

Temos, por isso, políticos que pretendem maximizar o seu lucro perdurando a sua posição de influência, sendo eleito, reeleito e assim perpetuando a sua influência.

Por outro lado temos burocratas que tentam captar para os seus departamentos, divisões ou supervisionados o máximo de dotações ou contributos particulares.

São estes políticos e burocratas que os grupos de interesse pretendem controlar favorecendo a sua posição de mercado ou melhorando-a.

Situações como o “*logrolling*”, em que há troca de favores em votações: o deputado A vota favoravelmente determinada Lei caso o deputado B retorne o favor noutra situação. Podemos falar de pessoas individuais ou grupos, consoante a composição dos órgãos de decisão em causa.

Outra modalidade de conseguir aprovações de medidas, é a “*pork barrel*”, ou seja, juntam-se num único projeto várias propostas que se relacionam entre si para que haja uma votação em bloco. Neste caso existe menos escrutínio da proposta, bem como podem existir matérias que passam despercebidas⁷¹⁷.

⁷¹⁷ Isto pode ainda acontecer no caso de Leis extensas e muito específicas, onde as especificidades passam despercebidas. Dois casos muito frequentes: A Lei do Orçamento do Estado, onde habitualmente se

Numa ótica de estudo dos grupos de interesse atendendo ao mercado norte americano, Clifford Winston⁷¹⁸, faz uma interessante súmula dos estudos onde se identificam grupos de interesse e como se aproveitaram de políticas para beneficiar os seus interesses. Parece-nos interessante deixar aqui o quadro resumo dessas atitudes como um exemplo de manipulação da *policy* por estes grupos de interesses.

POLICIES TO CORRECT MARKET FAILURES		83
Table 6-2. <i>Interest Groups and Market Failure Policies</i>		
<i>Policy</i>	<i>Influential Interest Groups</i>	
<i>Antitrust:</i>	Congress can influence the activities of the Federal Trade Commission and the Justice Department through its appropriations for these agencies. There appears to be a bias in FTC case selection in favor of firms that operate in the jurisdiction of members of congressional committees that have important budgetary and oversight powers. ^a	
<i>Economic Regulation:</i> <i>Agricultural subsidies</i>	Farmers and their lobbyists have been more successful in obtaining public assistance for certain commodities than for others. For example, producers of milk, sugar, peanuts, and wheat receive subsidies, but those producing cattle, eggs, hogs, and beef do not. The size of the producer group and whether the commodity is exported and/or subject to competition from imports influence whether support is given. ^b	
<i>Trade protection</i>	Powerful unions seeking to protect the jobs of their members and industries facing foreign competition that are able to organize into an effective lobby have been highly influential in federal decisions to impose trade restrictions. ^c	
<i>Social Regulation:</i> <i>Occupational safety</i>	The stringency of OSHA's interventions varies across industries and firms, reflecting the political power of these entities. Unionized and large firms incur much lower costs from occupational safety enforcement than smaller and nonunion firms. ^d	
<i>Consumption externalities</i>	Antismoking and antidrinking advocacy groups successfully urge adoption of a "sin tax" on smoking and drinking. FAA noise regulations reflect the relative political power of homeowners and airlines rather than economic efficiency. ^e	
<i>Production externalities</i>	Environmental and business advocacy groups influence the EPA to adopt industrial and water pollution policies that suit their interests. Regional interests influence and distort industrial pollution regulations. For example, the West and the South have opposed regulations that prevent significant deterioration of local air quality because such regulations limit their region's economic growth. The inefficiencies of hazardous waste programs reflect the political pressure to clean up less cost-effective sites dominated by white residents, rather than more cost-effective sites dominated by minority residents. ^f	
(continued)		

POLICIES TO CORRECT MARKET FAILURES		84
Table 6-2. <i>Interest Groups and Market Failure Policies (continued)</i>		
<i>Policy</i>	<i>Influential Interest Groups</i>	
<i>Public Production:</i> <i>Highways</i>	To maintain political support for a national highway system, numerous rural states with relatively low traffic volumes receive a disproportionately large share of highway funds, while states with high traffic volumes, such as California, receive a disproportionately smaller share of funds. Congressional members sitting on transportation committees secure higher project spending than other members secure. They also receive a larger share of funding that is appropriated for pork barrel demonstration projects that benefit their constituents. Lobbying organizations that represent motorists, such as the American Automobile Association, strongly oppose efforts to institute congestion pricing. ^g	
<i>Transit</i>	The presence and level of urban transit subsidies are influenced by unionized labor, suppliers of transit capital, and patrons, especially upper-income suburban residents who use fixed rail. Subsidies are accrued by these interests in the form of above-market wages, excess profits for transit suppliers, and fares substantially below costs. ^h	
<i>Airports</i>	Owners of corporate jets and small planes (general aviation) exert effective lobbying pressure on the FAA to maintain the current system of landing fees that charges them far less than the social cost of their use of runway capacity. ⁱ	
<i>Public Lands</i>	Advocacy groups promoting the use of public lands for recreation or conservation oppose the adoption of user fees and exert pressure to keep user fees that are approved below marginal cost. ^j	

Fonte: Clifford Winston, "Government Failure versus Market Failure", AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2006, p. 83 e 84

3.2.2.4. Escolha Pública

Já aqui referimos várias vertentes da "Public Choice" ou Teoria da Escolha Pública. Com raízes na "escolha social", um subcapítulo da "Welfare Economics", é um estudo económico dos processos individuais e/ou coletivos de decisão que são exteriores ao mercado. Alia o estudo económico à ciência política, tentando compreender as decisões humanas de natureza não económica de acordo com a metodologia económica.

encontram alterações legislativas a vários níveis, mormente na área da fiscalidade, e que muitas vezes se "perdem" na extensão e complexidade do documento global; regras de concursos públicos, em que se determinem especificidades do produto ou do serviço que restringem, à partida, os concorrentes.

⁷¹⁸ Cfr. Clifford Winston, "Government Failure versus Market Failure", AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2006, p. 82 e ss.

A Escolha Pública tem como objetivo aplicar mecanismos de análise da ciência económica a áreas tradicionalmente consideradas da ciência política, tais como os grupos de interesse, partidos políticos, processo eleitoral, análise de burocracia, escolha parlamentar e análise constitucional⁷¹⁹.

Em concreto e conforme James Buchanan e Gordon Tullock a foram moldando⁷²⁰, a teoria da escolha pública, estuda as propriedades políticas e económicas dos vários métodos de votação, as motivações e comportamento dos políticos, eleitores, burocratas, grupos de interesse, incluindo a análise dos princípios fundamentais que regem a elaboração da Constituição.

No que concerne à metodologia, a teoria das escolhas públicas segue ainda quadros de análise da microeconomia, concentrando-se no comportamento egoísta do indivíduo, que prossegue racionalmente os seus interesses, maximizando os benefícios individuais⁷²¹.

Na base da teoria das escolhas públicas está um raciocínio muito simples: Os indivíduos, no mercado “normal”, comportam-se atendendo às suas necessidades individuais, o egoísmo individual que em conjunto com a racionalidade faz o mecanismo de mercado funcionar. Então se o Estado é constituído por estruturas compostas e hierarquizadas de indivíduos, por que razão estes mudariam a sua atitude aquando das decisões no mercado “político”?

Questiona-se a maleabilidade da natureza humana, pois se, enquanto consumidores e produtores num mercado económico, a mesma é egoísta, porque seria benévola ou filantropa aquando das escolhas, decisões públicas⁷²².

Nestes termos, os objetivos do político será a reeleição, dos burocratas a maximização das dotações orçamentais dos respetivos serviços, o dos eleitores o de buscarem alternativas que satisfaçam as suas necessidades, os grupos de interesses pretendem influenciar os decisores no sentido que mais convenha ao grupo.

É uma postura metodológica individualista que é, para a microeconomia, a única operacional⁷²³. Não está presente a ideia de que existe uma vontade “supra individual”, desconsidera-se a ideia

⁷¹⁹ Cfr. Paulo Trigo Pereira, “A Teoria da Escolha Pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII, 1997, p. 419-442. Vide p. 419.

⁷²⁰ De relevar que subsistem divergências entre os autores que foram desenvolvendo teorias dentro da Teoria da Escolha Pública. Os desenvolvimentos, extensões, subtemas que se foram estudando são díspares. Existem tradicionalmente seis obras que são incontornáveis e consideradas como a base da teoria da Escolha Pública, a saber (sem ordem específica): i) Kenneth Arrow, “*Social Choice and Individual Values*” (1951); ii) Duncan Black, “*The Theory of Committees and Elections*” (1958); iii) James Buchanan e Gordon Tullock, “*The Calculus of Consent*” (1962), sendo a obra que mais se destacou na fase inicial da Escolha Pública; iv) Anthony Downs, “*An Economic Theory of Democracy*” (1957); v) Mancur Olson, “*The Logic of Collective Action (Public Goods and the Theory of Groups)*” (1965); vi) William Riker, “*The Theory of Political Coalitions*” (1962). É certo que estas obras podem depois dividir-se em dois ramos, um da Escolha Pública e outro da Escolha Social (onde já podemos incluir Amartya Sen e mais recentemente Thomas Piketty). Não é de descurar a obra de Schumpeter que sobretudo influenciou Downs.

⁷²¹ Cfr. Abel Costa Fernandes, “*Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Coletivas*”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 206 e ss.

⁷²² Este é mais um motivo para a defesa do *monismo metodológico*, ou seja, um único método de análise a ser utilizado pelos economistas que vale para a análise dos agentes no mercado concorrencial sendo, por isso, igualmente válido no “mercado político” ou “mercado da decisão pública”.

⁷²³ O individualismo metodológico postula a racionalidade da decisão e o egoísmo, transpondo o ideário do *homo economicus* para a análise da escolha coletiva. Cfr. Paulo Trigo Pereira, “A Teoria da Escolha Pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII, 1997, p. 424 e ss.

de povo, sociedade ou, pelo menos, não é possível saber-se da vontade desses grupos sem se passar pela agregação das vontades individuais.

Por isso mesmo a abordagem da Escolha Pública prende-se sobretudo com o processo da escolha, das regras e procedimentos que permitem passar as preferências de cada indivíduo para uma única escolha coletiva. Sendo certo que, como veremos, esta metodologia nem sempre se pode considerar completamente correta, pois não é possível, sem unanimidade, passar a decisão individual *ipis verbis* para a decisão coletiva.

Dentro do ideário da Escolha Pública, constata-se que não há uma solução espontânea que eficientemente promova o bem-estar coletivo. Assim, a visão da decisão como um mercado, leva à análise de custos de interdependência, ou seja, custos de persuasão quando os grupos de interesse apoiem determinado programa político, a compra de votos, a troca de favores, mas ainda custos dos votantes minoritários das decisões que são tomadas (custos externos).

Os custos de persuasão serão quanto maiores quanto a heterogeneidade populacional e a dependência de grupos de interesse, enquanto que os custos externos serão maiores quanto mais vitais forem os interesses sujeitos a um processo de decisão coletiva⁷²⁴. Não esqueçamos das regras da maioria ou da unanimidade em determinadas matérias consideradas essenciais.

Tullock e Buchanan, que desenvolveram a sua teoria no cenário americano, definiram vários patamares de análise, a saber: i) ao nível da “*Polity*”, enquanto estrutura dentro da qual se exerce o poder político e a atividade social; ii) no âmbito da “*Politics*” considerada como regras procedimentais para colocar em prática certas medidas ou orientações, e; iii) ao nível das “*Policies*” enquanto opção política, no sentido de a governação optar por A em detrimento de B.

No plano mais estrutural temos a “*Polity*” que vai corresponder ao pacto fundacional, ao pacto constituinte enquanto conjunto de normas estruturais que a sociedade, em determinado momento aceita. Esta moldura tem de ter uma ideia de pluralismo social se pressupomos ordenamentos jurídicos democráticos.

Assim, as constituições não são encaradas como acordos históricos que consolidam valores, princípios e direitos fundamentais. São vistas por esta teoria, bebendo da sua matriz libertária hayekiana⁷²⁵, como um mecanismo de satisfação de preferências dos cidadãos. E tal decorre do mecanismo democrático de votação e maiorias, em que existem partidos que concorrem entre si, com programas desenhados consoante ideologias ou causas, ganhando quem consegue maior consenso.

É dado bastante valor não apenas aos próprios princípios constitucionais mas ainda aos princípios da aprovação constitucional. E há questões que parecem, até, fugir da regra da mutabilidade por votação da maioria tal como a garantia da propriedade privada e a proteção das minorias face às ditaduras das maiorias. Aqui estão os custos externos daqueles que, em último caso serão o bastião da resistência face à maioria.

⁷²⁴ Cfr. Fernando Araújo, “*Introdução à Economia*”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 614 e ss

⁷²⁵ A base ideológica da “*Public Choice*” é essencialmente defensora do Estado mínimo, da propriedade privada e do mercado concorrencial.

Existem dois períodos chave relativamente às Constituições⁷²⁶. Numa primeira fase há um momento pré-constitucional. Ora, já aqui desenvolvemos amiúde, por exemplo, a teoria de Rawls relativamente ao véu da ignorância que deve remeter para uma posição original. E apenas depois se deve efetuar as escolhas envoltos numa neutralidade de pensamento.

No momento pré-constitucional, sistematiza-se o aspeto motivacional. Por isso mesmo a ideia de *Polity*, do conjunto de *guidances* amplas, genéricas, de aplicação geral e abstrata.

No período pós-constitucional, fazem-se escolhas dentro das restrições que foram definidas pela constituição. É o tempo da *Politics*, onde se definem os procedimentos, afinam-se os pormenores e mecanismos de concretização das normas

Nas normas pós-constitucionais, que são de natureza substantiva, há uma maior exigência ao nível da especialização e pormenor da informação.

Ao contrário das normas pré-constitucionais, que têm um carácter estruturante, duradouro e tendem a permanecer imutáveis por mais tempo, as normas pós-constitucionais já serão mais facilmente alteradas ou revogadas.

Por outro lado, no âmbito pré-constitucional atenta-se a uma informação do capital social no sentido de abarcar as normas que socialmente serão aceites, processos que sejam perceptíveis e entendidos pela população.

Nestes termos, o processo pós-constitucional deve abarcar mecanismos que sejam as regras do jogo, de acordo com as limitações impostas pela Constituição. Este factor é determinante para que os agentes económicos saibam quais os cenários com que podem contar, diminuindo o risco da sua decisão económica.

A existência de normas e regras sobre a decisão pública, leva por um lado a uma transparência sobre como se processam essas decisões, com o que disso pode ser positivo – a maior transparência – mas também os agentes bem sabem quem devem e podem pressionar na tomada de decisão.

A Escolha Pública estudou e analisou as regras da decisão: mecanismos de voto, tipos de voto, maiorias e consequências desses métodos, com vista a conseguir por um lado identificar como funcionam os mercados da decisão, quais as suas falhas e mecanismos de eventual correção.

Esta análise não fica, contudo, completa sem que se tenham em conta os custos associados quer à decisão coletiva como também os associados ao próprio processo de decisão. Isto porque para conceber um “mercado da decisão”, vamos ter ainda de encontrar a “eficiência da escolha pública” que se revela atendendo aos benefícios advindos da decisão pública que devem superar os custos de interdependência (custos de persuasão e custos externos)⁷²⁷.

Relativamente aos custos da própria decisão coletiva, estes são iguais ao somatório dos custos externos esperados com os custos de decisão esperados atualizados para o presente. A maioria ótima é a percentagem dos membros do agregado humano para a qual esse custo é minimizado.

⁷²⁶ Cfr. Abel Costa Fernandes, “Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 209 e ss.

⁷²⁷ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 616 e ss

Estes custos da decisão estão associados ao universo dos votantes. Por um lado, se o universo dos votantes for menor mais facilmente se consegue uma decisão eficiente que, neste contexto, seria por unanimidade.

No caso de decisões por unanimidade inexistem custos esperados para a decisão coletiva apenas benefícios. Quando a totalidade do universo de votantes é unânime na decisão coletiva tal quer dizer que todos consideram que esse sentido de decisão é a que traz benefícios. Todos os votantes fizeram a sua escolha de sentido de voto atendendo a um jogo de soma positiva, logo a decisão unânime é, ela própria, benéfica.

Outra coisa diferente serão os custos de implementação associados à decisão tomada. Esse será um segundo plano. Nesta fase apenas se tem em conta os custos esperados da decisão coletiva.

Contudo, basta existir um universo de votantes mais alargado para que seja difícil chegar a uma unanimidade. E, como sabemos, as decisões são, em regra, tomadas pela maioria absoluta, ou seja, metade do universo dos votos mais um.

Ora, esta situação vem dificultar a análise económica uma vez que geralmente a compreensão da racionalidade das opções económicas individuais necessita duma única escala de preferências. Ora, existindo desvios a essa escala de preferências então já não é possível replicar a decisão individual na decisão coletiva final.

Enquanto que, no caso da unanimidade, a decisão individual de todos é replicada na íntegra na decisão coletiva, no caso da decisão por maioria absoluta tal já não sucede, existindo indivíduos que não encontram benefícios na decisão coletiva.

Mas este sistema de maioria absoluta na tomada de decisão faz com que seja absolutamente essencial “ganhar” o voto decisivo, aquele que faz a diferença na tomada de decisão. E, bem nos recordamos, a teoria dos interesses privados sabe da importância que este “votante” tem na decisão coletiva. É aqui que se concentram os esforços, os custos dos que pretendem influenciar esse votante para determinar o sentido da decisão coletiva.

Ora, estamos aqui a explorar a Teoria do Votante Mediano ou Princípio da Diferenciação Mínima que, de forma muito sucinta, nos diz que num sistema de votação por maioria absoluta, a escolha coincide com o melhor resultado do votante mediano. Assume-se que existe um espectro de votantes que estão nos extremos – por exemplo extrema-esquerda e extrema-direita – sendo que esses extremos funcionam como limites. Entre esses limites estão distribuídos os votos do universo dos eleitores.

Os extremos tendem a ser “nichos”, com um número mais reduzido e delimitado de votantes mas cuja flutuação de voto também costuma ser menor. As posições políticas mais ao centro são as mais representativas relativamente ao número de votantes mas são também as que sofrem maior volatilidade no voto. É neste espectro que se dá a maior luta pelo votante mediano, aquele que se for para um lado ou para o outro pode determinar verdadeiramente o sentido da decisão final.

Nestes termos, o que sucede é que as plataformas políticas tendem a moderar o seu discurso de forma a abarcar o maior número de votantes que estão nessa zona do centro e que são eleitorado de maior mobilidade.

Esta situação reflete a intensão dos partidos, pois uma vez que pretendem a eleição ou reeleição, o que aqui sucede é uma convergência para o centro, com uma tendência para a

bipolarização, existindo dois grandes partidos que vão alternando no poder. Esta posição fragiliza a defesa de ideologias, tende a existir uma menor radicalização de posições mas também se leva à não distinção dos programas eleitorais.

A tendência de convergência ao centro serve para a captura do votante mediano. E a manutenção do mesmo durante o período de governação é fundamental para a reeleição. Isto porque quanto mais perto se mantiver a preferência do votante dos 50% do universo eleitoral menor será a probabilidade de perda, menor custo terá o ganho de *share*.

Relativamente aos custos esperados da decisão coletiva, eles serão tanto maiores quanto maior for o espectro de adesão a essa mesma decisão, ou seja, deve governar-se para as maiorias, mantendo-se o maior número de eleitores satisfeitos para minorar os custos das decisões.

Contudo, esta ideia do votante mediano, que tem origem no modelo de Anthony Downs, que sugere que os políticos se centram exclusivamente na aferição demagógica do votante mediano, conduz à ideia da subalternização dos partidos que simplesmente serviriam para a agregação de preferências. Mas assim retirar-se-ia qualquer incentivo ao próprio votante, propagando-se a abstenção.

Estando a democracia assente na legitimidade do voto, levar a um caminho da abstenção não pode ser solução. Condorcet desenvolveu o “paradoxo do voto”⁷²⁸, ou seja, a impossibilidade de se chegar a uma preferência agregada e consistente a partir de preferências estáveis e heterogêneas dos votantes.

Este paradoxo do voto levou a que Arrow⁷²⁹ afluísse a ideia do “Teorema da Impossibilidade”, ou seja, não é possível associar estados de satisfação a simples somatórios de bens recebidos. Para que tal sucedesse tinha de existir sempre unanimidade, o que, como já referimos torna-se impossível quando o universo de votantes aumenta.

Quando estamos perante decisões complexas, cuja lógica é dificilmente decomposta em sub-decisões que levam à decisão final, percebemos que muito dificilmente se consegue chegar a uma consistência sobre a eficiência da decisão final que abarque a legitimação também.

Em suma, como ensina Fernando Araújo⁷³⁰, “(...) se uma sociedade deve agregar as escalas individuais de preferências para construir uma função de escolha social, uma escala colectiva de preferências que ao mesmo tempo preserve a soberania dos votantes (exprimindo inequivocamente aquilo que seja uma preferência ,maioritária), seja não-ditatorial (no sentido de não dar a qualquer preferência individual o poder de obliterar as demais), seja sensível à alteração de preferências e seja congruente com qualquer subconjunto de preferências colectivas – então o paradoxo do voto vedará a formação daquela formação da escolha social,

⁷²⁸ Condorcet mostrou que indivíduos racionais que tenham preferências sobre três alternativas podem não conseguir escolher coletivamente a melhor alternativa no caso de as alternativas serem votadas aos pares, utilizando-se a regra da maioria. Conforme refere Paulo Trigo Pereira, “A esta intransitividade da escolha colectiva é dado o nome de «ciclo de votação» e a existência de ciclos introduz a possibilidade de manipulação de agenda, ou seja, estabelecer a sequência de duas votações de forma que a proposta apoiada pelo manipulador da agenda saia vencedora”. Cfr. Paulo Trigo Pereira, “A Teoria da Escolha Pública (public choice): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII, 1997, p. 428 e ss.

⁷²⁹ O Teorema da (im)possibilidade de Kenneth Arrow conduziu-o ao prémio Nobel da Economia e trouxe grande pessimismo relativamente à capacidade de se terem escolhas coletivas que satisfaçam os indivíduos. Arrow demonstrou que não há nenhuma regra de tomada de decisões coletivas que satisfaça um conjunto de propriedades que leve a uma satisfação da quase totalidade das pessoas.

⁷³⁰ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 621 e ss

ou permitirá a sua completa distorção, sempre que haja mais do que dois votantes ou sempre que haja mais do que duas escolhas; e mais vedará ainda se levarmos em conta a possibilidade de conduta estratégica por parte dos votantes(...).”

Nestes termos, é inevitável que o sistema de maioria leve a que existam sempre manipulações de preferências, inconsistências nas agregações de preferências.

A teoria do votante mediano⁷³¹ parte de várias premissas que não são fáceis de conjugar: i) existe apenas uma questão em votação; ii) os eleitores apenas possuem uma preferência, escolha única; iii) apenas existem duas opções de voto, dois concorrentes; iv) inexistem ideologias ou influência no que respeita ao sentido de voto; v) inexistente votação seletiva e todos os eleitores elegíveis podem votar; vi) não há interferência de *lobbies* ou grupos de interesse; viii) existe informação perfeita quer relativamente aos problemas e preferências dos eleitores mas também das intenções dos candidatos. Não se conseguindo reunir estas premissas o resultado estará enviesado.

Depois existem ainda os custos associados ao processo decisório. Uma coisa é o custo da escolha outro bem diferente é o custo associado ao processo dessa escolha. E no contexto de democracia estes custos de decisão estão associados aos mecanismos de tomada de decisão, mormente o contexto da democracia representativa.

Na democracia representativa, temos vários órgãos que podem tomar decisões, sejam elas conjuntas ou detendo autonomia em determinadas matérias. Contudo, a decisão em órgãos colegiais está sujeita à regra da maioria pelo que existe o esforço de persuasão da adesão da maioria a determinado sentido de decisão.

É neste âmbito que ocorrem as pressões dos grupos de interesse.

Para além do custo associado a negociações, custos de contrapartidas, favorecimentos, existe ainda associado um custo de oportunidade relativamente aos benefícios perdidos e ao tempo despendido na tomada de decisão.

A análise normativa do processo democrático por parte da Escolha Pública, levou a que se constatasse que as regras e as instituições são muito importantes para perceber os resultados das escolhas coletivas. Dá-se, pois, enfoque a uma vertente neoinstitucionalista, onde a estrutura das instituições decisórias é determinante para o resultado da decisão coletiva

Por isso mesmo a primeira ligação da Escolha Pública é com as regras da *Polity*, as regras constitucionais que devem delimitar, guiar a decisão pública. Os consensos alargados da sociedade devem explicar-se nas regras constitucionais.

A Escolha Pública estudou ainda as ineficiências organizativas do Estado, sendo que as mesmas podem decorrer não apenas pela burocratização, escalas de hierarquias mas até por motivos legislativos, mormente o princípio da legalidade que obriga muitas vezes a sucessivas aprovações até à tomada de decisão final e implementação.

⁷³¹ A demonstração do Teorema do Votante Mediano foi efetuada por Duncan Black. Demonstra-se que em certas condições a regra da maioria possibilita a obtenção de uma solução de equilíbrio e evita os “paradoxos do voto.

São vários os exemplos das ineficiências crescentes do Estado que podem passar não apenas pelo processo decisório mas, por exemplo, pela crescente carga fiscal que apenas revela o crescendo das despesas públicas.

Também estudou as falhas de intervenção, ou seja, a Escolha Pública naturalmente coloca em causa a bondade da decisão pública pois a mesma pode falhar, muito além daquilo que pretendia consertar.

3.2.2.4. Crítica

Foram sendo construídas diversas críticas à Teoria dos Interesses Privados sem, contudo, retirar valorização à mesma, mormente no sentido de ter constatado empiricamente que a intervenção do Estado não é sempre bondosa, pela defesa pura do interesse público.

Uma das críticas apontada diz respeito à ideia patente na Teoria dos Interesses Privados sobre as motivações da Regulação. Roger Noll⁷³², em 1983, com um *paper* sobre o fundamento da regulação, vem contestar a visão de que a regulação, por estar dependente de grupos de interesse, não conduz a uma redistribuição de riqueza. Antes pelo contrário, a propósito das conclusões que retira do seu estudo, Noll refere: *“One (conclusion) is that the distributional orientation of regulation is not primarily due to the influence of organized special interest but is a characteristic of representative democracy”*.

Ou seja, a regulação mantém o seu primeiro fundamento de redistribuição. Nada parece indicar nos estudos empíricos que os custos e benefícios decorrentes da regulação sejam o motor da direção dessa regulação.

Noll refere ainda que, a longo prazo, a regulação parece ter cada vez menos sensibilidade aos interesses particulares, sendo mais resistente a pressões do que outro tipo de políticas públicas. Depois os próprios sistemas políticos, sendo variáveis de país para país, torna mais vulnerável qualquer generalização.

Também o próprio sistema representativo pode ter variáveis que leva a diferenciações, nomeadamente quando existe separação de poderes ou partilha de competências em determinadas matérias. Quanto maior for o escrutínio público da decisão mais difícil será ter uma regulação que esteja moldada unicamente a interesses privados.

Posner⁷³³, refere que quando as instituições percebem que a regulação está dependente de grupos de interesse mais depressa se adaptam e criam meios de defesa do interesse público, por exemplo, promovendo a separação de poderes ou fundamentos sociais da regulação.

Também não é possível, na Teoria dos Interesses Privados prever quais os grupos de interesse que efetivamente são beneficiados. Mais. Existem demonstrações empíricas em que existem muitos grupos de consumidores que passam a ser mais beneficiados do que os produtores, conforme já aqui referimos quando abordámos a Teoria Económica da Regulação de Stigler.

⁷³² Cfr. Roger Noll, *“The Political Foundations of Regulatory Policy”*, Social Science working paper 486, Division of Humanities and Social Sciences – California Institute of Technology, July 1983.

⁷³³ Cfr. Richard Posner, *“Theories of Economic Regulation”*, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. V, n. º 2, 1974, p. 335 – 358. Ver p. 350.

Aliás, as demonstrações empíricas foram, aliás, o maior aliado da regulação. Stigler e Friedman iniciaram a Teoria Económica da Regulação com estudos demonstrativos de que a regulação com vista à defesa de interesse público não produzia os efeitos desejados.

Contudo, Peltzman, fazendo a análise do mercado da eletricidade apercebe-se que efetivamente os preços diminuíram. Ou seja, a regulação dos preços leva efetivamente a uma redução do preço no mercado, comparativamente com a renda económica pré-existente.

Depois, como pudemos constatar, a escolha pública analisou várias vertentes do comportamento do decisor público, dos grupos de interesse, dos votantes e do próprio processo legislativo. Ora, essas variantes nem sempre se conjugam, nem chegam exatamente ao mesmo tipo de constatações.

A questão da interação entre os atores da regulação leva a uma análise dum mercado da decisão, um mercado da regulação ora analisado nos termos da microeconomia, ou atendendo aos comportamentos humanos. É que, conforme Posner bem referiu⁷³⁴, atender ao comportamento humano dos atores do mercado acaba por ser um meio de melhor entender a Teoria Económica da Regulação do que manter uma análise meramente de racionalização dos interesses privados a cada momento do processo político.

3.3. Fisionomia da Regulação

Após termos explorado as teorias que fundamentam a regulação, já sabemos que a mesma acaba por se revelar num corpo normativo que disciplina a organização e a atividade económica.

Numa vertente mais jurídica, a regulação jurídica da economia é constituída por um corpo de normas, um conjunto de regras dirigidas à atividade económica que pretende implementar determinados objetivos estipulados por quem tem a decisão pública.

Este corpo normativo está geralmente assente em duas ideias⁷³⁵: i) definição dum conjunto de regras destinadas a controlar o funcionamento do mercado de determinado sector, garantindo que são cumpridos determinados valores e regras; ii) grupo de regras que rege o funcionamento de uma economia de forma à mesma ser mais transparente, previsível e estável.

De facto, a regulação apresenta-se, em cada ordenamento jurídico, numa estrutura decidida pelos membros que integram a comunidade e detêm o poder de autoridade para a definição de objetivos da regulação.

As teorias da Regulação, quer do interesse público ou da defesa de interesses privados, apenas nos trazem as leituras do que *deve fundamentar* ou o que *fundamenta de facto* a regulação existente.

Nestes termos, a forma como a regulação se apresenta, a sua estrutura organizativa vai depender dos *inputs* que já fomos abordando: fundamentos de eficiência económica dos mercados, motivações de (re)distribuição, prossecução dum ideário de interesse público, sendo

⁷³⁴ Cfr. Richard Posner, “Theories of Economic Regulation”, The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. V, n. º 2, 1974, p. 356.

⁷³⁵ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 56.

que a conceção de interesse público será diferente consoante as ideologias, políticas e cenário sociocultural existente em determinada comunidade, ou então existem cedências aos interesses individuais ou de grupo.

O sistema regulatório pode ainda sofrer influências supranacionais, ou seja, pode existir um sistema multinível que abranja instâncias locais ou regionais, nacionais ou mesmo supranacionais. O caso da União Europeia é paradigmático em que existe não apenas um sistema regulatório de autoridades administrativas autónomas nacionais, que detêm larga independência relativamente à esfera pública. Existem ainda instâncias europeias, nomeadamente autoridades com poderes de autoridade em matéria regulatória em determinados sectores, bem como a Comissão Europeia funcionou como motor legislativo para a uniformização e implementação de regras de defesa da concorrência, quer a nível das atividades económicas em geral mas, particularmente, na regulação sectorial.

Muito embora os modelos e instrumentos possam ser diversos, um sistema regulatório será sempre constituído por um conjunto de regras, regras essas que serão mais genéricas – *rules settings* – que devem ter em vista *guidances* para a atividade económica ou sector económico, e depois normas de execução, ou seja, um regime regulatório que torne efetivo o regime, não apenas em termos de execução mas também de fiscalização e, eventualmente, punição pelo não cumprimento – *rules enforcement* – que podem ainda dotar de poderes de autoridade as entidades administrativas que fazem parte da estrutura do sistema regulatório.

Também os momentos em que se dá a regulação podem ser determinantes para a sua fisionomia⁷³⁶. Podemos ter uma *regulação estrutural* que tem a ver com a estrutura de determinado mercado, atividade ou sector que pode abranger normas relativamente ao acesso à atividade ou acesso às redes.

Por outro lado, a regulação pode pretender ou ter como objetivo a organização e gestão dos operadores. Este tipo de regulação é especialmente visível na área financeira, onde a forma jurídica dos agentes, o seu sistema de governo, política de remunerações ou incompatibilidades estão definidas nas normas regulatórias. Este tipo de regulação impende sobretudo sobre os agentes de mercado e suas características, não estando direcionado a normas de funcionamento “puro” do mercado.

A regulação pode também incidir sobre as características, qualidade e/ou segurança dos produtos e serviços existentes no mercado, criando-se mecanismos de regulação relativamente ao produto o que influencia o mecanismo de funcionamento, mormente devido aos custos com o controlo das características do produto.

Existe ainda a ideia de *regulação comportamental*, dirigida ao comportamento dos operadores económicos, pretendendo limitar ou controlar a conduta dos mesmos, mormente em relação aos consumidores. Nestes casos, existem normas específicas de conduta, por exemplo, dos prestadores de serviços de interesse geral face aos utentes dos mesmos.

É ainda muito vulgar esta regulação comportamental na área financeira, uma vez que os serviços são de elevada especificidade e por isso há que existir um dever de esclarecimento e transparência na conduta dos agentes relativamente aos consumidores.

⁷³⁶ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 58 e ss.

Também no caso do sector financeiro, já aqui referimos a *regulação prudencial*, - macro e micro prudencial – que serve sobretudo para estabelecer factores de risco que possam afetar a estabilidade e integridade do mercado. Estabelecem-se, assim, requisitos de capital, limites para determinadas operações, entre outros factores de forma a prevenir riscos sistémicos.

A Regulação pode ainda ser mais veemente ou mais leve, fazendo uma distinção entre *hard regulation*, em que há a utilização de instrumentos de maior intervenção, com normas regulamentares rígidas e diretas, acompanhadas de um sistema de fiscalização e supervisão intensa com aplicação de sanções, e a *soft regulation*, que utiliza instrumentos de regulação mais brandos, menos intrusivos da atividade, utilizando-se sobretudo recomendações e advertências.

Numa perspetiva neoliberal, distingue-se a regulação impositiva, designada de *comand-and-control*, da regulação flexível, menos intrusiva, que se baseia na menor intromissão nos mecanismos de mercado.

De facto, este tipo de abordagem sobre a regulação demonstra que podem existir estratégias diferentes que acabam por moldar o sistema regulatório.

De qualquer forma, não se deve ainda esquecer autores, como Ayres e Braithwait que defendem uma espécie de sistema gradativo, onde se deve iniciar com instrumentos menos intrusivos passando, gradualmente, para formas mais veementes em caso de insucesso das anteriores.

Esta estratégia do modelo regulatório inicia-se com mecanismos de autorregulação, passando, em caso de falha das mesmas, para modelos de correção e, no pior cenário, de regulação pública direta, estando acompanhados, cada estágio, dos competentes instrumentos regulatórios consoante os objetivos que se pretendem atingir. Falamos desde advertências até sanções criminais, por exemplo.

Qualquer modelo de regulação terá aspetos positivos mas também menos abonatórios, sendo que cada modelo pode ter nuances consoante o tipo de objetivos que se pretende atingir.

3.3.1. Modelos de Regulação

Regular tem um sentido de condicionar, influenciar ou determinar o comportamento dos atores que atuam no mercado, tendo em vista determinados objetivos económicos e/ou sociais⁷³⁷.

Esta regulação pode assumir geralmente dois modelos, sendo que cada modelo pode não ter uma estrutura, uma forma de concretização única. Existem, pois, não apenas vários modelos de regulação mas também são várias as estruturas, as formas de concretizar a regulação.

Estas alterações e especificidades da regulação variam de acordo com factores tais como a tradição administrativa, existência ou não de mercados concorrenciais, a importância do serviço ou produto em causa, mormente sector estratégico, serviços de interesse económico geral, produção de bens públicos ou entrega da gestão a privados (concessão pública).

São dois os modelos tradicionalmente apontados para a Regulação. Em primeiro lugar temos a heterorregulação, que representa uma regulação feita a partir *de fora*, externamente aos

⁷³⁷ Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 326 e ss.

regulados. É uma forma de condicionamento, a partir do exterior, a atividade dos agentes do mercado.

Neste caso, o regulador e os regulados são entidades distintas, sendo geralmente o regulador uma entidade pública, sendo por isso comum apontar a heterorregulação como uma regulação estadual.

Por outro lado, outro modelo de regulação tradicionalmente referido é, em contraponto com a heterorregulação, a autorregulação que será uma regulação *de dentro e para dentro*, feita pelos próprios regulados. É uma forma de regulação levada a cabo pelos próprios regulados, não se distinguindo, por isso, regulador de regulados.

Mas, com isto não se pretende dizer que na autorregulação não existe, na prática, normas condicionadoras das ações dos agentes de mercado. Conforme refere Vital Moreira⁷³⁸, a autorregulação pode ser encarada como: “a) *capacidade de funcionamento equilibrado da economia, sem necessidade de formas exteriormente impostas aos agentes de mercado (poderes autorreguladores do mercado); b) regulação dum determinado grupo por meio de normas voluntárias e autovinculação voluntária (autorregulação privada); c) capacidade de um determinado grupo de se regular a si mesmo mediante o reconhecimento oficial e com meios de direito público (poder regulamentar, disciplinar, etc. obrigatório para toda a categoria).*”

Há, por isso, sempre um conjunto de instrumentos que são utilizados e que se direcionam para determinado objetivo estipulado.

Deixemos, contudo, aqui uma breve nota relativamente a estas distinções de autorregulação: estamos em crer que não fará muito sentido efetuar a distinção entre autorregulação privada e pública consoante haja aceitação ou não pela administração pública dessa regulação. Isto porque, para que exista autorregulação há sempre uma aceitação por parte do Estado, nem que seja por omissão de interferência pública. E, na autorregulação, até pela conceptualização da mesma, falamos sempre de mecanismos privados, acordados entre regulados.⁷³⁹

No que concerne à autorregulação, podemos desde já referir alguns exemplos da mesma. Os códigos de ética e de conduta elaborados pelos operadores de determinados serviços ou infraestruturas, tais como no sector da eletricidade ou gás, são um exemplo de fronteiras de ação impostas no sector pelos próprios regulados.

Podemos ainda referir os contratos de fornecimento de eletricidade ou de gás natural, celebrados entre comercializadores e clientes, muitas vezes precisamente para defender as posições dos consumidores.

Outro exemplo são os contratos celebrados entre as concessionárias de serviço público e os agentes que pretendem comercializar o produto em causa pretendendo o acesso às condutas. Aqui temos desde já de referir duas situações diferentes: Estamos, neste caso, perante o que já chamámos de regulação contratual, sendo que esta regulação contratual pode ser i) uma mera autorregulação, se os contratos celebrados forem entre regulados, com vista à imposição de regras de acesso, de conduta ou relacionamento comercial com demais agentes, mormente consumidores, ou; ii) uma heterorregulação, quando é o Estado, por via dum contrato de

⁷³⁸ Cfr. Vital Moreira, “*Autorregulação profissional e administração pública*”, Almedina, Coimbra, 1997, p. 53 e ss.

⁷³⁹ Em sentido contrário Vital Moreira e Maria Eduarda Azevedo. Neste particular seguimos Marisa Apolinário.

concessão pública, por exemplo, que passa a exploração ou prestação de serviços a uma entidade privada, integrando nesse mesmo contrato as normas que regulam o exercício da atividade concessionada.

Na autorregulação estão em causa instrumentos de regulação elaborados pelos próprios regulados mesmo que não exista uma organização dos mesmos em associação ou organizações profissionais. Falamos de códigos de conduta, contratos ou regulamentos.

Também podemos falar de instrumentos mais abrangentes, que pretendem disciplinar uma pluralidade de relações, sendo que neste caso estamos perante instrumentos duma verdadeira regulação no sentido de existirem instrumentos jurídicos abrangentes aplicáveis a um determinado grupo ou sector. Falamos por exemplo de contratação coletiva.

A autorregulação, pode ser caracterizada como um conjunto de instrumentos jurídicos privados orientados para a regulação⁷⁴⁰.

O modelo de autorregulação muitas vezes é associado não apenas a atores privados mas também públicos. O que nos parece é que podemos ainda ter um terceiro modelo, em que existe um regime misto de heterorregulação e autorregulação, modelo esse que alguns autores referem como de coregulação ou autorregulação regulada⁷⁴¹.

Efetivamente, assiste-se muitas vezes a modelos de heterorregulação cujas falhas podem ser aproveitadas pelos agentes que as preenchem com modelos de autorregulação. Ou, nos casos de desregulação pública, facilmente a autorregulação preenche o vazio criado por essa “saída de cena” do regulador público.

Relativamente à heterorregulação, a mesma sendo uma regulação pública pode assumir tradicionalmente duas formas: i) num regime de maior intervencionismo do Estado, geralmente encontramos Autoridades Administrativas que são também reguladores; ii) na fase do Estado regulador ou de garantia, passámos a ter autoridades especializadas, separadas das entidades administrativas gerais, detendo maior ou menos autonomia, podendo mesmo ser independentes.

Já aqui referimos o caso Português que, durante o Estado Novo, fez pulular organismos públicos cujo intuito era o protecionismo económico e o condicionamento das atividades económicas. Esses organismos públicos agiam diretamente nos sectores associados e condicionavam as regras e agentes do mercado. Este tipo de intervenção musculada por parte do Estado pode considerar-se desde um dirigismo económico até uma regulação musculada.

Recorde-se que esses organismos são a génese de posteriores institutos públicos que já detinham juridicamente um regime próprio com maior autonomia e que foram transformados nas autoridades reguladoras dotadas de autonomia. Esta é também a evolução que a visão de regulação económica veio refletindo.

⁷⁴⁰ Existem algumas vertentes que defendem que a autorregulação pressupõe a prossecução do interesse público. Tal pode decorrer do facto de grande parte da autorregulação, sobretudo a contratual, ter em vista serviços de interesse económico geral ou as *utilities*, sectores em que é fulcral a defesa do interesse público, no sentido de implementação de mecanismos de justiça. Contudo, atendendo às teorias que já aqui referimos, não é de descurar que a esta autorregulação possa prever interesses corporativos ou defesa do interesse de determinado grupo ou sector.

⁷⁴¹ Esta última expressão de Ariño Ortiz citado por Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris, 2017, p. 63.

Sem dúvida que o modelo americano de agências reguladoras dotadas de autonomia ou independência são um exemplo para a mudança da estrutura dos modelos regulatórios. Instrumentos de intervenção direta na atividade económica privada passou, ou a monopolização de serviços por parte do Estado foi paulatinamente sendo desmantelada, num processo de desintervenção do Estado⁷⁴².

Na heterorregulação temos sobretudo uma regulação unilateral, constituída por normas e injunções que compõem um corpo jurídico dotado de poder injuntivo, acompanhado de regime de fiscalização e sancionatório.

Mas, como referimos *supra*, pode existir uma regulação contratual que abrange não apenas a autorregulação mas também situações de heterorregulação.

De qualquer forma, os modelos de regulação que aqui referimos têm uma constituição díspar consoante o tipo de instrumentos e estrutura formal que se adote. Importa, pois, perceber quais os instrumentos que a regulação tem ao seu dispor.

3.3.2. Instrumentos de Regulação

Já fomos até agora referindo que a regulação se concretiza por meios diversos, sendo que devemos afunilar a análise a esses instrumentos que são utilizados para a regulação.

Contudo, alguns pontos devem já ser esclarecidos. Por um lado é certo que afirmámos que a fisionomia do modelo regulatório dependia da forma, hierarquização e mecanismos que fossem utilizados. Tal parece-nos, aliás, evidente. O modelo a ser utilizado de regulação pode sofrer variantes de acordo com a execução dos objetivos da regulação.

Mas, sobretudo se atentarmos à heterorregulação, os instrumentos que são utilizados pelo Estado não relevam para a definição do conceito de regulação que se manterá como medidas de condicionamento da atividade económica, independentemente de se concretizarem através de leis, regulamentos, atos, contratos ou meios judiciais⁷⁴³.

Já aqui referimos amiúde que a regulação se baseia num conjunto normativo, sendo que não pode confundir-se com regulamentação⁷⁴⁴. E é certo que esse conjunto de normas devem ter um objetivo definido de concretização.

Ora, relativamente a esse conjunto normativo, os instrumentos regulatórios podem, sobretudo numa lupa administrativista, revestir diversas roupagens. De facto, no que concerne aos traços gerais da regulação dos diferentes sectores de serviços de interesse geral, obrigações de serviço público ou um funcionamento de serviço universal, regras em matéria de segurança do abastecimento, fornecimento de eletricidade ou gás natural, acesso de terceiros a redes ou a regulação dos contratos dos operadores com os consumidores, assistimos nos países da União

⁷⁴² Não necessariamente uma desregulação porque estamos a falar de mecanismos que eram de intervenção direta do Estado, pelo que nesses casos, de acordo com vários autores, não estaríamos sequer no âmbito da regulação.

⁷⁴³ Neste sentido, Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 63.

⁷⁴⁴ Cfr. Victor Calvete, “As semelhanças e as diferenças: Regulação, Concorrência e *All That Jazz*”, *Julgar* n.º 9, 2009, p.84.

Europeia ao estabelecimento de regras por via de diretivas que têm vindo a ser fulcrais na modelação e uniformização da regulação nos Estados-Membros.

Uma vez que as diretivas devem ser adotadas pelos Estados⁷⁴⁵, a uniformização das normas que constituem a regulação de determinados sectores é uma realidade.

Mas para além das diretivas e atividade legislativa que possa existir, a regulação passa pela atividade administrativa confiada às entidades reguladoras ou órgãos pertencentes à administração pública⁷⁴⁶, bem como outros instrumentos administrativos ou contratuais. Falamos de atos administrativos, regulamentos mas também os contratos que podem ser de cariz meramente privado, sendo que nesta última situação encaramos uma das faces da autorregulação.

De facto, a regulação é executada muitas vezes por via de mera ação administrativa, que concretiza políticas e programas definidos pela lei. E tal execução pode ser feita, ora por via de atos de entidades da administração pública direta ou então das autoridades reguladoras dotadas de autonomia ou independência. Não deixam, contudo, de ser uma execução do “modelo” definido legislativamente.

Temos, pois, instrumentos jurídicos que sempre foram utilizados pelas entidades administrativas, sendo considerados instrumentos mais duros e incisivos mas também mais tradicionais, tal como o regulamento administrativo, atos administrativos ou contratos.

Há, no entanto, uma série de instrumentos mais leves que se caracterizam por ser menos injuntivos e do seu incumprimento não resulta uma sanção, tais como recomendações ou diretrizes emanadas pelas entidades reguladoras.

Aliás, esta *soft law* foi entendida pela União Europeia como facilitadora da implementação de uma política única de regulação, mormente em áreas onde a União não tem propriamente um poder injuntivo, tais como a política fiscal ou política de emprego.

Mas a implementação de instrumentos de *soft law* tem também sido incentivada ao nível nacional, pelo que não raro encontramos como instrumentos administrativos regulatórios recomendações ou diretivas não vinculativas.

A questão em torno deste tipo de orientações é que as mesmas podem não deter a força normativa necessária para impor o regime de regulação desejado. Uma vez que não detém o elemento sancionatório, a *soft law* não parece deter força suficiente para a imposição de determinados comportamentos.

Parece, contudo, que esta análise se esquece que a própria boa-fé é uma fonte de obrigações jurídicas e, por isso, assumir que se segue determinada recomendação ou diretriz não deixa de ser a assunção do dever de agir de acordo com o princípio da boa-fé, nomeadamente, nas relações da Administração Pública e particulares⁷⁴⁷.

Na utilização de instrumentos jurídicos de *hard law* reconhece-se que a é a Lei que se impõe, como instrumentos impositivos de comportamentos ou corretor, enquanto que com

⁷⁴⁵ Veja-se, por exemplo a norma constitucional portuguesa, artigo 8º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, que acolhe o princípio do primado.

⁷⁴⁶ Consoante a forma que se adote de heterorregulação.

⁷⁴⁷ Neste sentido, veja-se Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 343 e ss.

instrumentos de *soft law* são utilizados instrumentos transformadores, cujos destinatários aderem por vontade própria, sendo que com essa atitude, transformam voluntariamente os seus comportamentos.

Contudo, há aqui que referir, novamente, o seguinte: apesar da regulação poder ser entendida como um instrumento jurídico administrativo, sendo por isso muitas vezes assimilada ao regulamento, essa é uma visão meramente formal. Nessa visão, a regulação seria apenas a aprovação e promulgação de normas jurídicas e, em caso de incumprimento, a aplicação de sanções.

Numa conceção material, a regulação para além da elaboração e aprovação de normas jurídicas, utiliza outros mecanismos ou instrumentos jurídicos de forma a intervir na atividade económica, mormente contratos, licenças, autorizações, cedência de direitos exclusivos. Bem como utiliza também instrumentos económicos.

Ora, se atendermos a um conceito de regulação mais amplo, então coloca-se a questão de podemos incluir ações diretas do Estado como instrumentos de prossecução duma política regulatória. Falamos concretamente da privatização e da nacionalização, sendo que em ambos os casos estamos perante instrumentos legislativos em que o Estado interfere diretamente na atividade económica.

E, de facto, não pode descurar-se que um dos mecanismos utilizados com vista a dismantelar monopólios estaduais foi exatamente a figura da privatização. Bem como a nacionalização acaba por ser uma figura utilizada quando se trata da defesa do interesse público.

Estamos, pois, perante situações de política económica, de tomada de decisão sobre um liberalismo económico ou uma detenção pública de meios de produção. Por isso mesmo, estas duas figuras jurídicas, não costumam ser consideradas num conceito de regulação jurídica da economia.

Mas são instrumentos de intervenção pública na economia. São instrumentos de intervenção do Estado na atividade económica, podendo, por isso, serem utilizados pontualmente como instrumentos económicos na prossecução de determinados objetivos económicos. Objetivos esses que podem coincidir com os do modelo regulatório escolhido.

Não podemos, pois, descartar a nacionalização e a privatização dos instrumentos económicos que podem ser utilizados para objetivos regulatórios. Por isso mesmo defendemos atrás que mais do que um conceito de regulação há que atentar aos objetivos dos modelos regulatórios para não os confundir com políticas económicas ou modelos económicos da sociedade, tais como o dirigismo ou total liberalismo⁷⁴⁸.

No que concerne às técnicas de regulação, são geralmente apontadas as técnicas de *comand and control*, incentivos e penalizações, recomendações, consenso, comunicações.

As técnicas de comando e controlo são as mais tradicionais. São regras jurídicas que proíbem ou impõem determinado tipo de condutas e, em caso de incumprimento das mesmas, estipulam sanções para quem as viola⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Aliás, um regime totalmente liberal na economia seria sempre avesso a qualquer tipo de regulação!

⁷⁴⁹ Cfr. Vital Moreira, "Provas de Agregação – Programa da disciplina de "Direito Público da Regulação", Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 59 e ss.

Quando são utilizadas técnicas de incentivos e penalizações, já se ativam instrumentos de natureza económica, tais como subsídios e taxas. Nestes casos os subsídios ou incentivos são alocados à adequação de comportamentos a objetivos socialmente desejáveis. As taxas são utilizadas como penalizações, em que o comportamento apenas é permitido em caso de pagamento de determinada taxa. É um mecanismo de controlo ou limitação para determinados comportamentos que sejam socialmente indesejáveis.

As recomendações já são *soft law*, ou seja não são acompanhadas de punição pelo não incumprimento e são de adesão voluntária por parte dos regulados. Uma forma de lhes atribuir maior eficácia é a sua conjugação com a publicitação ou exposição pública dos que não cumprirem, passando a ser uma ferramenta bem mais eficaz e com menor custo de regulação.

A técnica associada ao consenso não passa da ideia de contrato, ou seja, a cooperação entre entidades que ficam vinculadas por via deste instrumento jurídico. É um mecanismo de autorregulação em que as entidades auto modificam o seu comportamento e vinculam-se a ações mais condicentes com fins socialmente desejáveis.

A comunicação é uma técnica ainda mais leve, não sendo vinculativa, apenas orientadora. São regras de cumprimento voluntário, que se processam por via de publicação de orientações, interpretações oficiosas, etc..

Existe ainda outra técnica que geralmente é apontada que tem a ver com o próprio desenho do modelo regulatório que conduz, por exemplo, ao desincentivo de determinados comportamentos, que implica a presença de características do produto ou serviço, ou exige comportamentos dos agentes envolvidos⁷⁵⁰.

Relativamente aos instrumentos da regulação, já aqui foram sendo referidos vários. Mas chega agora a altura de fazermos um ponto de situação.

Assim, em sentido amplo, a regulação pública começa sempre com a decisão política de submeter determinada atividade económica à regulação. Esta decisão política define, em regra, a autoridade reguladora e os princípios básicos do regime regulatório, bem como os instrumentos que são postos à disposição da autoridade reguladora.

Existe, pois uma “fileira regulatória”, aplicável à regulação administrativa, que tem três etapas⁷⁵¹: i) elaboração e emissão de normas de atuação ou *rule making* ou *rule setting* que consubstancia a ideia de regulação em sentido estrito; ii) aplicação e supervisão de aplicação de normas ou *rule implementation* e *rule supervision*; iii) aplicação de sanções pelo incumprimento de normas ou *rule enforcement*.

Ora, os poderes da administração regulatória não se diferenciam dos poderes da administração pública geral⁷⁵². Contudo, a administração regulatória tem maior poder discricionário, seja ao nível regulamentar, de fiscalização ou sancionatório, bem como têm a particularidade de existir

⁷⁵⁰ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 59 e ss

⁷⁵¹ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 59 e ss. e, no mesmo sentido, Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 63 e ss..

⁷⁵² Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 59 e ss. e, no mesmo sentido, Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 63 e ss..

uma concentração de poderes executivos e sancionatórios na mesma entidade que é a entidade reguladora.

Relativamente às etapas da fileira regulatória há que relevar de cada uma delas as características essenciais.

A primeira etapa da regulação consiste no estabelecimento de regras ou *rule setting* para que se crie um padrão de conduta para os operadores económicos e reguladores também. As normas regulatórias podem ser, desde logo, estabelecidas pela Constituição ou legislador ordinário, podendo também ser a própria administração pública ou autoridades reguladoras, por via de regulamentos ou delegação de competências.

Numa perspetiva mais leve, a regulação pode limitar-se a fazer observar princípios, indicar objetivos e orientações, deixando aos regulados liberdade de escolha dos meios para alcançar os objetivos⁷⁵³.

No caso da autorregulação, as normas são estabelecidas pelos próprios regulados, geralmente através das entidades ou organizações dotadas de poderes, como por exemplo as ordens profissionais. Esses organismos emanam regulamentos e códigos deontológicos, por exemplo, com vista a impor normas de funcionamento da atividade.

Fora de análise aqui ficam os instrumentos privados utilizados na autorregulação que têm como base a autonomia privada e já não instrumentos públicos.

Conforme refere Vital Moreira⁷⁵⁴, *“tal como todas as demais normas do poder público, as normas de conduta regulatória podem ser de natureza impositiva, proibitiva ou permissiva, conforme imponham, proíbam ou autorizem comportamentos.”*

Mas podem ser vinculativas ou facultativas, sendo que aqui já referimos a relevância que a *soft law* tem neste domínio.

No que concerne à aplicação e supervisão do cumprimento das normas, a mesma cabe às autoridades reguladoras ou entidades públicas com tal função.

No caso dos reguladores, a aplicação de normas pode implicar a emissão de licenças ou permissões administrativas, recomendações ou injunções individuais ou coletivas.

No que concerne à fiscalização, essa vigilância cabe também às autoridades reguladoras, quer no que respeita aos deveres de informação aos regulados que são, cada vez mais, de enorme relevância.

As normas devem ser efetivamente aplicadas e por isso as autoridades reguladoras podem i) dar incentivos a quem cumpre; ii) punir quem não cumpre. Ou seja, a aplicação efetiva das normas regulatórias associa-se ao regime sancionatório e esse regime pode ser mais ou menos pesado.

⁷⁵³ Conforme refere Vital Moreira, em Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, esta distinção, originalmente efetuada por Baldwin, Cave e Lodge, assemelha-se a uma ideia de *principles-based regulation*, ou seja, estabelecimento não de regras base ou padrões de conduta mas antes o estabelecimento de princípios base que regem a regulação.

⁷⁵⁴ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 59 e ss. e, no mesmo sentido, Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 63 e ss.

Assim, as sanções podem ir da advertência à privação de direitos ou vantagens, a suspensão ou perda de licenças ou autorizações, multa, sanção pecuniária compulsória e até sanções penais cuja aplicação apenas cabe aos tribunais.

Como já referimos, podem existir sanções que consistem apenas na exposição pública do comportamento dos incumpridores.

Geralmente as autoridades reguladoras têm o poder discricionário de escolher e impor graus das sanções aplicadas, sempre balizado pelo princípio da proporcionalidade.

As autoridades reguladoras podem excecionalmente ter competência para resolução de conflitos entre regulados ou a apreciação de queixas dos consumidores contra os operadores regulados. Contudo, tal faz sentido nas questões de litígios entre operadores ou entre estes e os consumidores caso a base do conflito seja um incumprimento de obrigação regulatória por parte dos regulados. Nas restantes situações podemos encontrar problemas de incompatibilidades.

Pode ainda caber às autoridades reguladoras funções complementares, sem natureza regulatória mas instrumentais à função regulatória.

Importa agora referir que, numa visão mais ampla de regulação, encontramos instrumentos económicos valiosos para a correção do funcionamento do mercado.

Já aqui referimos os modelos de intervenção ou resolução de falhas de mercado que podemos sumariar da seguinte forma:

Falha de mercado	Resolução/ Intervenção
Monopólio	- Definição de leis anti <i>trust</i> - Nacionalização/ privatização de monopólios - Criação de condições de contestabilidade - Regulação (desmantelamento de monopólios naturais, incentivos, financiamento ou estabelecimento de deveres dos operadores, fixação administrativa de preços, etc..)
Oligopólio	Com as devidas adaptações, os mesmos mecanismos utilizados no monopólio
Concorrência Monopolística	Informação correta e transparente para evitar publicidade enganosa.
Assimetrias de informação	- Sinalização: informação credível e gratuita (seleção adversa) - Regras de fiscalização e supervisão (risco moral)
Externalidades	- Soluções públicas de modelo pigouviano (tributos) - Soluções privatísticas de modelo coaseano (solução negociada) - Criação de mercado para externalidades - Regulação (condicionamento da forma como é exercida a atividade,

	proibição de atividades, condicionalismos à produção
Bens públicos	• Produção pública • Parcerias público-privadas
Recursos Comuns	• Modelos coaseanos • Entrega do recurso a privados • Soluções de impostos pigouvianos (utilizador Pagador) • Quotas
Bens Semipúblicos ou bem público impuro	• Intervenção direta ou produção direta do Estado • Taxas moderadoras, preços de congestão • Privatização

No caso da prossecução de motivações de justiça social também já aqui referimos os meios de intervenção que o Estado tem:

Prossecução da Justiça Social	Resolução/ intervenção
Correção de resultados do mercado (indesejados a nível social)	• Serviços públicos/ interesse público • Serviços de interesse económico geral • Serviço universal • Serviços mínimos • Controlo administrativo de preços

Façamos agora referência em particular à fixação administrativa de preços, um instrumento que é muito utilizado nas falhas de mercado onde falha a atomicidade. Isto porque nesses casos estamos perante um agente ou um grupo de agentes que são *price maker*.

Também nesses casos temos agentes que se encontram em situação de lucro extraordinário, pelo que o preço praticado é acima do preço equilíbrio do mercado caso não existisse esse poder.

Assim, o que sucede é que estando o preço acima do preço de equilíbrio ou acima do custo marginal, então temos perdas absolutas de bem-estar. O facto de existirem preços acima do desejável leva a que a quantidade procurada reduza, logo existem franjas de consumidores que não conseguem aceder ao bem.

O mecanismo que é muitas vezes utilizado é a fixação de preços máximos que o monopolista está autorizado a cobrar. Ora, esta premissa é relevante sobretudo nos monopólios naturais em que, aparentemente, nada se ganha em desmantelá-los.

De facto, no caso dos monopólios naturais o que se pretende com a estipulação de um preço máximo é garantir que o monopolista não avance para níveis de preço de tal forma elevados que belisque o bem-estar socialmente aceitável.

No caso dos monopólios naturais sucede agora algo interessante. Alguns serviços coletivos, se separadas as redes de distribuição, passaram a ser domínios de produção concorrencial. As redes de distribuição, essas sim, mantêm-se como potencial monopólio natural. Pense-se na rede

elétrica, rede telefónica fixa ou a rede ferroviária, por exemplo que são infraestruturas de rede já existentes e cuja exploração é evidentemente mais vantajosa para quem a detém.

Contudo, os serviços já foram abertos à concorrência, permitindo-se o acesso partilhado das redes existentes. Contudo, surge aqui uma outra questão mesmo relativamente aos serviços que tem a ver com preocupações de justiça social, mormente o acesso ao serviço e a preços que as pessoas possam pagar.

Aqui entram os instrumentos de cariz social, tais como a obrigatoriedade dum serviço universal e o eventual estabelecimento de tarifas – preço do serviço – com preços controlados para populações com dificuldades financeiras.

Com a abertura à concorrência dos serviços, mais concretamente das *utilities*, passam a estar privados a prestar um serviço essencial, ficando coartados, enquanto agentes económicos, de exercer a atividade de acordo com as regras de mercado. Isto porque, se tiverem obrigações de serviço universal, ou tarifas ou preços controlados, então existe uma franja da prestação de serviços em que os custos são superiores ao preço⁷⁵⁵.

É por este motivo que muitas vezes o Estado se vê obrigado a compensar os privados pelas obrigações que lhe impõe, nomeadamente no que concerne ao serviço universal.

Ora, estes factores são determinantes para a modelação da regulação a aplicar em determinados mercados.

Fernando Araújo⁷⁵⁶ chama a atenção para o caso do mercado local de telecomunicações, cuja abertura à concorrência fez pulular algumas redes abertas, sendo que se deu o fenómeno de externalidades de rede. Contudo, essas externalidades de rede beneficiaram os operadores históricos, com custos médios bem menores e por isso com possibilidade de criarem uma espécie de entrave à competitividade.

Um desses entraves é um racionamento de acesso⁷⁵⁷ que requer uma intervenção regulatória com medidas que impeçam essa discriminação no acesso.

Também pode regular-se as condições de acesso e retalho das telecomunicações e uma das formas é precisamente através de preços que assegurem volumes adequados de tráfego livre e incentivem a investimentos e utilização sustentáveis.

Como propostas de preços para esse acesso unilateral à rede de telecomunicações, podemos encontrar⁷⁵⁸:

- a) *Efficient Component Pricing Rule*, que é basicamente imposto pelo operador histórico e incorpora os custos médios, os custos marginais de admissão de novos concorrentes e custos de oportunidade pela perda de volume de tráfego a favor desses concorrentes. É certo que estes preços normalmente são ainda inflacionados de forma a assegurar uma margem.

⁷⁵⁵ Este é um dos maiores problemas da regulação, pois as intervenções do Estado sobretudo quando estão em causa motivações de justiça social, levam a que as medidas sejam descompensadoras do mecanismo do mercado. Logo, os prestadores de serviços têm uma obrigação, imposta por poder de autoridade, que faz aumentar o seu custo sem que com isso exista um mecanismo no mercado de compensação. Veremos mais adiante esta questão quando abordarmos os problemas da regulação.

⁷⁵⁶ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 353 e ss.

⁷⁵⁷ Conjugado com uma captura de renda por parte do monopolista

⁷⁵⁸ Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 354 e ss.

- b) Tarifas de acesso calculadas com base nos custos, sendo esta técnica de difícil percepção por os custos de todos os agentes serem necessariamente dissimilares. O operador histórico tem, aqui, uma vantagem que faz baixar substancialmente a média dos custos dos operadores.
- c) Estabelecimento de preços máximos para o acesso e para o retalho para afastar possíveis preços predatórios do operador histórico e facilitar entradas e saídas do mercado.
- d) Desregulação dos preços de retalho e regulação apenas dos preços de acesso o que significa uma regulação do acesso.

A fixação administrativa de preços acarreta algumas dificuldades, sendo o maior deles a fixação de um preço que esteja perto do preço eficiente, a rondar o custo marginal. Contudo, essa fixação tem em conta uma eficiência paretiana de maximização de recursos, podendo contrariar o próprio interesse público.

Ora, mas independentemente da metodologia que se possa adotar para condicionar os preços, há que atentar qual o preço alvo que se pretende para o mercado regulado.

A Teoria Económica, neste caso, aponta para um preço eficiente aquele que corresponde ao custo marginal, ou seja, o custo de produzir mais uma unidade. Este é o preço para que tende o mercado em concorrência perfeita, estando, por isso, assegurado o máximo bem-estar possível⁷⁵⁹. A ideia será ou colocar o preço ao nível do custo marginal ou então ao nível do custo médio.

No caso específico dos monopólios naturais, sabemos que a curva de custos médios tendencialmente é indefinidamente descendente, o que quer dizer que os custos marginais podem estar constantemente abaixo dos custos médios⁷⁶⁰. Isto significa que a fixação do preço máximo ao nível do custo marginal pode indicar que o monopolista vende abaixo dos seus custos médios, logo terá prejuízos permanentes.

O que sucede é que se o monopolista for privado, essa fixação de preços conduz à falência. Por esse motivo muitas vezes o Estado opta por subsidiar o monopolista privado ou público, à custa de impostos com perdas de bem-estar associadas.

Outro fenómeno associado será a falta de incentivo para contenção de custos e maximização de proveitos, porque já existe a certeza de que o Estado irá “socorrer” o monopolista.

Em alternativa, o Estado pode optar por ajustar as tarifas em função do volume de consumo, da empresa ou particulares, fixar uma parte da tarifa aos custos fixos e uma parte variável em

⁷⁵⁹ Conforme refere Marco Capitão Ferreira, em *“Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”*, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 232 e ss.. *“É para esse custo marginal que tende o mercado em concorrência perfeita. E o regulador, recorde-se, pretende substituir-se às forças de mercado na prossecução desse equilíbrio maximizador do bem-estar social. Na prática a questão raramente se coloca de forma tão linear.”*, recordando ainda a doutrina de David Friedman, em *“Law’s Orders – What Economics has to do with law and why it matters”*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 258 *“The theoretical rule – set price equal to marginal cost and find the money somewhere to cover the differential between that and average cost – is straightforward. The practical application is not.”*.

⁷⁶⁰ Isto em contraposição à usual curva em U dos custos médios. Cfr. Fernando Araújo, *“Introdução à Economia”*, 3ª Edição, Almedina, 2018, Gráfico 9.4. p. 325.

função do consumo, ou seja, a geometria da tarifa pode variar para ajustar o preço ao custo médio. Mas aqui manter-se-ia uma perda de eficiência na mesma (*deadweight loss*).

De qualquer forma o que se assiste na questão da fixação administrativa de preços sobretudo no monopólio é que se permite que o mesmo esteja acima do nível dos custos, com vista a permitir ao monopolista pelo menos o lucro normal e garantir que não se oneram outros sectores com impostos com vista a financiar os monopolistas naturais pelas “perdas” na fixação de preços abaixo do custo médio.

Porém, a fixação do preço no custo médio faz com que se “percam” os agentes que poderiam suportar o custo marginal mas já não o custo médio, existindo também uma perda de bem-estar.

Vejamos em maior pormenor algumas técnicas para a fixação administrativa de preços, que passam por preços lineares e não lineares⁷⁶¹.

Quando o monopolista produz vários produtos, pode optar-se por *Ramsey prices* em que os preços devem aproximar-se dos custos médios no caso dos produtos com procura inelástica e aproveitar essa inelasticidade para cobrir parte dos custos fixos dos produtos em que a procura é elástica, que reage desproporcionalmente em relação à alteração de preço.

Com esta atitude reduz-se as perdas de bem-estar mas não as elimina, bem como esta solução não pode aplicar-se a situações em que ou o monopolista não tem mais do que um serviço ou produto ou então existe um monopsónio.

Os preços não lineares, ou seja, compostos por duas ou mais partes passam a ganhar peso face à ineficiência da fixação de preços por critérios lineares.

E os critérios não lineares são de geometria muito variável. Desde a composição de uma parte fixa correspondente aos custos médios deduzidos dos custos marginais e uma parte variável de custos marginais, ou a transferência duma parte de custos fixos para a componente variável de forma a reduzir as perdas de bem-estar.

Acresce ainda que podem ser introduzidas neste tipo de tarifas elementos de discriminação de preço entre consumidores em função da quantidade ou tipo de utilização, por exemplo. Pode aqui introduzir-se mecanismos de redistribuição e de maximização de bem-estar social.

Este tipo de soluções não elevam o bem-estar ao seu nível máximo mas atenuam alguma perda de bem-estar, sendo pois uma solução de *second best*.

De facto, um dos maiores desafios da regulação e adequação de instrumentos regulatórios é no caso das indústrias de rede que, por um lado podem potenciar a eficiência produtiva por abertura do acesso a mais operadores mas que potencia a existência de monopólios naturais relativamente aos operadores históricos.

Mas a regulação dos preços é uma ferramenta extremamente complexa, sendo por isso muito estudada. O impacto que pode ter no nível de bem-estar social é de facto relevante mas também é um instrumento que, por ser complexo absorve bastantes recursos ao regulador, sendo um instrumento com custo associado bastante elevado⁷⁶².

⁷⁶¹ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 236 e ss..

⁷⁶² Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 231 e ss..

O regulador pode optar por vários modelos de fixação de preço sendo que já aqui referimos os dois mais relevantes: 1) *Rate of Return Regulation*; 2) *Price Cap*.

A *Rate of Return Regulation* (adiante RRR), prevê que a entidade reguladora autoriza preços que permitam, atendendo ao consumo expectável do bem ou serviço, proveitos suficientes para cobrir despesas da entidade regulada, amortizações dos seus ativos e remuneração do capital.

Neste caso, a fixação da RRR não pode ser tão baixa que desincentive o agente nem tão elevada que penalize os consumidores. Mas esta limitação de preço leva a uma limitação da própria ação da atividade económica, é uma limitação à gestão da empresa.

Mais, para fixar este tipo de preços, o regulador baseia-se numa série de dados que a própria empresa fornece o que gera, desde logo, um potencial problema de assimetria de informação.

Acresce que existem diversos pontos que potencial discórdia: desde o nível de investimento de capital à determinação dos proveitos autorizados ou que tipo de despesas e custos operacionais são aceites.

O *Price Cap Regulation* surge posteriormente ao RRR muito devido às falhas do modelo. Este modelo de regulação analisa os preços de um dado ano e o regulador estatui que os mesmos não poderão nos anos seguintes crescer mais do que o valor da inflação (Índice dos preços do consumidor).

Não deixa, contudo de se levantar questões relativamente a este sistema, pois estarão sempre presentes assimetrias informativas relativamente à formação do preço inicial, bem como podem ser desconsideradas algumas ineficiências que a regulação deveria abranger e corrigir.

Em ambos os modelos devem, pois, ser adotadas ferramentas contabilísticas, regras fixas e uniformes que permitam a verificação do cumprimento das determinações em matéria de preços. Essas são, elas próprias, também regras de regulação dirigidas à uniformização de parâmetros para avaliação de cumprimento.

Por outro lado, conforme bem assinala Marco Capitão Ferreira⁷⁶³, também é muito importante atentar aos valores do “último ano” com que se trabalha, pois existem: “*Qualquer variação na estrutura de custos por factores internos à empresa (evolução tecnológica, variação da massa salarial) ou em factores endógenos (taxa de juro ou inflação) pode levar a que o preço autorizado se revele:*

a) excedentário (se houve redução de custos ou aumento de receitas não considerados) sancionando o regulador a cobrança de preços abusivos (aquilo que é suposto evitar) ou;

b) deficitário, forçando o monopolista a incorrer em dívidas para equilibrar as contas, com repercussões na eficiência futura (outro dos valores que o regulador deve defender)”.

No que concerne a instrumentos económicos de regulação, de facto a regulação de preços assume um importante destaque. Contudo, o controlo pode ser feito através de limitações de produção. É o que pode acontecer, por exemplo, em sectores ambientalmente onerosos.

Sendo certo que o nível de produção irá sempre interferir no preço, tal não quer dizer que uma limitação de produção tenha de estar diretamente relacionada com uma limitação de preço.

⁷⁶³ Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 258 e ss..

A limitação de produção pode ter um teto máximo ou, no caso por exemplo das *utilities*, o monopolista pode ser obrigado a acolher toda a procura existente, independentemente do seu nível ótimo de produção. Neste último caso, o regulador força o produtor a produzir à escala de eficiência máxima possível.

Não podemos, ainda, descurar a importância da liberalização de mercados com imposição de regras de acesso. Ou seja, um dos maiores movimentos de regulação que a Europa assistiu foi ao desmantelamento inicial de monopólios naturais. De facto, grande parte desses monopólios eram do Estado, pelo que a primeira grande modificação foi uma onda de privatizações desses monopólios, mantendo-se, em alguns casos, na posse pública posições estratégicas ou a utilização de mecanismos como as *golden shares*, em que o Estado detinha uma posição decisiva na decisão da vida da empresa.

A União Europeia, numa senda de maior transparência e concorrência no mercado, para além de ter exigido o *términus* desse tipo de medidas que subjugavam empresas privatizadas a decisões estratégicas do Governo, procurou liberalizar ainda mais os mercados impondo exigências de maior acesso dos operadores ao mercado.

O caso das empresas de *utilities* é paradigmático, tendo-se assistido a uma divisão entre a exploração da rede e a exploração do serviço, liberalizando-se totalmente o mercado dos serviços e exigindo-se direitos de acesso à rede perante os detentores históricos.

Mas a regulação que controla o número de produtores admitidos tem mais vertentes. No caso dos monopólios naturais, o papel do regulador é sobretudo de retirar proibições ou direitos exclusivos para que haja, pelo menos o efeito de contestação do mercado.

Contudo, perante casos de externalidades negativas, podemos ter exatamente o inverso, com uma limitação de empresas no mercado, por via de licenças, alvarás ou outro tipo de autorização da atividade.

No caso de obrigações de serviço universal, por exemplo, o regulador impede o operador de ir do mercado ou da parte do mercado que é menos lucrativa.

É certo que, não se descartaram regras sobre características e qualidades dos agentes que poderiam ingressar no mercado mas tal também se conecta com a necessidade de garantias de qualidade e segurança na prestação do serviço ou produção do produto.

Se a regulação envolver mercados que não são monopólios naturais cabe ao regulador promover a entrada no mercado de novos agentes sem, contudo, verificar a sua capacidade técnica e financeira, nomeadamente por via dum processo de licenciamento⁷⁶⁴.

A entidade reguladora pode ainda intervir relativamente à qualidade e fiabilidade dos serviços e produtos, bem como a existência duma normalização técnica e normas de segurança.

⁷⁶⁴ Estamos, neste caso perante a chamada *regulação assimétrica* porque se torna favorável aos novos operadores, sendo que, na perspetiva global do mercado, este favorecimento destina-se a compensar a vantagem subjetiva que o operador histórico tem. Não se pode é permitir que os novos agentes apenas fiquem com as margens mais atrativas do mercado, deixando o remanescente para o operador que tem obrigações como, por exemplo, serviço universal. Cfr. Marco Capitão Ferreira, em “Estado e Economia – Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res pública?”, <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014, P. 263 e ss..

Aliás, não raro podemos encontrar legislação que impõe regras sobre características, segurança e qualidade dos produtos. Este campo foi, aliás, um dos primeiros numa regulação multinível europeu. O caso das regras impostas relativamente ao fabrico e características de brinquedos, por exemplo, é paradigmático.

A Regulação passou a fazer parte do cotidiano de todos, mesmo quando uma criança brinca num carrossel!

3.4. Problemas da Regulação

Um dos fundamentos da regulação é a correção de falhas de mercado. Mas a análise das teorias da regulação demonstrou-nos que podem existir mais fundamentos para a criação de regras regulatórias.

É sobretudo no âmbito da teoria dos interesses privados que se abordam outras vertentes da regulação que prevalecem sobre o interesse público. Sobre tudo nos estudos desenvolvidos pela corrente da *Public Choice*, podemos encontrar fenómenos, problemáticas que sucedem pela existência de regulação.

O caso da captura regulatória, ou mesmo o facto de a regulação poder ser encarada como um “produto” do mercado da decisão, leva a que, por si só, existam falhas de eficiência da regulação.

Essas falhas de regulação levaram a um movimento que se inicia nos Estados Unidos da América na década de setenta o século XX, que é a desregulação que mais tarde deu lugar a um movimento de reforma da regulação, *smarter regulation* nos Estados Unidos e *better regulation* em Inglaterra. Enquanto que a desregulação pretendia ultrapassar as falhas da regulação retirando peso desta, os movimentos seguintes pretendiam sobretudo trabalhar melhor a regulação com vista a que os instrumentos regulatórios fossem menos intrusivos.

A falha de regulação surge quando a regulação, em vez de ser sinónimo de eficiência e de bem-estar, acaba por criar mais ineficiências do que numa situação de mercado concorrencial, sem intervenção regulatória.

Estas situações podem acontecer por “ignorância” do regulador que não compreende completamente as consequências das normas regulatórias que impõe. Ou são situações em que a regulação seria desnecessária, ora porque não há falha de mercado ou porque a justificação para a regulação não é correta.

Quando há situações de excesso, falta de regulação ou a mesma é desajustada, existem, então, falhas de regulação. As falhas poderiam ser evitadas, em algumas situações, *ab initio*. Contudo, algumas falhas de regulação apenas são detetáveis quando o mercado amadurece, os procedimentos se implementam e se verifica que aquela regulação provoca constrangimentos ao invés de cumprir a sua função.

A intervenção do estado na economia por via da regulação tem vindo ao longo do tempo a provocar uma série de novos problemas relacionados com a intervenção em si mesma e a potencial diminuição de concorrência ou onde existem alguns constrangimentos de funcionamento do mercado.

De facto, certas medidas acabam por provocar um efeito contrário ao desejável, podendo, no máximo, provocar uma situação de distorção dos preços ou menor qualidade do serviço. O maior paradoxo é quando é a própria regulação que se torna um obstáculo ao bem-estar económico e social, afetando consumidores e produtores.

A teoria dos interesses privados iniciou um estudo sobre a possibilidade de a regulação beneficiar interesses que não o público, promovendo antes interesses de empresas privadas, de políticos, de *lobbies* laborais, sectoriais, etc.. Neste aspeto, a regulação poderia criar mais obstáculos do que propriamente benefícios.

A captura do regulador é, contudo, apenas um dos exemplos de falha de regulação, que ombreiam como a criação de restrições desnecessárias e a existência de assimetrias de informação.

A criação de restrições ao funcionamento do mercado pode passar, por exemplo, por estabelecimento de requisitos desproporcionados que são impostos para o exercício duma atividade, como por exemplo uma licença ou autorização.

Este tipo de medidas funciona como uma barreira à entrada que beneficia os operadores já instalados. Contudo, este efeito, que até pode parecer contra um mercado competitivo, pode não configurar uma verdadeira falha de regulação mas antes apenas um custo associado à implementação da medida.

A falha de regulação só acontece na medida que gere ineficiências injustificadas, sem que tenha qualquer fundamento e não contribua para o aumento do bem-estar geral.

O caso paradigmático é a obrigação de serviço universal que, em termos de eficiência de mercado desequilibra o mecanismo concorrencial mas beneficia alguns dos consumidores nem que seja por um determinado período. Por outro lado, outro grupo de consumidores será prejudicado com maior peso da prestação.

Ora, neste caso, estamos perante uma intervenção por via de regulação em que se pretende dar acesso aos consumidores com menores condições para adquirir serviços ou bens daquele mercado. Ora, esse é um fundamento de justiça social pelo que não se pode considerar uma verdadeira falha de regulação uma vez que o intuito era exatamente criar essas condições aos consumidores que, num mercado concorrencial puro, estariam fora do mercado.

Por outro lado, podem ser criadas barreiras atendendo às características solicitadas aos agentes que, para entrarem no mercado devem preencher requisitos técnicos ou outros de difícil concretização e que fazem aumentar o custo do agente que, necessariamente, afetará o preço do consumidor. Este tipo de medidas é desencorajador para a entrada no mercado de novos agentes, criando-se barreiras de entrada que podem ou não ser artificiais.

Estas medidas beneficiam os agentes históricos que vão manter confortavelmente e incontestada a sua posição de mercado. Neste particular, não há benefício para o consumidor porque o mercado mantém-se no exato ponto que estava, mantendo-se o agente histórico.

De relevar que aqui a falha que se considera é que esta regulação não se funda no aumento geral do bem-estar mas antes num outro qualquer argumento que, provavelmente, se encaixa numa teoria de interesses privados.

A regulação pode contribuir para que a coexistência dum mercado regulado e de um mercado livre torne mais atrativo para os consumidores o primeiro. O caso da eletricidade é um exemplo:

a coexistência de um mercado livre e de outro mercado regulado provocou uma maior amplitude de escolha ao consumidor, sendo o mercado regulado não poucas vezes mais benéfico⁷⁶⁵.

O facto de existirem, por exemplo, tarifas controladas, é geralmente associado a uma medida regulatória para proteger um determinado grupo de consumidores. Mas os motivos para essa proteção de grupos de consumidores devem ser fundamentados, sob pena de não se justificar uma distorção do mecanismo do mercado concorrencial.

Entre nós podemos dar o exemplo do mercado de eletricidade e de gás natural cujas tarifas reguladas foram extintas pelo Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho, cuja desregulação foi exigida no âmbito do Memorando de Entendimento celebrado entre a República Portuguesa, o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, no âmbito do programa de auxílio financeiro a Portugal e as Diretivas Europeias sobre a matéria.

Tal desregulação deve-se sobretudo ao facto de o mercado estar suficientemente maduro e com liquidez que justificava retirar medidas de proteção a determinados grupos de consumidores, onerando-se desproporcionalmente os demais para cobrir os custos inerentes, mantendo-se, contudo, a proteção aos mais vulneráveis com a manutenção duma tarifa regulada para quem detém menores rendimentos e consumos.

Outro exemplo de falhas de regulação é, como já referimos, situações de assimetrias de informação. Basta recordar o que aqui foi dito relativamente aos instrumentos de regulação, mormente a fixação administrativa de preços.

Ora, o mercado é sobretudo bem compreendido por aqueles que o compõem, relevando neste caso os produtores que detêm informação mais bem coligida e trabalhada. Quando o regulador se permite a imiscuir-se no mercado, tem de o fazer com a informação que lhe é fornecida pelos agentes.

É o caso da fixação administrativa de preços que exige, nos seus vários modelos, que os regulados forneçam detalhes sobre a sua atividade para que o regulador possa calibrar os preços de acordo com os seus objetivos.

Contudo, existe um risco de os operadores não fornecerem a informação devida ou só o façam de acordo com padrões de interesse próprio ou de *lobbies* de produtores. A manipulação de informação no caso de regulação de preços é particularmente desviante uma vez que leva a uma falha da implementação da política regulatória. Isto porque o modelo regulatório pode ter sido desenhado atendendo a premissas inválidas o que desvirtua, *ab initio* todo o processo regulatório.

Assim, o processo regulatório deve, ele mesmo, ser o mais fundamentado e transparente possível para que não seja posta em causa a própria regulação, provocando, por exemplo, o desincentivo dos agentes ou a implementação errada das medidas com consequências para o funcionamento do mercado.

Outro problema associado à regulação são os seus custos. Quando o regulador impõe patamares de fiabilidade e qualidade dos serviços e dos produtos, muitas vezes acompanhados de normas técnicas de elevada especificação, o cumprimento dessas regras, para além de significar uma

⁷⁶⁵ Sem descurar que as regras do mercado regulado pode prever uma espécie de vinculação por tempo determinado àquele mercado.

barreira do mercado – acesso ou de manutenção no mercado – significa um acréscimo de custo para os agentes.

A implementação de regulação com elevados padrões técnicos, impõe vários ónus, nomeadamente introduzindo rigidez e demora na modernização e inovação, aumento de custos de produção que vão acabar por se repercutir no preço.

No que concerne ao regulador, o mesmo terá também elevados custos de fiscalização e monitorização do cumprimento desses padrões técnicos.

A dimensão da empresa, do agente da oferta, tem também influência na forma como estes custos podem ou não ser suportados, fazendo-se uma “seleção” de agentes à partida visto que, geralmente, as empresas de menor dimensão não têm capacidade de suportar os custos desta regulação mais exigente.

Deve de existir, por isso, uma análise do custo-benefício das medidas que devem implementadas por parte do regulador⁷⁶⁶.

Como já aqui tivemos oportunidade de referir, o mercado mesmo que laborando num ambiente concorrencial contém, por si só, falhas de funcionamento, pelo que a intervenção pública torna-se necessária.

Mais. A própria vivência do Estado, enquanto entidade dotada de poderes de autoridade, terá sempre influência em como se trata a vivência económica da comunidade. Os interesses, ideologias, as políticas existentes e os princípios aceites influenciam a forma como a comunidade age social e economicamente.

Aceitando, tal qual uma inevitabilidade, que existirá sempre um quê de regulação, passemos à análise mais específica dos problemas que já fomos identificando e outros que impactam quer no modelo de regulação como nos resultados da mesma.

3.4.1. Falhas de Regulação e Falhas de Intervenção

A regulação é, em si mesma uma forma de intervenção do Estado na economia, logo uma falha da regulação significa que a intervenção que o Estado tentou efetuar falhou o seu objetivo.

Há contudo, que relevar a diferença entre a falha do regime regulatório, que são da responsabilidade do legislador, daquele que define o modelo, o tipo de intervenção que se pretende e objetivos da intervenção por via regulatória, da falha de ação regulatória, essa sim da responsabilidade dos reguladores, dos que implementam o modelo regulatório.

Os erros de regulação abarcam casos de excesso de regulação ou défice de regulação, sendo que os mesmos podem suceder em qualquer estágio da regulação: no regime regulatório *próprio sensu* ou na ação regulatória, ou seja, na implementação. Podem ainda acumular-se, o

⁷⁶⁶ Esta é uma das características do modelo norte-americano que sugere uma análise prévia relativamente ao impacto das medidas regulatórias. O certo é que grande parte das medidas regulatórias têm um impacto de difícil mensuração prévia, pelo que o impacto da regulação num determinado mercado é, em último caso de confirmação empírica, ou seja, pós implementação.

que significa termos erros que atravessam o processo regulatório provocando uma falha alargada.

Podemos pensar, por exemplo, no caso da regulação financeira pré-crise 2008. A tecnicidade e complexidade do sistema bancário por um lado, bem como a inércia quer do legislador como do regulador, levou a um claro défice regulatório com consequências devastadoras sobretudo no que concerne à confiança no mercado por parte dos consumidores e restantes *players*.

Existem mecanismos para atenuar ou prevenir erros a montante, como por exemplo os “livros verdes”, grupos de trabalho e de estudo prévio a alterações significativas do sistema, ou as consultas públicas antes da finalização da legislação ou a avaliação do impacto económico da medida. Esta última medida, como já tivemos oportunidade de referir não é de fácil concretização prévia.

Relativamente à fase de ação regulatória, os instrumentos de avaliação periódica podem ser valiosos nesta fase para conseguir detetar ineficiências, falhas quer de implementação mas sobretudo de fiscalização e até de sanção das infrações.

Na década de 70 e 80 do Século XX, já com a teoria económica da regulação a colocar em causa os verdadeiros fundamentos da regulação pública⁷⁶⁷, inicia-se um processo de desregulação e privatização.

No caso dos Estados Unidos da América, os sectores dos transportes, telecomunicações, energia e sector financeiro já eram sectores fortemente regulamentados, pelo que o que se assistiu foi a uma progressiva desregulação.

No caso norte-americano, existindo um modelo regulatório “maduro”, com uma estrutura baseada em intervenção regulatória ao invés da detenção pública ou controlo público de sectores, o movimento de desregulação pretendia sobretudo corrigir alguns excessos que ao longo do tempo se confirmaram desnecessários ou nefastos.

Acreditando piamente num modelo de liberalismo económico⁷⁶⁸, os norte-americanos preferiram recorrer à desregulação, retirando regras aos mercados e deixando que o mercado concorrencial funcionasse por si só.

No caso europeu, tradicionalmente os sectores enunciados eram controlados pelo Estado, sendo usual a existência de empresas públicas e monopólios públicos. A primeira grande alteração deu-se na estrutura acionista destas empresas que passaram a ser público-privadas.

Sem, contudo, descurar as situações em que houve logo uma privatização total.

No caso europeu, o que sucedeu é que a privatização *tout-court* não funcionou totalmente, tendo sido desenhado um modelo regulatório, liderado sobretudo pela Comissão Europeia, criando-se mecanismos que permitem um ambiente concorrencial mesclado com medidas ora de defesa dos consumidores, de impulso a determinados sectores com maior acesso a novos

⁷⁶⁷ Recorde-se que, em 1971, George Stigler publica “The Theory of Economic Regulation”, obra que é referência para o início da Teoria da Regulação da Escola de Chicago. Esta teoria económica da regulação veio a ser extensamente desenvolvida por diversos autores e outras escolas, mantendo, contudo uma estreita ligação com as teorias dos interesses privados que, como sabemos, encaram a regulação como um mecanismo vulnerável aos egoísmos privados dos que detêm o poder de decisão.

⁷⁶⁸ Cfr. Parte I, Capítulo 1, ponto 1.3.1 *supra* onde fazemos referência à evolução do modelo regulatório americano e sua fundamentação.

agentes, ou medidas sociais de defesa de franjas de consumidores que seriam expurgados no âmbito do funcionamento mecânico do mercado.

De qualquer forma, assistiu-se a um aumento da regulação por motivos sociais, enquanto se aumentou a exigência da análise custo-benefício, análise de risco ou padrões de desempenho com elevados níveis de especificações e exigência.

Conforme refere Johan Den Hertog⁷⁶⁹, existem várias explicações para este movimento de desregulação: *“The literature offers many reasons and explanations for these developments. Some examples are the desire to foster efficiency and innovation; to decrease the extent of political intervention; to reduce government borrowing; to increase political popularity; to increase rewards paid to top management; to undermine trade-union power; to lower the level of cross-subsidies; to eliminate the inefficiencies caused by uninformed regulators or rent-extracting regulators.”*

Este movimento de desregulação pode ser visto de perspetivas diferentes, sobretudo se tivermos em conta as teorias da regulação.

Relativamente à teoria do interesse público, existem duas grandes razões apontadas: em primeiro lugar, a teoria do interesse público aponta como razão de desregulação o facto de a falha de mercado poder ter sido colmatada por desenvolvimentos tecnológicos ou outros factores de desenvolvimento. Por exemplo, se a procura aumentar, o monopolista natural pode ver o mercado transformado em concorrencial. Ou um avanço tecnológico, como foi, por exemplo o WiFi, pode minar o monopólio natural do mercado do cabo.

Em segundo lugar, pode suceder que existam melhores alternativas à regulação existente para resolver o problema, a falha de mercado. Ou porque se desenvolveram novos instrumentos, ou porque a falha do mercado foi resolvida entretanto até mesmo pela própria intervenção da regulação.

Pode ainda dar-se o caso de desenvolvimentos teóricos. A ideia da contestabilidade dos mercados, por exemplo, trouxe outra visão sobre como alterar o comportamento dos agentes sem que seja necessária uma efetiva intervenção. Na teoria dos mercados contestáveis “joga-se” com o comportamento-tipo dos agentes de mercado e introduzem-se factores para que os mesmos alterem o seu comportamento.

Também a teoria dos interesses privados aponta causas para a desregulação.

Podem surgir alterações no poder político que influenciem os grupos de pressão, no sentido, por exemplo, de combater o efeito boleia, promovendo o empreendedorismo.

Por outro lado, esses grupos de pressão, ao invés de pretenderem determinadas regras regulatórias, consideram mais vantajoso existir autorregulação, passando a defender um mercado concorrencial.

Por outro lado, se a política regulatória levar a um decréscimo dos lucros, então a pressão será para desregular o mercado com vista a que os agentes possam ultrapassar algumas restrições, tais como fixação administrativa de preços, regras ou restrições de entrada no mercado. Ora,

⁷⁶⁹Cfr. Johan Den Hertog, “Review of economic theories of regulation” para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 36 e ss.

essas políticas regulatórias podem levar a uma pressão sobre os lucros das empresas que, face a tal situação, irão pretender alterar o quadro regulatório.

Neste caso, o próprio poder político, que detém o poder de decisão, pode ceder a pretensões destas empresas com vista a obter ganhos políticos.

Por outro lado, a desregulação pode verificar-se face a uma perda sucessiva decorrente da não substituição dos produtos dos mercados regulados por outros produtos substitutos. Isto porque os produtos regulados podem ser de difícil substituição, como por exemplo a eletricidade.

Contudo, se o mercado regulado for sucessivamente deficitário, tal conduz à necessidade de subsidiação pública do sector por via de aumento de impostos, o que é extremamente impopular para os que governam. Assim, a desregulação pode ser a resposta a tal situação uma vez que os contribuintes preferem ter outros benefícios, como por exemplo garantir um sistema de segurança social, do que estar a suportar excessivamente sectores regulados como a banca, transportes ou telecomunicações.

As teorias que se aproximaram mais de ações políticas, tendem a argumentar que a desregulação surge por mudanças no equilíbrio do poder de pressão, seja por ação externa ou por motivações internas decorrentes, por exemplo, da mudança de presidentes ou alterações estruturais dos grupos de pressão.

Por outro lado, a defesa da desregulação pode dar-se por ficarem patentes as ineficiências da regulação ou falhas. Tal qual a complexidade da regulação pode ser usada como arma contra a mesma, promovendo-se assim a desregulação.

Se a defesa da desregulação parece encontrar argumentos nas diversas teorias, sem dúvida que a mesma pode acarretar problemas. Conforme bem sumaria Johan Den Hertog⁷⁷⁰, *"Some alleged disadvantages of deregulation, such as predatory pricing, fluctuating prices and discriminatory prices, insufficient service, increased lack of safety, job insecurity and redundancy for large groups of employees will ring in a new age of regulation."*

Curiosamente, os defeitos apontados à desregulação são muito parecidos com os fundamentos para a regulação.

Atendendo a tais argumentos, constata-se que regular, desregular ou neorregular não são verdadeiramente alternativas no sentido de uma forma afastar outra. Antes pelo contrário.

A ideia de que desregulação, enquanto eliminação ou redução de medidas regulatórias e a neorregulação, no sentido de adoção de um novo tipo ou modelo de regulação, não são incompatíveis. Tudo depende do estado do sector e do seu amadurecimento.

Nestes termos, o contexto e evolução podem levar a que o Regulador opte por alterações assimétricas, incorporando redução de medidas regulatórias ou sua adequação, bem como pode simplesmente eliminar determinadas medidas que julgue já desnecessárias ou ineficientes.

O conceito de desregulação é, no entanto, tão equívoco como o de regulação. Uma visão mais ampla e simples, considera que a desregulação será uma diminuição de controlo governamental sobre preços e condições de mercado, com vista a aumentar a concorrência ou melhorar o funcionamento do mercado.

⁷⁷⁰ Cfr. Johan Den Hertog, "Review of economic theories of regulation" para o Tjalling C. Koopmans Research Institute, 2010, p. 37 e ss.

Contudo, um conceito de desregulação não pode abranger toda e qualquer intervenção do Estado, sobretudo se antes se tiver adotado um conceito mais restrito de regulação.

Assim, só há desregulação caso estejam em causa a supressão ou diminuição de medidas regulatórias que tenham sido anteriormente implementadas no sentido de condicionar ou influenciar determinado mercado⁷⁷¹.

Conforme refere Marisa Apolinário, que defende este conceito mais restrito de desregulação, *“(...) podem ser consideradas medidas desregulatórias a eliminação de tarifas reguladas, a eliminação de certos serviços do conceito de serviço universal num determinado sector, bem como a eliminação da exigência de comunicação dos contratos celebrados num determinado período ou a eliminação da exigência de prestação de uma caução previamente ao início do exercício de uma certa actividade.”*

Tendemos, neste particular a considerar que a desregulação tem necessariamente de estar interligada com um primeiro movimento de regulação, pelo que apenas existirá desregulação quando existiu, primeiro, uma medida regulatória. Se essa medida regulatória é de maior ou menor amplitude, por meios diretos ou indiretos, provavelmente a desregulação far-se-á da forma correspondente mas em direção oposta.

Não podemos é confundir desregulação com desregulamentação. O facto de, com determinadas medidas, se retirar peso das normas jurídicas não significa necessariamente uma desregulação. O caso da simplificação dos procedimentos para pedidos de licenças, por exemplo, não retira a necessidade de licenciamento, apenas simplificam o procedimento, retirando peso burocrático e poupando meios aos agentes.

Quanto à neorregulação, neste caso há a adoção de um novo tipo de regulação por comparação com a tradicionalmente utilizada no sector, implicando a utilização de novos instrumentos regulatórios menos intrusivos ou mais flexíveis, mas mantém-se o objetivo de condicionar a atuação dos operadores num determinado mercado.

A neorregulação pode também ser chamada de re-regulação⁷⁷², sendo que esta última terá um sentido mais abrangente, pois interliga-se a um conceito mais amplo de regulação como qualquer forma de intervenção pública⁷⁷³.

De facto, nem toda a intervenção pública deve ser reconduzida à regulação. Mas, como é claro, a regulação é um dos instrumentos que o poder público dispõe para intervir nos mercados.

Esta neorregulação, prende-se sobretudo com a ideia de adoção de novos instrumentos jurídicos e económicos para substituir ou fornecer soluções alternativas às existentes. E esta

⁷⁷¹ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 208 e ss.

⁷⁷² Veja-se, por exemplo, Giandomenico Majone, *“The Rise of Statutory regulation in Europe”*, em *“Regulating Europe”* de AAVV coordenado por Giandomenico Majone, Routledge, 1996.

⁷⁷³ Já aqui referimos que o conceito de regulação, em nossa perspetiva, deve abarcar alguns elementos (vide 3.1), sendo de relevar o fundamento da mesma. Atendendo à análise em presença, uma vez que nos centramos na análise jurídica mas também económica da Regulação, é inevitável que tendamos para um conceito regulatório mais abrangente. Não nos podemos cingir a um conceito restrito se o mesmo não abarcar importantes vertentes económicas, mecanismos e instrumentos mais alargados. A Intervenção do Estado não é toda regulação. Mas a linha delimitativa entre a regulação, políticas económicas e legislação é, de facto, muito ténue. A bem da exposição dos intuitos do presente trabalho, tomámos a opção de aceitar uma maior amplitude no conceito de regulação.

discussão funda-se sobretudo na ideia de que existiram “antigos métodos” de regulação para se passarem a novos instrumentos, novos métodos de regulação.

Bem, a nosso ver há sobretudo uma adaptação às novas realidades e pretendem-se resolver falhas decorrentes do uso de determinados instrumentos. E esses “novos” instrumentos podem ser públicos ou não, desde que resolvam o problema existente.

Por isso mesmo, na prática, a destriça entre desregulação, neorregulação ou re-regulação é, a nosso ver, inócua, pois o que sucede em todos os casos é uma resposta a uma falha inicial da regulação.

O que realmente deve ser fundamental⁷⁷⁴ é a fundamentação dessa alteração. Repare-se que as próprias teorias, quer do interesse público ou interesses privados, trazem justificações para esta desregulação. Basta saber se são válidas à luz do que são os princípios de ação do poder público⁷⁷⁵.

As alterações à regulação surgem com um objetivo de melhorar a qualidade da regulação, de tornar o seu processo mais aberto e participado, bem como incentiva a que se façam mais estudos de avaliação do impacto. Pretende-se ainda, reduzir encargos administrativos e financeiros, bem como, a final, deve fazer-se uma avaliação da implementação e impacto das medidas.

Com isto pretende-se dizer que vários conceitos foram aparecendo que acompanham esta evolução e necessidade de melhorar a regulação. Vital Moreira⁷⁷⁶ sumaria o aparecimento destes conceitos: “*Os conceitos de «reforma da regulação» (regulatory reform), «política da regulação» (regulatory policy), «melhor legislação» (better regulation) e «regulação inteligente» (smart regulation) partilham uma história e objetivos comuns, aparecendo em cena pela ordem com que foram aqui enunciados.*”

Em 1995, foi a OCDE que referia a “reforma da regulação”, que trazia consigo a ideia da necessidade de desregulação que foi sendo atenuada não apenas com alguns episódios da vivência americana⁷⁷⁷ como também a crise financeira de 2008 na Europa que demonstrou o défice de regulação existente nos mercados financeiros⁷⁷⁸.

A Comissão Europeia é a responsável pela introdução da ideia de *better regulation* que envolve a ideia de modernizar e simplificar a legislação, sendo que em 2010 a própria Comissão Europeia passa para um conceito de *smart regulation*⁷⁷⁹, ou seja não basta simplificar a legislação mas antes legislar de forma inteligente, abarcando todos os ciclos.

⁷⁷⁴ Aliás, na senda do que já anteriormente se referiu sobre a essencialidade de as medidas regulatórias serem devidamente fundamentadas, com objetivos definidos e justificados.

⁷⁷⁵ Relativamente a esses princípios que devem reger a ação do poder público, veja-se, a título de exemplo, os artigos 80º e 81º da Constituição da República Portuguesa, onde se podem encontrar as grandes linhas limitadoras do poder económico e poder político e suas interações. De relevar que se defende claramente, no artigo 81º alínea f) da CRP um mercado concorrencial equilibrado, querendo assim englobar regras de combate a posições de abuso nos mercados, promovendo-se a concorrência e o interesse público.

⁷⁷⁶ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 71 e ss.

⁷⁷⁷ Como a crise elétrica na Califórnia em 2000/2001

⁷⁷⁸ Crise essa que passou dos mercados financeiros para os próprios Estados que se viram a braços com uma crise das dívidas soberanas.

⁷⁷⁹ Este conceito foi importado dos Estados Unidos da América.

De referir que a regulação inteligente deve ainda fazer uma avaliação subsequente, ou seja, avaliar se o quadro normativo é adequado e cumpre os objetivos estipulados.

Se é certo que com o amadurecimento dos modelos de regulação as falhas e erros vieram-se sucedendo, também a desregulação acarreta riscos.

Já aqui referimos que esses riscos são, não poucas vezes, idênticos aos motivos para existir a própria regulação.

A desregulação acaba por comportar um dilema que é, ao remover entraves ou limitações, vai provocar vulnerabilidades em determinados agentes. Sendo que, em grande parte das vezes, são os consumidores que ficam à mercê do funcionamento livre do mercado, com a possibilidade de subida de preços e perda de qualidade dos serviços ou bens.

No caso tradicional dos mercados regulados dos serviços públicos, a desregulação vai eliminar subsídios cruzados que, embora distorçam a concorrência com benefícios a determinados consumidores à custa de outros, estes subsídios são geralmente gizados atendendo a um princípio de acesso, não apenas ao serviço mas também ao preço.

Em caso de desregulação, é certo que os consumidores que suportavam esses subsídios são aliviados no seu fardo mas tal não quer dizer que não se criem desequilíbrios mormente em termos de bem-estar social.

De facto, a desregulação pode ter diferentes consequências, sendo que nem sempre os benefícios são conhecidos no imediato. Paul Bauer⁷⁸⁰, em 1986, a propósito da desregulação do sector da aviação nos Estados Unidos da América, referia: *"Deregulation of the airline industry has been a painful experience for some travelers, workers, and firms. large fuel price increases, the air traffic controllers' strike, and recessions have made the process even more difficult. On the whole, however, deregulation has been favorable. Far more individuals have benefited than have been hurt. Consumers are receiving better service for lower average fares; employment and compensation in the industry are up; and the airlines are generally earning higher profits than they would have under regulation. Yet, even eight years later, the industry is still adjusting to its new environment, and the final results of deregulation have yet to be determined."*

Mas nem sempre estamos perante casos de sucesso. Vejamos brevemente em que a desregulação falhou provocando efeitos nefastos:

1. Crise elétrica da Califórnia em 2000/2001

Já aqui referimos anteriormente⁷⁸¹ esta situação que entre 2000 e 2001 gerou uma verdadeira crise elétrica na Califórnia, tendo ficado conhecida como o *blackout* da Califórnia que afetou milhão e meio de consumidores.

De referir que a eletricidade, embora seja um bem essencial, é de difícil armazenamento, sendo também um mercado tradicionalmente vulnerável a posições dominantes, mormente monopólios naturais.

⁷⁸⁰ Cfr. Paul W. Bauer, "Don't Panic": A Primer on Airline Deregulation", The Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Review, 4th Quarter, 1986, p. 23, disponível em www.clevelandfed.org.

⁷⁸¹ Vide *supra* 1.3.1.1.

A história desta crise inicia-se no final dos anos 90 do século XX, com medidas do Estado da Califórnia que tendiam para a desregulação parcial da atividade de produção e fornecimento de grandes clientes⁷⁸².

A ideia inicial era efetivamente tornar o mercado completamente concorrencial, sem qualquer intervenção por parte da administração pública.

Assim, permitiu-se que qualquer produtor de eletricidade poderia aceder à rede de transporte para vender a eletricidade por si produzida. Por outro lado, a eletricidade produzida pelas centrais novas ou já existentes, passam a vender num mercado *spot* gerido pela *California Power Exchange*. Esta empresa era uma organização sem fins lucrativos mas entregue aos representantes dos maiores grupos de interesses, incluindo grupos de interesse público.

Face a esta alteração, os consumidores domésticos passaram a poder escolher o seu fornecedor entre um agente do mercado concorrencial (*competitive electricity service provider*) ou um distribuidor local (*local utility distribution company*), sendo que estes últimos teriam os preços regulados pela Comissão Reguladora Independente do Estado da Califórnia.

Este modelo permitia abrir o mercado à concorrência ao nível da produção e permitia ao consumidor a escolha do fornecedor, mantendo, contudo, uma parte do mercado com regulação de tarifas.

O que se esperava é que existindo maior quantidade de produção o preço baixasse naturalmente no mercado. De facto, ao nível da produção a concorrência aumentou mas tal não significou uma baixa de preços no mercado. Nem desapareceu a regulação pública.

Existem várias explicações para este fenómeno que passa pelo facto de ter sido um verão anormalmente quente o que levou a um grande aumento de consumo de energia, ou atrasos no licenciamento de novas centrais ou no aumento de produção das centrais existentes.

De qualquer forma, o que aconteceu foi que o mercado grossista não conseguiu libertar-se das tarifas fixas e o mercado *spot* viu-se a braços com uma manipulação por parte de alguns produtores que levou a uma redução de produção para aumentar artificialmente os preços.

Para além dessa manipulação, existiram várias falhas de produção por parte das centrais o que levou a que o mercado *spot* subisse vertiginosamente os preços. E mesmo existindo alguma supervisão por parte das entidades reguladoras, o certo é que a política regulatória foi a de deixar que os produtores vendessem a preço de mercado, fossem quais fossem as vicissitudes do mercado.

A ideia era a de desregular e deixar que os preços se formassem no mercado naturalmente, atendendo ao jogo da oferta e procura, seguindo-se uma lógica de eficiência paretiana. Contudo, nem o mercado funcionava totalmente de forma eficiente, existindo poderes de mercado que influenciavam o seu funcionamento – como várias vicissitudes provocavam desequilíbrios no mesmo.

Repare-se que o que acontecia era que no mercado retalhista existiam tarifas reguladas para quem não mudava de fornecedor, enquanto no mercado grossista os fornecedores livres viam-se impossibilitados de competir os mesmos preços por os preços no mercado *spot* estarem emolados.

⁷⁸² Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 213 e ss.

E as tarifas não estavam desenhadas para cobrir o valor dos custos com a aquisição da energia no mercado *spot*. Existiam, por isso, muitos consumidores no mercado regulado, a pagar tarifas que não cobriam, de todo, os custos dos fornecedores.

Aliás, o regulador foi pressionado para aumentar essas tarifas. Mas o aumento levaria a um aumento insustentável do preço da eletricidade para os consumidores e não resolvia a questão no mercado grossista.

Em janeiro de 2001, duas das maiores empresas de fornecimento ameaçam entrar em falência e começam a existir cortes de fornecimento. No final do mês de janeiro, a *California Power Exchance* abre falência e inicia-se o colapso do sector.

O Estado da Califórnia foi obrigado a intervir para reequilibrar o mercado, fez por isso contratos longos e comprou eletricidade usando fundos públicos para garantir o fornecimento generalizado da população e evitar *blackouts*.

Em agosto de 2001 foi criada uma entidade estatal para assegurar a construção de novas centrais para assegurar o adequado abastecimento. E com estas medidas, o sector elétrico no Estado da Califórnia passou de ser um sector praticamente sem regulação para o mais centralizado no Estado, sendo mesmo gerido por entidades públicas.

A *Federal Energy Regulatory Commision* foi severamente criticada por não ter atuado atempadamente, deixando que o Estado tivesse inevitavelmente de salvar da bancarrota as empresas produtoras, evitando uma crise de maior dimensão.

A maior lição que se pode retirar é que, considerando a natureza do produto e especificidades do sector, é inevitável que exista alguma regulação pública de forma a evitar agentes com posições dominantes e que se formem poderes de mercado⁷⁸³.

2. Crise financeira de 2008

Já referimos aqui a crise financeira⁷⁸⁴ que se inicia nos Estados Unidos da América e que contagiou o mercado europeu onde passou a existir também uma crise de dívidas soberanas.

De facto, a crise de 2008 tem a sua origem na crise do *subprime*, relativo aos créditos hipotecários. A bolha criada no mercado imobiliário inicia-se com a prática de sobrevalorização dos imóveis aliado a taxas de juros baixos, que permitiam créditos hipotecários com valores muito mais elevados do que o bem hipotecado.

Esses créditos serviam para consumo não necessariamente associado à habitação, pelo que a sua procura foi elevada mas deixava os bancos com um diferencial negativo entre os bens hipotecados e os créditos concedidos. Para “mascarar” esta diferença, os bancos passam a transacionar produtos de elevada complexidade, produtos financeiros que apenas pretendiam atrair fundos para cobrir momentaneamente os défices bancários.

Esses produtos financeiros complexos nunca tiveram correspondência no valor, sendo compensados não por gerarem rendimento mas antes com novos ativos atraídos no mesmo mecanismo.

Ora, quando o valor do imobiliário estagnou e depois desceu e as taxas de juro aumentaram, o “custo do dinheiro” passa a ser mais elevado. Foi nesta altura que as famílias viram as prestações

⁷⁸³ Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 218 e ss.

⁷⁸⁴ Vide *supra* ponto 1.3.1.1

das casas aumentar sem que existisse correspondente aumento de rendimento. A dívida torna-se inevitável.

Porém, ao executarem as dívidas, os Bancos põem a descoberto a imensa desproporção entre valor atribuído ao bem para efeitos de hipoteca e valor real do bem. O que sucedeu é que, mesmo com a venda dos imóveis, os Bancos não conseguiam reaver montante suficiente para o pagamento da dívida. Gerou-se, assim, ainda maior dívida.

Os bancos viram-se a braços com valores imobiliários em carteira – resultantes de execução hipotecária – que não cobriam os valores das dívidas, passando a apresentar perdas de elevada monta que provocaram mesmo a declaração de insolvência de algumas instituições financeiras.

Com a declaração de insolvência das instituições financeiras, alguns depositantes perderam vários valores que não estavam cobertos pelos seguros de depositantes. Sobretudo porque muitos depositantes adquiriram produtos financeiros complexos, cujo retorno parecia apetecível mas não estavam cobertos por nenhuma garantia.

Assim se criou uma gigantesca “bola de neve”: as instituições insolventes e os depositantes com perdas irreversíveis de valores.

Mas onde está a questão da desregulação? Bem, desde 1933 que vigorava nos Estados Unidos da América a Lei Glass-Steagall⁷⁸⁵, legislação bancária promulgada como resposta à Grande Depressão. O nome oficial é "Lei Bancária e de Reforma de 1933" (*Banking Act of 1933*) e tinha o objetivo de estabelecer uma separação clara entre as atividades de bancos comerciais e bancos de investimento, com o intuito de proteger os depositantes e evitar conflitos de interesse.

As disposições principais da Lei Glass-Steagall eram:

- i) Separação de bancos comerciais e bancos de investimento: A lei proibiu que uma mesma instituição financeira atuasse tanto como banco comercial (que aceita depósitos do público e concede empréstimos) quanto como banco de investimento (que lida com subscrição e negociação de valores mobiliários e participa em atividades mais especulativas). A ideia era evitar que os depósitos dos clientes fossem arriscados em atividades de investimento de alto risco.
- ii) Criação da Corporação Federal de Seguros de Depósito (FDIC): A Lei Glass-Steagall também estabeleceu a FDIC, uma agência governamental responsável por garantir os depósitos dos clientes em bancos comerciais. Isso proporcionava uma segurança adicional aos depositantes, protegendo-os contra perdas no caso de falência de um banco.

A Lei Glass-Steagall foi considerada um pilar da regulação financeira nos Estados Unidos por várias décadas, ajudando a manter a estabilidade do sistema bancário e a evitar abusos financeiros. No entanto, a lei foi revogada em 1999, com a aprovação da Lei Gramm-Leach-Bliley (*Financial Services Modernization Act*), que permitiu a consolidação de atividades bancárias e de investimento em uma única instituição. Esta revogação é frequentemente citada como um fator que contribuiu para a crise financeira de 2008.

Isto porque permitiu que os bancos assumissem riscos excessivos e isso levou à criação e disseminação de produtos financeiros complexos e de alto risco, como os chamados "ativos

⁷⁸⁵ Nome dos Senadores que defenderam esta Lei no Congresso americano.

tóxicos". Quando esses ativos complexos entraram em colapso, desencadearam uma crise financeira em cascata.

Sobretudo na Europa, o que se verificou foi ver o Estado a socorrer a aflição do sector financeiro, tendo nacionalizado instituições ou permitindo a salvação de outras por via de injeções massivas de capitais. Contudo, as injeções de capital foram sendo insuficientes para a dimensão estrutural da crise financeira.

Os Estados passam, por isso, a ter em mãos uma crise da dívida soberana. Não apenas porque injetaram dinheiro no sector financeiro mas também porque a procura doméstica contraiu drasticamente (motivada pela perda de rendimento das famílias endividadas) e ainda a depreciação dos ativos do Estado que provocaram problemas de liquidez.

Esta crise, sobretudo do ponto de vista europeu e no que concerne aos constrangimentos públicos, pode hoje ver-se através de 4 fases diferentes⁷⁸⁶:

- i) Entre 2007 e 2008 surge a dívida financeira. Enquanto que os países mais fortes da zona Euro, como a Alemanha, foram beneficiados com a fuga de fluxos financeiros para áreas de qualidade, os países periféricos viram os *spreads* aumentar e foram prejudicados com a aversão de risco;
- ii) A explosão sistémica ocorre entre 2008 e 2009, quando se assiste a uma série de intervenções dos Estados para apoiar as instituições financeiras. Sucede que neste período o que se percebe é que o risco da dívida soberana aumentou exponencialmente, passando a existir a ideia de que o facto de ser o Estado a assumir uma dívida essa garantia não é totalmente segura.
- iii) Entre abril e setembro de 2009 dá-se a fase da resposta sistémica, tendo os juros de todas as obrigações do Estado recuado diminuindo o contágio.
- iv) A quarta fase inicia-se em outubro de 2009 quando passamos a ter taxas de juros que apenas dependiam da ação de cada país.

O aumento dos *spreads* na zona euro refletiam exatamente a preocupação existente relativamente ao risco de crédito e liquidez, ou seja a aversão internacional ao risco. Parecia que o fenómeno que iria suceder seria uma fuga dos capitais para economias que se mantivessem estáveis e sem necessidade de intervenção externa, de financiamento.

Por isso mesmo as empresas de *rating* passam a ter um papel preponderante na avaliação do risco das dívidas públicas, pelo que a opção seria manter ou transferir os capitais para zonas com melhor avaliação de risco.

A perceção de risco por parte dos investidores passou a ser fulcral. Por isso mesmo os investidores passam a fazer uma discriminação dos devedores soberanos, o que aumentou as dificuldades dos Estados que detinham maior exposição ao risco.

Deu-se um fenómeno de *crowding out*, tendo os Estado necessariamente de intervir para atenuar esse efeito.

⁷⁸⁶ Nazaré Costa Cabral e Guilherme Waldemar D'Oliveira Martins, "*Finanças Públicas e Direito Financeiro – Noções Fundamentais*", 4ª Reimpressão, AAFDL Editora, 2018, p. 74 e ss.

Curiosamente, vários autores⁷⁸⁷ vieram clamar que a crise da dívida soberana não tem como génese uma má gestão orçamental. Resulta, isso sim, do amparo à explosão da bolha imobiliária que provocou a queda de grandes instituições financeiras.

Ora, fica claro que sobretudo a crise imobiliária e depois a financeira, decorrem de atitudes do sector financeiro que não estavam reguladas. A “desatenção” relativamente a regras sobre avaliação dos bens, limites ao endividamento, informação clara sobre os produtos financeiros subscritos e suas condições de remuneração, todos estes aspetos foram descurados pela regulação financeira.

As próprias regras sobre a saúde financeira das instituições eram claramente insuficientes para perceber os riscos eminentes de *fail out*, bem como os efeitos de contaminação resultante dum colapso das instituições âncora do sector.

De facto, o sector estava deficientemente regulado atendendo aos veículos financeiros que foram sendo usados. E estes comportamentos levaram a uma “omissão de regulação em cascata”, ou seja, a omissão de regulação no setor imobiliário provocou uma insuficiência de mecanismos de fiscalização prévia no setor financeiro para os quais a regulação não deu resposta. Mas vejamos as falhas em concreto que, na génese da crise, não foram de todo corrigidas.

A génese desta crise financeira começa na crise do *subprime* e essa crise assenta numa série de falhas que surgiram no mercado financeiro⁷⁸⁸.

Por um lado, existia um *desajuste de maturidade* atendendo à discrepância entre a vida dos ativos - muito duradoura – e as perspetivas de investimento dos agentes – geralmente pretendem resultados a curto ou médio prazo.

Ora, esta situação, conforme refere Nazaré Costa Cabral⁷⁸⁹, provoca dois efeitos: “*Os efeitos desse desajuste de maturidade são empolados pelas vicissitudes do funcionamento do mercado imobiliário: i) em primeiro lugar, o facto de os preços poderem ser inoportáveis; ii) em segundo lugar, o facto de o mercado em si mesmo nem sempre funcionar de forma eficiente, designadamente por causa por dos problemas de informação incompleta e assimétrica*”.

Logo, o mercado imobiliário fica fortemente dependente de hipotecas. No caso americano, as hipotecas sofreram uma significativa alteração nos anos 70 do século XX, quando se abandona

⁷⁸⁷ Do qual se destaca Mark Blyth, com “Austerity – The History of a Dangerous Idea”, um livro publicado em 2013 pela Oxford University Press que faz uma abordagem em “contramão” à toada de austeridade que em 2011 e 2012 inundou a Europa e Estados Unidos. Na altura, avançou-se com uma política de cortes orçamentais – austeridade – para resolver a crise financeira. Passou-se a ideia de que vivíamos acima das nossas possibilidades e que seria necessário “apertar o cinto”, incluindo os Estados. Contudo, o início da crise da dívida soberana inicia-se com o financiamento à banca, para impedir a bancarrota das instituições financeiras e a quebra de confiança. Não existiu, concretamente má conduta orçamental ou devaneios orçamentais com incumprimentos. E, acresce, a austeridade não resultou. Nesta análise que foi feita por Blyth com medidas de austeridade já em curso há cerca de 4 anos, concluiu que esta fórmula, tal como outrora, apenas diminui a economia, não fomentando o crescimento e criação de oportunidades. Sendo os custos sociais da austeridade de elevada monta.

⁷⁸⁸ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “Short thematic guide to the study of current financial and economic crisis”, MPRA Paper No. 20743, 17 de fevereiro de 2010, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/20743/1/MPRA_paper_20743.pdf

⁷⁸⁹ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “Short thematic guide to the study of current financial and economic crisis”, MPRA Paper No. 20743, 17 de fevereiro de 2010, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/20743/1/MPRA_paper_20743.pdf

a obrigatoriedade de taxa fixa (de remuneração) para se poder utilizar uma taxa variável, permitindo um acesso mais amplo a este instrumento.

Por outro lado, na década de 80 do século XX passa a existir um movimento de securitização, ou seja, as entidades financeiras, no sentido de amenizar o seu risco, transpõem para uma entidade externa ou terceira o risco, criando-se uma espécie de seguro para as instituições.

No fundo, a securitização faz a transferência do risco das entidades originárias para outras que oferecem melhores condições para suportar esse risco.

Ora, o que se assistiu foi a um elevado risco moral que nunca foi ultrapassado, tendo até sido ampliado pela ausência de intervenção regulatório. A isto associou-se um fenómeno de falha da securitização, tendo as instituições que outrora foram consideradas como menos suscetíveis ou mais resistentes ao risco falhado na sua missão e necessitado de refinanciamento. Muito por deterioração do valor das hipotecas que baixou com a explosão da bolha imobiliária.

Acresce ainda que os mercados de refinanciamento que suportavam as empresas de securitização foram, eles próprios afetados, pelo que deixam de corresponder às expectativas de refinanciamento.

Esta crise do *subprime* foi, sem dúvida, uma gigantesca falha do controlo do funcionamento do mercado imobiliário-financeiro, tendo provocado uma cadeia de crises que passou a ser uma crise financeira e depois crise de dívida soberana.

Conforme sintetiza Nazaré Costa Cabral⁷⁹⁰: *“Houve, com efeito, um conjunto de falhas que, juntas, conduziram à crise: falhas de securitização (a titularização das hipotecas de qualidade inferior (“subprime”), através da obrigações de dívida garantida – MBS CDOs); falhas de avaliação do risco (que levou a que as agências de notação do risco classificassem as quotas seniores das MBS CDOs como AAA, o que contribui para o financiamento em grande escala de empréstimos de “subprime”); enfim, falhas nos controlos internos.”*

Ora, em resultado desta crise, sobretudo na europa, assistiu-se a uma intervenção na economia não apenas dos Estados mas das Instituições Europeias e organizações mundiais tais como o Fundo Monetário Internacional.

Fixemo-nos sobretudo no caso europeu. Assistimos inicialmente a uma série de pacotes de estímulo orçamental, entre 2008 e 2010. Mas estes estímulos deram lugar, a partir de 2010 e face ao crescendo das dívidas, a medidas de consolidação orçamental e de austeridade. Em 2012 já começaram a existir vozes dissonantes sobretudo porque se começam a sentir fortemente os resultados nefastos das políticas de austeridade.

Numa primeira fase, a União Europeia permitiu um relaxamento relativamente às regras orçamentais que tinham sido implementadas, sobretudo relativas ao controlo dos déficits orçamentais dos estados devido à implementação da União Económica e Monetária⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “Short thematic guide to the study of current financial and economic crisis”, MPRA Paper No. 20743, 17 de fevereiro de 2010, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/20743/1/MPRA_paper_20743.pdf

⁷⁹¹ Referimo-nos ao Pacto de Estabilidade e Crescimento

Ora, com as dificuldades sentidas face ao aumento exponencial da dívida, o Pacto de Estabilidade e Crescimento foi revisto de forma a endurecer as regras, bem como a trazer de volta uma certa ortodoxia orçamental que já estava atenuada desde 2005⁷⁹².

Em 2010, a União Europeia cria dois mecanismos que permitiram, posteriormente, países que estavam à beira de uma ruína financeira aceder a financiamento sob controlo de um programa rigoroso de implementação de medidas.

Falamos do Mecanismo de Estabilização Financeira Europeia e a Facilidade de Estabilidade Financeira, através dos quais foram criados programas de assistência financeira para países mais necessitados⁷⁹³. Acresce que o Fundo Monetário Internacional juntou-se às instituições da União Europeia e juntos criaram as *troikas* (Banco Central Europeu, FMI e Comissão Europeia), que coordenavam os programas de assistência com exigentes timings de medidas de restrição orçamental.

Contudo, não apenas se tratava de restrições orçamentais, bem como se aproveitou para impor, por exemplo no sector financeiro, diversas regras decorrentes da nova arquitetura europeia de regulação e supervisão financeira.

Uma decorrência da crise das dívidas soberanas, mormente da vertente da crise financeira, foi a criação do Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, que inclui a Autoridade Bancária Europeia, Autoridade Europeia de Seguros e Pensões e Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados.

Para além destas autoridades, foi ainda criado o Comité Europeu do Risco Sistémico que apoia o sistema europeu de supervisão a prever situações de contágio de risco e crises sistémicas.

Assim, uma simples desregulação do sistema financeiro americano que permitiu uma amplitude de produtos financeiros altamente complexos e tóxicos provocou uma das maiores crises financeiras do século XXI.

3.4.2. Captura Regulatória

A intervenção do Estado na economia, nos mercados, não acarreta, por si só, um problema. A questão é quando o fundamento da intervenção e/ou a medida implementada não é adequada.

Já aqui distinguimos a falha de regulação: a medida regulatória falha quando não cumpre os seus intuitos corretivos de mercado ou (re)distributivos. A medida regulatória, mesmo quando criada com fundamentos meritórios, pode ela própria falhar por motivos intrínsecos ou extrínsecos.

As falhas de regulação incluem-se nas falhas de intervenção. As falhas de intervenção ou falhas de governo surgem, geralmente, devido a um motivo básico⁷⁹⁴: *“Não sendo o Estado administrado por pessoas infalíveis e invariavelmente justa, por pessoas insusceptíveis de pressões e aliciamentos, ou por pessoas onnipotentes e omniscientes, toda a intervenção é*

⁷⁹² Na revisão do PEC em 2005 haviam sido revistas as regras orçamentais em vigor e houve um certo aligeiramento.

⁷⁹³ Falamos concretamente da Irlanda, Grécia e Portugal.

⁷⁹⁴ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia – I”, 4ª Edição, 2021, p. 121 e ss.

inevitavelmente contaminada por informação imperfeita (em comparação com a informação privada dos agentes), por unilateralidade e confinamento de avaliações, por deficiências de planeamento e de execução, por quebras de comunicação, por ocultação deliberada promovida pelos visados, por falta de vigilância ou de responsabilização dos executantes das medidas aprovadas, pelo jogo da corrupção, do compadrio do nepotismo, do caciquismo”,

Naturalmente que estas falhas de intervenção ou governação têm sobretudo uma explicação assente numa abordagem do comportamento do regulador, uma teoria sobretudo desenvolvida pela área da Teoria da Escolha Pública.

Ora, a captura do regulador ou captura regulatória surge intimamente ligada à ideia da existência de grupos com interesses privados que desenvolvem a sua atividade em determinado sector regulado.

Já aqui referimos essa ideia de existência de grupos de interesse que fariam a pressão sobre o decisor público relativamente àquelas decisões que influenciam a atividade do sector regulado, tendencialmente moldando as regras à feição do benefício dos agentes já instalados no mercado.

Clifford Winston, a propósito exatamente da adoção de políticas mais eficientes, questiona: *“If it is easy – and it apparently is – to identify flaws in the design and implementation of market failure policies, why don’t policymakers address these flaws and develop more efficient policies?”*⁷⁹⁵

De facto, é aqui que falha a teoria do interesse público: o decisor público pode até disfarçar-se de Deus *ex machina* mas não passa dum aglomerado de humanos pecadores!

Os fracassos do governo são explicáveis de forma muito semelhante aos fracassos do próprio mercado. Primeiro vejamos como se pode considerar o mercado político.

É que temos, por um lado, o governo que é o único capaz de decidir sobre atribuição de direitos de propriedade sobre determinados recursos, celebrar concessões de exploração, atribuir licenças, definir quotas e tarifas, regular mercados, impor restrições à concorrência ou retirar barreiras, fixa preços administrativamente independentemente das forças de mercado.

A regulação do factor preço é, por si só, fulcral para o posicionamento e ação dos agentes económicos, pelo que a decisão pública tem um valor determinante para os agentes.

Com isto pretende-se dizer que, o Estado pode funcionar como oferta neste mercado de decisão/ serviços em que são a força da procura os grupos de interesses que se formam.

Repare-se: se o Estado é o agente que consegue influenciar o mercado para uma renda monopolista, um lucro extraordinário, facilmente existirá procura para esse mercado rentável. O custo da decisão do Estado será meramente um custo de transação, existente em qualquer tipo de mercado.

O mercado político não é de concorrência perfeita, tem informação assimétrica e é caracterizado por incerteza e custos de transação.

O mercado político está associado à própria decisão pública e associação à escolha democrática. Mas mesmo assim, os governos não sabem as preferências dos cidadãos, em relação aos bens

⁷⁹⁵ Cfr. Clifford Winston, “Government Failure versus Market Failure”, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2006, p. 81 e ss

públicos nem sabem avaliar corretamente os custos sociais das externalidades negativas, logo existem sempre informações limitadas e decisão com custos de oportunidade associados.

Como em qualquer mercado, os agentes agem de acordo como os seus interesses egoístas e, por isso mesmo, o interesse dos agentes públicos podem desviar-se do interesse público. Sendo o decisor público um conjunto de pessoas, organizadas segundo determinada hierarquização, facilmente um dos elos da cadeia decisória pode falhar, ora por assimetria informativa ou por mera prevalência de interesse privado egoístico.

A captura do regulador surge associada à ideia de que os interesses privados podem, de facto, prevalecer. Existe, portanto, um risco ou até mesmo uma inevitabilidade da atividade regulatória ser manipulada, ou seja, os regulados conseguirem colocar os reguladores ao serviço dos seus próprios interesses⁷⁹⁶.

Neste particular, interessa avaliar, portanto, o comportamento dos intervenientes políticos e seus elementos fundamentais. Importa referir que esta avaliação de comportamentos enquadra-se naturalmente na Teoria da Escolha Pública que já abordámos anteriormente.

Os economistas passam a interessar-se pelo processo político quando as finanças públicas passam a ser influenciadas pelo regime democrático. Deixando de existir a concentração do poder no rei absoluto, o parlamento passa a ombrear o poder com o executivo. Mais, o executivo passa a depender do parlamento para as grandes opções.

O que passa a ser relevante para a formação de governos, é a vontade expressa duma massa heterogénea de pessoas, que elegem representantes num colégio que supostamente representará esse congregado de vontades.

Nos regimes parlamentares deixa-se de ter as finanças públicas exclusivamente preocupadas com luxos da monarquia e algumas funções do Estado para acolher deveres resultantes das vontades dos eleitores.

Numa visão contratualista, as finanças públicas passam a retratar uma espécie de troca entre tributos pagos pelos cidadãos e bens e serviços prestados pelo Estado. Para que esta “troca” seja voluntária, os benefícios devem superar os custos, incluindo os custos de oportunidade da despesa pública vs. aplicação privada do rendimento afeto aos impostos.

Esta ideia deriva da conceção de que a democracia não deve substituir a tirania dum monarca pela tirania duma maioria. O que *deve* acontecer é, numa democracia, servir os interesses da comunidade e preferências dos cidadãos em relação aos bens públicos de finanças públicas⁷⁹⁷.

Esta conceção genérica da defesa do interesse da comunidade esbarra, depois, na tentativa de aplicação do conceito de *homo economicus* no âmbito da política, onde o método processual do individualismo, usual na microeconomia, conduz necessariamente à racionalidade económica e egoísmo nas decisões.

Reconheçamos que atendendo a um método único económico, não podemos considerar que a componente do individualismo, onde prevalece a racionalidade e egoísmo seria utilizado apenas

⁷⁹⁶ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 67.

⁷⁹⁷ Cfr. Paulo Trigo Pereira, “A Teoria da Escolha Pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII, 1997, p. 419-442. Vide p. 422 e ss.

nas decisões privadas. E quando, os mesmos indivíduos vestissem a pele de decisor público, teriam necessariamente de ser altruístas e prosseguir um interesse público⁷⁹⁸.

Assim, o que se deve ter em conta é a configuração de sistemas políticos cautelosos, em que se criem sistemas de *checks and balances* que permitam um controlo e fiscalização da ação dos órgãos públicos com consequências.

As escolhas do decisor público, que podem ser tomadas pelo parlamento ou outro órgão com poder de decisão, podem melhorar a posição de todos os indivíduos envolvidos na escolha, sendo melhoramentos de Pareto: são melhoramentos em que todos ganham, sendo correlacionados com jogos de soma positiva⁷⁹⁹. Neste caso estamos perante decisões em que existe uma melhor afetação de recursos conduzindo a uma melhoria geral.

No caso das decisões redistributivas de rendimento, apenas alguns têm um ganho em relação a outros que perdem⁸⁰⁰, sendo que neste caso estamos perante um jogo de soma nula.

Se inicialmente⁸⁰¹, ainda numa lógica *smithesiana*, se defendia que o parlamento deveria tomar uma decisão que conduzisse a melhoramentos paretianos e, assim, ficariam resolvidos grande parte dos problemas redistributivos, o obstáculo da unanimidade tornou-se evidente.

Isto porque para que existisse um melhoramento geral todos teriam de concordar, sendo que cada um teria, por si só, um direito de veto absoluto. Ora, isto conduz-nos a uma necessidade de entendimento das decisões públicas enquanto resoluções tomadas por grupos de indivíduos, de acordo com regras específicas. E estas escolhas passam de múltiplas decisões individuais para uma decisão coletiva.

A teoria da escolha pública desenvolve, assim, a perspetiva de que as decisões políticas e económicas do governo estão sujeitas um conjunto de poderes repartidos por diferentes agentes com funções diferentes. Se, por um lado, levam à criação dos já mencionados *checks and balances*, por outro lado alarga a margem de erro nas decisões públicas.

Mas a captura regulatória não pode apenas ser vista na lupa da teoria da escolha pública. Até porque existem várias teorias da captura regulatória e a sua conceptualização não é uma tarefa fácil.

Para além da extensa nota introdutória sobre o tema que aqui se explanou, vale a pena fazer um périplo organizado por este tema atendendo à sua contemporaneidade e relevância sobretudo no que concerne à origem da falha das medidas regulatórias.

⁷⁹⁸ Conforme bem refere Paulo Trigo Pereira, “A Teoria da Escolha Pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”, *Análise Social*, Vol. XXXII, 1997, p. 425, esta é a posição de Buchanan, por exemplo em “Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and it’s normative implications”.

⁷⁹⁹ Se, contudo, esquecer que o ótimo de Pareto conduz, em última linha a um jogo de soma nula pois deve chegar-se ao ponto em que para que alguém fique melhor outrem ficará pior, ou seja, o equivalente a jogo de soma nula.

⁸⁰⁰ Esta avaliação de custo benefício tem em conta os custos mensuráveis uma vez que o ganho hipotético pode ser de maior alcance. O exemplo típico é o das políticas públicas sociais que têm associado um benefício não mensurável, mormente, segurança, estabilidade e coesão social. Por esse motivo o padrão de eficiência, conforme já tivemos oportunidade de aqui explicar, passa a ser a Eficiência Kaldor-Hicks em que se apela ao benefício mais amplo, duma comunidade geral e não apenas um grupo reduzido de indivíduos.

⁸⁰¹ Sobretudo atendendo a Knut Wicksell, que em 1896 escreve um artigo, “*Studies in the theory of Public Finance*”, que embora fosse sobre finanças públicas abarcava aspetos da decisão política.

3.4.2.1 Tipos, efeitos e conceptualização da Captura Regulatória

A ideia de captura regulatória aparece no já mencionado “The Theory of Economic Regulation”, artigo da responsabilidade de George Stigler, escrito em 1971. A tese base assenta na ideia de que a indústria teria uma influência tal que faria prevalecer o seu interesse, sendo a regulação predominantemente a si favorável.

Stigler, reforça que os agentes políticos agiriam com vista não à maximização do bem-estar social mas antes atendendo aos seus próprios interesses. Aliás, tal como aqui já referimos, numa lógica de mercado político, os agentes agiriam atendendo aos seus egoísmos, prosseguindo o interesse próprio.

Esta ideia é a base para que as empresas, com maior poderio financeiro e interesses mais relevantes, possam “capturar” o decisor público com vista a obter melhores condições e/ou regras de regulação.

Que benefícios podem os políticos oferecer às empresas que operam em determinado sector ou indústria? São sobretudo quatro categorias de benefícios⁸⁰²: i) subsídios diretos; ii) imposição de barreiras à entrada de novos agentes no mercado; iii) limitação de produção de bens sucedâneos; iv) fixação de preços.

Ou seja, estes benefícios desencadeiam a obtenção de rendimento superior àquele que as empresas obteriam caso existisse um mercado a funcionar em concorrência. Para obter estes benefícios, as empresas incorrem em custos.

A análise dos custos, atendendo à teoria de Stigler, implicariam, valores entregues diretamente aos políticos ou oferta de votos. Ora, esta segunda hipótese acarreta uma série de custos implícitos e explícitos, mormente de informação e *lobbying*.

Stigler conclui que as empresas seriam sempre as maiores beneficiárias uma vez que os consumidores pouco podem fazer⁸⁰³relativamente à capacidade de influenciar os reguladores.

Este modelo, muito embora com críticas direcionadas⁸⁰⁴, acabou por ser desenvolvido pela escola de Chicago por Posner, Peltzman e Becker⁸⁰⁵, desenvolvendo-se, assim, as chamadas *teorias dos grupos de interesse*.

⁸⁰² Cfr. Ricardo Pereira Gonçalves, em “A Captura Regulatória – Uma Abordagem Introdutória”, Publicações CEDIPRE Online – 25, disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014

⁸⁰³ Têm menos capacidade organizativa e menor coincidência nos objetivos a atingir.

⁸⁰⁴ Tais como o facto de ser um modelo simplificado, que apenas se poderia aplicar a situações de eleitos diretos, e apenas foi estudada a vertente de ser apenas um grupo a fazer pressão, descurando-se a possibilidade de “concorrência entre grupos” do lado da procura desses favores de políticos.

⁸⁰⁵ Conforme bem refere Ricardo Pereira Gonçalves, em “A Captura Regulatória – Uma Abordagem Introdutória”, Publicações CEDIPRE Online – 25, disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014, são de referir três obras essenciais destes autores no que concerne a esta matéria: Richard A. Posner, «Theories of Economic Regulation», The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 5, No. 2. (Autumn, 1974), pp. 335-358; Sam Peltzman, «Toward a more general theory of regulation», Journal of Law and Economics, 19, pp. 211-40; Gary S. Becker, «A theory of competition among pressure groups for political influence», The Quarterly Journal of Economics, 98(3), pp. 371-400

A Escola de Virgínia, por via de Buchanan e Tullock, desenvolve a visão das falhas do Estado, em concreto dos decisores públicos, por via da teoria da escolha pública na vertente da aplicação de métodos económicos à análise de instituições políticas e tomada de decisões

A diferença da escola da Virgínia relativamente à Escola de Chicago é que enquanto que esta última se focava sobretudo na captura em si mesma, a Escola da Virgínia debruça-se sobretudo nos custos da sociedade, do bem-estar geral, resultantes desse jogo de sedução dos grupos de interesse.

Robert B. Ekelund e Robert D. Tollison, em “The interest-Group Theory of Government”, em William F. Shughart II & Laura Razzolini (ed.), *The Elgar Companion to Public Choice*, chapter 17, Edward Elgar Publishing, 2001, acabam por fazer uma súpula muito afirmativa quando referem as diferenças entre as duas perspetivas das escolas de Virgínia e Chicago: “(...) *the group-interest theory, as explored by Chicago economists, is about lobbying. The rent seeking theory is about lobbying costs and their repercussion in welfare*”.

Nos anos 90 do Século passado, Economistas da Escola Francesa de Toulouse, desenvolvem uma teoria cujo foco assenta na assimetria de informação entre entidades reguladoras e regulados, sendo que essa assimetria levaria à tentativa da sua correção.

Por outro lado, passa a ser observado o comportamento das entidades reguladoras atendendo aos seus ciclos de vida. Aquando da sua criação, a entidade reguladora encontra-se sob grande escrutínio político e do sector. Posteriormente, com o decorrer da sua vida e implementação, a pressão diminui e os agentes comportam-se de forma mais condicente com essa menor visibilidade e pressão.

É neste ciclo de menor pressão que se podem observar maiores alterações dos padrões comportamentais dos agentes reguladores que cedem às pressões de grupos de regulados e são mais facilmente capturados.

Ora, não é fácil fazer-se uma análise unívoca da captura regulatória. Muito embora se considere que na base da captura regulatória está a preterição da prossecução do interesse público em detrimento dum benefício individual, o certo é que podem existir tantos conceitos de captura regulatória como modelos da mesma.

Liam Wren-Lewis⁸⁰⁶, faz uma análise sintética sobre os intervenientes, tipos de captura e suas consequências. Seguimos a sua análise⁸⁰⁷. Assim, começa por identificar três classes ou grupos de agentes à volta dos quais gira a captura regulatória:

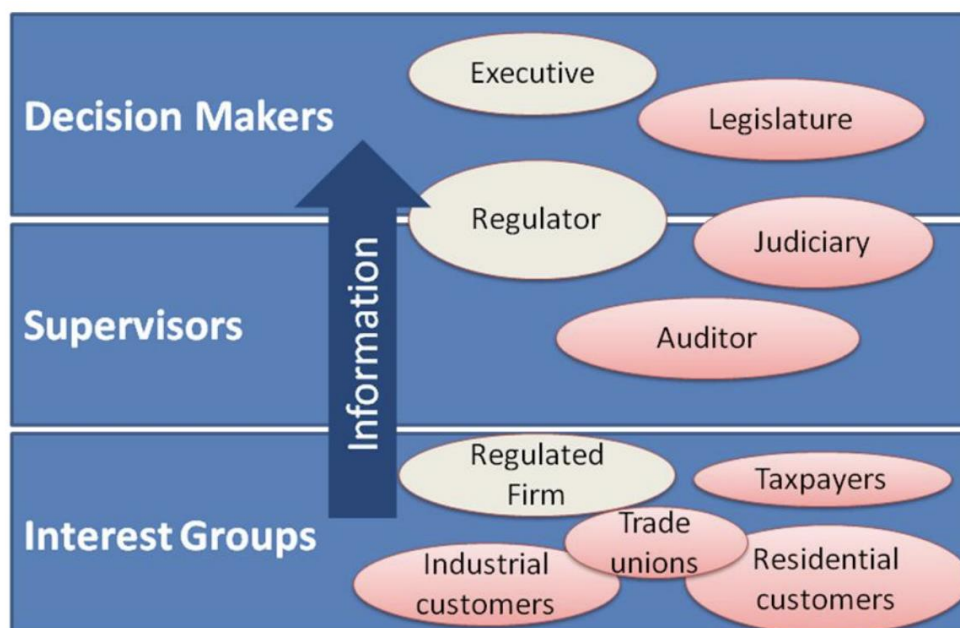
- i) *Grupos de Interesses* caracterizados como aqueles que pretendem capturar a entidade reguladora do sector. Neste caso, há que atentar ao grupo de produtores ou ao produtor (em caso de monopólio ou oligopólio cooperativo) mas não só. Não se pode descurar os grupos organizados de consumidores ou os grandes consumidores industriais que podem, neste particular, formar uma espécie de monopsónios ou oligopsónios com influência determinante no mercado. Acresce ainda referir o caso dos trabalhadores sindicalizados, ou a mão de obra especializada que se podem unificar atendendo à prossecução de determinado objetivo de melhoramento das suas condições. Por último os próprios contribuintes, que podem influenciar a redução de subsídios a determinado aglomerado de regulados.

⁸⁰⁶ Cfr. Liam Wren-Lewis, “Regulatory Capture: Risks and Solutions”, University of Oxford, Janeiro de 2011

⁸⁰⁷ No mesmo sentido Ricardo Pereira Gonçalves.

- ii) *Decisores* São os que têm autoridade para a tomada de decisão no âmbito das matérias regulatórias. Desde factores como preço a praticar no mercado, acesso ao mercado, possibilidade de incentivos ou benefícios públicos. Aqui encontramos os decisores públicos em geral, o Governo, as entidades reguladoras, o legislador.
- iii) *Supervisores*: São os agentes que fazem fiscalização, ou seja a recolha de informação sobre os agentes e atitudes que têm nos mercados, transmitindo estas informações às entidades decisoras. Por sua vez, as entidades decisoras, com a informação recolhida, podem tomar as suas decisões. Aqui podemos encontrar auditores, entidades supervisoras independentes ou as próprias entidades reguladoras que têm, não poucas vezes, funções de supervisão.

Em resumo:



Fonte: Liam Wren-Lewis, "Regulatory Capture: Risks and Solutions", University of Oxford, Janeiro de 2011, p.2.

Atendendo aos vários agentes envolvidos, chegamos a dois tipos de captura:

- i) *Captura de decisões*, quando os agentes de determinado grupo de interesses tentam influenciar diretamente os decisores de modo a adotarem políticas regulatórias que lhes sejam favoráveis. É o típico modelo desenvolvido por Stigler em que o foco se encontra influência dum grupo sobre decisores;
- ii) *Captura de informações* centra-se na assimetria de informação entre os supervisores e decisores, tendo o supervisor acesso a determinada informação que o decisor pode desconhecer. E nestes casos, a assimetria de informação pode ser determinante quando os supervisores travam a cadeia de informação, fazendo com que os decisores tomem as suas decisões sem deter ou ter acesso a dados informativos relevantes. Há, nestes casos, um conluio entre supervisores – que podem ser entidades reguladoras – com as empresas do sector que visam a satisfação de interesses privados em detrimento do interesse público.

Mas Wren-Lewis não se fica apenas por estas distinções. Acrescenta ainda:

- i) *Captura Ex ante e captura Ex post*, sendo que na primeira o grupo de interesse pretende influenciar a elaboração da regulação ou das leis, antes mesmo da sua entrada em vigor, enquanto que a captura *ex post* o grupo de interesse já opera dentro do quadro legal existente, tentando explorar as vicissitudes do mesmo a seu favor;
- ii) Na *Captura legal*, podem incluir-se atuações que estejam dentro dos limites legais. Contudo, esses limites são diferenciados consoante as legislações mais ou menos restritivas. O caso do *lobbying* tem sido apontado como aceite mas existira, - e ainda existem – diferentes limites a este tipo de pressão organizada ou sectorial. No caso da *captura ilegal* já estamos perante situações como subornos, troca de favores ou outros meios coercivos para influenciar a decisão;
- iii) Na *Captura Direta*, o grupo de interesse manipula as decisões das suas próprias entidades reguladas, as que são diretamente responsáveis pelas normas e políticas regulatórias do sector onde atua. Já no caso de *Captura Indireta*, acontece quando um grupo se apodera ou influencia de sobremaneira uma entidade que, por si só, já possa influenciar entidade reguladora ou quem regula.

A captura regulatória tem consequências, quanto mais não seja porque deixa de existir uma regulação verdadeiramente pública, de prossecução do interesse público para existir uma espécie de regulação privada ao sabor dos que capturam o regulador. Mas esta é uma conclusão genérica. Na prática, há que perceber efetivamente quais são as implicações desta captura regulatória.

O primeiro objetivo do grupo que captura o regulador é obtenção dum rendimento superior caso operasse num mercado em situação de concorrência perfeita⁸⁰⁸. Aqui a questão é que não nos podemos cingir à ideia de renda capturada apenas para os produtores uma vez que podem ser os consumidores ou os contribuintes os captores. Há, pois, o desvio de rendas entre grupos o que reduz o bem-estar geral decorrente das transações do mercado.

A captura regulatória leva, portanto, a uma situação de diminuição de bem-estar geral, de bem-estar social por existirem desvios de rendas entre grupos. Ora, mas este desvio de rendas não gera apenas diminuição de bem-estar social, gera uma ineficiência pois os decisores não podem tomar as decisões de maximização do bem-estar.

Repare-se que a captura do regulador significa que os agentes já não estarão a agir em liberdade uma vez que as suas ações estão limitadas pela coerção e interesse de outros. Ora, neste caso, já não estamos numa concorrência perfeita, logo haverá perdas de eficiência. Quais são, então, os factores que podem levar a essa distorção da eficiência⁸⁰⁹:

- i) *Distorções de preços*, pois o mecanismo de formação de preços está distorcido pelo desvio de renda provocado pelo grupo de interesse aquando da captura, levando à formação dum preço não ótimo com influência nas quantidades que seriam desejáveis no mercado;
- ii) *Custos de captura*, pois os agentes que perpetram a captura têm associados custos de tempo e recursos associados a essa atividade;
- iii) *Alterações de políticas para combater a captura*, que acarretam por si só custos que seriam inexistentes caso não houvesse a influência dos grupos de pressão. A criação

⁸⁰⁸ Cfr. Liam Wren-Lewis, “Regulatory Capture: Risks and Solutions”, University of Oxford, Janeiro de 2011, p. 147 e ss.

⁸⁰⁹ Cfr. Liam Wren-Lewis, “Regulatory Capture: Risks and Solutions”, University of Oxford, Janeiro de 2011, p. 147 e ss.

dum mero incentivo ao regulador para não se deixar subverter à vontade do grupo de interesse tem um custo associado que seria desnecessário numa situação de concorrência perfeita.

Aqui chegados, importa, por fim, referir que não se afigura tarefa simples encontrar uma definição de captura regulatória. Parece ser um conceito que conseguimos facilmente depreender mas com demasiadas variantes para que seja unívoco.

De facto, e numa tentativa de aproximação ao sistema de regulação sectorial que encontramos amiúde em várias jurisdições, será mais usual encontrarmos situações de captura regulatória na regulação sectorial do que na regulação transversal. Isto porque sectorialmente torna-se mais fácil aglomerar interesses e organizar os grupos de interesse que pressionam a tomada de decisão regulatória⁸¹⁰.

Propomos, pois, a definição de Ricardo Pereira Gonçalves⁸¹¹: *“Assim sendo, a captura regulatória pode ser definida como o processo pelo qual um grupo de interesses – empresas, consumidores ou trabalhadores – procede a influenciar a vontade de uma entidade decisora ou supervisora de determinado sector regulado – que tanto pode ser uma entidade reguladora como o legislador ou o governo de um Estado – por qualquer forma – legal ou ilegal, directa ou indirectamente, explorando, ou não, assimetrias de informação existentes entre os vários actores em jogo – anterior ou posterior à criação do quadro regulatório vigente, com vista à obtenção de benefícios próprios que se podem traduzir, em geral, na captura de uma renda económica, e que pode dar origem a uma redução da eficiência económica e do bem-estar social. Esta definição, cremos, é capaz de abarcar as várias teorias acerca da captura regulatória que expusemos acima, tanto as que se focam nos grupos de interesses, como as que se focam nas assimetrias de informação e, além disso, não descarta as suas várias formas e momentos nos quais pode ocorrer. Além disso, inclui também os seus efeitos, parecendo-nos que estes devem ser parte da sua definição, pois apresentam-se como uma sua consequência necessária”*.

3.4.3. Custos da Regulação

Já aqui referimos que qualquer sistema regulatório não está isento de custos, recaindo os mesmos sobre os reguladores, os regulados, os consumidores e contribuintes.

Cabe no âmbito dos problemas causados pela regulação os custos associados à intervenção pública no âmbito do funcionamento do mercado, sendo que há ainda que ponderar os próprios benefícios decorrentes dessa intervenção. Não podemos estar apenas focados no prejuízo associado à intervenção. Mas, de facto, são esses custos que mais preocupam os agentes.

⁸¹⁰ Não é, contudo linear este pressuposto. Isto porque se parte do princípio de que o universo sectorial será menor e mais organizado do que qualquer norma de regulação transversal. Porém, se de tamanho estrutural estivermos a falar, países há que detêm estruturas empresariais ou industriais de pequena dimensão também capazes de encontrar interesses em comum.

⁸¹¹ Cfr. Ricardo Pereira Gonçalves, em “A Captura Regulatória – Uma Abordagem Introdutória”, Publicações CEDIPRE Online – 25, disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014.

Em termos simplistas, podemos ter dois tipos de custos associados à regulação⁸¹²:

1) *Custos Financeiros diretos*, que são os encargos das entidades reguladoras com instalações, equipamento e pessoal. Estes são os custos que facilmente são mensuráveis e que fazem parte dos estudos económicos para justificação dos próprios tributos cobrados aos regulados. São usualmente designados como custos com a atividade regulatória. Mas são também custos financeiros os que se impõem às empresas e que são, lá está, mensuráveis, contabilizados.

Conforme referem Calomiris, Mamaysky e Yang⁸¹³, “*Costs can be roughly categorized into two sets: physical operational costs and compliance risks. In the former category are the direct costs related to regulation’s mandated changes (relative to what firms would otherwise do) in production, distribution, or sales practices. In the latter category are the indirect costs of bearing the uncertainties related to the way regulation is created and enforced.*”⁸¹⁴

2) Por outro lado, existem *custos da regulação*, associados aos custos indiretos, estes sim sobretudo relacionados com as empresas, que têm a ver com as limitações impostas à liberdade de ação da atividade empresarial, da própria concorrência e eventuais custos de oportunidade, ou seja, as perdas de oportunidade de investimento, inovação.

Ora, nestes casos, existe uma difícil apreciação destes custos indiretos mas é onde o impacto no mercado mais se pode sentir. É neste campo que devemos perceber se as medidas regulatórias são proporcionais⁸¹⁵.

De notar que os *compliance risks* assumem um papel preponderante aquando do movimento de desregulação, sobretudo ocorrido na década de oitenta do Século XX nos Estados Unidos da América. Isto porque, depois deste movimento de desregulação surge sobretudo a ideia de criação de *guidances* por parte dos reguladores dá uma maior amplitude de movimentação aos reguladores.

Afinal, se as políticas forem apenas as de indicar direções, aumenta a discricionariedade de ação por parte dos reguladores. Ora, isso constitui, por si só, uma maior incerteza e risco para os regulados, mormente para as empresas que atuam no mercado.

Em resposta às reservas e críticas decorrentes da desregulação, surgem as preocupações em regular melhor, com maior harmonia e proporcionalidade. É uma espécie de reforma da

⁸¹² Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 71 e ss.

⁸¹³ Cfr. Charles W. Calomiris, Harry Mamaysky e Ruoke Yang, “Measuring the Cost of Regulation: A Text-Based Approach”, NBER Working Paper Series, Working Paper 26856, disponível em <https://www.nber.org/papers/w26856>.

⁸¹⁴ Neste interessante estudo de Calomiris, Mamaysky e Yand não há lugar, sequer, à análise dos custos públicos, ou seja, faz-se apenas uma análise dos custos associados às empresas que laborem em atividades reguladas e como essa regulação as impacta. Repare-se que estes custos financeiros ou *Physical Operational Costs* vão ser repercutidos nos preços praticados pelas entidades reguladas aos consumidores que são, eles próprios, os contribuintes que sustentam as despesas públicas. Pode, pois, existir repercussão do impacto ou até, eventualmente, um duplo impacto relativamente a custos no seio do grupo dos consumidores. Ora, tal assume relevância sobretudo caso o benefício da medida regulatória não seja superior. A tendência para o desequilíbrio do mercado é, portanto, evidente.

⁸¹⁵ De relevar desde já que o princípio da proporcionalidade deve ser aqui atendido uma vez que o processo regulatório sendo ainda no espectro público está no âmbito das decisões administrativas onde prevalece o princípio da proporcionalidade. Mais. O próprio Direito da União Europeia já consagra o Princípio da Proporcionalidade: veja-se o art.º 5º do Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade anexo ao TFUE.

regulação: se a desregulação, entendida como término de intervenção do estado em determinado sector ou área, não resolvia problemas de mercado ou criava outros, então há que trazer algum equilíbrio e zelar por uma proporcionalidade de medidas.

Este movimento inicia-se nos Estados Unidos da América sob a égide de *smarter regulation*, estando inicialmente relacionado com a atividade das agências reguladoras e à ideia de reforma da regulação económica. Contudo, não ficou apenas nos domínios da regulação, passando também para as áreas do ambiente, saúde ou segurança alimentar.

Este movimento passou para a Europa na década de noventa do Século XX, via Inglaterra, designando-se de *better regulation*.

Na sua génese, ambos os movimentos têm as mesmas preocupações, constatando que a regulação é precisa mas deve prestar-se mais atenção à seleção, tipo de instrumentos, bem como se os objetivos da regulação são alcançados. Ou seja, há que ser mais rigoroso na intervenção pública via regulação económica uma vez que já se havia experienciado a intervenção sem critério ou a desregulação. Não funcionando os extremos, havia que encontrar uma forma mais criteriosa de regulação, sendo imperioso resguardar os objetivos da mesma, bem como fiscalizar a sua implementação.

Este movimento foi sendo acolhido inclusivamente pela União Europeia que tem, como já amplamente se referiu um papel determinante e motriz no desenvolvimento dos modelos regulatórios dos Estados-Membros. Mas este acolhimento não é expressamente dirigido à regulação económica mas antes aplicável à legislação.

Vejamos:

Atualmente⁸¹⁶, a Comissão Europeia detém as seguintes linhas de orientação⁸¹⁷:

“São efetuadas avaliações de impacto quando se prevê que uma iniciativa da Comissão possa ter consequências importantes a nível económico, social e ambiental. É o caso de:

- *propostas legislativas*
- *determinadas iniciativas não legislativas (por exemplo, programas de financiamento, recomendações relativas a negociações de acordos internacionais)*
- *atos de execução e atos delegados*

As conclusões da avaliação de impacto são resumidas num relatório. A qualidade de cada relatório é verificada por um organismo independente, o Comité de Controlo da Regulamentação, que emite pareceres.

O relatório de avaliação de impacto deve indicar os seguintes elementos:

- *consequências ambientais, sociais e económicas, nomeadamente consequências para as PME e a competitividade, assim como uma declaração explícita no caso de alguma destas consequências não ser considerada significativa*
- *quem será afetado pela iniciativa e de que forma*
- *a estratégia de consulta e os resultados obtidos*

⁸¹⁶ Fevereiro de 2022

⁸¹⁷ Cfr. https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_pt

Os relatórios de avaliação de impacto são publicados juntamente com as propostas ou com os atos adotados pela Comissão. e enviados aos legisladores europeus (o Parlamento e o Conselho), que os têm em conta quando decidem adotar ou não uma proposta de ato legislativo.”

Ou seja, estes movimentos preocuparam-se sobretudo com o procedimento, com a regulamentação. Sendo que na Europa se pretendeu sobretudo alcançar uma “melhor legislação”.

Sucedem. Porém, que a regulação económica, sendo pública e concretizando-se por via legislativa, acaba por ser ela própria afetada por este tipo de medidas, sobretudo quando é expressamente relevado o impacto económico, as consequências para o tecido empresarial.

De qualquer forma não deixou de se sentir o impacto destas medidas na regulação económica: pretendeu-se aperfeiçoar medidas em termos substantivos e também no processo de regulação.

Ora, e é neste processo de regulação, onde encontramos a criação e justificação das medidas regulatórias, que importa referir a Avaliação do Impacto Regulatório – as “famosas” *Regulatory Impact Assessment* ou RIA – que tem várias modalidades⁸¹⁸: “(...) (i) análise das diferentes alternativas possíveis tendo em vista um determinado objetivo, (...) (ii) avaliação dos custos e dos benefícios de cada uma dessas alternativas, bem como (iii) das particularidades da sua implementação e aplicação”.

Destas três modalidades importa referir sobretudo a avaliação dos custos e benefícios das medidas regulatórias.

Este modelo de análise económica dos custos e dos benefícios é uma característica implementada no sistema norte-americano, implementado a partir da década de setenta do Século XX. Servia sobretudo como auxílio no processo de decisão das agências governamentais e de algumas Comissões Reguladoras Independentes. Pretendia-se aumentar a eficiência na tomada de decisão, sobretudo justificando-se economicamente as mesmas.

O principal motivo seria avaliar os custos e os benefícios de todas as alternativas regulatórias, incluindo a escolha de não regular. Assim, as decisões das agências reguladoras seriam tomadas atendendo a um conjunto de dados.

O *regulatory impact assessment* (adiante RIA) é um processo que permite que o regulador, o legislador, o decisor público encontre elementos essenciais para fundamentar determinada decisão. Não é uma decisão mas antes um processo que influencia, de sobremaneira a decisão final.

Este sistema decisório foi acolhido pelos atores internacionais – desde organizações mundiais, como a OCDE e União Europeia até implementação nos Estados – como um instrumento para melhorar a transparência, a eficiência social e a legitimação de políticas regulatórias. É muitas vezes apontado como a inovação essencial, a principal figura da *better regulation*⁸¹⁹.

Conforme refere Maria Sole Porpora⁸²⁰, “*The opening statement of President Clinton’s Executive Order (EO) 12866 affirms: «The American people deserve a regulatory system that works for*

⁸¹⁸ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 221 e ss.

⁸¹⁹ Também se considera que o RIA é uma ferramenta fundamental da *New Public Management*, um movimento que defende uma nova forma de *public governance* baseada na eficiência.

⁸²⁰ Cfr. Maria Sole Porpora, “*The introduction of Regulatory Impact Assessment in American Independent Regulatory Commissions*”, I Paper dell’Osservatorio AIR, P2/2014, Settembre 2014.

them, not against them». When introducing Impact analysis in the European Union – by COM/2002/0276 - the Commission launched it as a part of the Better Regulation Action Plan, to «improve the quality and coherence of the policy development process». UK Better Regulation Executive presented in 2006 a deed on “The tools to Deliver Better Regulation”, portraying the Impact Assessment as the cornerstone of better regulation”.

O RIA pode ser implementado como um instrumento para tornar mais “racional” a elaboração legislativa, as próprias soluções políticas, reformas administrativas ou controlo da burocracia.

Por outro lado, a utilização desse sistema pode aumentar a legitimidade das instituições, mormente das comissões reguladoras ou entidades reguladoras. Repare-se que um sistema de avaliação de custos e benefícios relativamente às alternativas de regulação, a fundamentação da decisão torna-se mais completa, criando-se uma maior aceitação da decisão.

Cria-se ainda uma aparência de menor interferência de grupos de interesse, pois existe uma avaliação efetiva das medidas e seus impactos. Reduz-se, assim, a possibilidade de influência ou captura do regulador.

Em 1981, o presidente americano Reagan adota a ordem executiva 12291 em que manda aplicar o RIA às agências governamentais. Este sistema foi desenvolvido e aplicado às Comissões Reguladoras Independentes com a EO 12866 de Bill Clinton, em 1993.

Como percebemos, foi por via de *Executive Orders* dos Presidentes Americanos que este sistema passou a ser implementado primeiro nas agências governamentais e depois nas Comissões Reguladoras Independentes. Contudo, de acordo com o próprio sistema administrativo e político americano, este sistema passa pela supervisão ou fiscalização de dois órgãos:

“The staff of the President is reunited under the “Executive Office”, where the Office of Management and Budget (OMB) deals with budgetary issues. Significantly, a special division of the OMB is the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), defined as the regulatory cockpit of the nation⁸²¹. Its role is to oversee federal regulations and take down all those proposed measures that do not pass the benefit-cost test.”⁸²¹

Em 1981, com a EO de Reagan, o OIRA passa a ter poderes reforçados devido à agenda de desregulação que se encontrava em curso. O OIRA supervisiona as Agências Governamentais através dos “drafts” da legislação, aplicando a necessidade de fundamentação, pelo sistema RIA, da legislação.

Entretanto, em 2000, o Congresso passa a ter poderes de revisão e aprovação, tendo o OMB de apresentar anualmente um relatório de custos-benefícios relativamente às medidas regulatórias ao nível federal.

Em 2003, o OMB emite uma circular, aplicável às agências governamentais, em que exige a implementação padronizada do sistema RIA, com o objetivo de melhorar a análise relativamente às normas e regulação⁸²². Uma das inovações passa pela abertura do processo à opinião pública, ou seja, há uma fase em que o processo é aberto a sugestões públicas.

⁸²¹ Cfr. Maria Sole Porpora, “The introduction of Regulatory Impact Assessment in American Independent Regulatory Commissions”, I Paper dell’Osservatorio AIR, P2/2014, Settembre 2014, p. 13 e ss.

⁸²² Conforme refere Maria Sole Porpora, “The introduction of Regulatory Impact Assessment in American Independent Regulatory Commissions”, I Paper dell’Osservatorio AIR, P2/2014, Settembre 2014, p. 14,

Em 2011 houve mais uma EO 13563, cujo intuito era implementar melhorias no sistema de Regulação e regulamentação, tendo em 2012, com a EO 13609, sido promovida a cooperação internacional com vista a implementar políticas regulatórias comuns.

É certo que nem sempre estas medidas foram direcionadas especificamente para a Regulação Económica, sectores regulados ou entidades reguladoras mas antes para a legislação. Contudo, a aplicação do RIA implica sempre uma avaliação de custos-benefícios mesmo quando são decisões com implicações na regulação económica.

Há, por isso, dois planos em que a adoção do RIA se torna relevante na área da Regulação Económica: 1) Porque se pode aplicar diretamente, como no caso dos Estados Unidos da América, às entidades reguladoras aquando da formulação das suas decisões-chave de política regulatória; 2) Porque se aplica à legislação em geral e, em particular, às decisões públicas sobre regular, desregular, de que forma e em que âmbito, quando essas decisões, para terem coercibilidade, assumem forma legal.

No caso das Agências Regulatórias Independentes americanas, o facto é que as mesmas se tornaram entidades fora do âmbito da administração. Fazia sentido, por motivos de eficiência, delegar nestas entidades administrativas independentes as decisões maiores relativas à ação reguladora.

E, de facto, tal veio a suceder de tal forma que ampliou a autonomia destas entidades. Com essa autonomia, outras preocupações surgiram, mormente de legitimidade⁸²³.

O certo é que o RIA aplica-se atualmente a todas as entidades executivas e independentes mas as Agências Reguladoras Independentes apenas são encorajadas a avaliar o impacto das suas decisões e regras mais relevantes⁸²⁴.

Isto porque o RIA evoluiu para um complexo sistema de avaliação que implica não apenas avaliações custo-benefício de factores económicos mas ainda ambientais e sociais, ou seja, custos implícitos muitas vezes de difícil mensuração. De facto, este é o maior desafio dos processos de avaliação dos impactos de legislação e regulação.

Para além disso, estes sistemas de avaliação levam a que tenha de se ser alterada a tradicional forma de tomar decisões para que haja uma maior racionalidade.

Apesar de se vislumbrarem facilmente as intenções positivas da aplicação da Avaliação de Impacto Regulatório, certo é que o mesmo não se encontra isento de críticas, desde logo a dificuldade em prever e quantificar os custos e benefícios de medidas, sendo que larga parte desses custos são implícitos e por isso de difícil mensuração.

"(...) not only it allows to choose the best net-benefit and cost-effective measure, but it also enhances transparency towards government and people about the agency's activity."

⁸²³Cfr. Maria Sole Porpora, "The introduction of Regulatory Impact Assessment in American Independent Regulatory Commissions", I Paper dell'Osservatorio AIR, P2/2014, Settembre 2014, p. 18, *"From a different perspective, procedural rules promote clear-cut democracy. Indeed, in the Regulatory State, the democratic principle concerns not only political, but also administrative bodies since the latter have inherited the duty to build up and maintain the general welfare. In addition, regulators exercise adjudicatory and quasi-judicial functions, too. This explains why they are not dependent from any kind of power since they are a direct expression of it. Therefore, they need to receive some kind of legitimation from the people. This legitimation cannot derive from elections, since formally IRCs are administrative entities, thus they have to be appointed by a political body."*

⁸²⁴ Sendo este, naturalmente, um conceito indeterminado.

Mais. Para além da dificuldade em mensurar os custos implícitos, há ainda a dificuldade de avaliar os potenciais benefícios e, pior ainda, os reais benefícios que se pode esperar de determinada medida.

E a avaliação é efetuada medida a medida não existindo a possibilidade de se avaliar alternativas, pelo que não facilita a comparação de alternativas⁸²⁵.

Por outro lado, a avaliação tende a ser técnica e economicista, fundamentalmente fazendo uma análise *ex ante*, não se garantindo qualquer correção da avaliação *ex post*. Muito embora se possa fazer a avaliação de medidas em vigor, o certo é que o sistema de avaliação não prevê qualquer revisão dessa mesma avaliação.

A maior crítica que se encontra a este sistema é a criação de mais um processo, mais burocracia na elaboração das normas, atrasando a aprovação de regimes ou criando mais entraves. Ora, esta é a antítese do objetivo que se pretenderia, quando supostamente uma avaliação mais objetiva traria mais transparência e menos burocracia.

Na União Europeia, a implementação do sistema de Avaliação do Impacto Regulatório⁸²⁶, abrange duas realidades: 1) A aplicação do sistema AIR na legislação e decisões emanadas dos órgãos europeus, nomeadamente Comissão Europeia, Conselho e Parlamento Europeu; 2) Aplicação direta do sistema de AIR pelos próprios Estados-Membros.

Efetivamente, a Comissão Europeia tem vindo a ser o órgão onde o sistema AIR mais tem vindo a evoluir. Contudo, quer o Parlamento Europeu como o Conselho também já têm preocupações com avaliações das suas decisões mesmo que os objetivos possam ser diferentes dos da Comissão Europeia.

Nos Estados-Membros têm sido seguidas as *guidances* que aqui já referimos, contudo com diferentes tipos de implementação.

No que concerne às metodologias e quantificação, Andrea Renda⁸²⁷ faz uma súmula interessante: *“Different scopes and different purposes are also reflected in a different emphasis being placed on the quantification and monetization of impacts in different countries. Eastern European countries, such as Poland and in particular Ukraine, have traditionally placed more emphasis on RIA as an explanatory document, and as such have made limited use of quantitative cost-benefit analysis in their RIA documents; on the other hand, the United States have devoted growing efforts to the monetization of impacts, including non-market goods such as biodiversity or the value of human lives, in order to increase the transparency of decision-making and the measurability of impacts over time. Also, the European Commission has strengthened the*

⁸²⁵ Este é, contudo, um aspeto questionável. Andrea Renda, em “Law and Economics in the RIA world”, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011, p. 78, analisa uma evolução relativamente às análises de *Impact Assessment* no que concerne às alternativas: *“The assessment of alternatives seems to have become more systematic. (...) the costs and benefits of alternative policy options are more frequently quantified and monetized in Commission IAs, especially compared to the 2004-2005 period, in which the assessment of alternatives was very limited. Today, in approximately 30% of the cases the European Commission provides an indication of the net benefits or cost-effectiveness of the policy options considered – a figure that must be appraised also in light of the fact that not all Commission IAs are related to binding policy actions.”*

⁸²⁶ No caso europeu, em bom rigor, designa-se por *Impact Assessment*.

⁸²⁷ Cfr. Andrea Renda, em “Law and Economics in the RIA world”, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011, p. 83 e ss.

emphasis on quantitative analysis since 2005, and later with the appointment of the Impact Assessment Board.”

Ora, este mecanismo de avaliação de impacto da regulação tem vindo, por isso, a sofrer alterações e sobretudo tem vindo a adaptar-se às realidades que entraram no espectro das preocupações da regulação. De facto, se inicialmente se pretendiam sobretudo apurar as consequências económicas mensuráveis de determinada legislação ou norma regulatória, caminhamos para a exigência de mais eficiência das medidas. Até porque, cada vez mais, as intromissões dos Estado são escrutinadas pela opinião pública, contribuintes e eleitores.

De qualquer forma, de facto há que relevar que o sistema de avaliação tem a virtude de objetivar e fundamentar as decisões regulatórias, estando mais blindadas relativamente ao escrutínio das mesmas e mostrando maior transparência. Contudo, não deixa de ser relevante que o sistema tem falhas e deve melhorar.

Não deixa de ser verdade que os mercados tenderam⁸²⁸ a clamar por uma regulação com instrumentos de flexibilização, mais orientados para a concorrência saudável dos agentes, mas também com maior autorregulação. Ou seja, a perceção de que os agentes de mercado já tinham atingido um grau de informação e forma de estar que permitiria um abrandamento da intervenção, deixando que os mesmos se autorregulassem.

Ora, nesta perspetiva, o risco da autorregulação passa a ser sobretudo suportado pelos agentes, retirando ao Estado pesos financeiros associados a burocracia ou processo legislativo.

Contudo, a pandemia COVID-19 veio demonstrar que, em situações extremas de necessidade social, o Estado tende a sentir-se impelido à intervenção imediata e, até, paternalista.

Mas uma intervenção mais musculada do Estado, tende a ter consequências, mormente ao nível dos custos da regulação para as empresas e para o próprio contribuinte.

Não há que descurar que uma intervenção do Estado tem sempre custos associados à própria movimentação da máquina administrativa, aos quais acrescem custos associados ao incentivo a determinada atitude ou ação de determinado sector. Ora, tal acresce substancialmente o custo do Estado, logo serão necessárias receitas que, geralmente são associadas ao lançamento de tributos.

Por outro lado, as empresas podem beneficiar com esses incentivos ou, caso contrário, serão também vítimas de acréscimo de custos face às novas imposições do Estado. O caso da pandemia foi paradigmático relativamente ao acréscimo de custos associado a Equipamentos de Proteção Individual ou necessidade de aquisição de material de desinfeção ou proteção. Estas medidas foram ainda mais gravosas porque acompanhadas de limitação à atividade, nomeadamente com redução de horários e de ocupação de espaço, tendo, em alguns sectores levado até mesmo à proibição da atividade⁸²⁹.

Ainda não se percebeu o real impacto desta crise pandémica na alteração dos padrões de regulação. Mas o certo é que há uma viragem relativamente a uma certa tendência de desregulação que parecia acompanhar a *better regulation*.

⁸²⁸ Pelo menos até 2020, quando a pandemia COVID-19 assolou praticamente todos os mercados.

⁸²⁹ O caso dos Bares e Discotecas que estiveram proibidos de trabalhar durante longo período e mantiveram grandes restrições à atividade mesmo quando houve redução de medidas.

De relevar, porém, que a desregulação nem sempre traz uma certeza de redução de custos para Estado. A administração Trump, por exemplo, veio afirmar que a desregulação teria sido essencial para o aceleração do crescimento da economia norte-americana desde a sua eleição em 2016.

Sucedem que não há evidências empíricas de que a desregulação traga redução de custos operacionais e muito menos de custos de risco⁸³⁰.

3.5. Dos Reguladores em Particular

Passamos agora à análise de quem regula.

Já aqui referimos a evolução nos últimos dois séculos das relações entre Estado e Economia, identificando três modelos de Estado: Estado Liberal, Estado Intervencionista e Estado Regulador.

Nestes três modelos cabem, primeiro uma (total) separação da Economia e Estado, em que a Economia não necessitava de qualquer regulação, acreditando-se que o mercado seria capaz de reagir, com o mecanicismo da “mão invisível” a funcionar.

Contudo, mesmo neste primeiro modelo, poderíamos encontrar atividades regulatórias do Estado que se circunscreviam às tarefas de defesa, segurança e salubridade.

Quando em meados do Século XX surge o Estado Providência, a atuação do Estado passa a envolver as áreas económicas e sociais também. As circunstâncias de emergência social pós-guerras mundiais e crises económicas⁸³¹ levaram à necessidade duma intervenção do Estado para assegurar sobretudo bem-estar social.

O Estado Providência aparece e desenvolve-se envolvendo as áreas de necessidade social mas também impondo ao Estado uma tarefa de impulsionador e de desenvolvimento económico. O Estado torna-se no principal ator económico que não apenas garante o auxílio social mas também sustenta os mercados, como agente direto ou indireto.

Monta-se uma enorme teia de serviços públicos, considerados uns essenciais, outros nem tanto! O certo é que os tentáculos da administração pública proliferaram como meio garantístico de prestação de bens e serviços considerados necessários.

Aqui encontramos um *mix* entre um intervencionismo direto do Estado na atividade económica e as tarefas regulatórias, sendo estas atividades regulatórias muitas vezes uma espécie de autorregulação uma vez que os próprios operadores públicos eram, muitas vezes, monopolistas em determinado mercado⁸³².

⁸³⁰ Cfr. Charles W. Calomiris, Harry Mamaysky e Ruoke Yang, “Measuring the Cost of Regulation: A Text-Based Approach”, NBER Working Paper Series, Working Paper 26856, disponível em <https://www.nber.org/papers/w26856>, p. 2. Recordem-se os exemplos de desregulação que correram francamente de forma negativa. Vide acima 3.4.1.

⁸³¹ Mormente, a crise pós *crash* bolsista de 1929 e crises petrolíferas dos anos 70 do Século XX.

⁸³² Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Temas de Direito da Economia”, 4ª Edição, Almedina, 2020, p. 201 e ss.

Por último, encontramos o Estado Regulador que surge no final do Século XX, com vagas de privatizações de empresas públicas, liberalização de sectores de atividade, redução do intervencionismo estadual e regimes regulatórios mais leves.

Mesmo quando atua diretamente como agente de mercado, o Estado fica sujeito às regras de concorrência, deixando de existir prerrogativas especiais ou exclusivas para o Estado.

Os serviços públicos passaram por uma reformulação e avaliação, tendo muitos desaparecido para a oferta privada. De qualquer forma, mesmo os serviços públicos que se mantiveram passaram a não ser obrigatoriamente prestados por agentes públicos, tendo sido disseminada a figura da concessão ou outras formas de delegação da competência. A administração dos serviços públicos passou a ser público-privada com celebração de parcerias ou concessões.

Face a este cenário, a regulação transforma-se num mecanismo para assegurar regras de concorrência no mercado, incluindo fomentar essa liberdade de ação dos agentes no mercado.

Este novo modelo regulatório pretende distanciar o Estado duma intervenção direta, imediata, montando uma teia jurídica, aplicada por autoridades independentes, passando a ideia de que o Estado se distancia mas não deixa de intervir quando necessário.

Na Europa, assistiu-se à vaga de privatizações e a um movimento de liberalização da economia, acompanhado pela sedimentação da então Comunidade Europeia e a entrada em vigor duma verdadeira União Monetária.

A visão do papel do Estado no domínio Económico transmuta-se, assistindo-se ao esvaziar da intervenção direta do Estado, passando a um modelo regulatório garantístico de condições concorrenciais, aplicado por entidades com autonomia em relação ao Estado.

Este novo modelo de regulação tem como guia a experiência norte-americana com as *independent regulatory agencies* que nascem com o *Intersat Commerce Act* e a instituição da *Interstate Commerce Commission* no domínio do transporte ferroviário⁸³³.

Na época de ouro da expansão da ferrovia foram muitos os abusos praticados pela concorrência feroz despoletada pela entrada de vários agentes com “dinheiro novo”. O facto de o território americano ser vasto e de a ferrovia ser o mais eficaz meio de transporte à época atraía vários agentes para este mercado que fez despoletar várias falências mas também muitas novas fortunas⁸³⁴.

A ferocidade do mercado teve de ser travada de alguma forma, até porque a disseminação das decisões nestas áreas entre os vários órgãos administrativos levava à corrupção e captura dos decisores por parte de grupos de interesse.

Ora, as IRA surgem numa tentativa de acalmar os ímpetus das “*corporations*” e tentar controlar a disputa entre Congresso e Presidente na divisão dos poderes. E este objetivo manteve-se com

⁸³³ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “*Direito da Regulação da Economia*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017

⁸³⁴ Foi o início da “*Gilded Age*” americana, em que proliferam novas fortunas construídas muito devido à exploração do negócio da ferrovia mas muito associada também à crítica política e corrupção. Embora o nome signifique algo “dourado” é de relevar que se pretendia passar a ideia de prosperidade mas de facto foi uma época em que se criaram extremas desigualdades na sociedade americana. O nome advém dum livro escrito por Mark Twain e pelo editor Charles Dudley Warner: “*The Gilded Age: A Tale of Today*” (A Era Dourada: Um Conto dos Tempos Atuais), publicado em 1873.

o *New Deal* onde aumentaram os ímpetus de afastar o Estado das decisões económicas, tendo proliferado as IRA sectoriais.

Este novo modelo administrativo resulta da adequação administrativa aos objetivos pretendidos: as IRA são uma figura jurídico-administrativa que se coaduna com a necessidade de autonomia na decisão e aplicação de medidas sectoriais.

As IRA têm duas características essenciais: “(...) por um lado a independência em relação ao Governo e, por outro, o acompanhamento da atividade económica em detrimento do crescimento orgânico e do reforço funcional da Administração.”⁸³⁵

Aliás, é determinante que estas entidades tenham efetiva independência uma vez que a mesma é parte essencial do sistema regulatório, em consonância com a própria constituição americana. O poder executivo do Presidente e o poder legislativo do Congresso estão em constante vigilância e fiscalização mútua, pelo que era essencial que as IRA existissem fora destes dois âmbitos do poder.

Este modelo foi depois importado para a Europa, coincidindo com a implementação desta ideia de Estado Regulador, com a progressiva desintervenção direta do Estado.

É neste contexto que encontramos então a necessidade de explorar as formas de regular: como é que se pode organizar um sistema regulatório atendendo às entidades que exercem essa atividade.

3.5.1. As formas de regular

Um sistema regulatório implica uma escolha relativamente às entidades que assumem a tarefa de regulação, qual a organização dessas entidades e respetivas competências. Somente com a definição destas tarefas e competências podemos considerar o sistema regulatório e avaliá-lo como um todo.

Ora, a regulação de atividades económicas pode ser efetuada por diferentes entidades, agindo em conjunto ou isoladamente, com maior ou menor interdependência entre si.

As opções são, portanto, muito variadas e dependem dos cenários existentes: tradição administrativa, tipo de mercado, bens ou serviços em causa, tipo de opção política de gestão que seja adotada⁸³⁶.

Geralmente faz-se uma primeira divisão entre dois formatos típicos de regulação: 1) Autorregulação, em que a atividade regulatória está entregue aos próprios regulados, exercida por organismos próprios; 2) Heterorregulação, desenvolvida pelo Estado, por via direta ou indireta, através de entidades com maior ou menor autonomia.

⁸³⁵ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 90 e ss.

⁸³⁶ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 72 e ss.

Não é invulgar que os sistemas regulatórios tenham uma espécie de “corregulação”, ou seja, um sistema misto em que coabitam hetero e autorregulação, existindo divisão de tarefas muitas vezes associado a sectores.

No caso da heterorregulação, Vital Moreira aponta dois modelos típicos⁸³⁷: *“o sistema em que a autoridade administrativa geral funciona também como autoridade reguladora (sistema da “regulação integrada”); e o sistema de autoridades reguladoras especializadas, separadas da autoridade administrativa geral (sistema da “regulação dedicada”), muitas vezes dotadas de assinalável independência orgânica e funcional, (autoridades reguladoras independentes).”*

Este sistema de heterorregulação com entidades reguladoras especializadas e dotadas de independência, são inspiradas no modelo norte-americano das *independent regulatory agencies*. Este sistema tem vindo a ser disseminado também na europa.

Entre nós, desde 2013, com a implementação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, existe uma tentativa de uniformização das entidades administrativas que têm a seu cargo tarefas regulatórias.

Contudo, o facto de existir uma Lei-Quadro que pretende uniformizar as funções e organização das entidades administrativas independentes, tal não significa que não existam ainda competências partilhadas, sendo disso exemplo a Entidade Reguladora da Saúde e a Direção-Geral de Saúde ou as Administrações Regionais de Saúde.

De referir ainda que é usual que as Direções-Gerais, por exemplo, mantenham ainda alguns poderes regulatórios em determinadas matérias, partilhando – ou não! – esse poder regulatório com entidades especializadas.

Bem como existem ainda áreas em que o regime regulatório é especial, fugindo da aplicação da Lei-Quadro. O exemplo típico é o Banco de Portugal que, sendo uma entidade reguladora, rege-se por normas próprias aplicáveis aos mercados financeiros.

Podem, por isso, existir várias modalidades de regulação, sendo que podem estar mais ou menos próximas do poder influenciador do Estado. Vejamos uma “escala” de tipos de regulação:

- a) A regulação que menos conexão tem com o poder público é a autorregulação privada, espontânea e voluntária, feita pelos próprios regulados. Essa autorregulação pode, depois, vir a ser oficialmente reconhecida, mantendo-se na esfera de entidades privadas;
- b) Já com maior intervenção pública, existe a autorregulação imposta, ou seja, é uma autorregulação definida e imposta oficialmente, que é exercida por entidades reconhecidas, nomeadamente ordens profissionais;
- c) Já no âmbito duma heterorregulação mas com independência administrativa e, eventualmente, financeira, temos a regulação pública exercida por entidade(s) reguladora(s) independente(s);
- d) Dentro da regulação pública com menor independência, podemos encontrar autoridades reguladoras dependentes, que operam por via de institutos públicos ou direções-gerais que estão no âmbito da tutela governamental. Pode, por último, ser a regulação pública direta por autoridade governamental

⁸³⁷ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 72 e ss.

O sistema regulatório, pode, como já referimos, ser um misto de diferentes níveis. Em termos resumidos e excluindo a autorregulação privada pura, podemos resumir as várias possibilidades de regulação:

<i>Estatuto da regulação</i>	<i>Formatos regulatórios</i>	<i>Autoridades reguladoras</i>
Regulação privada	Autorregulação privada	Organizações privadas
Regulação pública	Autorregulação oficial	Organizações de direito privado
		Organizações de direito público
	Regulação a cargo do próprio Estado (heterorregulação)	Administração direta
		Administração indireta (institutos públicos)
		Autoridades reguladoras independentes

Fonte: Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012

Façamos agora uma análise mais detalhada sobre as formas de regular.

a) Regulação Pública: Regulação Governamental

No âmbito da regulação pública, podemos encontrar uma heterorregulação mais musculada, de intervenção direta até uma atividade reguladora desenvolvida por entidades administrativas dotadas de autonomia.

Tradicionalmente, no Estado Intervencionista, a regulação não era, sequer, uma tarefa administrativa autónoma, sendo muitas vezes os próprios operadores económicos públicos – muitas vezes até monopolistas – que cumulavam tarefas empresariais com alguma função regulatória.

Neste caso, o Estado adotava uma postura de intervenção direta. Mais tarde veio a criar-se uma certa autonomização da tarefa regulatória, passando a ser as Direções-Gerais ou Institutos Públicos, sob superintendência e orientação do Governo a exercer essa atividade.

Contudo, os Institutos Públicos já detinham uma certa autonomia em relação à Administração Central, autonomia essa que se foi alargando atendendo à tendência de maior liberdade e autonomia em relação ao Estado por parte dos Reguladores.

Importa, pois, deter-nos sobre a regulação independente e seus fundamentos.

b) Regulação Pública: A Regulação Independente

A regulação feita por entidades administrativas independentes de tradição norte-americana, difundiu-se pela Europa e encontramos hoje um cenário em que as tarefas regulatórias estão entregues a entidades que gozam duma substancial autonomia da Administração Direta, mormente do Governo.

Estas entidades têm alguns traços gerais comuns, tais como⁸³⁸ i) dedicação exclusiva à função reguladora, ii) gozam de grande autonomia e discricionariedade no seu mandato legal, iii) detêm um procedimento específico de designação dos reguladores, iv) sistema de incompatibilidades como garantia de independência dos gestores, tendo também por isso um mandato único e alongado, desencontrado com as legislaturas, v) autonomia da função legislativa, não estando estas entidades sujeitas a poderes de direção do Governo, sendo por isso as suas decisões definitivas e apenas sindicáveis junto dos Tribunais, vi) substancial autonomia financeira com a possibilidade de recurso a meios próprios de financiamento designadamente por via de tributos cobrados aos regulados, vii) estas entidades estão sujeitas a um escrutínio direto por parte do Parlamento e, no que concerne à gestão de transferências de receitas públicas, pelo Tribunal de Contas.

Em Portugal, a tendência também foi a de paulatinamente deixarem de ser Direções-Gerais ou Institutos Públicos a dirigir a atividade regulatória para passarem a constituir-se entidades dotadas de maior autonomia administrativa e financeira⁸³⁹. Estas entidades são especializadas em determinado sector de atividade, gerindo, aplicando e muitas vezes emanando todas as normas regulatórias sectoriais.

Relativamente ao Banco de Portugal, este detém um estatuto de entidade reguladora das instituições de crédito, bem como ainda detém competências na regulação e supervisão do sector financeiro. Neste caso, existem normas especiais para regulação do sector, emanadas sobretudo pela Comissão Europeia e obrigatoriamente implementadas nos Estados-Membros.

Este movimento de maior independência para estas entidades reguladoras, leva a uma espécie de “desgovernamentalização” da própria regulação. Passa a existir mais uma divisão de funções, em que por um lado o Governo e Parlamento estabelecem quadros normativos e linhas estratégicas da regulação, enquanto os Reguladores exercem a atividade reguladora em si mesma, de implementação, supervisão e sancionamento dentro do quadro regulatório determinado.

Mas qual é o fundamento para tamanha autonomia? Até porque parece que o Estado pretende furtar-se ao grosso da tarefa reguladora mas não deixa de a determinar⁸⁴⁰.

Há diversos motivos que justificam este caminho que não conseguiremos, de todo, escarpelizar totalmente. Mas certamente poderemos apontar alguns fundamentos que são totalmente perceptíveis à luz do que até agora já temos vindo a explorar.

Assim, uma maior desgovernamentalização da Regulação torna-a apartada do poder decisório Governamental. Logo, menos dependente das próprias ideologias e objetivos políticos dos partidos e de quem governa.

Dá assim maior garantia de neutralidade política, assegurando-se uma separação entre a política e a economia, numa senda de menor intervencionismo. Mas também de maior especialização,

⁸³⁸ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 76 e ss.

⁸³⁹ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 93 e ss.

⁸⁴⁰ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 359 e ss.

pois não há necessidade de “profissionais” da política mas antes de quem realmente perceba das especificidades do sector, do mercado, dos agentes.

Este modelo traz ainda maior estabilidade regulatória uma vez que a organização, funcionamento e mandatos das entidades reguladoras não dependem do período de vida dos Governos.

Também com este modelo a separação entre o Estado-empresário e o Estado-regulador torna-se mais evidente. É que existindo uma entidade autónoma que é regulador de determinado sector, mesmo que o Estado tenha atividade nesse sector, deve cumprir exatamente os mesmos pressupostos que os restantes agentes. Ou seja, o facto de o Estado poder ter atividade empresarial tal não acarreta necessariamente uma posição de superioridade ou especial.

Ora, é também uma forma de garantir acesso ao mercado de todos os agentes que se encontrem em condições semelhantes, sem que existam benesses ou regimes especiais.

Esta situação leva-nos ainda a outro fundamento evidente eu se prende com a menor probabilidade de captura do regulador. Estando desfasados dos ciclos eleitorais, bem como não dependendo de qualquer partido ou luta partidária, as entidades reguladoras estão mais protegidas relativamente a eventuais capturas.

A estrutura administrativa duma entidade reguladora dotada de autonomia facilita ainda as fontes de financiamento que podem ser menos dependentes de receitas gerais do Estado e transferências dos mesmos.

Neste momento, as entidades reguladoras detêm poderes de autoridade suficientes para poder criar e lançar tributos bilaterais, dotados de alguma sinalagmacidade, que são importantes fontes de autofinanciamento.

Para além da maior independência em relação ao Governo, as entidades reguladoras devem ainda ser independentes em relação aos interesses regulados. E para tal, o sistema que utilize as entidades reguladoras independentes deve ter uma série de mecanismos que previna riscos de as mesmas caírem nas teias dos interesses dos regulados.

Assim, os quadros normativos que regulam as entidades reguladoras geralmente têm em comum alguns mecanismos, tais como⁸⁴¹:

- i) Requisitos técnicos e pessoais essenciais para a escolha dos membros do órgão regulador. É cada vez mais comum a previsão de características muito específicas que devem ser preenchidas pelos membros da entidade reguladora, bem como o processo de recrutamento e escolha dever ser o mais transparente possível, com dever de divulgação pública de características curriculares dos candidatos, bem como a escolha dos mesmos deve ser feita em conjunto por Governo e aval parlamentar.
- ii) Regime especialmente restritivo relativamente a inelegibilidade, incompatibilidades e impedimentos. Neste campo, deve vedar-se a designação a quem tenha ligações consideradas limitadoras ou de interesse, interditar qualquer conflito de interesse dos reguladores com entidades reguladas, bem como impedir que um membro dum regulador possa, imediatamente findo o seu mandato, possa passar para um regulado.

⁸⁴¹ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 79 e ss.

Há ainda regimes cuja independência partidária e requisitos técnicos são ainda mais apertados.

- iii) Abertura dos procedimentos a consulta pública e participação de todos os interessados. Quanto maior for a transparência dos procedimentos menor a probabilidade de existirem capturas regulatórias uma vez que todos os interesses podem ter acesso ao procedimento. E maiores são as garantias de imparcialidade. Em especial, incluir a participação, mesmo que de forma consultiva, dos utentes e consumidores, bem como assegurar que existe um provedor do consumidor nas próprias entidades reguladoras que assegure o tratamento de queixas e denúncias.

Este sistema de maior independência das entidades reguladoras requer que exista um sistema de responsabilização também. Por isso mesmo as entidades reguladoras têm, elas próprias, de prestar contas, para que possam ser responsabilizadas pelas tomadas de decisão, seja financeira ou não.

Para que exista essa responsabilização, deve ser criando no quadro normativo que rege essas entidades reguladoras alguns mecanismos de escrutínio e sanção. E o primeiro ponto relevante é efetivamente delimitar exatamente os poderes de cada entidade reguladora, seu objeto e função.

Depois a necessidade de existir um escrutínio público não se baseia apenas na transparência dos procedimentos mas ainda na submissão à fiscalização dos Tribunais de Contas, dos Parlamentos e, por último, dos Tribunais competentes relativamente a decisões em concreto.

Para além da necessidade de um procedimento participado e transparente, as entidades reguladoras devem dar informação regularmente sobre a sua gestão, contas e atividade, tornando esses relatórios acessíveis à comunidade.

Em caso de falta grave, não é de descurar o afastamento da regra da inamovibilidade, podendo o Governo exonerar a gestão da entidade reguladora em casos limitados ou dissolver a entidade reguladora.

É certo que este modelo é o prevalecente mostrando, contudo, alguns sinais de desgaste sobretudo depois da crise de 2008 e ainda mais pós Pandemia Covid-19. Isto porque os Estados, sobretudo na Pandemia, resolveram fazer intervenções diretas no plano económico, limitando, restringindo e até proibindo, mesmo que temporariamente, a atividade económica.

Há, portanto diversas mutações no sistema que podem ser consideradas, sobretudo atendendo a que voltou a circular muito dinheiro público na economia como meio de mitigação das medidas em altura de pandemia. E sabemos que quando tal acontece a teia pública intensifica-se.

c) Autorregulação

Ao contrário da heterorregulação onde regulador e regulado são diferentes, na autorregulação a regulação é efetuada pelos próprios agentes interessados.

A autorregulação não significa a inexistência de regulação. Pelo contrário. Há uma regulação feita pelos próprios destinatários da regulação. E é uma regulação coletiva e não individual, ou seja, é dirigida a um grupo ou associação, impondo determinadas regras e condutas aos seus membros.

De referir ainda que a autorregulação não significa necessariamente que estamos fora do âmbito da regulação pública, pois pode existir uma autorregulação que é imposta pelo próprio

governo, ou seja há uma imposição exógena mas são depois os regulados que garantem a concretização e aplicação das regras.

A autorregulação pode, contudo, ser espontânea, de natureza privada em que, um grupo de regulados, voluntariamente se autovinculam a normas reguladoras. Neste caso há liberdade negocial e esta autovinculação baseia-se na autonomia privada.

No caso da autorregulação com reconhecimento oficial, o Estado impõe que exista uma entidade que autorregule determinado grupo ou associação, dotando-a de regras especiais e poderes para que possa exercer essa função. É o caso paradigmático das ordens profissionais ou outros organismos de representação profissional.

Esta autorregulação oficial é visível ainda, por exemplo nas normas de regiões demarcadas vinícolas ou agrícolas, funções de certificação e credenciação de determinados produtos industriais, atribuição de carteiras profissionais para regulação de acesso a determinada profissão, etc.

Neste caso há uma desoneração do Estado na tarefa de regulação, passando essa tarefa – ou delegando-a – nestas entidades.

Em termos formais, estas entidades podem constituir-se como ordens ou câmaras profissionais, organismos públicos representativos, associações de direito privado mas com reconhecimento e credenciação pública, entidades privadas com poderes de credenciação, entre outras figuras jurídicas.

De qualquer forma, a autorregulação tem como principal característica a manutenção do distanciamento entre a esfera pública e a regulação efetuada pela esfera privada dos regulados.

Contudo, não é de descurar que a autorregulação possa aparecer em modelos mistos, ou seja, uma pura autorregulação privada em determinados casos ou uma autorregulação imposta em outros sectores. Bem como pode suceder as entidades autorreguladoras passem para a esfera pública ou manterem-se na esfera privada.

A autorregulação traz, em teoria, maior flexibilização, eficácia e economia na regulação. Quanto mais não seja porque se retira da esfera pública a carga dessa tarefa.

O facto de serem os próprios pares a agir como reguladores traz uma maior taxa de aceitação, reduzindo a litigiosidade. Tal sucede também porque os autorreguladores detêm maior conhecimento das especificidades do sector, pelo que facilmente adaptam as normas e as mudam consoante as vicissitudes que possam ocorrer.

Acresce ainda que a autorregulação, sobretudo se aplicada ao sector profissional, evita uma ingerência do Estado numa atividade profissional liberal, conseguindo-se maior grau de aceitação e liberdade das normas reguladoras. No fundo, existe a perceção de níveis de regulação menos lesivos da liberdade e autonomia económica, princípios que são muito queridos a estes profissionais.

Curiosamente, em Portugal abriu-se recentemente⁸⁴² a discussão sobre a regulação profissional, mormente relativamente às Ordens Profissionais em que o Estado, curiosamente vem impor

⁸⁴² Quando da escrita do presente capítulo, em março de 2022, ainda não existiam propostas legislativas aprovadas mas já se discutia a possibilidade de a nova legislação retirar entraves ao acesso a determinadas

menores barreiras de acesso às profissões. Retira, por isso, algum poder de manobra às Ordens Profissionais.

Não existem apenas benesses relativamente à autorregulação oficial.

Em primeiro lugar há que referir que na autorregulação há uma tendência a representar interesses particulares privativos que são normalmente indesejados numa regulação pública que se pretende ligada à defesa do interesse público geral.

Assim, podem existir consideráveis desvios da função reguladora, criando-se regras de restrição de acesso ao mercado, por exemplo, para defesa do próprio interesse dos agentes já instalados. Aliás, esta é uma típica desvantagem da autorregulação!

Por outro lado, existe geralmente uma tendência à menor responsabilização das entidades autorreguladoras, sobretudo porque há uma maior dificuldade no controlo e fiscalização das mesmas a não ser pelos próprios pares.

Existe, portanto uma tensão entre aquilo que é o interesse coletivo de determinado grupo em relação e o interesse público associado à ideia de regulação, o que faz com que nem sempre exista uma verdadeira defesa dos agentes de mercado, sobretudo do lado dos consumidores. O caso paradigmático é a autorregulação profissional que tende a ser corporativista, de defesa dos interesses sobretudo dos profissionais que já se encontram no mercado.

d) Regulação multinível

Numa economia global como atualmente existe, o Estado deixa de ter o monopólio da Regulação. Existe uma vasta abrangência de instituições intergovernamentais e internacionais que acabam por ter também funções de regulação *supraestadual*.

Ora, a regulação acaba por extravasar fronteiras criando-se vários níveis de regulação em diversos espaços territoriais. Contudo, nem a regulação supranacional substitui a regulação nacional, nem a regulação global substitui a regulação supranacional. Ou seja, nenhuma regulação anula automaticamente a outra, existindo uma convivência de normas, desejavelmente harmonizadas.

Existe, pois uma coexistência de normas reguladoras sendo que cada uma com a sua respetiva competência e âmbito de aplicação, nascendo assim uma estrutura em vários níveis.

Por um lado temos a *Regulação Supranacional*, em que existe uma entidade supranacional que emana normas reguladoras harmonizadas para todos os membros dessa entidade. É o caso da União Europeia⁸⁴³. Com a criação duma União Aduaneira, um mercado comum, caracterizado pelo estabelecimento de liberdade de estabelecimento, circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, então passa a existir uma necessidade de imposição de regras comuns e de reconhecimento recíproco. Para que tal suceda, as mesmas devem ser emanadas por uma entidade que detenha o poder de harmonização dessas normas. Repare-se que se assim não fosse, cada entidade reguladora de cada país, em cada sector, agiria discricionariamente, de acordo com os interesses nacionais.

profissões. Contudo, estas abordagens provocaram severas críticas por parte dos profissionais uma vez que retira algum poder de controlo de qualidade às ordens profissionais relativamente aos candidatos às profissões.

⁸⁴³ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, 115 e ss.

Nestes termos e como já vem sendo referido, a Comissão Europeia tomou as rédeas da criação dum denso sistema regulatório que foi sendo reforçado com o poder judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia. Atualmente, para além do corpo normativo regulatório, existe ampla jurisprudência sobre matéria de regulação e concorrência.

Para além das Políticas Comuns que existem na União, o mercado único levou à criação de regras de liberalização de mercados das *utilities*, mercados sectoriais tais como telecomunicações, energia, serviços postais, transportes, etc..⁸⁴⁴

A par desta regulação supranacional, existe ainda a *regulação global*, decorrente da necessidade de regras que rejam os mercados globais. Esta Regulação Global centra-se em instruções que determinadas organizações internacionais vão emanando, tal como a Organização Mundial do Comércio, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, Fundo Monetário Internacional ou outras organizações mundiais sectoriais. A estas instruções e recomendações, acrescem os acordos multilaterais ou bilaterais que se vão celebrando, muitas vezes por via de Modelos de Convenção previamente uniformizados.

Contudo, face à dimensão e interesses divergentes dos membros, a regulação global não é de fácil implementação e eficiência. Bem como não é de fácil aceitação atribuir tarefas de regulação a entidades internacionais. O caso mais avançado será a Organização Mundial do Comércio que detém uma ampla teia de convenções multilaterais relativas ao comércio e que goza já de poderes de supervisão.

Façamos uma breve síntese desta regulação a vários níveis⁸⁴⁵:

Nível territorial	Âmbito	Autoridades reguladoras	Instrumentos regulatórios
Nível global	Comércio internacional Serviços financeiros Harmonização regulatória	OMC Comité de Basileia, IOSCO ISB (FMI) UNECE	Normas (acordos internacionais e “legislação” das agências internacionais) Supervisão Resolução de litígios (OMC)
Nível supranacional	Áreas atribuídas pelos Tratados à UE	Comissão Europeia Autoridades de regulação setorial da UE	Poderes legislativos e regulamentares Poderes de supervisão Revisão judicial
Nível nacional	Áreas remanescentes	Governos Autoridades de regulação nacionais	Poderes legislativos Poderes de supervisão
Nível infraestadual	Competências descentralizadas	Autoridades regionais e locais	Poderes normativos Poderes de supervisão

Fonte: Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012

⁸⁴⁴ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Temas de Direito da Economia”, 4ª Edição, Almedina, 2020, p. 211 e ss.

⁸⁴⁵ Cfr. Vital Moreira, “Provas de Agregação – Programa da disciplina de “Direito Público da Regulação”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 2012, p. 94 e ss.

Importa, por fim, recordar que na regulação há uma relação entre regulador, regulados mas também utilizadores, utentes ou consumidores. Estes últimos já podem participar nos procedimentos dos reguladores via consulta pública ou órgãos de consulta.

As autoridades reguladoras devem também ter provedores do consumidor para tratamento de queixas, por exemplo, cuja apreciação e obrigatória divulgação podem desencadear procedimentos sancionatórios ou de retificação das ações da entidade reguladora.

Por outro lado, há que distinguir as autoridades reguladoras das autoridades de defesa da concorrência que, à partida, não devem ser consideradas como entidades reguladoras *stricto sensu*.

O que geralmente acontece é uma divisão de tarefas entre estas duas Autoridades⁸⁴⁶: i) as autoridades reguladoras assumem tarefas de regulação sectoriais, ii) as autoridades de defesa da concorrência assumem a defesa da concorrência, muitas vezes com poderes sancionatórios bastante alargados.

Contudo, há matérias híbridas. Por exemplo, práticas restritivas de concorrência ou concentrações sectoriais, embora sejam matérias de defesa da concorrência, é de facto essencial a colaboração das entidades reguladoras sectoriais⁸⁴⁷.

Contudo, o exemplo do Reino Unido é paradigmático para exemplificar situações em que as entidades reguladoras têm elas próprias funções de defesa da concorrência, existindo alguns mecanismos para evitar conflitos de competências.

Pode suceder, por exemplo, a atribuição de competências às entidades reguladoras que abarquem também a defesa da concorrência e terminar com a existência de uma autoridade para a concorrência a funcionar de forma autónoma.

3.5.2. Sistema Europeu Multinível

A regulação económica multinível é hoje característica da própria União Europeia. Aliás, a União Europeia passou a ser o paradigma desse tipo de sistema, não tendo necessariamente criado maior complexidade mas antes maiores desafios.

É inevitável fazer menção a Giandomenico Majone que, sobretudo nos seus dois escritos “*The Rise of Regulatory State in Europe*”⁸⁴⁸ e “*La communauté européenne: un état régulateur*”⁸⁴⁹, faz menção ao nascimento dum verdadeiro Estado Regulador com a Comunidade Europeia, um Estado Regulador Supranacional.

⁸⁴⁶ Cfr. Carlos Correia, “As Relações entre a Autoridade da Concorrência e os Reguladores Sectoriais”, in “Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?”, Almedina, 2009 p. 721-736.

⁸⁴⁷ Cfr. Victor Calvete, “As semelhanças e as diferenças: Regulação, Concorrência e *All That Jazz*”, *Julgar* n.º 9, 2009.

⁸⁴⁸ Cfr. Giandomenico Majone, “The Rise of Regulatory State in Europe”, in “Regulation Europe”, Routledge London/ New York, 1996, p. 45 e ss.

⁸⁴⁹ Cfr. Giandomenico Majone, “La Communauté européenne : un état régulateur », Montchrestien, Paris, 1996.

De facto, Majone refere vários factores para demonstrar o impacto da então Comunidade Europeia na Regulação⁸⁵⁰. O certo é que a legislação europeia foi usada para implementação duma harmonização da regulação, aumentando a importância da mesma e alargando-se assim, naturalmente, as competências da Comunidade Europeia nas matérias de regulação.

Existindo limitações orçamentais, bem como limitações de competências, a forma como a Comissão Europeia foi agindo e criando um corpo regulatório uniforme e forte foi por via legislativa. Não esquecer que a legislação europeia tem aplicação direta ou deve ser adotada pelas ordens jurídicas nacionais, pelo que detém especial força de ação.

Um dos factores mais relevantes para a formação e crescimento deste Estado Regulador foi a Comunidade Europeia e, posteriormente, a União Europeia, ter aumentado exponencialmente o número de diretivas e regulamentos emanados pelas instituições europeias.

As diretivas dirigidas a Estados-Membros, vinculam os mesmos a objetivos a atingir, ou seja, os Estados-Membros decidem os meios e forma de atingir o resultado a que estão vinculados.

Já no caso dos Regulamentos, os mesmos têm carácter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicável a todos os Estados-Membros.

Outro indicador do avanço da Comunidade Europeia como regulador foi o aumento exponencial dos conselhos especializados, sendo que o Conselho⁸⁵¹ é um órgão por onde passa grande parte da legislação europeia e onde se tomam grande parte das decisões finais sobre essa legislação.

Ora, esta necessidade de aumentar o número de Conselhos especializados deve-se também ao facto de se pretender abranger as matérias sob alçada da legislação europeia. Para além da definição de políticas que tradicionalmente já necessitavam deste “consenso” no Conselho, tais como a PAC, Comércio e Indústria, Finanças, passam ainda a existir outras áreas de interesse tais como o ambiente, transição digital e tecnologia, ciência, entre outras.

O caso ambiental é paradigmático de como a regulação europeia desempenhou um papel fulcral no desenvolvimento de políticas de defesa do ambiente, dependência energética, produção de energias alternativas, etc..

O facto de ser uma legislação europeia faz com que exista uma maior aceitação por parte dos Estados-Membros, que a devem implementar, bem como aumenta o reconhecimento mútuo entre Estados.

Este processo de liberalização dos sectores económicos, liderado sobretudo pela Comissão, foi a forma de aumentar a atividade deste órgão, ganhando assim maior relevância. Hoje, com maior distância, podemos até extrapolar uma conclusão de que a regulação criou padrões de comportamento económico, limites de atuação económica, organização e funcionamento regrado de mercado, fazendo-o de forma uniformizada por todos os países.

Esta atitude, a par da União Monetária, foi determinante no processo de construção e manutenção do projeto europeu. Os objetivos da própria União Europeia acabaram por ter de

⁸⁵⁰ Cfr. Giandomenico Majone, “The Rise of Regulatory State in Europe”, in “Regulation Europe”, Routledge London/ New York, 1996, p. 45 e ss.

⁸⁵¹ No Conselho encontram-se representados todos os Estados-Membros, sendo essa representação efetuada a nível ministerial.

ser adaptados às evoluções de cenários, crises e desenvolvimentos decorrentes de mais de sete décadas de construção europeia.

De referir ainda que o desenvolvimento dos mecanismos regulatórios que hoje assistimos na União Europeia leva a que já exista uma preocupação a dois níveis: por um lado a promoção de novos mercados ou manutenção de condições para a sua abertura à concorrência; por outro, a correção dos mercados em função de interesses específicos que extravasam a tutela do livre funcionamento do mercado.

A abrangência é, por isso, a larga escala. Incluindo mecanismos regulatórios *ex ante* e *ex post*.

O papel regulador das instituições europeias também cresceu devido à forte influência das empresas multinacionais, em que se pretendia que tivessem um padrão de atividade dentro do mercado comum. Desapareceram as barreiras “físicas” aumentando-se a liberdade de circulação de pessoas, bens e capitais mas era ainda necessário existir um corpo normativo comum que regesse os mercados⁸⁵².

Ora, nada melhor do que uma entidade supranacional para prosseguir esse desígnio, uma vez que somente assim seria possível uma harmonização dentro do espaço comum.

E não só as empresas viam benefícios nessa harmonização. Os próprios Estados perceberam da necessidade da existência dum fio condutor, de padrões uniformizados.

Por um lado, com a existência dum mercado comum⁸⁵³, certo é que as falhas de mercado – principal motivo para a intervenção reguladora – deixaram de ser apenas restritas a território nacional mas antes ampliadas internacionalmente. Nestes casos, seria sempre necessário existir uma coordenação e cooperação transnacional.

Mais. Sendo uma entidade supranacional a desenvolver as regras regulatórias descem as probabilidades de vermos a legislação nacional a beneficiar os seus, as suas empresas, os seus sectores onde prevalecem.

Existindo uma regulação supranacional, torna-se menos provável a captura do regulador, bem como prevalece uma uniformidade, uma igualdade de tratamento entre todos os países. Assim, mesmo que haja algum agente nacional que se sinta prejudicado sabe que todos os que estão em situação idêntica passam, exatamente, pelas mesmas agruras.

São, por isso, muitas vezes, os Estados a preferirem delegar as competências da regulação nas instâncias europeias, tendo, assim, a “desculpa” perfeita para os operadores internos que fiquem descontentes.

Mas esta transferência de poderes reguladores deve ser cautelosa sob pena de diminuição da soberania dos Estados, pelo que cabe sempre aos órgãos dos Estados acolher, implementar e executar as políticas europeias. E exatamente por este motivo a União Europeia não é um Estado Regulador por si só mas antes um regulador supranacional num regime multinível.

Existem, de facto, limites normativos que circunscrevem essa transferência de competências regulatórias dos Estados para a União. E para ultrapassar esses limites foi criada a rede de

⁸⁵² Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 244 e ss.

⁸⁵³ Maria Eduarda Azevedo, em “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 212, afirma que o Acto Único Europeu tem sido equiparado ao projeto regulador da economia de maior alcance, envergadura e ambição realizado em todo o mundo até agora. De facto, podemos apenas esperar um projeto semelhante com o caso da UEMOA mas ainda em desenvolvimento.

reguladores nacionais que se articulam com a Comissão ou organismos comunitários com tarefas regulatórias.

Coloca-se aqui a questão da legitimidade democrática⁸⁵⁴ das entidades reguladoras independentes porque o que acontece é que o Estado delega poderes muito relevantes em entidades que não têm sufrágio popular. E, no caso da União Europeia, é exatamente o que se passa, quando os Estados “delegam” poderes de regulação à Comissão.

Há, portanto, uma clara tendência para o desenvolvimento de processos de regulação que sugerem a interação entre Estados, estruturas nacionais e estruturas supranacionais. Este cenário acarreta características *suis generis* do próprio sistema, envolvendo diversos níveis de articulação para a regulação. Falamos de um nível supranacional e nacional, mas também da interação entre regulação pública e privada.

É, de facto, uma arquitetura muito peculiar, com uma espécie de pirâmide organizacional mas com geometria variável e grande fragmentação horizontal. Contudo, tal não resulta necessariamente em menor eficácia das medidas.

Assim, assistimos a um fenómeno de “comunitarização” das instituições regulatórias⁸⁵⁵ e da própria regulação económica.

De facto, assistimos a sistemas regulatórios nacionais marcados pela transposição de diretivas e demais legislação europeia, que enfatizou a constituição de entidades reguladoras independentes nacionais que, de certa forma, são os peões para a instituição de políticas europeias de regulação.

Ora, a Comissão funcionou como motor para a construção dum corpo normativo comunitário que levou a uma espécie de federalização⁸⁵⁶ administrativa da regulação: por um lado implementou a liberalização de mercados que depois deu lugar a uma certa estabilização dos mesmos, tendo depois estabelecido e incentivado a criação de entidades jurídicas, dotadas de autonomia ou mesmo liberdade, para se constituírem como parte do sistema regulatório nacional e implementar as normas (harmonizadas) de regulação.

No espaço da União Europeia assiste-se, pois, a uma manifesta influência do direito europeu na construção dos sistemas de regulação económica nacionais, sendo disso exemplo a implementação das entidades reguladoras nacionais muitas vezes com funções reguladoras decorrentes do direito europeu.

Na construção comunitária destacam-se, pois, atributos essenciais e caracterizadores do sistema regulatório. Por um lado, a Comunidade e depois a União assumiram como caminho alternativo aos seus parques poderes no plano da distribuição e estabilização macroeconómica a utilização da regulação económica. A regulação foi um caminho para se poder harmonizar ações indiretas do Estado de forma harmonizada a nível económico.

Por outro lado, a política regulatória da Comunidade Europeia – e depois da União Europeia – acompanhou o desmantelamento de monopólios e liberalização dos sectores sobretudo das

⁸⁵⁴ Tema que escarpelizaremos mais adiante, no ponto 3.5.2.1 e 3.5.3.1.

⁸⁵⁵ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, em “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 215 e ss.

⁸⁵⁶ Expressão utilizada por Maria Eduarda Azevedo, em “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 215 e ss, que é demonstrativa desta ideia de regulação multinível, dispersa ente entidades supranacionais e nacionais.

utilities. Aliás, o desaparecimento de monopólios públicos e a defesa de privatizações foi um dos objetivos maiores da Comissão Europeia.

Acresce ainda que este mecanismo de intervenção indireta na economia por via de processos normativos de regulação está menos dependente de condicionalismos orçamentais, pelo que mais facilmente poderiam desenvolver-se. Isto porque, como já se referiu, o orçamento comunitário – ou, hoje, da união – é rígido, reduzido e não detém a União poderes tributários para fazer face a despesas.

Assim, passando o ónus da aplicação e atuação para os Estados-Membros, a União Europeia detém o poder de *guidance* sem necessitar de investimento relevante direto. São os Estados-Membros que, face à legislação europeia, devem acolher e implementar as políticas regulatórias, aplicando-as por via da ação legislativa nacional e fiscalizando os mercados por via das entidades reguladoras nacionais.

O corpo nuclear da regulação europeia encontra-se vocacionado para a promoção dos valores de mercado, abertura dos sectores económicos e o desmantelamento de monopólios públicos. De seguida, um corpo talvez com menor dinamismo, que pretende um equilíbrio entre os valores de mercado e interesses públicos diversos, desde a defesa do consumidor à salvaguarda de informação.

Importa ainda, mesmo que de forma breve e paralela, referir ainda como conjugar esta regulação multinível com o princípio da subsidiariedade. Isto porque não há juridicamente uma delegação de poderes dos Estados junto da União Europeia, mais concretamente Comissão, para matéria de regulação.

O princípio da subsidiariedade, na sua dimensão vertical – ou seja, alocação de competências em diferentes organizações – pode ser importante para compreender também a estruturação do corpo regulatório multinível.

Ora, de acordo com o artigo 5º n.º 3 do Tratado da União Europeia, *“nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.”*

A finalidade geral do princípio da subsidiariedade é garantir um determinado grau de autonomia a uma autoridade subordinada a uma instância hierarquicamente superior, ou a uma autoridade local em relação ao poder central. Isto implica uma repartição de competências entre diversos níveis de poder, princípio que constitui a base institucional dos Estados com estrutura federal.

Aplicado ao contexto da UE, o princípio da subsidiariedade serve para regular o exercício das competências não exclusivas da União. Exclui a intervenção da União quando uma questão pode ser tratada de forma eficaz pelos próprios Estados-Membros a nível central, regional ou local. É, assim, conferida legitimidade à União para exercer os seus poderes apenas quando os Estados-Membros não puderem realizar satisfatoriamente os objetivos de uma ação proposta e a ação a nível da União puder conferir um valor acrescentado.

Nos termos do artigo 5º n.º 3, do TUE, para que as instituições da União intervenham em nome do princípio da subsidiariedade deverão estar preenchidas três condições prévias: (a) não pode tratar-se de um domínio da competência exclusiva da União (isto é, deve ser uma competência não exclusiva); (b) os objetivos da ação considerada não podem ser suficientemente alcançados

pelos Estados-Membros (necessidade); (c) devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, esta pode ser mais bem alcançada ao nível da União (valor acrescentado).⁸⁵⁷

Quer com isto dizer-se que a intervenção da União Europeia ao nível da Regulação foi sendo efetuada no pressuposto que está a União em melhor posição para poder emanar legislação para determinado sector.

Mantém-se, contudo, ampla necessidade de convergência na tomada de decisão, conforme se pode constatar pelo Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade.

Bem como se mantém a iniciativa legislativa em matéria de regulação no âmbito da Comissão e por via de diretivas, respeitando-se desta forma o disposto no artigo 5º do TUE.

O princípio da subsidiariedade apresentou-se sempre como corolário duma certa descentralização de decisão para que a mesma fosse tomada o mais perto dos seus destinatários. Mas, no caso da regulação, a União Europeia chamou a si, com argumentos a favor da construção europeia e do conceito europeu de interesse geral, a tarefa uniformizadora.

Face a esta opção mas atendendo às competências da União, claro se torna que esta regulação só foi possível de implementar face a uma cooperação entre órgãos comunitários e autoridades nacionais.

Agora isto não quer dizer que não ocorram falhas. Antes pelo contrário. Existem, pois, falhas de regulação, seja por errada implementação ou adequação das medidas ou por assimetrias de informação⁸⁵⁸.

Aliás, tal levou a que exista um reforço de medidas de supervisão e monitorização com a constituição de agências europeias. O caso da “nova” arquitetura da regulação financeira é paradigmático.

Ora, interessa agora perceber como se estrutura esta teia regulatória multinível, mormente quais as autoridades existentes e sua relação.

3.5.2.1 Estruturas de Regulação na União Europeia

Já aqui referimos que a teia da regulação multinível europeia tem à cabeça a legislação emanada pela Comissão Europeia. Mas sabemos que existem sectores em que se constituíram também agências europeias com poderes regulatórios, pelo que não se pode encontrar um regime geral.

Existe, contudo, um caminho que foi traçado pela União Europeia no sentido de se criarem reguladores nacionais dotados de autonomia. Os Estados-Membros foram instados pela progressão liberalizadora da regulação europeia a criar as entidades reguladoras nacionais, devendo assegurar a sua independência e meios necessários ao cumprimento da sua missão.

⁸⁵⁷ Cfr. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/7/o-principio-da-subsidiariedade>

⁸⁵⁸ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 245 e ss.

Este modelo de criação de autoridades reguladoras nacionais dotadas de autonomia ou mesmo independência tornou-se essencial para a implementação das políticas regulatória emanadas pela União. Mais. Tornou-se característica essencial.

Contudo, as vicissitudes dos ciclos económicos e em concreto a crise de 2008 foi motor para a alteração do paradigma da regulação financeira.

Façamos, por isso uma análise mais pormenorizada destes dois exemplos, partindo da análise geral das entidades reguladoras para depois avaliar as alterações introduzidas na arquitetura do modelo regulatório na área financeira.

Os Reguladores

A União Europeia desenvolveu uma política de regulação económica fortemente liberalizadora, de defesa da concorrência mas sem questionar a necessidade de empresas públicas. Este equilíbrio permitia a abertura ao movimento de privatização para assegurar a liberdade de acesso da iniciativa privada às atividades tradicionalmente na esfera pública mas não fechava a porta à iniciativa pública para colmatar a necessidade de alguns bens de interesse geral.

No sentido de atenuar a transformação dos mercados, mormente passando-se sectores tradicionalmente monopólios do Estado para mãos privadas, o sistema comunitário foi encontrando soluções para respeitar as obrigações de serviço público.

Retirando aos Estados, progressivamente, a influência da ação direta nos mercados, tornava-se necessária a constituição de entidades reguladoras nacionais para que estas pudessem aplicar e fiscalizar a política regulatória definida pela União.

As Autoridades Reguladoras nacionais surgem como rosto duma nova Administração Pública, com maior especialização técnica e ampla margem de discricionariedade. De tal forma que se autonomizam da administração pública.

Ora, esta técnica acabou por ser expandida não apenas para os sectores das *utilities* tradicionalmente dominada pelo Estado para outros sectores da atividade económica.

O que veio criar uma espécie de novo ordenamento administrativo com questões a serem discutidas, mormente a própria qualificação destas novas entidades⁸⁵⁹.

Mesmo relativamente à criação, organização e funcionamento das Entidades Reguladoras Nacionais, é notório que o direito europeu começou por influenciar de forma subtil para depois sugerir regimes detalhados sobre vários pontos relevantes das instituições.

As entidades reguladoras nacionais, organizadas sobretudo por sector, estão incumbidas de definir um corpo normativo regulatório, adequado às vicissitudes do sector em que se insere,

⁸⁵⁹ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p.755 e ss. Celeste Cardona considera que estas entidades são pessoas coletivas de direito pública, caracterizadas hoje pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, como entidades administrativas independentes. Fazem, por isso, parte duma Administração Pública Independente que se tem vindo a formar com a proliferação destas entidades dotadas de grande autonomia e discricionariedade. Já aqui referimos que, em nosso entender, se adequaria mais considerarmos uma autonomia deste tipo de entidades do que uma verdadeira independência uma vez que existem ainda amarras à administração central. Aliás, essas amarras estão bem mais visíveis atendendo a um certo retorno a uma maior intervenção direta do Estado por motivos da pandemia COVID 19.

estando dotadas dos poderes de autoridade necessários para zelar pelo cumprimento dessas normas⁸⁶⁰.

O que sucede – e este é um dos factores de defesa do sistema multinível europeu – é que existe uma série de entidades reguladoras nacionais, organizadas sectorialmente, adequadas às especificidades do sector onde se inserem mas existe um fio condutor comum a todas.

No fundo, o facto de a política regulatória ser definida pelo topo da cascata, faz com que por mais divisões sectoriais que existam, há princípios e objetivos comuns a todas as áreas.

Mas para que haja uma harmonização então as autoridades reguladoras nacionais têm de estar dotadas de uma ampla autonomia para que possam, com competência e poderes especializados para tal, aplicar as normas regulatórias.

Repare-se que, para tal, estas entidades chegam a ter poderes similares ao normativo, executivo e jurisdicional uma vez que podem emanar normas sectoriais, gerem e fiscalizam os mercados e ainda aplicam sanções em caso de infração dos agentes regulados⁸⁶¹.

Repare-se que a instituição de entidades reguladoras nacionais dotadas de autonomia – ou até independência – é o prosseguir os intuitos liberais de redução da intervenção do Estado na economia, uma vez que passam a ser estas entidades a deter os poderes necessários e o conhecimento especializado para intervir em determinado sector económico. Ou seja, este modelo seria a forma de retirar vigor à intervenção do Estado passando essa intervenção para esfera destas entidades.

A questão é se efetivamente não se trata apenas duma transferência dos poderes de ingerência para outro tipo de entidade. No fundo, não deixa de existir, isso sim, ingerência no mecanismo de funcionamento livre do mercado. O Estado deixa de diretamente interferir nos mercados mas “transfere” esse poder para a União Europeia e para estas entidades reguladoras.

Mais. O próprio Estado mantém a sua pesada mão sobre estas entidades reguladoras consoante as dote de maior ou menor autonomia.

Na prática, mesmo as entidades que detêm independência funcional dependem, não poucas vezes, financeiramente das transferências de dinheiro público. Obviamente que essa dependência financeira acaba por coartar as ações que as entidades terão, mesmo que de forma indireta.

Os poderes públicos que as entidades reguladoras nacionais detêm variam consoante as exigências e objetivos que lhes foram atribuídas. Mas sem dúvida que estas entidades acabam por assumir poderes verdadeiramente extraordinários.

Por um lado, estas entidades assumem papel preponderante na aprovação da regulamentação dos sistemas regulatórios, ou seja, participam na elaboração de normas jurídicas que enquadram e disciplinam a ação dos agentes regulados⁸⁶².

⁸⁶⁰ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, em “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 220 e ss.

⁸⁶¹ Existem vários autores, entre eles Cass Sustein, que chegaram a defender que os Reguladores poderiam ser considerados o 4º poder devido ao facto de terem poderes similares a órgãos de soberania, mesmo que condicionados.

⁸⁶² Cfr. Maria Eduarda Azevedo, em “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 220 e ss.

Estas normas regulatórias vão integrar o direito público ou privado, consoante se apliquem às entidades ou administração pública ou agentes regulados, sendo que estas normas são essenciais para a definição dos comportamentos a seguir nos mercados correspondentes.

Por outro lado, as entidades reguladoras nacionais assumem funções de supervisão, sendo que neste campo se concentram poderes de inspeção e fiscalização, podendo também as entidades deter poderes de injunção para a prática de atos e comportamentos.

Estes poderes podem deter a vertente preventiva, como injunção para evitar ou cessar determinada violação a normas regulatórias, bem como podem incluir o impulso para procedimento judicial. Detêm poderes para dirimir certos conflitos mas não são instância judicial.

De recordar que as decisões das entidades reguladoras são imediatamente escrutinadas pelo poder judicial e não por qualquer órgão administrativo tido como hierarquicamente superior.

Para que possa supervisionar os agentes do mercado, as entidades reguladoras nacionais estão dotadas de amplos poderes de acesso a informação, instituindo-se um dever de colaboração entre regulador e regulados bastante relevante, como acesso aos locais a inspecionar ou facultar documentação obrigatoriamente.

Para efetivar estes poderes de inspeção, as entidades reguladoras detêm, não poucas vezes, poderes de sancionamento para o não cumprimento do dever de colaboração, podendo, por isso, impor de imediato determinada sanção a um agente incumpridor.

Geralmente estas sanções estão previstas num regime de ilícitos de mera ordenação social, ou seja, um regime de infrações puníveis por contraordenações que se encontra previsto nos próprios estatutos das entidades reguladoras.

De relevar, porém, que tradicionalmente estas sanções são bastante pesadas, dando, por isso, um peso muito substancial a este poder das entidades reguladoras. Mas deve também reforçar-se as garantias dos sancionados, com vista a que possam ter direito à sua defesa.

As sanções, mesmo que sejam “didaticamente” pesadas para persuadir possíveis infratores, devem obedecer os princípios da imparcialidade, proporcionalidade e legalidade.

É comum ainda, sobretudo numa fase de maior maturidade dos regimes regulatórios nacionais, que as entidades reguladoras tenham ainda uma atuação informal informativa que seja preventiva e/ou persuasora de comportamentos.

Certo é que esta ação informativa não tem carácter vinculativo mas surtem efeito sobretudo devido à possibilidade de maior proximidade entre entidade reguladora e regulado que leva a uma maior compreensão das normas a serem cumpridas.

De relevar que as autoridades reguladoras estão, portanto, a implementar técnicas e instrumentos jurídicos de regulação, nomeadamente⁸⁶³: fixação de parâmetros quanto à produção de bens ou prestação de serviços; exame a processos produtivos ou de prestação de serviços; determinação de tarifas de acesso a serviços; imposição de prestação de informações, etc..

⁸⁶³ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, em “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 220 e ss.

Relativamente à natureza destas entidades reguladoras, as mesmas têm sido reconduzidas a autoridades administrativas independentes. Entre nós, por exemplo, a revisão constitucional de 1997 veio introduzir no artigo 267.º n.º 3 à CRP uma nova categoria jurídica de entidades, prevendo que *“A lei pode criar entidades administrativas independentes”*.

Ora, este preceito abriu a porta a diversas discussões doutrinárias sobre a natureza destas entidades administrativas independentes onde se vieram a inserir também as entidades com funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas dos sectores privado, público, cooperativo e social.

Não se pretende uma análise na área de Direito Administrativo mas tentaremos buscar algumas respostas para a organização que foi sendo montada desta nova “administração independente”⁸⁶⁴.

Em primeiro lugar, cumpre referir que as entidades administrativas independentes surgem por terem uma utilidade institucional, face à evolução do Estado Regulador. Repare-se que este novo estágio de Estado requer a adaptação organizacional da administração pública e adaptação aos princípios mais liberalizadores para a economia.

Mais. Assistimos ao fim dos monopólios públicos em determinados sectores, sendo a regulação um mecanismo essencial para essa “passagem” dum modelo de intervenção direta para uma privatização.

O modelo regulatório não pode, contudo, ele próprio, ser meramente transitório. Assim, a criação de entidades administrativas independentes acaba por preencher dois requisitos essenciais: i) por um lado torna o sistema mais consistente por não ser uma estrutura meramente transitória e, por outro lado, ii) sendo mais distante da esfera pública de poder executivo acaba por ter uma maior equidistância para aplicação do sistema regulatório.

As entidades administrativas independentes foram criadas para garantir que a política regulatória seria aplicada por alguém mais independente e distante dos interesses do Estado, bem como aplicada por quem, tecnicamente detêm capacidade para tal.

Por isso mesmo os quadros técnicos das entidades administrativas independentes são necessariamente especializados.

De facto, este sistema tem, depois algumas falhas, mormente na prestação de contas. E aqui torna-se relevante a falha de legitimidade democrática que se verifica, por um lado na própria designação dos membros dos órgãos das entidades e na insuficiente prestação de contas perante o poder político eleito⁸⁶⁵.

Relativamente à prestação de contas, a situação é até mais preocupante pois inexistindo essa superintendência então as entidades administrativas independentes têm um regime de

⁸⁶⁴ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p.755 e ss.

⁸⁶⁵ Por esse mesmo motivo vamos verificar, por exemplo no sistema português, da necessidade de avaliação da nomeação dos membros da gestão das entidades administrativas independentes por parte do Parlamento. Podemos verificar tal necessidade no artigo 17º n.º 3 da Lei n.º 63/20013, de 28 de agosto, *“Os membros do conselho de administração são designados por resolução do Conselho de Ministros, tendo em consideração o parecer fundamentado da comissão competente da Assembleia da República.”*

autorregulação. E a autorregulação apenas se coaduna com atividades, profissões fechadas ou limitadas e não com uma organização aberta.

Por isso, o que guia estas entidades administrativas independentes são os interesses dos agentes do mercado e o interesse público.

Outra questão a ser respondida é quais as funções que estas entidades reguladoras devem assumir. Ou seja, quais as missões destas entidades.

De facto, as missões destas entidades são diversas e podem ir desde a garantia das liberdades públicas e fundamentais dos indivíduos, até a garantia de direitos sociais⁸⁶⁶.

Podem até ser consideradas entidades que geram um certo consenso e por isso incutem confiança. Primeiro porque são mais imparciais por não estarem dependentes ou sob poder de direção da administração. Segundo porque gera uma estabilidade institucional – para além dos ciclos eleitorais – e com isso gera alguma estabilidade do próprio sector.

Aliás, essa estabilidade pode traduzir-se até numa estabilidade decisória.

Coloca ainda a questão da legitimidade destas entidades administrativas independentes para a criação, aplicação e fiscalização de normas regulatórias.

Estas entidades estão normalmente dotadas de competências normativas, administrativas e de sanção, pelo que conseguem juntar o poder legislativo – mesmo que com algumas limitações – o poder executivo e poder sancionatório – que se assemelha ao poder judicial.

A questão que aqui se coloca é que as entidades administrativas independentes foram construídas para colmatar deficiências que as entidades administrativas tradicionais teriam. Mas a independência que tanto se apregoa é alvo de diversas críticas: ora porque se pode considerar que inexistente uma verdadeira independência ou porque apenas existe independência parcial.

De facto, mais do que a legitimidade destas entidades tem-se discutido a sua verdadeira independência uma vez que o modelo europeu seria a aproximação às agências independentes americanas mas, face às vicissitudes dos sistemas nacionais, as entidades reguladoras formaram-se com mesclas jurídicas diferenciadas.

Ora, no exemplo português, já existiam entidades administrativas independentes mesmo antes da consagração constitucional das mesmas. E, face a um conceito constitucional equívoco como o consagrado no artigo 267º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, não se dissiparam as dúvidas sobre a natureza, a hierarquização ou sequer inclusão na administração pública destas entidades.

Por isso mesmo, a questão da legitimidade passou a ser tema central relativamente às entidades reguladoras.

Este tema, debatido inicialmente nos Estados Unidos e depois também na Europa, prende-se com saber se a regulação deve ser levada a cabo por técnicos especializados ou por governantes eleitos democraticamente.

Há, pois, uma dupla necessidade de legitimação. Por um lado, a sua legitimidade democrática.

⁸⁶⁶ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p.755 e ss.

Se tivermos fixados num sistema piramidal de aparelho administrativo, estas entidades não encontram acolhimento no mesmo.

Estas entidades apenas têm lugar se nos concentrarmos nos objetivos a serem prosseguidos pelo Estado Moderno – o interesse geral e público – ao invés da hierarquização do poder.

Há muito que é posta em causa a legitimidade democrática destas entidades administrativas independentes, sendo de ressaltar duas teorias fundamentais⁸⁶⁷⁸⁶⁸:

a) *Teoria da cobertura democrática*, tem sido sobretudo estudada pela ciência política, em que a legitimidade das entidades reguladoras será uma legitimidade indireta que advém da legitimidade dos órgãos – Parlamento e Governo – que delegam naquelas entidades certos poderes.

No âmbito desta teoria, há uma certa perda democrática do Parlamento e Governo que passa para estas entidades reguladoras independentes. Mas, para que esta teoria funcione, é necessário que exista uma relação clara entre o organismo não eleito e o democraticamente eleito, ou seja, que haja direção e supervisão sobre a atividade da entidade reguladora independente.

Em casos como o Português, em face da Lei 63/2013, de 28 de agosto, denota-se uma maior autonomia do próprio órgão que seria o “principal”⁸⁶⁹ democrático. Veja-se, por exemplo o artigo 3º n. 2 da mencionada Lei que dispõe o seguinte:

“(...) 2 - Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes:

- a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;*
- b) Dispor de autonomia de gestão;*
- c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;(...)”*

E mesmo em ordenamentos jurídicos que esta autonomia não seja claramente identificada, é certo que quando as entidades reguladoras independentes são criadas é-lhes conferida uma tarefa vasta e não delimitada, pelo que facilmente detêm ampla margem de atuação, aliado a uma tecnicidade muito elevada que nem sempre é compreendida pelo “principal” democrático.

Para além desta dificuldade, a teoria da cobertura democrática ainda se depara com diversas outras, mormente a disseminação da cobertura dos “principais”, ou seja, podem ver vários os “principais” que estão envolvidos na “delegação” de poderes nas entidades reguladoras independentes.

Mas a crítica que mais relevância parece deter é realmente a necessidade de alterar o modelo de legitimidade representativa tradicional, bastando, por isso, uma legitimidade procedimental.

b) *A teoria da legitimidade procedimental* é, portanto, uma derivação moderna dessa representatividade democrática, em que as autoridades reguladoras independentes são criadas

⁸⁶⁷ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 269 e ss

⁸⁶⁸ Giandomenico Majone, em *“Regulatory legitimacy”*, publicado em *“Regulating Europe”*, Routledge – London and New York, 1996, p. 284 e ss, já havia referido esta diferença entre legitimidade procedimental e legitimidade democrática clássica, fazendo referência à legitimidade substantiva e procedimental.

⁸⁶⁹ Esta teoria também é conhecida pela teoria do “principal-agent”, em que o “principal” corresponde ao órgão democraticamente eleito (Parlamento ou Governo) e “agent” corresponde à entidade reguladora independente.

por leis democraticamente aprovadas onde está definida a autoridade ou poderes das entidades, bem como os seus objetivos, sendo os órgãos da entidade nomeados pelos “principais” democraticamente eleitos.

As decisões das entidades, neste caso, passam a estar sob a alçada de procedimentos formais delineados e com um escrutínio público alargado, nomeadamente sendo necessária a participação pública e publicidade de informações.

Claro que esta autonomia passa a ser controlável diretamente por via judicial direta, sem necessidade de recorrer hierarquicamente.

A esta dimensão de legitimidade procedimental junta-se ainda a legitimidade substantiva⁸⁷⁰ que é caracterizada pela credibilidade técnica. Esta dimensão corresponde a uma legitimidade técnica que abordaremos adiante.

Ainda sobre a legitimidade democrática, apraz-nos sobretudo a visão de Maria Celeste Cardona⁸⁷¹ que indica dois pressupostos constitucionais essenciais para verificar da legitimidade democrática, a saber: a) a vinculação destas entidades ao princípio da imparcialidade e proporcionalidade; b) regras de “validação”, tais como regras de responsabilidade, formas de controlo jurisdicional e público ou regime de controlo político.

As entidades administrativas independentes, embora detenham grande grau de autonomia ainda estão inseridas na administração pública. Como já aqui referimos, mesmo sendo uma estrutura que foge à tradicional hierarquização da administração pública, as entidades administrativas independentes são uma figura jurídica que se enquadra num estilo de Estado moderno, regulador, garantístico.

Mais, se outros argumentos faltassem, poderíamos constatar que a consagração constitucional destas entidades, mormente na constituição portuguesa, integra-as, inequivocamente, na estrutura da Administração. Assim, também de forma inegável, estas entidades devem estar adstritas aos princípios fundamentais previstos no artigo 266º n.º 2 da CRP, incluindo a imparcialidade e proporcionalidade.

Por outro lado, as regras de validação acabam por deter também um vínculo relevante à democraticidade uma vez que a criação de entidades administrativas independentes está sob a alçada de Lei⁸⁷².

Ou seja, o controlo da ação da entidade administrativa independente está subordinado às regras de contencioso para sindicar a legalidade das mesmas⁸⁷³.

Geralmente a questão da legitimidade democrática prende-se com o facto de, tendo autonomia e não estando subordinadas a ordens e diretivas de um órgão superior hierárquico, as entidades administrativas independentes não teriam qualquer laço com órgãos eleitos. Contudo, a legitimidade de assim ser advém precisamente de órgão eleito: na criação, por ser obrigatória a

⁸⁷⁰ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 269 e ss.

⁸⁷¹ Cfr. Celeste Cardona, *“Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”*, Almedina, 2019, p.770 e ss.

⁸⁷² Mesmo que se possa discutir se o sentido de Lei, neste particular, seja norma parlamentar, do governo sob autorização ou mesmo apenas governamental.

⁸⁷³ Cfr. Celeste Cardona, *“Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”*, Almedina, 2019, p.770 e ss.

dita “Lei” para constituir a entidade e dar-lhe estatutos; aquando da nomeação dos seus dirigentes que é feita sob proposta do Governo e com assentimento parlamentar, via parecer.

E ainda podemos acrescentar a extinção, cisão ou fusão das entidades que também é efetuada pelo Governo ou Assembleia da República.

A segunda vertente da legitimidade a ser tida em conta é aferida do ponto de vista técnico.

Esta vertente assume especial relevância porque, com a disseminação na Europa das entidades reguladoras independentes, percebe-se que a vertente técnica assumiu predominância face à inicial dúvida se poderiam estas entidades estar desligadas de qualquer eleição democrática.

Tal sucede porque cresceu, conjuntamente com este desenho de Estado regulador e garantístico, uma espécie de “Administração técnica”. Esta ideia está associada a uma complexidade e especialização crescente das áreas administradas que levam à necessidade de maior conhecimento específico por parte da Administração.

A administração, para tratar de prosseguir os interesses da comunidade, deve deter o conhecimento específico de cada área para que a tomada de decisão seja a mais condicente com a prossecução do interesse público.

Muitas vezes a “privatização” de determinados serviços foi impedida por esse mesmo motivos: a administração pública deteve, durante largo período, de conhecimento ampliado pela sua posição privilegiada de proximidade com o próprio legislador.

Mais. A única forma de garantir um objetivo de interesse público e de (aparente) idoneidade era ser o Estado – “pessoa de bem” – a tomar as rédeas da *expertise*.

Ora, essa legitimidade é oferecida às entidades administrativas independentes com as regras de contratação dos seus quadros e sobretudo dos seus dirigentes.

Assistimos a uma tensão entre o controlo político-parlamentar e a tecnicidade desejada, sendo que os regimes-quadro foram tentando encontrar ajustes para estas duas componentes.

De certa forma, a independência desejada foi sendo atenuada com o controlo e fiscalização quanto mais não seja dos dinheiros públicos que ainda financiam estas entidades, bem como continuam a ser necessários procedimentos de legalidade para determinadas normativas.

Como adiante verificaremos, mesmo os poderes tributários atribuídos às entidades reguladoras estão sujeitos ao chapéu da legalidade e sobretudo da constitucionalidade do sistema tributário.

Em termos de responsabilização, é de relevar que as entidades administrativas independentes têm hoje deveres de transparência muito significativos, com a necessidade de prestação de informação e divulgação pública de elementos.

No que concerne ao caso português, acrescentamos ainda o seguinte: *“Acréscce que, no contexto do quadro legal português, se mantém viva e actuante uma outra modalidade de conformação e de equilíbrio que nos permite considerar que, apesar da independência funcional das entidades administrativas independentes, as suas actividades estão enquadradas e balizadas pelo princípio constitucional da unidade de acção que nos habilita a sustentar que a função administrativa por*

*elas exercida está subordinada a regras e orientações de política geral definidas e aprovadas pelos parlamentos*⁸⁷⁴.

Ora, tal advém do disposto no n.º 2 do artigo 267º da CRP que nos indica que, independentemente da descentralização ou desconcentração da administração devem permanecer a eficácia e unidade de ação da administração⁸⁷⁵.

Acompanhando a questão da legitimidade democrática há ainda que entender como funciona o controlo destas entidades reguladoras independentes. Quem controla, afinal os reguladores?

Existe um controlo político e jurisdicional. Sendo que controlo, aqui, quer dizer fiscalização e não direção, uma vez que estas entidades são funcionalmente independentes do Governo e Parlamento.

E mais uma vez a interferência dependem da independência efetiva que tais entidades administrativas independentes detêm. Repare-se que se ainda existir alguma tutela ou poder de superintendência por parte do Governo, o controlo político far-se-á por essa via.

Contudo, como sabemos, essas situações são, cada vez mais, escassas. Com a valorização duma verdadeira independência ao invés duma mera autonomia, somos forçados a concordar com Giandomenico Majone que refere o seguinte⁸⁷⁶: *“(...) the root of the problem of regulatory legitimacy in Europe today is not an excess of independence but, on the contrary, the constant threat of politically motivated interference. With greater Independence would go greater accountability. (...)”*.

A ideia disseminada é que a maior liberdade destas entidades reguladoras independentes trouxe uma maior responsabilidade associada, responsabilidade essa que é escrutinada por existirem processos mais transparentes e com maior visibilidade.

Há um controlo político, como aqui fomos referindo, porque se mantém na esfera do Governo a nomeação dos dirigentes de gestão e a criação, fusão e extinção da entidade reguladora.

Mais. O controlo político é ainda por via da legislação sectorial que, quer parlamento ou governo emanam. É certo que as entidades reguladoras têm poderes regulamentares mas não passa disso mesmo: se inexistir concordância com a política governamental há sempre a possibilidade de resolver a questão com legislação hierarquicamente superior, com força obrigatória geral.

Que se desenganam quem considera que inexistem meios, claros e eficazes de condicionamento da ação destas entidades. Sempre haverá, quanto mais não seja com uma vontade expressa parlamentar de extinção deste sistema regulatório ou limitação de poderes das entidades.

Sem falar do escrutínio muitas vezes efetuado com alguma pressão mediática. O processo dos Leilões para operação em 5G em Portugal foi disso exemplo.

⁸⁷⁴ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p.774.

⁸⁷⁵ Não podemos deixar, desde já, de referir a concordância deste preceito com o artigo 81º alínea c) também da Constituição da República Portuguesa. Repare-se que a eficiência passou a constar como princípio determinante na administração pública até mesmo porque ao próprio Estado é cada vez mais pedida parcimónia na utilização dos meios públicos.

⁸⁷⁶ Cfr. Giandomenico Majone, em “Regulatory legitimacy”, publicado em “Regulating Europe”, Routledge – London and New York, 1996, p. 299 e 300.

Durante o ano de 2021, foram trocadas acusações entre Governo e ANACOM, sobre se o modelo de Leilão escolhido pelo regulador teria sido ajustado ao plano económico do Governo, bem como foi fortemente criticado pelo Governo o modelo de leilão do espectro radioelétrico que se tornou demasiado moroso.

Assistimos a várias intervenções públicas de membros de Governo mas também dos próprios concorrentes sobre a morosidade do leilão e de como o modelo escolhido pelo regulador seria antiquado⁸⁷⁷.

Mesmo que o regulador tenha declarado várias vezes que não se sentia pressionado, não deve ter ficado certamente indiferente à intervenção no debate parlamentar do Primeiro-Ministro português que referiu: *“o modelo de leilão que a Anacom inventou é o pior modelo de leilão possível. Nunca mais termina [o leilão] e está a provocar um atraso imenso do desenvolvimento do 5G em Portugal”*⁸⁷⁸.

De relevar que a frustração quer do Governo mas também dos operados estaria justificada pelo facto de Portugal ser dos últimos países da União Europeia que ainda não tinha implementado o 5g.

Mas esta frustração levou mesmo à demonstração de algumas dúvidas sobre a necessidade da independência dos reguladores, que foi até encarada como uma perda de poder do próprio Governo.

No mesmo debate parlamentar, o Primeiro-Ministro referiu: *“Quem construiu essa doutrina absolutamente extraordinária de que era preciso limitar os poderes dos governos para dar poderes às entidades reguladoras deve refletir sobre este exemplo do leilão do 5G para ver se é este o bom modelo de governação económica do futuro”*.

Ora, não pode deixar de se apontar duas situações deste exemplo:

- i) Por um lado, ao regulador foi entregue a tarefa de escolher quais as frequências a serem disponibilizadas para a tecnologia 5g, bem como o método de atribuição da licença para operação. O Regulamento para o Leilão 5g foi altamente escrutinado pela opinião pública, bem como existiu a possibilidade de participação dos agentes interessados na discussão pública;
- ii) Para além dum escrutínio procedimental existiu um escrutínio político público, com intervenção mediática do governo, parlamento e agentes de mercado.

Relativamente ao controlo jurisdicional, o mesmo é um controlo efetivo, sendo certo que há limitações no que concerne a matérias em que os reguladores detêm um poder discricionário ou uma competência técnica muito específica.

Ora, nestas duas áreas, o controlo jurisdicional terá limitações: no primeiro caso limitação legal, no segundo caso limitação devido à assimetria informativa.

No caso da discricionariedade, há de facto amplas matérias em que foi dada à entidade reguladora a possibilidade de valoração de conceitos. Nestes casos, existe sobretudo o chamado

⁸⁷⁷ Veja-se a título de exemplo esta matéria publicada numa revista da especialidade: <https://tek.sapo.pt/noticias/telecomunicacoes/artigos/leilao-5g-licitacoes-aceleram-tecnologia-e-operadores-estao-prontos-mas-ainda-nao-ha-sinal-do-5g>

⁸⁷⁸ Cfr. <https://observador.pt/2021/10/20/costa-questiona-poder-de-reguladores-no-ataque-a-anacom-por-causa-do-5g>

“controlo dos motivos”, um “controlo da proporcionalidade”, muito em concordância com aqueles princípios essenciais da Administração Pública constitucionalmente está adstrita.

Mas não deixa de ser uma decisão judicial sobre apenas legalidade e não a determinação da solução mais correta por parte do Tribunal. É um controlo jurisdicional de legalidade, mesmo que se apreciem decisões regulamentares da própria entidade administrativa, tal deve cingir-se a saber de a mesma adotou uma solução legalmente correta.

Relativamente às dificuldades técnicas, não raro encontramos uma maior preocupação dos sistemas judiciais, tendo-se procedido à especialização dos próprios Tribunais.

No caso, português, por exemplo, criou-se um Tribunal especializado em matéria de concorrência.

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, correspondendo ao objetivo de criar um tribunal de competência especializada em matéria de concorrência.

Com competência territorial de âmbito nacional, cabe-lhe conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas determinadas em processo de contraordenação pelas entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão, bem como das decisões da Autoridade da Concorrência em procedimentos administrativos referidos no regime jurídico da concorrência, da decisão ministerial a que se refere o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, e das demais decisões daquela entidade que admitam recurso.

Arquitetura da regulação financeira

Uma das evoluções mais significativas da regulação europeia surge em resposta à crise financeira de 2008, sobretudo face à crise das dívidas soberanas nos Estados-Membros da União Europeia.

Já qui tivemos oportunidade de referir, na generalidade, algumas das alterações que foram efetuadas⁸⁷⁹. Façamos, contudo uma apreciação mais expressiva nesta fase, pois foi na regulação financeira que se assistiu à maior alteração do paradigma da regulação europeia⁸⁸⁰.

A crise de 2008 passa duma crise bancária para uma crise financeira sistémica que revelou muitas ineficiências da regulação financeira, das práticas de supervisão e da estrutura e organização das instâncias responsáveis por essa supervisão.

A acompanhar esta situação, na Europa passámos a assistir a uma crise económica uma vez que deixou de existir a possibilidade de crédito à economia, coberto depois com a injeção de fundos públicos que provocaram uma crise da própria dívida pública.

Também já referimos amiúde que a crise de 2008 se fundou em falhas de regulação: ora porque existiu uma redução da função regulatório, ou a mesma inexistia em determinados produtos, ou porque a delegação na autorregulação voluntária dos operadores revelou-se ineficaz, pois os agentes não foram capazes de criar mecanismos regulatórios suficientes para a panóplia alargada de produtos existentes no mercado.

⁸⁷⁹ Vide 1.3.2.1 infra.

⁸⁸⁰ Estamos em crer que os efeitos da pandemia COVID – 19 no âmbito da regulação europeia podem vir a ser também determinantes na visão sobre a regulação económica.

Este panorama foi a justificação perfeita para que a União Europeia reformasse a regulação dos mercados financeiros. E fê-lo logo em 2009 sob o impulso da Comissão.

A Comissão, que desde 2001 já estava recetiva a mudanças no sistema regulatório financeiro, tomou a dianteira com a implementação de um pacote de medidas que correspondem à integração e centralização institucional, sendo de relevar a novidade da criação de Agências Europeias de Supervisão.

Se no início não se sabia ainda quais os verdadeiros efeitos da crise sobre o sector, assim que se percebeu a derrocada do sistema financeiro, a Comissão passou a considerar com maior seriedade a necessidade efetiva da existência de agências europeias, autoridades comuns de supervisão, com organização a nível europeu e aplicável aos mercados financeiros da Europa.

O foco foi, portanto, traçar um desenho das realidades europeias no domínio financeiro para depois criar novas instituições ou criar uma nova teia de sistema regulatório que fosse eficaz para a realidade europeia.

Sendo certo que se teve de fazer uma interpretação *suis generis* do princípio da subsidiariedade uma vez que ao criar agências europeias de supervisão financeira, a União intervém em matéria de ação dos Estados-Membros. Houve, pois, o entendimento que face à situação peculiar, existia no sector financeiro uma inaptidão dos Estados em conter os contágios.

O maior trunfo desta “europeização” da regulação financeira encontra-se na ideia de que somente com uma visão global dos sectores financeiros se poderiam evitar riscos de contágio ou sistémicos, bem como somente com esta unificação se poderiam alcançar sinergias de ação.

Um sistema que imponha a todos os Estados-Membros um comportamento semelhante tem maior possibilidade de sucesso em combater crises e contenção de riscos.

Façamos então uma primeira abordagem histórica de como chegámos a esta arquitetura da regulação financeira.

A ordenação do sector financeiro fazia parte duma ambiciosa pretensão da União, marcada pelo início da União Monetária em 1999, se a Europa se constituir como a maior economia mundial.

O modelo de supervisão do sector financeiro foi desenvolvido pelo Procedimento Lamfalussy de 2001. Face a uma grande diversidade de sistemas regulatórios nacionais e sabendo-se que essa variedade de sistemas criava dificuldades de cooperação, o Comité presidido por Lamfalussy ficou incumbido da tarefa de promoção da harmonização dos “standarts” regulatórios praticados e criar, assim, uma cultura de supervisão tendo em vista uma uniformização europeia.

Este Comité acabou por apostar num caminho de harmonização das legislações nacionais e no funcionamento em rede dos reguladores. Isto porque ficou clara a necessidade de se criar uma verdadeira harmonização das regras financeiras da União Europeia.

Não apenas devido à União Monetária – que detinha mecanismos próprios relativamente às condições necessárias para a sua manutenção – mas porque uma falha da harmonização levava à criação de entraves à livre circulação de capitais, à ausência de previsibilidade das políticas financeiras ou até ao risco associado a um desconhecimento sobre o estado dos sectores financeiros nacionais.

O sistema desenhado por Lamfalussy, previa a constituição duma Comissão ou Comité de Autoridades Reguladoras Independentes Nacionais que, em conjunto com outros órgãos da União deveriam propor e implementar medidas regulatórias uniformizadas.

O procedimento regulatório baseava-se no *advice* a ser prestado por membros/ peritos dos Reguladores Nacionais à Comissão e esta faria um processo legislativo condicente com as propostas que fossem consideradas adequadas.

Não deixa, contudo, de ser um procedimento complexo, dividido em quatro fases de desenvolvimento: Criação de legislação, com duas fases, de auscultação, criação de norma e apreciação, e duas outras fases dedicadas à aplicação das normas e de como as mesmas deveriam verter-se nos quadros nacionais.

Mas este sistema trazia deficiências intrínsecas, como a natural falta de coordenação e de troca de informação entre entidades nacionais, mas ainda constrangimentos extrínsecos provocados pelo cada vez maior sentido de integração financeira avançada pela União Monetária.

Um dos maiores benefícios que este procedimento Lamfalussy trouxe foi o reconhecimento da ineficiente cooperação entre instituições reguladoras nacionais. Existia uma grande desconfiança na divulgação de informação e entre os supervisores nacionais. Ninguém pretendia demonstrar as falhas internas ou dar demasiada informação sobre um sector que, por si só e mesmo internamente, era opaco⁸⁸¹.

De facto, os remédios que se pretenderam implementar eram sobretudo reativos e não chegavam ainda a ser soluções para a escala europeia. Muitas vezes nem se conseguiam resolver as questões nacionais, quanto mais superar cenários de crise mais alargada.

Perante um sistema baseado em supervisores financeiros nacionais, associados através de comités europeus sem poderes vinculativos, a Comissão Europeia toma a decisão de criar um grupo de peritos presidido por Larosière, mandatado para formular recomendações sobre a forma de reforçar os mecanismos europeus de supervisão.

Note-se que estamos em plena crise financeira. A comunicação da Comissão Europeia, sobre supervisão financeira, de 27.05.2009⁸⁸², referia: *“Em Novembro de 2008, a Comissão mandatou um Grupo de peritos de alto nível, presidido por Jacques de Larosière, para lhe apresentar recomendações sobre as formas de reforçar os mecanismos europeus de supervisão de modo a garantir uma melhor protecção dos cidadãos e a repor a confiança no sistema financeiro. Sendo um dos dois maiores mercados financeiros do mundo, a UE tem também claramente responsabilidades na promoção da estabilidade e segurança financeiras a nível mundial – papel que só poderá desempenhar se dispuser de um enquadramento financeiro e regulamentar reforçado.”*

De facto, a Comissão Europeia tomou rapidamente as rédeas duma ação de regulatória em resposta à crise uma vez que se tornou patente as dificuldades do sistema existente para recalibrar os mercados financeiros. Pior. Se nada se fizesse iria aumentar a suspeição e falta de confiança que já arrasava o sector.

⁸⁸¹ Julgamos ser pertinente reconhecer que o sistema bancário europeu tradicionalmente sustentava-se no segredo bancário. Este sigilo bancário, que em muitas jurisdições nacionais era “sacrossanto”, foi decaindo com a necessidade dos Estados irem detendo informação quer dos clientes mas ainda, e sobretudo, das próprias instituições bancárias.

⁸⁸² Cfr. em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0252&from=EN>

Contudo, o caminho a seguir ainda não era claro: seria possível a criação de verdadeiras autoridades europeias de supervisão ou existiria uma centralização noutra instituição europeia.

O facto é que, conforme a sua comunicação intitulada «Impulsionar a retoma europeia», de 4 de março de 2009, a Comissão Europeia acolheu favoravelmente e deu o seu apoio às principais recomendações apresentadas do Relatório Larosière, a comunicação definia um plano de ação para reformar a regulamentação e a supervisão dos mercados financeiros.

O Relatório, apresentado em 25.02.2009, acolheu a via da criação de agências reguladoras europeias, e procedia à criação de um quadro regulatório assente em dois pilares:

- i) Sistema Europeu de Risco Sistémico,
- ii) Sistema Europeu de Supervisores Financeiros, constituído pelas Autoridades Europeias de Supervisão com funções de supervisão e estabilidade sistémica.

Esta é uma verdadeira administração multinível. Criou-se uma estrutura de concentração de poderes regulatórios em entidades transnacionais, com concentração de autoridade a nível transnacional. Mas também com um equilíbrio entre independência e o controlo da Comissão Europeia.

Certo é que, face a uma ineficiência da coordenação dos reguladores nacionais, houve um reforço na regulação comunitária no sentido da harmonização da regulação nos Estados-Membros.

Este relatório Larosière foi mais longe do que uma resposta à crise financeira, criando, isso sim, uma verdadeira nova estrutura regulatória no sector financeiro. Aproveitou-se desta crise para recomendar uma profunda reforma da regulação financeira, de tal forma que se quebraram barreiras tais como os receios de uma regulação multinível nesta área.

Façamos agora uma análise do sistema regulatório instituído, dividindo-se esta análise pelos dois pilares essenciais da mesma.

Temos, contudo, de referir que, do relatório Larosière resulta a instituição do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF). O SESF foi introduzido em 2010 e tornou-se operacional em 1 de janeiro de 2011, sendo composto pelo Comité Europeu do Risco Sistémico (CERS), pelas três Autoridades Europeias de Supervisão – designadamente a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA) – pelo Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão e pelos supervisores nacionais.

O principal objetivo do SESF é assegurar que as regras aplicáveis ao sector financeiro sejam impostas adequadamente em todos os Estados-Membros, de modo a preservar a estabilidade financeira, promover a confiança e proteger os consumidores⁸⁸³.

O SESF tem igualmente por objetivo desenvolver uma cultura de supervisão comum e facilitar a realização de um mercado financeiro único a nível europeu.

O SESF é um sistema que conjuga a supervisão micro e macroprudencial e é nesse sentido que se dividem os dois pilares essenciais.

a) O Sistema Europeu de Riscos Sistémicos

⁸⁸³ Cfr. https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.6.14.pdf

O SERS dedica-se ao acompanhamento macroprudencial e à vigilância dos riscos sistémicos, com uma função de monitorização e avaliação macroprudencial do risco sistémico na União Europeia e de alerta sobre riscos para os mercados financeiros⁸⁸⁴. Tem como órgão essencial o Comité Europeu de Risco Sistémico (CERS), que é presidido pelo Banco Central Europeu e composto por um Conselho Geral, um Comité Diretor, dois órgãos consultivos (Comité Científico Consultivo e o Comité Técnico Consultivo) e um secretariado. O BCE presta, ainda, apoio analítico, estatístico, administrativo e logístico ao CERS.

O objetivo da política macroprudencial é tornar o sistema financeiro resiliente à absorção de riscos, garantindo níveis adequados de intermediação financeira e contribuindo para o crescimento económico sustentável. No fundo, esta monitorização do SERS tem em vista a antevisão de crises sistémicas e impedir o contágio de crises nacionais ou regionais do sector financeiro para que não escalem ao nível europeu.

O CERS deve acompanhar e avaliar potenciais ameaças para a estabilidade financeira decorrentes da situação macroeconómica e do sistema financeiro no seu todo.

Cumpra esta missão através da chamada superintendência do risco do sistema financeiro da União Europeia, sendo que pretende prevenir riscos sistémicos, contágios de crise, e alcançar uma estabilidade financeira da União, com um regular funcionamento do mercado interno.

Para além de monitorizar as tendências macroeconómicas e identificar fontes de riscos, o CERS deve emitir avisos e formular recomendações – ambos não vinculativos⁸⁸⁵ – quando os riscos são identificados.

A função mais relevante do CERS é, portanto, atenuar a exposição do sistema financeiro a riscos de falência que impactem na economia, pelo que não se cinge a uma mera observância do sector financeiro mas antes a uma visão global da própria economia, devendo, pois, deter instrumentos de informação e cooperação alargados.

Aliás, esta necessidade de visão macroprudencial decorre diretamente dos ensinamentos da própria crise financeira de 2008⁸⁸⁶. Percebendo-se que a supervisão microprudencial não mais alcançava do que a realidade de instituições ou dum sector financeiro nacional, era necessário a visão europeia, como se dum chapéu alargado se tratasse.

Aliás, esta característica do sistema foi fundamental para a aplicação do 5º n.º 2 do TUE, relativamente ao princípio da subsidiariedade.

Por outro lado, com a entrega a uma autoridade europeia desta tarefa, ficou claro que seria ainda a União Europeia a tomar conta das comunicações e harmonizações a nível internacional no que concerne à supervisão macroprudencial.

⁸⁸⁴ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 137 e ss.

⁸⁸⁵ Aliás, este factor leva a que se considere muito relevante a reputação do próprio CERS, pois somente por via do prestígio e reconhecimento técnico é que estes avisos e recomendações serão acatados pelas autoridades nacionais.

⁸⁸⁶ Recorde-se que não bastou uma avaliação casuística de cada instituição financeira que entrava em *default*. Essa avaliação e “socorro” casuístico não evitou, de todo, o contágio a outras instituições do sector e, no caso europeu, ao descontrolo da ajuda do Estado a essas instituições, criando uma massiva dívida pública.

Ora, é de relevar a cooperação entre o CERS com o Fundo Monetário Internacional e o Conselho de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board*)⁸⁸⁷.

b) Sistema Europeu de Supervisores Financeiros e as Agências Europeias de Supervisão

O SESF é ainda constituído por supervisores financeiros nacionais e pelas três novas Agências Europeias de Supervisão⁸⁸⁸, para o sector bancário, segurador e instrumentos financeiros.

Aqui a novidade mais relevante é, sem dúvida as Agências Europeias de Supervisão (AES) que passam a ser parte integrante duma estruturação multinível do sistema regulatório.

Tendo como base os anteriores Comitês do procedimento Lamfussy, surgem dotadas de personalidade jurídica e poderes relativamente fortes e interventivos que não são condicentes com a mera função de *advice* atribuída aos ditos Comitês.

De referir que estas AES têm um regime dinâmico, no sentido que podem alterar as suas funções, atribuição e fins consoante as necessidades das alterações dos próprios sectores onde atuam.

Somente com um regime que é adaptável podem estas instituições dar resposta à monitorização, avaliação e alerta de riscos do mercado financeiro.

À EBA, a EIOPA e a ESMA incumbe a responsabilidade de agir de forma independente e exclusivamente no interesse da União Europeia, pelo que respondem perante o Parlamento e o Conselho pelas suas ações.

O principal objetivo das AES, tal como definido nos respetivos regulamentos, é proteger o interesse público, contribuindo para apoiar a estabilidade e a eficácia do sistema financeiro.

Em particular, as AES têm um papel a desempenhar para⁸⁸⁹:

- facilitar o bom funcionamento do mercado interno, nomeadamente através de um nível são, eficaz e coerente de regulação e de supervisão;
- garantir a integridade, a transparência, a eficiência e o bom funcionamento dos mercados financeiros;
- reforçar a coordenação internacional no domínio da supervisão;
- evitar a arbitragem regulamentar e promover a igualdade das condições de concorrência;
- assegurar que a eventual tomada de riscos relevantes seja adequadamente regulamentada e supervisionada;
- reforçar a proteção dos consumidores;
- reforçar a convergência no domínio da supervisão em todo o mercado interno.

As AES contribuem para o desenvolvimento de um conjunto de regras único, elaborando projetos de normas técnicas de regulamentação e aplicando normas técnicas de execução, que são adotadas pela Comissão (sob a forma de atos delegados e de atos de execução). A fim de

⁸⁸⁷ O Conselho de Estabilidade Financeira é um órgão internacional que faz a monitorização e recomendações relativamente ao sistema financeiro global, criado em 2009 por iniciativa do G20.

⁸⁸⁸ A saber, a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA).

⁸⁸⁹ Cfr. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/84/sistema-europeu-de-supervisao-financeira-sesf->

reforçar a convergência no domínio da supervisão, emitem orientações e recomendações e dispõem de certos poderes em caso de violação da legislação da UE por parte de autoridades nacionais de supervisão, de situações de emergência ou de desentendimentos entre autoridades nacionais competentes.

No seu sector de atividade relevante, cada uma das AES, em consulta com o CERS, está encarregue de desenvolver critérios para identificar e quantificar o risco sistémico e conceber um regime de testes de esforço adequado para as instituições sob a sua alçada. As AES também iniciam e coordenam testes de esforço a nível da UE para avaliar a capacidade de resistência das entidades envolvidas nos mercados financeiros. Os intervenientes no mercado financeiro suscetíveis de constituir um risco sistémico devem, então, ser submetidos a uma supervisão reforçada.

As três AES têm a mesma organização. As suas estruturas de governação incluem o Conselho de Supervisores (principal órgão decisório, composto pelo Presidente, pelo mais alto dirigente da autoridade de supervisão competente de cada Estado-Membro e por um representante, respetivamente, da Comissão, do Banco Central Europeu (BCE), do CERS e de cada uma das outras duas AES), o Conselho de Administração, um presidente e um diretor executivo.

i) Autoridade Bancária Europeia (EBA)

Inicialmente sediada em Londres, a EBA foi transferida para Paris, em junho de 2019, devido à saída do Reino Unido da UE. O âmbito das suas competências abrange as instituições de crédito, os conglomerados financeiros, as empresas de investimento, as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica. Com a revisão de 2019, foi também confiada à EBA a responsabilidade de impedir que o sistema financeiro fosse utilizado para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

ii) Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA)

A EIOPA tem a sua sede em Frankfurt. Tem por objeto principal as empresas de seguros e de resseguros, os mediadores de seguros, os conglomerados financeiros e as instituições de realização de planos de pensões profissionais. Contribui para o conjunto único de regras em matéria de seguros e pensões complementares de reforma, nomeadamente através dos sistemas Solvência II e IRPPP, respetivamente.

iii) Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA)

A ESMA situa-se em Paris. O seu âmbito abrange os mercados de valores mobiliários e os seus participantes (bolsas, corretores, fundos, etc.). Na UE, a ESMA é a única entidade competente para o registo, a supervisão e a sanção das agências de notação de crédito e dos repositórios de transações, exercendo também um controlo direto relativamente a estas atividades. É também responsável pelo reconhecimento das contrapartes centrais e dos repositórios de transações de países terceiros (ou seja, países fora da UE) e da certificação e aprovação das agências de notação de crédito de países terceiros.

Ora, a criação destas AES levou a ampla discussão sobre a sua conformidade legal uma vez que são entidades dotadas de poderes de quase legislador, quase executivo ou quase jurisdicional.

O facto é que as AES passam a ter o poder de criação de medidas de regulamentação, normas de natureza técnica, orientações e recomendações, bem como medidas vinculativas de controlo, vigilância e intervenção⁸⁹⁰.

As medidas técnicas para a fundamentação dos projetos de decisão são da responsabilidade das AES e a Comissão faz a sua homologação de acordo com o artigo 290º e 291º do TFUE

As restantes normas, de ponderação política e estratégica, são da responsabilidade da Comissão e do Conselho uma vez que devem ter força obrigatória geral para os Estados-Membros.

Ora, este quadro normativo revela que as AES têm efetiva interferência na coerência e uniformização deste Direito da Supervisão Financeira europeia, com uma dimensão transnacional.

Acresce ainda que, para além das tarefas de supervisão microprudencial, as AES têm uma função de defesa do consumidor, ou seja, no âmbito da supervisão comportamental. Ora, esse é o motivo para que, nos seus diplomas constitutivos, podemos encontrar a incumbência de promoção da transparência, simplicidade e equidade no mercado dos produtos e serviços financeiros destinados aos consumidores.

Neste particular, as AES podem emitir alertas caso considerem que determinada atividade financeira representa alguma ameaça.

De relevar que as AES conjugam uma atividade de supervisão (micro) prudencial e supervisão comportamental fazendo com que haja maior responsabilização pela regulação integral, pela maior eficiência e eficácia do sistema.

Por fim, há que referir os poderes que as AES detêm e que vinculam as autoridades nacionais, bem como detêm poderes sancionatórios nomeadamente quando há incumprimento, demonstrando uma subjugação das entidades reguladoras nacionais à administração europeia.

De facto, esta estrutura de regulação financeira foi um passo importante para uma certa federalização da regulação⁸⁹¹. Esta visão federalizante já estava em curso mas acabou por se concretizar com a necessidade de devolver aos mercados financeiros alguma confiança perdida com o colapso de 2008.

3.5.3. Sistema Português

⁸⁹⁰ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, *“Direito da Regulação da Economia”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 143 e ss.

⁸⁹¹ De relevar que a natureza das agências europeias já era discutida relativamente à sua natureza antes deste novo enquadramento da regulação Financeira. Como bem refere Celeste Cardona, em *“Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”*, Almedina, 2019, p. 431 e ss, podiam-se contar com i) agências de execução para cumprimento e gestão de programas comunitários, e ii) as agências decisórias que teriam poderes de adotar decisões individuais juridicamente vinculativas e com efeitos na esfera jurídica de terceiros e/ou poderes de influência e de assistência direta à Comissão. A criação das AES leva à consagração de verdadeiras agências reguladoras.

O sistema de regulação económica adotado por Portugal decorre da sua evolução histórico-política e económica⁸⁹².

Sem dúvida que o período do Estado Novo acaba por ditar a génese das primeiras entidades, marcadamente estaduais, com intervenção nos mercados, ditando normas de acesso e de funcionamento.

Julgamos que, pós ter sido dado o panorama histórico-político no Capítulo 1 do presente trabalho, cabe agora refletir sobretudo sobre o modelo de regulação corporizado pelas entidades reguladoras independentes.

Estas entidades reguladoras independentes foram sendo constituída, *à la carte*, consoante as necessidades que surgiam. Essas circunstâncias podiam ser a necessidade dum grau de independência em relação a órgãos políticos, por desconfiança institucional ou libertar de amarras monopolistas do Estado, ou necessidade de especialização técnica para o sector.

O certo é que estas entidades vão surgindo sem qualquer padrão. O estatuto, modo de designação de titulares, competências ou grau de independência em relação aos órgãos do poder político variava consoante a entidade criada.

Ora, o facto de não existirem características exatamente idênticas nestas entidades, foi difícil de as ir categorizando como entidades administrativas independentes ou que estaríamos perante um novo modelo de Administração Pública⁸⁹³.

Apenas num breve recordatório, as autoridades administrativas independentes que hoje conhecemos tiveram a sua aparição na Constituição de 1976 ainda que de forma incipiente, com a criação da Comissão Nacional de Eleições que foi qualificado como um órgão independente a funcionar junto da Assembleia da República. Os seus membros seriam designados pelos órgãos com funções legislativa, administrativa e judicial e, a Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro, previa desde logo a independência dos seus membros no exercício das suas funções.

Foram ainda criados outros órgãos com características parecidas com a CNE. Outro exemplo, também com acolhimento constitucional, é a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS).

⁸⁹² No ponto 1.3.3 do presente trabalho já abordámos abundantemente a evolução da regulação em Portugal, mormente nas fases: : i) Modelo político adotado no Estado Novo com repercussões no modelo económico; ii) O ideal político-económico subjacente à revolução de Abril de 1974; iii) A Constituição (económica) de 1976 ; iv) As revisões constitucionais que atenuaram a via socializante da constituição económica; iv) A adesão à CEE e o Princípio do Primado das normas comunitárias; v) As obrigações decorrentes dos condicionalismos económicos e financeiros para a assistência financeira da UE e FMI em 2011; vi) A regulação financeira pós crise do *subprime*. Tecemos ainda algumas considerações sobre a Crise económica decorrente da crise sanitária provocada pela propagação mundial do coronavírus COVID-19 mas esta análise vai ainda ser desenvolvida adiante no nosso trabalho. De relevar ainda algumas modificações económicas relativamente ao cenário decorrente da invasão russa da Ucrânia.

⁸⁹³ Aquilo a que Celeste Cardona designa de “administração independente”, com algumas características. Assim, conforme refere Celeste Cardona, em “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 263, “*Estamos agora em condições de estabelecer e definir os termos de enquadramento institucional das entidades administrativas independentes:*

a) *Estas entidades são um dos elementos da organização da Administração Pública; mas*
b) *Não participam dos fundamentos, do regime e da natureza das entidades territoriais e institucionais que compõem a administração autónoma; razão pela qual*
d) *Enquanto elementos da organização da administração pública, as entidades administrativas independentes devem ser qualificadas como administração estadual independente.”*

Criada pela segunda revisão constitucional, a AACS foi desde logo considerado um órgão independente.

Já nesta altura, sobretudo em matéria administrativa, a doutrina⁸⁹⁴, vinham a considerar que existiam órgãos, tais como a AACS, CNE, Conselho Superior da Magistratura, Procuradoria-Geral da República e Conselho Superior da Defesa Nacional, são órgãos do Estado *a se* ou órgão independente da Administração.

Contudo, entidades houve que foram criadas por Lei e não por via constitucional, pelo que a sua constitucionalidade chegou a ser posta em causa. Situação que veio a ser colmatada com o preceito constitucional, incluído na revisão constitucional de 1997, ao artigo 267º com a inclusão do n.º 3 que veio habilitar o legislador a criar entidades administrativas independentes.

Contudo, como já se referiu amiúde, o legislador não teve qualquer preocupação relativamente às consequências jurídico-políticas administrativas decorrentes deste preceito constitucional.

De facto, criou-se uma autorização “em branco” uma vez que a constituição não define – nem manda definir – quaisquer limites, domínios ou justificação material para a criação de entidades administrativas independentes.

Mais. Não tendo definido a competência reservada para a criação destas entidades, as mesmas podem ser criadas por Governo ou Parlamento, independentemente da área de ação.

Na prática, o que se pretende indicar é que na área da regulação podem intervir Governo ou Parlamento, não se tendo fixado qualquer delimitação ou competência material. Em matérias económicas e financeiras é indistinta a competência material entre Parlamento e Governo.

Ora, um dos marcos que faz a diferenciação da situação em matéria de regulação económica em Portugal, é a publicação duma Lei-quadro das entidades reguladoras independentes que ocorre em 2013. Esta Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto pretende que exista uma certa harmonização do modelo organizacional destas entidades.

Contudo, nem sempre assim foi. Era necessário analisar e apreciar os estatutos de cada regulador para que se pudesse perceber quais os objetivos que cada um teria. E nem sempre existia uma coerência nos objetivos da regulação, bem como inexistia um modelo organizativo comum.

De referir que, inclusivamente, nem sempre existia uma efetiva competência regulatória por parte da própria entidade, sendo que os poderes e competências regulatórios podiam manter-se na administração pública, em direções-gerais ou sob tutela direta de determinado ministério.

Noutros casos, eram constituídos institutos públicos, dotados de maior autonomia mas ainda na dependência da administração.

A CMVM, por exemplo, assumia o formato de autoridade administrativa independente mas não tinha um verdadeiro estatuto de independência administrativa e financeira.

Aquando da criação da Autoridade da Concorrência, no Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de julho, o legislador incluiu uma lista que designou de entidades reguladoras sectoriais e admite que se poderiam vir a criar entidades de regulação para além das referenciadas.

⁸⁹⁴ Mormente, Freitas do Amaral e Jorge Miranda

No n.º 4 do artigo 6º do mencionado Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de julho, na sua versão inicial, constava:

4 - Para efeitos do disposto neste artigo, constituem entidades reguladoras sectoriais, entre outras, as seguintes:

- a) Banco de Portugal (BP);*
- b) Instituto de Seguros de Portugal (ISP);*
- c) Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);*
- d) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE);*
- e) ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP - ANACOM);*
- f) Instituto Regulador das Águas e Resíduos (IRAR);*
- g) Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF);*
- h) Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC);*
- i) Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI).*

Posteriormente vieram juntar-se ainda, como entidades reguladoras sectoriais, a Entidade Reguladora da Saúde e Entidade Reguladora da Comunicação Social⁸⁹⁵.

Como bem referia Eduardo Paz Ferreira⁸⁹⁶, este cenário “*Trata-se de uma nebulosa que integra realidades muito distintas (...)*”, sendo que esta circunstância acabou por condicionar a implementação dum modelo único em termos de objetivos, organização das estruturas e poderes das entidades reguladoras⁸⁹⁷.

Podemos encontrar formas de regulação associadas à passagem de situações de monopólio para uma abertura dos mercados, como sucedeu com a ERSE em relação ao mercado de gás natural. Ou, outro exemplo, o caso da ERSAR que com o objetivo de minimizar os inconvenientes duma situação de monopólio, pretendeu levar a cabo uma situação de concorrência sem beliscar o interesse público.

Havia ainda outro tipo de entidades reguladoras cujo principal foco seria a regulação sectorial e a definição de condições de acesso ao mercado, fomento da concorrência, garantia de competitividade e proteção dos consumidores. O caso do ICP-ANACOM e da ERSE eram disso exemplo.

Mas, por exemplo o INTF não tinha propriamente competências de regulação, pouco esclarecidas pelo legislador que apenas referia genericamente a missão de regulação.

O que existia era uma variedade terminológica de entidades – Comissões, Institutos, entidades – que era acompanhado também por uma variedade de formas organizativas, bem como com um relacionamento com o Governo muito diferenciado⁸⁹⁸.

Podíamos encontrar entidades reguladoras com uma independência reforçada, como o Banco de Portugal e a CMVM. Depois, num grau de independência diferente, a ERSE e ICP-ANACOM podiam tomar decisões sem interferência governamental.

⁸⁹⁵ Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010, p. 31 e ss.

⁸⁹⁶ Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010, p. 46 e ss.

⁸⁹⁷ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Direito da Regulação da Economia”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2017, p. 184 e ss.

⁸⁹⁸ Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010, p. 47 e ss.

O Decreto-lei n.º 277/2009, de 2 de outubro que aprova a orgânica da ERSAR, por exemplo, considera que a mesma é um instituto público integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira bem como património próprio.

Um dos aspetos relevantes do grau de independência destas entidades são as condições de nomeação e condições de exercício de mandato. Acrescentamos ainda o financiamento, pois tal pode determinar ainda a exigência de prestação de contas por utilização de receitas públicas.

Ora, o que sucedia é que a nomeação do Governador dependia exclusivamente do Governo, sem que existisse qualquer intervenção de outro órgão de soberania⁸⁹⁹.

Contudo, outras entidades existiam, como a ERSE, ERS, CMVM, ISP em que os estatutos previam que a escolha deveria ser efetuada de entre personalidades de reconhecida idoneidade, competência técnica e profissional. NO caso do ICP-ANACOM acrescentava-se ainda a exigência de garantia de independência.

Geralmente existia um princípio de inamovibilidade dos membros do conselho de administração salvo falta grave apreciada pelo Conselho de Ministros. Bem como a possibilidade de dissolução dos órgãos era bastante reduzida.

No que concerne ao financiamento, há que referir que aqui já se encontravam poderes tributários próprios destas entidades que passam a cobrar tributos aos regulados, bem como recebem uma parte ou a totalidade dos valores das multas e coimas. Contudo, não deixa de ser ainda necessária a transferência de verbas do orçamento do Estado para que estas entidades consigam funcionar.

Quanto ao regime de gestão patrimonial e financeira, oscilou-se entre uma maior aproximação ao regime das empresas públicas ou a subserviência à orientação do Ministério das Finanças que pretendia centralizar os fundos e serviços autónomos⁹⁰⁰.

De relevar que mesmo assim, existiam diversos graus de dependência financeira e sobretudo grande diferenciação nos mecanismos de *accountability*. A prestação de contas e fiscalização das mesmas era diferenciada consoante a entidade em causa e seu estatuto.

A questão da independência das entidades reguladoras estava longe de ser pacífica. O relacionamento destas entidades com o Governo alternava bastante.

⁸⁹⁹ Tal foi alterado por força das alterações à supervisão bancária pós crise de 2008. O Governador e membros do conselho de administração são designados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das Finanças e após parecer fundamentado da comissão competente da Assembleia da República. Exercem os respetivos cargos por um prazo de cinco anos, renovável por uma vez e por igual período. O Governador e os demais membros do Conselho de Administração gozam de independência nos termos dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (SEBC/BCE), não podendo solicitar ou receber instruções das instituições comunitárias, dos órgãos de soberania ou de quaisquer outras instituições. Os membros do Conselho de administração são inamovíveis e só podem ser exonerados dos seus cargos caso se verifique alguma das circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 14.º dos Estatutos do SEBC/BCE. A exoneração é realizada por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro das Finanças. O exercício de funções dos membros do Conselho de Administração cessa ainda por termo do mandato, por incapacidade permanente, por renúncia ou por incompatibilidade. Cfr. www.bportugal.pt

⁹⁰⁰ Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010, p. 47 e ss.

O ICP-ANACOM, por exemplo, para além de funções de regulação ainda coadjuvava o Governo na definição das linhas estratégicas, emitia pareceres e elaborava projetos de legislação.

Mas o estatuto organizacional, as competências e objetivos eram tão dissemelhantes que se umas entidades roçavam a independência, outras havia que não pareciam passar de dependências de direções-gerais.

Face a este panorama, Eduardo Paz Ferreira, em 2010⁹⁰¹, referia que: *“A apreciação dos diversos estatutos leve-nos a concluir pela existência de dois modelos – o dos reguladores fortes – susceptíveis de serem enquadrados na categoria das autoridades administrativas independentes – e os reguladores fracos – mais próximos das formas tradicionais de administração pública.”*

Face a tal heterogeneidade, urgia alguma harmonização. De referir que esta ausência de nexos fazia com que não se conseguissem padrões de avaliação da regulação e seus efeitos. Tal poderia ser feito casuisticamente, eventualmente num ou outro sector de atividade mas sem grande fiabilidade.

A complexidade do sistema existente levava ainda à dificuldade do estudo e análise do mesmo.

3.5.3.1. Entidades Reguladoras Independentes

A análise do sistema português não pode ficar completo sem que exista um pormenorizado exame à Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes.

No âmago da criação das entidades reguladoras independentes como hoje as conhecemos já se encontra uma política económica que clama pela eficiência dos mercados, a diminuição dos custos de transação, com garantias de concorrência contendo-se monopólios, correção de externalidades e de falhas de informação aos consumidores, garantindo-se, no entanto, que são prestados – e bem! – os serviços de interesse geral.

A proliferação de entidades reguladoras, sem grandes preocupações de harmonização de regimes, dá-se num ambiente de necessidade face à abertura da economia portuguesa que sucedeu sobretudo nos anos 90.

Mas na ânsia de correção de falhas de mercado também houve lugar a falhas de governação⁹⁰², fazendo com que os benefícios da regulação pudessem ser postos em causa em algumas franjas do sistema. Era premente a existência duma Lei-quadro.

A nível doutrinal, há que evocar o Projeto de Lei-Quadro da autoria de Vital Moreira e Fernanda Maçãs, datado de 2003, que versava sobre autoridades de regulação nos domínios económico e financeiro, incluindo atividades de crédito, de seguros, e mercado de bens mobiliários⁹⁰³, atividades conexas, energia, telecomunicações, serviços postais, águas e resíduos, transportes

⁹⁰¹ Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010, p. 47 e ss.

⁹⁰² Cfr. Sérgio Vasques, “As Taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução”, texto inserido na coletânea “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, Almedina 2008.

⁹⁰³ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 192 e ss

terrestres, aéreos e marítimos, bem como demais atividades encarregadas de serviços de interesse geral e defesa da concorrência.

Muito embora o artigo 2º do Projeto de Lei-Quadro referisse que *“Para efeitos da presente lei, consideram-se autoridades reguladoras independentes (ARI), qualquer que seja a sua designação, as entidades públicas dotadas de funções reguladoras, incluindo a regulamentação, supervisão e sancionamento das infracções, quando caracterizadas pelos requisitos de autonomia orgânica e funcionais definidas na presente lei”*, certo é que as ARI eram qualificadas quanto à sua natureza como institutos públicos⁹⁰⁴.

Este Projeto tinha como objetivos, muito sucintamente⁹⁰⁵:

- a) Delimitação das áreas em que se justifica a atuação de ARI e este é o melhor sistema regulatório;
- b) Tornar mais exigentes e com um padrão similar a criação destas entidades, bem como estabelecer um regime jurídico padrão para as mesmas;
- c) Aumentar a transparência e visibilidade das entidades reguladoras;
- d) Com a imposição dum novo regime, seria necessário reexaminar as entidades existentes e proceder às alterações necessárias para existisse uma uniformização.

As preocupações com uma uniformização e elaboração de Lei-Quadro pareceu desvanecer-se até que em abril de 2008, o Tribunal de Contas efetuou o Relatório n.º 18/2008⁹⁰⁶, relativamente a uma auditoria efetuada no âmbito dos temas da Regulação.

Neste relatório, o Tribunal de Contas linkava a necessidade de uma Lei-Quadro à clarificação do próprio regime destas entidades: sua natureza jurídica, relação com o Governo, necessidade de transparência, regras específicas sobre financiamento, fiscalização e gestão pública.

Contudo a Lei-quadro apenas surge em 2013 como resposta às exigências do programa de assistência económica e financeira⁹⁰⁷.

A ideia seria fazer-se inicialmente um estudo aprofundado e independente que recaía sobre *“(…) as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN*⁹⁰⁸. *O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da atividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência”*

⁹⁰⁴ De relevar que no ano seguinte é sistematizado o regime dos institutos públicos por via da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro.

⁹⁰⁵ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 192 e ss

⁹⁰⁶ <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2008/rel018-2008-2s.pdf>

⁹⁰⁷ Em concreto a medida estava prevista no Memorando de Entendimento sobre as condicionantes da Política económica, celebrado entre Portugal, Comissão Europeia, Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional em 2011, medidas 7.20 e 7.21.

⁹⁰⁸ Autoridades Reguladoras Nacionais

Repare-se que a própria OCDE, em março de 2012 lançava um relatório sobre matéria de regulação, onde incluía 12 recomendações que deveriam ser seguidas nas políticas de regulação⁹⁰⁹. Este relatório viria a ser acolhido pela União Europeia.

Após ter sido efetuado o estudo, que detinha diversas diretrizes orientadoras relativas ao reforço da independência das entidades reguladoras e a necessidade dum quadro legal homogêneo, era evidente que o Governo tinha de tomar providências.

Acresce que o próprio Memorando detinha outras medidas tendentes à competitividade externa da economia, aceleração das privatizações e reforço da liberalização de sectores de utilidades públicas – nomeadamente terminando-se com as *golden shares* – mais um punhado de medidas das chamadas “reformas estruturantes” que visivelmente caminhavam no sentido de adequação da regulação existente às diretrizes europeias e da OCDE que eram muito mais veementes na liberalização.

O Memorando recomendava ainda a existência dum tribunal especializado apenas para concorrência – que veio a ser instalado na cidade de Santarém e com competência nacional – bem como previa medidas de reforço da independência, que nas responsabilidades como nos recursos, das entidades reguladoras.

Muito embora as medidas do Memorando não impusessem especificamente a elaboração duma Lei-quadro, o Governo assim entendeu concretizar aquilo que lhe estava a ser exigido, sendo certo que, curiosamente, não goza de nenhuma superioridade hierárquica relativamente à legislação de cada entidade reguladora em concreto⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ Cfr. <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>. A Recomendação do Conselho da OCDE de 2012 sobre política regulatória e governança (*recommendation of the OECD Council on regulatory quality and governance, 2012*) acabou por ser adotada em 22 de março para todos os países membros da OCDE e da União Europeia. Em linhas gerais, a recomendação desdobra-se em 12 princípios em matéria de regulação, a saber:

- i) compromisso político na qualidade regulatória;
- ii) transparência e participação no processo regulatório;
- iii) estabelecer mecanismos para supervisionar os procedimentos da política regulatória;
- iv) integrar a avaliação do impacto regulatório desde os estágios iniciais do processo;
- v) revisão sistemática das políticas regulatórias vigentes, aferindo a sua atualização, a justificação dos custos e a sua consistência;
- vi) publicação regular de desempenhos da política regulatória, incluindo a avaliação do impacto regulatório;
- vii) desenvolver uma política consistente envolvendo as agências reguladoras nas decisões que se pretendem objetivas e imparciais e evitando o conflito de interesses e influências indevidas;
- viii) assegurar a efetividade dos sistemas de revisão da legalidade e imparcialidade processual das regulações;
- ix) avaliação dos efeitos da regulação através da avaliação dos riscos, gestão dos riscos e estratégia de comunicação dos riscos;
- x) promover a coerência regulatória através de mecanismos de regulação entre os diferentes níveis: supranacional, nacional e subnacional do governo;
- xi) fomentar a capacidade de gestão e desempenho regulatório nos níveis subnacionais do governo;
- xii) considerar os padrões internacionais e estruturas de cooperação no desenvolvimento de medidas regulatórias e os seus efeitos fora da sua jurisdição.

⁹¹⁰ A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo não tem valor reforçado.

De ressaltar desde já que a Lei-quadro das Entidades Reguladoras não se aplica a todas as entidades reguladoras constituídas à data da sua publicação, tendo o artigo 3º da Lei n.º 63/2013 enumerado expressamente as entidades que deveriam adaptar-se a estas novas regras, deixando também expressamente fora do âmbito de aplicação desta Lei o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

A exclusão destas duas entidades explica-se pelo facto de ambas terem um regime constitucional próprio, nos artigos 39º e 102º ambos da CRP, com finalidades, objetivos e regulamentação própria.

No caso da ERC, a mesma não tem natureza de entidade de regulação económica e concorrência, pelo que estaria, à partida excluída da Lei-Quadro que abrange as entidades com funções de regulação da económica.

Por outro lado, os estatutos da ERC devem ser aprovados por Lei de valor reforçado face ao disposto da alínea a) do n.º 6 do artigo 168º da CRP.

Acresce ainda que, no caso da ERC, o artigo 39º da CRP prevê diretamente as suas atribuições e competências.

No caso do Banco de Portugal, a legislação europeia foi fortemente reforçada no que concerne à regulação e supervisão bancária, áreas de atuação do BdP, sobretudo no que se refere ao Sistema de Bancos Centrais.

Assim, o BdP, por ser Banco Nacional, já tinha a sua ação delineada pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia, mormente artigos 120º e 131º, pelo que, atendendo ao princípio do primado, estas normas sempre se sobreporiam à Lei-Quadro.

De relevar ainda que muito embora esta Lei-Quadro tenha intuitos harmonizadores, como já se adiantou nada impede que sejam criadas entidades reguladoras que cumpram exatamente os mesmos tipos de padrões. Tanto assim é que se mantém a possibilidade de, por via de Lei ou Decreto-Lei sejam criada entidade reguladoras independentes, e nos termos do artigo 7º n.º 3 alínea f) podem as entidades reguladoras ter quaisquer outras características que sejam necessárias e adequadas à sua atividade.

Façamos já uma análise desta Lei-Quadro, a Lei n.º 67/2013 de 28 de agosto, que entrou em vigor a 2 de setembro de 2013. Fazemos essa apreciação sobre o modelo institucional e o modelo financeiro.

Devemos desde logo advertir que, embora abreviadamente nos refiramos a esta Lei-Quadro como das Entidades Reguladoras tal qual sucede no diploma, a mesma, de acordo com a sua própria letra, é *“Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo”*.

Julgamos que assim o legislador tentou ampliar a aplicação desta Lei-Quadro até porque um dos objetivos da mesma seria a harmonização da legislação dispersa que existia neste campo.

De facto, o XIX Governo Constitucional pretendia apresentar um Estatuto Jurídico das Autoridades Administrativas Independentes, integrando a sua criação na Reserva de Lei Parlamentar e transformar as entidades reguladoras até aí existentes em Autoridades

Administrativas Independentes e reintegrando as restantes na administração pública tradicional⁹¹¹.

Mas, de facto, tal não sucedeu não podendo hoje dizer-se que esta Lei-Quadro seja uma Lei Geral da Administração Independente ou uma Lei Geral da Regulação Económica. Também contribuem para esta afirmação duas características desta Lei-Quadro⁹¹²: i) a Lei-Quadro apenas abrange as entidades com funções de regulação, não abrangendo, por isso, todas as Entidades Administrativas Independentes como a CNE ou o CADA (Comissão de Acesso a Documentos Administrativos); ii) exclui entidades reguladoras do seu âmbito, a saber, o Banco de Portugal e ERCS (Entidade Reguladora da Comunicação Social).

A Lei-Quadro tem um preâmbulo com cinco artigos que tiveram desde logo uma importância elevada devido ao facto de elencar quais as entidades que são reconhecidas como entidades reguladoras, sendo que, nos termos do artigo 2º n.º 1 da Lei-Quadro a mesma aplica-se a estas entidades.

Reconhecesse expressamente que são entidades reguladoras: a) Instituto de Seguros de Portugal; b) Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; c) Autoridade da Concorrência; d) Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; e) Autoridade Nacional de Comunicações (ICP - ANACOM) que será objeto de red denominação nos termos do artigo seguinte; f) Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P. (INAC, I. P.), que será objeto de red denominação nos termos do artigo seguinte; g) Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P. (IMT, I. P.), nas suas atribuições em matéria de regulação, de promoção e defesa da concorrência no âmbito dos transportes terrestres, fluviais e marítimos, que será objeto de reestruturação nos termos do artigo seguinte; h) Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos; i) Entidade Reguladora da Saúde.

Logo o artigo 1º traz a limitação à aplicação da presente Lei-Quadro a entidades administrativas independentes que tenham funções de regulação, ou seja, o objeto da Lei-Quadro não abrange toda e qualquer entidade administrativa independente. Deixa-se assim de fora, entidades como a Comissão Nacional de Eleições ou a Comissão de Proteção de dados.

Conforme disposto no artigo 3º (natureza e requisitos) da Lei-Quadro, as entidades reguladoras são pessoas coletivas de direito público, pelo que a sua criação, extinção e fusão depende de lei - Cfr. artigos 7º e 8º - aqui entendida em sentido amplo porque a mesma não se encontra sob matéria de reserva da Assembleia da República, atendendo ao disposto nos artigos 164º e 165º da CRP.

A norma em branco prevista no artigo 267º n.º 3 da CRP, encontra concretização no artigo 6º da Lei-Quadro, onde se determina que só podem ser criadas entidades reguladoras independentes para a prossecução de *"atribuições de regulação das atividades económicas que recomendem,*

⁹¹¹ Cfr. Proposta de Lei n.º 132/XII (2ª). Esta proposta estava em linha com o Plano de Redução e Melhoria da Administração Central do Estado (PREMAC) e do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), desenvolvido também atendendo a exigências do Memorando de Entendimento, pretendendo-se assim que as Entidades Reguladoras passassem para a Administração Independente, com maior autonomia administrativa e financeira, integrando-se na administração pública as chamadas "falsas" entidades reguladoras que desempenhavam funções de regulação desgarradamente. Posteriormente essas mesmas entidades integradas seriam alvo de avaliação para que se averiguasse da necessidade da sua existência.

⁹¹² Cfr. Celeste Cardona, "Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes", Almedina, 2019, p. 203 e ss.

face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo" – Cfr. Artigo 6º n.º 1.

O Diploma Preambular da Lei n.º 67/2013 acaba por delimitar o seu âmbito subjetivo no seu artigo 3.º quando enumera taxativamente as entidades reguladoras existentes sujeitas à nova Lei. Contudo, nada impede o Governo de, por mero Decreto-Lei, afastar estas entidades da sujeição à Lei-quadro ou de criar novas soluções de entidades de regulação.

As entidades reguladoras independentes, como qualquer pessoa coletiva, estão vinculadas ao princípio da especialidade, ou seja, a prática de atos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as suas obrigações está condicionada a um princípio de necessidade relativo à prossecução das suas atribuições – Cfr. artigo 12º n.º 1.

De referir uma especificidade relativamente à criação de novas entidades reguladoras em que as mesmas só podem ser criadas após realização de estudo que comprove a sua necessidade e interesse público.

Este estudo deve ainda clarificar os efeitos sobre atividades económicas dos sectores em que atuem, consequências para os consumidores e implicações financeiras e de funcionamento para o Estado – Cfr. Artigo 6º n.º 4.

É ainda de referenciar que nos termos do artigo 6º n.º 2, as entidades reguladoras independentes não devem assumir uma função que seja de substituição da realização de tarefas ou atividades que devam ser desempenhadas por serviços ou organismos da Administração direta ou indireta do Estado⁹¹³.

Na Lei-Quadro define-se uma orientação genérica de cooperação entre as autoridades reguladoras, tendo em vista a resolução de problemas de interesses e a atribuições comuns – Cfr. artigo 11º. É o que sucede, por exemplo, no domínio financeiro com o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros ou no quadro de relações institucionais ou de cooperação entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais.

De relevar que o artigo 3º e o artigo 4º são essenciais na definição de regras às quais as entidades reguladoras estão adstritas, a saber:

a) Dispõem de autonomia administrativa, de gestão e financeira e possuem independência orgânica, funcional e técnica. Têm órgãos, serviços, pessoal e património próprio. Têm poderes de regulação, regulamentação, supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações. De referir ainda que têm de garantir a proteção dos interesses e direitos dos consumidores⁹¹⁴. Aliás, relativamente a este ponto, o artigo 3º n.º 1 considera entidades reguladoras – com natureza de entidades administrativas independentes - as que têm atribuições em matéria de regulação da atividade económica, defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e promoção da defesa da concorrência.

b) Relativamente à gestão, estas entidades têm deveres de transparência na atuação, através da discussão pública de projetos de documentos que detenham normas regulamentares e a disponibilização pública de documentação relevante sobre as suas atividades. A gestão deve-se

⁹¹³ O que se compreende, por um lado para não haver coincidência de funções entre várias entidades e, em segundo, para existir uma separação da própria administração, manifestando-se a autonomia das entidades reguladoras.

⁹¹⁴ Ou seja, são estas entidades que devem zelar pelos interesses e direitos dos consumidores, incluindo a avaliação de queixas.

pautar por elevados padrões de qualidade, soluções eficientes, sujeição aos princípios da prévia cabimentação e programação de despesas e transparência no funcionamento dos órgãos e da gestão de pessoal.

A estipulação do regime jurídico que consta do artigo 5º também denota o ténue equilíbrio entre uma verdadeira independência do Estado e a manutenção da vigilância atenta da Administração Pública. Assim, quando exerce poderes públicos, como seria natural, as Entidades Reguladoras estão sujeitas ao Código de Procedimento Administrativo e legislação aplicável a atos administrativos, bem como ao contencioso administrativo.

Contudo o n.º 3 do mesmo artigo prevê

“São ainda aplicáveis às entidades reguladoras, designadamente:

- a) O regime da contratação pública;*
- b) O regime da responsabilidade civil do Estado;*
- c) Os deveres de informação decorrentes do Sistema de Informação da Organização do Estado (SIOE);*
- d) O regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas;*
- e) O regime de inspeção e auditoria dos serviços do Estado.”*

Não deixa de ser curioso que já se denota aqui a exigência da subjugação destas entidades a regras aplicáveis à administração pública, o que apenas reforça que as mesmas fazem, efetivamente, parte duma “novel” organização administrativa do Estado onde se podem integrar entidades dotadas de ampla autonomia.

Relativamente ao modelo de organização estipulado na Lei-Quadro, como órgãos obrigatórios prevê-se um Conselho de Administração e uma Comissão de Fiscalização ou Fiscal Único – artigo 15º n.º 1- e uma Comissão de Vencimentos – artigo 26º - que funciona junto de cada entidade reguladora independente.

Podem ainda existir “órgãos de natureza consultiva”, conforme dispõe o artigo 15º n.º 2.

O Conselho de Administração é um órgão colegial, composto por um presidente e até três vogais, admitindo-se a existência de um vice-presidente embora tenha de se assegurar, na globalidade, um número ímpar de membros – artigo 17º n.º 1. Tal sucede porque inexistente voto de qualidade do presidente.

A Lei-Quadro confere ao presidente do órgão de administração um poder de veto sobre deliberações do órgão que sejam “contrárias à lei, aos estatutos ou ao interesse público” – Cfr. artigo 23º n.º 4⁹¹⁵. Mas repare-se que não se trata de um voto de desempate mas antes de defesa ou garantia da legalidade.

O mandato dos titulares dos órgãos de Administração tem a duração de seis anos não renováveis – artigo 20º - e a remuneração dos membros do CA é definida pela Comissão de Vencimentos cuja composição provém de maioria governamental, conforme dispõe o artigo 26º. Como referência na fixação de valores é tido em conta o vencimento do Primeiro-Ministro, como sucede, por exemplo, em organismos públicos.

⁹¹⁵ Relativamente a esta matéria há quem questione esta “presidencialização” do conselho de administração. Mas este preceito está na mesma linha do que já havia sido previsto para os Institutos Públicos, por exemplo.

O Artigo 19º prevê um apertado regime de incompatibilidades e impedimentos, indicando desde logo que os membros do conselho de administração ficam sujeitos a um regime de exclusividade.

Ficam ainda impedidos, no espaço de dois anos após a cessação de mandato interditos de estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com empresas ou agentes destinatários da atividade da entidade reguladora. Ficam, inclusivamente, assegurada uma compensação equivalente a metade do vencimento mensal para assegurar o cumprimento desta obrigação.

A exclusividade estende-se aos membros da comissão de fiscalização e fiscal único, estando os trabalhadores das entidades sujeitos a deveres como a prossecução do interesse público

Gostaríamos aqui de relevar a norma do artigo 18º sob a epígrafe "Dever de Reserva" que pode provocar algumas dificuldades, nomeadamente no caso de membros do Conselho de Administração que sejam chamados a comissão parlamentar e aí sejam questionados sobre processos, por exemplo.

Neste particular, tendemos a concordar com Nuno Cunha Rodrigues⁹¹⁶ porque atendendo a que, nos termos do artigo 20º n.º 5 alínea b), a violação do dever de reserva é motivo para destituição de funções, então tendencialmente o preceituado levará a que os reguladores optem por fazer uma leitura restritiva da lei, fazendo com que estes se remetam ao silêncio sempre que possa existir uma associação entre uma questão e um determinado processo, especialmente se este beneficiar de atenção mediática.

De relevar ainda que a independência – transversal ao diploma – não deve revelar-se apenas “de cima para baixo”, ou seja, na autonomia face ao Governo mas também na autonomia entre entidades reguladoras e face aos regulados, com vista à prevenção da “captura” do regulador quer de poderes políticos ou de interesses dos regulados.

Relativamente à independência face ao Governo, é certo que a independência aparece em várias passagens como garantida mas tanto o artigo 9º como o artigo 45º preveem alguma intervenção governamental mesmo que meramente residual.

Importa perceber se com a Lei-Quadro a independência das entidades reguladoras foi reforçada mantendo-se a exigência de unidade de ação da administração conforme dispõe o n.º 2 do artigo 267º da CRP.

Como já aqui se referiu, o artigo 3º reforça a existência duma independência orgânica, funcional e técnica. E, até aqui, contempla-se aquilo que já vinha sendo notório: estas entidades reguladoras são sobretudo dotadas de uma especialização técnica que foi, outrora, razão essencial para que se formassem.

Juntar uma independência organiza e funcional é apenas consagrar como regra geral o que já sucedia: a crescente descentralização destas entidades e “*detach*” da tradicional hierarquização da administração pública.

Ressalva-se, contudo, que “apenas” existe autonomia administrativa e financeira, bem como autonomia de gestão. Adiantaríamos já que no que concerne à gestão e administração, as

⁹¹⁶ Em conferência organizada pelo Instituto de Direito Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, intitulada: "A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro", 2.º painel, 12 de novembro de 2013, disponível em: http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525

entidades reguladoras detêm uma ampla autonomia, aliás, como já se previa da evolução histórica.

Já no que concerne à gestão orçamental e financeira, embora de facto detenham amplos poderes, não se pode falar propriamente numa independência.

De facto, em termos organizacionais, os órgãos destas entidades passam a ter regras de nomeação, transparência e requisitos, inamovibilidade, exclusividade que são muito beneficiadores de uma maior independência em relação aos ciclos políticos e mesmo de independência em relação aos agentes de mercado.

A nomeação passou a ter um escrutínio mais amplo, pois, para além de requisitos de idoneidade e reconhecimento técnico, é o Governo que faz a indicação mas o Conselho de Ministros apenas pode designar após audição na competente comissão da Assembleia da República.

Ora, este mecanismo introduz mais um elemento de transparência no processo de nomeação que, no caso português, levou até a uma maior curiosidade por parte da comunicação social, reforçando o escrutínio público.

Por lei se criam, por lei se extinguem, se fundem ou se cindem. Continua, portanto, a ser o Governo ou Parlamento quem detém a palavra sobre a criação e manutenção destas entidades.

Mais. Nos termos do artigo 20º n.º 3 alínea f), conjugado com os números 4 e 5 do mesmo artigo, é o Conselho de Ministros, com intervenção do Parlamento, que pode dissolver o Conselho de Administração em determinados casos⁹¹⁷.

Houve necessidade de integrar um artigo sob a epígrafe “Independência” com vista a reforçar que as entidades reguladoras não estariam sujeitas a superintendência ou tutela Governamental⁹¹⁸ mas esta independência é mitigada com uma espécie de tutela preventiva⁹¹⁹.

Ora, consagra o mesmo artigo 45º que existe a necessidade de aprovação prévia dos planos plurianuais e orçamentos, bem como de outros atos de “incidência financeira e patrimonial”. Esta ingerência do Ministério das Finanças sobre a gestão financeira e patrimonial não deixa de ser uma quebra da independência das entidades reguladoras, justificada pelo facto de as mesmas ainda se financiarem com dinheiro público.

Acresce que, mesmo no que concerne à gestão executiva, o Governo pode solicitar informação sobre a execução do plano de atividades e orçamentos.

A intervenção governativa abrange ainda a possibilidade de participação no processo de elaboração de regulamentos que contenham normas de eficácia externa – Cfr. artigo 41º n.º 1.

⁹¹⁷ De relevar que o n.º 5 do artigo 20º da Lei-Quadro refere alguns dos motivos considerados “justificados” para a dissolução do Conselho de Administração mas não é um elenco taxativo.

⁹¹⁸ De referir aqui que era a própria Lei-Quadro que induzia em erro o interpretante por no artigo 9º refere que a entidade reguladora fica “adstrita” a um ministério, que seria o ministério responsável pela área de atividade económica da entidade reguladora. Esse preceito, embora ressalvasse a independência das entidades, deixava em aberto a eventual tutela ou superintendência por parte do Ministério competente. O artigo 45º veio definitivamente afastar esse vínculo.

⁹¹⁹ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 212 e ss.

Mesmo no âmbito das competências de fiscalização, as auditorias e inspeções devem constar de planos previamente aprovados por chancela governamental, o que representa mais uma ingerência na independência das entidades reguladoras⁹²⁰.

É certo ainda que as entidades reguladoras podem funcionar como consultores técnicos junto da Assembleia da República aquando da elaboração de projetos de legislação apresentando pareceres, estudos ou informações. Mas não deixa de ser o Parlamento ou Governo que toma a decisão sobre a legislação a ser implementada.

Ou seja, as entidades reguladoras são, em limite, agentes de execução das políticas decididas politicamente pelo Governo e Parlamento.

A Lei-Quadro não apresenta grandes soluções relativamente ao controlo político destas entidades, sendo de relevar neste plano o disposto no artigo 49º relativamente à prestação obrigatória de informações à Assembleia da República.

A Assembleia da República passa ainda a fazer parte do processo de designação dos membros do Conselho de Administração. – Cfr. artigo 17º n.º3.

O Tribunal de Contas, como adiante veremos, nos termos do artigo 5º n.º 3 da Lei-Quadro, faz o controlo financeiro, sendo pode também aferir da eventual responsabilidade financeira.

De referir ainda que o controlo orçamental é ainda efetuado pela Direção-Geral do Orçamento órgão que pode avaliar o desempenho orçamental⁹²¹.

No que concerne ao regime orçamental – e seguindo a exposição de Sérgio Gonçalves do Cabo⁹²² que, com muito pragmatismo, apresentou três regimes embora apenas dois sejam suscetíveis de aplicação às Entidades reguladoras independentes – vejamos o que a Lei-Quadro nos reservou.

Então, seguindo a terminologia do mencionado orador, podemos ter três regimes orçamentais: i) o regime de autonomia orçamental plena - Cfr. artigo 33º n.º 1; ii) o regime de autonomia orçamental semiplena – Cfr. artigo 33º n.º 2; iii) o regime sem autonomia orçamental, ou seja, dependente de verbas públicas.

Existirá autonomia orçamental plena quando a entidade reguladora seja financiada exclusivamente por receitas próprias decorrentes da atividade reguladora, como são as que resultam de contribuições, taxas e tarifas, previstas no artigo 36º n.º 1 e 2.

O regime de autonomia financeira semiplena, como o nome indica, resultará da conjugação de receitas próprias provenientes da sua atividade de regulação e outras fontes tais como transferências do Orçamento de Estado. Esta duplicidade acarreta algumas vicissitudes, pois caso parte do orçamento da entidade reguladora independente provenha de financiamento

⁹²⁰ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 212 e ss.

⁹²¹ Cfr. Celeste Cardona, “Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes”, Almedina, 2019, p. 215 e ss.

⁹²² Em conferência organizada pelo Instituto de Direito Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, intitulada: “A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro”, 4.º painel, 12 de novembro de 2013, disponível em: http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525

público⁹²³, haverá a sujeição desse montante às regras de contabilidade pública e ao regime dos fundos e serviços autónomos do Estado, podendo implicar, por via disso, a cativação de verbas.

Da mesma forma, se o património da entidade reguladora independente for público então terá de se subordinar ao regime do património público. Caso o património seja próprio, então aplicar-se-ão as regras de Direito Privado.

O princípio e as regras da unidade de tesouraria, previstas no artigo 38º n.º 3, também suscitam alguns problemas.

Voltamos aos doutos ensinamentos de Sérgio Gonçalves do Cabo⁹²⁴ que sumariou este princípio de duas formas: i) numa modalidade mínima, entendendo-se que apenas os depósitos excedentes e os saldos de tesouraria serão objeto de controlo pelo Instituto de Gestão de Crédito Público (IGCP); ii) numa modalidade máxima, toda a gestão e controlo da tesouraria das entidades reguladoras independentes caberá ao IGCP.

Esta última modalidade, a ser assim entendida e aplicada, configuraria um inaceitável constrangimento à independência das entidades reguladoras, em particular da sua autonomia financeira.

Ora, neste particular a Lei-Quadro não foi particularmente feliz ao fazer crer ser necessária uma dualidade contabilística dentro de cada entidade para tratamento das receitas que sejam próprias de forma privada e as que provenham de fundos públicos em consonância com os princípios da contabilidade pública.

Também ainda no âmbito financeiro, há que relevar que é aplicável às entidades reguladoras independentes o regime de jurisdição do Tribunal de Contas e o regime de inspeção e auditoria dos Serviços do Estado – Cfr. artigo 5º n.º 3 alíneas d) e e).

No que concerne às receitas, além das previstas no artigo 36º n.º 2, alíneas a) a d), podem constituir receitas próprias, nos termos da alínea e) - "outras receitas, definidas nos termos da lei ou dos estatutos" - por exemplo, o produto da venda de bens e prestação de serviços, o rendimento decorrente de bens próprios e doações (embora sujeitos a autorização prévia, nos termos do art.º 45.º, n.º 4), ou aplicações financeiras.

Curiosamente, o artigo 6º n.º 2 alínea c) prevê que, logo na sua criação, devem ser assegurados os mecanismos para que as entidades tenham condições financeiras de autossuficiência, seguindo o exemplo de grande parte das entidades reguladoras europeias que vivem sobretudo das taxas e contribuições que cobram no âmbito da sua atividade de regulação.

Acrescentamos ainda que as entidades reguladoras independentes, estão sujeitas ao regime de contratação pública e ao regime de responsabilidade civil do Estado – Cfr. artigo 5º n.º 3 alíneas a) e b).

⁹²³ Inclui-se aqui transferências do Orçamento do Estado e receitas, por exemplo, provenientes da utilização de domínio público. Recorde-se que, por exemplo, a ANACON cobra taxas pela utilização do espectro radioelétrico que é um bem de domínio público.

⁹²⁴ Em conferência organizada pelo Instituto de Direito Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, intitulada: "A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro", 4º painel, 12 de novembro de 2013, disponível em: http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525

3.5.3.1.1. Regime orçamental e financeiro em particular

Já aqui se demonstrou que a independência das entidades reguladoras, mesmo após a publicação da Lei n.º 67/2013, em muitos pontos fica limitada. Por esse motivo, talvez seja mais adequado falar-se em autonomia do que propriamente independência, pelo menos no que respeita à área financeira.

O artigo 6º n.º 3 alínea c) da Lei-quadro que nos remete para uma necessidade de autossuficiência dos meios financeiros. E esta previsão poderia até ser baluarte do pressuposto de independência também financeira das entidades reguladoras. Mas apenas revela, pela sua existência, da necessidade de vincar que, independentemente das funções de interesse público que possam ter, as entidades reguladoras devem tratar de se autossustentarem.

No fundo quase parece uma necessidade de cortar de vez com o vínculo das antigas entidades que, por um ou outro motivo, se mantinham vinculadas ao Estado, nem que fosse somente no financiamento.

E, a nosso ver, vinca ainda outra questão. A independência vertical, *in casu*, a não subordinação aos poderes governamentais não tem de ser suportada financeiramente pelo Estado. Senão não será verdadeira independência. O Estado não deve suportar uma regulação que, propositadamente, deixou de ser sua.

Outra questão é se efetivamente o Estado deixou de querer essa regulação⁹²⁵. De facto, o Estado quando pretende impor medidas de regulação económica não se coíbe de legislar e ponto.

Não será, portanto de descurar que, apesar destas entidades reguladoras deterem amplos poderes e autonomia, a palavra do legislador é sempre a que se sobrepõe, logo o *guidance* será sempre do Estado e a execução de quem o mesmo permitir!

Parece que o Estado pretende aqui chamar à atenção para o facto de se manter uma espécie de vínculo, mesmo que seja por via legislativa. E, neste sentido, o Estado garante ainda uma certa unidade de ação deste braço da administração conforme a própria Constituição

A incoerência relativamente a esta suposta autossuficiência financeira, começa logo com a previsão no artigo 33º da Lei-Quadro, da existência de eventuais receitas provenientes da utilização de bens públicos e dotações do Orçamento do Estado. E é aqui que a “independência” financeira fica logo coartada.

⁹²⁵ A propósito recorde-se aqui a ingerência de que já falámos relativamente às críticas dirigidas à ANACOM no processo da implementação da rede 5G em Portugal. O Governo criticou fortemente a metodologia do Leilão criado pela ANACOM, dizendo até que a mesma era obsoleta e excessivamente morosa, comprometendo o desenvolvimento tecnológico. No âmbito da pandemia COVID 19 o Governo não se coíbiu de interferir nos mercados com medidas de restrição horária, restrição no funcionamento ou até mesmo encerramento prolongado de determinadas atividades sem que tivesse existido qualquer intervenção das entidades reguladoras sectoriais. Mais, interferiu nas regras de defesa do consumidor, mormente cobrança de dívida, criação de moratória ou até mesmo impedimento do corte de serviços essenciais – como sucedeu no fornecimento de energia elétrica e abastecimento de água – sem qualquer interferência dos reguladores sectoriais. Assistimos hoje, no âmbito da escalada inflacionista de preços sobretudo na energia, ao estabelecimento de preços máximos, por exemplo no sector do gás, sendo que tal medida teve, neste caso, o aval da Comissão Europeia.

Se as entidades reguladoras porventura utilizam verbas que envolvam dinheiro público então têm de se sujeitar às regras da sua utilização. E isto parece-nos uma evidência.

Por isso mesmo nos parece que existe, isso sim, uma autonomia financeira no sentido em que até podem gerir-se a si próprias financeiramente mas com um grau de autonomia limitado face à utilização de fundos públicos.

E repare-se que tal fará sentido muito claramente no que concerne às dotações provenientes do Orçamento de Estado mas também quando se trata de proveitos relativos à utilização dum bem público.

Isto porque, salvo disposição legal expressa e habilitada, o produto resultante da cobrança de taxa por utilização de bem do domínio público será do Estado. Isto porque as entidades reguladoras, estando fora do espectro da administração direta ou local, não terão poderes sobre o domínio público. Salvo, como se disse, alguma disposição concreta⁹²⁶.

Assim, estaremos perante receitas que têm de ter escrutínio relativamente ao seu uso com a devida parcimónia exatamente por serem receita de natureza pública.

Apesar do acima descrito, é claro que a Lei n.º 67/2013 pretendeu desvincular a administração central o mais possível destas entidades e acabou por facilitar o autofinanciamento das mesmas.

Vejamos em pormenor como se organizará a entidade reguladora relativamente às suas receitas e seu tratamento orçamental.

Já aqui referimos que as entidades reguladoras são independentes em termos orgânicos, funcionais e técnicos conforme estipulado no artigo 3º n.º 2. Inclui-se ainda neste artigo a autonomia administrativa e financeira.

De relevar que já este artigo 3º n.º 2 alínea a) acaba por referir autonomia financeira⁹²⁷ e não independência.

Conforme os ensinamentos de António Sousa Franco⁹²⁸ será a medida de liberdade e poderes financeiros das entidades públicas ou a capacidade financeira de uma pessoa ou órgão público.

E nesta esteira, delimita quatro tipos de autonomia – sendo essencialmente os três primeiros os que nos interessam no presente estudo - a saber:

- 1) Autonomia patrimonial que se traduz na capacidade e poder de ter património próprio e tomar decisões relativas ao mesmo. Esta autonomia pode traduzir-se nos poderes de gozo ou titularidade e exercício, sendo de relevar a existência de património próprio ou o poder de gestão de determinado património;

⁹²⁶ Não entraremos na discussão sobre bens do domínio público, sua propriedade e que utilização pode ser dada. Mas certamente basta-nos invocar conhecimentos de direito administrativo para perceber que um bem do domínio público pode ter exploração privativa sempre que o Estado assim o permitir sob pagamento de contraprestação – taxa. O produto desta taxa será, à partida, adstrito ao Estado que fará com essa receita o que entender.

⁹²⁷ Tal qual o faz com a autonomia administrativa. De frisar que, como já o dissemos anteriormente, as entidades reguladoras independentes estão adstritas a um ministério (artigo 9º), bem como o artigo 45º refere algumas “derrogações” da independência no exercício das funções da entidade, quer na área administrativa mas também na financeira.

⁹²⁸ Cfr. António Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, 4ª Edição, Almedina, 1998.

- 2) Autonomia orçamental que se traduz no poder de ter orçamento próprio, gerindo despesas e receitas;
- 3) Autonomia de tesouraria que consiste no poder de gerir, sem superintendência, os recursos monetários próprios, seja ou não em execução do orçamento. Esta autonomia é rara quando se trata de entidades públicas “clássicas” uma vez que as mesmas geralmente estão dentro do perímetro orçamental do Estado;
- 4) Autonomia creditícia que se traduz no poder de contrair dívidas e as competentes responsabilidades resultantes das operações financeiras.

Também relativamente à autonomia orçamental há que atender mais uma vez aos doutos ensinamentos de António Sousa Franco⁹²⁹ que qualificava a autonomia orçamental – também atendendo ao prescrito na então Lei de Enquadramento do Orçamento de Estado – no poder de preparação e decisão sobre o conteúdo do orçamento em que destacava as seguintes características:

- a) Total separação jurídica de orçamentos entre a entidade considerada e o Orçamento do Estado;
- b) Processos próprios de elaboração e aprovação do orçamento;
- c) Existência duma administração financeira própria e de formas próprias e autónomas de execução e controlo;
- d) Existência dum regime jurídico diverso do Estado.

Aqui chegados, façamos a devida análise sobretudo do artigo 33º da Lei n.º 67/2013, que versa sobre o regime orçamental e financeiro das entidades reguladoras independentes.

Este regime, em primeiro lugar, assume que quanto à gestão financeira e patrimonial da entidade, deve atender-se às normas da Lei-Quadro. Mas já no que concerne ao seu orçamento, as normas que se lhe aplicam não serão, somente, as da Lei-Quadro⁹³⁰.

Isto porque, se à partida o artigo 33º n.º 2 da Lei n.º 67/2013 exclui a aplicação às entidades reguladoras independentes a aplicação das regras de contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos.

Contudo, de seguida, no n.º 3 do mesmo artigo 33º, vem aplicar o regime orçamental dos fundos e serviços autónomos às verbas que provenham da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do Orçamento do Estado.

Também no que concerne à gestão patrimonial podemos encontrar um regime dualista. Conforme dispõe o artigo 35º da Lei-Quadro, o património que tenha sido afeto à entidade reguladora pelo Estado deve reger-se pelo regime jurídico do património imobiliário público, dos bens móveis do Estado e do parque de veículos do Estado.

Relativamente aos demais bens, deve a entidade reguladora reger-se pelo direito privado.

⁹²⁹ Cfr. António Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, 4ª Edição, Almedina, 1998.

⁹³⁰ Seguimos, neste particular, a interpretação de Sérgio Gonçalves do Cabo Em conferência organizada pelo Instituto de Direito Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, intitulada: “A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro”, 4º painel, 12 de novembro de 2013, disponível em: http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525

Ora, esta situação faz com que exista um tratamento diferenciado a nível orçamental e contabilístico, relativamente a fundos e património que possa ter qualquer interligação com o Estado e os demais bens e fundos que sejam tratados como privados.

Vejamos a propósito o artigo 38º da Lei-Quadro, no que concerne à contabilidade, contas e tesouraria. E mais uma vez vamos encontrar uma multiplicidade de regimes a serem conjugados.

Assim, mais uma vez se vem reiterar que se aplica às entidades reguladoras independentes o Sistema de Normalização Contabilística, sendo este um indício claro da intenção do legislador em separar, o mais possível, estas entidades do regime das contas públicas.

Contudo, rapidamente se percebe que este sistema será mitigado por regras como: i) prestação de contas conforme regulamentação do Tribunal de contas; ii) aplicação do regime de tesouraria do Estado, mormente o princípio da unidade de tesouraria; iii) inventário de imóveis efetuado segundo as regras do regime jurídico do património imobiliário público; iv) regime de reversão de resultados líquidos para o estado na parte respeitante a utilização de bens do domínio público ou transferência do OE⁹³¹.

A primeira observação que então se pode fazer é que não existirá, certamente, uma total aplicação do SNC mas antes uma compatibilização das regras do SNC com as especificidades aplicadas a estas entidades reguladoras.

No que concerne sobretudo ao princípio da unidade de tesouraria há que referir que poderemos estar perante duas modalidades de aplicação deste princípio⁹³²: i) modalidade mínima, em que os excedentes de tesouraria devem ser depositados junto do Instituto de Gestão do Crédito Público, ou seja, a única exigência que existe é o depósito dos saldos de tesouraria no tesouro; ii) modalidade máxima, que pressupõe a integração na rede de cobrança do Estado, com gestão e controlo pelo Instituto de Gestão do Crédito Público, sendo que neste caso a entidade reguladora passaria a ver aplicada na íntegra o regime de tesouraria do Estado.

Ora, claro se torna que a aplicação na prática deste princípio de unidade de tesouraria será, deveras, complicada. Até porque algumas dúvidas nos assaltam desde logo relacionadas com a dita “independência” da própria autoridade reguladora. Isto porque dúvidas não existem que, em caso de aplicação da modalidade máxima do princípio da unidade de tesouraria estamos perante uma grande ingerência na gestão financeira – e não só! - por parte do Estado.

Acresce referir mesmo no que se refere ao depósito de excedentes de tesouraria a favor do Estado, muitas dúvidas existem sobre o destino dessas verbas. Por um lado se podem consubstanciar um financiamento do Estado *tout court* ou se não serão encaradas como receitas consignadas à atividade de regulação.

Outra questão prende-se com a natureza desse excedente de tesouraria sobretudo no que concerne à utilização de bens de domínio público uma vez que a remuneração da utilização desses bens deverá ser efetuada por via de taxa que, atendendo ao princípio da equivalência,

⁹³¹ Caso contrário pode existir transição de resultados líquidos para aplicação em benefícios ao consumidor ou ao sector regulado, conforme o estatuído pelas próprias entidades.

⁹³² Cfr. Sérgio Gonçalves do Cabo, em conferência organizada pelo Instituto de Direito Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, intitulada: "A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro", 4º painel, 12 de novembro de 2013, disponível em: http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=525

não deve ter um valor superior à contraprestação. Se assim fosse ficariam reduzidas as hipóteses de excedentes de tesouraria.

Acresce referir que as transferências do orçamento também devem ser apenas as necessárias para cobrir as necessidades e por isso não seria, pelo menos, desejável a existência de excedentes.

Relativamente aos resultados líquidos das entidades reguladoras, os mesmos podem transitar para o ano seguinte podendo ser utilizadas em benefício dos consumidores ou do sector.

Contudo, tal não se aplica em caso de resultados líquidos provenientes da utilização de bens do domínio público ou transferências do Orçamento do Estado.

Atendendo ao regime acima descrito, verifica-se que não se pode considerar a existência duma verdadeira independência financeira e orçamental das entidades reguladoras. O que se verifica, isso sim, é uma clara vontade de autonomia em ambas as áreas que posteriormente serão transpostas para os estatutos de cada entidade. Essa autonomia será maior ou menos consoante o regime que se adotou nos estatutos próprios. Isto porque cada estatuto teve de ser adaptado à realidade que é a sua entidade.

Onde pode existir uma certa influência na parte financeira – para além dos limites acima impostos – é na disponibilização de verbas e património por parte do Ministério das Finanças. Isto porque, desde a intervenção da Troika em 2011 que, mesmo após terminar o Programa de Ajustamento, o Governo e Ministério das Finanças implementaram medidas no sentido de aprovação centralizada de despesas do estado no próprio Ministério⁹³³.

Também por isso mas sobretudo pelo resultado das próprias exceções à independência das entidades reguladoras que a Lei-Quadro veio introduzir, como Eduardo Paz Ferreira tão bem refere⁹³⁴, existe uma “*orientação centralizadora*” por parte do Ministério das Finanças que tende a assimilar em termos de regime estas entidades aos fundos e serviços autónomos⁹³⁵.

Há ainda a referir, no âmbito da gestão orçamental e financeira, algumas condicionantes colocadas pelo artigo 45º da Lei-quadro, nomeadamente uma aprovação prévia⁹³⁶ dos orçamentos e respetivos planos plurianuais, bem como o balanço e contas.

DE relevar ainda que existe uma cláusula mais aberta neste artigo 45º n.º 5 da Lei-Quadro, quando se sugere mais uma vez a aprovação prévia em outros atos de incidência financeira.

Ora, estas limitações aqui impostas apenas vêm reforçar a ideia da inexistência de total e verdadeira independência financeira e orçamental destas entidades reguladoras. E mesmo a nível de gestão estas regras balizam – e muito – as opções que a entidade possa tomar solitariamente.

⁹³³ A chamada Lei dos Compromissos, Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, ainda em vigor, disso mesmo é exemplo.

⁹³⁴ Cfr. Eduardo Paz Ferreira e Luis Silva Morais, “Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?”, Coimbra, Almedina, 2009.

⁹³⁵ Onde pode existir algum grau de autonomia mas não uma verdadeira independência, sobretudo no que concerne ao orçamento e financiamento.

⁹³⁶ Pensamos que aqui não é necessariamente uma aprovação prévia uma vez que tem de ter existido um crivo do conselho de administração da entidade. Portanto vemos mais esta exigência como uma espécie de aprovação tutelar.

De referir porém que, nos termos do artigo 45º n.º 6 da Lei-Quadro, a recusa das aprovações que acima se mencionaram apenas podem fundar-se em ilegalidade ou prejuízo para os fins da entidade reguladora. Estamos, portanto, perante um controlo sobretudo de legalidade.

Já aqui referimos que as entidades reguladoras independentes não estão adstritas à contabilidade pública, pelo menos como regra geral. Aplica-se-lhes, conforme dispõe o artigo 38º n.º 1 da Lei-Quadro, o sistema de normalização contabilística.

Assim sendo, no rigor contabilístico, deveríamos falar não propriamente em receitas mas antes em rendimentos consubstanciando estes os aumentos nos benefícios económicos durante o período contabilístico na forma de influxos ou melhorias de ativos ou de diminuição de passivos que resultem em aumentos no capital próprio, que não sejam os relacionados com as contribuições dos participantes no capital próprio⁹³⁷.

De qualquer forma, dispõe o artigo 36º da Lei-Quadro sobre as receitas das entidades reguladoras independentes. Fala-se aqui em receitas próprias, sendo que se incluem aqui dotações do orçamento do estado e receitas consignadas⁹³⁸.

Este artigo 36º da Lei-Quadro traça o seguinte cenário em termos de receitas:

- 1) Contribuições, taxas e tarifas cobradas, sendo que neste particular temos casos em que as mesmas são cobradas i) pela atividade da entidade reguladora, serviços prestados, remoção de obstáculos jurídicos ou; ii) outras que estejam legalmente previstas e que se apliquem aos regulados ou consumidores finais;
- 2) Montantes de coimas aplicadas pelas entidades reguladoras;
- 3) Dotações do Orçamento do Estado que apenas aparecem como supletivas⁹³⁹;
- 4) Outras receitas definidas nos termos da lei e dos estatutos, que podem consubstanciar, por exemplo, produto da venda de bens ou prestação de serviços, rendimentos de bens próprios e constituição de direitos sobre os mesmos⁹⁴⁰, receitas resultantes de aplicações financeiras, subsídios ou subvenções atribuídas às entidades, doações, heranças ou legados⁹⁴¹, custas do processo de contraordenação, etc.
- 5) Casos excecionais e devidamente fundamentados e regulamentados por portaria conjunta do Ministério das Finanças e membro do governo responsável da área da atividade económica, pode existir consignação de receitas a favor das entidades reguladoras.

Deste elenco de receitas, salta à vista que não há uma lista taxativa de situações que podem consubstanciar receitas das entidades reguladoras. Há efetivamente uma grande parte de receitas que não estão minimamente caracterizadas nesta Lei-Quadro, tais como as receitas que podem aparecer na lei ou nos estatutos das entidades como sendo receitas próprias das mesmas, ou ao nível da consignação de receitas doutras instituições a favor das entidades.

⁹³⁷ Cfr. Eusébio Pires da Silva e Ana Cristina Pires da Silva, “SNC – Manual de Contabilidade”, 2ª Edição, Rei dos Livros, 2011.

⁹³⁸ O que nos parece é que deveria apenas a epígrafe do artigo ficar-se por receitas, uma vez que parte das mesmas não são necessariamente próprias. A justificação da transferência orçamental por parte do Estado para as Entidades Reguladoras funda-se num serviço de interesse público que as mesmas efetuam e não num rendimento que provoquem.

⁹³⁹ Numa tentativa de, mais uma vez, promover a autossuficiência destas entidades em matéria financeira.

⁹⁴⁰ Embora neste caso seja necessário, conforme dispõe o artigo 45º n.º 8 da Lei-Quadro, de autorização prévia de membro do governo responsável em determinadas situações.

⁹⁴¹ Cuja aceitação também está sujeita a autorização prévia nos termos do artigo 45º n.º 8 da Lei-Quadro.

Nesta segunda hipótese, falamos dum financiamento indireto do Estado, ou seja, ao invés duma pura transferência direta o Estado utiliza outros institutos para fazer uma consignação de determinada receita a favor de entidade reguladora

No que concerne às transferências orçamentais, já aqui referimos que a Lei-Quadro acaba por considerar que devem ser supletivas atendendo à defesa da independência das entidades reguladoras que é transversal ao diploma.

Também já fizemos referência ao regime do tratamento orçamental destas receitas uma vez que a Lei-Quadro optou por um regime dualista relativamente à gestão financeira e patrimonial.

Nestes termos, já aqui foi traçado o cenário relativamente às regras que as entidades devem seguir relativamente às verbas provenientes das dotações do orçamento do estado e que por motivos de economia e pertinência nos escusamos a repetir.

Contudo, há aqui que recordar que o artigo 33º n.º 3 da Lei-Quadro que manda aplicar as regras do regime orçamental e financeiro dos fundos e serviços autónomos relativamente às verbas provenientes da utilização de bens do domínio público ou que dependam de dotações do orçamento do Estado.

A esta norma juntam-se princípios como a unidade de tesouraria – regime de tesouraria do Estado - ou regime de autorizações prévias em vários domínios. Acresce ainda que se utilizam regras de inventário e regime do património imobiliário ou mobiliário público para bens de proveniência ou afetação pública.

Para além deste tratamento há aqui a relevar as importantes alterações operadas pela Lei de Enquadramento Orçamental, a Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro que veio apertar a malha imposta sobretudo pelo Ministério das Finanças.

Nestes termos, para além de acolher legislação europeia, veio proceder à introdução de uma série de normas de contabilidade e relato. O que se pretendeu foi maximizar o relato e monitorização dos fluxos de caixa para maior controlo de rendimentos e gastos, sendo esses dados a coligir pelo Ministério das Finanças.

A Lei n.º 151/2015, passa a prever expressamente a sua aplicação a um conjunto de entidades que tenham sido incluídas no Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais.

O Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais estabelece uma metodologia para a produção de dados de contas nacionais na União Europeia⁹⁴².

A existência dum manual conceptual, de aplicação obrigatória em todos os Estados-Membros, é fundamental para garantir que os resultados estatísticos são compilados de forma consistente, comparável, fiável e atualizada.

Este sistema, ao ter como referência o Sistema de Contas Nacionais das Nações Unidas, permite igualmente a comparabilidade internacional dos resultados estatísticos para além do espaço da União Europeia.

⁹⁴² Cfr. INE, “O Sistema Europeu de Contas – SEC 2010: impacto nas Contas Nacionais Portuguesas”.

Com estas alterações, existiu uma reclassificação duma série de entidades públicas e a aplicação de novas normas que aparentemente aumentam a autonomia gestonária das entidades, fazendo um movimento de afastamento do regime das entidades públicas empresariais⁹⁴³.

Por outro lado, a reclassificação destas entidades pela Lei de Enquadramento Orçamental (adiante LEO) faz com que as mesmas integrem o perímetro das administrações públicas, o que influi no âmbito orçamental em duas vertentes:

Por um lado, a nível do Estado, a integração destas entidades no Orçamento do Estado faz com que as mesmas relevem para o apuramento do déficit orçamental e da dívida pública⁹⁴⁴. Faz ainda subir o nível de responsabilização das entidades reguladoras relativamente aos fundos públicos que recebe e gere.

No que concerne à visão do lado da empresa, há que referir que a LEO faz a equiparação destas entidades a Fundos e Serviços Autónomos que acaba por restringir ainda mais o grau de autonomia orçamental das entidades reguladoras.

Ao fazer aplicar o regime dos fundos e serviços autónomos, a Lei de Enquadramento Orçamental opera alterações substanciais a nível orçamental nas entidades reguladoras.

Isto porque a LEO tem valor reforçado e por isso prevalece sobre legislação ordinária, nomeadamente, prevalece sobre a Lei-Quadro e sobre os Estatutos das Entidades Reguladoras. Assim, esvazia-se, ainda mais, a aplicação supletiva do regime das entidades públicas empresariais.

A aplicação da Lei de Enquadramento Orçamental às Entidades Reguladoras, sujeita as mesmas a uma série de novas exigências.

Em primeiro lugar, passam a constar no Orçamento do Estado, em particular nos mapas de receitas e despesas dos fundos e serviços autónomos, as entidades reclassificadas que, em 2017, já eram todas as que integram o âmbito de aplicação da Lei-Quadro⁹⁴⁵.

Passa a constituir obrigação das entidades reclassificadas o que os decretos-leis de execução orçamental determinarem, pelo que, ao longo dos anos surgiram diversas disposições aplicáveis às entidades reguladoras ora por estarem a si dirigidas ou por via da aplicação do regime dos fundos e serviços autónomos⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Não esqueçamos que o regime das entidades públicas empresarias surge no artigo 4º n.º 2 da Lei-Quadro como regime aplicável subsidiariamente. Ora, já existiam dúvidas na sua aplicação em 2013, quando surgiu a Lei-Quadro que passaram as ser muito mais fundadas após esta reclassificação de entidades e aplicação de normas da LEO.

⁹⁴⁴ No que concerne às transferências do Orçamento do Estado para as entidades – diretamente – as mesmas já apareciam no mapa de despesas dos fundos e serviços autónomos. A questão coloca-se é nas receitas consignadas de entidades públicas que são transferidas para as entidades reguladoras. Neste caso não será tão perceptível no Orçamento do Estado.

⁹⁴⁵ Cfr. em Direcção-Geral do Orçamento, “Lista de Entidades que integram as Administrações Públicas”, https://www.dgo.pt/execucaoorcamental/SintesdaExecucaoOrcamentalMensal/2017/fevereiro/0217-SinteseExecucaoOrcamental_janeiro2017_ListaEntidadesAP.pdf

⁹⁴⁶ Repare-se que, em 2021, nas listagens das entidades do sector institucional das administrações públicas, publicada pelo INE, as entidades reguladoras mantêm a classificação – aliás como deve ser nos termos do Sistema Europeu da Contas Nacionais e Regionais – de Serviços e Fundos Autónomos da Administração Central.

Relevamos aqui algumas dessas medidas tais como a prestação de informação mensal por via de balancete analítico ao Ministério das Finanças para maior controlo dos saldos das administrações públicas (2011), sujeição das transferências ao regime de cativações (2016, 2017 e 2018), sujeição a regras da gestão flexível (2018) podendo as entidades passar a ter flexibilidade, nomeadamente, nas alterações orçamentais, e regras de remuneração do pessoal das entidades reguladoras (2018).

Há ainda a recordar as normas de transição de saldos do Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio, que no seu artigo 16º previa: *“Os saldos dos serviços integrados e dos serviços e fundos autónomos com origem em receitas gerais são entregues na tesouraria do Estado, no prazo de 15 dias úteis após a publicação do presente decreto-lei, ainda que com prejuízo dos respetivos diplomas orgânicos e dos diplomas que definem os regimes sectoriais.”*

Mais. Acrescentava que os saldos relativos a receitas próprias não consignadas do ano de 2017 transitassem para 2018.

Ora, o que aqui se trata é de uma ingerência do Estado na gestão orçamental e financeira das entidades. Quer relativamente às transferências orçamentais mas também às demais receitas da entidade uma vez que, atendendo ao preceituado pela Lei de Enquadramento Orçamental, pelo menos no orçamento do Estado aparecem receitas e despesas gerais.

Por fim, são de relevar mais três tipos de receitas que são o grosso do financiamento de grande parte das entidades reguladoras⁹⁴⁷.

Falamos de taxas, contribuições e tarifas que as entidades tenham o poder de cobrar, os montantes das coimas que apliquem e outras receitas que legalmente possam auferir.

Relativamente a estas últimas, já aqui referimos alguns exemplos, como produto da venda de bens ou prestação de serviços, rendimentos de bens próprios e constituição de direitos sobre os mesmos, receitas resultantes de aplicações financeiras, subsídios ou subvenções atribuídas às entidades, doações, heranças ou legados, custas do processo de contraordenação.

São situações que consideramos residuais ou esporádicas. A venda de produtos e serviços, por exemplo, embora possam ser constantes não são o *core business* destas entidades, até porque as mesmas não estão vocacionadas para a atividade comercial.

Também não é vocação das entidades reguladoras a rentabilização dos bens próprios ou fazer investimentos financeiros, por isso mesmo as receitas provenientes destas ações serão esporádicas.

O caso das custas processuais relativas a processos de contraordenação, as mesmas devem remunerar o trabalho realizado pela entidade para assegurar os procedimentos relativos ao sancionamento de ilícito.

Efetivamente, sucede muitas vezes que quando é dado a entidades públicas o poder de aplicar sanções relativas a contraordenações, sendo a entidade a ter de proceder a todos os passos do procedimento conducente à aplicação de sanção, então a mesma usufruirá do fruto da recolha dessas coimas.

⁹⁴⁷ O caso da ANACOM é paradigmático, sendo que há muito que estas receitas, sobretudo as respeitantes a taxas e contribuições, constituem a totalidade das suas receitas.

Em primeiro lugar porque as contraordenações geralmente tipificadas contêm a sanção ao dano provocado por determinado comportamento, dano⁹⁴⁸ esse geralmente provocado à entidade ou à sua atividade.

Depois porque é a própria entidade que tem o impulso relativamente à fiscalização e sancionamento de determinado comportamento, pelo que naturalmente deve arrecadar o produto dessa atividade de fiscalização que também faz parte das suas atribuições.

Mas o que realmente é o grosso das receitas das entidades reguladoras são os tributos por si cobrados, na forma de contribuições ou taxas, sendo que o artigo 36º da Lei-Quadro ainda inclui tarifas.

A Lei-Quadro, no seu artigo 36º n.º 1 alínea a) e c), enumera dois grupos de contribuições, taxas e tarifas:

- 1) As cobradas pelo exercício da atividade reguladora, pelos serviços prestados ou pela remoção de obstáculos jurídicos. Aparentemente, neste primeiro grupo aparecem aqui as chamadas taxas administrativas cobradas em razão de determinado serviço prestado pela entidade reguladora no âmbito da sua atuação. Estão ainda aqui aquilo a que consideramos ser contribuições cobradas em razão do financiamento da própria atividade reguladora e que são o suporte financeiro do funcionamento da entidade. Por último parece-nos que cabem ainda aqui as taxas cobradas por licenças que a entidade possa atribuir por exemplo para ter acesso a determinado mercado ou atividade ou a determinado bem.
- 2) Depois aparece uma categoria residual, em que se enquadram outras taxas, contribuições ou tarifas, impostas a operadores sujeitos à sua regulação ou aos utilizadores finais. Aqui parece-nos que o legislador quis abranger várias realidades que não se enquadrem propriamente no exercício de atividade reguladora *de per se* mas que podem estar no espetro de ação da entidade reguladora. Pensamos que este grupo de tributos aqui aparece para ter algum manto de legalidade. Isto porque ao longo dos anos, na área da regulação, pulularam tributos, muitos deles de difícil caracterização, e que a Lei-Quadro quis “legalizar”.

Relativamente às contribuições, taxas e tarifas, a Lei-Quadro veio ainda, no artigo 34º, mostrar qual o fundamento e aplicação das mesmas. Contudo, adiantamos desde já que consideramos que o artigo não é eficaz na sua missão de esclarecer a fundamentação dos tributos e muito menos a sua natureza.

Isto porque, antes de fazer qualquer análise sobre estes tributos e a forma como as entidades reguladoras os podem cobrar, há que atender ao seguinte: cada entidade reguladora tem uma atividade definida pela lei e seus estatutos uma vez que cada sector é heterogéneo. As vicissitudes de cada sector levam necessariamente à distinção de atividades de cada entidade. Não estamos sempre perante a internalização de externalidades ou a controlar os *players* de cada mercado.

Conforme referimos anteriormente, a regulação surge como um meio de intervenção no mercado mas com motivações muito diversas. O que faz com que a função de cada entidade

⁹⁴⁸ Entenda-se aqui dano não na ótica jurídico-penal mas como lesão ou afetação de determinado bem jurídico

reguladora de cada sector tenha características diferentes. E foi disso que a Lei-Quadro pareceu esquecer.

Perdeu-se uma oportunidade para esclarecer da natureza e finalidade de grande parte dos tributos que foram sendo criados nesta área.

E que não se julgue que esta caracterização da natureza do tributo não tem influência ao nível orçamental e financeiro. Isto porque os tributos bilaterais que aqui são colocados podem ter diferentes desenhos e finalidades. A bilateralidade, que à partida impõe uma estrita cobertura de custos, pode ser ultrapassada em caso de finalidades extrafiscais.

Bem como as contribuições que aqui são designadas de forma genérica, podem ter regimes e intenções tão diversas que podem aproximar-se perigosamente dum verdadeiro imposto.

Curiosamente, são ainda referidas as tarifas, sendo que muito se estranha que sejam aqui incluídas⁹⁴⁹ como receita. Isto porque as tarifas e preços controlados são criadas e impostas pela entidade reguladora aos regulados no sentido de os mesmos não cobrarem aos consumidores finais acima dessa tarifa ou preço. Nestes termos, as situações em que seja a própria entidade reguladora a cobrar tarifas serão residuais.

3.5.4. Vicissitudes da Regulação face à Pandemia Covid-19 e demais eventos recentes na Europa

Para além da evidência que os ciclos económicos vão-se alterando, dois factores determinantes levaram a alterações substanciais na economia global: por um lado uma pandemia com proporções abrangentes – quer territoriais mas também sectoriais – e mais recentemente a inesperada litigância militar entre a Federação Russa e a Ucrânia, com implicações na economia europeia e mundial.

Não poderíamos, pois, tentar analisar algumas das implicações que podemos ter em breve nos modelos regulatórios, mormente no modelo europeu, sendo certo que ainda é cedo para alguma conclusão.

De referir que já se teceram considerações gerais sobre os impactos da Pandemia COVID 19 no presente trabalho, pelo que nos coibiremos de repetir informação já analisada⁹⁵⁰.

Faremos, pois uma breve análise sobre os impactos da pandemia COVID 19, a nível mais imediato, as reações dos Estados e da Europa em particular e as implicações económicas que surgiram pela manutenção da situação pandémica por tempo alongado.

Faremos ainda uma breve análise sobre o impacto da Guerra entre a Federação Russa e a Ucrânia, sobretudo decorrente das sanções económicas impostas à Rússia.⁹⁵¹

a) Pandemia COVID 19: Da defesa da saúde pública à crise socioeconómica

Embora a disseminação do vírus SARS-CoV-2, que provoca a doença COVID-19, se tenha iniciado em dezembro de 2019, o impacto alargado desta disseminação deu-se em 2020.

⁹⁴⁹ Não vemos outra justificação que não uma tentativa de cobrir todas as figuras que possam ser criadas.

⁹⁵⁰ Cfr. Parte I, Capítulo I, 1.3.2.1

⁹⁵¹ Capítulo escrito e com pesquisa efetuada até fevereiro de 2022

Em 2020 assistimos, à implementação de várias medidas em resposta ao alarme social provocado pela disseminação deste vírus, sendo que as mesmas foram justificadas sobretudo com a proteção da saúde pública.

No caso português, assistimos em 2020 a um verdadeiro *lock-down*, tendo o Estado tomado medidas para que a população ficasse o máximo de tempo em casa. Foi restringida a liberdade de circulação, as deslocações mesmo no espaço público foram limitadas a “passeios higiénicos”, com limitações de distanciamento e utilização de máscara mesmo ao ar livre.

Independentemente da discussão sobre a eventual violação de direitos, liberdades e garantias⁹⁵², de facto o Estado impôs medidas económicas de grande impacto em vários sectores de atividade e, de forma geral, restringiu em parte o movimento dos consumidores, com implicações ao nível do acesso aos bens e da venda dos mesmos.

Face ao alarme da propagação do vírus e doença associada, ainda sem “armas” da medicina, a primeira ação dos Estados foi uma tentativa de contenção dos contágios. Essa quebra de ciclos de contágio foi tentada com uma contenção de contacto social, tentando manter-se a população estanque, nos círculos familiares.

Ora, tal estratégia, justificada pelo temor da propagação dos vírus e doença associada que já provocava danos nos sistemas nacionais de saúde e alarme relativamente ao número de mortes associado à doença, levou à radicalização de medidas do Estado como encerramento de atividades económicas, encerramento de espaços e eventos com grandes aglomerações de pessoas, limitação de ocupação de espaços fechados e até ao ar livre, limitação de horários de funcionamento.

Uma vez que a situação de propagação do vírus e doença associada se manteve por tempo bastante mais alargado do que o inicialmente previsível, as restrições impostas que, inicialmente, teriam a função de evitar contágios e, consequentemente, achatando a curva de infetados a necessitar de apoio médico, desafogando os hospitais que estavam em rutura, passaram depois a ter ainda uma consequência económica de enorme proporção.

Rapidamente se percebeu, mormente em Portugal, que as empresas não tinham capacidade de suportar o aumento de despesas decorrente da necessidade de equipamentos obrigatórios para se manterem em funcionamento conjugados com limitações que afetaram a venda de produtos e bens. Houve, simultaneamente, uma redução de produção e de consumo.

Iniciaram-se desde logo várias iniciativas do Estado: desde a obrigação do teletrabalho associado com medidas de *lay off* temporário para empresas que deixaram de laborar, apoios às famílias na energia, medidas sociais de apoio tais como a ausência de corte de energia ou distribuição

⁹⁵² Bastante referenciadas por ilustres Constitucionalistas, sendo que semanalmente as medidas impostas pelo Governo iam sendo escrutinadas no espaço público de opinião, sendo notório o desconforto relativamente às restrições da liberdade de circulação, da liberdade de reunião e da privação da progressão escolar das crianças que viram condicionado o seu acesso ao ensino (utilização de meios tecnológicos que não estavam acessíveis ou disponíveis a toda a população). De referir ainda a discussão que foi desenvolvida relativamente ao funcionamento dos Hospitais, a proibição de acompanhamento ou visitas de utentes ou também a lógica de isolamento dos idosos que estivessem em Lares. A fértil discussão jurídica relativamente avaliação dos direitos beliscados, seu valor constitucional e os deveres do Estado invocados como fundamento para as restrições é de facto matéria de interesse jurídico mas cuja apreciação neste âmbito seria extravasar do objeto do presente trabalho.

de água pela falta de pagamento, regimes prestacionais de pagamento de dívidas ou até moratórias em empréstimos bancários ou de rendas de imóveis.

Estas medidas de intervenção do Estado foram sobretudo cobertas por subsidiação estadual mas com alguns encargos para os próprios empregadores e empresários.

No caso Português, o Estado utilizou a “folga” orçamental que tinha tido nos últimos anos antes da pandemia em que tinha existido alguma recuperação financeira pós-crise de 2008. Contudo, o financiamento público tem limitações e, caso exista um abrandamento da economia sabemos que a principal fonte de receita pública diminui: a receita tributária.

O cenário descrito pelo Conselho das Finanças Públicas em 3 de junho de 2020, estimava-se para 2020 um cenário de recessão, com todas as componentes do Produto interno Bruto (PIB) a decaírem⁹⁵³. A taxa de desemprego com tendência de forte subida e a taxa de crescimento, por sua vez, a decrescer. Em termos orçamentais é claro que voltaríamos a ter déficit público e consequente acréscimo da dívida pública.

Vem ainda reforçar, como já se referiu que a contração do PIB tem efeitos nas receitas tributárias e acrescenta as receitas com contribuições para a segurança social, colocando, assim, em risco a sustentabilidade do pagamento das pensões.

Mais, do lado da despesa, o orçamento verá, com o aumento do desemprego, o crescer da despesa com o subsídio de desemprego e o aumento da despesa com apoios sociais.

A estas despesas acrescem as despesas extraordinárias decorrentes das medidas implementadas em resposta à crise pandémica.

Por toda a Europa a situação replica-se com bastantes semelhanças. À queda dos PIB nacionais veio ainda juntar-se, em algumas economias europeias, uma deflação em alguns sectores. Ora, a deflação gera, em grande parte dos casos, uma espiral recessiva: a baixa generalizada de preços não significa que leve a um aumento de rendimento disponível. Pelo contrário, os salários estagnam também ou reduzem-se⁹⁵⁴.

A União Europeia rapidamente engendra um plano de auxílio aos Estados membros e, em maio de 2020, a Comissão apresenta uma proposta de Orçamento da EU com várias linhas de ação.

A Intenção seria minimizar os danos económicos e sociais provocados pela pandemia e dar início a uma recuperação sustentável e proteção dos postos de trabalho. Isto porque não se saberia quanto tempo poderia durar esta situação pandémica e quais e quais e quando estariam as armas médicas, mormente uma vacina eficaz, disponível para ajudar neste combate.

Façamos um pequeno périplo pelas medidas financeiras mais relevantes.

Relativamente ao orçamento apresentado, a Comissão apresentou duas vertentes:

a) Instrumento de emergência denominado Next Generation EU com cerca de 750 mil milhões de euros disponíveis para reforçar a capacidade financeira do orçamento da UE com novos fundos angariados nos mercados financeiros⁹⁵⁵. Os fundos mobilizados serão canalizados

⁹⁵³ Cfr. Nazaré Costa Cabral, “O impacto económico da crise do COVID 19 e as medidas de recuperação a nível nacional e europeu”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, número 1, 2020.

⁹⁵⁴ Cfr. Francisco Louça e Mariana Mortágua, “Manual de Economia Política”, Bertrand Editora, 2021

⁹⁵⁵ Curiosamente, o mercado que foi génese da última crise financeira veio agora cobrir o “tsunami” económico provocado pela pandemia.

através de programas da UE para apoiar as medidas imediatas necessárias para proteger os meios de subsistência, relançar a economia e promover um crescimento sustentável e resiliente⁹⁵⁶.

b) Quadro financeiro plurianual para 2021-2027 reforçado para canalizar rapidamente o investimento para onde é mais necessário, reforçar o mercado único, intensificar a cooperação em domínios como a saúde e a gestão de crises⁹⁵⁷, e dotar a União de um orçamento a longo prazo para impulsionar as transições ecológica e digital e construir uma economia mais equitativa e resiliente.

O Instrumento *Next Generation EU* é um instrumento temporário de emergência que pretende relançar a economia da Europa e prestar apoio aos sectores que mais impactos tiveram com a crise pandémica.

Mas a proposta da Comissão tem uma abrangência assente em três pilares:

i) Pilar 1 – Apoiar os Estados Membros na recuperação e reparação de danos causados pela pandemia. Este pilar contém três grandes instrumentos para a sua concretização, a saber⁹⁵⁸:

a) Mecanismo de Recuperação e Resiliência com 560 milhões de euros a serem utilizados em investimentos e reformas em matéria de recuperação e resiliência que inclui a transição ecológica e digital. É neste âmbito que os Estados devem apresentar os seus planos nacionais de recuperação e resiliência mas que devem estar em consonância com os objetivos da União, mormente reformas a longo prazo e resiliência das economias. É constituído por subvenções e empréstimos que podem ser concedidos aos Estados membros de acordo com os planos nacionais que apresentem.

b) Iniciativa REACT-EU irá proporcionar 55 mil milhões de euros de financiamento adicional para a política de coesão⁹⁵⁹ até 2022, 50 mil milhões de euros do Next Generation EU em 2021 e 2022 e 5 mil milhões de euros já em 2020, através do ajustamento do quadro financeiro plurianual. Ora, este financiamento adicional pretende ser atribuído consoante a gravidade do impacto provocado e regiões mais afetadas, nomeadamente ao nível do desemprego jovem e prosperidade em relação a outras regiões europeias.

c) Reformulação da Política de Coesão para reequilibrar e diminuir as assimetrias entre regiões dos Estados membros.

Para ajudar os mais vulneráveis, a Comissão propõe alterações ao Fundo Social Europeu Mais, para apoiar os Jovens e crianças em situação de pobreza, dando ênfase à situação do desemprego jovem.

⁹⁵⁶ Como adiante se referirá, é no âmbito deste instrumento que vamos encontrar os planos nacionais de recuperação, elaborados nos termos e limites detalhados pela Comissão e com financiamento atribuído e fiscalizado por programas da UE, mecanismo que já é conhecido dos Estados Membros.

⁹⁵⁷ Aqui encontramos mais uma vez a preocupação da União em prevenir, gerir e conter as crises que possam afetar os princípios e coesão da União Europeia. Este é um ensinamento retirado da Crise de 2008 e que tem sido a ser um padrão de comportamento da União Europeia, sendo de assaz importância referir o papel fulcral que a Regulação Económica tem desempenhado.

⁹⁵⁸ Cfr. <https://ec.europa.eu/newsroom/representations/items/678206>

⁹⁵⁹ De relevar que a política de coesão da UE é essencial para manutenção das características do mercado único e sobretudo para manter parâmetros económicos e financeiros sustentáveis na zona Euro.

Outro aspeto essencial do plano da Comissão Europeia é a Transição para a neutralidade climática que constitui fundamento do terceiro pilar, pelo que constitui o Mecanismo para a transição justa dotado com 1,5 mil milhões de euros provenientes do orçamento da UE e com 10 mil milhões de euros provenientes de empréstimos do Banco Europeu de Investimento.

Os três pilares do Mecanismo para uma Transição Justa contribuirão para atenuar os impactos socioeconómicos da transição nas regiões mais afetadas e garantir que ninguém é deixado para trás.

Ainda relativamente a financiamento para recuperação económica, há a realçar um reforço do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural, com 15 mil milhões de euros para apoiar os agricultores e as zonas rurais, realizando as mudanças estruturais necessárias em conformidade com o Pacto Ecológico Europeu.

ii) Pilar 2 – Relançar a Economia e ajudar o investimento privado, sendo que neste particular a Comissão propõe duas vias para favorecer o investimento privado sobretudo em sectores fundamentais e tecnologias: a) Apoio à Solvabilidade para evitar insolvências massivas de empresas que seriam perfeitamente viáveis. Com um provisionamento do orçamento da UE com 5 mil milhões de EUR em 2020, provenientes do atual quadro financeiro, para garantir um arranque rápido, e com 26 mil milhões de euros adicionais, provenientes do instrumento Next Generation EU, o orçamento da União concederá uma garantia de cerca de 75 mil milhões de euros ao Grupo do Banco Europeu de Investimento, que irá assegurar uma execução rápida no terreno; b) programa InvestEU reforçado, que é direcionado exclusivamente à mobilização de investimentos e ao apoio às políticas da União durante a recuperação, em domínios como as infraestruturas sustentáveis, a inovação e a digitalização. Para além deste programa a Comissão Europeia propôs a criação dum mecanismo de investimento estratégico para aumentar a resiliência da Europa criando autonomia estratégica em cadeias de aprovisionamento vitais e mantendo a sua abertura à concorrência e ao comércio.

iii) Pilar 3 – Aprender as lições da crise e enfrentar desafios estratégicos da Europa. A crise sanitária veio demonstrar a necessidade de reforçar urgentemente a capacidade de resposta conjunta e resiliência das economias em situações futuras. A Comissão propôs cinco instrumentos: a) programa de saúde, EU4Health, com injeção de fundos para melhorar a resposta em crises futuras; ii) RescEU, o mecanismo de proteção civil da União, iii) reforço do Horizonte Europa para aumentar a investigação e inovação nos temas da saúde e clima; iv) Instrumento de Vizinhança, Desenvolvimento e Cooperação Internacional, para ajuda externa ao combate da pandemia; v) Instrumento de Ajuda Humanitária, refletindo as crescentes necessidades humanitárias nas regiões mais vulneráveis do mundo.

Para além dos fundos disponibilizados no Next Generation EU, a Comissão, sabendo que os fundos seriam insuficientes propôs ainda o reforço de programas já existentes, nomeadamente para a transição digital, PAC, migração, segurança interna, entre outras áreas.

O financiamento deste apoio extraordinário assentou numa necessidade dum orçamento flexível, pelo que os fundos necessários saíram do Fundo de Solidariedade da EU, Fundo Europeu de ajustamento à Globalização e Reserva de Solidariedade e ajudas de Emergência. A estes fundos junta-se a contração de empréstimos por parte da União Europeia nos mercados financeiros.

A Comissão já havia efetuado em 2018 uma proposta de alteração das fontes de receita e manteve agora a necessidade de diversificação, mormente com (...) *um cabaz de novos recursos*

*próprios que contribuirá para financiar as prioridades da UE, como as alterações climáticas, a economia circular e a tributação equitativa. Estas incluem as receitas ligadas ao Regime de Comércio de Licenças de Emissão, uma contribuição nacional calculada com base nos resíduos de embalagens de plástico não reciclados em cada Estado-Membro e um recurso baseado numa matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades*⁹⁶⁰.

De referir que mesmo com este ajuste, a Comissão não abandonou os seus objetivos de transição digital, ação climática e proteção civil.

Em Portugal, o Governo desenvolveu Plano de Recuperação e Resiliência, em abril de 2022, que é um programa de âmbito nacional, com um período de execução até 2026, que vai implementar um conjunto de reformas e de investimentos destinados a impulsionar o país no caminho da retoma, do crescimento económico sustentado e da convergência com a Europa ao longo da próxima década, tendo como orientação um conceito de sustentabilidade inspirado nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas. O PRR está alinhado com os seis pilares relevantes da estratégia europeia 2030: i) Transição verde; ii) Transformação digital; iii) Crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, incluindo coesão económica, emprego, produtividade, competitividade, investigação, desenvolvimento e inovação, e um Mercado Único em bom funcionamento com pequenas e médias empresas (PME) fortes; iv) Coesão social e territorial; v) Saúde e resiliência económica, social e institucional, inclusive com vista ao aumento da capacidade de reação e preparação para crises; vi) Políticas para a próxima geração, crianças e jovens, incluindo educação e competências.

Tendo sido aprovado este plano, podem ser finalmente canalizados os fundos comunitários atribuídos a Portugal no âmbito do programa de apoio aos Estados Membros em resposta à crise, neste caso por via do Mecanismo de Recuperação e Resiliência.

Cada país teve de apresentar o seu PRR, ou seja, o plano com os projetos que considera essenciais para a sua recuperação. O plano apresentado por Portugal foi aprovado a 13 de julho de 2021, juntamente com outros 11 PRR, e os primeiros fundos já começaram a chegar.

Essa canalização de fundos faz-se por via das já conhecidas candidaturas com termos definidos especificamente e coordenados pela Estrutura de Missão “Recuperar Portugal”⁹⁶¹.

O PRR assenta em três dimensões: Resiliência, Transição Climática e Transição Digital.

Estas três dimensões desdobram-se em 20 componentes, que vão desde o Serviço Nacional de Saúde e a Habitação, ao Mar e à Mobilidade Sustentável, passando pelas Empresas 4.0 e pela Escola Digital. As áreas temáticas que absorvem a maior parte dos fundos são o Investimento e Inovação (24%), a Inclusão no Mercado de Trabalho (19%), a Descarbonização - Redução da Dependência Energética (16%) e a Educação e Emprego (14%).

O modelo de governação do PRR tem quatro níveis de coordenação, cada um deles composto por vários participantes. São eles: nível estratégico de coordenação política, nível de acompanhamento, nível de coordenação técnica e de monitorização e nível de auditoria e controlo.

A coordenação política ficará a cargo da Comissão Interministerial, que será presidida pelo primeiro-ministro e composta pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da

⁹⁶⁰ Cfr. <https://ec.europa.eu/newsroom/representations/items/678206>

⁹⁶¹ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 46-B/2021, de 4 de maio.

economia, transição digital, negócios estrangeiros, presidência, finanças, planeamento, ambiente e ação climática. Esta comissão “funciona em plenário” e cada um dos membros do Executivo deve acompanhar os investimentos e reformas do PRR.

À Comissão Interministerial cabe aprovar o PRR e as suas alterações a submeter à UE, coordenar a política e a estratégia global do PRR, aprovar as propostas de revisão dos investimentos e das reformas que integram o PRR e apreciar e aprovar os relatórios semestrais e anuais.

A coordenação de acompanhamento, por sua vez, será da responsabilidade da Comissão Nacional de Acompanhamento (CNA), cujo presidente será “uma personalidade independente de reconhecido mérito” escolhida pelo primeiro-ministro⁹⁶². Será ainda composta por nove personalidades designadas pela Comissão Interministerial, pelos membros não governamentais do Conselho de Concertação Territorial, pelo presidente do Conselho Económico e Social e membros não governamentais da Comissão Permanente de Concertação Social e representantes de vários sectores.

À CNA competirá acompanhar a execução do PRR, as medidas de informação, comunicação e de promoção de uma maior transparência e os progressos na implementação do PRR, mas também propor recomendações de melhoria dos mecanismos de implementação, emitir parecer sobre os relatórios semestrais ou anuais e analisar os relatórios de avaliação de resultados e de impacto do PRR.

A coordenação técnica e de gestão compete à estrutura de missão “Recuperar Portugal”, que já foi criada por resolução do Conselho de Ministros. Entre as responsabilidades estão a coordenação da execução das reformas e investimentos do PRR, o assegurar da interação e os contactos com a Comissão Europeia durante o período de execução do PRR e o fornecimento de apoio técnico às equipas das áreas governativas coordenadoras e entidades executoras das reformas e investimentos do PRR.

Além disso, este pilar terá ainda de preparar e submeter à Comissão Europeia os pedidos de desembolso dos financiamentos do PRR semestrais, elaborar os relatórios anuais e semestrais, implementar um sistema de gestão e controlo interno, adotar medidas antifraude eficazes e proporcionadas e promover a avaliação dos resultados do PRR.

Por fim, a nível de auditoria e controlo, será criada a Comissão de Auditoria e Controlo (CAC), que será presidida por um representante da Inspeção-Geral de Finanças e constituída por mais duas pessoas: um representante da Agência e uma personalidade com carreira de reconhecido mérito na área da auditoria e controlo, cooptada pelos restantes membros.

Da lista de funções da CAC constam o supervisionamento do sistema de gestão e controlo interno da estrutura de missão “Recuperar Portugal”, a emissão de pareceres prévios sobre os pedidos de desembolso dos financiamentos do PRR semestrais e a realização de auditorias ao funcionamento do sistema de gestão e controlo do PRR.

As taxas de comparticipação deste programa podem variar mas em regra serão à volta dos 70% das despesas elegíveis que podem ser comparticipadas⁹⁶³.

Este tipo de programas acaba por ter um efeito cascata a médio longo prazo, ou seja, o resultado decorrente do investimento com fundos comunitários apenas terá frutos depois dos projetos

⁹⁶² No caso concreto foi designado António Costa e Silva.

⁹⁶³ Aliás, como já se praticou noutros programas de distribuição de fundos comunitários.

aprovados se iniciarem e sejam implementados, sendo de contar com uma taxa de falha/desistência geralmente residual.

b) Do Impacto económico provocado pela COVID 19

A pandemia provocou um choque exógeno na economia, isto porque surge por um factor exterior ao sistema económico. Para além disso, veio sem que existisse qualquer factor que o previsse, bem como afetou vários canais da economia, quer do lado da oferta como da procura, ou seja, é um choque simétrico.

Em resultado desta pandemia podemos abordar diversas consequências económicas, desde logo com o aumento as despesas associadas à saúde. Por um lado as despesas decorrentes do medo de contágio que levaram a uma forte queda da procura (efeito imediato). Depois, existiu uma incerteza sobre a evolução da doença o que provocou a retração no investimento e comportamentos de desconfiança das famílias e empresas. Por fim, há um aumento de custos associado à prevenção de doenças ou desenvolvimento de medicação.

Desta forma, num primeiro momento tivemos um impacto decorrente do aumento do número de infetados, com a redução da força de trabalho, um aumento das despesas com saúde. Daqui partimos para medidas de restrição de liberdade de circulação, encerramento de estabelecimentos, redução de mão-de-obra, interrupção de transportes e de trocas comerciais.

Este primeiro grupo de impactos são os chamados *behavioral effects*⁹⁶⁴ que, de acordo com os estudos do Banco Mundial são geralmente representativos de 80% a 90% do impacto económico da pandemia.

A Comissão Europeia analisou de forma diferente o impacto económico da crise pandémica, isto porque faz uma análise por bloco económico regional. O que levou a uma análise primeiro da contração da economia chinesa, depois o choque de aprovisionamento da economia europeia, de seguida o choque na procura causada pela quebra do consumo e por fim o impacto das restrições de liquidez para as empresas⁹⁶⁵.

Contudo, esta análise da crise veio a tornar-se despicienda uma vez que com a alteração orçamental protagonizada pela Comissão em 2020 e criação de planos de resposta económicos, a Comissão acabou por escapelizar as áreas e sectores mais abrangidos, tendendo a fazer uma análise sectorial.

Esta crise pandémica revelou-se simétrica.

Do lado da oferta, a redução da força de trabalho – por doença, confinamento ou comorbilidades associadas à epidemia – associada à diminuição de locais de trabalho – por encerramento, limitações de atividade ou medidas de confinamento – traduzem-se no imediato numa redução de oferta⁹⁶⁶. Repare-se que a necessidade de acompanhamento de crianças que deixaram, de ir à escola, associado às restrições nas deslocações e dificuldade no transporte de pessoas a e bens foi determinante para uma redução substantiva da oferta.

⁹⁶⁴ Cfr. Paulo Alves Pardal, “Nótulas sobre o impacto económico da COVID 19”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 1, 2020

⁹⁶⁵ Cfr. “Resposta económica e coordenada ao surto de COVID-19”, COM (2020) 112 final, de 13.3.2020.

⁹⁶⁶ Cfr. Simon Wren-Lewis, “The Economic Effects of a Pandemic”, Social Europe, 10.03.2020, <https://socialeurope.eu/the-economic-effects-of-a-pandemic>.

O teletrabalho não é um sucedâneo perfeito, pelo que não surtiu um efeito de substituição mas antes de atenuação desta ausência de mão-de-obra.

Por outro lado, sendo uma crise global, tal levou a que esta situação fosse repetida e as cadeias de produção e distribuição fossem afetadas numa escala mais ampla. De notar que se vivia numa economia cada vez mais global em que existiam dependências de fornecimento externo bastante amplas⁹⁶⁷.

Mais. As dificuldades relativamente aos meios de transporte acrescidos de controlos nas fronteiras aumentaram as dificuldades de fornecimento de matérias-primas com consequências na oferta de produtos finais.

Do lado da procura, os comportamentos dos consumidores tiveram uma primeira retração face aos *behavioral effects*, ou seja, o medo do contágio e a incerteza do panorama pandémico. Mas tal redução dá-se inicialmente relativamente a bens que não sejam essenciais.

Repare-se que, como bem frisou Simon Wren-Lewis⁹⁶⁸, as preocupações com a doença podiam levar – como sucedeu – ao corte do consumo social, elevando os impactos negativos.

Por outro lado, a incerteza deu lugar a quebras de rendimento que levam naturalmente à adaptação do consumo.

Ora, na europa, não se deram lugar a políticas monetárias expansionistas para o combate à crise, sendo que o Banco central Europeu não efetuou nenhum ajuste particular relativamente à moeda. Contudo, o BCE lançou o PEPP (*Pandemic Emergency Purchase Programme*) em março de 2020, um programa de política monetária expansionista não convencional de compra de títulos de dívida pública e privada. Não impediu a recessão mas pretendia-se que fosse um poderoso instrumento para assegurar o financiamento e o seu baixo custo na zona do euro.

Ora, o financiamento, prevê-se agora, será afetado com o inevitável ajustamento dos juros que se têm mantido anormalmente baixos ou negativos.

Curiosamente volta a ser necessário encontrar os “velhos” manuais da economia para atentarmos às consequências tradicionais duma inflação, aumento de juros e recessão!

De facto, a quebra das cadeias de fornecimento de matérias-primas levam à quebra de produção, logo menos produto no mercado e subida de preços dos bens. Para além disso, produzindo menos vai ser necessária menos mão de obra o que provoca desemprego.

E com o acréscimo das restrições impostas relativamente aos equipamentos de proteção individual dos empregados e escassez de matéria-prima, os custos de produção aumentam, sendo mais um factor contribuidor para a inflação.

Ora, a inflação é tradicionalmente combatida com um aumento de juros. E foi isso mesmo que a Reserva federal americana previu em 2021 e concretizou entretanto com uma subida da taxa de juros de referência de 1,9%, e subi-la para 2,8% em 2023 e 2024.

⁹⁶⁷ Este factor também tem impacto nas consequências do conflito militar entre a Ucrânia e a Federação Russa, uma vez que a Europa importa da Ucrânia cereais e da Rússia energia. Ora, uma vez que são matérias-primas, existindo uma quebra de fornecimento ficamos perante uma quebra de oferta de produtos derivados.

⁹⁶⁸ Cfr. Simon Wren-Lewis, “The Economic Effects of a Pandemic”, Social Europe, 10.03.2020, <https://socialeurope.eu/the-economic-effects-of-a-pandemic>.

O BCE, entretanto, também vai acompanhar esta subida de taxa de juros e reduzir o PEPP- Programa Extraordinário de Compras Pandémicas⁹⁶⁹. No fundo, pretende-se combater a inflação da zona euro, que chegou aos 5,8% em fevereiro de 2022, e incentivar a poupança com o aumento dos juros dos depósitos a prazo.

Com esta medida aquilo que se pretende é refrear a procura, levando a uma consequente reversão da tendência inflacionário dos preços.

c) O acelerador da crise: Conflito militar às portas da Europa.

As consequências da pandemia ainda estavam a ser avaliadas quando, a 24 de fevereiro de 2022, despoletou um conflito militar entre a Federação Russa e a Ucrânia.

Em 24 de fevereiro de 2022, a Federação Russa lançou uma invasão militar em larga escala contra a Ucrânia, culminando assim uma escalada militar que sucedia desde 2014.

Nesse ano a Rússia tomou a Crimeia, território que pertencia à Ucrânia, e reivindicou a região de Donbass no sudoeste da Ucrânia, tendo vindo a reforçar a presença militar nessa região.

Desde 2014, com a presença de militares russos na região sudoeste da Ucrânia, que a Rússia vem defendendo a autonomia destes territórios, tendo, a 21 de fevereiro de 2022, acusado os ucranianos de um verdadeiro genocídio contra os cidadãos que falam russo e defendem a anexação da Crimeia e região do Donbass. Nessa data, Vladimir Putin comunica que a Rússia reconhece a independência dos territórios pró-russos do Donbass.

No dia seguinte, o Conselho da Federação da Rússia autorizou por unanimidade o uso da força militar e as tropas russas entraram nos territórios de Donbass e por toda a Ucrânia.

Vejamos, muito sinteticamente, os impactos económicos deste conflito, com especial ênfase para a Europa:

a) A Rússia tem muitos recursos naturais, pelo que consegue ser um país muito influente na economia mundial por ser fornecedor de matérias-primas, tais como: gás natural – maior reserva mundial -, petróleo – terceiro maior produtor mundial, metais tais como paládio – utilizado nos catalisadores, por exemplo -, ouro, alumínio, níquel ou cobre, sendo ainda o maior exportador de trigo a nível mundial. Detém um valor considerável de exportação de carvão.

A Rússia faz parte da APEC – Asia-Pacific Economic Cooperation, bloco económico que pretende transformar o Pacífico numa zona de comércio livre, bem como do BRICS que junta Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul⁹⁷⁰.

Ora, rapidamente percebemos que estamos perante um dos maiores fornecedores de energia da economia mundial, sendo que a Europa depende parcialmente dos recursos russos de gás natural⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ O PEPP- Pandemic emergency purchase programme do BCE é uma medida de política monetária não convencional iniciada em março de 2020 para combater os riscos de transmissão para a política monetária e as perspetivas para a área do euro decorrentes do surto de coronavírus (COVID-19). O PEPP é um programa temporário de compra de ativos de títulos do sector público e privado.

⁹⁷⁰ Curiosamente, a Federação Russa está a utilizar estes blocos económicos para tentar ultrapassar algumas das sanções impostas, mormente com a possibilidade de implementação de sistemas de pagamentos próprios – que não o swift – ou como plataformas de triangulação económica.

⁹⁷¹ Sobretudo no norte da Europa.

Mas, a Rússia fornece ainda várias indústrias, mormente a indústria automóvel, de metais necessários para a composições automóveis.

b) A Ucrânia tem sido apelidada de celeiro da europa devido à sua grande produção de cereais, sendo o maior fornecedor de grande variedade de cereais da europa. Destaca-se sobretudo no mercado dos produtos agrícolas uma vez que é o país com maior área de terra arável da zona europeia. É o maior produtor mundial de óleo de girassol, sendo a Rússia, curiosamente, o segundo maior, pelo que juntos detêm 60% da produção mundial. Tem ainda grande relevância na produção e exportação de energia elétrica, fornecimento de metais tais como ferro e aço e é um dos maiores fornecedores mundiais de gases raros purificados como criptónio e néon, sendo este último essencial para o fabrico de semicondutores – muito relevante, por exemplo, na composição dos chips.

Somente deste pequeno exemplo relativamente às produções destes países podemos perceber que os impactos dum conflito militar entre os dois países serão devastadores para a economia, mormente a economia europeia.

Temos, pois, um acelerador da crise que já se antevia com a pandemia mundial. Pior, com um acelerador devido às sanções impostas sobretudo à Rússia.

Numa tentativa de evitar um envolvimento bélico mas demonstrando solidariedade com a posição ucraniana, vários Estados impuseram sanções económicas severas à Rússia e à Bielorrússia. No caso concreto da União Europeia podemos constatar que, em março de 2022, encontram-se em vigor as seguintes sanções⁹⁷²:

“Individual sanctions

Assets freeze and travel ban against:

- *Vladimir Putin*
- *Sergey Lavrov*
- *Roman Abramovich*
- *members of the Russian State Duma*
- *members of the National Security Council*
- *high-ranking officials*
- *businesspeople and oligarchs*

Financial measures

- *SWIFT ban for 7 Russian banks*
- *ban on Russia’s access to the EU’s capital and financial markets.*
- *ban on transactions with the Russian Central Bank*
- *ban on supply of euro-denominated banknotes to Russia.*
- *ban on deposits to crypto-wallets.*

Transport

- *closure of EU airspace to all Russian-owned aircraft*
- *closure of EU ports to Russian vessels*
- *ban on Russian road transport operators.*
- *ban on exports to Russia of goods and technology in the aviation, maritime and space sectors.*

Energy

- *ban on imports of coal.*
- *ban on exports to Russia of goods and technologies in the oil refining sector.*

⁹⁷² Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/eu-sanctions-ukraine-invasion/>

- *ban on new investments in the Russian energy sector.*

Defence

- *Ban on exports to Russia of dual-use goods and technology for military use.*

Raw materials and other goods

- *ban on exports to Russia luxury goods.*
- *ban on imports from Russia of iron, steel, wood, cement, seafood and liquor.*
- *Restrictions on media*
- *Suspension of broadcasting in the EU of state-owned propaganda outlets Sputnik and Russia Today.*

Diplomatic measures

- *Suspension of visa facilitation provisions for Russian diplomats and other Russian officials and businesspeople.*

Sanctions against Belarus

In response to its involvement in Russia's military aggression:

- *sanctions on Belarusian military personnel*
- *SWIFT ban for 3 Belarusian banks*
- *ban on transactions with the Central Bank of Belarus*
- *limits on financial inflows from Belarus to the EU*
- *ban on supply of euro-denominated banknotes to Belarus.*
- *ban on Belarusian road transport operators.*
- *trade restrictions"*

Duas observações devem desde já ser referidas: i) a Rússia fica economicamente isolada de grande parte dos seus parceiros comerciais⁹⁷³, tendo-se desencadeado uma desvalorização abrupta do rublo e dificuldades nas trocas comerciais. Mas estas sanções trazem também uma necessidade de encontrar alternativas aos fornecimentos dos produtos, necessariamente mais dispendiosas; ii) por outro lado, a Ucrânia, estando sobretudo a ser o território invadido militarmente está num esforço de guerra e com devastação física do seu território, não tendo condições de manter a produção dos produtos exportáveis, provocando de imediato uma escassez dos mesmos no mercado. Mais uma vez, esta situação leva à necessidade de procura de fornecedores alternativos e do consequente aumento dos preços dos produtos.

O resultado é uma aceleração da inflação, do desemprego e consequente subida de taxa de juro. A recessão já bateu à porta da economia europeia, mesmo que ainda não se faça sentir completamente os seus efeitos ainda atordoados com algumas semanas de conflito militar.

d) Que consequências resultam para o modelo regulatório

Não podemos deixar de considerar que estes dois eventos – Pandemia e agora o conflito militar – podem ter impacto no modelo regulatório, sobretudo no modelo europeu.

⁹⁷³ De referir, porém, que existem algumas evidências de que as sanções, mormente as sanções dirigidas a particulares, podem não surtir os efeitos desejados, sobretudo devido ao facto de grande parte do património dos “oligarcas” estar fora da Rússia e ser transacionado em moeda que não o Rublo. Veja-se, a título de exemplo, o relatório do EU Tax Observatory, de 16 de março de 2022, disponível em https://www.taxobservatory.eu/wp-content/uploads/2022/03/Note_Effective-sanctions-against-oligarchs-and-the-role-of-a-European-asset-Registry_EU-Tax_-WIL_March-2022.pdf . Por outro lado, a Rússia ainda não deixou de ter em funcionamento vários gasodutos, mesmo até os que transpassam território ucraniano tais como o pipeline Brotherhood ou o Pipeline Yamal que passam em território ucraniano e alimentam parte da Europa

De facto, por motivos de urgência e com base na defesa da saúde pública, o Estado fez intervenções diretas na economia, impondo regras em muitos sectores, inclusivamente regras contra os próprios princípios de concorrência pois impôs restrições à liberdade dos agentes, barreiras à oferta, com restrições de horários, obrigação de teletrabalho, encerramento de atividades (veja-se as discotecas e bares) e barreiras de acesso aos consumidores, como por exemplo a necessidade de teste negativo ou certificado digital para o acesso a eventos ou espaços.

No que concerne às reações à pandemia, façamos uma breve análise do caso Português.

O que sucedeu foi que o Governo viu-se a braços com um complexo cenário jurídico face à urgência na tomada de decisões relativamente a cenários que se alteravam quase diariamente. Grande parte destes problemas jurídicos foram resolvidos com as sucessivas declarações por parte do Presidente da República do Estado de Emergência⁹⁷⁴.

No que concerne aos impactos sobretudo ao nível de regulação económica, fazemos uma diferenciação entre um primeiro período em que o Governo tomou decisões sem aconselhamento ou sozinho e um segundo período de medidas já tomadas após as famosas “Reuniões no Infarmed”. A divisão não é cronologicamente clara até porque o Governo foi reunindo com “especialistas” desde o início da pandemia sem que fosse muito claro que metodologia era utilizada.

Um facto é irrefutável, em todo o processo apenas se ouviram especialistas da área da saúde pública e as decisões foram tomadas com impactos transversais sem que existisse uma metodologia clara e consistente de audição ou intervenção dos agentes dos mercados dos sectores afetados ou reguladores sectoriais.

Assim, o primeiro caso de doença COVID-19 surge em Portugal a 2 de março de 2020, numa fase em que na Europa já se iniciavam as catástrofes da Lombardia, em Itália, com os Hospitais a ficarem em stress de funcionamento. O primeiro impacto seria adaptar os meios hospitalares a uma situação de maior afluência de doentes e contenção de contágios.

Numa primeira vaga de medidas, alteradas quase diariamente, o Governo acabou por ser o motor legislativo, associado ao apoio do Presidente da República e do Parlamento. As decisões de medidas foram tomadas apenas com a audição da sua Direção-Geral da Saúde ouvindo – lá está – “peritos” apenas relativamente à área da saúde.

O resultado é que o Governo tomou medidas restritivas, com impacto direto na atividade económica sem qualquer intervenção de qualquer agente dos sectores económicos afetados.

⁹⁷⁴ O estado de sítio ou o estado de emergência estão previstos na Constituição e na lei e só podem ser declarados nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública. Na declaração do estado de emergência, que terá duração de 15 dias, apenas pode ser determinada a suspensão parcial do exercício de direitos, liberdades e garantias, prevendo-se, se necessário, o reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e o apoio às mesmas por parte das Forças Armadas. A suspensão ou a restrição de direitos, liberdades e garantias devem limitar-se, nomeadamente, quanto à sua extensão, à sua duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade. Em nenhum caso, pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. E foi exatamente nas definições dos limites e na interpretação do que efetivamente era estritamente necessário que residiram grande parte das querelas. O regime do Estado de Emergência está previsto na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro e artigo 19º da CRP.

Contudo, estas medidas – incluindo o confinamento geral da população – estavam a ser justificadas com o pânico relativo ao impacto na saúde pública da propagação do vírus e consequente índice de doença e mortalidade.

Numa segunda fase, já com alguma noção de que a situação deveria ser avaliada de forma mais fundamentada, o Governo decidiu ampliar a auscultação para fazer, com a regularidade associada às necessidades, uma reunião com membros dos partidos representados na Assembleia da República, Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, membros do Governo, Direção-Geral da Saúde, outros órgãos relacionados com a gestão hospitalar e de saúde pública e os “especialistas”.

De notar que os “especialistas” foram sempre aqueles ligados às questões de gestão da pandemia restritas à saúde pública.

Falamos de médicos, coordenadores da *Task Force* da vacinação, avaliadores da gestão hospitalar e pouco mais. Nenhum regulador ou representante de sectores eventualmente envolvidos com questões financeiras e económicos fazia parte deste *quasi* órgão consultivo.

As decisões governamentais foram, *grosso modo*, tomadas sem a intervenção de qualquer entidade reguladora. Ressalva-se a ERS- Entidade Reguladora da Saúde que acabou por fazer alguma monitorização do impacto da pandemia COVID-19 no Sistema de Saúde⁹⁷⁵.

Mesmo neste caso, falamos de monitorização e não duma verdadeira execução de medidas regulatórias, uma vez que essas foram da responsabilidade do Estado, mais concretamente do Governo.

Deste panorama, podemos desde logo retirar a conclusão que o Estado não hesitou em tomar as rédeas da condução da gestão da pandemia, mesmo que tal prejudicasse a concorrência e limitasse os agentes de mercado, em matéria económica.

E mesmo nos apoios de primeira hora, o Estado resolveu ou com a aplicação de medidas em prejuízo de determinados particulares considerados com maior capacidade de resiliência ou com a injeção direta ou indireta de fundos públicos. E já sabemos que quando se distribuem fundos públicos, as responsabilidades e deveres passam a ser consignadas pelo próprio Estado, sem que nenhuma entidade autónoma tenha palavra a dizer.

Curiosamente este panorama é a inversão do sistema de autonomia – e mesmo independência – que se pretendia para um sistema regulatório. O facto é que, perante a defesa dum interesse público, o Estado monopolizou a ação e não cedeu ou delegou qualquer poder de execução ou controlo à “administração independente”.

Esta crise demonstrou que o Estado quando entender pode e tem mecanismos de domínio, legislativo e de execução, o que demonstra também a fragilidade da posição destas entidades “independentes”.

O que se fez relativamente aos atropelos aos direitos dos próprios consumidores, esse reduto quase “sacro santo” que as entidades reguladoras devem defender?

⁹⁷⁵ Cfr. <https://www.ers.pt/media/3487/im-impacto-covid-19.pdf>

Não encontramos nenhuma ação assinalável até ao momento⁹⁷⁶.

O que poderiam fazer as entidades reguladoras relativamente à defesa destes consumidores?

A resposta é, ela mesma, demonstrativa da ineficiência deste sistema de entidades reguladoras independentes. Porque diante do fundamento da defesa dum bem ou princípio essencial de saúde pública o único mecanismo de defesa dos consumidores seria judicial e para tal qualquer consumidor poderia, *per saltum*, recorrer diretamente aos tribunais, tal qual sucedeu, por exemplo, relativamente à constitucionalidade dos confinamentos obrigatórios⁹⁷⁷.

E mesmo nestes casos, falamos da violação de direitos fundamentais que não estão abrangidos pelo Estado de Emergência, sendo que a discussão jurídica por aí se ficou.

Conclui-se, por isso, como acima já se referiu: se o Estado efetivamente quiser tomar as rédeas da intervenção económica assim fará, por via de legislação, deixando o espaço que considerar conveniente para as entidades reguladoras poderem executar. E pouco mais.

Em último caso, cabe ao Estado a defesa do bem maior mesmo que isso reverta o sistema normal. O Estado pode, sem qualquer impedimento, avocar a si a responsabilidade da defesa do interesse público. É aliás uma das suas missões – Cfr. Artigo 9º da CRP.

Questão diferente é o impacto que estas políticas tiveram e porque perduram para além da emergência, quando passado mais de dois anos sobre o primeiro caso ainda existem restrições tais como a exigência de certificado de vacinação ou utilização de máscara e equipamentos de proteção individual.

Por muito amplo que possa ser o conceito de urgência, as condições existentes hoje não se assemelham à ausência de informação que sucedia em 2020, pelo que as medidas que foram sendo tomadas e revista acabam por perdurar com um fundamento que se prolonga para além da urgência.

Caberia então, nesta fase, uma atitude de maior normalização. E agora sim devem as entidades reguladoras zelar pela reposição da normalidade concorrencial. É transversal às entidades reguladoras independentes, no âmbito dos seus estatutos, a supervisão no âmbito do sector em que atuam, bem como detêm poderes para efetuar inspeções e auditorias, resultando daí o processo sancionatório adequado.

A Própria Lei-Quadro das Entidades Reguladoras prevê, em termos genéricos, nos artigos 40º e seguintes, a atribuição destas funções e poderes às entidades.

Contudo, certo é que em termos de inspeções e auditorias, como já aqui referimos, existe uma limitação imposta pela prévia aprovação governamental dos planos de inspeção.

⁹⁷⁶ 01.02.2022. Salvaguarda-se eventualmente ações informativas da ERS, com relatórios sobre o impacto da pandemia nos estabelecimentos de saúde ou da ERSE aquando da fixação de preços máximos para o gás de petróleo liquefeito) GPL) engarrafado, vulgo botijas de gás, em que tinha de semanalmente efetuar o cálculo e atualizar os preços consoante a fórmula do Decreto 7/2021, de 17 de abril.

⁹⁷⁷ Veja-se a título de exemplo o Acórdão n.º 89/2022, proferido no Processo n.º 618/2021, 1ª Secção do Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 88/2022, proferido no âmbito do Processo n.º 504/2021, 1ª secção do Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 921/2021, proferido no processo n.º 984/2020, 1ª secção do Tribunal Constitucional.

Mais uma vez se denota, neste exemplo, que as entidades reguladoras independentes têm pouco de independentes! Por muito pequenas que sejam as restrições impostas, as mesmas parecem fazer grande diferença na utilização dos seus poderes.

Por outro lado, cabe a estas entidades reguladoras independentes verificar e apreciar as queixas dos consumidores e daí retirar-se consequências. Neste âmbito, as entidades reguladoras independentes devem, já num ambiente de normalidade, apreciar o quanto estas medidas de dois anos prejudicaram o mercado, em particular os consumidores.

Outra apreciação deve ser efetuada atendendo à distribuição de fundos europeus e o programa português de recuperação em particular.

O efeito nos mercados relativamente a esta distribuição de fundos não é ainda claro. Contudo, qualquer programa de distribuição de fundos públicos acaba por ser uma intervenção do Estado em determinado sector, mesmo que seja para o incentivar, pelo que terá impactos no mesmo.

Por último, os impactos provocados pelo conflito militar russo-ucraniano que está a provocar sobretudo alterações nos preços da energia.

Ora, uma das consequências diretas relativamente à questão do aumento do preço de combustíveis foi: i) por um lado, nos combustíveis, o Governo pediu Bruxelas a descida da taxa do IVA para os 13%, bem como prescindiu dos aumentos do ISP – nas compensações pela descida das receitas de IVA quando os preços baixam – para fazer face à escalada de preços dos combustíveis; ii) o governo solicitou ainda a Bruxelas – o que foi aceite – a permissão para fixação de preço do gás, sobretudo para conseguir controlar o preço da energia elétrica⁹⁷⁸.

Curiosamente duas medidas necessitaram da anuência comunitária mas não deixa de ser uma intervenção direta do Estado no sector da energia. Por via de regulação de preço, ora por diminuição da tributação ou com a fixação de preço máximo.

Face ao acima descrito, ao qual acrescentamos as críticas que têm vindo a lume por parte do Governo, mormente na atuação da ANACOM no processo de Leilão do 5G, percebemos que o modelo de regulação independente sofreu um revés no seu caminho para uma verdadeira independência.

Afinal, em caso de emergência, a defesa do interesse público cabe diretamente ao Estado e é este que toma a decisão fundamental.

Contudo, há aspetos positivos a ressaltar.

De facto, a pandemia trouxe dificuldades às auditorias e inspeções a serem efetuadas pelas entidades reguladoras, sobretudo porque o acesso passou a ser dificultado. Tal levou à entrada

⁹⁷⁸ O preço da eletricidade tem três grandes componentes: i) Energia e comercialização, que inclui os custos de produção (resultantes dos preços formados no mercado de eletricidade) e de comercialização (faturação e gestão de cliente); ii) Tarifa de acesso às redes, que engloba os custos das redes necessárias ao transporte e distribuição desde os centros electroprodutores até aos consumidores e os Custos de Interesse Económico Geral (CIEG)- estes custos incluem subsídios a produtores, rendas de municípios, transferências para as empresas das regiões autónomas, e outros; iii) Taxas e impostos, que são custos de decisão política e incluem o IVA, a Contribuição Audiovisual e a taxa de exploração das instalações elétricas por conta da DGEG.

de cena das tecnologias, tornando os processos cada vez menos físicos passando a ser possível a colaboração com entrega informática de documentação⁹⁷⁹.

Tal situação levou ainda a que as próprias entidades se tivessem de adaptar a esta situação, iniciando-se algumas mudanças na forma como a informação passou a ser disponibilizada.

Por outro lado, tornou-se essencial a intervenção das entidades reguladoras no que concerne à distribuição de informação ao consumidor. No combate à informação falsa, as entidades reguladoras tornaram-se essenciais na divulgação de informação fidedigna aos agentes

As Entidades Reguladoras desempenharam ainda um processo importante no processo de distribuição de produtos necessários à proteção individual, tendo atestado e garantido a possibilidade de uso de bens, incluindo as vacinas.

De relevar a importância sobretudo da Agência Europeia do Medicamento que assegurou a avaliação das vacinas que foram sendo postas à avaliação dos reguladores.

Mas estes procedimentos foram sempre subjugados à emergência da situação, tendo os Reguladores Independentes agido de acordo com a necessidade e tempestividade exigida⁹⁸⁰.

A OCDE teve um papel interessante no que concerne à indicação de mecanismos para garantir que se mantinham padrões de *better regulation* mesmo atravessando-se um período de pandemia e emergência social. Destacou ainda, em vários relatórios de 2020, a necessidade de os reguladores a médio e longo prazo contribuírem para a resolução da crise sanitária orientando-se para a recuperação económica e social, bem como contribuir para a prevenção de novas crises⁹⁸¹.

Outro campo em que as entidades reguladoras tiveram importante papel, de acordo com a OCDE e a sua rede de reguladores económicos⁹⁸², foi na manutenção da prestação de serviços essenciais mesmo quando o mercado foi pressionado, mormente no sector das comunicações e sector da energia. Mas não se avaliaram os impactos a médio e longo prazo destas políticas de emergência! Apenas se constatou que os mercados souberam responder às necessidades.

De acordo ainda com os trabalhos da OCDE neste âmbito, concluiu-se que os reguladores independentes tiveram de trabalhar de perto com os Governos para que a implementação de medidas fosse verdadeiramente eficaz.

Mas trouxe também um enfraquecimento da independência destas entidades, bem como uma menor clareza na divisão das funções do Governo e Entidades. Como refere Laura Cavallo⁹⁸³: “L’effetto della crisi sugli operatori del mercato che ha visto quindi, da un lato, un ruolo più attivo nei mercati da parte delle Autorità governative attraverso pacchetti di stimoli o interventi mirati a sostegno di specifici attori del mercato e, dall’altro, un ruolo delle Autorità di

⁹⁷⁹ Cfr. Gabriele Mazzantini e Laura Tafani, “La *better Regulation* Alla Prova Della Pandemia”, L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione - Annuario 2020, Osservatorio AIR, Editoriale Scientifica, 2020, p. 13-35

⁹⁸⁰ No mesmo sentido, Gabriele Mazzantini e Laura Tafani, “La *better Regulation* Alla Prova Della Pandemia”, L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione - Annuario 2020, Osservatorio AIR, Editoriale Scientifica, 2020, p. 13-35

⁹⁸¹ Cfr. Laura Cavallo, “Il Quadro Internazionale Ed Europeo”, L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione - Annuario 2020, Osservatorio AIR, Editoriale Scientifica, 2020, p. 39-54

⁹⁸² Cfr. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ner.htm>

⁹⁸³ Cfr. Laura Cavallo, “Il Quadro Internazionale Ed Europeo”, L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione - Annuario 2020, Osservatorio AIR, Editoriale Scientifica, 2020, p. 39-54

regolazione più in linea con le politiche di governo, ha determinato un indebolimento dell'indipendenza delle Autorità di regolazione e una riduzione della chiarezza della divisione dei ruoli tra le Autorità di regolazione, l'Esecutivo e le altre parti interessate”

A longo prazo, o desafio é aproveitar a partilha de experiências e o aprofundamento das melhores práticas regulatórias adotadas em tempos de crise para inspirar o aumento da eficiência do regulador em condições normais. Ajudar os próprios reguladores e governos e a lidar com desafios futuros de forma mais eficaz.

A longo prazo, as autoridades reguladoras podem ser convidadas a contribuir para programas nacionais de recuperação económica e fortalecer a competitividade global de suas economias nacionais, indo mais longe nos seus mandatos tradicionais pré-crise.

Contudo, com o cenário europeu atual não vislumbramos que tal venha a suceder.

Capítulo 4 – Outros Mecanismos de Correção

No desenvolvimento do presente trabalho, cabe agora referir outros mecanismos de correção que não couberam na análise de mecanismos regulatórios. Com isto não quer dizer que não possam ser considerados uma intenção de condicionar ou influenciar a atividade dos agentes no mercado e por isso estarem ainda dentro do conceito de regulação.

Já aqui referimos que o conceito de regulação é mutável, polissémico e que a perspetiva de análise pode ditar transmutações do conceito. Por isso mesmo os mecanismos de correção que ora abordaremos podem, eles próprios, ser uma forma de regulação.

Mesmo os mecanismos tributários, como já aqui referimos, podem ser considerados formas de regulação económica em sentido amplo. E, de facto, consoante o seu fundamento e objetivo extrafiscal podemos estar perante verdadeiros instrumentos de regulação de comportamentos que são, hoje, cada vez mais usados pelo Estado⁹⁸⁴.

De qualquer forma, os instrumentos que o Estado utiliza para intervir na economia são diferenciados e têm objetivos também diferentes.

Cabe agora analisar estes mecanismos de correção de uma forma diferenciada. Até agora, olhámos para mecanismos de correção aos olhos da teoria da regulação. Façamos uma análise dentro da Análise Económica do Direito mas desta feita seguindo em especial um mecanismo de análise diverso.

No âmbito do trabalho em desenvolvimento, julgamos ser essencial seguir um processo analítico para determinadas medidas de intervenção do Estado. Em particular, os tributos que são criados e desenvolvidos com motivações extrafiscais.

Julgamos, pois, essencial iniciarmos já um mecanismo analítico com uma análise de base que, essa sim, é eminentemente económica: quais são os problemas económicos que levam a que o Estado queira fazer uma intervenção.

⁹⁸⁴ Se assim não fosse não faria sequer sentido esta análise conjunta de regulação e tributação.

Seja uma solução regulatória, fiscal, legislativa ou de intervenção direta, há algo que correu mal, há um problema que o Estado se vê instado a resolver, a intervir. E esta é a base de qualquer análise em específico.

Em seguida iremos explorar duas grandes vias de resolução: uma solução pública de intervenção via tributos moldados para satisfazer intuítos extrafiscais ou uma solução privatística em que são os próprios agentes a encontrar soluções para insuficiências do funcionamento do mercado.

Mas estas duas vias podem não satisfazer um terceiro intuito do Estado que se prende com uma distribuição de rendimentos. Medidas que podem ser tributárias ou não mas cujo objetivo é o alcance dum bem-estar social assente em conceitos de justiça muito além dum padrão económico.

Não poderíamos, pois, deixar de lado esta análise onde fazemos o caminho da análise do direito atendendo a conceitos microeconómicos.

4.1. Problemas Económicos de Base Comuns

A constatação de que existe um problema advém do facto de termos um modelo do que é o perfeito. Se tudo funcionar dentro dum parâmetro de perfeição não se justifica nenhuma intervenção externa. Caso haja um fracasso desse modelo, então poderá existir uma tentativa de correção externa.

Os padrões de perfeição podem, esses sim, ter diferentes apreciações, bem como o modelo de eficiência pode ter enquadramentos variáveis. Mesmo a ciência económica, tradicionalmente associada a critérios objetivistas, tem sido influenciada pela transmutação social dos conceitos, mormente de eficiência, justiça, equidade.

Não cremos que se possam rejeitar, contudo, as evoluções nem os tradicionalismos: o critério clássico de mercado de concorrência perfeita, por exemplo, serve, ainda, como padrão económico de eficiência. A Eficiência de Pareto, mesmo com as duras críticas que vem sofrendo não deixa de ser importante numa análise meramente economicista.

A análise económica do direito salvaguarda-se muitas vezes nas visões mais de ciência social. Naturalmente por se aproximarem à natureza eminente social do próprio Direito. A simbiose dos corpos científicos da economia e do direito é, no entanto, irrefutavelmente útil. Se não acreditássemos nesse facto, não estaríamos a desenvolver o presente trabalho!

4.1.1. A eficiência

Adam Smith, na sua conceção de mercado, realizou a necessidade de se verificarem determinadas características num mercado, então a mão invisível poderia funcionar plenamente e as vontades (egoístas) individuais encaixar-se-iam de forma harmoniosa. Não existiriam perdas nem ineficiências.

A doutrina da mão invisível funciona plenamente em mercados de concorrência perfeita com as três características que já aqui retratámos: a atomicidade, a fluidez e a liberdade. E o mercado

de concorrência perfeita permite a alocação eficiente dos recursos de forma que a economia se encontre na fronteira de possibilidades de produção⁹⁸⁵.

Se todos os elementos do mercado se encontrarem no equilíbrio da concorrência perfeita, os mercados estarão a produzir os produtos mais desejados pelos consumidores, utilizando as técnicas mais eficientes e com a quantidade mínima de factores⁹⁸⁶.

Ora, estamos pois, perante um mercado a trabalhar em plena eficiência.

Mas que eficiência é esta que se descreve no modelo de concorrência perfeita de cariz *smithiano*?

De facto, atendendo aos egoísmos individuais, haveria uma eficiência caso os mercados funcionassem em concorrência perfeita alcançando sempre os melhores resultados de satisfação das necessidades dos agentes. Quanto mais trocas existissem – esse jogo de soma positiva – maior seria o bem-estar produzido, maior distribuição de riqueza.

E que aplicações à *Law and Economics* deve o conceito de eficiência ter?

Ora, por volta dos anos trinta do Século XX, a economia passa a ser vista não tanto como uma ciência da riqueza mas antes como uma ciência da escassez. Pode parecer uma pequena diferença mas é esta viragem que tornou possível a nova visão sobre as preferências e as escolhas.

A influência do *behaviorismo* subjetivista⁹⁸⁷, traz uma vertente de análise da eficiência muito além da acumulação de riqueza. Estamos naturalmente presentes a uma nova conceção de valor, aquela que é determinada pela vontade individual de pagar.

O conceito de utilidade veio trazer à economia um contexto de necessidade de entrelaçar o bem-estar e o mercado competitivo. Mas fá-lo atendendo a que: a) a concorrência perfeita maximizaria a totalidade do bem-estar, incluindo o bem-estar social; b) qualquer intervenção do Estado, não justificada por uma falha no mercado, reduziria o bem-estar, ou, na melhor das hipóteses, traria consequências; c) a má distribuição da riqueza não poderia ser caracterizada como falha do mercado.

Ainda fugindo duma comparação entre utilidades e por isso utilizando um padrão individualista, Vilfredo Pareto formula a situação de “eficiência de Pareto” nos mercados que aqui tantas vezes já referimos⁹⁸⁸.

Como sabemos, a Eficiência de Pareto ou Ótimo de Pareto reclama três requisitos essenciais, a saber:

⁹⁸⁵ Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “Economia”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 35 e ss.

⁹⁸⁶ Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, “Economia”, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 35 e ss.

⁹⁸⁷ O Behaviorismo nasce no seio da psicologia, no sentido de observação do comportamento humano com o intuito de prever e controlar esse comportamento. Esta metodologia leva a que a própria economia seja afetada e passe a utilizar padrões de análise diferentes. Já aqui falámos, por exemplo, das teorias da *public choice*, em que não deixa de ser uma análise de padrões de comportamento, muito próxima da metodologia do behaviorismo.

⁹⁸⁸ Veja-se a propósito o Capítulo 3, ponto 3.2.1.

- i) Eficiência na produção, ou seja, o funcionamento da economia na fronteira de possibilidades de produção, com afetação plena e eficiente dos recursos e pleno emprego⁹⁸⁹;
- ii) eficiência nas trocas, existindo o maior excedente total possível⁹⁹⁰;
- iii) eficiência nas preferências, ou seja há a combinação perfeita entre aquilo que é produzido e as preferências dos consumidores.

O estado de eficiência máxima duma economia será quando atingido o grau máximo de bem-estar total agregado, ou seja, o somatório de todos os excedentes individuais, chegando-se ao ponto de ninguém poder ficar melhor sem sacrificar o bem-estar de outrem.

Falamos do limite do jogo de soma positiva ou seja, poderia instalar-se um jogo de soma zero, o que implica a impossibilidade de deslocação de afetação de recursos.

Nestes termos, o bem-estar social, na perspetiva paretiana, uma mudança na sociedade apenas seria eficiente caso alguém ficasse em posição melhor sem que ninguém saísse prejudicado. Mas falamos duma perspetiva individual e subjetiva de melhoria em que não existia nenhuma comparação interpessoal de utilidade. Ou seja, tornou apenas ainda mais evidente que o fortalecimento do bem-estar aconteceria, naturalmente, pelas trocas de mercado.

Contudo, uma apreciação mais cuidada leva à conclusão que dificilmente se pode considerar a existência dum melhoramento sem que exista algum *standart* mínimo de comparação interpessoal da utilidade.

Os critérios de Pareto eram, por isso, ineficientes porque não conseguem trazer respostas satisfatórias a respeito do aumento da utilidade total da sociedade. Mas cumpriram o desígnio de ordenar preferências individuais. Repare-se:

O critério Pareto-superior assinala a relação de dois estados de coisas e determina a melhoria de um estado em relação ao anterior. Essa melhoria é eficiente apenas caso seja reconhecida: alguém teve de ficar melhor e ninguém reclamou ficar pior.

O critério Pareto-ótimo assume que para qualquer alocação de recursos, ou seja, para qualquer melhoria no bem bem-estar individual de uma pessoa, seja necessário a diminuição no bem-estar de outra.

Na relação destes dois critérios temos, como já assinalámos, a saída dum jogo de soma positiva para se instalar um jogo de soma zero. Ora, este critério foi alvo de crítica sendo que a mais evidente é que o critério paretiano apenas nos informa de que atingimos uma eficiência mas nada nos diz sobre se foi atingida algum tipo de justiça⁹⁹¹.

Contudo, esta constatação não é a única crítica apontada. Vejamos:

- a) Crítica da impossibilidade, uma vez que é impossível coordenar as ações e decisões humanas de forma que as decisões sejam tomadas de forma harmoniosa sem causa prejuízos a ninguém. E claro está que a impossibilidade fica ainda mais clara quando

⁹⁸⁹ Conforme refere Fernando Araújo, em “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 235 e ss. “(...) não é possível produzir mais de um bem sem produzir menos de outro bem, porque isso implicaria a reafecção de recursos já empregados.”.

⁹⁹⁰ O preço da troca é o preço equilíbrio, estando o excedente do produtor e excedente do consumidor num equilíbrio que permite um excedente total máximo.

⁹⁹¹Cfr. Fernando Araújo, em “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 235 e ss.

Pareto parte da ideia de externalidade nula, zero custo de transação, como se qualquer decisão não tivesse quaisquer custos de oportunidade;

- b) Ausência dum direito individual ao veto, ou seja, Pareto lida com decisões humanas mas retira da equação a liberdade individual, atribuindo à eficiência uma espécie de valoração hierárquica superior à vontade individual.
- c) Por último, a manutenção da situação ótima de Pareto não permite necessariamente uma justiça redistributiva. Repare-se que uma situação ótima pode significar que os recursos estão todos acumulados num indivíduo e outro mantém uma situação de recursos nulos, bem como existir uma situação ótima numa sociedade em que o indivíduo A e B dividem os recursos. Em ambos os casos, mesmo nada se modificando, podemos estar numa situação de eficiência paretiana sem que haja qualquer alteração.

Ora a doutrina utilitarista veio trazer logo algumas questões sobretudo relacionadas com a ordenação das preferências, ou seja, quais as preferências que devem prevalecer e os seus limites⁹⁹². Outra questão prendia-se com o facto de coordenar a promoção da utilidade total sem se recorrer à distribuição, sem recorrer a uma comparação interpessoal.

De recordar que no século XX passa a existir uma concepção de justiça social que torna inconcebível uma mera eficiência económica desligada de valores constitucionalmente previstos de bem-estar.

O que sucede é que a teoria de bem-estar neoclássica partia de padrões objetivos: conhecimento dos factos ou informação perfeita, racionalidade perfeita, ausência de custos de transação e ausência do efeito rendimento. Mas, na realidade, esses factores objetivos não cumprem os desígnios do *novel* conceito de justiça entretanto desenhado.

Com isto não se retira mérito à construção paretiana que, ainda hoje, é um padrão de eficiência válido e usado. De facto, esta percepção moral subjacente ao conceito de justiça é externa à ciência económica clássica⁹⁹³ e foi preciso uma rutura desta visão para enquadrar estados sociais.

A eficiência de Pareto deparou-se com a comparação do bem-estar individual e mais, deparou-se com o facto de as ações individuais no mercado nem sempre são eficientes o que condiciona ainda as decisões públicas, mormente na intervenção no mercado.

Num segundo movimento da *law and economics* ressalva-se que a eficiência económica deve encontrar no sistema jurídico não um meio de se promover mas antes uma forma de lhe impor limites e vínculos. A subordinação da eficiência deverá ser aos direitos fundamentais que, de acordo com os direitos constitucionais que possam existir, tanto podem defender um poder económico eficiente ou não eficiente consoante o exercício do poder político e sua subordinação.

Ou seja, a eficiência económica passa a ser avaliada de acordo com o estipulado pelo sistema garantístico dos direitos fundamentais e a eficiência económica não é um fim para o Direito!

⁹⁹² Neste caso em referência crítica ao utilitarismo ordenalista que Pareto impunha no seu modelo de eficiência, em contraposição com a necessidade de verificação dos “custos de oportunidade sociais” decorrentes das decisões individuais.

⁹⁹³ A Economia não deve ter pré-conceitos ou interferência de concepções morais

Curiosamente, a incapacidade em resolver o problema da comparação interpessoal do bem-estar, levou a que a própria Análise Económica do Direito se tivesse refugiado na teoria da escolha mais objetiva, ou seja, a teoria do preço.

Com isto, este segundo movimento da *Law and economics*, sobretudo com Posner, aceitando a impossibilidade de comparação interpessoal do bem-estar, substitui esta ideia pela de maximização de riqueza.

Posner trata a regra da eficiência sob a conceção de maximização de riquezas, onde os recursos económicos são explorados de forma a serem maximizados.

Tratando o progresso económico como valor social a alcançar, Posner ditava que a justiça das decisões se verificava caso existisse a maximização da riqueza.

Esta teoria de Posner foi desenvolvida com base no Princípio da Compensação de Kaldor-Hicks.

Este princípio de compensação desenvolvido por Kaldor e Hicks, ao qual já nos referimos anteriormente⁹⁹⁴, é o resultado do aprofundamento e desenvolvimento da eficiência onde se aborda a ideia de que se os beneficiários de novas situações compensarem os prejuízos advindos da mudança então está justificada socialmente a mudança.

Em termos muito simples, será sempre benéfica a mudança desde que, globalmente, o bem-estar social melhore, nem que, para alcançar tal resultado, alguém fique relativamente pior. As normas devem, portanto, ser desenhadas para gerar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.

Assim, enquanto que com a teoria de Pareto se pretendia alcançar uma eficiência, para Kaldor e Hicks prosseguir-se-ia uma “equidade” de situações.

No fim da década de 1930, Nicholas Kaldor e John R. Hicks, desenham um critério. Na teoria edificada por Pareto havia a necessidade de reconhecer a comparação interpessoal para se identificar o grau de aumento da utilidade total de determinada circunstância. No critério Kaldor-Hicks, na medida em que os vencedores de uma situação deveriam ter lucrado mais do que os perdedores perderam, ao ponto de poderem ser compensados pelas perdas e acabar por estarem numa situação relativamente melhor, pressupõe-se desde logo uma comparação interpessoal.

Mas esta eficiência não dava lugar a um aumento de utilidade total por via do critério clássico do paradoxo de Scitovsky⁹⁹⁵. Por isso teria de se preferir um critério de maximização de riqueza como critério *standart* para objetivar a eficiência. E é esta a justificação de Posner relativamente à necessidade de ter como valor social genuíno a riqueza.

Há ainda que ressaltar uma outra ideia de Posner: este critério de riqueza passa por uma justificação ética e acaba por sinalizar a necessidade de se assegurar as necessidades presentes e futuras da sociedade. Mas o direito tem um valor instrumental à análise económica. Por isso, volta-se a realçar que o que o direito faz é limitar e condicionar a prossecução dessa eficiência económica e que valor a mesma deve assumir.

⁹⁹⁴ Veja-se Capítulo 3, ponto 3.2.1.

⁹⁹⁵ No paradoxo de Scitovsky, o paradoxo em si é o facto de uma mudança socioeconómica benéfica para o indivíduo A não acarreta necessariamente um benefício para o indivíduo B. ou seja, a melhoria do bem-estar de uns não acarreta necessariamente o aumento do bem-estar geral de todos, uma vez que há quem possa ser prejudicado.

Curiosamente a *Law and Economics* faz no fundo a busca duma solução para duas grandes falhas: a) a falha de levar em conta qualquer outra preferência pessoal que não seja a riqueza; b) a falha em tratar todas as pessoas como iguais, na medida em que deixa de lado uma base inicial de distribuição de direitos⁹⁹⁶.

Calabresi e Coleman foram vozes críticas de Posner, entendendo que outros valores, para além da busca da riqueza, podem integrar o conceito de justiça, mormente para que se considere que seja alcançada uma eficiência social.

Cumpra ainda referir que, como também já aqui referimos, outro critério que a *Law and Economics* pode utilizar como critério de eficiência é a Teoria dos Jogos, em que cada um escolhe a melhor estratégia ou plano de ação para alcançar os melhores resultados com o menor esforço. Sendo que neste caso teríamos como elementos essenciais os jogadores, a estratégia de cada jogador e o resultado esperado, sendo que dever-se-ia tomar a solução que alcançasse melhor resultado com o menor custo associado.

A análise económica do Direito não consegue, contudo ser unânime na utilização dum conceito de eficiência. Mas, curiosamente, não se dispensa o conceito.

A eficiência, seja ela vista de que prisma, está sempre presente na Economia e no Direito. Quanto mais não seja como padrão de análise. E constatando-se a sua ausência, algo necessita de ser concertado.

Os problemas que se encontram na base duma intervenção do Estado na economia fundam-se, grande parte das vezes, por uma falha desta eficiência.

4.1.2 A perda da perfeição

O modelo base de perfeição económica assenta na concorrência perfeita, sendo que já aqui sobejamente explorámos esse modelo e suas imperfeições⁹⁹⁷.

O modelo de concorrência perfeita assenta na trilogia cumulativa de atonicidade, fluidez e liberdade, sendo que na ausência ou falha de um qualquer destes elementos estaremos perante uma concorrência imperfeita.

São falhas de mercado qualquer perda de eficiência resultante do funcionamento do mercado, sendo que o parâmetro de eficiência, no caso clássico, seria a da maximização do excedente total. Como já aqui referimos, os padrões de eficiência podem ser diferentes e por isso, preferimos dizer que serão falhas de mercado qualquer perda de eficiência resultante do funcionamento do mesmo.

As típicas falhas de mercado são as assimetrias de informação, os poderes de mercado – v.g. monopólio, oligopólio, concorrência monopolística – externalidades, bens públicos, semipúblicos e recursos comuns⁹⁹⁸.

A tradicional justificação para a intervenção do Estado na economia é a correção de falhas de mercado, pelo que não poucas vezes o problema económico existente é uma das falhas de

⁹⁹⁶ Cfr. Jules Coleman, “Market, Morals and the Law”, 2ª edição, Oxford University Press, 2005.

⁹⁹⁷ Cfr. Capítulo 2.

⁹⁹⁸ Matéria amplamente desenvolvida no Capítulo 2.

mercado clássicas. Os meios de resolução é que podem, depois, variar consoante as respostas que são desenhadas.

O lugar do Estado na economia depende ainda das opções de política e sua ação. O modo como corrige as falhas de mercado dependerá da opção de maior intervencionismo ou duma ação mais liberal.

Sabemos já que os mecanismos de regulação ou intervenção direta são os que prevalecem no combate aos poderes de mercado. O desmantelamento dos monopólios ou oligopólios, a regulação do mercado, as obrigações de transparência e contestabilidade do mercado, são mecanismos geralmente utilizados.

As próprias assimetrias são geralmente combatidas com obrigações impostas legislativamente de regulação do mercado, monitorização e sinalização.

Os dois casos diferenciados relativamente às soluções públicas ou privatísticas são as externalidades e o caso dos bens públicos, semipúblicos e recursos comuns. Façamos, portanto, um recordatório destes problemas económicos que estão, muitas vezes na base de soluções intervencionistas.

No que concerne aos bens públicos, semipúblicos e recursos comuns, já sabemos que os que os distingue é a rivalidade de uso e exclusividade.

	Suscetíveis de exclusão	Rivalidade de Uso	Efeito	Soluções
Bens privados	Sim	Sim	Neutro	Desnecessidade de intervenção externa
Bens públicos	Não	Não	Externalidade Positiva extrema (subprodução), efeito <i>free rider</i>	Intervenção direta ou fornecimento público
Bens semipúblicos (bens públicos impuros, bens de clube)	Não	Não e Sim (congestão)	Pode dar-se o caso de não existência de mercado ou um sobre aproveitamento do recurso	Fornecimento público antes da congestão, taxas moderadoras de acesso, intervenção direta, privatização,
Recursos comuns	Não	Sim	“tragédia dos baldios” (sobre aproveitamento e consequente subprodução)	Privatização ou nacionalização para que haja alguém que regule o acesso; quotas, imposto de base pigouviana (utilizador/pagador) ou modelo coaseano de negociação

Os bens privados são bens em que há rivalidade de uso e possibilidade de exclusão eficiente a baixo custo. Se eu estiver a utilizar uma caneta que adquiri, mais ninguém pode utilizar, ao mesmo tempo, aquela caneta: o uso por um agente impede que outro a utilize.

A possibilidade de exclusão a baixo custo existe porque há reconhecimento de direito de propriedade e, quanto mais por uma questão de impossibilidade de uso, se eu estiver a segurar a caneta não há uma “segunda mão” que a possa deter.

No caso dos bens públicos não há rivalidade de uso nem a possibilidade de exclusão. O caso da iluminação pública é paradigmático uma vez que para que existisse exclusividade os custos associados seriam exagerados.

Neste caso, não há qualquer incentivo ao privado para a produção destes bens públicos, pelo que há a tendência do “efeito Boleia”: é racional deixar que alguém (geralmente o Estado) produza estes bens e “ir à boleia” das vantagens geradas por essa produção. Nestes casos, não há possibilidade de exclusão eficiente porque não temos utilidade divisível e possibilidade de apropriação.

No caso dos recursos comuns, há rivalidade de uso mas não temos a possibilidade de exclusão eficiente. Há rivalidade de uso porque a utilização por mais do que um agente diminui a utilidade da utilização por outros. Mas não temos a possibilidade de exclusão eficiente a um ponto de podermos chegar à exaustão dos recursos comuns. Esta questão da exaustão dos recursos comuns foi desenvolvida, como já referimos, por Garret Hardin, que em 1968 escreve “The Tragedy of commons”, sobre os baldios da Inglaterra pré-industrial.

Ora, até então, as guerras, doença e miséria tinham contido as populações humana e animal, pelo que a utilização das pastagens comuns, terrenos que se localizavam perto das populações e eram terrenos comuns, foi um sistema que funcionou.

Mas com o aumento da população e do número de animais de pastagem, o que sucedeu é que cada utilizador tinha interesse na utilização desses terrenos para pastagem mas, sendo comuns, ninguém pretendia poupá-los ou racionar o seu acesso. O resultado foi uma sobre exploração destas pastagens o que levou ao seu desaparecimento.

A mesma situação pode acontecer relativamente a espécies selvagens ou à pesca.

Recordemos que esta classificação que aqui sucintamente apresentamos não se coaduna com a formulação e tratamento jurídico dos bens. Temos apenas em conta a sua vertente económica.

No caso de estarmos perante um bem com características não privadas, faz com que exista uma eventual falha do mercado que necessita de intervenção. As soluções apresentadas são meramente exemplificativas mas logo se percebe que tem de ser uma entidade externa, dotada de poder de autoridade que se encarrega do impulso da solução.

Mesmo as soluções negociadas são, muitas vezes, impulsionadas sob a égide do agente Estado enquanto mediador.

No que concerne às externalidades, há que ressaltar já que os bens públicos, recursos comuns ou até mesmo os bens semipúblicos podem ser englobados nos casos de externalidades. Isto porque, por exemplo no caso dum bem público, o benefício provocado é extremo.

As externalidades são falhas de mercado porque não há um mercado para tratar destas situações que são exterioridades⁹⁹⁹. São efeitos positivos ou negativos decorrentes da atuação dum agente que se projetam na esfera de outrem, sem que esse terceiro seja compensado pelo prejuízo ou tenha de pagar pelo benefício que usufruiu.

As externalidades têm dois problemas económicos associados:

- i) no caso das externalidades positivas temos associado um problema de subprodução, ou seja, inexistem incentivos para que os agentes privados, o mercado, produza esse bem ou serviço.
- ii) no caso das externalidades negativas, está associado um problema de sobreprodução, ou seja, os agentes produzem no mercado produto ou serviço a mais do aceitável.

As externalidades podem ser de produção quando associadas ao processo produtivo, mormente ganhos decorrentes de um *cluster* industrial ou os efeitos negativos provocados pela poluição gerada pela produção de determinados bens.

Mas também podem ser externalidades de consumo quando associadas aos comportamentos da procura, por exemplo os benefícios retirados pela utilização em rede (externalidades de rede) em que o facto de existirem mais utilizadores da rede aumenta o valor e utilidade do bem. Ou, em sentido oposto as externalidades negativas de consumo como o fenómeno do “fumador passivo”, em que não apenas se prejudica o consumidor de tabaco mas ainda quem esteja por perto.

As externalidades são falhas de eficiência porque há algo que está a impedir a maximização do bem-estar. Quando existem externalidades, há uma diferença entre aquilo que é o bem-estar social e aquilo que é um equilíbrio de mercado., ou seja, os agentes de mercado chegam a uma quantidade produzida de bens que não equivale à quantidade ótima em termos de bem-estar social. Há uma dissociação entre o ótimo social e o equilíbrio de mercado (o que o mercado gera).

No caso das externalidades negativas, a quantidade no mercado é superior à desejável socialmente, existe portanto um excedente. No caso de externalidades positivas, o problema é uma subprodução, ou seja a escassez de produto.

Aqui chegados, sabemos que o Estado pode querer concertar estes desequilíbrios. E pode fazê-lo com três vias de intervenção que podem até ser combináveis¹⁰⁰⁰:

- a) produção direta de bens, de serviços, de conteúdo informativo que esteja a ser subproduzido no mercado ou aquisição bens, serviços ou informação de privados;
- b) criação de incentivos ou desincentivos, v.g. por via fiscal, ou através do estabelecimento ou agravamento fiscal;
- c) imposição de padrões e condutas ao sector privado.

Estão disponíveis, para o combate às falhas de mercado, outros mecanismos de correção, tais como¹⁰⁰¹:

- a) controlo e regulação das quantidades produzidas (quotas, licenças, proibições);

⁹⁹⁹ Termo amplamente utilizado por Carlos Baptista Lobo exatamente por se tratar de situações exteriores ao mercado.

¹⁰⁰⁰ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 57 e ss.

¹⁰⁰¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 57 e ss.

- b) intervenções no preço do mercado, tais como lançamento de impostos e taxas, cauções ou subsídios;
- c) criação dum mercado através da definição de direitos de apropriação, quotas negociáveis, sistema de compensação de benefícios e sacrifícios particulares;
- d) aumento da informação disponível e apoio à ação coletiva e sua integração no processo de decisão (incremento de democraticidade).

Conforme veremos com maior cuidado, as externalidades foram alvo de apurados estudos para a sua internalização, sobretudo por via de dois autores que moldaram definitivamente as soluções públicas e soluções privatísticas de resolução das mesmas, a saber Arthur Cecil Pigou (1877-1959), economista britânico, discípulo de Alfred Marshall em Cambridge, que se notabilizou por estabelecer os fundamentos da Economia do Bem-Estar, e Ronald Coase (1910-2013), economista britânico que se destacou no estudo dos custos de transação, externalidades e direitos de propriedade.

Mas os insucessos ou fracassos do mercado não são os únicos fundamentos para uma intervenção do Estado no mercado¹⁰⁰². Valores de justiça podem levar a que o Estado seja instado a reagir e corrigir o resultado do mercado. Sendo que essa correção pode suceder ainda em fase de repartição ou distribuição primária.

4.1.3. O Bem-Estar

As soluções públicas e privatísticas relativas a correção de falhas de mercado nem sempre têm em vista outros intuitos que não uma eficiência paretiana. Mas já aqui referimos que o próprio conceito de eficiência, mormente à luz da análise económica do Direito, não se limita a uma mera eficiência económica.

A ciência económica teve desde a sua origem preocupações com o bem-estar. O próprio Adam Smith acreditava que o aumento das trocas individuais criaria maior riqueza e, em consequência, maior bem-estar.

Ao longo da história da ciência económica foram sendo adotadas várias formas de avaliação do bem-estar, sendo de relevar uma ótica substantiva, em que se valoriza o estado de satisfação do indivíduo – perspectiva hedonista – e uma ótica em que se relaciona o bem-estar com as preferências individuais.

As correntes que prevalecem no século XX sofrem a influência da teoria do equilíbrio geral de Léon Walras: o economista e matemático francês, desenvolveu em 1870 a ideia de equilíbrio geral em que tenta uma explicação do particular ao geral (*bottom-up*), começando com os mercados e agentes individuais, enquanto que a macroeconomia, segundo o expressado pelos economistas *keynesianos*, emprega uma visão do geral ao particular (*top-down*), onde a análise começa pelos componentes mais destacados.

A análise conjunta de várias economias que levam à explicação do comportamento da oferta, procura e formação dos preços que resulta num equilíbrio geral onde há maximização dos

¹⁰⁰² De relevar que o facto de existir uma falha não justifica, por si só, uma intervenção do Estado no mercado. A falha tem de assumir relevância socioeconómica suficiente que justifique a movimentação da máquina do Estado e consequentes custos associados.

excedentes dos consumidores e dos produtores, teve necessariamente de basear-se no pensamento marginalista.

Ora, Walras é, em conjunto com Jevons e Menger, um dos líderes da revolução marginalista, desenvolvendo os conceitos marginais (custo marginal, receita marginal, utilidade marginal). A ideia de utilidade marginal é significativa para compreendermos o ganho associado à troca.

Nestes termos, a revolução marginalista acaba por influenciar de sobremaneira a quantificação do Bem-estar, que culmina com o já nosso conhecido ótimo de Pareto¹⁰⁰³.

Walras definia que para se alcançar o equilíbrio perfeito ou geral no mercado se a relação do preço entre dois bens seja igual à relação com um terceiro, ou seja, o equilíbrio ocorre quando, na relação de troca, o valor de 1, pago em bens 2, será exatamente o mesmo que pago em bens 3.

Esta relação de equilíbrio está ligada ao valor de troca, sendo este o valor que determina os preços entre bens trocados no mercado. Este valor de troca é determinado pela utilidade e limitação da quantidade de bens, e isso reflete a raridade do bem. Quanto mais raro mais valioso em termos de valor de troca¹⁰⁰⁴.

O que os marginalistas acabam por desenvolver é uma formulação muito clara em relação à “quantificação” do bem-estar: se a utilidade representa o quanto um bem pode servir para satisfazer uma necessidade, então esta é a informação existente para avaliar o bem-estar individual e social.

Arthur Cecil Pigou, que desenvolveu o conceito de externalidade já antes falada por Marshall, considerava que existia uma discrepância entre o custo/ benefício individual e o custo/benefício social no caso da existência de factores exteriores ao mercado que provocavam prejuízos/benefícios não contabilizados.

E o modo de reparação no sentido de aumentar o bem-estar social, seria sancionar o custo individual com um imposto – aumento do custo, desincentivo à produção – ou subsidiar o benefício individual – incentivo à produção.

Pigou, que se debruçou sobre os temas de bem-estar social, sobretudo em desenvolvimento da teoria de Marshall, defendia que o objetivo da economia seria maximizar o valor real do benefício social, fazendo uma correlação direta entre bem-estar económico e bem-estar social.

A “nova” teoria do bem-estar¹⁰⁰⁵, surge com o desenvolvimento marginalista de Vilfredo Pareto, em que se consolida a utilidade como único padrão para avaliar do bem-estar numa economia, em detrimento de factores ligados à vida dos indivíduos.

Para os marginalistas, a maximização do bem-estar dos indivíduos deve distanciar-se de questões valorativas, morais e éticas, fixando-se na satisfação das necessidades, das preferências dos indivíduos sem que exista a comparação interpessoal. Apesar de manter o foco

¹⁰⁰³ Vilfredo Pareto foi discípulo de Walras, sendo ambos fundadores da Escola de Lausanne de Economia, conhecida pela aproximação aos conceitos matemáticos da ciência económica. Aliás, é também apelidada de “Escola Matemática”. Walras defendia a livre iniciativa como instrumento para alcançar a justiça social e justificava-a matematicamente, unindo as teorias de produção, troca, moeda e capital. Vilfredo Pareto seguiu-lhe os passos.

¹⁰⁰⁴ Aliás, esta é a resposta ao “paradoxo do valor” formulado por Adam Smith.

¹⁰⁰⁵ Como a caracterizava Samuelson.

no indivíduo, o bem-estar social seria construído atendendo à junção das utilidades individuais para se chegar ao bem-estar total¹⁰⁰⁶.

Já aqui reconhecemos que a visão de eficiência de Pareto foi fortemente crítica e desconstruída pela teoria da compensação de Kaldor-Hicks e isso necessariamente tem implicações no que concerne ao que se trata o bem-estar.

Claramente as maiores críticas fundam-se num facto que a ciência económica bem conhece: o homem não está nem vive isolado. Ora, a motivação meramente individual, exclusivamente fundada no egoísmo individual retira da equação a avaliação que os próprios indivíduos possam fazer da sociedade, do ambiente em que se inserem.

A ideia de bem-estar, associada ao princípio da justiça, como já tivemos oportunidade de referir no Capítulo 2, teve desenvolvimento relevantes sobretudo no que concerne à aceitação de que o processo de tomada de decisão individual não assenta somente no egoísmo individual.

Amartya Sen, por exemplo, considera que a ação dos agentes é determinada por vários factores, sendo que os valores, a cultura, o sentimento de compromisso, e objetivos de bem-estar estão presentes na tomada de decisão dos indivíduos.

As preferências individuais podem ser moldadas pela situação da vida das pessoas, pela cultura ou até mesmo pela coerção. E como cada pessoa tem situações diferentes a satisfação, a utilidade será diferenciada. Logo não é possível chegar a uma situação pareto-ótima.

Sen chega a argumentar que pessoas que vivem em condições de privação podem obter grande satisfação com pequenas modificações, ou seja, uma pequena alteração pode provocar uma utilidade de dimensão completamente diferente em cada indivíduo¹⁰⁰⁷.

Ora, as preferências dos indivíduos relativamente ao bem-estar, são ainda moldadas de acordo com uma espécie de graduação de objetivos sociais: será preferível que todos possam ter acesso a roupa, por exemplo, do que alguns se vistam de forma luxuosa, mais vale todos terem acesso a alimentos do que apenas alguns se possam alimentar apenas de caviar¹⁰⁰⁸.

As diferentes visões sobre o conceito de bem-estar e de justiça, acompanhado pela evolução do próprio conceito de eficiência tornou necessária a introdução de factores subjetivos na avaliação do bem-estar social.

Vejamos uma breve síntese, interessante sobretudo para uma síntese das ideias de bem-estar na dimensão económica e social.

¹⁰⁰⁶ No fundo a junção das utilidades totais individuais.

¹⁰⁰⁷ Esta visão distorce a visão paretiana relativamente à utilidade, uma vez que o valor da mesma pode tornar-se completamente discrepante consoante as condições do indivíduo. Recorde-se que a utilidade associa-se ao valor subjetivo do bem, valor esse que é indissociado da perspetiva subjetiva do indivíduo.

¹⁰⁰⁸ Base utilitarista de John Stuart Mill.

Utilitarismo	Senior/1830, Bentham/1974/Say/1983/Malthus/1996/Stuart Mill/1996	Limita o B.E na utilidade material e individual do ser humano relacionando a felicidade, sem considerar se a distribuição desta é justa ou injusta entre as pessoas. Não possibilitava comparações interpessoais de utilidade ¹	Chama atenção para o entendimento da satisfação de necessidades individuais, bem como para a relação entre escolha e utilidade
Ótimo de Pareto	Vilfredo Pareto/1996	Exclui questões distributivas, onde ocorrem conflitos de interesse ou de preferências. Não esclarece o ponto ótimo, nem como se dá a situação de “melhora ou piora”; não se preocupa com nenhuma forma de justiça social ²	Importante, para o debate sobre o equilíbrio entre a produção e distribuição de bens nas diferentes sociedades, porém complexa para o alcance do ótimo, pois é necessário atingir um ponto “ótimo” de equilíbrio
Teoria da Justiça	Jonh Rawls/1997	Visão centrada no individualismo e na “justiça como equidade”, tendo a justiça como instituição provedora do bem-estar ³	Desperta para a percepção da relação dos indivíduos entre si a respeito das questões que envolvem as causas da justiça
Bem-Estar Máximo	Bergson/1938	Balizado nas satisfações e escolhas individuais ⁴	Chama atenção para as diferenças nas escolhas tomadas em sociedade, bem como nos resultados entre decisões individuais e decisões coletivas
Critério da Compensação	Hicks e Kaldor /1939	A compensação social nem sempre é justa, e por vezes acaba por gerar ou agravar perdas sociais ⁵	Auxilia na avaliação de políticas jurídicas
Função do Bem-Estar Social/Bergson-Samuelson	Samuelson/1947	Centrado na utilidade e nas decisões individuais ⁶	Contribui para a percepção das preferências individuais, no entanto não estabelece comparações
Escolha Social	Arrow/1984	Centrada na agregação de interesses e satisfações individuais, Incompatível com princípios democráticos ⁷	Favorece reflexões sobre as decisões sociais, principalmente sobre a questão dos indivíduos terem preferências diferentes quanto ao uso dos recursos disponíveis
Enfoque de Capacidades	Amartya Sen/1982	Centrada em uma visão individualista, não esclarece diferenças entre liberdades “desejáveis e indesejáveis” ⁸	Permite reflexões entre as diferenças sociais e as liberdades individuais, valoriza as questões subjetivas como fundamentais ao bem-estar
Qualidade de Vida	OMS, autores diversos	Utilização do termo como sendo sinônimo de saúde ⁹	Contribui para uma reflexão holística da vida

Fonte: Revista Perspectivas Contemporâneas, v. 15, n. 2, p. 93-116, mai./ago. 2020

<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/perspectivascontemporaneas>

Perante as novas exigências de bem-estar, facilmente se torna claro que nem sempre o mercado consegue produzir resultados que sejam condicentes com os padrões económico-sociais de bem-estar. Mesmo que um mercado funcione em concorrência perfeita, o resultado decorrente do mesmo é apenas uma garantia de funcionamento em eficiência paretiana. Nenhum padrão de bem-estar além da maximização das utilidades estará preenchido.

Nenhuma preocupação distributiva decorre do funcionamento do mercado em concorrência perfeita. As preocupações sobre a distribuição de riqueza ficam para critérios sociais, políticos e são esses que justificam, muitas vezes, as intervenções do Estado.

Repare-se que neste ponto temos um problema de base económico-social. O resultado do funcionamento do mercado não é suportável para os princípios de justiça social, de bem-estar que coexistam na sociedade.

E face a um resultado inconveniente e inoportuno socialmente, o Estado intervém, não para equilibrar economicamente o mercado mas para o tornar socialmente suportável. Neste particular, o Estado pode intervir em dois momentos e com mecanismos diferenciados.

Por um lado pode intervir ainda na repartição ou distribuição primária. Recordemos que a repartição é uma distribuição primária de rendimento que se efetua no mercado e decorre da remuneração dos factores de produção. O factor terra (natureza) é gerador do rendimento renda, tal qual o capital gera juros e o trabalho o salário.

E esta distribuição primária depende exclusivamente do mercado: o salário é fixado consoante a oferta e procura para o factor trabalho.

Sucede que o Estado pode, desde logo, incutir padrões que afetam a distribuição primária, padrões esses que podem ser justificados com valores de bem-estar e justiça, nomeadamente a fixação dum salário mínimo que naturalmente influencia a formação dos preços no mercado de trabalho.

No caso da distribuição secundária ou redistribuição, aqui já há uma intervenção posterior de retificação de resultados. E aqui entram em cena mecanismos de correção de resultados económicos com base numa prossecução duma ideia de justiça.

Os mecanismos utilizados são geralmente coercivos, mormente impostos, benefícios fiscais, subsidiação, auxílios de Estado ou simples transferências monetárias.

Com o avanço dos ideais socialistas no século XX e a ideia de prossecução dum estado social, as intervenções do Estado dão-se nos dois níveis de distribuição.

No conceito de distribuição primária ou repartição, inclui-se na distribuição factores como herança, capacidades naturais, educação ou a própria estrutura do mercado. Ora, nesta primeira fase, dá-se conta que existem, atendendo a estes factores, discrepâncias entre indivíduos que, pela pura vivência, criam entre si diferentes modos de riqueza e de potencial manutenção ou acréscimo da mesma.

A redistribuição já é uma segunda fase e portanto é uma distribuição secundária, que implica a correção da repartição inicialmente realizada e que pode ser efetuada por via de diversos instrumentos.

O Estado pode intervir logo ao nível da distribuição primária, condicionando-a ou limitando-a. Já no que concerne à redistribuição, o Estado introduz correções por via de transferências de rendimentos entre sectores ou grupos sociais, utilizando, sobretudo, dois mecanismos: 1) impostos; 2) despesa pública.

No que concerne aos impostos, estes são um dos meios de efetivar a redistribuição quando incidem desigualmente sobre os rendimentos, seja em razão da origem desses rendimentos ou do seu montante.

No tocante às despesas públicas, por um lado existe a subsidiação, ou seja a redistribuição efetuada em espécie com a atribuição aos beneficiários de bens e serviços subsidiados. Por outro lado existem as simples transferências monetárias.

De relevar que, para a teoria económica, o que realmente importa na redistribuição é saber qual a influência da mesma na eficiência da afetação dos recursos, ou seja, a sua influência nos preços, na divisão do rendimento nacional, no trabalho, e no capital. Não há aqui grandes preocupações com uma justiça distributiva, onde o que realmente interessa é a distribuição entre indivíduos ou famílias.

A economia não vai, então, responder cabalmente a uma justiça social que pertence ao domínio da ética social. Existe hoje a defesa de que a redistribuição faz parte dum contrato social estabelecido entre cidadãos que vivem na mesma comunidade. O que a ciência económica faz é analisar as consequências da redistribuição, partindo dum princípio de imparcialidade.

A figura do Estado enquanto entidade promotora dessa redistribuição é acolhida em contraposição com a defesa liberalista de que o indivíduo sabe melhor o que fazer sozinho do que tendo uma autoridade externa a coordená-lo. Mas este indivíduo, que sozinho tenta otimizar a sua riqueza pode cair no Leviathan: a incessante e egoística procura da riqueza que gera necessariamente uma luta fratricida, tendencialmente solitária e desenraizada da vivência civilizacional.

Ora, nas sociedades modernas existe, pelo menos, o consenso de que ninguém deve morrer à fome e de frio, bem como não deve ser negado a ninguém tratamento médico ou educação. E essa assistência deve chegar mesmo àqueles que são preguiçosos ou imprevidentes.

Não se vive, portanto, na redoma individual. Tanto mais assim é que, mesmo tomando como exemplo o mais elementar núcleo da sociedade, que é a família, o egoísmo não prevalece em relação ao bem-estar da família e a tendência é a entreatajuda, como duma equipa se tratasse.

A economia de bem-estar, desenvolvida pelos utilitaristas, a ideia é que a utilidade de determinado bem vai decrescendo à medida que aumenta a quantidade desse bem na esfera do indivíduo. E isso justificaria a transferência de determinados montantes dos mais ricos para os mais pobres, porque aos ricos essa transferência não causaria uma desutilidade significativa mas aos pobres causa uma utilidade muito significativa.

Contudo, esta teoria da utilidade pode e deve ser mitigada com dois factores: a) desincentivo ao trabalho, b) desincentivo à poupança. Ou seja, a igualdade total não pode nem deve existir.

Curiosamente esta é uma das constatações apontadas, com certo tom crítico, às atuais teorias sobre a equidade e distribuição de rendimento, cujo expoente mais visível se encontra na obra do autor francês Thomas Piketty. O que só demonstra o quanto a teoria do bem-estar tem vindo a evoluir.

Esta evolução marca a necessidade que impele o Estado de corrigir, quer ainda na repartição mas ainda em sede de redistribuição, os resultados decorrentes do funcionamento do mercado, alterando-lhe as regras, impondo limitações nos preços, nas condições do mercado, acesso ao mesmo ou subsidiando os que têm menos rendimento e taxando os que são mais beneficiados no jogo do mercado.

Ora, o Estado vê-se impelido a agir na economia para concretização de objetivos que transvazam a mera economia, tentando alcançar um bem-estar social que é um misto entre eficiência económica, justiça social e conceito de bem-estar decorrente dos padrões contemporâneos.

4.2. Soluções Públicas: O Modelo Pigouviano

Identificado o problema económico de base que conduz a uma necessidade de correção, as soluções para essa correção são amplas. Podemos ter o Estado a decidir sobre as soluções a empregar ou os agentes a intentarem ações negociais.

Mas mesmo uma solução privada de resolução duma deficiência do mercado pode ser instituída pelo Estado, sendo disso exemplo a autorregulação profissional, em que é dado pelo Estado o poder necessário às instituições profissionais para a regulação dessa profissão.

Por outro lado, o tipo de intervenção do Estado pode ser muito diferenciado também. Podemos estar perante soluções públicas regulatórias, de intervenção direta ou soluções tributárias.

Independentemente da fundamentação, o maior agente corretivo é o Estado. Raramente o próprio mercado consegue, sozinho, criar condições para a resolução totalmente privatística.

Vamos agora explorar as soluções públicas de resolução de falhas de mercado, mormente por via do mecanismo tributário.

O mecanismo tributário é, sem dúvida, o que mais atenção damos até porque existem motivos de eficiência na utilização deste tipo de intervenção. É uma intervenção muito utilizada porque é rápida e com efeitos ao sabor do género de tributação que é adotada, nomeadamente periódica ou de obrigação única.

Também tem a vantagem de o poder tributário ser somente dependente do Estado¹⁰⁰⁹, pelo que basta a decisão e lançamento do tributo, bem como traz ganhos de coercibilidade decorrente do poder de autoridade do Estado.

As soluções públicas de correção de falhas de mercado são usuais pela sua eficácia. E são utilizadas em vários tipos de fracasso que o mercado apresente. Contudo, a solução tributária aparece muito relacionada com o estudo e resolução das externalidades.

As externalidades são causadoras de falhas de mercado¹⁰¹⁰. Sucede que a presença de externalidades apenas se torna um problema porque as mesmas não estão a ser tratadas no mercado. Não existe mercado da oferta e procura para essas externalidades¹⁰¹¹.

Ao observarmos as características das externalidades podemos ainda depreender que a externalidade envolve necessariamente dois lados: o causador e a vítima.

A externalidade, já o dissemos várias vezes, são efeitos positivos ou negativos decorrentes da ação de determinado agente que se projetam na esfera de outrem sem que esse terceiro seja compensado pelos prejuízos ou tenha de indemnizar pelos benefícios que usufrui.

Para Fernando Araújo¹⁰¹², há que encarar as externalidades como uma relação bilateral: o poluidor não externaliza verdadeiramente até que alguém esteja suficientemente próximo para sofrer a consequência da poluição. Aliás, apenas desta forma conseguiremos encontrar soluções negociais de internalização¹⁰¹³.

Se tivermos em conta esta bilateralidade começa a desenhar-se a possibilidade de formação dum mercado que seja constituído para a internalização das externalidades e que de forma eficiente torne possível essa resolução. E este é primeiro passo para a alternativa a soluções públicas ou dirigistas.

Afirmamos vezes sem conta que as externalidades provocam uma falha de mercado mas devemos explorar agora qual a ineficiência que é causada e as soluções para a sua resolução.

Nos critérios clássicos de maximização de bem-estar, sabemos que temos como padrão o mercado em funcionamento em concorrência perfeita e o máximo de bem-estar será a combinação do máximo de excedente do consumidor e do produtor.

Se existirem externalidades negativas de produção, o que sucede é que o custo para os produtores é menor do que o custo que essa produção acarreta para toda a sociedade. Com isto queremos dizer que outros, que não os produtores, terão de suportar parte dos custos de

¹⁰⁰⁹ O lançamento de tributos está dependente da ação do Governo e/ou Parlamento

¹⁰¹⁰ Nunca é demais referir, com clareza, que a externalidade é que provoca uma falha de mercado. O problema existe porque não há um mercado para esta externalidade, onde a oferta e a procura possam determinar qual o seu nível ótimo.

¹⁰¹¹ Cfr. Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 543 e ss.

¹⁰¹² Cfr. Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 543 e ss.

¹⁰¹³ Como adiante veremos, as soluções privatísticas de resolução de externalidades, assentes no teorema de Coase, somente são viáveis se tivermos em conta esta relação bilateral, onde existe um causador/ externalizador e uma vítima/ beneficiário e que, em negociação, chegam a um acordo de compensação.

produção sem terem participado no processo produtivo ou dele lucrem. Neste caso temos um custo social mais elevado do que o custo privado e por isso desequilibrado. Esse diferencial entre custo privado e custo social é a externalidade negativa.

Portanto, o desequilíbrio provocado pela externalidade é retirar excedente decorrente das trocas, descentralizando o preço equilíbrio.

A externalidade negativa de produção provoca um custo individual baixo e um custo social alto, pelo que provoca um desequilíbrio na disposição de vender. Logo desequilibra os excedentes do produtor e consumidor. A existência duma externalidade negativa de produção causa, portanto, uma discrepância insustentável entre o ótimo social, representado pelo custo marginal social e o custo marginal privado.

Repare-se que a correção dessa discrepância dar-se-ia caso fosse possível adicionar ao custo privado a externalidade, fazendo com que o custo privado aumentasse, provocando uma retração da oferta e um aumento de preço no praticado.

Inexistindo soluções de mercado para assim o fazer, o que pode então ser feito para corrigir esta discrepância.

Ora, Arthur Cecil Pigou, foi um dos primeiros autores a estudar profundamente esta realidade, tentando entender sobretudo o mecanismo decorrente das externalidades. De facto, o que Pigou considerou ser evidente é que perante uma externalidade existia uma discrepância entre custo/ benefício individual e custo/ benefício social.

A ideia de custo/ benefício social associa-se ao desenvolvimento da teoria do bem-estar. E, de facto, haveria que entender como aproximar o equilíbrio de mercado – aquilo que o mercado gera – ao ótimo social – o bem-estar social que se considera aceitável.

No caso das externalidades negativas de produção, o que se passa é que o mercado está a desenvolver produção a mais do que o socialmente desejável, ou seja, há um desequilíbrio de sobreprodução. Neste caso, o custo social é igual ao custo privado mais a externalidade negativa, tornando-se, por isso muito elevado. O ótimo marginal social estaria algures no meio.

O exemplo típico de Pigou para trabalhar a ideia de externalidade é dada com o exemplo dum comboio que, ao passar em determinada linha de caminho de ferro, lança uma fagulha num campo de cereais provocando um incêndio. É uma evidência que, neste caso, o proprietário do campo teria um prejuízo, provocado por terceiros, sem que tivesse hipótese de ser ressarcido pelos meios de mercado.

O caso da poluição é paradigmático. Uma unidade fabril que desenvolva a sua atividade provocando poluição atmosférica, provoca um desconforto na comunidade que esteja em seu redor, sem que essa comunidade seja ressarcida pelos meios de mercado.

O que sucede é o seguinte: sendo o padrão ideal um mercado em concorrência perfeita, existiria um preço e quantidade ótimo nesse mercado, onde o custo privado equivale ao custo social e o benefício privado equivale ao benefício social. Com a introdução duma externalidade negativa de produção – v.g. poluição – o que sucede é que há um custo “adicional”. O custo social passa a ser maior que o custo individual pois decorre da adição entre custo individual acrescido deste custo “adicional” que equivale à externalidade.

O desequilíbrio no mercado, no caso das externalidades negativas de produção, dá-se exatamente neste particular em que o comportamento do agente provoca um custo social além

do desejado e desvirtua a equivalência entre custo social e individual que deve existir no mercado de concorrência perfeita.

No que concerne às externalidades negativas de consumo, a situação é muito semelhante, sendo que é o consumo de determinado indivíduo que provoca a externalidade, o prejuízo para outrem. O caso do fumador que provoca, com a sua ação, desconforto aos que o rodeiam, mormente por via de fumo passivo.

Ora, sobretudo no caso das externalidades negativas, Pigou propunha uma correção dessa discrepância por via duma intervenção do Estado.

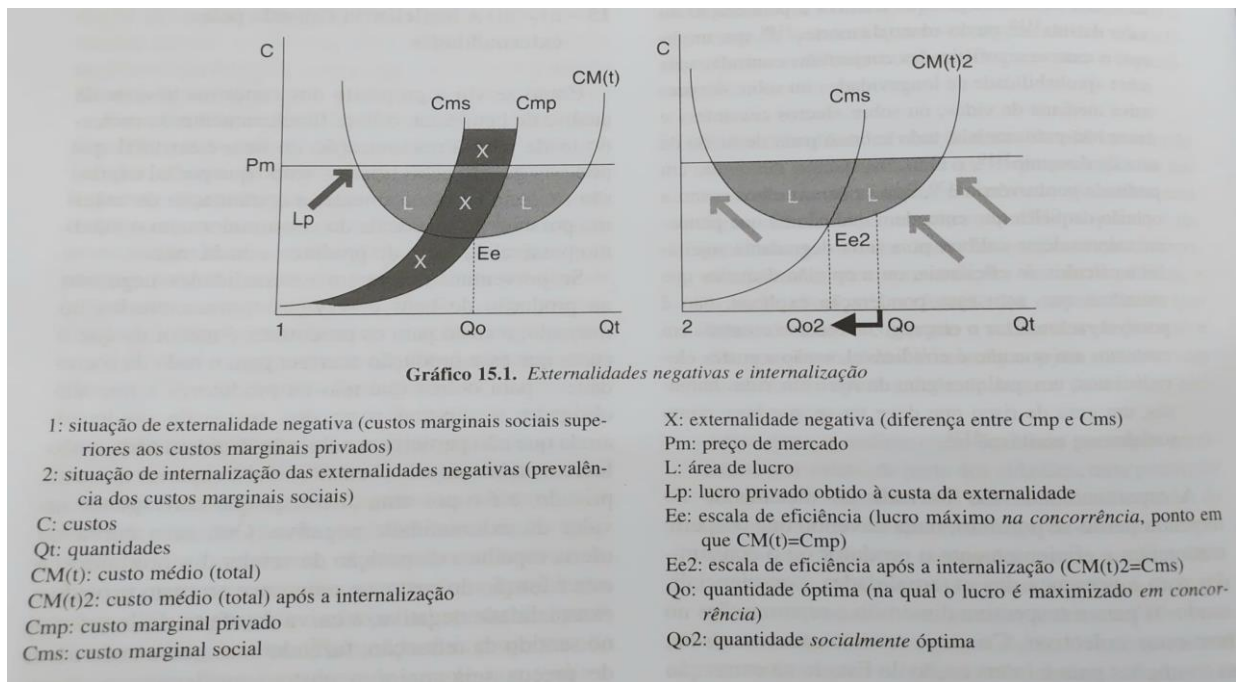
Na obra *“The Economics of Welfare”*, datada de 1920, Arthur Cecil Pigou define critérios de uma política económica tendente a conseguir, para o conjunto dos membros de uma nação, a melhor situação possível. E para tal deveriam ser potenciados os benefícios decorrentes dum mercado a funcionar de forma o mais aproximado da concorrência perfeita. Esta teoria não impedia intervenções do Estado tendentes a igualar os rendimentos. Antes pelo contrário, as intervenções do Estado na Economia eram vistas por Pigou como meios eficientes de correção de falhas.

Contudo, Pigou considerava ainda ser necessário vigiar os beneficiários destes rendimentos, visto que as pessoas poderão ser incitadas a trabalhar menos, o que levaria a uma diminuição do rendimento nacional e, portanto, do bem-estar geral. Tal qual os desincentivos deveriam ser calibrados para que não desequilibrassem a predisposição de produzir e de consumo, salvo situações em que se pretendesse, de facto, banir determinado comportamento por existir maior benefício social nessa atitude.

Centremo-nos ainda nas externalidades negativas. Sabemos que a correção das mesmas, seja ela qual for, deve centrar-se numa atuação sobre os custos, de forma a aproximar os custos social e individual, de forma a conduzir estes custos para a situação ótima de equilíbrio¹⁰¹⁴. Essa correção leva à internalização da externalidade, um colocar dentro do mercado o “custo adicional”, o custo da externalidade negativa.

Muito sucintamente e de forma gráfica, há que atuar sobre o custo marginal privado:

¹⁰¹⁴ O padrão conseguido em mercado em concorrência perfeita, no cruzamento das curvas da oferta e da procura, representado pela cruz marshalliana.



Fonte: Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 548

Se falhar alguma solução sucedânea do mercado pode ser o Estado a forçar uma internalização.

A solução mais usual será o Estado intervir na externalidade negativa refletindo nos custos privados o montante dos custos sociais até ao ótimo social, ou seja, refletindo no custo privado o valor da externalidade.

A proposta pigouviana é no sentido dessa internalização se efetuar por via de impostos sobre o produtor, no montante correspondente à externalidade, de modo que o produtor desloque a sua curva da oferta até que a mesma coincida com o ótimo social.

Repare-se que esta internalização não passa dum incentivo à consideração dos custos sociais, ou seja, é uma sinalização no mercado relativamente a determinado comportamento: O produtor de poluição sabe que até pode poluir mas tem uma consequência sancionatória que o pode desincentivar dessa atitude.

Ora, esta internalização visa coincidir o equilíbrio social e o equilíbrio individual, alinhando assim a eficiência.

Consumada a internalização o resultado que se pretende é corrigir a sobreprodução, trazendo para o mercado uma produção com níveis sustentáveis.

Também nas externalidades negativas de consumo se podem aplicar as soluções pigouvianas de intervenção do Estado com a imposição dum imposto sobre o consumo a cargo do consumidor, geralmente com um reflexo direto no preço de venda ao público.

O exemplo paradigmático são os impostos especiais sobre o consumo, dos produtos do "pecado", tais como tabaco ou álcool. Estes impostos especiais alteram substancialmente o preço final de venda ao consumidor, desincentivando o consumo dos mesmos.

As considerações que aqui referimos relativamente às externalidades negativas encontra ainda uma simetria para as externalidades positivas, sendo que no caso das externalidades positivas o problema fundamental é uma subprodução.

Assim, o que se vai pretender é incentivar a produção para que a mesma expanda até a mesma coincidir com os custos sociais, sendo estes, no caso de externalidade positiva, menores do que os custos privados¹⁰¹⁵.

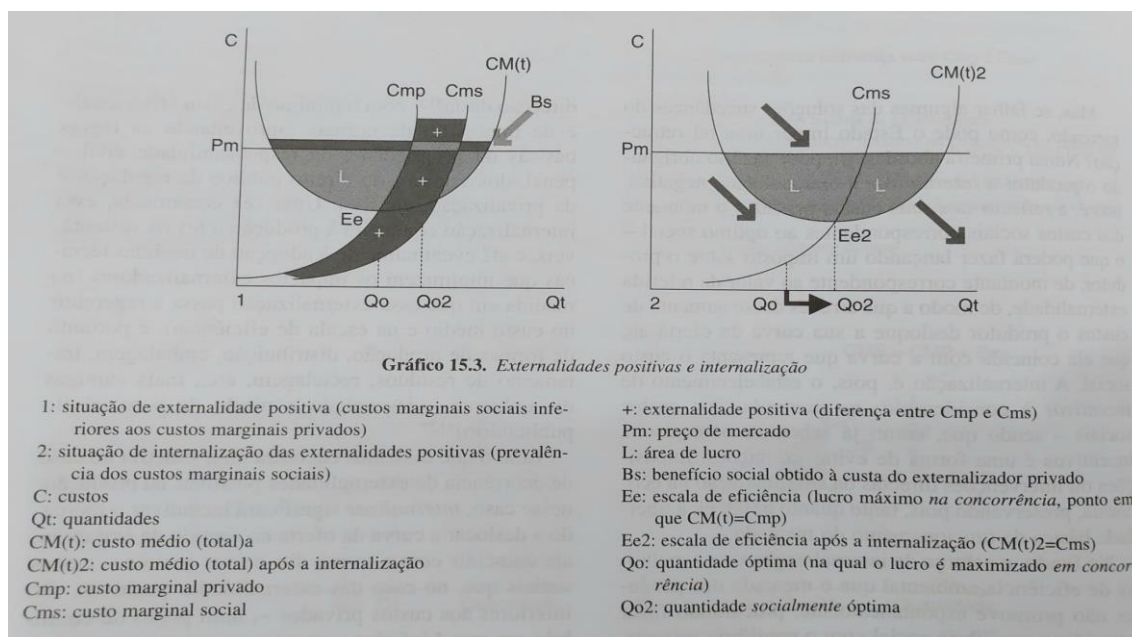
Ou seja, vai pretender-se uma expansão da curva da oferta, para que o preço equilíbrio seja inferior e a quantidade no mercado superior relativamente ao que sucedia no ponto equilíbrio espontâneo do mercado.

Ora, esta internalização de externalidades positivas de produção pode ser concretizada por via de subsídio às atividades geradoras deste benefício, sendo que pode o Estado, em caso de bens públicos, assumir a produção diretamente¹⁰¹⁶.

Aliás, uma forma direta de internalização é por via de direitos de apropriação fortes que permitam ao produtor recuperar grande parte ou a totalidade dos benefícios provocados.

Nas externalidades positivas de consumo como, por exemplo, a vacinação, a mesma pode ser incentivada de forma que aumente o consumo da mesma.

Assim, no caso da externalidade positiva, temos o seguinte panorama no mercado e como deve a mesma ser internalizada:



Fonte: Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 550

Na perspetiva de Pigou, a eliminação das distorções geradas pelas externalidades compete ao Estado. Este é o agente que está em melhor posição para fazer a correção da falha de mercado

¹⁰¹⁵ Cfr. Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 549 e ss.

¹⁰¹⁶ Já aqui referimos amiúde o caso da ausência de mercado para a produção de determinados bens que têm procura mas que os privados não têm incentivo para produzir.

de forma mais eficiente uma vez que detém poderes de autoridade para impor comportamentos aos agentes.

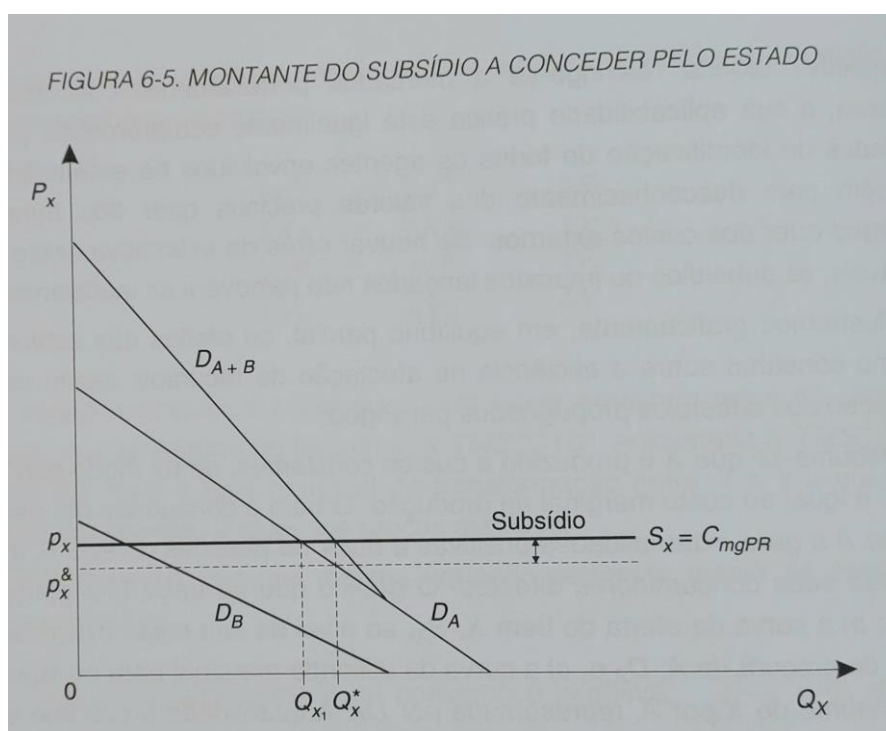
Assim, na perspectiva de Pigou, caberá ao Estado encontrar as melhores soluções para eliminar a ineficiência provocada pela externalidade, ora lançando impostos no caso de externalidade negativa ou atribuição de subsídios quando a externalidade é positiva.

Tal teoria apenas se aplica atendendo ao padrão de mercado em concorrência perfeita. E um dos maiores problemas é efetivamente como encontrar o valor do imposto ou subsídio que seja equivalente ao “custo adicional” da externalidade em situação de concorrência imperfeita¹⁰¹⁷.

Tal qual é ainda uma dificuldade identificar todos os envolvidos na externalidade.

Estes dois factores podem levar ao erro na estimativa sobre os subsídios ou impostos a serem lançados para a correção de ineficiências.

No caso de externalidades positivas vejamos como a aplicação de subsídio pode ser analisada¹⁰¹⁸: “Assuma-se que X é produzido a custos constantes, de tal modo que o seu preço é igual ao custo marginal de produção. O Bem é consumido por pessoas do tipo A e gera externalidades positivas a favor de pessoas tipo B, as que não são seus consumidores diretos. O gráfico que se traça a seguir representa: a) a curva da oferta do bem X , S_x , ao nível do seu custo marginal; b) a curva da procura de A, D_A , e; c) a curva de utilidade marginal para os sujeitos B do consumo de X por A, representado por Db ”.



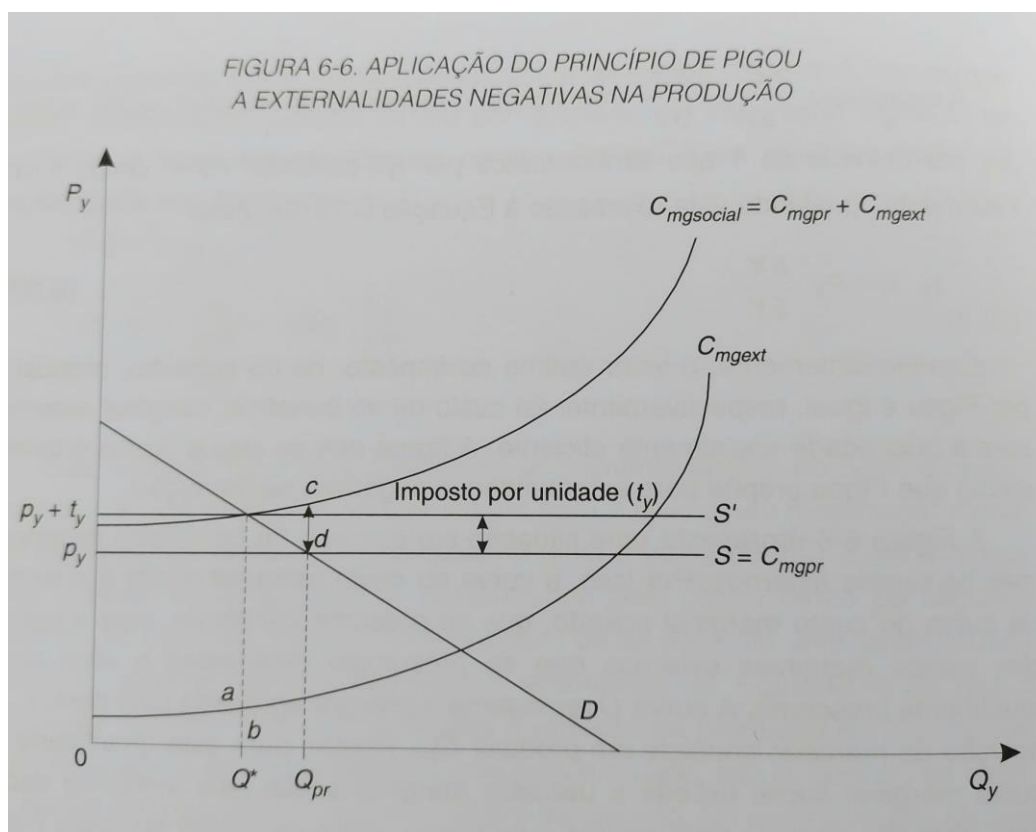
¹⁰¹⁷ Iremos retomar este assunto adiante sobre a fundamentação e limitação dos tributos com finalidades extrafiscais. Isto porque, adiantamos já, se um tributo é criado com o intuito económico de correção de externalidade negativa o mesmo deve limitar-se ao valor do “custo adicional” equivalente ao valor da externalidade. Caso ultrapasse o valor será um tributo eventualmente inválido e caso não atinja o objetivo será ineficiente.

¹⁰¹⁸ Exemplo retirado de Abel Costa Fernandes, “Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 157 e ss.

No caso das externalidades negativas, na perspectiva pigouviana, o imposto será correspondente ao custo marginal externo para a quantidade socialmente eficiente.

Utilizando novamente um exemplo de Abel Costa Fernandes¹⁰¹⁹, analisa-se agora uma situação em que há custos externos:

“(...) a curva do custo marginal social é a soma da curva do custo marginal privado, que se presume constante, com a curva dos custos marginais externos que se presumem crescentes a uma taxa igualmente crescente. A curva D representa a procura agregada pelo bem Y. A solução de mercado de mercado consiste em produzir Q_{pr} . Porém, para esta quantidade o custo marginal social excede a utilidade marginal social pelo montante dado pela distância vertical, para aquela quantidade, entre as curvas do custo marginal social e da procura, correspondente ao segmento cd. A quantidade socialmente ótima, por definição aquela onde o custo marginal social é igual à utilidade marginal social, acontece para Q^* ; O Estado corrige esta situação lançando um imposto unitário de valor igual ao custo marginal externo para o nível de produção Q^* , retratado pelo segmento ab, e que é T, deslocando em consequência a curva da oferta para cima, e por esse valor, para S' . Para o novo preço de equilíbrio determinado pelo imposto, $p_y + t_y$, a procura é exactamente igual ao ótimo social”



Do ponto de vista económico, a resolução do problema das externalidades negativas não passa pela eliminação pura e simples da atividade que as gera mas apenas pelo controlo do que será

¹⁰¹⁹ Abel Costa Fernandes, “Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 161 e ss.

socialmente eficiente. Encerrar uma atividade só acontece quando a não produção é a solução socialmente ótima.

Mas o imposto ou tributo nem sempre é o mecanismo correto a utilizar em mercados que já estão, por si só, desequilibrados. No caso de mercados em concorrência imperfeita, os mesmos já são ineficientes por si só, pelo que o lançamento dum imposto pode apenas perverter ainda mais os resultados do mesmo.

Vejamos o caso do monopólio. O preço de mercado no monopólio já se encontra acima do custo marginal, pelo que o lançamento dum imposto apenas iria aumentar o custo privado levando à redução de quantidades no mercado¹⁰²⁰.

Neste caso, claramente o resultado não favoreceria o ótimo social, porque mesmo num monopólio, a quantidade socialmente ótima estará na interseção da curva da procura e a curva dos custos marginais, ou seja, onde o preço iguala os custos marginal de produção.

Sucede que no caso de monopólio, existindo um agente que detém o poder de influenciar o preço e quantidade, esse agente tenderá a maximizar o seu lucro – como a microeconomia nos ensina – de forma que o preço se encontre acima desse custo marginal de produção. Logo um tributo sobre o produtor apenas distorceria ainda mais o preço.

4.2.1. A tributação em especial

A solução de Pigou para as externalidades passam, portanto, pela necessária intervenção do Estado pela via de subsidiação ou lançamento de tributos.

Cabe, por isso, fazer uma breve análise dos tributos, sendo que o faremos numa perspetiva de análise atendendo ao cenário do sistema fiscal português.

Os tributos são as receitas coativas do Estado que não tenham fins sancionatórios¹⁰²¹.

Depois duma certa confusão da terminologia entre fiscalidade e tributação¹⁰²², tanto a Constituição da República de 1976 – abrindo definitivamente a porta às categorias tributárias além dos impostos - mas sobretudo a Lei Geral Tributária de 1998, consagrou definitivamente o termo tributo. Mas a Lei não trouxe consigo uma conceptualização.

Conforme bem refere Ana Paula Dourado¹⁰²³ “*Nem a Constituição da República Portuguesa (CRP) nem a legislação ordinária relevante (caso a LGT) dão uma definição de tributo. Mas através dos preceitos constitucionais e legais relacionados com os tributos, poderemos averiguar se a definição acima referida é válida no nosso ordenamento jurídico-constitucional*”.

¹⁰²⁰ Cfr. Abel Costa Fernandes, “Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 174 e ss.

¹⁰²¹ Cfr. Sanches, J.L. Saldanha, “Manual de Direito Fiscal”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2002.

¹⁰²² Cfr. Soares Martinez refere abundantemente no seu “Direito Fiscal”, esta imprecisão terminológica que foi sendo utilizada.

¹⁰²³ Cfr. Dourado, Ana Paula, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016.

Com esta menção, Ana Paula Dourado referia-se a um conceito de tributo em que *“costumam ser definidos como as receitas criadas pelo Estado e outras entidades públicas para a satisfação de necessidades públicas e sem função sancionatória”*.¹⁰²⁴

Escalpelizando um pouco este conceito, podemos desde já relevar os elementos que são essenciais à caracterização dum tributo:

- i) São receitas, sendo por isso associadas a prestações pecuniárias e, como veremos, coativas;
- ii) São criadas pelo Estado ou entidades públicas dotadas de poderes tributários;
- iii) Visam a satisfação de necessidades públicas, ou seja, a arrecadação de receita. Como veremos, a arrecadação de receita estará sempre subjacente à figura do tributo, podendo assumir um maior ou menor relevo consoante a finalidade do tributo;
- iv) Não têm função sancionatória. Conforme nos ensina Saldanha Sanches, *“Com uma natureza jurídica inteiramente distinta, orientadas por outros objetivos, temos as coimas ou outras sanções pecuniárias. Estas sanções constituem também receitas do Estado, estão igualmente sujeitas a reserva de lei, mas a sua existência encontra-se pré-ordenada à obtenção de objetivos puramente dissuasórios e não ao da obtenção de receitas”*.

Em jeito de conclusão, deixamos aqui uma passagem dos escritos de António Sousa Franco¹⁰²⁵ que, julgamos ser uma súmula valiosa ao que aqui foi dito: *“Os tributos serão todas as receitas públicas com os seguintes caracteres: a) – serem coativas ou obrigatórias, isto é resultarem de uma imposição obrigatória do Estado às entidades sujeitas à sua autoridade, e não a um contrato ou outro comportamento livre destas; b) – terem como função o financiamento dos encargos públicos pela participação dos cidadãos e outras entidades ou instituições sujeitos ao poder do Estado na criação de receitas, e não a punição de actos considerados ilícitos”*.

Atendendo à conceptualização acima mencionada, facilmente se verificará que as figuras tributárias podem vestir diversas roupagens – encapotadas ou não – não se cingindo à figura do imposto¹⁰²⁶.

Se por um lado a Constituição da República Portuguesa atribui uma relevância mais significativa ao imposto, sobretudo porque faz assentar nesta figura o peso de receita primordial para satisfação das necessidades financeiras mas também por ser uma figura mais abrangente –

¹⁰²⁴ Cfr. Dourado, Ana Paula, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016.

¹⁰²⁵ Cfr. Franco, António de Sousa, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, Almedina, 1998

¹⁰²⁶ Importa referir que há muito que doutrina e jurisprudência concordam que inexistente uma classificação estanque dos tributos, tendo a redação da CRP pós revisão constitucional de 1997 introduzido um *tertium genus* de tributos que pode agregar um sem número de figuras tributárias. Como adiante veremos, a própria LGT acolheu esta “abrangência” de figuras no seu artigo 3º n.º 2. Acrescente-se ainda que o *nomen juris* atribuído pelo legislador à figura tributária não limita nem influencia a verdadeira natureza do tributo em causa. Aliás, o próprio artigo 11º da LGT veio legitimar interpretações em que predomina a substância da norma *versus* a forma que a mesma reveste. A este propósito, veja-se o Acórdão n.º 297/2018 do Tribunal Constitucional: *“Conforme tem entendido também o Tribunal Constitucional, a caracterização de um tributo há-de resultar do regime jurídico concreto que se encontre legalmente definido, tornando-se irrelevante o nomen juris atribuído pelo legislador ou a qualificação expressa do tributo como constituindo uma contrapartida de uma prestação provocada ou utilizada pelo sujeito passivo (cf., neste sentido, entre outros, os Acórdãos n.ºs 365/2008, 80/2014 e 539/2015)”*.

prestação pecuniária coativa e unilateral, exigida por entidade pública - certo é que abre caminho à existência de mais figuras tributárias.

Compreensivelmente, a Constituição preocupou-se com os princípios daquela que é a base do seu sistema fiscal e tributário, fazendo até uma certa dissecação dos princípios que considera mais importantes relativamente a características, formalidades e finalidades dos impostos.

Contudo, no seu artigo 165º n.º 1 alínea i), a Constituição traz à colação pelo menos mais duas figuras tributárias, a saber as taxas e as contribuições financeiras.

Ora, esta tripartição de tributos não é nova e resultou dum longo percurso efetuado pela doutrina. Aliás, ainda no século XIX, a doutrina alemã isolou as categorias de taxas, das contribuições e dos impostos¹⁰²⁷ numa tentativa de ordenar as figuras tributárias que foram surgindo no Antigo Regime.

Entre nós durante o Estado Novo emerge a figura da parafiscalidade¹⁰²⁸, sobretudo com intuitos de proteção mas também de fomento do mercado interno.

Após a entrada na CEE e com a implementação do mercado único, as preocupações da parafiscalidade neste âmbito prenderam-se sobretudo com a regulação da livre concorrência.

Ora, esta tendência foi acompanhada sobretudo pela doutrina, tendo a jurisprudência sido menos assertiva na busca de clarificação da caracterização, classificação e regime destas figuras tributárias emergentes¹⁰²⁹.

Não nos referimos apenas às contribuições financeiras que, por serem figuras introduzidas na constituição em 1997, ainda não atingiram uma “maturidade legislativa” e por isso são alvo de múltiplas variantes. As próprias taxas sofreram, ao longo do tempo, variações determinantes para que houvesse inclusive a necessidade de, finalmente, se implementar um regime geral mesmo que sectorial – Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

Neste âmbito, a Lei Geral Tributária, em 1998, embora não trazendo um verdadeiro conceito de tributo, apresentou uma tentativa de classificação no artigo 3º. Assim, passa a assumir-se que os tributos podem ser fiscais e parafiscais, contemplando-se motivações extrafiscais no âmbito da figura do tributo, para além da tradicional arrecadação de receita.

Assume-se ainda que os tributos podem ser estaduais, regionais e locais, fazendo jus ao disposto na Constituição, mormente artigos 227º n.º 1 alínea i) e 238º n.º 4.

¹⁰²⁷ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 179 e ss.

¹⁰²⁸ Aqui utilizada na conceção ensinada por Ana Paula Dourado, ou seja, tributação criada por entidades públicas de base não territorial e cujas receitas escapam ao princípio da unidade orçamental.

¹⁰²⁹ Podemos por exemplo referir a questão do regime legal das contribuições financeiras em que apenas em 2015 o Tribunal Constitucional efetua uma verdadeira análise do regime da reserva de lei relativa à criação desse tipo de figura tributária. Vide Acórdão n.º 539/2015. Até esta decisão, o Tribunal Constitucional vinha apenas considerando que inexistia inconstitucionalidade orgânica quando os regimes das contribuições se encontravam regulados por decreto-lei autorizado, parecendo até sugerir que assim deveria ser face à ausência de regime geral das contribuições financeiras (Cfr. Acórdão 365/2008).

Vem ainda a Lei Geral Tributária, no seu artigo 3º n.º 2, incluir na figura dos tributos, os impostos – nomeadamente aduaneiros e especiais – bem como outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas¹⁰³⁰.

Ora, neste particular, o n.º 2 do artigo 3º da LGT traz o seguinte:

1. Divisão dos tributos em três grandes categorias, a saber, impostos, taxas e contribuições financeiras;
2. Estas categorias não são estanques, devendo até, a bem da verdade, não serem designadas de categorias mas antes de tipos de tributos. A divisão em três grandes grupos de tributos apenas transparece a necessidade de efetuar uma compartimentação do universo vasto destas figuras. Mas não esgota as espécies tributárias;
3. Reforço do princípio da legalidade, mantendo a necessidade de ser por via da lei que a figura tributária nasce.

De relevar ainda que, logo no artigo 4º n.º 3 se percebe que as contribuições financeiras se podem subdividir, pois a Lei Geral Tributária trata de contemplar um regime particular para as contribuições especiais, reconduzindo-as à figura dos impostos.

Conforme já temos vindo a frisar, as receitas tributárias têm como dever fundamental assegurar que todos os cidadãos participam, na sua medida, na cobertura dos encargos públicos ou custos associados à prossecução do interesse público¹⁰³¹.

Como forma de participação dos cidadãos na cobertura das necessidades públicas temos as receitas públicas coativas designadas pelo conceito genérico de “tributo”¹⁰³² que já aqui referimos.

Contudo, os tributos, para além da sua característica de serem obrigatórios por decorrerem de ato de autoridade, têm uma função essencialmente financeira mas que não exclui finalidades extrafinanceiras desde que adequadamente legitimadas pela Lei.

Esta obrigação da participação do cidadão na receita pública não pode ser aleatória, devendo ter por base o princípio da capacidade contributiva e o princípio do benefício.

De referir que o Estado não pode chamar os cidadãos a contribuir sem esquecer o princípio da justa repartição dos encargos públicos que decorre do próprio princípio da igualdade¹⁰³³. Uma justa repartição implica também que está vedado o excesso e releva o princípio da proteção da confiança não se logrando expectativas legítimas.

¹⁰³⁰ A redação do artigo 3º n.º 2 da LGT veio reiterar a ideia de que as figuras tributárias não são estanques, alargando o leque o conceito de tributo a “*espécies tributárias criadas por lei*”. Trouxe aqui alguma inovação face à própria constituição no que concerne à amplitude do conceito de tributo mas “autolimitou” esta ambição com o princípio da legalidade, o que é obviamente compreensível.

¹⁰³¹ Cfr. Franco, António de Sousa, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume II, Almedina, 1998, p. 58 e ss.

¹⁰³² Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006.

¹⁰³³ Entendendo-se aqui o Princípio da Igualdade em três vertentes: i) igualdade na criação e aplicação do Direito; ii) igualdade de oportunidades; iii) igualdade perante os encargos públicos.

Isto para dizer que, para além do princípio da legalidade, os tributos encontram-se fortemente condicionados pelo princípio da igualdade.

Desde já se releva que, na conceção da igualdade no plano tributário, a igualdade revela-se no plano horizontal pois todos devem estar sujeitos às imposições públicas. Mas no plano vertical, cada um deve pagar na medida das suas possibilidades. Neste último particular, quem estiver no limiar de sobrevivência pode até não pagar mas, em contraponto, quem tiver rendimentos avultados não pode ser alvo de confisco ou um fardo excessivo¹⁰³⁴.

Aqui coloca-se o problema do ótimo eficiente. Se por um lado a ausência de tributação não pode incentivar o ócio, também não se pode desincentivar o mérito de quem tem maiores rendimentos. Não é legítimo ao Estado tributar – e com isso causar uma desutilidade na esfera patrimonial privada - numa intensidade tal que supere as prestações públicas que fornece.

Façamos agora a análise de cada tipo de tributo.

4.2.1.1 Imposto

Já aqui referimos que é comum aos três tipos de tributos ora em análise o facto de serem prestações pecuniárias, coativas e que têm como finalidade principal ou acessória a recolha de fundos para financiamento de necessidades públicas.

Contudo, as diferenças são também bastantes. Aliás, grande parte das vezes a diferenciação dos tributos faz-se pela exclusão na integração em determinado tipo.

Atendendo a que posteriormente faremos uma análise pormenorizada dos tributos associados à regulação económica, faremos uma brevíssima passagem, por hora, pelos elementos essenciais de cada tributo.

Assim, nos impostos, há que definir os três elementos essenciais que a doutrina refere frequentemente¹⁰³⁵:

- i) Atendendo a um elemento objetivo, o imposto constitui uma prestação pecuniária, coativa e unilateral;
- ii) Como elemento subjetivo, surge a entidade pública que é quem exige o imposto;
- iii) O elemento finalístico do imposto prende-se com o propósito de angariação de receita e sem finalidades sancionatórias.

Ao caracterizarmos o imposto como uma prestação, quer dizer que o mesmo é objeto duma relação jurídica de natureza obrigacional, ficando o contribuinte adstrito a um comportamento previsto na lei e judicialmente exigível. É esta relação jurídica que está na base de todo o sistema tributário e que fundamenta a exigência da prestação pecuniária.

Sendo uma prestação pecuniária, quer isso dizer que a mesma terá de ser efetuada em dinheiro ou meio equivalente não podendo ser prestada em espécie.

¹⁰³⁴ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006.

¹⁰³⁵ Cfr. José Casalta Nabais, in “Direito Fiscal”, 7ª Edição, Almedina 2014 e Sérgio Vasques, in “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012.

A coatividade é uma característica que advém da concretização de um pressuposto legal e não, como anteriormente já se referiu, por encontro de vontade partes¹⁰³⁶.

Por fim, como último componente do elemento objetivo, o imposto é uma prestação unilateral, ou seja, requer um comportamento por parte do sujeito passivo e não da administração. Ou seja, o comportamento que despoleta o facto gerador de imposto está na esfera do sujeito passivo e a ela restrita.

Do ponto de vista do elemento subjetivo, os impostos são prestações devidas a entidades públicas e esta é uma característica que partilha com os restantes tributos. Contudo, neste particular, os impostos serão criados pelo Estado central devido às exigências legais contidas na Constituição e na Lei.

No que concerne ao elemento finalístico, o imposto tem o propósito de angariação de receita para cobertura dos custos associados às funções desempenhadas pelas entidades públicas.

Contudo, tal não quer dizer que o imposto não tenha também o intuito de cobertura de finalidades extrafiscais. Aliás, é cada vez mais comum encontrarmos impostos que, para além da finalidade de arrecadar receitas pretende corrigir ou regular falhas ou maus funcionamentos do mercado¹⁰³⁷.

Este elemento finalístico serve para reforçar a unilateralidade do imposto, uma vez que o imposto visa custear o financiamento geral das despesas públicas e por isso devem abranger a generalidade dos contribuintes. Este é um elemento diferenciador dos tributos bilaterais que visam o financiamento de despesas públicas determinadas e que devem ser suportadas pelos respetivos causadores ou beneficiários.

De referir que os impostos ficam sujeitos ao princípio orçamental da universalidade servindo para financiar todas as despesas orçamentais gerais. Mesmo no caso dos chamados impostos extrafiscais¹⁰³⁸, sendo-os verdadeiramente, as receitas cobradas pelos mesmos são afetas às despesas orçamentais gerais. Em caso de consignação orçamental destas receitas aos prejuízos causados pelos comportamentos que se pretendem evitar – ou seja, a finalidade extrafiscal concreta – então podemos não estar perante um imposto mas antes uma contribuição¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ Não estamos, neste particular, numa relação obrigacional privatística, pois uma das partes detém poderes de autoridade, reconhecidos e transmitidos por via legal. Nestes termos, basta que o indivíduo atue no sentido de ativar o facto gerador de imposto para que lhe seja imputada, por via legal, a responsabilidade da prestação.

¹⁰³⁷ No âmbito da doutrina alemã, foi com dificuldade que se entendeu esta vertente do tributo em querer intervir em questões extrafiscais. Contudo, veio a entender-se que o imposto não perde a sua natureza caso tenha associada à sua finalidade de angariação de receita a intervenção em questões extrafiscais. Veio, inclusivamente, a chegar-se a uma teoria de finalidade secundária invertida, em que se permite até que a angariação de receita passe a um segundo plano, sendo o imposto criado sobretudo com um fim extrafiscal. Cfr. Sérgio Vasques, in “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012. Entre nós, Casalta Nabais, por exemplo, defende que os tributos ambientais devem ser assegurados sobretudo por impostos, uma vez que a finalidade da defesa ambiental faz parte das funções do Estado – cabendo, por isso ao Estado financiar a sua política ambiental – mas também porque está em causa um direito e dever geral.

¹⁰³⁸ Cfr. Dourado, Ana Paula, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p.31 e ss.

¹⁰³⁹ A nosso ver, a consignação orçamental de determinada receita de certo tributo pode ser mais um dos elementos de análise sobre a natureza desse tributo. Repare-se que a consignação da receita a determinado fim é um dos factores que indiciam a finalidade extrafiscal associada à figura tributária, sendo também indiciadora da existência – ou não! – de certo sinalagma, mesmo que difuso. Contudo, não

Ora, os impostos estão sujeitos a princípios muito concretos, sendo de relevar os princípios constitucionais a eles especificamente dirigidos, mormente princípio da legalidade, da igualdade, da não retroatividade, entre outros¹⁰⁴⁰.

Os impostos são o tributo por excelência. Hoje existem várias classificações para os impostos que se prendem com as características que os mesmos vão assumindo. Sinteticamente, refiramos apenas algumas dessas categorias¹⁰⁴¹:

1. *Diretos e indiretos*, sendo que os impostos diretos incidem sobre a própria pessoa que suporta o encargo económico do imposto e onera o rendimento que se encontra na sua esfera. Como exemplo temos os impostos sobre o rendimento e sobre o património. No caso dos impostos indiretos, os mesmos incidem sobre pessoa diferente daquela que suporta o encargo económico do imposto, onerando, assim, riqueza que está na esfera de terceiro. Entre nós temos como exemplo os impostos sobre o consumo.
2. *Pessoais e reais*, sendo pessoais os impostos que ponderam a condição social do contribuinte, sobressaindo o elemento subjetivo na sua incidência. Os impostos reais não dão atenção ao elemento subjetivo mas antes ao elemento objetivo da sua incidência. Esta distinção serve sobretudo para assinalar a necessidade de atenção para o princípio da capacidade contributiva que o imposto não pode descurar.
3. Temos ainda os impostos *progressivos*, cuja taxa aumenta à medida que aumenta a matéria tributável, os impostos *regressivos* cuja taxa diminui à medida que a matéria tributável aumenta e os impostos *proporcionais* que assumem uma taxa uniforme, independentemente do valor da matéria tributável.
4. Existe ainda a distinção entre impostos *ad valorem*, que incidem sobre valores – tais como rendimento, consumo ou valor patrimonial – ou os impostos *específicos* que incidem sobre grandezas fiscais tais como quantidade, volume ou peso de determinados bens, cilindradas ou tipologias de bens.
5. Os impostos *periódicos* são aqueles cujo facto gerador se repete no tempo, gerando uma obrigação periódica de pagamento ao contribuinte. Como exemplo temos entre nós o IRC e IRS. Ou então temos impostos de *prestação única* cujo facto gerador surge isolado no tempo, gerando ao contribuinte a obrigação de pagamento uma única vez ou de carácter avulso. Como exemplo podemos indicar o IMT.

Somos a referir ainda que o sistema fiscal português assenta sobretudo em três impostos os quais devemos considerar atendendo ao objeto sobre que recaem.

Assim, temos impostos sobre o rendimento, que assentam sobre a tributação de rendimentos obtidos no território e, no caso das pessoas singulares, sobre o rendimento global dos residentes. No caso da tributação das pessoas singulares, podemos encontrar elementos redistributivos enquanto na tributação de pessoas coletivas deve ter-se em conta o rendimento real.

queremos com isto dizer que este critério será único ou determinante. Será sempre necessário, para análise da natureza do tributo um agregado de elementos que determinem efetivamente que figura tributária se trata. Aliás, esta posição é notória também na própria jurisprudência do Tribunal Constitucional (Cfr. Acórdãos 539/2015, 365/2008 entre outros).

¹⁰⁴⁰ E que serão escalpelizados no Capítulo 5, ponto 5.2.

¹⁰⁴¹ Cfr. Sérgio Vasques, in “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 188 e ss.

Temos ainda os impostos sobre o consumo que podem incidir sobre o consumo geral ou consumos específicos, geralmente com um mecanismo de cascata que permite uma neutralidade na cadeia da economia.

De referir, por fim, a tributação sobre o património, muito relacionados com causas de igualdade social e por isso associadas a uma certa oneração de manifestações de fortuna. Esta tributação pode ser estática ou dinâmica.

4.2.1.2. Taxa

A figura tributária das taxas tem vindo a crescer de importância. Por um lado, é um tributo cuja justificação se torna diretamente perceptível para o cidadão uma vez que o mesmo apenas a paga em virtude de algo em troca. A justificação é, por isso, muito mais clara do que a generalidade dos impostos cujo sinalagma é demasiado difuso.

Por outro lado, a receita das taxas fica diretamente consignada aos custos decorrentes da aplicação da mesma – seja serviços, utilização de bens ou licenciamentos – mas também são uma receita que não sofre transações entre entidades.

Ora, se inicialmente apenas se avaliavam sobretudo as taxas cobradas pelas autarquias locais – entidades públicas que classicamente detêm poderes tributários para a criação, liquidação e cobrança de taxas – hoje assistimos a outras entidades públicas que passaram a usar as taxas como mecanismo para assegurar os serviços que prestam ou para regular os mercados em que operam.

A taxa é também uma prestação pecuniária mas desta feita com carácter sinalagmático, devida a uma entidade pública como contraprestação de um serviço, utilização de bem de domínio público ou de remoção de um obstáculo jurídico. Esta noção é decalcada do que refere a Lei Geral Tributária¹⁰⁴².

A taxa pressupõe que o contribuinte pague por provocar a ação ou se aproveite de ação da máquina administrativa, sendo a medida da mesma, em termos genéricos, o custo dessa ação para da máquina administrativa para a entidade pública ou o benefício que o particular retira¹⁰⁴³.

Esta figura tributária pode assumir diversas formas, sendo a mais óbvia a que resulta de uma concreta relação com um serviço público¹⁰⁴⁴. Nestes casos, o facto de o contribuinte entrar em relação concreta com um serviço pode resultar num benefício direto ou imediato, sendo que tal não é uma decorrência direta. Pode ser uma utilização objetiva, por parte do contribuinte, de meios organizados do Estado e para os quais esta entidade incorre em custos.

No caso da utilização dum bem do domínio público, não está em causa um serviço mas antes uma utilização individualizada e da qual o indivíduo retira vantagem, que dá lugar ao pagamento duma taxa.

¹⁰⁴² Cfr. Artigo 4º n.º 2 da LGT.

¹⁰⁴³ Neste sentido também em Paula Braz Machado, *“A Microtributação nas Autarquias Locais”*, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

¹⁰⁴⁴ Carlos Baptista Lobo, *“Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”*, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006.

No caso da emissão de títulos habilitadores ou licenças, está geralmente em causa a regulação eficiente dum mercado¹⁰⁴⁵.

Para que se possa efetuar uma comparação séria entre as figuras, assumimos uma análise idêntica para as figuras tributárias. Assim, conforme indicámos na análise da figura dos impostos, apresentam-se as três componentes essenciais da taxa¹⁰⁴⁶¹⁰⁴⁷:

- a) A taxa constitui uma prestação pecuniária coativa, sendo este o seu elemento objetivo. Este elemento é comum às demais figuras tributárias. Neste ponto de vista objetivo, o que é elemento diferenciador é que esta prestação pecuniária advém duma prestação administrativa que o contribuinte foi causador e que pode ter sido por: i) utilização dum serviço público individualizável; ii) contrapartida pela utilização de um bem do domínio público. Neste caso existe um uso privativo dum bem do domínio público, retirando o particular um benefício específico e com isso exclui ou limita o aproveitamento do bem por parte doutrem; iii) contrapartida pela remoção de obstáculo jurídico à atividade do particular que são as usualmente chamadas taxas de licença.
- b) Em termos subjetivos, a taxa é exigida por entidade pública. Uma vez que se trata de tributos comutativos, facilmente se percebe este elemento, uma vez que são as entidades que detêm o “monopólio” dos bens públicos e serviços públicos. No que concerne às taxas, a interpretação de entidade pública enquanto organismo que cria, liquida e cobra o tributo pode ser mais abrangente. Enquanto nos impostos cabe ao Estado Central a criação, liquidação e cobrança do tributo, no caso das taxas as mesmas já podem ser criadas por outras entidades desde que exista autorização legal anterior.
- c) O elemento que faz efetivamente a maior diferença entre as taxas e demais tributos é o seu fim. As taxas são exigidas em contrapartida de prestações de que o sujeito passivo é o causador ou beneficiário. De referir que a taxa terá como fim efetivamente a cobertura de custos associados mas também serve fins extrafiscais. Aliás, as taxas são, cada vez mais, o tributo por excelência para efetuar essa intervenção no mercado, seja para correção ou incentivo a determinado comportamento. Essa é uma das razões pelas quais proliferaram os tipos de taxas existentes. Podemos encontrar *taxas moderadoras* destinadas a desmotivar o recurso a determinados serviços, nomeadamente os serviços públicos de saúde. Existem ainda *taxas reduzidas* que geralmente se dirigem aos cidadãos mais carenciados para evitar que fiquem privados de determinados serviços essenciais. Por outro lado, temos as *taxas agravadas* que são lançadas para evitar ou eliminar determinados comportamentos que são danosos para o bem comum. Resta atentar, relativamente a estes agravamentos ou desagravamentos se os mesmos são necessários, adequados e proporcionais à concretização dos objetivos extrafiscais.

As taxas podem ser confundidas com o preço. Contudo, o ponto de partida para a distinção entre as duas figuras, encontra-se na vontade das partes: o tributo é pago por decorrência da lei, ou seja, quando a ação preenche determinado tipo legal. O preço decorre duma ação livre, gerada

¹⁰⁴⁵ Sendo o exemplo mais esclarecedor o das licenças para construção de determinados edifícios em determinadas zonas que, geralmente, acarretam preocupações com o ordenamento do território, proteção da traça arquitetónica de zonas históricas, preocupações com saúde pública relacionadas com a utilização de saneamento público e distribuição de água e eletricidade, entre outras.

¹⁰⁴⁶ Cfr. Sérgio Vasques, in “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, 2012, p. 203 e ss.

¹⁰⁴⁷ Cfr. Paula Braz Machado, “*A Microtributação nas Autarquias Locais*”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

pelo acordo das partes. Para além desta característica, a prestação administrativa é indispensável para o particular, pelo que o mesmo é “coagido” ao seu consumo¹⁰⁴⁸.

Não se deixa porém de referir que esta confusão com o preço tem um fundamento. Isto porque há elementos da taxa que têm alguma conexão com o preço. É que a taxa não deve ultrapassar a cobertura do custo^{1049 1050}. Esta é, aliás, a única garantia do contribuinte e que lhe permite defesa contra abusos.

Aliás, Ana Paula Dourado chega a referir que o controlo constitucional da sinalagmaticidade implica que o tributo não ultrapasse a cobertura de custos, concluindo que em caso de excesso passamos a um imposto oculto.

Ora, esta tese é a assunção de que a proporcionalidade apenas pode ser aferida pela cobertura de custos. Contudo basta saber que custos estarão aqui incluídos quando se trata de taxas com finalidades extrafiscais.

Tradicionalmente a doutrina tem vindo a deter-se sobretudo na análise das diferenças entre a taxa e o imposto.

Soares Martinez¹⁰⁵¹ colocava alguma ênfase à divisibilidade ou indivisibilidade dos serviços públicos. Quando é possível essa utilidade divisível, ou seja, o particular pode retirar uma utilidade individualizável, então há que fazer uma cobertura financeira através do pagamento duma taxa. No caso do imposto, o mesmo seria cobrado por serviços que são impossíveis de avaliar em termos patrimoniais. Falamos da segurança, dos serviços diplomáticos ou da defesa nacional.

Contudo, tal elemento já não era considerado suficiente para Soares Martinez para efetuar a devida distinção entre as duas figuras. Descartando-se elementos que poderiam ser distintivos mas que não geram uma definição cabal, refere-se o vínculo sinalagmático como distintivo da taxa, uma vez que a mesma seria devida por motivos de realização duma utilidade individualizada.

A sinalagmaticidade tem vindo a ser considerada pela doutrina como o elemento diferenciador entre taxa e imposto, sendo que na taxa estamos perante uma contrapartida por uma prestação administrativa de que o sujeito passivo é causador ou beneficiário. Em contrapartida, pretende-se dizer que a taxa não está vocacionada para compensar prestações difusas que se reportem a toda uma comunidade.

Contudo, o conceito de sinalagma aplicado neste particular, sofreu diversas alterações, sendo que a doutrina há muito que defende que não existe um puro sinalagma económico mas antes jurídico.

Uma das questões mais difíceis de análise é a quantificação do dito sinalagma jurídico uma vez que este tem de integrar a estrutura do custo associado à quantificação da taxa. Quando essa quantificação é possível, certa e inteligível, a qualificação do tributo pode ser mais fácil uma

¹⁰⁴⁸ Cfr. Sérgio Vasques, in *“Manual de Direito Fiscal”*, Almedina, 2012, p. 208 e ss.

¹⁰⁴⁹ Cfr. Ana Paula Dourado *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016, p. 51 e ss.

¹⁰⁵⁰ Relativamente ao excesso do valor que ultrapassa a cobertura do custo, Ana Paula Dourado considera um imposto oculto. Tal situação é deveras curiosa pois geralmente a doutrina apenas se preocupa com a qualificação do tributo num todo, que pode alterar em caso extravase os limites da equivalência.

¹⁰⁵¹ Cfr. Soares Martinez, in *“Direito Fiscal”*, Almedina, 1998, p. 35 e ss.

vez que há correspondência financeira. Contudo, quando essa quantificação não se concretiza, será que se retira à prestação o seu carácter de taxa? à partida não¹⁰⁵².

Grande parte das vezes, existe uma concordância entre o pressuposto tributário formado pela prestação efetiva dos bens ou serviços e a respetiva finalidade que está na compensação do custo ou do valor dessas mesmas prestações. Contudo, a dificuldade encontra-se na quantificação desses custos quando os mesmos estão associados a fins extrafiscais que são maioritariamente abstratos¹⁰⁵³.

Quando a quantificação é excessiva, há que acautelar o seguinte: i) Estamos perante um tributo que mantém a sua natureza de taxa mas é ilegal por violação do princípio da equivalência; ii) a desconformidade é deveras relevante para que a natureza do tributo esteja em causa passando, geralmente a conectar-se com a figura do imposto¹⁰⁵⁴.

Cabe ainda referir que, no âmbito das taxas, a capacidade contributiva é deixada de lado, prevalecendo apenas um princípio de equivalência – corolário do Princípio da Igualdade – em que inexistente a preocupação com a capacidade do sujeito passivo suportar o tributo mas antes uma apreciação do custo da contraprestação individualizável e da qual o indivíduo retirou utilidade.

4.2.1.3. Contribuições

As contribuições surgem como o terceiro tipo de tributo identificado pela Constituição da República Portuguesa desde a revisão constitucional de 1997 que deu nova redação à alínea i) do n.º 1 do artigo 165º.

Efetivamente, como adiante veremos, em primeiro lugar há que efetuar uma primeira divisão entre contribuições especiais e as *“demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”*. Isto porque as contribuições ditas especiais – sobretudo as de segunda geração que foram criadas após grandes investimentos públicos – são estruturas fiscais verdadeiramente unilaterais e portanto reconduzidas ao regime dos impostos.

Tanto assim é que a própria Lei Geral Tributária teve necessidade de, por via do seu artigo 4º n.º 3, reconduzir expressamente este tipo de contribuições ao regime dos impostos.

Contudo, o *tertium genus* que aparece expressamente em 1997 em sede de revisão constitucional, não quis abarcar essas tais contribuições especiais mas antes um tributo de estrutura híbrida.

¹⁰⁵² Esta posição já havia sido também defendida em Paula Braz Machado, *“A Microtributação nas Autarquias Locais”*, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017

¹⁰⁵³ Sérgio Vasques detém-se neste tema fazendo uma análise da cobertura das *prestações presumidas*, sendo que defende que a prestação presumida apenas pode ser coberta pela taxa no caso de a mesma ser uma *presunção efetiva*, sob pena de resvalarmos para a figura do imposto. Cfr. Sérgio Vasques, in *“Manual de Direito Fiscal”*, Almedina, 2012, p. 2012 e ss.

¹⁰⁵⁴ Esta tem sido geralmente a tendência do Tribunal Constitucional. Contudo, há que referir que o Tribunal Constitucional tem-se imiscuído de avaliar em concreto a quantificação de taxas em concreto, pelo que não tem proporcionado quaisquer parâmetros que possam ser utilizados para a quantificação adequada.

Uma das razões para aparecer esta figura tributária é a existência e a transformação das “taxas” de regulação económica, que alcançaram alguma relevância por alturas do Estado Novo.

Ora, estas “taxas” de cariz regulatório não continham uma contraprestação individual e concreta pelo que o *nomen juris* não correspondia, de todo, à sua natureza. O teste da bilateralidade acusava uma espécie de “benefício grupal” pelo que o tributo não pode simplesmente ser remetido para a figura do imposto¹⁰⁵⁵.

Este tipo de figura tributária são as “verdadeiras” contribuições que, como adiante se verá, podem depois desdobrar-se em subtipos consoante as suas características.

A análise da figura das contribuições será efetuada atendendo uma estrutura idêntica à seguida em matéria de taxas.

A conceptualização das contribuições é mais difícil: por um lado as contribuições pretendem manter um mínimo de comutatividade ou uma *para-comutatividade*¹⁰⁵⁶. Por outro lado, nas contribuições desaparece o indivíduo tomado *per si*, passando a abranger um grupo de indivíduos cujo elo de ligação é precisamente o benefício/ prejuízo subjacente ao lançamento do tributo.

Tanto a Constituição da República Portuguesa como a Lei Geral Tributária referem a existência de contribuições financeiras a favor entidades públicas mas sem que deixem um conceito expresso.

Dispõe o n.º 3 do artigo 4º da LGT que “*As contribuições especiais que assentam na obtenção pelo sujeito passivo de benefícios ou aumentos de valor dos seus bens em resultado de obras públicas ou da criação ou ampliação de serviços públicos ou no especial desgaste de bens públicos ocasionados pelo exercício de uma atividade são consideradas impostos.*”

Nestes termos, parecem existir contribuições que são a favor de entidades públicas e contribuições que são cobradas pelo especial benefício ou prejuízo que determinado sujeito passivo ou grupo heterogéneo de sujeitos passivos beneficia ou provoca.

As contribuições são tributos com características dos impostos e das taxas e por isso considerados como figura híbrida ou num intermédio que dificulta a sua definição.

As contribuições constituem prestações pecuniárias e coativas – elemento objetivo – exigidas por uma entidade pública – Elemento subjetivo – em contrapartida de uma prestação administrativa presumivelmente provocada ou aplicável pelo sujeito passivo – Elemento finalístico¹⁰⁵⁷.

Distinguem-se das taxas porque não há uma imputação individual mas antes um grupo identificável de indivíduos potencialmente abrangidos – a dita equivalência na ótica grupal.

O que sucede é que as taxas são efetivamente comutativas e facilmente se identifica o indivíduo que beneficiou da utilidade divisível. Mas a comutatividade não desaparece completamente nas contribuições: o que sucede é que pode não ser perfeitamente identificável o indivíduo ou grupo

¹⁰⁵⁵ Cfr. Suzana Tavares da Silva, “*As Taxas e a coerência do sistema tributário*”, Coleção Estudos CEJUR, Coimbra Editora, 2013, p. 37 e ss.

¹⁰⁵⁶ Cfr. Sérgio Vasques, in “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, 2012, p. 221 e ss.

¹⁰⁵⁷ Cfr. Sérgio Vasques, in “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, 2012, p. 221 e ss.

de indivíduos que usufruíram de determinada utilidade divisível, funcionando-se no âmbito da presunção¹⁰⁵⁸.

Nas contribuições é possível presumir o benefício do grupo de indivíduos ou o prejuízo presumido que os mesmos provocam e que justifica a cobrança de tributo. Pode ainda ser identificável a utilidade que retiraram de determinada atividade administrativa que os tributos se destinam a financiar¹⁰⁵⁹.

Estes tributos estão vocacionados para a cobertura de despesas públicas mas também para abrangerem fins extrafiscais de compensação de externalidades negativas ou benefícios alheios.

Atendendo ao acima descrito, torna-se claro que a unilateralidade ou bilateralidade não é, também, uma característica fácil de detetar nas contribuições, sendo que a contribuição tem de manter uma bilateralidade mínima, sem a qual resvala para a unilateralidade característica do imposto.

O mesmo se passa com a capacidade contributiva. Não se pretende com a contribuição uma estrita equivalência de prestações mas também não se contempla uma preocupação com a capacidade do contribuinte em efetuar a prestação.

Mas mantendo as contribuições uma para-comutatividade, o princípio da equivalência acabará por prevalecer. As modernas contribuições, tendo uma finalidade de compensação de prestações de que o sujeito passivo é presumível causador ou beneficiário, não podem ser tratadas exatamente como os impostos em matéria do princípio da igualdade¹⁰⁶⁰.

Assim, aqui a equivalência deve ser ajustada ao registo da figura tributária, mantendo-se, desta feita um conceito de equivalência na ótica grupal.

Outra questão que se coloca é se as contribuições estarão ou não sujeitas à reserva de lei. Dada a aproximação com características de imposto e inexistindo qualquer regime geral que enquadre estes tributos, a reserva de lei parlamentar parece impor-se para que sejam garantidos os direitos dos contribuintes e preenchidos os pressupostos e princípios da Lei Fiscal¹⁰⁶¹.

Esta posição relativamente a uma reserva de lei aplicável às contribuições até que seja publicado um regime geral era uma posição defendida por grande parte da doutrina¹⁰⁶² mas que o Tribunal Constitucional veio, com a decisão do Acórdão n.º 539/2015, trazer nova argumentação quanto à necessidade de intervenção parlamentar à luz do disposto no artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP.

Mas quanto ao regime jurídico das contribuições adiante melhor nos deteremos sobre o mesmo.

¹⁰⁵⁸ Sérgio Vasques faz a referência de que quando existe uma presunção de prestação então estaremos provavelmente perante contribuições. O enquadramento tipológico pode diferir consoante o grau de “presumibilidade” da imputação da prestação a determinado indivíduo, passando a uma disseminação que já abranja a generalidade e portanto se passe ao imposto ou então a uma individualização tal que nos permita considerar como taxa.

¹⁰⁵⁹ Cfr. Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012.

¹⁰⁶⁰ Neste sentido Sérgio Vasques, in *“Manual de Direito Fiscal”*, Almedina, 2012, mas também Casalta Nabais que reconhece que a capacidade contributiva não se aplica às taxas e outros *tributos causais*, sendo-lhes aplicável o critério do benefício.

¹⁰⁶¹ Sobre esta questão em particular, vide Acórdão n.º 365/2008 e Acórdão n.º 361/2009, ambos do Tribunal Constitucional.

¹⁰⁶² Mormente Sérgio Vasques, Suzana Tavares da Silva, Casalta Nabais entre outros.

Detenhamo-nos agora nas características essenciais das contribuições e sua “arrumação” em termos de sistematização. O conceito já aqui referimos: Prestação pecuniária coativa exigida por entidade pública em contrapartida duma prestação administrativa presumivelmente provocada ou aplicável ao sujeito passivo ou grupo homogêneo a que pertença o sujeito passivo.

Sinteticamente, os elementos da mesma são:

- a) Objetivo: Prestação pecuniária coativa;
- b) Subjetivo: Exigida por entidade pública (de base não territorial);
- c) Finalístico: Contrapartida de uma prestação administrativa presumivelmente provocada ou aplicável ao sujeito passivo ou grupo homogêneo a que pertença (sinalagma difuso).

Ora, como é claro, percebe-se que esta figura é a de um tributo residual e por isso abará, tributos que não são unilaterais como os impostos, não terão intuitos de cobertura de receitas gerais, não serão bilaterais como as taxas e irão financiar entidades públicas de base não territorial com características de sinalagma difuso.

Atendendo a estas características, a doutrina tem vindo a defender três tipos de contribuições¹⁰⁶³:

- i) **Contribuições financeiras:** São tributos que visam o financiamento de novos serviços de interesse geral que ocasionam um benefício concreto imputável a destinatários diferenciados. Estamos perante serviços difusos mas que têm externalidades positivas, sendo disso exemplo a prevenção de riscos naturais;
- ii) **Contribuições parafiscais:** São figuras tributárias que visam o financiamento de novas entidades administrativas cuja atividade beneficia um grupo homogêneo de destinatários. Neste caso, temos como exemplo os tributos cobrados pelas entidades reguladoras que, muitas vezes foram apelidadas de taxas erroneamente;
- iii) **Contribuições extrafiscais:** Na origem da criação destes tributos encontra-se a finalidade de orientação de comportamentos, ou seja, motivações tipicamente extrafiscais. Ora, nestes casos, a linha que separa a definição de contribuição e não de imposto poderá estar na consignação orçamental, ou seja, quando a receita é efetivamente dirigida não a cobertura de despesas gerais mas antes à compensação dos prejuízos causados pela rigidez dos comportamentos que se pretendia orientar¹⁰⁶⁴.

Atendendo ao que acabámos de expor e de forma muito sintética, deixemos o seguinte quadro resumo¹⁰⁶⁵:

¹⁰⁶³ Cfr. Suzana Tavares da Silva, *“As Taxas e a coerência do sistema tributário”*, Coleção Estudos CEJUR, Coimbra Editora, 2013, p. 82 e ss.

¹⁰⁶⁴ Esta é a leitura, por exemplo, de Ana Paula Dourado. Isto porque há que encontrar critérios para a diferenciação desta figura sobretudo perante o imposto. Ora, o único reparo que aqui deixamos é relativamente aos “impostos consignados”, ou seja, também não pode confundir-se a contribuição extrafiscal com os impostos que, embora visem a obtenção de receita para a cobertura das despesas gerais do Estado, veem a receita ou parte da sua receita desviada para determinado fim. Temos o exemplo do IVA, que parte da sua receita está a ser canalizada para o financiamento da segurança social mas que não desvirtua em nada a sua natureza de imposto.

¹⁰⁶⁵ Quadro de nossa autoria.

Contribuições Especiais		“Demais Contribuições”		
Melhoria	Por maiores despesas	Contribuições Financeiras	Contribuições Parafiscais	Contribuições Extrafiscais
Recondução ao regime dos impostos (artigo 4º n.º 3 LGT)		Instrumentos de financiamento de novos serviços de interesse geral que ocasional um benefício concreto imputável a alguns destinatários diferenciados	Instrumentos de financiamento de novas entidades administrativas cuja atividade beneficia um grupo homogéneo de destinatários	Instrumento de orientação de comportamentos (Finalidades extrafiscais)
Com características idênticas a impostos (Unilateralidade e capacidade Contributiva)				

Relativamente ao regime jurídico destas figuras tributárias, a análise do mesmo não se afigura uma tarefa simples, uma vez que não existe propriamente um regime claro na Constituição ou na Lei geral Tributária e muitos menos existe um regime geral.

Aliás, no que concerne à possível existência dum regime geral aplicável às contribuições tal parece-nos uma tarefa hercúlea uma vez que já existem diversas variantes desta figura tributária, bem como a mutação das mesmas é constante.

Enquanto que no caso das taxas pelo menos foi possível, com ajuda de doutrina e jurisprudência, definir três variantes do tributo – contrapartida de serviço público, utilização de bem público ou remoção de obstáculo jurídico - mais ou menos estudadas e firmadas na legislação¹⁰⁶⁶, no caso das contribuições ainda não se firmou, quer na doutrina mas também a nível legislativo, uma maior definição dos elementos do tributo.

O que a Lei Geral Tributária faz é meramente separar as contribuições especiais das demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas, o que é manifestamente pouco para que se consiga efetuar uma abordagem a um regime jurídico.

Contudo, a figura das contribuições não é assim tão recente, pelo que já existem vários sectores em que podemos encontrar contribuições parafiscais, por exemplo e como a vertente parafiscal dos tributos tem vindo a aumentar também se encontram no nosso sistema jurídico-fiscal figuras tributárias associadas ao tipo das contribuições.

Relativamente às contribuições especiais, as mesmas tiveram duas grandes vagas, tendo maior interesse a segunda vaga destes tributos associadas a obras como a Expo, Ponto Vasco da Gama, CRIL e CREL. Ora, estas figuras tributárias têm vindo a ser consideradas como verdadeiros impostos independentemente do *nomen juris*.

Conforme dispõe o artigo 4º n.º 3 da LGT, as mesmas podem ser contribuições de melhoria e contribuições por maiores despesas

¹⁰⁶⁶ No caso, no artigo 4º n.º 2 da LGT

4.3. Soluções Privatísticas: Modelo Coaseano

A perspectiva pigouviana das externalidades e seu tratamento baseia-se sobretudo na ideia de causador e vítima: Alguém é o “mau” que provoca um prejuízo a outrem e não paga à “vítima” ou alguém é “bom” que provoca um benefício e os “vilões” aproveitam esse benefício sem ressarcimento.

Vingando esta perspectiva de Pigou, de que as externalidades são essencialmente unilaterais, não se torna simples uma resolução que envolva o mercado. Aliás, Pigou considera que as externalidades são exteriores ao mercado e por isso nunca perspectiva uma solução de mercado.

A questão não se prende tanto com a efetiva exterioridade das externalidades mas antes pela não conceção duma solução de mercado para as mesmas, um mercado independente.

A solução pigouviana é a de internalizar a externalidade, ou seja, obrigar a uma solução de integração dum “corpo estranho” ao mercado nele próprio. Essa obrigatoriedade apenas poderia ser imposta por quem detém poderes de autoridade para tal, por isso a necessária intervenção do Estado na resolução das externalidades na perspectiva de Pigou.

Em contraposição com esta perspectiva, Ronald Coase, economista inglês que acabou por ser laureado com o Prémio Nobel de 1991, defende uma perspectiva de bilateralidade das externalidades: o problema só existe porque existem duas partes e os custos de internalização das externalidades não é igual para ambas as partes.

E neste sentido há uma possibilidade de solução negociada. Claro está que essa negociação será mais simples no caso de serem poucos envolvidos e existir menor dispersão informativa. Contudo, mesmo que inexistam um mercado para as externalidades, existam muitos interessados com vários graus de externalização e danos, bem como uma dispersão informativa ampla, a negociação não deixa de ser possível torna-se, isso sim, mais onerosa.

Existem externalidades que são internalizadas por práticas sociais, quer por via de aprovação social ou repreensão¹⁰⁶⁷. Mas as externalidades que agregam um número de pessoas, com coesão de interesses e de informação, podem ser internalizadas por via contratual.

Essa solução contratual requer que sejam compatibilizados os interesses das partes, não se sacrificando totalmente os interesses das vítimas ou dos externalizadores. Isto porque, se houver uma compatibilização dos interesses na internalização das externalidades positivas ou negativas, o acordo das partes ou contrato tende a fixar condições de preço-quantidade próximas dum ótimo social¹⁰⁶⁸.

Esta solução coaseana transformou a perspectiva das externalidades e sua resolução porque focou a solução na eficiência económica atendendo aos custos.

¹⁰⁶⁷ Conforme refere Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 552, é socialmente aprovado que se deixe um legado duma biblioteca particular a uma Universidade ou colaborar em ações sociais de voluntariado, bem como é reprovado um conjunto de ações como falta de higiene, despejar desordenadamente lixo ou incomodar a vizinhança.

¹⁰⁶⁸ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 553.

Tomemos um exemplo duma única habitação que existe em redor dum aeroporto. Na perspetiva clássica pigouviana, o causador do transtorno, o que afeta o bem-estar é o aeroporto. A vítima é o morador da habitação, a única releve-se.

Na perspetiva pigouviana de unilateralidade, a atividade do aeroporto deveria cessar para que se reponha uma situação de satisfação da vítima. Ora, tal teria um custo associado que seria o encerramento do aeroporto ou a sua deslocação. Sendo que existem outras soluções, tais como insonorizar a habitação ou a “vítima” vender a habitação e deslocar-se.

É certo que estas soluções podem não passar pela eliminação da externalidade ou atividade externalizadora mas nem sempre isso é o “ótimo social”. Pretendemos mesmo terminar com o transporte aéreo em determinada região? Será essa solução socialmente eficiente?

A primeira questão que ressalta é a relação bilateral que permite envolver uma nova solução que não implique uma ação imperativa do Estado mas antes uma negociação privatística, criando-se uma “solução de mercado” internalizadora desta exterioridade.

Os privados resolvem, entre si e com um custo suportável por ambas as partes. Repare-se que são as “vítimas” que muitas vezes têm de resolver a sua problemática com menor custo associado.

Ronald Coase, que foi precursor da análise económica do Direito, transmitiu neste particular uma ideia base da AED: encontrar soluções jurídicas que possibilitem a maximização da eficiência.

A teoria coaseana retira da equação a intervenção dum terceiro para a resolução da externalidade, sendo, neste aspeto, diametralmente oposta à teoria pigouviana que chama um terceiro – o Estado. a resolver a externalidade. A coercibilidade é substituída pela negociação, uma solução não imposta e alcançada nos termos do mercado.

O que geralmente impede a solução espontânea ou negociada é a *onerosidade* dos procedimentos envolvidos¹⁰⁶⁹. Se não fosse a existência de “custos de transação”, as externalidades poderiam ser quase totalmente resolvidas com soluções de negociação.

Ronald Coase em 1960 desenvolve a ideia de custos de transação e formula uma série de pressupostos e conclusões que vieram, por “mão” de George Stigler a ser considerado um “teorema”. Ora, um teorema é, por definição, uma conclusão retirada a partir de determinados pressupostos. Se determinados pressupostos estiverem preenchidos então há uma aceção lógica para determinada conclusão.

Este “Teorema de Coase” surge a partir do artigo *“The Problem of Social Cost”*, publicado em 1960¹⁰⁷⁰ em que Coase parte da análise pigouviana, desmontando-a, para uma solução negocial entre as partes.

Contudo, esta solução negocial só é viável em caso de preenchimento de dois pressupostos cumulativos, a saber:

- a) Existência de Direitos de Propriedade claramente definidos; e
- b) Custos de transação inexistentes ou baixos.

¹⁰⁶⁹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 553

¹⁰⁷⁰ Cfr. Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, The Journal of Law and Economics, Volume III, October 1960, University of Chicago.

Se estes dois pressupostos existirem, então a solução alcançada pelas partes será por via negocial e, independentemente da alocação inicial de direitos, as partes conseguirão alcançar a solução mais eficiente.

Note-se desde já que o “teorema” apenas se refere à “*formação espontânea de um máximo de eficiência*”¹⁰⁷¹ e não necessariamente ao resultado mais justo. Ou seja, com a negociação chega-se a uma solução maximizadora do bem-estar geral e nada mais. Porque o processo negocial vai requerer cedências mútuas e acaba por prevalecer a posição da parte com maior disposição de pagar pelo direito da outra ou menor disposição de vender o seu direito.

Acresce ainda referir que inicialmente a formulação das premissas do teorema incluíam um mercado em concorrência perfeita: “*Na formulação canónica, assevera-se que com concorrência perfeita, direitos de apropriação bem definidos e sem custos de transação, os mercados são eficientes*”¹⁰⁷².

Numa segunda formulação, a eficiência dos mercados ocorreria com o preenchimento dos pressupostos de direitos de apropriação definidos e ausência de custos de transação. Esta é uma formulação, deveras, mais ambiciosa.

A segunda versão elimina o requisito de concorrência perfeita sugerindo que há uma alternância e redundância entre concorrência perfeita e baixos custos de transação, conseguindo-se alcançar os mesmos fins com qualquer um deles mesmo na ausência do outro.

Com esta reformulação coloca-se, por isso, mais ênfase nos “custos de transação”, ou seja, quase levando à ideia de que se existirem baixos custos de transação até mesmo o quadro jurídico relativo aos direitos de propriedade será irrelevante porque são “transacionáveis” sem que isso acarrete um custo demasiado elevado.

Contudo, o quadro de direitos de propriedade não é um mercado assim tão simples, sendo por natureza quezilento. As pessoas gastam tempo e esforço na atividade de apropriação depois de existirem prévios direitos já cristalizados.

Façamos aqui a análise de cada um dos pressupostos:

a) Existência de Direitos de Propriedade claramente definidos

Os Direitos de Propriedade para a análise económica do Direito não são bem a mesma coisa do que para o Direito de Propriedade Jurídico – o Direito Real máximo de deter a propriedade da coisa.

Para a AED, o Direito de propriedade é um conceito mais amplo, no sentido de capacidade de fruição dum determinado recurso, ou seja, em termos económicos o direito de propriedade será um direito a usufruir, a retirar vantagens, a partir do uso de determinado recurso.

Os direitos de propriedade em termos económicos têm vindo a ser desenvolvidos. Direitos que outrora não existiam, como o direito a usufruir de boa qualidade de ar ou direito ao bem-estar, não existiam passaram a ser desenvolvidos, criados e acolhidos pelas próprias ordens jurídicas.

¹⁰⁷¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 558

¹⁰⁷² Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 560

Um dos maiores estudiosos dos direitos de propriedade foi Douglass Cecil North que trabalhou a ideia de que a garantia e definição de direitos de propriedade reduzem substancialmente os custos de transação e, em consequência, existe um aumento do crescimento.

Na obra *“Institutions”*, de 1991, North frisa a importância da história e desenvolvimentos das instituições no desempenho económico das sociedades. E o problema da permanência de instituições é determinante para esse crescimento económico.

North acaba por reduzir a questão considerando que direitos de propriedade ineficientes reduzem o crescimento e a eficiência económica: *“Efficient organization entails the establishment of institutional arrangements and property rights that create an incentive to channel individual economic effort into activities that bring the private return close to the social rate of return.”*¹⁰⁷³

Assim, a eficiência exigiria direitos de propriedade bem definidos de forma a reduzir ao mínimo as externalidades.

De relevar que North já utiliza uma ideia de eficiência diferente do ótimo paretiano uma vez que assume que deve existir uma configuração de direitos que maximize o investimento privado, maximizando ainda a taxa de crescimento mesmo que essa configuração possa piorar a situação de algum indivíduo na sociedade.

A ligação que North faz entre os direitos de propriedade e os custos de transação é evidente quando constata que em sociedades com direitos de propriedade ineficientes os custos de transação aumentam tornando difícil garantir a exclusividade e respeito pelos ditos direitos.

Repare-se que em termos económicos, os privados apenas têm interesse em bens em que haja exclusividade e rivalidade de uso pois assim conseguem limitar o acesso e uso do bem, conseguindo uma comercialização ou exploração.

Inexistindo um direito de propriedade bem definido, eficiente, o bem nunca se torna exclusivo, bem como não há a definição de quem detém esse direito em caso de litigância ou desacordo.

Logo, numa sociedade com uma situação de indefinição de direitos, os custos de transação irão ser elevados diminuindo as taxas de crescimento económico. É aqui que, na visão de North, o Estado pode ter um papel determinante¹⁰⁷⁴.

A definição e garantia dum acervo de direitos garante que os ganhos obtidos pelas trocas sejam mais eficientes. Quanto mais eficientes as instituições, maior o incentivo ao crescimento.

Sabemos que este acervo de direitos considerados e definidos foi sendo alterado ao longo dos anos, com o desenvolvimento das sociedades modernas, incluindo o desenvolvimento da produção. Isto porque nalguns casos, a densa rede social até poderia reduzir os custos de transação mas de nada servia para os custos de produção que se mantinham altos.

¹⁰⁷³ Cfr. Douglass North e Robert Thomas, *“The Rise of the Western World: A New Economic History”*, Cambridge University Press, 1973, p. 19 a 24.

¹⁰⁷⁴ Curiosamente a intervenção do Estado, neste caso, seria para pré preenchimento duma premissa de resolução de externalidades. A intervenção do Estado será a montante, definindo regras e atribuindo direitos e deveres, de forma a estabelecer um quadro estável e claro de direitos de propriedade. Esse quadro pré-estabelecido, estável, permitirá o preenchimento do requisito primeiro do “teorema” conducente a uma solução negociável.

Hoje, no mundo moderno, os custos de transação são, de facto, elevados, uma vez que a estrutura interpessoal esbate-se cada vez mais. Aqui o Estado tem uma preponderância essencial, criando instituições económicas bem definidas em sociedades que se baseiam em trocas impessoais e complexas.

Somente uma estrutura institucional que seja compatível com a crescente complexidade das interações económicas é que pode garantir uma maior eficiência e crescimento económico.

Mais. North fala-nos do “*path dependence*”, ou seja, de como a definição das instituições hoje irão condicionar as instituições do futuro, uma vez que as instituições novas encontram uma série de custos associados ao quadro institucional anterior e que têm de resolver.

Outra dificuldade nesta intervenção do Estado é a plena consciência de que a definição dum quadro de direitos pode não ser apenas direccionada à eficiência uma vez que existem *falhas de governação*.

Em plena era da difusão da “*public choice*”, é inevitável perceber que uma intervenção do Estado, numa matéria tão relevante como a definição de direitos de propriedade pode ser influenciada pela barganha política. E o Estado detém o monopólio da definição e garantia dos direitos de propriedade, pelo que é inultrapassável no processo.

Contudo, North considera que mesmo existindo essa troca política, a mesma pode levar ao crescimento económico caso exista um clima de liberdade económica, política e social¹⁰⁷⁵.¹⁰⁷⁶

Ora, mesmo existindo uma diferenciação entre aquilo que são direitos de propriedade em termos jurídicos e em termos económicos, o certo é que o caminho institucional é de facto relevante para a definição do enquadramento, limites e *entitlement* deste direito.

O Direito define a propriedade como um direito real, um poder direto e imediato sobre uma coisa que, geralmente, abrange os direitos de posse, uso, fruição e alienação - ainda que possam pertencer a pessoas diferentes - conforme estabelecido nos ditames legais. O Direito atua para garantir maior segurança ao pleno exercício do direito de propriedade.

Na Economia, os direitos de propriedade tendem a estar relacionados com as expectativas de proveito dum ativo. Neste caso, o que realmente importa é a convicção dos agentes no que podem fazer e controlar.

A ordem jurídica pode contribuir para a obtenção de resultados mais eficientes para o desenvolvimento económico. Mas também para o compatibilizar com direitos, mormente a preservação ambiental.

É neste contexto que será essencial referir Calabresi e Melamed, que, no seu trabalho conjunto “*Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*”, de 1972, lançam as bases para uma estrutura de análise que serviria para integrar vários aspetos legais relacionados e que tradicionalmente eram analisados separadamente. Nomeadamente o direito de propriedade e a responsabilidade civil podem ser tratados em conjunto.

¹⁰⁷⁵ Tais como, liberdade de expressão política e religiosa, garantias contra prisão sem julgamento, direito à fiança, proteção contra restrições de uso, de obtenção de rendimento ou alienação de propriedade.

¹⁰⁷⁶ De referir que North concluiu ainda que a Democracia tende a aumentar exponencialmente o número de transações existindo ainda mais amplas liberdades, pelo que se requer uma maior acuidade na estipulação dos direitos de propriedade, ou seja, uma determinação cada vez mais precisa.

Ora, partindo do princípio que numa disputa o Direito – em sentido mais amplo o Estado – escolhe quem é detentor do direito, então deve também o Estado estabelecer o tipo de proteção que é concedida. Partindo desse pressuposto, os autores Calabresi e Melamed identificam três tipos de direitos (de propriedade): i) os protegidos por *property rules* ou regras de propriedade; ii) os protegidos por *liability rules* ou regras de responsabilidade; iii) os direitos inalienáveis (*inalienability*).

O direito protegido por uma regra de propriedade só pode ser retirado do seu titular através duma transação voluntária, sendo o valor negociado entre vendedor e comprador. Ou seja, perante uma regra de propriedade, a realocação do direito apenas é possível por via de transação no mercado com as regras do mesmo.

Repare-se que nestes casos a intervenção do Estado é mínima, apenas se dá *a priori* na definição da regra de propriedade, sem intervir sequer na determinação do seu valor¹⁰⁷⁷. E, nestes termos, os custos de transação são diminutos porque há apenas a negociação das partes com os seus direitos bem definidos.

A regra da responsabilidade (*liability rule*), estabelece que a parte desprovida do direito pode tomá-lo da parte a quem o direito foi atribuído, por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro fixada pelo juiz ou por outro funcionário do governo. Não raramente, essa forma de proteção de direitos resulta no estabelecimento de uma indenização pela violação do direito do titular.

Aqui a intervenção do Estado já é maior uma vez que os direitos têm de ser definidos e criado um mecanismo de compensação do lesado, arbitrada por entidade externa, mormente juiz ou administração pública. Por isso mesmo os custos de transação aqui já se fazem notar de forma mais veemente.

Resta ainda os direitos inalienáveis. Reconhece-se um direito inalienável quando a sua transferência não é permitida mesmo que existam compradores e vendedores dispostos a negociá-lo.

Neste caso, o Estado intervém proibindo a venda do direito em algumas ou todas as circunstâncias. Assim, as regras de inalienabilidade podem ser vistas como limitadoras ou regulamentações da concessão do próprio direito¹⁰⁷⁸.

Tal forma de proteção de direito é um reconhecimento da falta de racionalidade individual temporária ou permanente para decidir acerca de certas situações ou titularidades.

O direito à liberdade, por exemplo, é um direito inalienável. Ainda que existam vendedores e compradores para tal direito no mercado, o Estado considera que os custos sociais e morais dessa transação superam, significativamente, os possíveis benefícios individuais dos agentes e inviabiliza tal negociação por meio da inalienabilidade.

Esta diferenciação faria sentido para perceber da necessidade de definição dos direitos de propriedade e os custos de transação associados.

¹⁰⁷⁷ O valor do direito é definido nos termos da transação em mercado, atendendo às disposições dos agentes (disposição de vender e disposição de comprar).

¹⁰⁷⁸ Cfr. Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral", Harvard Law Review Volume 85, n.º 6, 1972, p. 1089-1128.

Isto porque, para o “Teorema de Coase” funcionar, não apenas é necessário o preenchimento da premissa de direitos de propriedade bem definidos mas ainda baixos ou inexistentes custos de transação.

b) Custos de transação baixos ou inexistentes

Os custos de transação são todos aqueles em que se incorre na troca de utilidades e na afetação de comutativa de recursos, quando se busca uma contraparte, se negocia com ela, se preveem e supervisionam as contingências, etc.¹⁰⁷⁹. Sendo que estes custos de transação podem incluir busca de oportunidades de troca, os custos associados à determinação do preço e os custos de identificação de interessados.

Os custos de transação estão ainda associados aos custos de negociação e de definição de direitos quando os mesmos não se encontrem previamente definidos. Incluem custos de elaboração e cumprimento de contratos, processos de decisão coletiva e o tempo – custos de oportunidade – dedicado à prossecução de interesses.

A ideia de custos de transação é indissociável de Ronald Coase e seus estudos sobre a empresa. Este autor introduz a ideia de que os custos da troca não são apenas os custos monetários, não se esgotam no preço que se paga por determinado bem ou serviço.

Há um conjunto de custos quer antes da troca ocorrer como posteriores à troca que podem condicionar a própria concretização da troca ou os seus termos.

Os custos de transação *ex ante*, são, por exemplo, custos associados à formalização da troca. O caso típico é a compra de um imóvel. Para adquirir uma habitação temos de visitar outras, recolher informação sobre alternativas, perceber da idoneidade do vendedor e qual o preço¹⁰⁸⁰.

É necessário conhecer as opções existentes para que consigamos perceber qual o imóvel disponível para venda que corresponde às nossas necessidades, se está totalmente legalidade, etc..

Estamos perante custos indiretos – custos de oportunidade, como o tempo disponibilizado – mas também custos mensuráveis, diretos, tais como deslocações, combustíveis, transporte, certidões, etc..

A concretização do negócio, da troca leva ainda a custos com escritura pública, deslocação, impostos.

E depois da transação ainda incorremos em custos de transação *ex post*, tais como obras necessárias ou essenciais do bem, ou seja, problemas que estão associados a um cumprimento não perfeito da prestação. Ainda mantendo o exemplo do imóvel, por exemplo o imóvel deter um problema de canalização ou humidade.

É claro que estes custos *ex post* também podem ser negociados mas, caso haja insucesso nessa negociação, o recurso a meios judiciais, por exemplo, acarreta ainda mais um custo.

¹⁰⁷⁹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 553.

¹⁰⁸⁰ Ronald Coase referiu em “*The Nature of Firm*”, de 1937, que o primeiro custo de transação é a descoberta do preço.

Acresce ainda referir que os custos de transação envolvidos nas relações contratuais entre empresários e fornecedores dos factores produtivos pode ainda influenciar o próprio preço uma vez que os mesmos podem ser repercutidos na cadeia produtiva.

Ora, o próprio Estado pode intervir no intuito de diminuir estes custos de transação sobretudo quando existe um grupo amplo de interessados.

Repare-se que a premissa para funcionamento do “teorema” terá de ser baixos ou inexistentes custos de transação, situação agravada em caso de inúmeros interessados em que existem elevados custos de negociação/ transação.

O caso dum aeroporto, como o de Lisboa, que se encontra já absorvido pela malha urbana e que afeta um elevado número de pessoas com a sua poluição sonora e atmosférica. Como se determinam os “lesados” ou afetados pela presença do aeroporto no centro da cidade? E quão difícil seria organizar e agregar os interesses destes cidadãos para poder reclamá-los, de forma eficiente. Este exemplo explica que quanto maior o número de “lesados” ou interessados, maiores são os custos de transação, tal qual quanto mais elevado for o valor do bem, maiores probabilidades de os custos de transação serem elevados.

Ora, nestas situações pode ficar inviabilizada uma solução coaseana. Tal qual quando temos regras de propriedade será mais simples a negociação e transação desses direitos ao invés de termos uma norma de responsabilidade onde alguém terá de arbitrar o custo ou indemnização.

Nestes termos, facilmente se percebe que o Teorema de Coase não será uma solução viável em casos de custos de transação excessivos ou direitos de propriedade inefficientes. Nestes casos, a solução intervencionista do Estado pode ser necessária até porque o Estado detém poderes de autoridade e pode representar uma solução mais eficiente. Assim, Ronald Coase não repudia a intervenção do Estado mas restringe-a a situações em que não é eficiente ou possível a negociação.

Repare-se que esta defesa do *laissez-faire* é bilateral, ou seja, aplica-se quer às externalidades negativas mas ainda às positivas, devendo o Estado de abster-se de incentivar às atividades geradoras de externalidades positivas, podendo essas atividades ser privatizadas desde que não sejam desmesurados os custos de cobrança de benefícios.

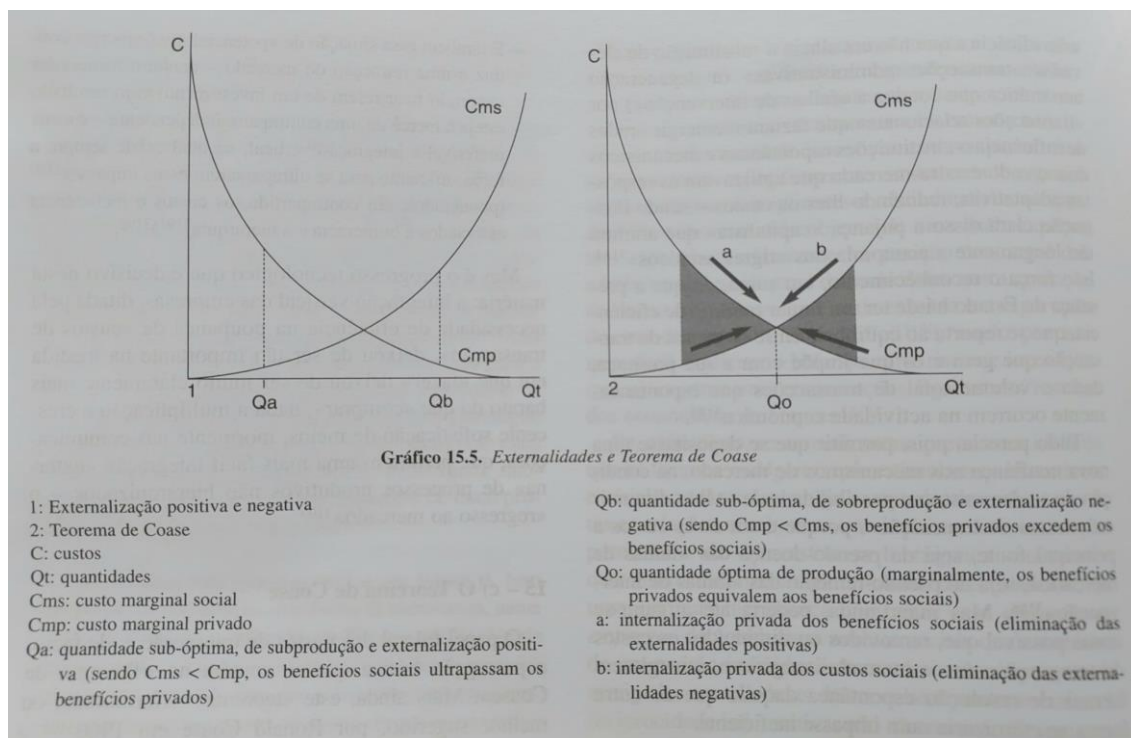
Aliás, é em matéria de externalidades positivas que o teorema de Coase se torna particularmente difícil de aplicar uma vez que o direito à cobrança de indemnização também deve estar, ele próprio, definido sob pena de elevados custos de transação.

Assim, torna-se claro que é essencial a definição dos direitos de propriedade pois assim se reduzem as fricções decorrentes da negociação. A certeza no exercício do direito torna a negociação deveras simplificada.

A intervenção do Estado apresenta algumas vantagens, mesmo que se “descontem” as falhas de intervenção. Pelo menos, as intervenções do Estado assentam numa legitimidade representativa que está habilitada a representação coletiva de interesses. O sistema decisório no Estado é hierarquizado pelo que será acatado e com poucos “custos de execução”. Acresce que o Estado detém autoridade para impor soluções, pois pode emitir normas, gerais e dotadas de coercibilidade, para cumprimento dos desígnios para que foram criadas¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 563

Por último, deixemos a demonstração gráfica de como pode funcionar a internalização de externalidades por via da aplicação do Teorema de Coase:



Fonte: Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 558

4.4. Aplicação das soluções coaseanas e pigouvianas

É sobretudo na área ambiental que podemos encontrar vasta bibliografia sobre a aplicação das teorias pigouvianas e coaseanas. Isto porque é uma área fértil em externalidades¹⁰⁸², sobretudo negativas, sendo necessário encontrar mecanismos para ultrapassar estas falhas de mercado.

Ora, a solução negocial preconizada por Coase, face à limitação do preenchimento das duas premissas do seu teorema, nem sempre são de fácil aplicação. Vimos, por isso, frequentemente ser o Estado a preconizar soluções que ultrapassam a negociação privatística.

Assim, podemos encontrar três intervenções típicas¹⁰⁸³: a) a expropriação; b) Regulação; c) incentivos e desincentivos. Façamos a sua análise.

a) Expropriação

O Estado pode substituir-se a alguns daqueles que promovem atividades externalizadoras expropriando os seus recursos e promovendo diretamente a atividade em níveis condicentes ao ótimo social.

¹⁰⁸² Mais adiante falaremos ainda da aplicação destas duas teorias em particular aos bens privados, públicos e recursos comuns.

¹⁰⁸³ Cfr. Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 569 e ss.

Como já aqui referimos, no que concerne a determinados poderes de autoridade, o Estado é monopolista e assim se comporta no mercado quando considera necessário¹⁰⁸⁴.

E com esse poder, o Estado pode ele próprio chamar a si e definir como sendo do Estado determinadas atividades. Existem algumas atividades de risco, por exemplo, que passam a ser apenas desempenhadas pelo Estado.

No fundo, o que o Estado assume é que expropria os privados que teriam algum direito à produção ou desenvolvimento de atividade tomando-a para si.

Na área ambiental, é dado o exemplo da produção de energia nuclear ou de determinados produtos químicos que o Estado não está disposto a deixar em mãos de privados, ora por motivos de segurança, fiabilidade ou controlo e saúde pública.

b) Regulação

Uma das medidas mais populares em determinados domínios, por ser menos intrusiva, é a regulação.

Contudo, nos domínios de preservação ambiental a regulação não é necessariamente “pouco” intrusiva. Isto porque o Estado assume soluções de *command and control* em que estabelece determinados objetivos de otimização social que obriga os agentes económicos a seguirem os mesmos objetivos independentemente dos incentivos económicos que os mesmos têm.

Há uma interferência na liberdade de iniciativa dos agentes, pelo que, para além das medidas restritivas, existe um mecanismo de controlo da conduta dos regulados.

Nestes casos estamos perante a confrontação de motivações superiores, ou seja, razões por exemplo de segurança ou de saúde que podem justificar o condicionamento ou proibição de determinadas atividades.

Assim, estamos perante uma interferência direta nos direitos de apropriação devido à existência de limites absolutos e não negociáveis que têm de ser preservados. Mesmo que isso acarrete, também, alguns custos.

Mas no caso da gestão ambiental a precaução pode ser um princípio essencial, mormente na preservação de espécies e biodiversidade ou na defesa da saúde pública.

Quando a saúde das vítimas das externalidades corre risco, o problema deixa de ser o da determinação do bem-estar social e passa a ser o da proibição da atividade em causa. Mesmo que isso acarrete um qualquer custo.

Contudo, o princípio da precaução é muitas vezes contestado por desacompanhado de evidências de riscos reais, podendo causar desequilíbrios desnecessários e com maiores consequências dos que se pretendiam precaver.

É certo que este princípio de precaução é usado de forma bem diferente consoante a própria cultura. Vejamos por exemplo as posições diferentes sobre o uso e consumo de bens agrícolas transgénicos. A Europa proíbe enquanto que os Estados Unidos da América são menos radicais e permitem o cultivo e consumo.

¹⁰⁸⁴ Com motivações de eficiência, justiça ou outras menos condicentes com uma posição independente e neutra.

Isto porque não se consegue ainda mensurar o impacto ambiental real dessas culturas, pelo que os EUA têm sido mais simplistas. Também porque tradicionalmente os EUA não têm as mesmas preocupações ambientais do que a Europa.

A regulação define critérios de exercício de determinada atividade, podendo existir, como já vimos, vários modelos de regulação.

De facto, a regulação acaba por ser uma intervenção administrativa, que pode ter maior ou menor impacto, com alcance mais veemente perante determinadas atividades ou sectores. Mas isso não quer dizer que não possamos encontrar modelos mitigados com soluções negociais ou privatísticas¹⁰⁸⁵.

No caso da autorregulação, são os próprios regulados que acordam regras a serem por si cumpridas. Um grupo de agentes, com interesses comuns, passam a definir as condições de exercício da atividade.

O caso das ordens profissionais é disso exemplo. Sendo certo que as ordens profissionais recebem da parte do Estado – *in casu* legislador – para exercerem um poder regulador e sancionatório relativamente aos profissionais daquela área.

Muito embora seja atribuído às Ordens Profissionais ou Câmaras, esse poder, o facto é que as mesmas são constituídas e representativas das classes profissionais em causa e são os pares que decidem das dinâmicas a serem seguidas no sector.

Neste caso, existe uma regulação decidida pelos regulados, mormente acesso à atividade, restrições ou limites ao exercício da mesma e nível de qualificação¹⁰⁸⁶.

De referir ainda que a Regulação acarreta ainda os riscos de ser distorcida pelas falhas de governação e falhas de intervenção. Medidas mal calibradas podem surtir efeitos pior do que as próprias falhas de mercado, bem como nem sempre a regulação é a melhor e mais eficiente forma de correção, mormente de externalidades.

E, a Regulação, não deixa de ser uma intervenção do Estado nos mecanismos de mercado, pelo que sujeita às pressões e interesses quer das ideologias políticas que prevaleçam ou *lobbies* mais influentes¹⁰⁸⁷.

c) Sistema de Incentivos e desincentivos.

¹⁰⁸⁵ Neste particular existe, portanto, a possibilidade de uma solução coaseana, privatística de resolução de falhas. Contudo, a regulação *próprio sensu* não deixa de ser uma intervenção do Estado, nem que seja no sentido de “delegar” a ação regulatória em estruturas organizadas pelos regulados.

¹⁰⁸⁶ Já aqui referimos a discussão gerada em 2022 com a possível – e muito provável! – alteração da legislação relativa às ordens profissionais, em que o Governo pretende, no caso, retirar poderes de autorregulação a tais organizações, nomeadamente no que diz respeito ao acesso à profissão e remuneração base mínima no caso dos estágios profissionais obrigatórios. No caso do acesso à profissão, há de facto uma redução do poder de autorregulação destes organismos que decidiam sobre as condições de acesso à profissão. No que concerne à remuneração mínima mais parece uma intervenção socializante, no sentido de terminar com remunerações indignas ou mesmo inexistentes, ou seja, uma correção na repartição ou distribuição primária, obrigando à existência dum preço mínimo no mercado dos factores.

¹⁰⁸⁷ Mais uma vez recordemos as teorias da *Public Choice* que nos demonstram as distorções proporcionadas pelas influências dos votantes, dos grupos de interesses ou mesmo do contexto social, ideológico e político.

Neste caso, o Estado intervém no sentido de estabelecer incentivos ou desincentivos às atividades externalizadoras, preservando a liberdade de iniciativa mas incentivando-as ou desencorajando-as por via duma interferência que afeta o plano de custos dessas atividades¹⁰⁸⁸.

Quando referimos um sistema de incentivos ou desincentivos estamos sobretudo perante um sistema de motivações, ou seja, motivar os agentes económicos a agirem de determinada forma. Essas motivações são consubstanciadas em ações, do Estado, com vista a conduzir os agentes a determinado comportamento.

Podem considerar-se incentivos à tomada de determinada conduta pelos agentes o lançamento de determinados impostos, regras de responsabilidade civil, obrigatoriedade de pagamento de indemnização ou sanções. O estabelecimento de incentivos é defendido por economistas quando este sistema torna aliciente, para aqueles que provocam as externalidades, a aproximação ao nível de atividade compatível com a eficiência social. Em geral, esta meta pode ser alcançada por via de estabelecimento de impostos ou subsídios.

A principal vantagem desta solução é que não se pretende erradicar a produção de externalidades que, em muitos casos, será uma tarefa difícil ou impossível, mormente relativamente às atividades produtivas que são inevitavelmente externalizadoras.

Assim, o sistema de incentivos permite modular o grau de externalização que seja compatível com a eficiência do mercado e o bem-estar social¹⁰⁸⁹.

Já aqui referimos que os incentivos e desincentivos podem ser variados, sendo os mais comuns os impostos e subsídios. E também já aqui referimos que as soluções de resolução de externalidades foram muitas vezes desenvolvidas na área ambiental. Pelo que importa aqui fazer referência a dois tipos de incentivos em particular, a saber, os impostos e o sistema de quotas negociáveis.

No que concerne aos chamados impostos ambientais, estes são os impostos pigouvianos que visam internalizar as externalidades negativas. São, neste caso uma taxa ambiental que é lançada sobre cada unidade produzida e num montante idealmente igual à externalidade marginal causada ao nível ao nível eficiente de produção.

No fundo, o que se pretende, como já adiantámos acima, o imposto pretende refletir sobre a transação externalizadora o valor equivalente ao custo marginal da externalização para terceiros. Mas para que tal suceda, é necessário medir os efeitos implicados na situação externalizadora, situação que nem sempre é fácil de mensurar.

Desta forma, o que sucede é que vai existir um aumento dos custos totais, sobretudo por via do aumento do custo privado pelo que se considera muitas vezes o preço por poluir. Ou seja, estes impostos recaem sobre os autores das externalidades negativas que nem sempre conseguem repercutir inteiramente esses custos sobre terceiros, por via do preço. Uma vez que não se consegue repercutir esses custos, vai levar necessariamente a uma redução de lucro e uma redução de produção.

É certo que assim se reduz a externalidade por esta via. Que no caso do ambiente pode ser particularmente interessante esta solução por uma dupla via: por um lado a diminuição de produção de poluição, ao que acresce o aumento de receita que o imposto proporciona, levando

¹⁰⁸⁸ Cfr. Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 569.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Fernando Araújo, "Introdução à Economia", 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 572.

a que essa receita “extra” possa beneficiar outras medidas de qualidade ambiental. Há aqui um efeito de “duplo benefício”.

Repare-se porém que, mesmo que sejam tributos que pretendem alcançar uma finalidade extrafiscal, os mesmo afetam o rendimento. Por isso, o efeito sobre o rendimento e preço que o imposto provoca pode ajudar a distorcer ainda mais um mercado que já continha a distorção provocada pela externalidade.

De referir ainda que o benefício resultante da aplicação de imposto, ou seja, a receita tributária que gera, no caso dos impostos ambientais é de natureza volátil. Por um lado, a receita resultante da aplicação desse imposto, depende em grande parte da possibilidade de repercussão do mesmo em terceiros, condições de mercado, etc.¹⁰⁹⁰.

Acresce referir que os impostos ambientais são desenhados muitas vezes para diminuir a produção de poluição ou diminuir a atividade poluidora. Assim sendo, casos há que quanto menos consumo, produção ou atividade existir, menor será a base de tributação, logo diminui a receita tributária.

O caso da ecotaxa sobre os sacos de plástico, por exemplo. Uma vez que a taxa é cobrada pelos comerciantes aos consumidores, com um valor de taxa ao qual acresce ainda IVA, o que se pretende é diminuir a aquisição de sacos de plástico.

Da forma como a taxa está desenhada, caso o comportamento do consumidor seja o de efetivamente diminuir a aquisição de sacos de plástico, então a receita tributária tende a diminuir, idealmente ser praticamente inexistente.

Nestes termos, não se aplica propriamente a ideia de duplo benefício, uma vez que a receita tributária pode passar a ser residual.

O maior problema dos impostos pigouvianos é, como já tivemos oportunidade de referir, a calibração do mesmo de forma a assegurar um ótimo de tributação. Ou seja, o valor do tributo deve ser equivalente ao valor da externalidade de forma que a externalidade seja neutralizada e se atinja um ótimo socialmente aceitável.

Contudo, a mensuração da externalidade não é simples, pelo que a quantificação do imposto pode levar à distorção da sua finalidade. Repare-se que se um imposto for baixo, o que acontece é que não incute a motivação de alteração de comportamento dos agentes. Logo, pode não ser suficientemente expressivo para fazer mudar o comportamento dos agentes. Por outro lado, se for um imposto demasiado elevado, a alteração do comportamento dos agentes pode ser exacerbada, desincentivando à produção, por exemplo.

Ora, em ambos os casos, não se atinge a otimização social, pelo que o imposto não está a servir as funções para que foi lançado.

De qualquer forma, um imposto pigouviano que esteja bem calibrado incentiva a maximização das atividades externalizadoras, levando até a que as mesmas sejam vanguardistas nas soluções encontradas. O exemplo típico são as atividades poluidoras que têm de encontrar mecanismos

¹⁰⁹⁰ Fernando Araújo refere até que em bom rigor esta figura nem deveria ser chamada de imposto, porque, ao contrário dos restantes, não provoca perdas de bem-estar mas antes um benefício no bem-estar global. Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 572.

para tornar a sua produção menos poluente com vista à diminuição dos custos associados com os eco impostos.

Outra vantagem destes impostos é a desnecessidade de monitorização técnica pois basta o seu lançamento. Contudo, muito embora desnecessite duma fiscalização técnica no sentido ambiental, necessita duma monitorização técnica com vista a perceber se cumpre a sua função de incentivador ou desincentivador de determinados comportamentos. O lançamento de impostos com finalidades extrafiscais não pode simplesmente ter uma validação formal, sendo necessária à sua validação material no sentido de cumprir a função para que foi criado.

Outro sistema de incentivos que é essencial referirmos – por ser o pináculo da utilização dos mecanismos coaseanos – são as quotas negociáveis.

Repare-se que o imposto pigouviado é uma espécie de preço para poluir. O que quer dizer que se pode existir a estipulação dum preço também é possível existir um mercado para essa poluição: existem agentes que estão dispostos a pagar um preço para poder poluir em certa medida. É uma espécie de mercado do direito a poluir¹⁰⁹¹.

Ora, este mercado funciona com um processo de licenciamento e atribuição duma quota máxima de poluição para cada agente, sendo que o agente pode negociar a quota atribuída.

A ideia é que as ineficiências associadas às externalidades é a inexistência dum mercado para as mesmas, então cria-se um mercado de direitos onde os mesmos possam ser transacionados. Mais, neste caso, os que forem mais eficientes e poluam menos retiram vantagens da venda da quota que não necessitam de utilizar. Enquanto que os mais poluidores têm de despende o preço da aquisição de quota de direitos a poluir.

Uma vez que existe um sistema de atribuição inicial de quotas ou direitos, mesmo o poluidor mais eficiente, enquanto não alienar a quota que não utiliza, tem um custo de oportunidade relativo à sua não alienação. Pelo que tem todo o interesse em que haja este mercado para vender a sua quota. Bem como tem todo o interesse em ser eficiente e poluir cada vez menos para deter maior quota transacionável.

Os poluidores menos eficientes têm a possibilidade de manter a sua produção com a aquisição de quota mas pagam um preço para tal, preço esse que é equivalente ao valor para poder poluir mais, sendo isso um incentivo para serem mais eficientes.

De referir que ambos os poluidores não podem, entre si, exceder as quotas que lhes foram inicialmente atribuídas por licença.

Este sistema foi posto em prática pelo Protocolo de Quioto, de 1997, que se centrava na melhoria da utilização de terras e da floresta. Foram estabelecidas metas de produção (e redução) de CO₂ a que cada país signatário estava sujeito. Depois estipulou-se que os países poderiam transacionar quotas entre si desde que, em conjunto, não fossem ultrapassadas as metas estipuladas.

Colocou-se na altura algumas questões sobre a “moralidade” desta negociação mas, como já aqui referimos a propósito das soluções coaseanas, o certo é que se comprova que tudo se negoceia, há é uma questão de onerosidade.

¹⁰⁹¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 575.

Neste caso, foram atribuídos direitos iniciais limitados de forma muito veemente e a transação é feita diretamente no mercado, preenchendo-se os requisitos do teorema de Coase.

E mais. Neste caso concreto, o mercado foi formado com vista a criar, ele próprio, incentivos para a eficiência dos agentes poluidores. Repare-se que há metas de CO₂ a serem necessariamente preenchidas – limitação à poluição – e os agentes têm incentivo a serem mais eficientes com vista a poderem ter quota disponível para transacionar.

Até agora, estivemos sobretudo a falar da aplicação das soluções pigouvianas e coaseanas a situações de externalidades, faltando, porém, a análise destas soluções em casos das “externalidades positivas extremas” que são os bens públicos. Bem como devemos ainda olhar para o problema dos direitos de propriedade no caso dos recursos comuns.

Já aqui referimos a diferenciação entre bens privados, bens públicos e recursos comuns.

Os bens privados, caracterizados pela rivalidade de uso e possibilidade de exclusão eficiente a baixo custo são os bens que não oferecem problemas ao mercado devido à sua natureza.

Contudo, os bens públicos são caracterizados de forma diametralmente oposta, ou seja, são bens sem rivalidade de uso e sem possibilidade de exclusão eficiente. Nestes casos, não há oferta mas existe procura para estes bens, sendo geralmente o Estado a proporcionar a sua produção.

Mesmo no caso dos bens públicos pode existir uma contrapartida pela sua utilização, contrapartida essa que, no limite é apurada abstratamente. Por isso mesmo, não raro vemos o fenómeno de “bens de clube” que assentam na intuição de que a produção de bens e serviços de interesse coletivo, quanto maior a coletividade ou comunidade maior a pulverização da despesa, ou seja, quanto mais membros tiver o “clube” maior a diluição da despesa, sendo o limite o congestionamento provocado pela entrada de novos membros.

Ora, neste sentido, pode ser possível disseminar o custo da externalidade pela comunidade e com isso conseguir algum equilíbrio. Quanto mais não seja porque estes bens públicos gerais podem ser abstratamente abrangidos pela receita tributária¹⁰⁹², mecanismo pigouviano para compensação destas externalidades positivas.

No caso dos bens públicos, inexistente incentivo à sua produção porque existe a tendência do “efeito boleia” ou parasitismo. Por isso mesmo é economicamente racional deixar que alguém tenha o custo da produção ou prestação do serviço e ir “à boleia” das vantagens.

No caso dos recursos comuns, existe rivalidade de uso mas não há exclusão eficiente.

Embora o exemplo típico de recursos comuns seja o que Garret Hardin nos deu, com os *commons* ingleses, ou baldios, o certo é que podem ser considerados recursos comuns também determinadas áreas como o mar ou florestas.

Ora, nestes casos, tal qual sucede com os *commons*, podem ser utilizadas medidas coaseanas de quotas. O exemplo da pesca é paradigmático, em que, a favor da manutenção do ecossistema e não extinção, se estabelecem quotas de pesca, limites de quantidade.

¹⁰⁹² Não é, porém, de descuidar que não pode tudo caber no mesmo “saco” dos impostos pigouvianos. Ou seja, o carácter geral e abstrato dos impostos não serve de capa para tudo. Veremos, contudo, que os tributos com características extrafiscais são criados para fazer face a determinadas externalidades, muito concretas.

Assim, todos contribuem para a sustentabilidade e não esgotamento daquele recurso. Há uma disciplina do acesso ao bem. Contudo, como sabemos, a natureza dos bens pode ser mutável. O exemplo da estrada que será um bem público mas, em caso de congestionamento ou sobre uso já passa a existir rivalidade de uso.

Ou a visão sobre os faróis que eram tradicionalmente apontados como bens públicos mas que, caso estejam afetos a determinado porto podem tornar-se exclusivos. Nestes casos pode ser requerida uma contrapartida pela sua utilização.

Por fim, façamos ainda o exercício de comparar a internalização das externalidades quando a mesma é feita por impostos ou via regulação.

Obrigámo-nos a fazer este exercício porque as percepções que vamos tendo da evolução das intervenções do Estado podem ser distorcidas pelo meio, contexto político, ideologias e factores diversos alheios ao mercado.

De facto, a regulação tornou-se muito mais popular sobretudo nas decisões políticas. Contudo, quando as externalidades atingem níveis significativos e envolvem muita gente, a teoria económica aponta no sentido oposto e considera que as quotas de produção ou aplicação de impostos teriam o mesmo efeito ou até melhores¹⁰⁹³.

Repare-se que se as autoridades conhecessem rigorosamente a função de procura de um bem cuja produção origina externalidades negativa e conhecesse, também, quais as funções de custos das empresas, bem como qual o custo externo gerado, então estavam em condições de calcular a quantidade eficiente de produção do bem. Nestes casos, pode aplicar uma quota de produção ou impor imposto exatamente para cobrir o valor do custo externo.

Assim, nestas condições, qualquer destas duas medidas seriam eficientes, tanto quanto uma medida regulatória ou até mais eficaz.

Isto porque a regulação acarreta sempre custos indispensáveis à sua conceção, aplicação e fiscalização coisa que não sucede exatamente da mesma forma com os impostos¹⁰⁹⁴, bem como favorece sobretudo os interesses dos produtores – que conseguem, como sabemos, fazer uma maior pressão sobre os decisores.

Ora, o que nos é permitido verificar é que, a longo prazo, uma intervenção por via de aplicação de imposto tende a provocar um reequilíbrio do mercado sem que haja um incentivo à entrada ou saída de empresas, ou seja, um reequilíbrio que tende para um reajustamento do lucro para um lucro normal. Mas recordemos que esse lucro normal é o mais aproximado do mercado em concorrência perfeita e onde nos aproximamos duma eficiência paretiana.

Do ponto de vista social, este reajustamento de longo prazo aparece sem que existam grandes gastos em funções burocráticas relacionadas com a produção e fiscalização do cumprimento da legislação.

Quando aplicamos as quotas de produção, se existir um cenário de informação perfeita, o Estado tende a atribuir quotas de produção às empresas. Embora o Estado retenha o mesmo efeito do que o imposto uma vez que consegue regular a produção no exato valor da externalidade, o

¹⁰⁹³ Cfr. Abel Costa Fernandes, “Economia Pública – Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas”, 2ª Edição, Edições Sílabo, 2011, p. 163 e ss.

¹⁰⁹⁴ Salvo, eventualmente, alguns custos associados a fiscalização que são cada vez menores face à crescente interação de instituições e correspondente troca de informação quase automática.

problema prende-se com o facto de o preço exceder o custo médio de produção, logo a empresa detém lucros acima do normal, o que vai levar a que haja a tendência de redução de custos unitários a longo prazo e ao incentivo à entrada de novas empresas no mercado.

Assim, tem de existir um sistema burocrático que impeça a violação das quotas mas ainda a limitação da entrada de novas empresas, sob pena de a medida ser insuficiente. Mas estas medidas adicionais têm um custo associado, tornando, por isso, a regulação menos eficiente do que a imposição dum imposto.

Apesar dos factores a favor e contra as medidas coaseanas e pigouvianas, estas são as vias comuns de ultrapassar as falhas de mercado, tentando impor algum reequilíbrio no mercado, equilíbrio esse ainda muito subjugado a uma ideia de eficiência essencialmente paretiana.

Contudo, as correções do mercado são muitas vezes efetuadas no sentido da busca de justiça social, de acesso àqueles que, no jogo do mercado, são excluídos.

Não podemos, por isso, descurar as soluções distributivas como uma terceira via de correção de mercado, sendo que desta feita alargamos a ideia de eficiência paretiana para abarcar no conceito de eficiência outros padrões de bem-estar.

4.5. Soluções (re) distributivas

Já aqui referimos que existem dois momentos diferentes na distribuição de rendimentos.

Em primeiro lugar, no âmbito do mercado existe a repartição que é feita, *grosso modo*, por via da remuneração dos factores de produção. E sabemos que esta distribuição é feita sobretudo atendendo às regras de mercado, sendo os factores de produção Terra, trabalho e capital remunerados de acordo com as regras de funcionamento desse mercado.

Pode, contudo, como já referimos amiúde, o Estado efetuar uma intervenção logo nesta repartição com vista a promover um ideal de justiça que prossiga.

A retificação dos resultados da repartição, orientado por um conceito de justiça social que se enquadre com o cenário político e social do momento, é feito por via duma redistribuição de rendimentos.

Redistribuir, do ponto de vista etimológico, significa distribuir de novo o que já foi objeto de prévia distribuição. O que quer significar, em termo económicos, que a redistribuição de rendimentos é uma segunda distribuição, não correspondente do jogo aberto do mercado mas antes levada a cabo por transferências daqueles que obtenham mais rendimento para outros beneficiários¹⁰⁹⁵.

Certo é que a estipulação desses “beneficiários” é feita de acordo com determinados critérios, sendo que a ação do Estado, detentos de *jus imperii*, pode ser determinante. Se numa sociedade prevalecer o sentido de justiça, seja em maior ou menor grau, então vai ser reclamado algum

¹⁰⁹⁵ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 46 e ss.

nivelamento de rendimentos que deve ser ponderado nas políticas e conjunto de soluções que têm esse objetivo em vista¹⁰⁹⁶. E é, geralmente o Estado que assume essa tarefa.

Já aqui referimos que, com a alteração do paradigma do Estado Social para um Estado de Garantia, esta nova relação entre Estado e Sociedade – incluindo o mercado – trouxe uma ideia de partilha de responsabilidades e de cooperação, não sendo de descurar, porém, que o Estado mantém a obrigatoriedade de garantir determinados direitos.

Ora, este modelo de Estado de Garantia, de Estado Regulador, resulta numa partilha otimizada de tarefas e responsabilidades entre o Estado e a Sociedade¹⁰⁹⁷. Esta nova responsabilidade pública de garantia não se esgota na definição de quadros jurídicos de base que sejam depois desenvolvidos pelos privados. O Estado tem de garantir e assegurar determinados resultados e finalidades de interesse público¹⁰⁹⁸.

E o interesse público mantém-se como critério orientador, incluindo, como já aqui referimos acima, a prossecução duma justiça social. E mantém-se mesmo quando a produção de utilidades que satisfazem esse interesse se encontrem nas mãos de particulares.

Os particulares são chamados a atuar de uma forma mais articulada entre o que é o seu interesse e a prossecução de interesses públicos¹⁰⁹⁹.

Conforme refere Pedro Costa Gonçalves¹¹⁰⁰: *“Neste novo quadro, o tópico da garantia acaba, por conseguinte, por remeter para um cânone de responsabilidade pelo resultado, determinando que o Estado assuma a incumbência de garantir que o funcionamento do Mercado produz certos resultados. Quer isto dizer que o Estado não se limita a desempenhar um papel de activador ou de incentivador externo das forças sociais e dos recursos privados. Em concreto, a garantia indicia que o Estado não se pode comportar como um actor imparcial, desinteressado e descomprometido com os resultados produzidos no Mercado”*.

É verdade que esta visão, até à crise de 2008 e recente Pandemia COVID 19, parece ser assim: o Estado atua como uma função de reserva. Se tudo falhar, o Estado atua. Contudo, a Crise de 2008 e sobretudo a Crise Pandémica mostrou que o Estado, muitas vezes, atendendo a princípios de interesse maior, pode tornar-se um “fazedor”, intervindo com maior veemência.

De qualquer forma, este Estado Garantia tem, claramente, determinados fins que devem aqui ser relevados. Isto porque estes fins justificam os mecanismos de intervenção que têm vindo a ser utilizados.

Por um lado, o Estado tem de garantir o fornecimento de serviços essenciais. Não precisa de fornecer, produzir e prestar mas antes garantir que tal sucede mesmo quando possam ser entidades privadas a fazê-lo. Isto não retira importância social das atividades em causa mas

¹⁰⁹⁶ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 508.

¹⁰⁹⁷ Como refere Pedro Costa Gonçalves, deixa de existir uma visão extremista dos modelos: o modelo do Estado Liberal em que o Estado tinha uma intervenção mínima, quase residual e o Estado social em que o Estado intervinha fortemente na sociedade em todas as vertentes. Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128.

¹⁰⁹⁸ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128.

¹⁰⁹⁹ Até porque, de certo modo, o interesse público acaba por ser também benéfico para o privado se atender a uma visão global e não meramente egoísta.

¹¹⁰⁰ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128

passamos a ter os chamados serviços de interesse geral¹¹⁰¹, desenvolvidos também pelo próprio direito europeu. Um dos fins do Estado Garantia será o de assegurar a existência e o fornecimento, de forma suficiente e sustentada e em todo o território destes serviços de interesse geral.

Existem, porém, serviços que se mantêm na esfera do Estado, em que este assume a responsabilidade de fornecer e onde não parece aplicar-se a ideia de Estado Garantia. Contudo, nada impede o Estado de ter a decisão de que a exploração da atividade possa ser feita por privados.

O caso do serviço universal é paradigmático. Determinadas atividades e serviços devem ser prestados, seja quem for que os preste, segundo um regime jurídico que assegure o acesso de todos os cidadãos a determinados serviços, em termos de exigências de qualidade e de quantidade predefinidas e em condições de igualdade. Neste caso o Estado tem de assegurar o fornecimento, mesmo que a atividade seja prestada por privado.

Por outro lado, o Estado Garantia deve ainda garantir e proteger os direitos dos utilizadores dos serviços essenciais, garantindo o acesso dos cidadãos a esses mesmos serviços em condições de universalidade. O Estado passa a ter um dever de proteção dos direitos de acesso a serviços essenciais numa relação onde estão também entidades particulares e os clientes/ utentes desses serviços. Sendo que os fornecedores têm, eles próprios, direitos para além dos deveres.

Neste particular, os direitos dos consumidores/ utentes destes serviços essenciais, mormente serviços de interesse económico geral, passaram a ter uma proteção adicional com o Tratado de Lisboa e o Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral, que enuncia como “*valor comum*” inerente ao regime desses serviços, a garantia de “*um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*”¹¹⁰².

O Estado deve ainda promover a concorrência, levando para o mercado algumas das atividades que eram tradicionalmente da sua esfera. Mas também a própria intervenção do Estado, mesmo que por via da regulação, deve ser a de incentivar um mercado concorrencial, mesmo que isso implique a imposição de regras que afetam a liberdade dos agentes ou reverta a falta de atonicidade no mercado.

Mas esta abertura dos mercados do Estado Garantia não pode deixar de garantir ainda um equilíbrio eficiente entre interesse público e interesses privados. Isto porque, mesmo que o interesse público seja também um interesse do agente privado, o certo é que o agente privado age de forma diferenciada no mercado. Assim, o Estado deve de assegurar mecanismos regulatórios que sejam equilibrados, sem que haja perda de autoridade do mesmo mas também exista uma colaboração com os interesses privados.

Outra forma de garantia dos serviços, é quando o Estado certifica, atesta a qualidade dos mesmos. Faz, portanto um controlo das soluções de mercado e dá-lhes credibilidade por via dessa certificação. Neste modelo de Estado Regulador ou de Garantia, o que encontramos é a

¹¹⁰¹ Nomeadamente os serviços de interesse económico geral que adiante falaremos com maior pormenor.

¹¹⁰² De relevar neste particular que, para além do acesso e qualidade dos serviços, chama-se ainda à atenção para a intervenção dos Poderes Públicos na definição e fixação de preços (v.g., preços mínimos) ou na proibição de cobrança de valores a que não corresponde qualquer contrapartida (v.g., imposição de consumos mínimos).

necessidade duma intervenção onde se partilham com os particulares preocupações de bem-estar e sua otimização. O que não deixa de ser um prolongamento da necessidade, advinda do Estado Social, de o Estado pretender uma sociedade assente em valores de solidariedade, igualdade e justiça.

A redistribuição é, por isso, essencial no cumprimento destes desígnios, sendo que a mesma segue, geralmente, três grandes vias¹¹⁰³:

- a) A tributação do rendimento, desde que tenha como objetivo a discriminação entre pobres e ricos, seja no momento da oneração do contribuinte ou no momento de afetação de receitas;
- b) Estabelecimento de medidas de combate direto à pobreza tais como um sistema de segurança social, subsídios, incentivos ao emprego ou atribuição de rendimento mínimo;
- c) Prestação de serviços subsidiados ou em espécie a favor dos mais desfavorecidos.

Repare-se que qualquer destas medidas pretendem sobretudo ajudar os que estariam fora do mercado ou com condições de acesso menos favorecidas a entrar no jogo ou ter acesso a bens que, de outra forma não seria possível.

Temos soluções como estabelecer um rendimento mínimo, suportado pelos cofres públicos, em que se combinam salários mínimos e políticas de emprego. Repare-se que este tipo de soluções são muitas vezes transitórias – tal como o subsídio de desemprego – pretendendo garantir um rendimento durante uma situação desejavelmente temporária.

Aliás, um rendimento mínimo não é sempre um mecanismo eficiente para combate da pobreza, criando isso sim um encargo elevado para os cofres do Estado que necessariamente tem de aumentar a sua receita, mormente via aumento dos tributos¹¹⁰⁴.

Disseminaram-se, por isso, outras soluções de redistribuição tais como subsídios não dependentes do baixo rendimento mas de outros factores – por exemplo, o número de pessoas do agregado familiar – ou a redução de subsídios monetários para passar a uma situação de transferências em espécie.

Também se tem utilizado a técnica de imposto negativo sobre o rendimento no sentido de ser atribuído um “crédito de imposto”, arrastando a lógica da progressividade para a pobreza¹¹⁰⁵.

Outra forma de redistribuição, é por via dos apoios da segurança social, em que não existe uma discriminação por via do rendimento. Quanto mais não seja, atenta-se, isso sim, ao volume e tempo das contribuições efetuadas.

São, pois, muito amplas as medidas que o Estado pode encontrar de intervenção na economia com vista ao combate à pobreza ou para atenuar desigualdades, impondo uma certa justiça social.

A redistribuição faz-se essencialmente porque os mercados têm distorções socialmente indesejadas.

¹¹⁰³ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 508.

¹¹⁰⁴ Por outro lado, como bem refere Fernando Araújo, este é um dos factores que pode desincentivar a mobilidade de classes, criando-se uma dependência dos subsídios (“Armadilha da Pobreza”). Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 508 e ss..

¹¹⁰⁵ Na prática é uma transferência ou subsídio para as classes mais pobres.

Para além das tradicionais falhas de eficiência, os mercados, no âmbito do seu funcionamento, acarretam ineficiências para o bem-estar social. Ineficiências que são intoleráveis socialmente.

Foquemo-nos agora nas soluções que nos pareceram ser mais relevantes sobretudo em matéria de regulação económica.

4.5.1. Distorções sociais indesejáveis provocadas pelo funcionamento do mercado: Que soluções?

No interesse do presente trabalho, cingimo-nos às correções efetuadas por duas vias: i) impostos e sua função na redistribuição; ii) os serviços de interesse geral que são essenciais nos sectores regulados.

i) A redistribuição e a Tributação

No que concerne à redistribuição, já aqui dissemos que a mesma visa a transferência de rendimento entre os que detêm mais para os beneficiários estipulados. Em rigor, não podemos descuidar que todos os indivíduos são, no meio social, utilizadores de bens públicos ou recursos comuns, mesmo que o sejam em diferente grau. Mas só alguns são destinatários dos benefícios da redistribuição. No seu conjunto, o que sucede é que uns ganham, por um lado, e outros perdem¹¹⁰⁶.

A redistribuição funciona caso a perda de uns seja compensada, de forma equitativa, pelo benefício alcançado pelos beneficiários. Em bom rigor, a ação do Estado é eficiente quando tal sucede, sendo que a determinação exata desta perda e ganho não é sempre possível de se fazer. Isto porque nem sempre existe uma equivalência meramente económica, uma vez que temos como intermediário desta transferência o próprio Estado, que tem custos de “intermediação”.

Assume-se que a tributação é o principal instrumento de redistribuição. Aliás, tanto assim é que a própria Constituição da República Portuguesa, no n.º 1 do artigo 103º dispõe que: *“O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.”*

Os impostos são meios de arrecadação de receita pública para fazer face às despesas gerais do Estado, despesas essas inerentes às atividades que o Estado desenvolve, desde a Educação ou Saúde, Segurança, Justiça, Obras Públicas, etc.. A função primária do imposto é a de arrecadar receita para que o Estado possa desenvolver e manter a sua atividade.

Por outro lado, os impostos podem ter uma função parafiscal¹¹⁰⁷ em que prosseguem outros objetivos, nomeadamente uma função redistributiva. A justificação económica da tributação estará entre os dois grandes valores presentes nas decisões públicas: A justiça e a Eficiência.

À partida, a tributação consubstancia uma intervenção pública indispensável ao financiamento da ação do Estado e seu papel fundamental no saudável e justo funcionamento da economia. Mas, por outro lado, a intervenção por via tributária também acarreta perdas de eficiência nos mercados.

¹¹⁰⁶ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 46 e ss.

¹¹⁰⁷ Ou, conforme bem refere Ana Paula Dourado, extrafiscal.

Contudo, o facto é que as receitas tributárias são essenciais ao financiamento do Estado que, com as mesmas, pode agir em prol de princípios de justiça social, proporcionando, em geral, um nível de satisfação coletiva. E também essa satisfação é, ela própria, factor de aumento de bem-estar¹¹⁰⁸. O facto de o Estado, ajudado pela receita tributária, proporcionar verdadeiros bens públicos, conseguir compensar externalidades negativas, retificá-las ou impedi-las, ou conseguir reduzir ou evitar a exploração desordenada dos recursos comuns, já traz ganhos de bem-estar social.

Contudo, a tributação acarreta uma retração da atividade económica, bem como traz perdas de bem-estar pareto-eficientes. Sendo que essas perdas podem ser relativas ou absolutas, podendo ultrapassar o benefício proporcionado pela receita marginal decorrente do agravamento fiscal ou desagravamento fiscal¹¹⁰⁹.

Para além destas perdas de eficiência, a tributação ainda agudiza problemas de justiça relativa uma vez que o nível de tributação, mesmo que alta, é geralmente mais bem suportada pelos mais abastados do que pelos com menores possibilidades económicas. E este é o maior desafio: encontrar um nível ótimo de tributação. Aquele equilíbrio em que a tributação não é demasiado pesada ao ponto de provocar desincentivo ou perda de bem-estar, ou demasiado leve de forma a não cumprir as metas a que se propõe.

Os exemplos duma tributação excessiva sobre o rendimento de trabalho, que desincentiva a salários mais elevados e não incentiva o mérito, ou tributações excessivas sobre as empresas, que desincentivam a produção e as trocas. Ora, nestes casos, um *excess burden* causa uma perda absoluta de bem-estar porque existem trocas que deixam de ser feitas no mercado. Mesmo que se atente apenas a uma visão pareto-eficiente.

Por outro lado, uma carga tributária ínfima sobre um agente poluidor não vai surtir qualquer incentivo à mudança de comportamento desse agente, falhando-se os objetivos pretendidos com a criação desse eco tributo.

Atualmente, o sistema tributário incide sobretudo sobre o rendimento, a riqueza gerada num determinado período porque a geração desse rendimento é indiciadora da sua capacidade tributária e pode ainda ser indiciador do nível de recursos públicos dos quais se aproveita.

Mas a tributação incide ainda sobre a despesa, ou seja, sobre os atos de consumo ou mediante o valor acrescentado na produção. Falamos aqui na tributação “em cascata” muito característica do Imposto sobre o Valor Acrescentado, em que se tributa cada acréscimo de valor de produção e, a final, o consumo. A ideia é a de que quem cria valor ou consome mais terá maior capacidade para suportar o Imposto.

Outra forma de tributação será atendendo ao património que detém e transaciona, ou ao rendimento que o mesmo gera. Falamos de tributos como o IMT, cobrado aquando das transações de imóveis e o IMI, cobrado aos detentores ou usufrutuários dum imóvel. As rendas e mais-valias são tributadas no âmbito da tributação sobre o rendimento. Nestes casos, não

¹¹⁰⁸ Aqui numa perspetiva de eficiência onde a otimização social é prevalente, nomeadamente por via do padrão Kaldor-Hicks.

¹¹⁰⁹ Conforme Fernando Araújo bem refere, o excesso de carga fiscal pode provocar perdas absolutas de bem-estar in comportáveis mas podem ser consideradas cargas fiscais exíguas se considerarmos outros objetivos, como falta de receitas ou até motivações extrafiscais (ambientais, por exemplo). Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 520 e ss.

estamos só perante uma tributação de geração de riqueza mas antes também da presunção ou aparência da mesma.

Os sistemas de tributação podem optar por uma tributação global do rendimento, que é bastante usual, mas que traz consigo uma imensa teia, complexa de atenuações, benefícios, isenções ou penalizações¹¹¹⁰. Ora, esta complexidade acarreta também maiores custos, bem como propicia mais tentativas de ilusão da máquina fiscal. Afinal, com uma complexidade mais elevada mais facilmente se maquilham informações tornando mais difícil a tarefa fiscalizadora da máquina fiscal.

A eficiência da máquina fiscal mede-se não apenas pelo nível dos custos, incluindo os custos de oportunidade, quer do contribuinte como do Estado, mas ainda a distorção que provoca na atividade económica.

Um dos custos de oportunidade resulta da perda de bem-estar associada ao facto de a incidência do imposto retirar, parcial ou totalmente, o incentivo para as partes concluírem transações. Ou seja, há diminuição de trocas com consequentes perdas de bem-estar. Repare-se que esta ausência de trocas leva ainda à perda de bem-estar dos contribuintes porque com menor receita pública também têm perda de benefícios públicos.

Outro custo associado é os deveres instrumentais e formais para o cumprimento das obrigações fiscais, tais como a burocracia, o tempo despendido no cumprimento das obrigações declarativas – e não só! – meios despendidos, etc..

Também são custos os associados aos recursos públicos relacionados à máquina fiscal, sua manutenção e desenvolvimento.

A complexidade do próprio sistema gera ainda custos de acatamento, ou seja, o próprio comportamento do contribuinte será alterado e a gestão da máquina fiscal será mais complexa e errática. E esta complexidade é geralmente mais favorável a quem detém meios de conhecimento e acesso à informação, ou seja, aos mais ricos. Tendo mais meios e informação mais facilmente utilizam as fragilidades desta complexidade a seu favor. Mais um factor de injustiça!

Sem descurar ainda o problema da corrupção, que conduz ao chamado Paradoxo de Tullock ou captura de renda, onde se pretende influenciar o legislador, por via de grupos de interesse, canalizando-se recursos para que a decisão relativamente a determinado sector ou tipo de rendimento seja mais benéfica – com taxas reduzidas, benefícios fiscais ou isenções. Há, neste caso, um desvio de fundos, de recursos, duma atividade produtiva para uma atividade não produtiva de forma a influenciar o decisor e obter rendas menores. Quanto mais complexa e obscura a máquina fiscal maiores possibilidades de existir este fenómeno do Paradoxo de Tullock.

A ideia de justiça no sistema fiscal tem ainda em conta a adoção do tipo de imposto que seja mais adequado à ideia de justiça social que prevaleça.

Neste particular destaquemos três tipos de tributação¹¹¹¹:

¹¹¹⁰ O caso das sobretaxas aplicadas a agregados com rendimentos acima de determinados montantes, taxas sobre lucros extraordinários ou de valor acima de determinado montante, taxas agravadas para manifestações de fortuna, etc.

¹¹¹¹ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 532 e ss.

- a) Impostos de Capitação ou *lump-sum taxes*, em que a tributação de todos os contribuintes é feita pela mesma soma, independentemente de deterem maior ou menor rendimento ou património. Neste caso todos pagam o mesmo!
- b) Tributação proporcional ao rendimento de cada contribuinte, ou seja, com uma taxa de imposto uniforme. A taxa de imposto é, *grosso modo*, o montante aplicado à matéria coletável que, no caso do imposto proporcional será igual para todos. No caso da Tributação proporcional, a mesma pode ser aplicada a todos ou, numa variação do sistema, existir uma isenção de aplicação da taxa para quem tenha rendimentos mais baixos. Neste caso temos um sistema de tributação proporcional mas com um laivo de progressividade.
- c) Tributação com progressividade de taxas, ou seja, com taxas que se vão agravando à medida que é mais elevado o rendimento tributado. Neste caso, as taxas vão aumentando consoante o aumento do valor da matéria coletável, sendo admissível uma limitação, impondo um limite superior de taxa. Numa formulação simples, “(...) *um imposto é progressivo ou regressivo conforme a taxa média aumenta ou diminua com os aumentos do rendimento tributado, é proporcional se a taxa média não se altera com as variações de rendimento, e é «de capitação» se consiste no pagamento uniforme de uma única quantia.*”¹¹¹²

A maior parte dos sistemas fiscais atuais adotam uma tributação com progressividade de taxas.

De facto, até o próprio Adam Smith, no seu “Riqueza das Nações”, já se referia ao pagamento em razão dos seus haveres para a observância do valor da igualdade na tributação¹¹¹³. E a Própria Declaração do Homem e dos Direitos de 1979 estabelecia que “os impostos deveriam ser suportados em proporção das possibilidades económicas de cada um”.

A defesa da atividade redistributiva do Estado faz-se atendendo a uma ideia de justa igualdade de níveis de rendimento e de riqueza. No fundo, pressupõe ser condicente com o princípio da igualdade, sendo por isso a progressividade¹¹¹⁴ e a capacidade contributiva essenciais na prossecução desses objetivos.

Contudo, a progressividade da tributação traz consigo várias questões.

Vilfredo Pareto analisou a progressividade dos impostos de forma muito assertiva: o sufrágio universal e as assembleias representativas dos cidadãos abriram porta a que a maioria dos votantes passam a ser aqueles que não os suportam e são beneficiários¹¹¹⁵. E esse é um problema enorme.

Há aqui uma dependência do poder político perante esta necessidade de agradar a uma larga maioria de isentos, não pagantes ou maioritariamente beneficiários face aos que realmente contribuem para a receita tributária. De certa forma, o maior grupo de pressão para a manutenção desta progressividade é a imensa maioria de beneficiários! A escolha coletiva é

¹¹¹² Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 532 e ss.

¹¹¹³ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 46 e ss.

¹¹¹⁴ De referir que o princípio da igualdade não obriga a um regime de progressividade de taxas de tributação mas sem dúvida que o favorece. Aliás, a ideia da progressividade chegou a ser bastante combatida por se considerar que colidia com o princípio da proporcionalidade. Chegou-se mesmo a falar em confisco da riqueza pessoal, ou roubo progressivo.

¹¹¹⁵ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 55 ss.

feita com os cenários existentes, e esta maioria de votantes é essencial para a escolha dos órgãos governativos.

Por outro lado, não deixa de ser interessante verificar que a progressividade leva ainda a uma tentativa de fuga ou evasão por parte dos que mais contribuem. Isto porque não conseguem perceber as vantagens decorrentes da entrega de parte do seu rendimento ao Estado.

Esta percepção fica ainda afetada quando, em nome de valores de justiça social, existe cada vez mais um aumento das taxas ou sobretaxas sobre os rendimentos mais elevados, bem como a parafiscalidade afeta cada vez mais estes mesmos rendimentos. Ora, o fardo com os tributos, sobretudo se tivermos em conta o fardo conjunto, acaba por ser de elevada monta, contribuindo para uma sensação de esbulho fiscal. Isto acompanhado da deterioração da prestação de serviços públicos e serviços essenciais acaba por causar um descontentamento e fuga de capitais.

Ainda relativamente à questão da justiça e aliados ao princípio da igualdade, temos dois princípios que não podem ser descurados e são a base do sistema fiscal progressivo: i) Princípio da capacidade contributiva; ii) Princípio do benefício ou da equivalência.

Começamos por relevar que estes dois princípios são corolários do princípio da igualdade, sendo o primeiro relevante sobretudo para os tributos unilaterais e o segundo relevantíssimo no que concerne aos tributos bilaterais.

Falamos do conceito de igualdade não apenas formal mas também e sobretudo duma igualdade material, ou seja, uma igualdade da lei que obriga o legislador a não efetuar distinções arbitrárias nem tratar de forma desigual ou que é igual ou igualmente o que é desigual¹¹¹⁶. Muito sinteticamente¹¹¹⁷, de acordo com o princípio da capacidade contributiva, a oneração dos impostos deve ser distribuída de acordo com a aptidão de cada um para suportar, com o seu rendimento, o sacrifício representado por aquela oneração¹¹¹⁸. Nestes termos, cada um deve pagar de acordo com a sua capacidade para contribuir.

Mas, sendo um corolário do princípio da igualdade¹¹¹⁹, a igualdade de sacrifícios pressupõe que as situações dos contribuintes sejam comparáveis. Por isso, a capacidade contributiva remete-nos para princípios complementares:

- i) Princípio da igualdade horizontal, em que contribuintes em situação de capacidade contributiva similar – com rendimento similar – devem estar sujeitos às mesmas regras de sujeição e pagar o mesmo montante de imposto;
- ii) Princípio da igualdade vertical, segundo o qual um contribuinte com maior capacidade contributiva do que outro, deve pagar mais imposto do que o que tem menor capacidade contributiva.

Repare-se que este princípio da capacidade contributiva funciona até como limitação material do próprio legislador em que não poderia criar um imposto de pagamento obrigatório para quem não tivesse capacidade económica para o pagar. Mas também uma igualdade não

¹¹¹⁶ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 377 ss.

¹¹¹⁷ Voltaremos a estes conceitos adiante numa análise menos toldada pelo princípio da justiça.

¹¹¹⁸ Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 534 e ss.

¹¹¹⁹ Na vertente de tratar de igual forma o que é igual e de forma diferenciada as realidades diferentes.

discriminante em relação à natureza do rendimento, da atividade, idade sexo, competência ou aptidões.

A capacidade contributiva é um elemento essencial de concretização do princípio da igualdade e de justiça, uma vez que transpõe o pressuposto de generalidade segundo o qual, se todos são iguais perante a lei, todos devem ser por ela tributados de acordo com a riqueza concretamente determinada¹¹²⁰.

Por último, a capacidade contributiva faz com que exista ainda um mínimo que seja garantido, uma porção de riqueza que se mantém intocada pela tributação e que é necessária para a subsistência para que o imposto não se torne confiscatório¹¹²¹.

Já no que diz respeito ao princípio do benefício ou da equivalência, todos devem ser tributados atendendo ao uso que fazem dos bens públicos, o que leva a um exercício de proporcionalidade entre o benefício do uso privativo dum bem público e o valor do tributo¹¹²².

Na sua origem, o princípio do benefício levaria a uma situação de imposto regressivo, estando muito unido à ideia de benefício estrito. Logo, aqueles que tinham mais rendimentos não tinham tanta necessidade de recorrer a serviços públicos pelo que deveriam pagar impostos proporcionalmente. Isto levaria a que, em limite, o mais rico poderia nem pagar impostos porque não utilizaria serviços públicos.

Mas esta não é uma ideia pacífica. Há quem considere exatamente o contrário: quem tem mais posses está também mais atento às possibilidades de utilização dos serviços públicos. E por isso mesmo seria importante desenvolver o que será então a igualdade de sacrifício. Porém, tal não se mostra tarefa fácil.

A igualdade de sacrifício poderá ser avaliada essencialmente, por três vias: a) teoria do sacrifício igual, em que cada contribuinte deve sofrer uma perda de utilidade ou bem-estar igual à de todos os demais contribuinte; b) teoria do sacrifício proporcional, em que cada contribuinte deveria perder a fração de utilidade total do seu rendimento de forma a que a fração da utilidade total de cada contribuinte seja igual para todos; c) teoria do sacrifício marginal ou mínimo, o sacrifício ou utilidade perdida por cada contribuinte deve ser de modo a que a última unidade implique o mesmo sacrifício para todos¹¹²³.

Mas nenhuma destas teorias nos indica que taxa deve ser aplicada ou qual a efetiva distribuição da carga fiscal.

Contudo, a ideia de equivalência foi sendo desenvolvida sobretudo para os tributos bilaterais, onde existe um sinalagma, um benefício por uso privativo de determinado bem público. Nos tributos bilaterais existe um benefício “à conta” da coisa pública que deve ser remunerado de forma proporcional. Isto porque, a natureza indivisível de certas prestações públicas dificulta ou inviabiliza o conhecimento das quantidades consumidas, tornando o princípio da equivalência inaplicável no caso de ausência de bilateralidade.

¹¹²⁰ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 377 ss.

¹¹²¹ Há aqui uma ideia de “limite do sacrifício”, ou seja, a própria igualdade deve ser de tal forma que o sacrifício deve ser ele próprio igualitário (igualdade formal do sacrifício)

¹¹²² Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 534 e ss.

¹¹²³ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 387 ss.

Por outro lado, há benefícios que, inevitavelmente, escapam à tributação. Sendo os bens públicos dirigidos à satisfação de necessidades coletivas que são necessidades de satisfação passiva, isto é, que se preenchem pela mera circunstância de os bens públicos existirem independentemente de qualquer procura, não pode haver um preço pois não se sabe quanto cada um estaria disposto a contribuir pela utilização de cada unidade de bem público¹¹²⁴.

Por último, o sistema fiscal deve ainda estar sujeito ao princípio da legalidade, ou seja, o conceito clássico de que ninguém pode ser obrigado a pagar um imposto que não tenha sido regularmente legislado anteriormente e a subjugação ao parlamento, aos representantes dos eleitores a aprovação desse imposto.

Estamos a falar do princípio do “*no taxation without representation*” que é significativo para a limitação do Estado, no sentido em que continua a ser necessário o consentimento dos representantes dos contribuintes para a criação de impostos.

ii) Serviços de Interesse Geral

Passamos agora a um outro tipo de intervenção do Estado, por motivos de justiça, que nos parece ser essencial analisar sobretudo pela importância que assume nos sectores regulados.

O conceito de serviços de interesse geral, desde 1996, que tem sido enquadrado pela União Europeia. As comunicações COM 96/443 e COM 580/2000, já consideravam que os serviços de interesse geral seriam os definidos por cada Estado-Membro, mas consideravam que os mesmos eram elementos-chave no modelo societário europeu.

Por isso mesmo, seria da responsabilidade das autoridades públicas de cada país a definição dos seus objetivos e as formas como esses objetivos seriam atingidos.

Do lado da União Europeia, caberia assegurar o respeito e a aplicação das regras dos Tratados, em especial nos sectores cuja dimensão e estrutura de rede lhes dê uma dimensão europeia, para garantir o maior grau de satisfação dos utentes.

Em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, há uma inovação relativamente aos Serviços de Interesse Geral, adicionando-se um protocolo relativo aos mencionados serviços ao próprio tratado, que cria uma nova base jurídica, permitindo que as instituições europeias adotem regulamentos relativos à gestão dos serviços de interesse económico geral - artigo 14.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE. Contudo, a legislação da UE permite que os países da UE determinem livremente o modo como entendam organizar os serviços de interesse económico geral.

Ou seja, o Parlamento e o Conselho passam a deter uma influência legislativa, por via de emissão de regulamentos, para estabelecer princípios e condições sobre os serviços de interesse geral. Mesmo tendo-se mantido na esfera nacional as bases, princípios e condições de funcionamento destes serviços.

De facto, o que passa a suceder é que a União Europeia assume claramente que os serviços de interesse geral são um veículo da política regulatória que prossegue e por isso – como sucedeu nos diversos sectores, sobretudo sectores em rede – a União Europeia pretende também regular o que considerar conveniente sobre estes serviços de interesse geral.

¹¹²⁴ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual”, Almedina, 2008, p. 386 ss.

Já em 2011, a UE adotou o enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na União Europeia com os seguintes objetivos¹¹²⁵: i) explicar como as normas da UE se devem aplicar aos serviços de base e, quando necessário, rever essas normas, a fim de assegurar a satisfação das necessidades específicas; ii) garantir o acesso de todos os cidadãos aos serviços essenciais; ii) promover a qualidade dos serviços sociais, utilizando os progressos realizados como modelo para os outros serviços de base¹¹²⁶.

A UE também atualizou as regras em matéria de contratos públicos e introduziu novas regras relativas à aplicação dos auxílios estatais aos serviços de interesse económico geral¹¹²⁷.

Não esquecer que a União Europeia, na sua ação, está sujeita aos princípios da neutralidade, liberdade de definição e proporcionalidade¹¹²⁸. Neutralidade relativamente à propriedade pública ou privada das empresas prestadoras de serviços de interesse geral.

Os Estados-Membros têm liberdade de definição dos serviços que consideram de interesse geral, sendo a intervenção da UE mais limitada. O princípio da proporcionalidade implica que os meios utilizados pelos Estados-Membros na satisfação do interesse geral, não poderá criar distorções comerciais desnecessárias. Neste particular há que atender ainda às regras de concorrência já presentes nos Tratados, em especial as regras de funcionamento do mercado interno, pelo que quaisquer restrições à concorrência devem ser estritamente necessárias para garantir uma efetiva realização do interesse geral.

Estes princípios estão patentes no Protocolo 26, junto ao Tratado de Lisboa, relativo aos serviços de interesse geral, onde podemos encontrar:

“Os valores comuns da União no que respeita aos serviços de interesse económico geral, na aceção do artigo 14.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, incluem, em especial:

- o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores,*
- a diversidade dos variados serviços de interesse económico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais,*
- um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores.”*

Após a segunda Guerra Mundial, as democracias europeias desenvolveram a ideia de Estado Social. E neste âmbito, o Estado deveria assegurar e prestar aos seus cidadãos um determinado conjunto de serviços. Tal sucedeu porque, com o desenvolvimento da ideia de justiça social, percebeu-se que o funcionamento do mercado levava a distorções socialmente indesejadas em diversos sectores.

¹¹²⁵ Cfr. https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_pt

¹¹²⁶ Ver “A quality Framework for Services of General Interest in Europe”, disponível em https://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014

¹¹²⁷ Vide Regulamento (UE) n.º 360/2012 da Comissão, de 25 de abril de 2012, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0360&from=DA>

¹¹²⁸ Cfr. Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 16 e ss.

A tendência foi a de o Estado prestar diretamente esses serviços. Mas com o movimento de privatização e de regulação, acelerado pela construção do mercado comum e as políticas regulatórias europeias, foi necessário encontrar mecanismos para assegurar serviços à população, mesmo que os mesmos fossem prestados por entidades privadas.

Torna-se, por isso, essencial definir o que são interesses gerais. É uma atividade comercial ou não cuja generalidade dos cidadãos utiliza, traduzindo-se para eles numa verdadeira necessidade para uma completa vivência social¹¹²⁹.

O serviço de interesse geral será aquele que satisfaça as necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos.

Esta qualificação de serviço como sendo de interesse geral, vai depender sempre do nível de evolução e desenvolvimento da sociedade e o conceito tem vindo, necessariamente, a sofrer alterações. Podem ser considerados como serviços de interesse geral: o fornecimento de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, serviços de rádio e televisão, fornecimento de água, fornecimento de gás, transportes coletivos, serviços de saúde, segurança social, educação, cultura e outros relacionados com a autoridade pública.

A listagem não é fechada uma vez que os serviços de interesse geral são definidos por cada país. Serviços de interesse geral são serviços que as autoridades públicas dos Estados-Membros classificam como sendo de interesse geral e, por conseguinte, sujeitos a obrigações específicas de serviço público. Os serviços de interesse geral são essenciais à vida, saúde e participação social dos cidadãos, sendo por isso cada vez mais essenciais e é onde se gasta uma fatia importante dos recursos públicos.

Temos de ter em conta uma visão diferente dos destinatários destes serviços de interesse geral. As pessoas que utilizam estes serviços são consumidoras, ou seja, sujeitos a quem é fornecido o bem ou prestado o serviço. E enquanto consumidores, gozam de direitos fundamentais análogos aos direitos, liberdades e garantias, conforme dispõe o artigo 60º da Constituição da República Portuguesa.

Mas para além de consumidores, os mesmos são utentes, ou seja, um conceito ainda mais amplo do que consumidor – que se restringe à relação comercial.

É por isso que há quem defenda que os serviços de interesse geral são fonte dum verdadeiro direito de cidadania. Isto porque são direitos que estão inerentes à vivência em sociedade, à estrutura da sociedade moderna¹¹³⁰. Neste sentido, negar o acesso a este tipo de serviço é atentar contra os seus próprios direitos de cidadãos.

Os serviços de interesse geral podem ser categorizados em:

- i) Serviços de interesse económico geral, que são serviços de base prestados em troca dum pagamento, estão sujeitos à concorrência e regras do mercado interno europeu;
- ii) Serviços não económicos, tais como justiça, polícia, regime de segurança social obrigatório que não estão sujeitos a legislação europeia, e;

¹¹²⁹ Cfr. Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 16 e ss.

¹¹³⁰ Cfr. Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 16 e ss.

- iii) Serviços sociais de interesse geral que correspondem às necessidades dos cidadãos mais vulneráveis e assentam nos princípios da solidariedade e da igualdade de acesso.

Contudo, esta categorização não nos parece ser a mais adequada para a análise que aqui pretendemos efetuar. Até porque, a existência de qualquer serviço de interesse geral já é, por si só, uma demonstração de intervenção do Estado com vista a melhorar o bem-estar social ou meio de concretização de padrões de justiça social. Porque mesmo estando subjugados a padrões de concorrência, os serviços de interesse geral nunca deixam de ser considerados como essenciais à vivência em sociedade.

Assim, façamos antes um périplo pelos serviços de interesse geral e figuras afins que são especialmente relevantes neste sistema de balanço entre concorrência e solidariedade/ justiça social.

Em primeiro lugar façamos aqui referência ao Serviço Público. Tradicionalmente, na conceção de Pedro Gonçalves¹¹³¹, o conceito objetivo de serviço público nunca teve acolhimento na doutrina e por isso considera-o como uma tarefa administrativa de prestação, ou seja, uma atividade que a administração é titular e é responsável pelo seu exercício.

De qualquer forma, esta conceção não é coincidente com os serviços de interesse geral¹¹³². Se bem que o conceito de serviço de interesse geral surge quando serviços pelos quais a administração era outrora responsável deixam de ser prestados pelo Estado e podem ser fornecidos por privados.

Neste âmbito, pode-se afirmar que os serviços públicos são serviços de interesse geral que são prestados diretamente pela administração ou poder público¹¹³³. Contudo, esta observação não é completamente pacífica. No fundo porque os serviços de interesse geral têm de ser prestados, em último caso devem ser assumidos pelo Estado. Quando o Estado privatizou ou concedeu a privados as atividades de interesse geral, passa a exigir a esses privados obrigações de interesse geral, obrigações de serviço público.

Há ainda a conceção de serviços públicos essenciais, que Portugal consagrou na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, em que o legislador tomou a opção de definir quais são os serviços públicos considerados essenciais para que possam gozar duma especial atenção e defesa, quer para fornecedores mas também utentes.

Os serviços de interesse económico geral (SIEG) são os que têm tido maiores desenvolvimentos e são os mais desafiantes face à necessidade de cumprimento de regras de concorrência. Estes são serviços de interesse geral que satisfazem necessidades básicas de natureza económica.

No âmbito do direito europeu, os SIEG constituem o elemento que visa assegurar a articulação entre as regras de concorrência do mercado interno e os valores sociais. Por isso mesmo, no âmbito dos SIEG podem ser limitadas as regras de concorrência ou mesmo afastadas a favor de outros princípios ou grandezas de natureza social.

¹¹³¹ Citado por Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 16 e ss.

¹¹³² Cfr. Dulce Lopes, “O nome das coisas: Serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário”, Temas de Integração n.º 15 e 16, Almedina, 2003

¹¹³³ Neste sentido, Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 21 e ss.

Nos termos do n.º 2 do artigo 106º do TFUE, *“As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União”*

E aqui está a justificação para que, em nome da defesa de princípios sociais se possa derrogar as normas de concorrência. Neste particular, o TJUE tem sido importante na decisão sobre a aplicação do n.º 2 do artigo 106º do TFUE. Isto porque, muito embora fique nas mãos dos Estados a definição e execução dos SIEG, os mesmos não podem fugir aos princípios dos Tratados, mormente o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Por fim, temos ainda o Serviço Universal, que exprime um conjunto de princípios e de obrigações que determinados serviços deverão cumprir por forma a serem acessíveis a todos os cidadãos e a preços razoáveis.

A característica de universalidade prende-se com a exigência de que os serviços de interesse geral¹¹³⁴ sejam acessíveis a todos os cidadãos e daqui resultam algumas conclusões, tais como: i) o acesso deve ser feito a um preço acessível, uma vez que o preço é um dos maiores factores de exclusão; ii) o acesso deve ser concedido independentemente de qualquer deficiência física ou idade; iii) os serviços devem ser prestados independentemente do local onde residam os consumidores/ utentes.

Assim, devem existir normas que garantam o acesso aos serviços de forma igualitária, em condições de igualdade., de prestação do serviço sem interrupção injustificada (continuidade), que sejam adequados técnica e tecnologicamente às necessidades dos utilizadores e que seja garantida a segurança e a qualidade¹¹³⁵.

Acrescentamos ainda que devem estar bem presentes a transparência dos processos, a defesa dos utentes e da concorrência.

Decorre desta exposição que não serve apenas ao Estado garantir serviços mas antes garantir a prestação de serviços, com qualidade, universalidade de acesso, adequados e a preço razoável. Este parágrafo é demonstrativo do que temos sempre vindo a dizer relativamente às intervenções do Estado na economia por motivos de justiça: dependem do contexto e conceção de justiça contemporâneo.

A questão mais delicada prende-se com o financiamento dos serviços de interesse geral, sobretudo os SIEG e o serviço universal¹¹³⁶. Às empresas prestadoras de serviços de interesse geral é, muitas vezes, devida uma compensação pela missão de interesse geral que estão a levar a cabo ou que são incumbidas, sem que tal seja a sua atividade natural.

¹¹³⁴ Não queremos com isto dizer que todos os serviços de interesse geral devem ser serviços universais.

¹¹³⁵ Cfr. Dulce Lopes, “O nome das coisas: Serviço público, serviços de interesse económico geral e serviço universal no direito comunitário”, Temas de Integração n.º 15 e 16, Almedina, 2003

¹¹³⁶ Cfr. Sérgio Gonçalves do Cabo, “O financiamento dos serviços de interesse geral no direito comunitário”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Almedina, 2006, p. 678 e ss.

Se essas compensações não existirem, estas empresas podem ver as suas posições de mercado. Mas essa compensação não pode, ela própria, criar distorções, não pode ultrapassar o necessário ao cumprimento das tarefas de serviço público¹¹³⁷.

Tradicionalmente, esta compensação pelo serviço universal ou serviço público, pode ser efetuada por via de compensações públicas, ou seja, pagas pelo Estado às empresas exploradoras de SIEG, devendo contudo ser pagas cumprindo o disposto no artigo 106º n.º 2 do TFUE. O Estado efetua os pagamentos às empresas encarregadas do desenvolvimento das tarefas de interesse público cumprindo-se o princípio da proporcionalidade.

Isto porque estes apoios diretos foram muito tempo discutidos por poderem configurar auxílios do Estado que, nos termos gerais do artigo 107º do TFUE são considerados incompatíveis com o mercado interno.

Depois de várias decisões do TJUE e alguma discussão sobre o tema, em 2012 sai um pacote de documentos sobre os SIEG que visam clarificar as regras em matéria de auxílios estatais, constituído por:

- i) Uma comunicação relativa à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais que clarifica os conceitos fundamentais relacionados com os auxílios estatais aos serviços de interesse económico geral (serviços públicos);
- ii) Uma decisão que define as condições em que as compensações de serviço público são compatíveis com o mercado interno e não necessitam de ser notificadas à Comissão Europeia.
- iii) Uma comunicação relativa ao enquadramento dos auxílios estatais estabelece as condições para avaliar os montantes de compensação elevados que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da decisão. Esses casos têm de ser notificados à Comissão e podem ser declarados compatíveis se preencherem determinados critérios.

Uma das maiores alterações é que passa a existir uma limitação das compensações, sendo que a partir de determinados montantes a compensação tem de ser notificada à Comissão.

O Acórdão Altmark de 2003 do TJUE foi decisivo para estabelecer as condições sob as quais as compensações de serviço público não constituíssem auxílios estatais. São quatro condições cumulativas¹¹³⁸:

- i) o prestador de serviços destinatário deve ter obrigações de serviço público claramente definidas;
- ii) o método de cálculo da compensação deve ser objetivo, transparente e previamente estabelecido;
- iii) a compensação não pode exceder os custos relevantes e um lucro razoável, ou seja, sem sobrecompensação; e
- iv) o prestador é escolhido através de um procedimento de contratação pública ou o nível de compensação é calculado com base numa análise dos custos de uma empresa «média» bem gerida no sector em causa.

Outra forma de compensar as empresas que prestem SIEG à atribuição de direitos exclusivos, reservando-lhes o direito à exploração de sectores onerados com as obrigações de serviço

¹¹³⁷ Cfr. João Nuno Calvão da Silva, “Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral”, Almedina, 2008, p. 231 e ss.

¹¹³⁸ Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:4399781>

público. Desta forma o Estado subtrai a possibilidade de exploração de atividades economicamente rentáveis aos restantes agentes do mercado e permite-se a formação de monopólios com lucro extraordinário em compensação das perdas com a prestação de serviços de interesse geral, mormente o serviço universal¹¹³⁹. Assim, o Estado assume perfeitamente que está a distorcer o mercado uma vez que permite a formação de monopólios. Este tem sido o “combate” sobretudo da Comissão Europeia que se mostra bastante relutante na formação e manutenção de monopólios.

O financiamento destes operadores que têm obrigações de serviços de interesse geral pode ainda ser feito pelos outros operadores por via de cobrança de encargos de acesso à rede. Neste caso, estamos perante sectores em rede onde é distinguida a exploração da rede e a prestação de serviços ou distribuição. Nestes casos, o acesso à rede é pago.

No que concerne especificamente ao financiamento do serviço universal, são geralmente três as formas de financiamento¹¹⁴⁰:

- i) Financiamento pelo Estado que pode revestir diversas formas, desde auxílio a determinados grupos sociais, determinação e estipulação de preços (tarifas ou taxas) que depois são compensados com subsídios, subvenções ou rendas pagas pelo Estado, benefícios fiscais, etc.;
- ii) Financiamento pelos fornecedores, quando existe um fundo para o qual todos os fornecedores contribuem obrigatoriamente e que serve exatamente para cobrir a prestação do serviço de interesse geral em causa. Geralmente, este custo dos fornecedores acaba repercutido no preço ao consumidor mas já depois de alguma dispersão do custo pois quanto mais contribuidores existirem para o fundo menor será a contribuição de cada um e consequentemente menor será o impacto na repercussão no preço colocado aos consumidores.
- iii) Financiamento pelos consumidores, quando o preço do serviço universal seja repercutido diretamente no universo geral dos consumidores, ou seja, por todos os consumidores para além dos abrangidos pelo serviço universal, dispersando o custo do mesmo.

De qualquer forma, há que relevar que seja qual for o método de financiamento, o mesmo não pode distorcer a qualidade, a abrangência e acesso do serviço.

Os serviços de interesse geral representam a alteração de paradigma do Estado em relação à prestação de serviços públicos, passando a ser possível estes serviços de interesse geral serem prestados por privados.

Contudo, a compensação desses privados tem de ser feita obrigatoriamente o que faz com que, no fundo, seja uma distorção do mercado em concorrência, feita em razão de valores de justiça de garantir serviços considerados essenciais na vivência atual.

Em cada sector podemos encontrar a consagração específica destes serviços de interesse geral, em particular o serviço universal. Sendo esta prestação de serviço universal muitas vezes supervisionado pelas entidades reguladoras sectoriais.

¹¹³⁹ Cfr. João Nuno Calvão da Silva, “Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral”, Almedina, 2008, p. 242 e ss.

¹¹⁴⁰ Cfr. Rodrigo Gouveia, “Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”, CEDIPRE – Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 34 e ss.

Por isso mesmo se justifica a separação entre produção, fornecimento, distribuição e supervisão nestes sectores.

Curiosamente, no que concerne ao financiamento destes serviços de interesse geral, podemos encontrar instrumentos tributários criados numa ótica sobretudo bilateral, de compensação por determinada contraprestação.

Será destes e outras figuras tributárias que trataremos no capítulo seguinte.

Parte II

Mecanismos Tributários Associados à Regulação

Capítulo 5 – Os Tributos enquanto meio de Regulação

Fizemos um périplo pelo instituto Regulação. Como intervenção do Estado na economia, as suas raízes históricas, seus fundamentos, modelos, distorções.

A Regulação é, ela própria, um instituto autónomo. Como percebemos acima, existem um conjunto de padrões que se aglomeram para que se consiga categorizar esta disciplina da Regulação.

A tributação é também um instituto autónomo. Com regras e padrões próprios, princípios definidos, incluindo regras legais muito características. É desta realidade que agora nos vamos deter, tendo como fito um tipo de tributação em concreto a que apelidaremos de tributação de regulação.

Em resposta a uma ineficiência do mercado, o Estado utiliza, muitas vezes os tributos como mecanismo pigouviano de correção. Mas os tributos não servem apenas para corrigir as ineficiências, tendo ainda uma função essencial no regime de financiamento e autonomia das entidades reguladoras.

Os tributos, cuja função primordial é arrecadar receita para fazer face às despesas gerais do Estado, são elemento essencial num sistema regulatório cada vez mais autónomo. As entidades reguladoras, dotadas de elevada autonomia, têm um elemento de financiamento fundamental que são os tributos devidos pelos regulados, cobrados exatamente para financiamento da atividade de regulação.

Mas este corpo autónomo, a tributação, é complexo¹¹⁴¹. Esta complexidade deriva da vasta utilização que é dada aos tributos, variedade de fundamentos e configurações. Note-se que o Estado, na ânsia da arrecadação de receita para fazer face à crescente despesa pública, tem sido particularmente inventivo no que concerne às figuras tributárias e seus fundamentos.

Ora, esta criatividade egoísta do Estado tem ainda, a nosso ver, um segundo vetor de análise que se prende com a crescente intervenção algo encapotada do Estado.

O Estado tem, de facto, vindo a manter uma mão intervencionista. Por um lado, faz intervenções diretas, autoritárias para salvaguardar interesses “maiores”. Exemplo disso foram as nacionalizações de bancos ou da TAP face ao elevado risco de funcionamento dos sectores em questão. Ou a recente intervenção musculada na economia durante a pandemia COVID 19, onde

¹¹⁴¹ Nada que também não se possa afirmar sobre a Regulação!

se arriscou a violação de direitos fundamentais, tais como a livre iniciativa privada ou liberdade de circulação, para defesa da saúde pública¹¹⁴².

Por outro lado, o Estado tem utilizado a tributação como mecanismo de regulação, incluindo delegação de poderes tributários às ERI ou criando “entidades gestoras” de fundos – que são tributos adornados por nomenclatura diversa – para cobrir finalidades diversas.

Assistimos a um emaranhado de “cobranças”, em áreas diferentes, feitas por entidades diversas, por meio de figuras tributárias diversas. Esta é a realidade caótica existente!

O que nos propomos neste capítulo é a percorrer um caminho que nos conduza por entre este emaranhado e consigamos encontrar uma forma de organizar estes tributos associados à regulação.

5.1. A Caótica Realidade

De facto, já fomos aqui abordando a diversidade de tributos que podem surgir associados à Regulação¹¹⁴³. Diversidade essa que se estende não apenas à natureza dos tributos como às finalidades pretendidas, áreas de atuação e procedimentos de criação, incidência, liquidação e cobrança dos mesmos.

Em primeiro lugar sabemos que são utilizadas figuras tributárias com diversos fundamentos. Ou seja, são criados tributos que, para além de pretendem receitas para fazer face às despesas do Estado, têm também outras finalidades. Falamos do elemento teleológico ou finalístico presente nas figuras tributárias, e que é um dos elementos-chave para a caracterização da natureza do tributo em causa.

Em regra, qualquer categoria de tributos visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas. Contudo, outras finalidades juntaram-se a esta, finalidades que podem apelidar-se de parafiscais ou extrafiscais.

A nomenclatura, para o que nos interessa neste ponto, é de somenos importância. Seria até limitadora para o que ora prosseguimos. Interessa, porém, reter que os tributos podem ter finalidades de arrecadação de receita que podem conjugar com outras finalidades.

¹¹⁴² Apenas como elemento de reflexão, parece-nos que no conceito de “saúde pública” deve incluir-se uma amplitude alargada, isto porque as preocupações variaram muito de tom: do inicial medo do desconhecido passou-se à proteção dos mais vulneráveis devido ao aumento exponencial de número de óbitos nas faixas etárias mais velhas. A seguir a preocupação era “achatar a curva” da procura dos serviços de saúde face à saturação dos serviços. Neste último caso, o pico da procura de serviços de saúde não justifica alguma inoperabilidade que foi exposta. Ainda percorremos o período onde testar era essencial para quebrar linhas de contágio, isolar, confinar. Por fim, a preocupação e aparato gerou-se em torno da vacinação em massa, essa sim uma externalidade positiva que veio permitir alguma acalmia e retorno a uma vivência relativamente normal. De qualquer forma, tudo parece enquadrar-se na ideia de defesa da saúde pública, da não propagação de doença contagiosa, que acobertou medidas como isolamento, confinamentos gerais, uso obrigatório de máscaras, limitações à circulação, encerramento de determinadas atividades comerciais, proibição de ajuntamentos em via pública, etc..

¹¹⁴³ Referimos Regulação e não Regulação Económica por um motivo simples: a ideia de regulação económica é limitadora e aqui pretendemos abarcar as realidades de regulação. Tal está, aliás, em consonância com a aproximação ao conceito de regulação efetuada no ponto 3.1. *in fine* do presente trabalho, onde nos dispomos a abarcar no conceito de regulação vários elementos, de forma mais ampla.

Ora, essas finalidades são, algumas delas, já bem nossas conhecidas uma vez que tratamos de tributos que, eles próprios são meios de correção de ineficiências de mercado¹¹⁴⁴.

Conforme abordámos no capítulo 4, o mecanismo tributário é utilizado para a correção de ineficiências do mercado, as tradicionais falhas de mercado, mormente externalidades, bens públicos e recursos comuns. E podem coadjuvar ainda no combate a poderes de mercado pois podem intervir, por exemplo, ao nível do lucro extraordinário¹¹⁴⁵ com tributação extraordinária sobre empresas com lucros especialmente elevados.

Para além de serem utilizados como meio de combate a falhas de mercado, os tributos têm ainda servido como valiosos meios de correção de distorções sociais, tendo um papel fulcral na (re) distribuição de rendimentos.

Outra finalidade prosseguida pelos tributos é coadjuvar obrigações de interesse público devidos pelos privados que assumem funções públicas. No âmbito dos serviços públicos, serviços de interesse económico geral, serviço universal, não raras vezes se encontram figuras tributárias a servirem para a prossecução de finalidades de justiça social.

Para o Estado produzir bens públicos é necessário que exista um financiamento, sendo esse provido essencialmente pelos impostos gerais. Contudo, nem sempre assim o é. O Estado pode criar determinado tributo para financiar um bem público¹¹⁴⁶.

Certo é que, vigorando um princípio orçamental de não consignação de receitas gerais, os bens públicos são financiados por receitas gerais do Estado e pela sua utilização é cobrada uma taxa, categoria de tributo geralmente mais adequada ao ressarcimento de contraprestação.

Contudo, a estrutura dos tributos pode contemplar várias finalidades “extra”¹¹⁴⁷ o que quer dizer que um tributo pode efetivamente ser complexo por pretender cobrir várias finalidades.

¹¹⁴⁴ Mais uma vez somos cuidadosos com as palavras quando referimos ineficiências do mercado. Isto porque os tributos, como amiúde se abordou no capítulo 4, ponto 4.2. e 4.5., podem ser mecanismos de correção de falta de eficiência do mercado ou por distorções sociais. Aliás, os tributos são instrumentos eficazes para a (re) distribuição de rendimentos, por exemplo, ou prossecução de justiça social.

¹¹⁴⁵ Referimo-nos ao conceito de lucro extraordinário economicamente relevante, ou seja, qualquer valor acima do lucro normal, padrão do mercado em concorrência perfeita. Recorde-se que o lucro normal é o ponto mínimo aceitável de lucro, que incentiva os agentes a manter-se no mercado, quando os custos são cobertos pelos ganhos (*break-even*).

¹¹⁴⁶ A consignação de receitas tributárias que, em regra, não deve suceder conforme dispõe a Lei de Enquadramento orçamental, tem sido cada vez mais utilizada em tributos como as Contribuições Extraordinárias, usadas para financiamento urgente de determinados sectores. O caso, por exemplo, da contribuição extraordinária dos fornecedores do SNS de dispositivos médicos cuja receita fica consignada a um fundo de apoio à aquisição de tecnologias da saúde inovadoras pelo SNS, objeto de avaliação no âmbito do Sistema Nacional de Avaliação de Tecnologias de Saúde (Cfr. Lei n.º 2/2020, 31.03, artigo 375º).

¹¹⁴⁷ Por este motivo não conseguimos seguir, para o propósito deste tema, a nomenclatura de “tributos extrafiscais” uma vez que os mesmos podem ter uma estrutura cujo elemento finalístico é a cobertura de necessidades financeiras – elemento classicamente considerado “fiscal” - mas ainda vários outros fins, tais como alteração de comportamento dos agentes, defesa da saúde, diminuição de consumo de determinados bens ou serviços, etc. A cumulação de finalidades do tributo poder ser de geometria variável, podendo desvirtuar a figura do tributo ou, simplesmente, adaptar à realidade complexa os mecanismos tributários. Coisa diferente é querer encontrar nome para o que já está definido, ou seja, consideramos que o legislador erra quando não padroniza a sua atuação atendendo a determinados limites, mormente constitucionais. Com isto criticamos a utilização de nomes como “compensação”, “tarifa”, “contributo”, entre outras quando existem claramente apenas três categorias de tributos constitucionalmente previstos, a saber, imposto, taxa e contribuições.

Neste particular, devemos desde já alertar para a própria eficiência do tributo em si. Se pretender cobrir várias finalidades não será fácil a análise da sua eficiência. Vejamos, se um tributo tiver finalidade de cobertura de custos de determinada contraprestação, em termos económicos avalia-se o custo associado à contraprestação e apura-se o valor do tributo. Mas, se para além disso pretender, por exemplo, cobrir um custo externo, ou seja, o valor duma determinada externalidade, temos de juntar a tarefa de cobertura de custo da contraprestação com o valor da externalidade, tornando-se o cálculo de maior complexidade.

Estamos, por isso, em crer que quanto mais complexa a estrutura do tributo maior será a dificuldade de eficiência da mesma. E traz ainda outro problema que é a opacidade que se gera relativamente ao verdadeiro motivo do tributo. Isto porque quanto maior opacidade da figura tributária maiores dificuldades de compreensão para o contribuinte médio, gerando o próprio tributo uma externalidade negativa, como a fuga ou evasão ou custos de não cumprimento¹¹⁴⁸.

Neste âmbito, temos uma falha da própria intervenção do Estado, tal qual qualquer outro mecanismo regulatório pode ter. Aliás, com dupla consequência que é a ineficiência económica e a questionabilidade da legalidade do tributo.

Assim, encontramos como elemento(s) finalístico(s) para a criação de tributos, a arrecadação de receita que estará sempre presente, a correção de falhas de mercado tais como externalidades ou poderes de mercado, correção de ineficiências sociais onde incluímos a proteção de direitos de interesse público. Cada tributo pode ser construído abrangendo mais do que um elemento finalístico.

Como se apenas esta introdução não fosse suficiente para uma caótica realidade destes tributos associados à regulação, encontramos ainda este tipo de construções tributárias em diversas áreas.

A título meramente de exemplo, sem pretensão de esgotamento do tema, encontramos tributos de regulação na área da saúde, medicamento, educação, cultura, ambiente, banca, energia, turismo, etc..

Na saúde temos a paradigmática taxa moderadora. Este tributo tem sofrido várias alterações ao longo do tempo, sobretudo ao nível da sua abrangência e valor. Contudo, sendo hoje possível a isenção desta taxa em várias situações, a mesma continua a ser utilizada como contraprestação por um serviço de saúde – urgência ou consulta – mas também porque se pretende colocar um entrave, mesmo que mínimo, ao acesso a serviços de saúde.

Recorde-se que a legislação portuguesa considera que os serviços de saúde são tendencialmente gratuitos, pelo que não há uma obrigatoriedade de gratuitidade geral. A cobrança da taxa moderadora surgiu exatamente para combater o “abuso de acesso”, ou seja, a excessiva procura por bens que são relativamente escassos no mercado mas cujo preço estava estipulado como extremamente reduzido ou nulo.

Sobretudo no que concerne ao acesso a serviços de saúde de cariz urgente, as taxas moderadoras mantêm um ímpeto regulador. É, contudo, ténue a fronteira entre uma taxa que seja reguladora de acesso numa área de fundamental importância e um entrave ao acesso a um serviço essencial para a vivência humana.

¹¹⁴⁸ Não cumprimento voluntário ou involuntário. Porque a complexidade acarreta menos compreensão e conhecimento.

Caso parecido são as taxas de justiça, cobradas aos autores de ações judiciais que pretendam interpor em Tribunal para apreciação de determinada pretensão. O valor da taxa de justiça depende do valor atribuído à ação¹¹⁴⁹ – que pode ter ou não correspondência com o valor económico em causa na pretensão – sendo um valor cobrado pelo acesso à justiça e custo da movimentação da máquina administrativa.

Mais uma vez inexistente uma equivalência económica entre prestações mas serve para que o cidadão tente meios alternativos de resolução de litígios antes de recorrer aos meios judiciais.

Características semelhantes podem ser encontradas nas propinas cobradas no âmbito da educação por instituições de ensino público. As mesmas são também fixadas pelo Estado com um valor em nada correspondente à contraprestação¹¹⁵⁰ que o aluno usufrui, numa tentativa de financiamento da instituição mas ainda de entrave a excessos.

A propina, que etimologicamente corresponde a gorjeta, gratificação ou joia, acaba por ser um tributo de acesso a um determinado grupo, *in casu*, instituição de ensino.

Outro caso curioso são as contribuições especiais sectoriais criadas com a finalidade de financiar determinadas despesas do Estado. Ora, grande parte destas contribuições extraordinárias são, elas próprias, mecanismos de correção de ineficiências sociais e de proteção de interesse público.

Um exemplo claro deste tipo de contribuição extraordinária é a CESE¹¹⁵¹ – Contribuição Extraordinária para o Sector Energético, cujo objeto era claro: *“A contribuição tem por objetivo financiar mecanismos que promovam a sustentabilidade sistémica do sector energético, através da constituição de um fundo que visa contribuir para a redução da dívida tarifária e para o financiamento de políticas sociais e ambientais do sector energético.”*

Ora, o défice ou dívida tarifária no sector da energia é o resultado da decisão política de não permitir que, num ano, os preços da eletricidade reflitam os seus custos, limitando os aumentos de preço a um teto administrativo e obrigando os consumidores futuros a pagar, com juros, aquilo que consumimos nesse ano. Ou seja, uma intervenção do Estado por via de fixação de preços máximos, intervenção essa para proteção do acesso a um bem essencial (eletricidade, no caso).

Ora, a CESE é criada para cobrir a despesa resultante do benefício criado por esse défice tarifário, imposto pelo Estado. Portanto, o Estado encontrou um mecanismo de não ser a receita geral do Estado a pagar esta medida mas antes uma contribuição extraordinária sobre o sector. Sendo que a decisão relativa à limitação de preços é exclusivamente do Estado!

¹¹⁴⁹ Uma nota curiosa é que a taxa de justiça varia de acordo o valor atribuído à ação, sendo que o critério de atribuição desse valor da ação é da responsabilidade do direito processual não tendo necessariamente uma correspondência económica com a pretensão. Por isso, a taxa de justiça a pagar varia consoante o valor da ação que parece ser um critério *ad valorem* característico de tributos unilaterais (impostos). Contudo é um critério falacioso: nem sempre as ações com valores mais elevados são os processos de maior complexidade.

¹¹⁵⁰ Falamos obviamente duma equivalência que pode até cingir-se à mera equivalência económica, constituída pelos custos associados ao edifício, manutenção do mesmo, serviços administrativos, pagamento do corpo docente, manutenção de equipamento, enfim, custos correntes para o exercício da atividade.

¹¹⁵¹ De relevar que a CESE tem assistido a algumas alterações relativamente à sua fundamentação, ajustando-se sobretudo às necessidades e alterações financeiras relativamente ao défice tarifário.

Mas, para além desta finalidade de arrecadação de receita, a CESE ainda serve finalidades de proteção ambiental e políticas sociais. Ou seja, como alguns autores diriam, finalidades “extrafiscais”.

Um exemplo mais complexo ainda é a Contribuição Extraordinária sobre a Indústria Farmacêutica cuja receita é consignada às despesas com medicamentos utilizados pelo Serviço Nacional de Saúde.

Não se pretendendo analisar em pormenor esta contribuição extraordinária, curiosamente a mesma tem uma finalidade de arrecadação de receita mas com vista a cobrir a despesa fiscal que o Estado tem com benefícios no fornecimento de medicação no âmbito do SNS. No fundo, é uma fonte de reequilíbrio financeiro decorrente duma correção de ineficiência social¹¹⁵².

Há, portanto, tributos para todos os gostos e ocasiões! Sendo esta Contribuição Extraordinária um mecanismo de correção indireto pois pretende financiar o mecanismo de correção direto (benefício)¹¹⁵³.

Mais enigmática ainda é a contribuição sobre o sector bancário que, atendendo à sua incidência subjetiva – sobre o valor do passivo - e à sua consignação – para o fundo de resolução bancária – fez correr muita tinta sobre a sua natureza de imposto ou contribuição.

Independentemente dessa discussão, mais uma vez o tributo, para além de pretender arrecadar receita para financiamento dum fundo do sector bancário, tinha mais intuítos “extra” penalizando as instituições com determinados passivos.

Ao nível das contribuições extraordinárias, façamos ainda referência à contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos do SNS, criada para financiar investigação médica.

A receita obtida com a contribuição é consignada a um fundo de apoio à aquisição de tecnologias da saúde inovadoras pelo SNS. A final, trata-se de mais uma contribuição para financiamento do Sistema Nacional de Saúde!

Estão sujeitos à contribuição extraordinária os fornecedores, sejam fabricantes, seus mandatários ou representantes, intermediários, distribuidores por grosso ou apenas comercializadores, que faturem às entidades do SNS o fornecimento de dispositivos médicos e dispositivos médicos para diagnóstico *in vitro* e seus acessórios.

Aliás, na área da saúde, encontramos amiúde vários tributos que têm a finalidade de financiamento do Serviço Nacional de Saúde à qual acrescem outras variadas finalidades. A defesa da saúde pública e o “poupar” do Serviço Nacional de Saúde é um amplo chapéu para tributos com finalidades “extra”.

No plano alimentar, por exemplo, encontramos as “novas” taxas alimentares sobre produtos açucarados.

¹¹⁵² A pergunta que se começa a desenhar, face a esta dispersão de tributos bilaterais, é para que serve, afinal, a receita dos impostos gerais. Se cada vez mais são criadas figuras assemelhadas a preço, em remuneração duma contraprestação, então os impostos gerais, unilaterais não estarão a perder a sua causa?

¹¹⁵³ Deixamos para momento posterior se este tipo de tributos serão verdadeiramente tributos de correção ou meramente associados à regulação.

Este tributo, claramente criado para modelar comportamentos alimentares, mormente dos mais jovens, foi alvo de recentes estudos¹¹⁵⁴ que concluem pela efetiva adaptação das empresas produtoras que reformularam os produtos para ter menor teor de açúcar.

Contudo, esta medida fez ainda com que em 2019 as empresas aproveitassem o ensejo e aumentassem o preço dos produtos, fazendo uma repercussão do imposto no preço ao consumidor.

Outra conclusão é que o balanço entre receita perdida pela diminuição de venda dos produtos e receita arrecadada com o tributo é francamente positivo para o Estado que conseguiu arrecadar muito mais receita para o Serviço Nacional de Saúde¹¹⁵⁵.

Outra área muito fértil em tributos inventivos é o ambiente.

Temos o tributo usualmente chamado de taxa de carbono que está incorporado no preço dos combustíveis e no preço dos títulos de transporte, nomeadamente do transporte aéreo e marítimo. Esta taxa é devida em contrapartida pela poluição – no caso produção de dióxido de carbono - gerada pelo sector dos transportes.

Esta é uma taxa tipicamente pigouviana, onde se pretende cobrir o custo da produção da externalidade, em concreto da emissão de dióxido de carbono.

Relativamente ao valor da taxa de carbono no que concerne aos produtos petrolíferos, a mesma é fixada anualmente com base nos preços dos leilões de licenças de emissão de gases de efeito de estufa, realizados no âmbito do Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE).

Já no que concerne à taxa de carbono relativa ao transporte aéreo e marítimo a mesma é geralmente de valor fixo por cada passageiro. Ora, este método já levanta muitas dúvidas sobre a cobertura da externalidade, uma vez que naturalmente cada indivíduo “viajante” não provoca exatamente o mesmo valor de externalidade, pelo que a bilateralidade da taxa é muito duvidosa.

Depois temos ainda o Imposto Especial sobre os produtos petrolíferos e energéticos, que são incorporados nos preços dos produtos como eletricidade e combustíveis e que são também impostos caracteristicamente pigouvianos.

Aliás os IEC's – Impostos Especiais sobre o Consumo, apelidados de “Impostos sobre o Pecado” são caracteristicamente impostos que pretendem modelar o comportamento dos agentes.

Temos o ISP, o Impostos sobre o Tabaco e o Imposto sobre bebidas alcoólicas, bem como o imposto sobre bebidas açucaradas. Todos têm as mesmas características: têm uma influência sobre o preço dos bens, levando a que haja naturalmente uma retração da procura e modelação do comportamento dos consumidores.

A “famosa” taxa dos sacos de plástico que oneram os sacos de plástico é um exemplo de funcionamento da tributação pigouviana, pois foi criada essencialmente para que os consumidores deixassem de utilizar sacos de plástico ou reduzissem substancialmente o uso dos

¹¹⁵⁴ A Nova School of Business and Economics e o Instituto Superior Egas Moniz fizeram vários estudos onde se chega à conclusão que o consumo de açúcar reduziu porque as empresas se adaptaram à formulação da “taxa” e reduziram o teor de açúcar nas bebidas para não serem penalizados.

¹¹⁵⁵ Este tributo tem gerado valores na ordem de 60 a 80 milhões de euros de receita anual para o Estado.

mesmos, bem como se “premeia”¹¹⁵⁶ com uma não tributação quem reutiliza os sacos ou opta por produtos sucedâneos. E ao optar por produtos reutilizáveis fica fora do âmbito deste tipo de tributação.

Os tributos de cariz ambiental têm-se difundido. São tributos tipicamente pigouvianos, muito bem aceites pelos contribuintes e geralmente de fácil arrecadação. Contudo, um tributo ambiental pode não ser o melhor na receita gerada. O caso dos tributos sobre o tabaco ou sobre os sacos de plástico, por exemplo, se se pretende reduzir o consumo dos mesmos então naturalmente existirá uma redução da receita.

Por outro lado, estando a população em geral – e sobretudo as gerações mais novas – bastante alertas para os malefícios da poluição e da necessidade de alteração dos comportamentos ambientais, a arrecadação destes tributos é pacífica, sem grande contestação. Mas isso não lhes traz uma legitimação legal acrescida.

As figuras tributárias que pululam no ordenamento fiscal com preocupações ambientais são já muito amplas, pelo que começam a surgir preocupações de dupla tributação e, sobretudo, de eficiência da tributação.

Por outro lado, o Estado deve auxiliar alternativas viáveis, ou seja, não pode apenas modelar comportamentos sem que haja alternativa. O caso da energia é paradoxal. Ou há produção de energia com fontes de energia renovável ou retirar as componentes fósseis torna-se impraticável.

Também por dificuldades no financiamento do serviço público de radiodifusão e televisão¹¹⁵⁷ foi criada a Contribuição do Audiovisual, hoje cobrada na fatura da eletricidade.

Este tributo serve sobretudo para assegurar um serviço público, de acesso universal e cuja cobertura territorial é notavelmente abrangente. É, portanto, um meio de financiamento duma medida de cariz sociocultural, em que todos devem ter acesso à informação e cultura. De relevar que este tributo funda-se ainda na necessidade de manutenção dum serviço que inclua não apenas o acesso universal mas que seja transparente e independente.

Aliás, os tributos associados a esta defesa de serviço público surgem sobretudo nos sectores em rede e regulados. O caso dos CIEG – Custos de Interesse Económico Geral, por exemplo cobrados no âmbito do sector da eletricidade.

Estes CIEG têm um peso de cerca de 40% na tarifa de acesso à rede e estão relacionados com custos de política energética, de sustentabilidade¹¹⁵⁸ e de interesse económico geral. Repare-se que acaba por ser uma parte da configuração duma figura tributária – tarifa de acesso às redes – onde se coligem fundos para fazer face a medidas de sustentabilidade e de justiça social.

Temos aqui dado o exemplo da eletricidade mas conseguimos encontrar tributos semelhantes também no gás, sendo que adaptados às vicissitudes desse mercado em particular.

¹¹⁵⁶ A ideia de premiação fiscal de comportamento não cobertos por determinado tributo é também defendida por Filipe Vasconcelos Fernandes, cfr. <https://eco.sapo.pt/opiniao/a-fiscalidade-premial-ou-os-impostos-que-desejam-nao-ser-pagos/>.

¹¹⁵⁷ Serviço público que é constitucionalmente protegido nos termos do n.º 5 do artigo 38º da Constituição da República Portuguesa.

¹¹⁵⁸ Mais um encargo que também se conecta com questões de sustentabilidade.

Mas os tributos que pretendem corrigir algumas ineficiências sociais são sobretudo visíveis em sectores de serviços considerados essenciais, tais como o fornecimento de água para consumo humano e tratamento de resíduos, eletricidade e gás natural.

Assim, não raras são as tarifas reguladas, abaixo do preço de mercado, que são, no fundo, um benefício tributário onde determinados consumidores pagam menos pelo serviço essencial e acesso ao mesmo.

Por fim, também associados à cultura e à proteção de direitos surge uma figura chamada de compensação equitativa por cópia privada, que visa compensar os titulares de direitos, nomeadamente, autores, artistas intérpretes ou executantes, editores e produtores fonográficos e videográficos, pelos direitos patrimoniais sofridos com a prática da cópia privada.

É cobrada na primeira aquisição de determinados aparelhos que permitem a fotocópia, *scanner* ou cópia de documento, imagens ou áudio. O valor é direcionado à AGE COP - Associação para Gestão da Cópia Privada que deve fazer, depois, uma distribuição pelo grupo de “lesados”.

Ora, deixámos este exemplo para este momento para demonstrar que estes tributos associados à regulação têm, para além de fundamentação vária e abranger diversas áreas, assumem natureza variada e nomenclatura ainda mais inventiva.

Foram aqui descritas figuras designadas de impostos, impostos especiais, contribuições, contribuições especiais, taxas, tarifas, compensações, enfim, um sem número de figuras que a doutrina e jurisprudência têm, com grande frequência, vindo casuisticamente a analisar e a encaixar nos três tipos de tributos que a Constituição da República Portuguesa permite: impostos, taxas e contribuições.

E mesmo esse esforço é muitas vezes atraído pela criatividade do legislador que cria modelos híbridos, figuras tributárias dúbias e com isso contribui ainda mais para a opacidade deste universo.

Sejamos claros: ao contribuir para a opacidade do sistema tributário, o Estado Regulador falha, deixando-se tomar pelo ímpeto egoísta tal qual um agente monopolista, sendo que o ganho extraordinário é o acréscimo de receita tributária.

Agora o que o Estado muitas vezes não parece contabilizar é o custo de oportunidade gerado por este sistema de opacidade, uma vez que, pelo menos os custos com litigiosidade¹¹⁵⁹ e até mesmo o não cumprimento podem aumentar.

Para concluirmos esta primeira aproximação à realidade dispersa que existe relativamente aos tributos de regulação, façamos uma breve análise sobre os tributos cobrados pelas Entidades Reguladoras.

A Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, vulgarmente designada por Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, dispõe no artigo 40º, que os poderes das entidades reguladoras abrangem a regulação, a supervisão, a fiscalização e sanção de infrações respeitantes às atividades dos sectores em que atuam.

¹¹⁵⁹ Só para termos uma pequena ideia dos valores que podem representar para o Estado, no relatório anual do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, só na primeira instância, “o valor total dos processos pendentes a 31 de dezembro de 2020 ascendia a € 11.762.999.298,79.” Só atendendo aos processos acima de 1 milhão de euros.

Para prosseguir as suas atribuições e atendendo à autonomia financeira que lhes é atribuída, as entidades reguladoras têm, também elas, poderes tributários, podendo, conforme dispõe o artigo 34º da Lei-Quadro, cobrar contribuições, taxas e tarifas.

Neste artigo 34º encontramos um tributo devido pela regulação que é efetuada pela entidade e cujos destinatários são os beneficiários dessa regulação, ou seja, entidades sujeitas aos poderes da entidade.

Mas também outro tributo cujos destinatários são empresas e entidades abrangidas da atividade da entidade e dos serviços prestados por esta, indiciando aqui o sinalagma ou prestação divisível.

Esta Lei-Quadro veio efetuar a divisão dicotómica dos tributos que as entidades reguladoras podem cobrar: por um lado contribuições pela própria regulação e supervisão; por outro as taxas e tarifas que visam remunerar prestações divisíveis, a saber serviços prestados e, eventualmente, emissão de licenças (v.g. acesso ao mercado regulado ou para utilização dum bem público¹¹⁶⁰).

Porém, como adiante veremos, o certo é que no âmbito das entidades reguladoras existem diversas realidades tributárias que têm de ser consideradas. E cuja natureza também se altera.

Podemos encontrar quatro grandes grupos de tributos, a saber:

- a) Contribuições Parafiscais de puro financiamento da atividade reguladora, cobrada ao grupo dos regulados que beneficiam dessa atividade;
- b) Contribuições Financeiras que servem o financiamento de determinados interesses gerais, onde, eventualmente, podem caber as contribuições para os serviços universais ou serviços de interesse público;
- c) Taxas para cobertura de custos
- d) Taxas com finalidades extrafiscais, mormente, acesso a determinada atividade ou determinado bem comum¹¹⁶¹

O facto de estarmos perante dois tributos diferenciados – *in caso*, taxas e contribuições – tem implicações nos regimes legais ou pelo menos na construção de cada figura, como já referimos e teremos oportunidade de explorar mais adiante.

Neste caso em concreto, temos uma entidade reguladora, com poderes “delegados” de regulação que utiliza ainda meios tributários colocados à sua disposição para prosseguir os seus intuitos. Uma entidade que não o Estado, com autonomia alargada, pode utilizar várias figuras tributárias para prosseguir diversos fins regulatórios e de financiamento. É um *cocktail* deveras interessante para sumariar a desordem que pode existir.

A realidade destes tributos associados à regulação é caótica. Não existe um fio condutor que permita uma unicidade de comportamento dos agentes, incluindo do Estado.

Ter uma realidade caótica no que concerne aos tributos de regulação é criar uma externalidade negativa em cima duma ineficiência do mercado. É um remédio que até pode melhorar a doença originária mas tem efeitos secundários desconhecidos.

¹¹⁶⁰ Estamos, por exemplo, a recordar-nos da utilização do espectro radioelétrico que, sendo um bem público finito necessita de regulação ao seu acesso, nomeadamente por via de licença.

¹¹⁶¹ O caso do espectro radioelétrico, por exemplo.

5.2. Regime jurídico dos Tributos

É inevitável que façamos uma breve análise sobre o regime jurídico dos tributos. Isto porque um dos exercícios que os agentes, regulador ou regulado, devem fazer é a de adequação das figuras aplicadas à categorização legal de tributos.

Já aqui referimos que, independentemente de o próprio legislador atribuir determinada nomenclatura a uma figura tributária tal não quer dizer que a mesma assuma a natureza correspondente.

A conformação da tributação com os princípios constitucionais é, por demais, evidente: qualquer ramo do direito se vê balizado pelos princípios constitucionais aplicáveis. O Direito tributário não foge a essa regra.

De facto, a influência do Direito Constitucional é notória sobretudo nos tributos de terceira geração vocacionados para a cobertura de custos associados a preocupações do Estado Regulador, quer no campo social como económico.

Sendo o Direito Fiscal um direito de sobreposição¹¹⁶², está necessariamente interligado com outros ramos do Direito que lhe fornecem as instituições, as relações jurídicas relevantes para a incidência dos tributos.

Salta, portanto, à vista que se trata desde logo dum ramo de Direito¹¹⁶³ complexo. Nas palavras de Ana Paula Dourado¹¹⁶⁴, *“A complexidade do Direito Fiscal resulta da conjugação de diversos factores: do facto da sua construção dogmática depender da aplicação de princípios, institutos e conceitos dogmáticos de múltiplos ramos de Direito às suas finalidades específicas (através do seu desenvolvimento até se conseguir uma construção própria, sem nunca perder de vista os avanços dogmáticos dos restantes ramos de Direito – numa relação de diálogo constante); de existir uma permanente tensão entre os princípios da segurança jurídica e justiça fiscal, entre a situação típica, apreendida na lei, e a situação individual que exige uma ponderação casuística; de ser um Direito de atos-massa; e de existirem vários níveis de decisão legislativa ou de recomendação de legislação (os chamados acordos de cavalheiros nas organizações internacionais, de que foi exemplo o Código de Conduta na Comunidade Europeia, em 2003, e recomendações da Comissão Europeia e da OCDE – a chamada soft-law).”*

O Direito Fiscal deve ter, como qualquer outro ramo de Direito, princípios estruturantes que são muitas vezes coincidentes ou semelhantes aos dos outros ramos de Direito.

A segurança jurídica, por exemplo, é um princípio estruturante da ordem jurídica enquanto um todo mas com características vincadas no que concerne ao Direito Fiscal. Este princípio, com origem nas monarquias constitucionais e no conceito de justiça fiscal, está assente no princípio da igualdade ou capacidade contributiva.

¹¹⁶² Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 14 e ss.

¹¹⁶³ Assumindo como pacífica a doutrina relativa à autonomia do Direito Fiscal face aos restantes ramos de Direito.

¹¹⁶⁴ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 14 e ss.

Contudo, as dificuldades são evidentes na coordenação da segurança jurídica, que reclama leis fiscais determinadas e a tributação de acordo com parâmetros idênticos, e a justiça fiscal que requer uma análise casuística, sendo “*mais bem prosseguida pela indeterminação legal*”.¹¹⁶⁵

Mas o facto de o Direito Fiscal ser um “direito de sobreposição” e complexo, não retira – aliás, aumenta, - a necessidade de existir um tecido normativo suficientemente capaz de conformar as matérias fiscais com o Direito Constitucional.

Contudo, a Constituição Fiscal deve ser encarada não apenas atendendo ao quadro específico de princípios expressamente consagrados, pois seria redutor. Sem dúvida que, para além dos princípios formais e expressamente dirigidos ao sistema fiscal, deve ainda considerar-se essencial no Direito Fiscal a panóplia de corolários e derivações que resultam desses princípios e que não estão plasmados diretamente na constituição¹¹⁶⁶.

Bem como deve ainda atender-se à conformidade do Direito Fiscal aos princípios fundamentais, e conformidade ou, pelo menos, não colisão, com a ideia de ordem jurídica constitucionalmente prevista. O Direito Fiscal não fica alheio à Constituição Económica, Financeira ou mesmo Ambiental. Sem descurar ainda princípios sociais estruturais cujo papel do sistema fiscal é essencial, mormente no seu financiamento¹¹⁶⁷.

A ideia duma constituição Fiscal já não é recente mas continua a ser fundamental para podermos escarpelizar os princípios fundamentais, enformadores da tributação. Assim, a Constituição Fiscal em sentido material, contém as normas que versam sobre o conteúdo material das leis fiscais, estejam as mesmas escritas ou decorram do texto constitucional¹¹⁶⁸.

Um exemplo claro são os corolários do princípio da igualdade, o princípio da capacidade contributiva e o princípio da equivalência, que não constando expressamente na Constituição não deixam de fazer parte do acervo da Constituição Fiscal.

Embora ainda exista ampla liberdade para a fixação de políticas fiscais, as mesmas não podem deixar de estar em conformidade com o texto constitucional. Isto porque o legislador não pode simplesmente considerar como justificação para a criação de tributos as necessidades financeiras do Estado.

A necessidade de financiamento do Estado e demais entidades administrativas não pode ser justificação para que o Estado lance mão de tributos *tout court*. A arrecadação de receita não pode ser o limite do tributo porque todos os tributos têm esse elemento finalístico: o de arrecadação de receita.

Os limites da tributação devem ser os princípios constitucionais basilares do Estado de Direito.

E aqui encontramos outras questões: é que o Estado de Direito tem vindo sucessivamente a alterar-se. A evolução do conceito e das necessidades do Estado de Direito têm uma influência fundamental em matéria tributária.

¹¹⁶⁵ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 14 e ss.

¹¹⁶⁶ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 25 e ss.

¹¹⁶⁷ Não esqueçamos que a tributação do rendimento é um exemplo claro de prossecução duma dimensão social do Direito Fiscal quando estabelece taxas progressivas, reclamando uma função de redistribuição de riqueza.

¹¹⁶⁸ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 35 e ss.

Disso é exemplo a crescente disseminação de figuras tributárias com dimensão parafiscal.

A ideia dum Estado Fiscal, desenvolvida por Casalta Nabais em *“O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo”*, apresenta-se como um Estado que, a nível de financiamento, se baseia na figura de tributos unilaterais ou impostos, e não com base em outros tributos ou outro tipo de receitas as quais teriam um carácter relativamente marginal¹¹⁶⁹.

Nesta vertente, o principal tributo que contribui para a sustentação financeira do Estado será o imposto, tributo unilateral, geral. Mais concretamente será a receita primordial aquela que tem carácter geral e não consignada, cuja legalidade depende da reserva de lei parlamentar.

Esta visão assenta no princípio *“no taxation without representation”*, ou seja, no princípio constitucional de que não deve existir cobrança de impostos sem a prévia aprovação dos representantes do povo legitimamente eleitos e mandatados para tal.

Esta aprovação é essencial para dar um selo em como o tributo não está a ser criado de forma aleatória ou, pior, autoritária.

Contudo, a realidade hoje começa a inverter-se.

Em primeiro lugar, as necessidades de financiamento do Estado alteraram-se profundamente com o estabelecimento de direitos dos cidadãos, sobretudo direitos sociais. Independentemente da apreciação que se faça, a despesa social naturalmente foi-se modificando.

Por outro lado, a crise sentida em 2011 levou à necessidade de fazer face a contingências financeiras extraordinárias, decorrentes da crise financeira e da dívida soberana. A própria pandemia COVID 19 trouxe também outros centros de custos acrescidos, mormente na área da saúde.

Por outro lado vivemos em era de Estado Regulador, pelo que proliferam os tributos sectoriais, criados no âmbito dum sistema regulatório sectorial, assente na cobertura de custos regulatórios, condições de acesso a bens públicos ou a mercado.

Temos ainda condições socioculturais que têm uma extrema influência em matéria tributária, mormente a defesa do ambiente, com a vivência duma “emergência climática” muito defendida e explorada sobretudo pelos países desenvolvidos e gerações mais novas, bem como a modelação de comportamentos por via tributária em nome da defesa de interesses sociais, por exemplo, a saúde pública.

Ora, as normais transformações do Estado Social influenciam, naturalmente, o Estado Fiscal, e hoje este vê-se a braços com o proliferar de figuras tributárias bilaterais sem que as mesmas tenham um acurado escrutínio parlamentar.

A atipicidade deste Estado Fiscal agudiza-se quando percebemos que até mesmo a necessidade de receita é deixada, por vezes, num segundo plano face às principais finalidades dos tributos.

Face a este cenário, tendemos a concordar com Filipe Vasconcelos Fernandes quando repara que *“É perante este quadro antinómico que o legislador acabou por implementar uma metamorfose altamente questionável dos pressupostos basilares do Estado Fiscal, ancorando as*

¹¹⁶⁹ Cfr. José Casalta Nabais, “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in *“Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”*, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 12 e ss.

bases dum verdadeiro Estado Parafiscal, pautado por uma (excessiva) subordinação das opções de política fiscal à necessidade de otimizar, sustentar ou até mesmo acudir a centros de despesa com alguma expressão estrutural, em sectores geralmente sujeitos a regulação sectorial”¹¹⁷⁰

Temos, portanto dois tipos de tributação em que, ou se pretende financiar diretamente determinada despesa dum sector ou tem um forte intuito não reditício.

Relativamente aos tributos que servem para financiar determinadas despesas dum sector, os mesmos assumem a figura de “contribuições”, mesmo que, em rigor, o possam não ser, com vista a que a receita dela decorrente seja consignada, situação que, com os tributos unilaterais é genericamente proibido.

Esta tática é utilizada para que se retire do orçamento do Estado algumas das transferências que seriam necessárias para determinados sectores. Contudo, não passa de um aumento de tributação encapotada.

Até porque não raras vezes vemos este tipo de tributos serem criados para que grupos específicos de sujeitos passivos sejam responsabilizados pelo financiamento de despesas pelas quais são totalmente alheios, sem que exista uma efetiva conexão de prestação ou benefício, mediato ou imediato que lhes seja, grupal ou individualmente imputável¹¹⁷¹.

Neste particular, somos particularmente adeptos da posição de Casalta Nabais, quando o mesmo sublinha se, perante esta proliferação de tributos não estaremos perante uma “duplicação do Estado Fiscal”¹¹⁷². E a ideia é particularmente feliz por se debruçar sobre um prisma muito relevante: o contribuinte!

O contribuinte apenas usufrui dum único Estado, mas sustenta dois: O Estado Fiscal, financiado pelos impostos, decorrente do contrato social suporte do Estado comunidade e que está sujeito ao escrutínio democrático, parlamentar e sujeito às regras constitucionais; e um segundo Estado Parafiscal, com receitas consignadas, financiado por tributos bilaterais ou impostos especiais, cujos limites escapam à constituição fiscal e ao escrutínio parlamentar.

É que esta questão assume particular interesse no que respeita aos tributos de regulação uma vez que o Estado retirou do seu âmbito uma intervenção direta e concedeu a entidades reguladoras sectoriais o poder de tributar. Mas, para além disso, avoca o seu poder de tributação originário para ainda criar outros tributos de financiamento de medidas sociais ou de despesas sectoriais.

Ora, mais uma vez parece-nos ser de acolher os doutos ensinamentos de Casalta Nabais quando refere¹¹⁷³: *“(…) para uma adequada análise da comunidade estadual a que pertencemos, no quadro do correspondente contrato social base do Estado de direito democrático, avaliando e ponderando as correspondentes prestações recíprocas, ou seja, de um lado, o que pagamos ao Estado e, de outro lado, o que recebemos dele, não podemos deixar de contabilizar, com base numa verdadeira «conta corrente», tudo o que pagamos, tanto em sede de fiscalidade como das*

¹¹⁷⁰ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “A Contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos do SNS”, AAFDL Editora, 2021, p. 19 e ss.

¹¹⁷¹ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “A Contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos do SNS”, AAFDL Editora, 2021, p. 19 e ss.

¹¹⁷² Cfr. José Casalta Nabais, “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in “Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 40 e ss.

¹¹⁷³ Cfr. José Casalta Nabais, “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in “Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 42 e ss.

múltiplas paraфiscalidades que vão germinando um pouco por todo o lado neste Estado que, em alguns sectores, parece movido por um verdadeiro «dirigismo regulatório»”.

Falamos dum escrito com mais de dez anos, que verdadeiramente se torna ainda mais atual com o aumento exponencial de contribuições, taxas, impostos especiais e figuras afins que todos os dias vemos serem construídos mesmo quando os efeitos duma crise financeira amainaram.

De facto, um Estado endividado, com produção praticamente nula e que sobrevive do sector dos serviços vê-se a braços com pesadas responsabilidades financeiras e a receita fiscal teima em ser “um cobertor curto demais”. Contudo, nada justifica desvirtuar o sistema tributária à revelia constitucional: se há objetivamente essa necessidade financeira então que se assuma e se seja transparente.

Em suma: “(...) se o Estado fiscal, em alguma medida, for forçado a enveredar por esse caminho de duplicação, então que o faça de maneira transparente de modo a que os tributos, que a materializam, tenham por base uma armadura jurídico-constitucional idêntica à que suporta o sistema fiscal. Designadamente, impõe-se que os destinatários, os contribuintes, de uma tal duplicação se possam pronunciar, apoiando-a ou questionando-a, em termos que substanciem a velha máxima que suporta, há muitos séculos, o autoconsentimento dos impostos: no taxation without representation”¹¹⁷⁴.

Repare-se que é discutida a eventual falta de legitimidade democrática das entidades reguladoras¹¹⁷⁵ a quem é entregue um poder tributário. Ao menos esse poder tributário está delimitado pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Mas nas restantes realidades nem sempre há uma delimitação legal.

É por isso essencial que se explorem os princípios enformadores da tributação.

5.2.1. Princípios enformadores da Tributação

Já aqui tivemos oportunidade de expor algumas características da Tributação, mormente quando, a propósito da tributação de matriz pigouviana fizemos um périplo pelas principais características dos tributos impostos, taxas e contribuições.

Contudo, para explorarmos a natureza e características dos tributos será necessário aprofundarmos o conhecimento dos principais princípios enformadores da tributação.

É ainda valiosa esta análise para entendermos aos limites da tributação. Já aqui relevámos que o facto de os tributos terem como fito a arrecadação de receitas para fazer face às despesas do Estado ou entidades administrativas, tal não significa que se possam criar tributos aleatoriamente, que sejam desconforme à ordem jurídica, confiscatórios ou sem fundamento.

¹¹⁷⁴ Cfr. José Casalta Nabais, “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in “Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 42 e ss.

¹¹⁷⁵ Um “quarto poder” que continua a funcionar com uma legitimação advinda apenas do poder executivo e com um parecer parlamentar, sendo que apenas a sua constituição e extinção é regulada por lei.

Aliás, na essência das normas que regulam os tributos estava exatamente a ideia de não deixar que o poder autoritário do monarca pudesse criar a seu bel-prazer e interesse tributos que oneravam a população de tal forma que a mesma passasse necessidades despropositadas.

Atendendo à realidade atual, de grande complexidade, há que analisar os princípios decorrentes sobretudo do sistema fiscal e da Constituição.

Faremos uma breve abordagem da categorização tripartida que a Constituição da República Portuguesa consagra para depois partirmos para uma análise de vários princípios enformadores aplicados a cada categoria de tributo.

Não deixa, contudo, de ter interesse fazer primeiro uma abordagem breve da evolução do sistema fiscal português.

O primeiro momento que nos parece ser de relevante interesse para o presente estudo, prende-se com a necessidade da autonomização do Estado Fiscal. Isto porque a exploração do património próprio deixa de ser suficiente para o financiamento público.

Efetivamente, importa reter que o suporte financeiro do Estado nem sempre teve como principal fonte a receita tributária proveniente da cobrança de tributos, tal como hoje conhecemos. Utilizando uma expressão de Olivier Wendell Holmes, “*os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada*”¹¹⁷⁶, pelo que os impostos constituem uma espécie de preço que as sociedades modernas têm de suportar pela sua própria manutenção.

É certo que a ideia de imposto, que remonta a citações bíblicas, por ser tão usual como fonte primordial de receita estadual, parece assim existir desde sempre. Contudo, nem sempre assim foi.

Ora, o dever coletivo do financiamento da comunidade¹¹⁷⁷ – ideia muito relacionada com a visão de Estado Moderno – é o elemento diferenciador que simboliza também a criação do Estado Fiscal. O Estado Fiscal que concretiza a ideia de Estado enquanto instituição autónoma da figura do Monarca e cria a ideia de recursos financeiros públicos.

Antes do Estado Moderno, o Rei e seu Reino confundiam-se, existindo uma forte ligação entre a tributação e o usufruto das terras que, sendo do reino, eram propriedade do Rei. Podiam ser impostos, taxas ou rendas mas dependiam essencialmente do factor “terra” e sua utilização¹¹⁷⁸.

Vivia-se a era do *Estado Patrimonial*¹¹⁷⁹, forma típica de financiamento da Idade Média, assente nos rendimentos gerados por bens – geralmente imóveis – do Monarca ou da Coroa.

Em 1387, as Cortes reunidas em Coimbra, lançam, para todo o reino, as *Sisas Gerais*, passando-se a cobrar um tributo sobre o comércio de mercadorias.¹¹⁸⁰ De relevar que, pela primeira vez,

¹¹⁷⁶ Referência retirada do texto “*Da Sustentabilidade do Estado Fiscal*”, pág. 12, in “*Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*”, estudo coordenado por José Casalta Nabais e Suzana Tavares das Silva, Almedina, 2011.

¹¹⁷⁷ Cfr. Vasques, Sérgio, “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, 2012, p. 12 e ss.

¹¹⁷⁸ Cfr. Machado, Paula, “*A Microtributação nas Autarquias Locais*”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

¹¹⁷⁹ Cfr. Casalta Nabais, José, texto “*Da Sustentabilidade do Estado Fiscal*”, pág. 12, in “*Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*”, estudo coordenado por José Casalta Nabais e Suzana Tavares das Silva

¹¹⁸⁰ Cfr. Vasques, Sérgio, “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, 2012, p. 17 e ss.

pretendeu-se lançar um verdadeiro imposto universal, aplicável a todos os cidadãos, sem exceção e a todo o território.

A viragem para uma tributação essencialmente aduaneira dá-se com as Descobertas e a crescente utilização dos portos portugueses para receber mercadoria externa. Atendendo a que uma das portas de entrada para a circulação de vários produtos na Europa passou a ser Portugal, num típico aproveitamento, passam a existir *direitos aduaneiros*, cobrados à chegada.

De referir ainda que a Igreja cobrava também tributos régios, sendo os mais relevantes os *dízimos prediais* e os *dízimos pessoais* que recaíam sobre terra e seus frutos e gado, ou trabalho, comércio ou indústria. Estes tributos só desaparecem em Portugal depois da revolução liberal.

A defesa do Reino e o estado de guerra eram o fundamento perfeito para o lançamento de impostos¹¹⁸¹. Em 1654, foi criada a décima militar, que é uma aproximação ao imposto sobre o rendimento em Portugal.

Até às reformas liberais de 1830 – 1840, a estrutura do sistema modificou-se atendendo sobretudo à ideia de autonomização do Estado face à figura individual do Monarca, passando-se a arrecadar os proventos necessários para a efetiva prossecução de interesses da nação.

A criação excessiva de impostos sobretudo voltados para o comércio externo, criou um panorama de dependência da receita das colónias. Ora, a independência do Brasil, por exemplo, demonstrou a volatilidade que tais receitas poderiam ter.

Chega-se assim ao início de uma segunda fase em que o sistema fiscal passa a ter de se sustentar com receita gerada em mercado interno, acompanhado de uma alteração completa do conceito de Estado, suas funções e organização.

Ora, existem neste período duas reformas que são de relevar. Por um lado, o *programa negativo*, de Mouzinho da Silveira que, em pleno regime liberal – anos 30 - veio dismantlar os entraves fiscais ao comércio e indústria internos na tentativa de recuperar a tributação interna. Terminam os poderes tributários eclesiásticos e feudais e passa a ser o Estado, e somente este, quem tem o poder de tributar e arrecadar o produto dessa tributação¹¹⁸².

Por outro lado, em 1845, Costa Cabral dá início à transformação da tributação criando três *contribuições de repartição*: i) *contribuição predial*, que foi abolida e retomada em 1852 com algumas alterações; ii) *contribuição de manei*o, que incidia sobre rendimentos de trabalho, empresa e juros. Foi abolida, mas acabou por ser inspiração para a futura *Contribuição industrial e contribuição de juros*; iii) *contribuição pessoal*, que era um imposto sobre o rendimento.

Este programa foi duramente criticado, mas a história acabou por demonstrar que o caminho que se deveria seguir era muito parecido com esta proposta.

Somente com o regime republicano passam a existir preocupações sociais que acabaram por estar também latentes nas reformas fiscais.

¹¹⁸¹ A criação de “impostos” em razão do financiamento de guerra foi a primeira justificação para deixar de existir uma cobrança de impostos para financiamento do Monarca – razões individualistas – para passar a existir uma ideia de bem comum ou interesse comum da comunidade.

¹¹⁸² Cfr. Machado, Paula Braz, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

Exemplo dessa preocupação é a introdução de taxas progressivas – método que se julgou adequado aos fins sociais do imposto - na *contribuição de registo* e na *contribuição predial*, onde se criou uma tabela de taxas progressivas para prédios rústicos e outra para os prédios urbanos.

Uma nova alteração profunda do sistema fiscal apenas se volta a colocar aquando do Estado Novo, quando, em 1922, se inicia um programa de modernização, onde se encontram muitas parecenças com novas linhas de tributação que, entretanto, vigoram na europa.

Um desses casos é o *imposto pessoal de rendimento*, decalcado do *personal income tax* inglês, recaindo sobre os rendimentos de qualquer natureza declarados pelos contribuintes e com um sistema de deduções associado e um quadro de taxas fortemente progressivo.

Contudo, em 1929 e pensada por Oliveira Salazar, dá-se nova reforma fiscal onde a tónica deixa de ser a tributação de valores reais para se voltar aos valores presumidos ou normais. Isto porque a realidade do país demonstrava uma ineficiência do mecanismo da declaração do contribuinte, pelo que a presunção se adequava ao cenário que se vivia à época.

Os impostos indiretos, nesta época, diminuíram de importância até aos anos 60, quando surge o *imposto de transações*. Contudo, os tributos aduaneiros continuavam a representar uma parcela relevante de receitas

Durante o Estado Novo emerge uma realidade, nessa época ainda marginal, que se prende com a *parafiscalidade económica*¹¹⁸³, que nascem conjuntamente com os “organismos de coordenação económica”, dotados de autonomia administrativa e personalidade jurídica e que faziam as ligações entre Estado e as organizações corporativas. Eram estes organismos que faziam a intervenção nos sectores económicos, regulando-os e cobrando *taxas de coordenação económica*¹¹⁸⁴.

Este é um dos factores mais relevantes para o nosso estudo uma vez que aqui se encontra a génese dos tributos que ainda hoje preocupam doutrina e jurisprudência face à sua complexidade.

Com a evolução económica dos anos 60 passamos a incluir no sistema fiscal português a *fiscalidade de fomento*,¹¹⁸⁵ tendo sido despoletada nova Reforma Fiscal entre 1958 e 1966, com a reformulação do *Código da Contribuição Industrial*, criação do *Código do Imposto de Capitais* e do *Código do Imposto de Mais-Valias*. Surge nesta época também o *Código do Imposto de Transações* que recaía sobre o consumo interno e que antecede o IVA.

Entre a Revolução de Abril e a entrada na então CEE – Comunidade Económica Europeia viveram-se tempos de agitação política e social, tendo o sistema fiscal sofrido diversas alterações ao sabor das necessidades de receita do Estado.

De relevar, contudo que a Constituição da República Portuguesa de 1976 veio trazer uma nova regulamentação do sistema fiscal que é relevante.

¹¹⁸³ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 34 e ss.

¹¹⁸⁴ Esta figura é a génese das taxas de regulação económica que são hoje cobradas por institutos públicos e /ou autoridades reguladoras.

¹¹⁸⁵ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 36 e ss.

O Sistema Fiscal Português, como hoje o conhecemos, encontra-se incontornavelmente relacionado com a Constituição da República Portuguesa de 1976. E não só num único preceito, mas antes no conjunto da Constituição e seus princípios¹¹⁸⁶.

O texto constitucional, provavelmente por ter surgido num momento de rutura com as insatisfações decorrentes do anterior regime político vigente, não se limitou a regras formais de criação de impostos, tendo criado concretas linhas de orientação para todo o sistema fiscal.

Assim, nos termos do disposto no artigo 103º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP), percebe-se que o sistema fiscal português, na visão do legislador constitucional, visa “a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas”, mas também “a repartição justa dos rendimentos e da riqueza”.

Ora, deste preceito resulta desde logo que o sistema fiscal não se pode ficar pela pura arrecadação de receitas introduzindo-se, com valor de princípio essencial, um direito de repartição¹¹⁸⁷, ou seja, uma distribuição justa dos encargos da vivência em comunidade pelos seus membros.

Esta finalidade do sistema fiscal enquadra-se claramente num aspeto inovador que marcou uma certa reforma em matéria fiscal operada pós-revolução de 1974.

Ainda no próprio artigo 103º da CRP, consagra-se, desta feita, o imposto como figura primordial do sistema fiscal português, concretizando, no artigo 104º da CRP, este conceito com a escarpelização dos quatro “impostos-base” que constituem o dito sistema fiscal: Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, impostos sobre o património e impostos sobre o consumo. Todos, claro está, sob o chapéu da legalidade consagrada no n.º 2 e 3 do artigo 103º da CRP.

Se analisarmos atentamente o artigo 104º da CRP, verificamos ainda que os intuitos que se pretendem atingir com a tributação estão sobretudo moldadas para a figura do imposto que é naturalmente mais abrangente, geral e unilateral, que tem como finalidade a cobertura das necessidades financeiras gerais.

A progressividade visando a diminuição de desigualdades, promoção da igualdade entre cidadãos, oneração dos consumos de luxo com vista a uma maior justiça social são finalidades sociais, intrínsecas ao Estado e suas funções, pelo que naturalmente devem ser as receitas de imposto a cobrir estas necessidades.

Ora, já com uma certa acalmia política, o panorama do sistema tributário demonstrava ainda algum desassuste. Em 1986, a receita do Estado era essencialmente composta por impostos sobre o rendimento e impostos sobre o consumo interno. Contudo, existiam múltiplas figuras a tributar o rendimento, bem como no panorama da tributação do consumo coexistiam diversos tributos de técnicas e com peso financeiro muito diverso.

As figuras chave dum sistema moderno português apareceram nos anos 80 por via da criação do *Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*, *Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas* e o *Imposto Sobre o Valor Acrescentado*. Esta tripartição ainda hoje funciona como cerne do sistema, acompanhada ainda da tributação sobre o património, formando a trilogia base da recolha de receita: rendimento, consumo e património.

¹¹⁸⁶ Cfr. Sanches, J. L. Saldanha, “Manual de Direito Fiscal”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2002, p. 31 e ss.

¹¹⁸⁷ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 40 e ss.

Com estes três impostos, o Estado Português coadunou a modernidade com a exigência constitucional decorrente da Constituição da República de 1974. Abraçou ainda o direito europeu em pleno, adotando a Diretiva IVA.

Relativamente à tributação sobre o património, nesta altura continuavam a existir resquícios das antigas *Sisas Gerais*, que tributavam o património imóvel e mesmo aquando da Reforma Fiscal dos anos 60, existiam basicamente dois impostos sobre o património: i) o *Imposto de SISA* incidente sobre a transmissão onerosa de bens imóveis; ii) *Impostos Sobre Sucessões e Doações* incidente sobre as transmissões gratuitas de bens, *inter vivos* ou *mortis causa*.

Somente em 2003/2004 veio a dar-se uma alteração significativa dos Impostos sobre o património, configurando-se numa Tributação estática, por via do *Imposto Municipal sobre Imóveis* e uma tributação dinâmica por via do *Imposto Municipal sobre a Transmissão Onerosa de Bens* e pelo *Imposto de Selo*.¹¹⁸⁸

A alteração que se deu com esta reforma da tributação do património no sistema de avaliação dos prédios foi notória. As receitas destes tributos revertem a favor dos municípios onde se localizam os bens.

O Estado organizou o sistema fiscal de forma a que se cumprissem os desígnios constitucionais: tributação assente na figura do imposto, acompanhado de motivações sociais e com estrutura suficiente para a cobertura das despesas gerais da comunidade.

Contudo, as exigências do “Estado-Providência” formaram um bolo de despesa que se tornou inabarcável para os Estado. Mas não se culpe apenas a despesa criada por sistemas de pensões, gratuitidade na saúde ou na educação ou a natalidade a níveis mínimos. Foi também o contexto global que trouxe desafios inimagináveis¹¹⁸⁹.

Tradicionalmente o financiamento do sector público era feito por verbas do orçamento de estado, privilegiando-se apenas o financiamento público. Contudo, as finanças públicas não podem sobreviver apenas das receitas providas de impostos, ou seja, de prestações pecuniárias unilaterais, definitivas e coativas, exigidas a detentores de capacidade contributiva e prestadas a favor de entidades públicas que exerçam tarefas públicas, sendo que essas prestações são exigidas para financiamento dessas tarefas públicas e não a título sancionatório¹¹⁹⁰.

A comunidade tem vindo a ser chamada a contribuir para a cobertura de necessidades públicas, quer por via genérica ora por via de uma contribuição em concreto, dirigida apenas a quem demonstre determinada medida de riqueza ou realize determinada ação que interfira com fins extra financeiros.¹¹⁹¹

Com a maior possibilidade de deslocalização dos factores de produção e a harmonização fiscal comunitária que tendencialmente prefere a tributação no Estado de Residência, leva que países importadores de capital – como tradicionalmente é Portugal – estejam à mercê de factores por

¹¹⁸⁸ Cfr. Nabais, José Casalta, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 433 e ss.

¹¹⁸⁹ Cfr. Machado, Paula Braz, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p. 39 e ss.

¹¹⁹⁰ Cfr. Nabais, José Casalta, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 45 e ss.

¹¹⁹¹ Cfr. Lobo, Carlos Baptista, “Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006

si não controláveis. As receitas flutuam consoante a atratividade fiscal que cada Estado, dentro dos limites europeus ou até serem pressionados pelos parceiros, podem ter.

Esta tendência europeia fez proliferar a tendência para impostos degressivos ao invés dos tradicionais e desejáveis regressivos. Quando a base tributária é estável, o Estado agarra com todos os seus poderes a receita que pode: tributa o rendimento, o património e o consumo com a violência próxima do confisco¹¹⁹².

De referir ainda dois factores que ultrapassaram os poderes do Estado: 1) a adesão ao Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na UEM, onde existe limitações financeiras violentas com vista à estabilização da zona euro; 2) Redução das transferências do orçamento comunitário em virtude do alargamento a leste e necessária redistribuição financeira.

Estes factores reduziram o âmbito de manobra do Estado para a arquitetura fiscal, bem como colocou em causa as fontes de receita tradicionais do próprio Estado¹¹⁹³.

Resultado da perda sucessiva de receita fiscal, o Estado¹¹⁹⁴ viu-se obrigado a recorrer a figuras afins do imposto, com vista à diversificação das suas fontes de financiamento público. E esta é uma das justificações – mormente a nível de análise económica – que justificam o aparecimento de novas figuras tributárias.

A taxa, por exemplo, emergiu como uma figura cuja essência é fiscal mas que está auto legitimada. Como refere Carlos Baptista Lobo, *“Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”*, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006, acerca da taxa como figura emergente e com um peso considerável para a receita pública, *“A tentação é demasiado forte: se o sujeito pretende uma prestação pública então terá que sustentar um encargo financeiro; não existe deslocalização possível, e, por outro lado, existe uma aparente justiça, já que quem beneficia de uma prestação sustenta o seu encargo”*.

A queda da teoria clássica de suporte das finanças públicas por via da cobrança de impostos, assente nos factores materialidade, território e poder político, foi progressiva: os factores exógenos relacionados com a mudança do paradigma económico e a desmaterialização/deslocalização dos factores produtivos. Ascendeu uma nova política tributária que tem como principais referências a fixação do contribuinte, legitimação na tributação e justiça impositiva¹¹⁹⁵.

¹¹⁹² Sem se pretender tecer grandes considerações sobre o conceito de confisco, recorda-se que já Soares Martínez, in *“Direito Fiscal”*, Almedina, 1998, considerava que o confisco tinha natureza criminal e fim punitivo, visando efeitos repressivos, pretendendo *“infligir um mal a quem violou gravemente a ordem jurídica”*.

¹¹⁹³ Há inclusivamente algum debate sobre se não está a UE a interferir de sobremaneira no poder tributário dos Estados sob a desculpa da UEM, existindo até algumas opiniões, junto dos defensores do federalismo europeu, que se deveria chegar a uma verdadeira parametrização dos sistemas fiscais. Não cabe no presente estudo esta análise mas, como adiante veremos, a uniformização em matéria fiscal de alguns regimes sectoriais é uma evidência.

¹¹⁹⁴ Interprete-se aqui Estado em sentido lato, incluindo entidades dotadas de poderes de autoridade (nos quais se incluem poderes tributários).

¹¹⁹⁵ Cfr. Lobo, Carlos Baptista, *“Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”*, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006.

O surgimento de figuras tributárias, digamos, atípicas que pressupõem a recolha de receita mas que abrangem outras finalidades pulularam no sistema fiscal português a partir dos anos 90.

Quando em 1998 é publicada a Lei Geral Tributária, a figura do *tributo* assumiu definitivamente a sua posição de abrangência: nos termos do n.º 3 do artigo 3º da Lei Geral Tributária *“os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”*.¹¹⁹⁶

As entidades públicas, estando coartadas das tradicionais fontes de receita, voltam-se para uma fonte de receita disponível e legalmente admissível que são as figuras de tributos tendencialmente comutativos. As taxas, as contribuições e demais figuras afins que se possam encontrar em legislação avulsa, são hoje uma fonte por demais relevante no financiamento das entidades que prosseguem fins públicos.

Surge assim a necessidade de alargar a análise do sistema fiscal ao sistema tributário, ou seja, não só a consideração de *per si* de cada imposto mas também a sua conjugação conjunta, bem como a coordenação com os demais tributos. E é nesta última vertente que, nem sempre houve sucesso por parte do legislador.

O panorama atual do sistema tributário contempla pelo menos três grupos de normas¹¹⁹⁷. Julgamos ter utilidade a sua referência, sobretudo porque resume a complexidade que se vive em matéria fiscal. Assim:

- i) O mais relevante grupo será o das normas com finalidades fiscais cuja missão é a arrecadação de receita, repartindo esse esforço pelos contribuintes atendendo ao princípio da igualdade – atendendo aos corolários da equivalência e capacidade contributiva;
- ii) A constituição é clara quando remete a tributação também para o reajuste social, pelo que o grupo das normas com finalidades sociais ganha relevância, com a prossecução de políticas públicas. São sobretudo mecanismos de agravamento ou de benefícios fiscais;
- iii) Por último encontramos ainda um relevante grupo de normas procedimentais e processuais que têm de adequar-se, também, às finalidades próprias dos tributos, garantindo a eficiência e eficácia do sistema, regulando a relação jurídica tributária e o contencioso entre Estado e contribuinte. Também se incluem aqui normas que pretendem a simplificação da aplicação da lei, que tratam da interpretação, aplicação e concretização de conceitos tributários.

5.2.1.1. Categorias de tributos

¹¹⁹⁶ As confusões terminológicas foram uma constante na história dos impostos em Portugal. A propósito, Soares Martinez, in *“Direito Fiscal”*, Almedina, 1998, referia que *“(...) os vocábulos “imposto” e “Tributo” também são sinónimos.”* Atualmente, sobretudo após a publicação e sedimentação da Lei Geral Tributária, o tributo acaba por ser uma figura abrangente, que engloba o imposto, as taxas e contribuições, bem como não de descarta a possibilidade de o Tributo poder englobar figuras tributárias, sem a denominação de imposto, taxa ou contribuição mas que possuem, por si só, carácter materialmente fiscal.

¹¹⁹⁷ Cfr. Dourado, Ana Paula, *“Direito Fiscal”*, Almedina, 2016, p. 29.

Até à revisão constitucional de 1997, existia uma perspetiva dicotómica dos tributos, entre impostos, com características de unilateralidade, e as taxas com carácter bilateral ou sinalagmático.

Nesta visão tradicional, que foi seguida também pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, inexistindo o carácter sinalagmático da figura tributária, a mesma era reconduzida automaticamente à categoria de imposto, devendo seguir o seu regime legal.

Com a revisão constitucional de 1997, autonomiza-se a figura das contribuições financeiras, assentes no princípio da equivalência na ótica grupal. Com esta nova abordagem passa então a existir uma nova fase do Direito Fiscal Constitucional uma vez que se torna necessário, cada vez mais, encontrar as características de cada tributo.

Isto porque o regime legal não é idêntico para todos os tributos, bem como é discutível, mormente no que concerne ao elemento da reserva de competência legislativa, que tipo de intervenção a nível parlamentar deve de existir na criação, incidência, valor, benefícios ou isenções de cada tributo.

A visão tripartida dos tributos é a que existe no regime constitucional. E mesmo que possam desdobrar-se em subcategorias ou até em taxonomias diferenciadas, o facto é que o regime constitucional é aquele que realmente faz a diferenciação relativamente à aplicação, designadamente, do princípio da legalidade. Nestes termos, o que sucede, na prática, é a recondução das figuras tributárias a três categorias de tributos, a saber Impostos, Taxas e Contribuições.

Sem descurar a complexidade da construção de cada tributo, o facto é que a análise de cada tributo leva à recondução a uma destas categorias e seu regime.

Coisa diferente é concordarmos com o regime vigente, nomeadamente com o regime ambíguo constitucional que as taxas e contribuições continuam a ter.

De facto, a Constituição da República Portuguesa assenta a sua visão de sistema fiscal sobretudo na figura do imposto. Mas, tal qual qualquer outro ramo de Direito, exige-se uma condicente interpretação com a realidade vigente.

O que nos parece é o seguinte: i) por um lado, a proliferação dos tributos ambíguos é demasiado evidente para que se mantenha um regime constitucional tão pouco claro e não garantístico dos cidadãos; ii) a subversão do Estado Fiscal, assente na figura do imposto, está nitidamente em curso, sendo evidente a “duplicação” deste Estado Fiscal que, para além de impostos cobra um sem número de tributos assentes em finalidades dúbias¹¹⁹⁸.

Nestes termos, esta subversão do Estado Fiscal é, *in extremis*, contra a construção constitucional que existe do sistema fiscal. Neste momento, é evidente que o Estado está a explorar os limites dos seus poderes tributários, com tributos de geometria variável, complexidade, difusão das bases tributárias. Contudo há que atender apenas a um facto: o rendimento de cada cidadão é apenas um e não é ilimitado. Ilimitadas parecem ser as despesas do Estado.

Nos termos do artigo 165º alínea i) da CRP e artigo 3º n.º 2 da Lei Geral Tributária, existem três categorias de tributos: impostos, taxas e contribuições.

¹¹⁹⁸ Já aqui referimos, por exemplo, a posição de Casalta Nabais sobre a “dualidade” de Estado Fiscal e Parafiscal, com a qual concordamos.

O artigo 4º n.º 3 da LGT contempla a possibilidade de as contribuições financeiras se poderem subdividir, existindo um regime particular para as contribuições especiais, reconduzindo-as à figura dos impostos.

E, como sabemos, a imaginação do legislador, de facto tem vindo a ser profícua no desdobramento de figuras tributárias que, em último caso devem subsumir-se a uma das categorias contempladas na constituição.

Uma vez que já abordámos as três categorias de tributos, desta feita faremos apenas uma breve análise das suas características¹¹⁹⁹:

Impostos

Mesmo existindo algumas nuances relativamente ao conjunto de critérios a utilizar, a figura do imposto corresponde a uma prestação pecuniária, de perfil unilateral, exigida por uma entidade pública, com o propósito genérico mas não necessariamente exclusivo de angariação de receita para fazer face a despesas do Estado¹²⁰⁰.

O imposto não corresponde, portanto a nenhuma contraprestação específica, não sendo por isso um tributo de base comutativa, assentando no princípio da capacidade contributiva, conforme refere o artigo 4º n.º 1 da LGT, revelada através do rendimento, consumo e património.

Salienta-se o facto de o imposto ser uma prestação de carácter unilateral e tal deve-se sobretudo à sua contraposição com as taxas, figura tributária marcada pela sinalagmacidade. No caso dos impostos não existe uma relação de base bilateral o que significa que não existe uma contraprestação específica equivalente a um benefício ou utilidade.

Os Acórdãos n.º 152/2013 e 80/2014 do Tribunal Constitucional trouxeram dois elementos adicionais: o primeiro “fixa” a ideia de que temos o imposto como tributo unilateral em contraposição com as taxas, mas diferencia ainda o imposto do “terceiro género” de tributo, as contribuições financeiras a favor das entidades públicas; o segundo considera que relativamente ao imposto, a prestação é unilateral uma vez que apenas existe uma contrapartida genérica do funcionamento dos serviços estaduais.

Ora, esta última vertente assume relevância extrema uma vez que se frisava que os impostos serviriam para cobertura de despesas gerais do Estado como se inexistisse necessidade de uma contraprestação genérica para os contribuintes. De facto, na sua essência, o imposto é o preço que pagamos pela sociedade em que vivemos, como já aqui referimos anteriormente.

Há, por isso, a necessidade de frisar que existe uma contraprestação genérica, sendo que o Estado está obrigado a prestar os serviços que lhe compete¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ Vide capítulo 4, ponto 4.2.1..

¹²⁰⁰ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 51 e ss.

¹²⁰¹ Por isso mesmo a ideia de duplicação que Casalta Nabais tão bem refere em “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in “Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 12 e ss. Isto porque o pagamento de impostos é referente à prestação de serviços genéricos prestados pelo Estado. Mas, exatamente pelos mesmos serviços, para além dos impostos, são solicitados aos contribuintes a contraprestação de utilidades específicas – a contraprestação por um determinado serviço ou utilização dum bem – ou, caso o contribuinte faça parte

De qualquer forma, o imposto não tem uma contraprestação específica, não existe uma necessidade de correspondência individual, sendo por isso essencial o conceito de capacidade contributiva para apurar até onde pode o contribuinte, de facto, pagar.

Ao carácter unilateral do imposto contrapõe-se a natureza bilateral da taxa que, de acordo com o disposto no artigo 4º n.º 2 da LGT, corresponde à prestação concreta de um serviço público, remoção de um obstáculo ao comportamento dos particulares ou à utilização dum bem do domínio comum.

No que concerne à reserva de lei formal, a redação do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP, pós revisão constitucional de 1997, passa a prever a submissão, sem dúvidas, à reserva de lei formal a criação de impostos e do sistema fiscal. Contudo, passa a sujeitar à reserva de lei formal apenas o regime geral das taxas e das contribuições financeiras.

Passa a ser desconforme, portanto, a recondução das contribuições ao regime dos impostos, sendo necessário apurar, casuisticamente, as características do tributo para então perceber se são uma contribuição especial e por isso reconduzidas ao regime dos impostos no que concerne à reserva de lei forma ou se estamos perante “demais contribuições financeiras” estas com um regime mais conectado com os tributos bilaterais.

Nestes termos, no que concerne ao princípio da igualdade, os impostos ancoram-se no corolário daquele princípio que é a capacidade contributiva, enquanto os tributos comutativos, bilaterais, já terão em conta o corolário princípio da equivalência.

As taxas e contribuições financeiras serão, pois analisadas, no que concerne ao princípio da igualdade, de acordo com a equivalência, que, no caso das contribuições será uma equivalência grupal.

Taxas

A Lei Geral Tributária veio trazer um conceito aproximado de taxa quando, no artigo 4º n.º 2 diz que as mesmas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização dum bem do domínio público ou na remoção de obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.

Mas, de facto, inexistente um conceito preciso que esteja legalmente previsto, pelo que é essencial visitar a doutrina e jurisprudência para que se consiga encontrar um conceito de taxa que seja mais concreto.

De facto, conforme já referimos anteriormente, a doutrina começou por diferenciar a taxa do imposto devido à sua natureza bilateral ou sinalagmática. A este respeito há que salientar Sousa Franco¹²⁰² que nos ensina que a “(...) taxa é uma prestação tributária (ou tributo) que pressupõe ou dá origem a uma contraprestação específica resultante duma relação concreta (que pode ser ou não de benefício) entre o contribuinte e um bem ou serviço público. Isto é: trata-se de uma receita pública, ligada a relações, normalmente de utilidade, entre quem é obrigado a pagá-la e um serviço ou bem público”.

de determinados grupos homogéneos, o pagamento de contribuição para financiamento de determinado sector.

¹²⁰² Cfr. António Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, 4ª Edição, Volume II, Almedina, 1998, p. 63 e ss.

Este conceito releva a natureza bilateral, de sinalgmacidade, onde há a usufruição duma utilidade concreta por parte dum particular e por isso há lugar ao pagamento do tributo.

Repare-se que há uma relação bilateral. Aliás, Saldanha Sanches¹²⁰³ veio acrescentar que, na taxa, existe uma correlação entre o destinatário do encargo financeiro e o beneficiário da despesa pública, relevando a necessidade de correlação. Ora, a doutrina¹²⁰⁴ tem vindo a realçar sobretudo a deia de contraprestação, de contrapartida à prestação administrativa provocada ou aproveitada pelo sujeito passivo.

Em resumo, a taxa pode ser definida como prestação pecuniária, bilateral, exigida por entidade pública ou entidade dotada de poderes tributários¹²⁰⁵, com o propósito de angariação de receita que pode não ser o seu propósito exclusivo¹²⁰⁶.

Acolhendo uma grande parte da doutrina, o legislador, aquando da Lei Geral Tributária, estipula no seu artigo 4º n.º 1 uma tripartição para a figura das taxas: i) as que assentam na prestação concreta de um serviço público; ii) as decorrentes da utilização individualizada dum bem do domínio público, e; iii) as que assentam na remoção dum obstáculo jurídico ao comportamento de particulares.

Em 2009, o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, no artigo 3º faz a mesma categorização.

Neste sentido, a jurisprudência que até era ainda um pouco restritiva, passou a seguir aquilo que foi a vontade expressa do legislador, sendo que a própria doutrina já era bastante favorável a esta maior amplitude da figura tributária.

Os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 316/2014 e 181/2019, trouxeram mais duas nuances¹²⁰⁷. Por um lado admite-se que a prestação do serviço público pode ser presumida a partir dum dever legal específico e permanente de fiscalização da atividade tributada. Por outro lado, admite-se ainda que a mera inação administrativa em face duma atividade que interfere no gozo de determinados bens públicos – como o ambiente, urbanismo ou ordenamento do território – possa consubstanciar uma contrapartida da respetiva tributação, satisfazendo o requisito de bilateralidade.¹²⁰⁸ Aqui se incluem, por exemplo, os atos tácitos de permissão ou proibição, consoante previsão legal específica. Isto porque, no fundo, é removido um obstáculo ao contribuinte, por via do não exercício de determinado direito, por exemplo, dum município ou entidade pública, deixando de existir interferência na usufruição dos direitos do indivíduo particular.

Este alargamento do âmbito da figura tributária das taxas volta a criar uma difícil delimitação face a outras figuras de cariz tributário tais como as contribuições. Não é, por isso, de espantar que continuemos a verificar a necessidade de os tribunais serem chamados a analisar

¹²⁰³ Cfr. J. L. Saldanha Sanches, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2002, p. 18 e ss.

¹²⁰⁴ Destacamos sobretudo José Casalta Nabais e, com especial afincio no estudo do princípio da equivalência, Sérgio Vasques (tema a que se dedicou, inclusivamente, na sua tese de doutoramento em 2008), que em diversos escritos ressaltam as características destes tributos bilaterais.

¹²⁰⁵¹²⁰⁵ Como, por exemplo, as Entidades Reguladoras.

¹²⁰⁶ No mesmo sentido Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 59 e ss.

¹²⁰⁷ Sublinhadas por Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 59 e ss.

¹²⁰⁸ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 59 e ss.

casuisticamente figuras tributárias híbridas para que as mesmas possam ser subsumidas a categoria tributária e competente regime legal.

Contribuições

Muito embora desde o século XIX que entre nós já existiam tributos parafiscais, sobretudo relacionados com a coordenação económica e respetivo financiamento dos organismos a quem incumbia essa regulação, somente a doutrina foi dando alguma importância a estes tributos que não seriam nem taxas nem impostos.

Tanto assim era que na redação originária da Constituição da República Portuguesa de 1976 a figura das contribuições nem sequer aparecia. A Constituição de 1976 começou por criar uma divisão dicotómica dos tributos quando, a propósito da reserva de lei parlamentar, apenas referia a existência dos impostos e das taxas.

Até à revisão de 1997, sucedia que a tipologia das contribuições estava perfeitamente identificada na doutrina e até na jurisprudência mas não tinha representação constitucional. Na redação originária, e no que se prende com o princípio da legalidade, a Constituição apenas referia a necessidade de reserva de lei parlamentar relativamente aos impostos. Por isso, o que a jurisprudência efetuava, sobretudo no que concerne à legalidade, era reconduzir as figuras tributárias ao regime dos impostos – reserva de lei parlamentar – ou às taxas – reserva de lei menos ampla.

No que concerne às taxas, atendendo à comutatividade do tributo, já não se encontrava necessidade da reserva de lei tão apertada. Mas para os tributos que pudessem fugir à bilateralidade a jurisprudência nunca hesitou e sempre reconduziu esses tributos à reserva de lei parlamentar.

Assim, no que concerne a tributos paraacomutativos¹²⁰⁹, a Constituição não atribuía qualquer autonomização. Em face desta situação, existiu sempre grande relutância por parte da doutrina¹²¹⁰ e sobretudo da jurisprudência, em reconduzir estes tributos para fora do âmbito da reserva de lei parlamentar.

De facto, até à revisão constitucional de 1997, a recondução era imediata à figura dos impostos. A situação altera-se com a redação do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP a consagrar não só a autonomização da figura das contribuições financeiras mas também a colocá-la num âmbito equiparável a tributo paraacomutativo.

Relativamente ao regime de reserva de lei, a situação alterou-se substancialmente, conforme adiante melhor se irá explicar quando se tratar do princípio da legalidade aplicável às contribuições.

As contribuições surgem como terceiro género tributário, constitucionalmente consagrado, a partir da revisão constitucional de 1997. Tal sucede para abarcar as realidades tributárias que

¹²⁰⁹ Cfr. Sérgio Vasques, “As taxas de Regulação Económica em Portugal – Uma Introdução”, in *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, coordenação de Sérgio Vasques, Almedina, 2008, p. 33 e ss

¹²¹⁰ De referir que a doutrina mantém ainda reservas relativamente a este tema. Grande parte dos autores mantém uma posição conservadora e de proteção dos contribuintes relativamente a esta questão, preferindo reconduzir à reserva de lei parlamentar a criação de contribuições até à publicação dum regime geral. Contudo, como adiante veremos, vozes dissonantes têm vindo a ganhar relevo e o Tribunal Constitucional já veio abrir uma brecha à desnecessidade de intervenção parlamentar na criação de tributos.

se disseminavam, mormente associadas ao desenvolvimento de funções públicas de regulação sectorial.

De facto, já proliferavam algumas contribuições especiais que vinham sendo reconduzidas ao espectro de imposto mas que desenvolviam já uma ideia de incidência de grupo, utilizadas sobretudo para correção dum benefício alheio provocado.

Os exemplos paradigmáticos são as contribuições especiais criadas na sequência de grandes obras públicas – Ponte Vasco da Gama, CRIL, CREL – que beneficiaram os proprietários dos terrenos envolventes que, sem que tivessem qualquer intervenção, viram as suas propriedades terem um valor de mercado bastante mais elevado.

Ora, ainda muito presa a esta ideia de contribuições especiais, quando surgiram outras contribuições, associadas a prestações bilaterais mas que não se assemelhavam a taxas, a doutrina e depois a jurisprudência tendeu a reconduzir estas figuras à figura do imposto.

De facto, antes de 1997, reinava a dicotomia taxas vs. imposto, pelo que qualquer figura híbrida teria de ser casuisticamente avaliada e reconduzida ao regime que parecesse mais adequado. Contudo, os únicos regimes seriam o dos impostos ou taxas.

A recondução da figura das contribuições ao regime dos impostos foi maioritária, exigindo-se que a sua previsão constasse de lei aprovada pela Assembleia da República, mesmo as que eram cobradas para cobertura das despesas de pessoas coletivas públicas não territoriais que já eram o grosso destes tributos parafiscais.

Tal posição era sobretudo uma forma de maior controlo jurídico-constitucional, uma vez que estes tributos parafiscais encontram-se excluídos do perímetro do orçamento do Estado¹²¹¹ mas também porque a tradição do Estado Fiscal era a de controlo parlamentar da legalidade. De relevar que os tributos parafiscais cobrados para fazer face a despesas de entidades administrativas eram cobrados sem que existisse um controlo da comutatividade, ou seja, a receita era aplicada às despesas gerais destas entidades.

Em Portugal, a parafiscalidade deste tipo surge aquando do Estado Novo, com o funcionamento dos organismos de coordenação económica e os tributos que eram cobrados por esses organismos. No fundo, tratava-se de entidades administrativas sectoriais que regravam determinados sectores considerados essenciais para a economia nacional.

Numa outra fase, também de grande crescimento destes tributos, temos o processo de integração europeia. Conforme já aqui referimos, a integração europeia, mormente a constituição do mercado único europeu, levou à maior fluidez e menores custos de transação no mercado constituído pelos países-membros. Ora, tal representou um exponencial alargamento do mercado – que passam de mercados nacionais para mercado europeu – acrescentando assim maior competitividade e concorrência.

O desenvolvimento deste mercado interno levou também ao desenvolvimento de regras de concorrência pelo próprio Direito Europeu, regras essas que se estenderam às realidades nacionais.

¹²¹¹ Alberto Xavier considerava que os tributos parafiscais eram receitas da administração central e por isso fugiam à disciplina do Orçamento de Estado, pelo que deveriam ser “fiscalizadas” de outra forma, por via da recondução ao regime dos impostos e aplicação do princípio da legalidade de forma idêntica com maior intervenção parlamentar. Cfr. Alberto Xavier, “Manual de Direito Fiscal”, FDL, 1978, p.64 e ss.

Acresce que com a implementação cada vez mais vinculada dum sistema multinível de regulação, assistimos à proliferação das entidades reguladoras dotadas de ampla autonomia e dotadas de poderes financeiros e tributários. Esta nova realidade fez aumentar a proliferação dos tributos associados a estas entidades e à sua atividade reguladora, cobrados a um grupo de contribuintes que são os regulados desse sector.

Ora, tornou-se insustentável a indeterminação destas figuras tributárias de base comutativa, cobradas por contrapartida de funções ou serviços prestados por entidades reguladoras, entidades públicas ou institutos públicos que tinham a seu cargo tarefas de regulação e supervisão sectoriais, sendo estes tributos cobrados às entidades reguladas que operam no sector.

Quando em 1997 a constituição passa a aludir as “demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”, passam a estar a coberto deste conceito estes tributos “híbridos” que até então eram remetidos à categoria de impostos. Nesta revisão constitucional passa ainda esclarecer-se que, no que concerne às contribuições financeiras e seu regime legal, deve existir um regime geral que ainda continua por legislar.

Perante a ausência deste regime geral, uma parte muito significativa da doutrina e jurisprudência constitucional¹²¹² vem considerando a necessidade de manter-se um regime de legalidade mais apertado no que concerne às contribuições financeiras, remetendo-as à necessidade de lei parlamentar para a sua criação.

De qualquer forma, estas contribuições financeiras serão, portanto um grupo de tributos em que a equivalência se manifesta de forma grupal, ou seja, é um tributo de base bilateral, comutativo, mas cuja equivalência é de grupo ao invés de individual.

Se é certo que a revisão Constitucional de 1997 foi decisiva para a consagração legislativa das contribuições, a Lei Geral Tributária trouxe uma maior inovação, não só para as contribuições mas também para os restantes tributos.

Por um lado, o artigo 3º n.º 2 da LGT consagra como tributo as “*demais contribuições a favor de entidades públicas*”. Mas logo de seguida, para que dúvidas não existissem, no artigo 4º n.º 3 da LGT, incluem-se no âmbito da Lei Geral as contribuições especiais.

Atendendo a esta especificidade da letra da Lei Geral Tributária supostamente as contribuições dividem-se em dois grandes grupos:

- i) As contribuições a favor de entidades públicas ou contribuições financeiras, que têm como principal objetivo o financiamento dessas entidades, exigindo dum grupo – mais ou menos amplo e limitado – de indivíduos a sua contribuição. Certo é que a entidade pública está envolvida na regulação, supervisão ou qualquer outra função com carácter parafiscal e os indivíduos afetados utilizam, usufruem ou beneficiam dessa prestação da entidade pública. Ou seja, existe a partilha de uma específica contraprestação de natureza grupal¹²¹³. Neste caso existe aquilo que se tem designado de “equivalência grupal”, sendo possível detetar-se utilidades divisíveis que são dirigidas não a determinado indivíduo - como nas taxas – mas a determinado grupo de indivíduos. Assim sendo, estas contribuições, apesar da sua qualificação ser essa, devem

¹²¹² Até ao Acórdão n.º 539/2015 do Tribunal Constitucional que alterou por completo a ideia da necessidade de reserva de lei para a criação de Contribuições.

¹²¹³ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 45 e ss.

reconduzir-se, no que concerne ao princípio da reserva de lei, ao regime idêntico ao das taxas, uma vez que detêm bilateralidade suficiente para serem reconduzidas a tal regime. De relevar que ao reconduzir esta figura tributária ao regime das taxas tal não quer dizer que não tenha de existir uma base geral, criada por lei, com vista a permitir uma recondução mínima à reserva de lei consagrada no artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP. Este parece ser o caso do n.º 2 do artigo 5º do RGTAL é dada permissão às autarquias locais para a criação de contribuições financeiras desde que sigam as regras do RGTAL, reconduzindo, portanto a um regime jurídico semelhante ao das taxas.

- ii) As contribuições especiais que se dividem em a) contribuições de melhoria, que incidem sobre quem não gerou ou provocou o facto tributário mas obtiveram vantagem pela existência do mesmo. Nestes casos, existe uma valorização patrimonial dos bens dos particulares por motivo de obra pública, melhoria ou criação de serviços públicos; b) e contribuições por maiores despesas, decorrentes do especial desgaste de bens públicos ocasionados por exercício de determinada atividade. Neste caso tributa-se o grupo de indivíduos que provocam esse mesmo desgaste adicional ou especial desgaste. A Lei Geral Tributária, relativamente às contribuições especiais, reconduz-as à categoria de impostos. O artigo 4º n.º 3 da LGT assim o refere. Muito embora o legislador não tenha tarefas de doutrinador, o certo é que, neste caso, o legislador acolheu a tese de que, grande parte das contribuições especiais, pela sua estrutura e composição, são verdadeiros tributos unilaterais e assim devem portanto, ser tratados e considerados.

Como afirma Sérgio Vasques, *in* “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, referindo-se em especial às contribuições que, entre 1995 e 1998, foram criadas devido à construção da 2ª travessia do Tejo em Lisboa e zonas inerentes, a contribuição criada em virtude das obras referentes à Exposição Mundial Expo 98 e contribuições cobradas pela construção de vias circulares em Lisboa e Porto, *“Mostra-se acertado por isso qualificar estas contribuições especiais como verdadeiros impostos, dada a ausência de uma genuína finalidade compensatória”*.

Aliás, decorre da própria jurisprudência constitucional¹²¹⁴, que se tem considerado as contribuições especiais como verdadeiros instrumentos para correção de falhas de mercado, em especial de externalidades. Tal é patente quando verificamos que as mesmas têm decorrido sobretudo de grandes obras públicas que beneficiaram determinado grupo de pessoas e a quem é solicitado um valor corretivo desse “ganho trazido pelo vento”, dessa mais-valia, criada por uma obra¹²¹⁵.

Ora, mas como já referimos, *“as demais contribuições financeiras”*, não se têm cingido às contribuições financeiras e parafiscais que parecem ser as que a Lei Geral Tributária refere. Como sabemos, têm pululado diversas outras variantes de figuras tributárias aproximadas às contribuições que, simplesmente ainda não têm qualquer tipologia associada na Lei Geral Tributária.

Mas uma vez que a Lei Geral Tributária não exclui a finalidade extrafiscal dos tributos – não fazendo qualquer distinção entre tributos no disposto no artigo 5º - então qualquer tributo pode ter finalidades extrafiscais, incluindo as contribuições. Assim se reconhece que inexistente uma tipologia fechada de tributos.

¹²¹⁴ Veja-se, por exemplo o Acórdão n.º 399/2017.

¹²¹⁵ Ou seja, grande parte dos exemplos são sobretudo contribuições de melhoria, ou seja, de correção duma externalidade positiva.

Conforme já referimos anteriormente, a doutrina tem vindo a defender três tipos de contribuições¹²¹⁶: i) Contribuições financeiras; ii) Contribuições parafiscais; iii) Contribuições extrafiscais:

Contudo, a doutrina não parece ser unânime nesta distinção uma vez que há quem agrupe estas “demais contribuições” como contribuições financeiras não efetuando mais distinções.

De qualquer forma e independentemente de quaisquer nomenclaturas ou taxonomias, o certo é que as contribuições são de facto um género tributário com características próprias.

A jurisprudência alemã tem sido particularmente profícua e inovadora no que concerne à estipulação de determinados critérios para delimitação deste tipo de tributos. São critérios que foram inicialmente aplicados a uma espécie vaga de tributo existente na ordem jurídica alemã, as *Sonderabgaben*. Estes tributos são uma imposição com finalidades extrafiscais, cobrado por vários serviços ou entidades públicas, sendo que são têm um conceito genérico.

Contudo, assumem contornos muito parecidos com as contribuições cobradas por entidades de base não territorial em Portugal.

O Tribunal Constitucional Feral alemão (abreviadamente BVerfGE) tem vindo a considerar que as *Sonderabgaben* seriam diferentes dos impostos, sendo que a construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão tem sido no sentido de salvaguardar as garantias dos contribuintes atendendo sobretudo ao princípio da igualdade na distribuição dos encargos financeiros¹²¹⁷.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional Federal alemão, tem vindo a enunciar os seguintes requisitos para as “contribuições”¹²¹⁸:

- a) homogeneidade de grupo, ou seja, só será possível a cobrança de contribuição a um determinado grupo de pessoas que seja distinto do geral, com um interesse comum de base grupal que seja reconhecido no sistema jurídico ou realidade social;
- b) responsabilidade de grupo, que se materializa na possível atribuição de ónus ou responsabilidade diferenciados aos membros de cada grupo, em contraposição aos deveres gerais dos impostos gerais. Com isto se pretende dizer que tem de existir uma conexão entre o grupo e as necessidades de ordem financeira a que oferecerão cobertura. Com isto se pretende dizer que tem de existir uma responsabilidade fáctica e grupal específica como é próprio dos tributos bilaterais, como a utilização potencial de um bem ou serviço público ou a existência de um benefício potencial na esfera dos membros de cada grupo.
- c) utilidade em grupo quanto à utilização da receita gerada. A receita gerada não precisa de ser utilizada no interesse específico de cada contribuinte individual mas no interesse de todo o grupo e tal é suficiente para a constituição desses membros do grupo como sujeitos passivos;

¹²¹⁶ Cfr. Suzana Tavares da Silva, “As Taxas e a coerência do sistema tributário”, Coleção Estudos CEJUR, Coimbra Editora, 2013. Já aqui referimos esta tipologia no capítulo 4.2.1.3 em que referimos as diferenças e semelhanças entre cada tipo de contribuição.

¹²¹⁷ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 73 e ss.

¹²¹⁸ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 73 e ss.

- d) necessidade de revisão periódica dos termos inerentes à cobrança dos referidos tributos, sendo esta uma característica muito própria destes tributos alemães uma vez que se inserem numa modalidade de intervenção indireta na atividade económica¹²¹⁹;

Existindo pontos de conexão entre as *Sonderabgaben* e as contribuições financeiras, podemos, portanto, fazer um exercício similar encontrando três grandes características que as contribuições financeiras devem assumir¹²²⁰:

- i) Grupo homogêneo de interesses;
- ii) Utilidade de grupo, ou seja, esse grupo aproveita certas utilidades ou benefícios diretamente associados à atividade exercida pela entidade pública (utilidade de grupo)
- iii) Responsabilidade de grupo, ou seja, como todos os membros recebem um benefício ou utilidade têm a responsabilidade como sujeitos passivos.

Ora, esta caracterização das contribuições financeiras acarreta uma necessidade de revisão da equivalência uma vez que, sem qualquer dúvida, estamos no âmbito de tributos bilaterais e por isso o princípio da igualdade manifesta-se não através da verificação de capacidade contributiva mas antes por via da equivalência.

No caso das taxas, esta equivalência tem sido ampliada, sendo o princípio da proporcionalidade cada vez mais assemelhado a um “princípio da razoabilidade” uma vez que parece valer qualquer equivalência!

O importante tópico da equivalência económica tem sido bastante discutido nas taxas, estando cada vez mais a ganhar terreno uma suposta equivalência jurídica por ter um critério mais amplo.

Mas esta tendência acaba por contagiar o universo das contribuições, onde é difícil de encontrar um escrutínio da equivalência económica, com a agravante de as contribuições terem parâmetros mais assemelhados aos impostos. Talvez esta tenha sido mais uma razão para o Tribunal Constitucional e em particular a doutrina – que mantém ainda essa posição - ter sido tão intransigente quando à necessidade da reserva de lei parlamentar no que concerne à criação das “demais contribuições”.

Há ainda que relevar que no caso das contribuições financeiras, as mesmas têm como finalidade compensar prestações administrativas e realizadas, de que o sujeito passivo seja presumivelmente beneficiário¹²²¹. Ou seja, é diferente do carácter de prestação genérica do imposto e da prestação individual da taxa. Há aqui uma ligação não apenas com o grupo e a presunção de benefício, sendo que essa presunção não deve ser fraca nem vazia de conteúdo¹²²².

Mas é necessário pertencer-se ao grupo para que sejam presumíveis beneficiários, por isso é tão importante a ideia de grupo homogêneo. Contudo, a homogeneidade de grupo depende das

¹²¹⁹ Neste particular, é de relevar que as *Sonderabgaben* não deixam de ser um exemplo de tributos pigouvianos tal como são algumas das contribuições aplicadas a determinados grupos de regulados quando tenham intuitos de correção de falhas de mercado, tais como externalidades.

¹²²⁰ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 73 e ss.

¹²²¹ Cfr. Acórdão do STA de 26.09.2018, no âmbito do processo n.º 0392/13.1BEAVIS.

¹²²² Veja-se a este propósito o Acórdão n.º 848/2017 do Tribunal Constitucional.

finalidades da contribuição, uma vez que são as mesmas que vão definir a delimitação e características do grupo em se que se projetam.

Para além dos impostos, taxas e contribuições, aparecem ainda na legislação tributos como as tarifas e as contribuições especiais.

No que concerne às contribuições especiais, as mesmas acabaram por se autonomizar com o disposto no artigo 4º n.º 3 da Lei Geral Tributária, onde se passa a aludir às contribuições especiais como de melhoria ou por demais despesas, acolhendo-se assim o que a doutrina há muito vinha sustentando.

As contribuições especiais não passam de tributos especiais, advindos da doutrina italiana dos anos 50 do século XX, mas cujo alcance enquanto categoria de tributo se mantém flutuante.

Entre nós, há muito que a doutrina tem reconduzido as contribuições especiais a verdadeiros impostos com intuitos de correção geralmente de externalidades.

A própria jurisprudência tem acompanhado esta posição, reconduzindo as contribuições especiais ao regime dos impostos, mormente no que concerne à reserva de lei parlamentar.

As contribuições especiais são, no fundo, impostos especiais¹²²³ que apresentam a particularidade de terem por base manifestações de capacidade contributiva de determinados grupos de pessoas resultantes do exercício duma atividade administrativa pública e não, ou não exclusivamente, do exercício duma atividade do respetivo contribuinte como acontece nos impostos.

No caso das contribuições de melhoria, a capacidade contributiva aumenta, no caso das contribuições por maiores despesas há uma menor capacidade contributiva.

No que respeita às tarifas, as mesmas geralmente são associadas a determinados serviços sobretudo municipais.

Há muito que a figura das tarifas é utilizada, sendo que Casalta Nabais¹²²⁴ já concluía que as tarifas seriam uma espécie especial de taxa que diz respeito a serviços públicos cuja titularidade pode não ser do Estado, em atividades sujeitas a concorrência, sendo a tarifa correspondente ao custo do correspondente serviço.

O Tribunal Constitucional¹²²⁵, considera as tarifas uma taxa, mesmo que com características *suis generis*, sem que as desligue do regime constitucional das taxas.

Numa tentativa de esquematização deixamos um quadro resumo dos tributos constitucionalmente previstos¹²²⁶:

¹²²³ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 52 e ss.

¹²²⁴ Cfr. José Casalta Nabais, “Tarifas e questões fiscais: competência dos tribunais tributários”, CJA n.º 6, 1997, p. 42 e ss.

¹²²⁵ Nomeadamente por via do Acórdão n.º 76/88

¹²²⁶ Quadro de nossa autoria.

	Impostos	Taxas	Contribuições	
			Especiais	“Demais contribuições”
Estrutura	Unilateral	Bilateral	Unilateral	Bilateral
Igualdade	Capacidade Contributiva	Equivalência	Capacidade Contributiva	Equivalência Grupal
Legalidade	Reserva de Lei integral	Reserva de Lei para Regime Geral	Reserva de Lei – equiparação ao regime dos Impostos	Reserva de lei integral até edição de Regime Geral (doutrina) Reserva de Lei apenas para regime geral (tribunal Constitucional)

5.2.1.2. Princípio da legalidade

Por uma questão de coerência metodológica, daremos aqui alguma ênfase ao princípio da legalidade e depois da igualdade uma vez que são o critério formal – no primeiro caso – e critério material – no segundo caso – que delimitam a tributação.

Relativamente ao **princípio da legalidade** que tem por base a ideia de autoimposição, auto tributação ou auto consentimento¹²²⁷ dos impostos, segundo o qual os impostos são naturalmente consentidos pelos contribuintes. Fazem parte da vivência em sociedade. No fundo, o que aqui se pretende reproduzir é o princípio que vem desde a Idade Média de “*no taxation without representation*”.

Por outro lado, conforme ensina Ana Paula Dourado¹²²⁸, a reserva de lei parlamentar também é justificada por preocupações garantísticas, com vista a que possa existir uma maior previsibilidade e calculabilidade da obrigação de imposto. Mas este princípio está em crise, uma vez que, mesmo com a discussão em plenário e trabalho na especialidade relativamente a matérias fiscais, o que realmente acaba por imperar é a orientação política da maioria parlamentar que, em Portugal, suporta o executivo. Assim, o procedimento legislativo estará

¹²²⁷ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 141 e ss

¹²²⁸ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016. Sobre este tema veja-se ainda, da mesma autora, “O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, Almedina, 2015.

marcado pelas orientações políticas e económicas, sendo o controlo pluralista destas matérias mais limitado.

O Princípio da legalidade desdobra-se em dois aspetos:

- i) *Princípio da Reserva de Lei Formal*, que implica que haja intervenção de lei parlamentar, podendo esta intervenção ser no sentido de fixar a própria disciplina do imposto ou uma intervenção no sentido de autorizar o Governo/ legislador (artigo 165º da CRP);
- ii) *Princípio da Reserva de Lei Material*, é o que geralmente se associa à tipicidade *proprio sensu*, ou seja, é o princípio que obriga a lei¹²²⁹ a descrever uma disciplina, o mais completa possível, da matéria reservada. Ora, nos termos do disposto no artigo 103º n.º 2 da CRP, estamos a falar, relativamente a cada imposto, da incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias do contribuinte (em caso de restrição das mesmas). Isto significa que a lei deve abranger as normas relativas à incidência real ou objetiva, incidência pessoal ou subjetiva, taxa de tributação e benefícios fiscais delimitados¹²³⁰.

A Lei é ponto de partida para que haja garantia de segurança jurídica uma vez que é aprovada pelos representantes parlamentares.

Na Constituição da República Portuguesa, o princípio da legalidade fiscal assenta essencialmente em cinco artigos¹²³¹:

- a) no que concerne à competência e divisão dos poderes tributários, temos a distribuição de competências entre Assembleia da República, Governo, Regiões Autónomas e Autarquias Locais – Cfr. art.º 165º n.º 1 alínea i) e n.º 2; art.º 227º n.º 1 alínea i); art.º 232º n.º 1 e art.º 238º n.º 4;
- b) objeto de reserva de lei, que inclui a criação de impostos e sistema fiscal, e o regime geral das taxas e das demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas – Cfr. Art. 165º n.º 1 alínea i) e art.º 103º n.º 2;
- c) vertente material, no sentido de densificação da lei fiscal quanto aos elementos essenciais de imposto, garantindo um princípio de legalidade substancial ou princípio da tipicidade fiscal – Cfr. Art. 103º n.º 2;
- d) princípio da precedência de lei, consagrando-se o direito à resistência à tributação que viole a CRP ou a lei – Cfr. Art. 103º n.º 3.

A estas características acrescem o artigo 2º que consideram a República Portuguesa como um Estado de Direito Democrático e o artigo 3º n.º 2 que subordina o Estado à Constituição.

Recorde-se que o princípio da legalidade deve atender-se mesmo quando se trate da criação, aumento, diminuição ou extinção de impostos.

¹²²⁹ Aqui leia-se lei em sentido amplo, abrangendo todos os diplomas que, formalmente, estejam habilitados a disciplinar impostos.

¹²³⁰ No que concerne à liquidação e cobrança de impostos, independentemente da doutrina que se seguir relativamente à sua inclusão ou não no disposto no artigo 103º n.º 3 da CRP, as mesmas estão, quanto mais não seja, sujeitos ao princípio da legalidade aplicável à administração pública, aplicável também às Autarquias Locais. De relevar que o artigo 8º da Lei Geral Tributária veio alargar o princípio da legalidade tributária à liquidação e cobrança de tributos, incluindo prazos de prescrição e caducidade. Atendendo a que os impostos são tributos, claro se torna a necessidade de legislação relativa à liquidação e cobrança dos impostos, se não for por via constitucional, por via da exigência da Lei Geral Tributária.

¹²³¹ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 113 e ss.

A intensidade com que a lei deve disciplinar as normas de incidência, taxa, benefícios e garantias dos contribuintes, deve ser o mais pormenorizadamente possível desde que não haja implicações com um princípio da praticabilidade, deixando-se à Administração Fiscal um limitado poder discricionário ou de conceitos indeterminados em razão de motivação de combate à fraude e evasão, por exemplo¹²³².

Relativamente à exigência de determinabilidade do princípio da legalidade fiscal, é de referir que a mesma apenas é necessária no que concerne a normas de tributação efetiva¹²³³. Contudo, esta análise dos tributos atendendo ao princípio da legalidade assume importância não só para determinação da bondade legislativa da criação da figura tributária em si mas ainda na avaliação da natureza. Vejamos:

Conforme já foi escalpelizado acima, é pacífica a tripartição dos tributos em três grandes tipos, a saber impostos, taxas e contribuições. Contudo, a Constituição da República Portuguesa, para efeitos da reserva de lei, efetua apenas uma divisão dicotómica, fazendo a diferenciação entre tributos unilaterais e bilaterais. No caso dos impostos impõe regras mais rígidas, nomeadamente uma reserva de lei com contornos mais efetivos.

No que concerne às taxas e contribuições, os mesmos são tratados, neste aspeto, pela mesma medida, ou seja, basta que o parlamento intervenha na elaboração das bases gerais¹²³⁴.

Façamos, contudo, uma análise mais pormenorizada atendendo a cada tributo.

Impostos

O tratamento que é efetuado pela CRP relativamente aos impostos, relativamente à legalidade, é composta pela sua vertente material ou tipicidade e a vertente formal, *in casu*, reserva de Lei. A reserva de lei parlamentar é justificada por questões garantísticas, associada à previsibilidade e calculabilidade da obrigação de imposto e seus elementos essenciais, bem como se associa ainda à segurança jurídica.

Esta função garantística de reserva de lei parlamentar exige que haja discussão, desacordo e consentimento parlamentar¹²³⁵, que culmina com a sessão em plenário mesmo quando o trabalho técnico tenha sido efetuado pelas comissões parlamentares especializadas.

Esta função garantística não termina, porém, neste âmbito pois deve existir uma densificação normativa no sentido de recolher *inputs* dos agentes legislativos – Parlamento e Governo – bem como ainda dos tribunais e da administração. Isto porque a previsibilidade não é visível para o contribuinte comum e por isso deve ser testada pelos vários intervenientes na decisão de aplicação de imposto.

Ora, a complexidade e desenvolvimento técnico do sistema fiscal implica que a função garantística seja alargada uma vez que a discussão em plenário não é muitas vezes suficiente para apreciar das verdadeiras consequências de determinado tributo.

¹²³² Veja-se a propósito da margem de livre apreciação da Administração Ana Paula Dourado, “O princípio da Legalidade – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, Almedina, 2015.

¹²³³ Ibidem

¹²³⁴ Como adiante se verá, o regime legal das contribuições é ainda motivo de grande discussão, tendo o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 539/2015, vindo introduzir uma interpretação menos restritiva relativamente à necessidade da intervenção parlamentar na criação de contribuições.

¹²³⁵ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 113 e ss.

Contudo, a reserva de lei mantém o vínculo com o princípio democrático, ou seja, uma réstia de legitimação popular, com a obrigatoriedade de discussão pública e contributo dos partidos com representação parlamentar.

A competência legislativa em matéria de criação de impostos e sistema fiscal – de que fazem parte os elementos essenciais dos impostos, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes - está reservada ao Parlamento mas este pode delegar ao Governo, por via de Leis de autorização legislativa, nos termos do artigo 165º n.º 1 alínea i) e n.º 2 da CRP. Esta é uma forma de balancear, partilhar o poder legislativo aliando também à própria aquisição de saber que a própria administração vem tendo, incluindo uma maior tecnicidade.

De acordo com o disposto no artigo 165º n.º 2 da CRP, a autorização legislativa deve definir o objeto, sentido, extensão e duração da autorização, podendo a mesma vir a ser prorrogada.

No nosso ordenamento jurídico, as leis de autorização são de norma primária, são linhas de orientação, que devem ter uma determinação mínima. Esta determinação mínima, de acordo com o Acórdão 358/92 do Tribunal Constitucional, tem uma tripla função; i) conteúdo material bastante, ii) linhas de orientação do legislador delegado, e iii) elemento de informação genérica das inovações a introduzir no ordenamento para os particulares.

Relativamente à função de orientação política, há que relevar que é o Parlamento que detém a competência, pelo que terá a primazia na escolha da orientação e por isso mesmo, ao fazer uma autorização ao Governo para legislar, partilha essa orientação e a mesma é assentida pelo Governo. Passa, por isso, a ser uma orientação política partilhada porque o Parlamento tem sempre de aprovar mesmo quando é por proposta do Governo.

Tem de existir uma conjugação entre o artigo 165º n.º 2 o artigo 103º n.º 2 para que se consiga definir os elementos que devem constar nas autorizações legislativas, pelo que as mesmas devem conter os elementos essenciais dos impostos, benefícios e garantias.

Relativamente à tipicidade fiscal, a mesma relaciona-se com a reserva material, aquilo que é a Lei que deve tipificar. Por influência da doutrina alemã da tipicidade fechada, vária doutrina, da qual destacamos Alberto Xavier¹²³⁶, que defendia que o conteúdo da norma deveria estar rigorosamente determinado pela lei, não dando margem a conceitos indeterminados ou qualquer vaguidade.

Tal decorre ainda duma certa corrente doutrinária que assemelhava o direito fiscal a determinadas características do direito penal, tais como a necessidade de tipificação expressa e clara dos ilícitos e crimes.

Atualmente coloca-se em causa se o princípio da tipicidade estará beliscado em caso de vaguidade e indeterminação dos conceitos por parte do legislador porque passámos a ter uma ampla margem de discricionariedade. Contudo, conforme ensina Ana Paula Dourado¹²³⁷, tal representa uma margem de livre apreciação que deve ser colmatada com interpretação da lei.

A crescente complexidade e tecnicidade, bem como a necessidade de variação de fonte de receita para fazer face ao aumento da despesa, tem vindo a acobertar a possibilidade de recurso a cláusulas gerais, conceitos indeterminados e vagos no âmbito do direito fiscal.

¹²³⁶ Cfr. Alberto Xavier, “Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação”, Revista dos Tribunais, 1978, p. 93 e ss.

¹²³⁷ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 136 e ss.

Contudo, não deixam de existir elementos essenciais. Desde que a orientação política esteja determinada e os elementos essenciais do imposto estejam presentes e chancelados pelo Parlamento, não se encontra beliscado o princípio da tipicidade.

O artigo 103º n.º 2 consagra uma legalidade material no que diz respeito aos impostos, impondo que se designe o objeto do imposto, o sujeito passivo, a base tributária ou elementos que permitam a determinação da medida do imposto e a taxa do imposto. Todos estes elementos devem constar de lei formal.

De relevar que, conforme doutrina de Ana Paula Dourado¹²³⁸, *“Os benefícios fiscais não fazem parte da incidência, porque prosseguem outras finalidades: as normas dos benefícios fiscais são normas extrafiscais («normas de orientação económica» e «normas de finalidade social»)”*.

A incidência tem de ser interpretada em sentido amplo, ou seja, deve abranger os aspetos de quantificação, incluindo a determinação da matéria coletável¹²³⁹. Sendo que deve constar de lei formal todas as regras de apuramento da matéria coletável, quer se apliquem à administração ou aos contribuintes¹²⁴⁰, ou a ambos!

Outro elemento fundamental que deve constar na lei formal é a taxa ou alíquota do imposto, devendo a mesma ser indicada de forma expressa e não apenas os limites¹²⁴¹.

Também é obrigatório que os benefícios fiscais estejam previstos em lei formal até porque os mesmos representam despesa fiscal e por isso devem estar sujeitos a uma disciplina e fiscalização mais apertada.

O artigo 103º n.º 2 prevê ainda que devem incluir-se na reserva de lei formal as garantias dos contribuintes, devendo ainda considerar-se que as infrações fiscais também devem estar sujeitas à reserva de lei formal desta feita por via do artigo 165º n.º 1 alíneas c) e d) da CRP.

Contudo, no que concerne ao agravamento ou desagravamento das garantias dos contribuintes, o artigo 103º n.º 2 não parece estabelecer qualquer limitação, seja para aumentar ou diminuir essas garantias¹²⁴².

O princípio da legalidade fiscal impõe que a lei formal – Leis ou decretos-lei – seja suficientemente determinada, de modo que os particulares possam entender e prever as atuações da administração.

Quanto ao grau de determinação, podemos considerar, esquematicamente, o seguinte¹²⁴³:

¹²³⁸ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 136 e ss.

¹²³⁹ De relevar que, conforme refere Ana Paula Dourado, é assim que devemos interpretar os conceitos de “lançamento e liquidação” dos impostos, pois estes conceitos, hoje obsoletos, têm uma ligação clara com o apuramento da matéria coletável e suas regras.

¹²⁴⁰ Veja-se a este propósito o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 127/04 que faz uma distinção entre as regras inseridas no procedimento de determinação do imposto, dividindo as que assumem carácter material e por isso sujeitas a reserva de lei formal, e as de carácter procedimental ou processual, que não caberiam na mesma reserva de lei formal. Tendemos a não concordar com a ideia de que as regras de liquidação de imposto serão meramente de carácter procedimental uma vez que as mesmas são essenciais para a determinação do *quantum* do imposto e por isso inserem-se no conceito amplo de incidência devendo constar de lei formal.

¹²⁴¹ Salvo exceções permitidas tais como situações em que a competência para fixação da taxa é atribuída ao poder local ou regional, por exemplo.

¹²⁴² Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 148 e ss.

¹²⁴³ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 152 e ss.

- a) cabe à lei formal estabelecer diretamente o regime para os casos típicos a que se dirige e regras sobre quantificação;
- b) no caso do objeto do imposto, para além da enumeração das manifestações típicas de riqueza que cada imposto deve atingir – tipicidade tendencialmente fechada – podem ser consagradas na lei formal cláusulas residuais que abram a mais casos de manifestações de riqueza;
- c) no que concerne à incidência subjetiva – sujeitos passivos –, não é necessária uma enumeração taxativa dos sujeitos passivos mas meramente exemplificativa;
- d) cabe à lei definir o regime a aplicar em matéria de determinação e quantificação de matéria coletável, de tal forma que o interprete consiga prever o valor de imposto a pagar mas tal não significa que a lei deva estar carregada de pormenores, podendo os critérios ser desenvolvidos. Contudo, é recomendável que as orientações genéricas vão concretizando conceitos legais indeterminados de modo a criar mais certeza e a possibilidade de concretização progressiva.
- e) relativamente aos benefícios fiscais, uma vez que os mesmos representam despesa fiscal, pode ser dada liberdade ao governo para a ponderação da atribuição dos mesmos. Contudo, os tribunais deveriam fazer um controlo mais apertado relativamente à legitimidade dos benefícios que não prossigam o bem-estar geral, beneficiando apenas um determinado grupo de cidadãos, ou que não respeitem um princípio de proporcionalidade. Ainda deve ser ponderado o ganho efetivo para a comunidade¹²⁴⁴.

Naturalmente que a determinação legislativa deve depois ser avaliada pelos tribunais, bem como a legalidade de atuação da administração.

Taxas

Já se referiu amiúde que a Constituição da República Portuguesa não contempla um regime ou regras específicas aplicadas a todos os tributos. Se no caso dos impostos ainda podemos encontrar normas específicas a si direcionadas, no caso dos tributos bilaterais a Constituição pouco nos diz.

Apesar da ausência de regimes específicos, as figuras tributárias, pelo simples facto de o serem, devem sujeitar-se a princípios gerais enformadores do sistema jurídico-tributário. Falamos concretamente do princípio da legalidade e do princípio da igualdade.

No caso do princípio da legalidade, e no que se refere a impostos, como já adiantámos, a reserva de lei é mais apertada devendo conjugar-se o artigo 165º n.º 1 alínea i) com o disposto no artigo 103º n.º 2 ambos da CRP.

No que concerne aos restantes tributos, o artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP dispõe que: *“É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: i) Criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas;”*.

Assim, a abrangência da reserva de lei parlamentar quanto a tributos bilaterais, inclui o regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas. Nestes termos, existe aqui uma espécie de *“alargamento da reserva parlamentar a todo o campo do direito*

¹²⁴⁴ Este é, de facto, um dos pontos fundamentais sobretudo porque os benefícios fiscais estão estruturados sobre um conceito de justiça social, de correção de efeitos nefastos, devendo, por isso, corresponder a um efetivo benefício – mesmo que de carácter geral – para a comunidade.

*tributário*¹²⁴⁵, fazendo com que, por esta via, exista sempre uma garantia de que as bases gerais de qualquer tributo são escrutinadas pelo parlamento.

Com esta reserva de lei alargada, confere-se legitimidade à tributação mesmo quando se trata de tributos bilaterais, com vista a que não se caia, face à pressão económico-financeira que vivemos, na tentação de criação indiscriminada e sem critério de tributos¹²⁴⁶.

Nestes termos, a criação de regimes gerais – quer para as taxas ou para as contribuições – permitem imprimir um certo rigor no domínio da criação e cobrança destes tributos, apertando-se a malha normativa¹²⁴⁷.

No que concerne à reserva de lei relativamente aos regimes gerais das taxas e contribuições, tal justifica-se sobretudo devido à proliferação das figuras de tributos comutativos e, portanto, deve existir um mínimo de estruturação supervisionada pelo poder legislativo do parlamento¹²⁴⁸.

Quanto às taxas, existe já um regime geral sectorial: o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais¹²⁴⁹. Mas coloca-se a questão se toda e qualquer taxa deve ou não passar pelo crivo do parlamento.

A jurisprudência e doutrina têm vindo a considerar que não, uma vez que estamos a falar de tributos onde existe comutatividade e portanto imperam juízos de equivalência. No caso das taxas, que são as figuras comutativas por excelência, há muito que a doutrina e jurisprudência admitiam que as mesmas fossem criadas sem intervenção parlamentar¹²⁵⁰.

No caso de falência dessa equivalência, o Estado notoriamente não cumpriu os princípios subjacentes à figura da taxa, pelo que o contribuinte está legitimado a acionar os seus mecanismos de garantia dos seus direitos, nomeadamente porque lhe pretendem imputar uma taxa ilegal.

Já no que toca às contribuições, a questão é mais controversa. Como adiante se verá, existem duas correntes que se podem resumir no seguinte: i) Dada a complexidade da figura das contribuições e atendendo às garantias dos contribuintes, deve existir reserva de lei parlamentar até à aprovação de regime geral¹²⁵¹; ii) Atendendo à redação do artigo 165º n.º 1

¹²⁴⁵ Cfr. Suzana Tavares da Silva, *As taxas e a coerência do sistema tributário*, Coimbra Editora – Coleção CEJUR, 2ª Edição, 2013, p. 15 e ss.

¹²⁴⁶ Conforme já se aludiu anteriormente, efetivamente o princípio da legalidade é um dos limites à criação de tributos, sejam eles unilaterais ou bilaterais. A questão que se coloca é se a limitação à legalidade constitucionalmente existente é a adequada face à mutação dos conceitos económico-financeiros e emergência das contas públicas, incluindo no âmbito das Autarquias Locais.

¹²⁴⁷ Foi com esta expetativa que foi criado o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

¹²⁴⁸ Também neste sentido em Paula Braz Machado, *“A Microtributação nas Autarquias Locais”*, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p. 73 e ss.

¹²⁴⁹ De referir que a própria LGT já trouxe mais alguns elementos enformadores do tributo taxa e do tributo contribuição, funcionando como uma espécie de regime regra básico para a criação destes tributos. Contudo, cremos que será sempre uma tarefa muito difícil a elaboração dum regime geral de taxas ou regime geral de contribuições financeiras. Pode sim ser mais eficaz existir um regime geral sectorial. O caso das taxas das autarquias locais era paradigmático.

¹²⁵⁰ Neste sentido Sérgio Vasques, *“Manual de Direito Fiscal”*, Almedina, 2012 e José Casalta Nabais, *“Direito Fiscal, Almedina”*, 2014.

¹²⁵¹ Posição defendida por Sérgio Vasques, por exemplo. Contudo o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 539/2015 parece vir defender a desnecessidade de regime mais apertado para as contribuições.

alínea i) da CRP não existe qualquer motivo para a aplicação de regime diferente às contribuições, pelo que pode existir criação das mesmas sem intervenção parlamentar.

Não é, contudo, demais referir o óbvio. A criação de taxas, embora sem necessidade de intervenção parlamentar, só pode ser efetuada por quem detenha previamente poderes tributários para o efeito. É que, com tanta abertura do regime, por vezes parece que qualquer entidade poderá, sem mais, criar uma taxa à sua conveniência. E tal não pode vingar.

Se por um lado os impostos têm de ser criados exclusivamente pelo parlamento ou governo em gozo de autorização, já na criação das taxas, como já vimos, tal não sucede.

Conforme refere Carlos Baptista Lobo, *in* “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006, *“Constitui hoje posição consolidada da doutrina a não submissão das taxas ao princípio da legalidade fiscal constante no n.º 2 do artigo 103º e da alínea i) do n.º 1 do artigo n.º 165º da CRP. Estes preceitos estabelecem um princípio da legalidade qualificado que se traduz na necessidade dos elementos essenciais do imposto (taxa, incidência, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes) serem definidos e concretizados por uma lei da Assembleia da República, ou por decreto-lei autorizado. Esse regime aplicável aos impostos não é mais do que a decorrência do princípio “no taxation without representation”, numa lógica de auto-tributação. Quanto às taxas, o legislador constituinte preferiu inserir unicamente, em 1997, no âmbito da reserva relativa da Assembleia da República a definição do seu regime geral. Tal opção justifica-se pela importância concreta do mesmo enquanto diploma e enquadramento geral – reserva de densificação parcial – e não pela especialidade da relação jurídica subjacente a essa forma tributária, que assentando essencialmente numa lógica de bilateralidade, permite por isso mesmo, que os seus sujeitos passivos obtenham formas de tutela jurídica alternativa dos seus direitos, ao contrário do que acontece nos impostos”*.

De facto, dada a configuração bilateral tão característica das taxas, a prévia autorização parlamentar não será necessária na ótica da defesa do contribuinte. Basta o incumprimento do Estado relativamente à contraprestação devida para tornar possível ao contribuinte o desencadeamento de meios jurisdicionais de tutela do seu direito¹²⁵².

Ora, tudo isto parece simples se existisse, como por exemplo no sistema alemão, o princípio da cobertura de custos sendo que, no caso alemão, é entendimento consensual que a bilateralidade das taxas implica o controlo jurisdicional da aplicação do princípio do custo-benefício¹²⁵³.

Atente-se que, esta situação simplificada de controlo jurisdicional da cobertura de custos apenas é possível porque os próprios tribunais já tomaram a iniciativa de se pronunciar sobre o *quantum* das taxas, mesmo quando estão em causa fins extrafiscais.

Ora, no caso português, por muito que se pretenda aplicar na prática a teoria da cobertura de custos, não tem existido qualquer orientação por parte da jurisprudência sobre a limitação relativamente a taxas com fins extrafiscais.

E, como já se referiu acima, a própria doutrina não é unânime. A partir do momento em que se assume que as taxas podem ter fins extrafiscais e sendo esses mesmos fins de carácter subjetivo

¹²⁵² Cfr. Carlos Baptista Lobo, *in* “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006

¹²⁵³ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 51 e ss.

não há critério efetivo para o valor objetivo. Por isso mesmo, mesmo o critério da equivalência não tem sido suficiente nos casos de taxas com finalidades extra financeiras.

Face a esta situação, o exemplo do regime alemão aplica-se apenas no que concerne ao legislador constitucional. Parece-nos que, como noutras matérias, o legislador constitucional foi mais condescendente e abriu mão dum regime de legalidade fechada, criado e fiscalizado pelo parlamento para os tributos comutativos.

Mas depois, na prática, a jurisprudência não acompanhou nem colmatou as falhas que o regime pudesse criar. A bem da verdade a jurisprudência não o fez mas o legislador comum – que maior responsabilidade teria nesta matéria – também não ajudou. O exemplo do RGTA, com diversas normas equívocas não abonam a favor dum regime claro, seguro e eficiente.

Por este motivo, atendendo ao direito comparado, encontramos dois tipos de regime¹²⁵⁴:

1. Não exigência de reserva de lei em matéria de taxas mas com critérios muito rígidos sobre a cobertura de custos nesta matéria – caso alemão;
2. Exigência de reserva de lei parlamentar para toda a matéria fiscal – casos espanhol e italiano – mesmo que com possibilidade de delegação.

Face a esta situação, há quem conclua¹²⁵⁵ que a discricionariedade que foi deixada pelo legislador e também pelos tribunais faz com que exista uma certa desproteção do contribuinte, não estando a reserva de lei a exercer a sua função de previsibilidade quanto à existência e quantificação do tributo como a violação do princípio da intervenção dos representantes dos cidadãos no processo.

Acresce que, no caso português, não há dúvidas que o Governo, sozinho pode legislar sobre qualquer taxa isoladamente, pelo que mais força ganha a tese de que é necessário usar critérios de cobertura de custos que sejam eficazes.

No que concerne a este tema, consideramos que a análise do tributo deve, efetivamente, ser casuística. E se atentarmos aos princípios da natureza do tributo, não será necessária uma reserva de lei parlamentar legitimação do mesmo.

Contudo, neste particular também consideramos que todos os intervenientes têm de representar o seu papel: a entidade que cria e aplica a taxa não esquecer dos elementos essenciais da sua fundamentação e da sua função pública; os contribuintes devem eles próprios efetuar o seu juízo quanto ao tributo que lhes é aplicado e exercer os seus direitos de reação; aos tribunais que não devem de coibir-se de formar o seu juízo fundamentado sobre toda a matéria em questão, incluindo o *quantum*.

Bem como as próprias entidades criadoras da taxa devem ser responsáveis pela sua fundamentação jurídica e económica, uma vez que os contribuintes podem usufruir da possibilidade de reclamação¹²⁵⁶ para o próprio órgão. Tal é um mecanismo de “discussão” do sinalagma diretamente entre as entidades intervenientes¹²⁵⁷.

¹²⁵⁴ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 55 e ss

¹²⁵⁵ Entre nós Ana Paula Dourado.

¹²⁵⁶ No caso das taxas das autarquias locais, a mesma é inclusivamente prévia e obrigatória à impugnação judicial. Cfr. Artigo 16º n.º 5 do RGTA.

¹²⁵⁷ Também neste sentido veja-se Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 302 e ss

No fundo, como o Tribunal Constitucional já referiu no Acórdão n. 258/2008, é compreensível que não haja reserva de lei formal no caso das taxas uma vez que não há amputação de rendimento, sem justificação específica, ao contribuinte, como acontece no caso dos impostos.

Julgamos ainda que em matéria de tributos com finalidades extra financeiras, deve atender-se ainda a uma análise económica e social do tributo em causa para que se possa avaliar da bondade da finalidade da figura tributária, bem como do seu valor.

Não é à toa que referimos a questão do *quantum* como essencial. Repare-se que usando o paralelismo do tributo imposto, o princípio da tipicidade obriga a que a lei formal designe o mecanismo de apuramento do imposto.

Ora, no caso das taxas só se admite a desnecessidade de lei formal contemplar esta vertente da tipicidade porque é um tributo comutativo. E por isso, na sua essência já contempla a necessidade de “tipicidade” quanto ao *quantum* que deve transparecer.

Contribuições

Como já aflorámos na avaliação que fizemos até agora do regime constitucional para tributos comutativos, existem poucos princípios constitucionais que aos mesmos se possam aplicar. E, a bem da verdade, o regime que se aplica às taxas é, em grande parte aplicável também às contribuições.

Como já referimos, embora já existissem tributos parafiscais anteriores à Constituição de 1976, a mesma não fazia qualquer referência ou menção às contribuições e seu regime legal. A Constituição de 1976 apenas referia, no que concerne à competência legislativa, o regime aplicável a impostos e taxas.

Foi a doutrina que impulsionou a alteração da tipologia clássica dos tributos para incluir a figura das contribuições, mudança essa também acompanhada pela jurisprudência. Estes aspetos foram determinantes para a alteração introduzida em 1997, em sede de revisão constitucional, passando a Constituição a acolher o *tertium genus* Contribuições.

Contudo, esta alteração não foi acompanhada duma previsão dum regime claro para esta figura híbrida das contribuições, reconduzindo genericamente para o regime das taxas aparentemente por considerar que ambos serão tributos (para)comutativos.

Para analisar o princípio da legalidade aplicado aos tributos comutativos deve-se sobretudo atentar ao disposto no artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP.

Assim, já amiúde se referiu que este artigo contém dois regimes muito claros: 1) reserva de lei para os impostos com maiores limitações no que concerne às autorizações legislativas; 2) reserva de lei para regimes gerais no que concerne aos tributos comutativos.

Já aqui falámos do princípio da legalidade e reserva de lei aplicada aos impostos, importando agora apenas lembrar algumas questões¹²⁵⁸.

¹²⁵⁸ Considerando a problemática associada ao princípio da legalidade aplicável às contribuições, julgamos ter interesse efetuar aqui uma breve análise dos pontos mais relevantes e que podem ser úteis na análise da doutrina e jurisprudência mais recente.

Estamos no âmbito de matéria de reserva de lei competencial, ou seja, a criação de impostos e sistema fiscal são da competência do parlamento mas este pode ser delegada ao Governo por via de Autorização Legislativa¹²⁵⁹.

As autorizações legislativas não são cheques em branco, ou seja têm de conter um mínimo de exigências a serem seguidas pelo Governo aquando da emissão de legislação sobre determinado tema.

Como já nos ensinava António Vitorino¹²⁶⁰, as autorizações legislativas têm uma tripla vertente que, no caso de matéria fiscal, acrescem ainda mais critérios orientadores. Vejamos sucintamente as vertentes que aqui nos importam:

1. Cabe ao parlamento definir as linhas orientadoras da política em matéria de impostos. Não esqueçamos que a matéria fiscal é da competência reservada do parlamento e este apenas pode delegar no Governo essa tarefa de legislar sobre o assunto. Com isto queremos dizer que o parlamento é que tem palavra sobre o tema e por isso o governo não pode fugir da vontade do parlamento quando está a legislar de forma autorizada.
2. Conjugação entre o disposto no artigo 165º n.º 2 e o artigo 103º n.º 2 da CRP. O que quer dizer que quando o artigo 165º n.º 2 refere que *“As leis de autorização legislativa devem definir o objeto, sentido, extensão e duração da autorização (...)”*, no que concerne a matéria fiscal, o elemento do sentido deve ter em conta o artigo 103º n.º 2 da CRP. Assim, a lei de autorização deve conter, consoante o que estiver em causa, todos ou alguns dos elementos previstos no artigo 103º n.º 2 da CRP, ou seja, alei que cria o imposto tem de conter *“incidência, taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes”*. Ora, esta posição já foi, inclusivamente, reiterada pelo Tribunal Constitucional em diversos arestos, dos quais destacamos o Acórdão 365/92 em que o que se considerou que a autorização legislativa deve ter *“um conteúdo material bastante”*.

Este relembrar das características do princípio da legalidade têm aqui uma função. Isto porque, uma parte da doutrina tem defendido que, na ausência de regime geral, as contribuições devem seguir o regime de legalidade dos impostos.

Inexistindo um regime geral, a criação de contribuições sem que passe pelo crivo do parlamento parece não acolher grande apoio na doutrina. Defende-se até que o espírito do legislador, ao criar a necessidade de aprovação por via parlamentar dum regime geral, pretendeu que existisse uma garantia de segurança aos contribuintes, prevenindo-se um tratamento discriminatório.

Este tributo, embora de base comutativa, não traça uma imputabilidade individual da provocação do custo ou do aproveitamento pelo sujeito passivo porque tem na sua principal ou única motivação um elemento subjetivo.

Nestes termos, a exigência de legalidade aumenta, defendendo alguns autores¹²⁶¹ que estão sujeitos à reserva de lei integral até que seja produzido um regime geral.

¹²⁵⁹ Veja-se a este propósito Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016 e, da mesma autora, *O Princípio da Legalidade Fiscal*, Almedina, 2015.

¹²⁶⁰ Cfr. António Vitorino, *As Autorizações legislativas na Constituição Portuguesa*, policopiado, Lisboa, 1986.

¹²⁶¹ Entre outros, Sérgio Vasques, Gomes Canotilho, Vital Moreira e Suzana Tavares.

De acordo com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 365/2008, a própria jurisprudência veio dar a entender que, embora possa não ser necessário uma formalidade extrema para todos os elementos da contribuição, deve constar de Lei pelo menos a incidência, a taxa e formalidades dos pagamentos (nomeadamente o prazo). Se compararmos com o regime dos impostos, estamos muito perto do princípio da tipicidade.

Nestes termos, não passaria pelo teste da legalidade uma contribuição sem que alguns elementos essenciais não estivessem previstos na lei.

O legislador constitucional português veio definir concretamente os elementos essenciais do imposto que cabem na reserva de lei parlamentar, a saber¹²⁶²:

- i) Incidência, quem deve pagar o imposto e sobre que matéria ele irá incidir. Acrescem neste capítulo as normas sobre a incidência territorial fixando-se os limites territoriais para não coincidir com outros ordenamentos fiscais, bem como a incidência temporal que indica quando se torna exigível a obrigação tributária.
- ii) Taxa, que significa qual a parcela de riqueza que se exige ao sujeito passivo. A definição deste elemento é deveras exemplificativa da própria noção de reserva de lei, pois o elemento da taxa significa a decisão da oneração efetiva do contribuinte.
- iii) Benefícios fiscais são uma exclusão de normas de incidência, de normas de isenção ou de redução de taxas, pelo que são exceções à regra. Assim, é compreensível que neste particular a reserva de lei se imponha por estar em causa a segurança jurídica e a tutela da expectativa dos contribuintes.
- iv) Garantias dos contribuintes estão também integradas no princípio da reserva de lei parlamentar, garantia de natureza subjetiva ou material.

Na decisão do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 365/2008, a propósito da criação e cobrança de contribuições a favor da ERC fez a seguinte leitura: *"(...) a Assembleia da República, além de apontar os princípios gerais que devem presidir à fixação das taxas a favor da ERC, determinou a sua incidência, o âmbito dos seus sujeitos passivos, o critério para a fixação do seu valor e até os prazos para o seu pagamento. Esta normação parlamentar, especialmente destinada a possibilitar a aprovação pelo Governo de taxas a favor da ERC, incluindo a taxa pela sua atividade corrente de regulação e supervisão da comunicação social, é suficiente para, relativamente a esta concreta taxa, se considerarem atingidos os objetivos constitucionais visados com a exigência de um regime geral das contribuições financeiras a favor de entidades públicas. Na verdade, verifica-se que os representantes diretos do povo tiveram intervenção na definição dos princípios e das regras elementares respeitantes aos elementos essenciais da taxa de regulação e supervisão a favor da ERC, prevista nos artigos 3.º, n.º 3, a), e 4.º, do Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho, pelo que, sendo esta uma "contribuição financeira a favor de entidade pública", a sua consagração em decreto-lei não fere a exigência de reserva de lei formal imposta no artigo 165.º, n.º 1, i), da C.R.P., não sofrendo as normas aí contidas de inconstitucionalidade orgânica."*

Nestes termos, atendendo à ausência dum regime geral das contribuições, bem como atendendo à especial comutatividade do tributo – com menor exigência de bilateralidade do que a taxa e portanto menores garantias inerentes – prevalecia a ideia da necessidade duma especial ligação à reserva de lei.

¹²⁶² Cfr. Sérgio Vasques, Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2012, p. 283 e ss.

Contudo, mesmo este aresto não é de todo claro. O que sempre sucedeu é que o Tribunal Constitucional sempre apreciou contribuições que tinham tido, na sua criação, um mínimo de intervenção parlamentar e, por isso, nunca sentiu verdadeira necessidade de avaliar o regime concreto quando falta qualquer link ao parlamento.

De referir que já havia opiniões divergentes como a de Cardoso da Costa que defendia que as contribuições podiam ser criadas por mero decreto-lei. Conforme referimos, muito embora o regime da reserva de lei relativamente às contribuições tenha uma previsão legal muito semelhante à das taxas, o certo é que a doutrina e jurisprudência sempre reconheceram que o caso das contribuições é diferente.

Com isto pretende-se dizer que, face à maior insegurança na precisão da equivalência no caso das contribuições, a tendência tem sido a de proteger os contribuintes remetendo as contribuições a um regime mais apertado no que concerne à legalidade.

Certo também é que a jurisprudência do Tribunal Constitucional – que aqui releva de sobremaneira – também nunca tinha sido chamada a apreciar um tributo que, sendo considerado como contribuição, não tivesse uma regulamentação associada a uma reserva de lei parlamentar.

Sucede, porém, que o Acórdão n.º 539/2015 do Tribunal Constitucional veio trazer uma avaliação completamente diferente da reserva de lei no caso das contribuições.

Encontrava-se em avaliação a natureza do tributo previsto no artigo 9º do Decreto-Lei n.º 119/2012, de 15 de junho, com a designação de “Taxa de segurança alimentar mais”, sendo a mesma inteiramente direcionada ao financiamento do Fundo Sanitário e de Segurança Alimentar Mais.

Para se entender a solução alcançada pelo Tribunal Constitucional relativamente à qualificação deste tributo, importa referir que o mencionado Fundo tinha como objetivo a proteção da segurança alimentar e da saúde do consumidor e cumprimento das normas europeias em matéria de qualidade alimentar e era dotado de autonomia administrativa e financeira.

A dita Taxa de segurança alimentar mais era tida, na sua própria conceção, como uma contrapartida da garantia da segurança e qualidade alimentar, sendo que o seu pagamento seria devido por titulares de estabelecimentos de comércio alimentar de produtos de origem animal e vegetal de acordo com determinados padrões.

Face a estes parâmetros, naturalmente o tribunal chegou à conclusão de que esta “*taxa de segurança alimentar mais*” não mais seria do que uma verdadeira contribuição.

A única questão que maior relevo aqui poderia ser levantada seria a questão do grupo sobre a qual recai a contribuição. Mas mesmo neste caso, o Tribunal considerou que os principais beneficiários da atividade do Fundo Sanitário seriam os titulares de estabelecimentos de comércio alimentar e por isso a equivalência grupal estava justificada face ao benefício específico que este grupo recebe desta atividade do Fundo.

Estando a natureza do tributo fixada, a questão que o Tribunal colocou foi a de “*saber se uma contribuição financeira como aquela que se encontra prevista no artigo 9º do Decreto-Lei n.º 119/2012, de 15 de junho, pode ser criada por diploma do Governo sem autorização legislativa.*”

Isto porque, pela primeira vez, o Tribunal Constitucional deparou-se com um regime onde o parlamento não teve qualquer intervenção, nem sequer por via de autorização legislativa.

Relativamente a esta questão em particular, o tribunal inicia a sua análise relevando que, após a revisão constitucional de 1997, o regime da reserva de lei parlamentar em matéria fiscal ficou dividido em dois:

“O artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da Constituição, passou a fazer depender da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, a «criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor do Estado». Configuram-se assim dois tipos de reserva parlamentar: um relativo aos impostos, que abrange todos os seus elementos essenciais, incluindo a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes (artigo 103.º), outro restrito ao regime geral, que é aplicável às taxas e às contribuições financeiras, e relativamente às quais apenas se exige que o parlamento legisle ou autorize o governo a legislar sobre as regras e princípios gerais e, portanto, sobre um conjunto de diretrizes orientadoras da disciplina desses tributos que possa corresponder a um regime comum.”

Nestes termos, o Tribunal Constitucional considera que deixou de ter justificação uma pura recondução do regime das contribuições ao dos impostos. Até porque, a própria Constituição passa a ter uma previsão expressa sobre o princípio da reserva de lei parlamentar quanto a estas figuras tributárias, situação que não sucedia anteriormente.

Sucede ainda que o Tribunal Constitucional considerou que, não existindo norma semelhante à do artigo 103º n.º 2 da CRP para as taxas e contribuições, somente é necessária autorização legislativa parlamentar para um verdadeiro regime geral. Não será, pois, necessário que para cada taxa ou contribuição haja uma *“intervenção qualificada”* sobre a incidência, taxa – no caso valor – benefícios fiscais e garantias dos contribuintes.

Acerca dum eventual regime geral, que o Tribunal até considerou como de difícil execução, e *“cuja definição compete à Assembleia da República, deve conter os seus princípios estruturantes, bem como as regras elementares respeitantes aos seus elementos essenciais comuns, sendo certo que é difícil imaginar que se consigam subordinar a um mesmo quadro normativo figuras tão diferentes quanto aquelas que se podem abrigar neste novo conceito intermédio”*

Considerando o facto de inexistir qualquer regime geral para contribuições, mesmo que sectorial, o Tribunal Constitucional considerou que esta *“inércia legislativa”* tem suscitado algumas dúvidas sobre a validade da criação de contribuições sem intervenção parlamentar. E faz um périplo pelas opiniões doutrinárias que, com exceção de Cardoso da Costa, defendem geralmente a manutenção da recondução das contribuições ao regime de reserva parlamentar com intervenção mínima do mesmo até publicação de regime geral.

Contudo, o Tribunal preferiu avaliar da necessidade de aprovação prévia de regime geral para criação individualizada de tributos, *in casu*, de contribuições. Isto porque para o caso das taxas há muito que se defende que não seria condição *sine qua none* a existência de prévio regime geral.

“A revisão constitucional de 1997 ao prever a figura das contribuições financeiras como tributo, para efeitos de definição da competência legislativa, equiparou-a às taxas e distinguiu-a dos impostos. Enquanto a criação destes se manteve na reserva relativa da Assembleia da República, relativamente às taxas e às contribuições financeiras aí se incluiu apenas a previsão de um regime geral, ficando excluída da reserva parlamentar a criação individualizada quer de taxas quer de contribuições financeiras. E a aprovação desse regime geral não surge como ato-condição ou pressuposto necessário da criação individualizada desses tributos (Cf. Blanco de

Morais, em *“Curso de direito constitucional”*, Tomo I, pág. 273, nota 400, ed. 2008, da Coimbra Editora), não havendo razões para que se considere que a atribuição reservada daquela competência pelo legislador constitucional tenha procurado refletir uma aplicação mais rarefeita do princípio matriz do parlamentarismo *“no taxation without representation”*.”

Face a esta posição facilmente se chegou à conclusão que:

“Não sendo a existência de um regime geral pressuposto necessário da criação de taxas, nem de contribuições financeiras, não tem qualquer suporte no texto constitucional, na ausência daquele regime, estender-se a competência reservada da Assembleia da República ao ato de aprovação de contribuições financeiras individualizadas, criando-se assim uma reserva integral de regime onde esta não existe. Como afirmaram Alexandre Sousa Pinheiro e Mário João de Brito Fernandes, “na ausência de regime geral não pode o intérprete subverter a vontade do legislador (constituente ordinário) criando uma reserva integral” (In “Comentário à IV Revisão Constitucional”, pág. 417, ed. de 1999, da AAFDL).”

Conclui, no que a esta matéria se refere que:

Assim, a ausência da aprovação de um regime geral das contribuições financeiras pela Assembleia da República não pode impedir o Governo de aprovar a criação de contribuições financeiras individualizadas no exercício de uma competência concorrente, sem prejuízo da Assembleia sempre poder revogar, alterar ou suspender o respetivo diploma, no exercício dos seus poderes constitucionais. Por estas razões conclui-se que o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 119/2012, de 15 de junho, não viola a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da “República estabelecida no artigo 165.º, n.º 1, i), da Constituição.”

O que aqui sucedeu foi que o Tribunal Constitucional, face à inércia legislativa relativamente a um regime geral das contribuições, considerou que não há necessidade de qualquer outra intervenção parlamentar na criação concreta de contribuições.

Sucede que, como bem referiram Carlos Fernandes Cadilha e Joaquim de Sousa Ribeiro nas suas declarações de voto de vencido, há que aqui avaliar os efeitos dessa inércia legislativa. Porque o simples facto de inexistir um regime geral não pode automaticamente legitimar a criação de tributos. Nem se pode dar essa interpretação à disposição constitucional do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP.

Como Joaquim de Sousa Ribeiro bem refere: *“A disposição constitucional não pode ser interpretada como contendo um “programa condicional” (para utilizar um conceito de Luhmann), no sentido de que não obrigaria à emissão de um ato legislativo parlamentar, como condicionante da posterior criação de contribuições financeiras, apenas prevendo que, se houver intenção de estabelecer um regime geral, deverá ter-se em conta a reserva de competência. Não pode ser assim, pois o que está unitariamente em causa, em ambos os segmentos da norma constitucional, é a projeção habilitante de um prévio controlo parlamentar sobre os atos concretos de tributação. O que muda é apenas a forma de realização e a intensidade, não o objetivo tutelador. Deste modo, pretender que a persistência da omissão legislativa em editar o regime geral faculta a criação livre e incondicionada de contribuições financeiras, por meio de diploma governamental, subverte inteiramente o alcance garantístico que a reserva iniludivelmente possui.”*

E com isto tendemos a concordar. Ou seja, que efetivamente o regime geral não condição para a criação de tributos comutativos, até podemos concordar. Mas não se pode atribuir à inércia

legislativa uma perda de garantias dos cidadãos, sobretudo atendendo ao tipo de tributos que aqui estão em causa¹²⁶³.

Contudo, tendemos a considerar que este será possivelmente o caminho que se seguirá. Isto porque a política de “desburocratização” de receitas que são essenciais ao Estado tem sido uma tendência face às crises económicas sucessivas. Se isso é correto? A nosso ver não será. Mas que será uma tendência político-económica isso já nos parece ser verdade.

5.2.1.3. Princípio da Igualdade

A constituição de 1976 consagrou o princípio da igualdade tributária de forma implícita quando, por via do artigo 13º da CRP, vincula toda a atividade do legislador a este princípio. Assim, quando disciplina impostos, taxas e contribuições, o Estado está vinculado à disciplina do artigo 13º da CRP.

Ao artigo 13º da CRP juntam-se, em particular, os artigos 103º e 104º, estabelecendo um programa de intervenção para o sistema fiscal, subordinando o sistema fiscal, impostos sobre o rendimento, o património e consumo a preocupações de justiça material.

O princípio da igualdade, que se pode resumir na velha fórmula “tratar de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é diferente”, divide-se, por isso, em dois elementos: i) igualdade de situações; ii) igualdade de tratamento.

Enquanto que a igualdade de tratamento será simples de concretizar uma vez que bastará uma estatuição legal semelhante, no caso da igualdade de situações o problema é o que será considerado como critério de situações iguais, pois é necessário um juízo de comparação e a escolha de critério distintivo.

Uma vez que não há indicação constitucional sobre o critério distintivo, o mesmo pode ser um qualquer que a o legislador entenda ou existir uma espécie de concretização e por isso ser um critério mais justo ou adequado¹²⁶⁴. Mas estas são posições extremas.

Assim, a doutrina têm tentado encontrar um meio termo entre estas duas posições, seguindo um princípio de proibição do arbítrio, em que é legítimo que o legislador encontre critérios distintivos que entenda ser convenientes mas que tenham um fundamento objetivo que seja evidente. Ou seja, é dado um limite negativo, não sendo possível um critério que negue a justiça.

Ora, mas este critério de delimitação negativa não garante um sistema tributário de verdadeira justiça material nem coerência interna, pois apenas exclui discriminações absurdas ou demasiado evidentes. Garante um mínimo de justiça que já não é aceitável nos dias de hoje, em que a tecnicidade do sistema, a variedade de figuras e base tributária é extensa e complexa.

¹²⁶³ Cujas equivalências é menos perceptível e cujas finalidades são substancialmente menos claras quanto às funções de tributação tradicionais (de angariação pura de receita). E quando é muito difícil, ainda, fixa os limites do que se trata dum grupo homogêneo, com interesses comuns ou que usufruem presumivelmente de qualquer utilidade. Aliás, não se percebe como é que no âmbito de prestações presumidas o Tribunal Constitucional afastou, por completo, uma intervenção do parlamento.

¹²⁶⁴ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 247 e ss.

Nestes termos, a doutrina tributária¹²⁶⁵, tem vindo a defender que o princípio da igualdade tributária se deve concretizar olhando para os contornos das diferentes espécies tributárias e identificando os critérios de repartição que melhor se adequam¹²⁶⁶.

Ora, com este critério de repartição o que se pretende é dar concretização contextual à igualdade. Atendendo à finalidade da norma, o critério de repartição será o mais adequado quando cumpra esse desígnio.

Se o tributo tiver por finalidade aliviar situações de pobreza, por exemplo, então o tratamento igual do que é igual terá de atender às necessidades daqueles que pretende beneficiar¹²⁶⁷.

No que concerne a estes critérios de repartição dos tributos públicos, há que relevar a capacidade contributiva para o caso dos impostos e a equivalência para o caso dos tributos comutativos.

Ou seja, estes dois critérios ajustam-se atendendo às finalidades dos tributos em causa: nos impostos pretende-se que os mesmos sejam cobrados de acordo com as possibilidades de participação de cada um, e no caso dos tributos comutativos temos a ideia de sinalagma associados, ou seja, de efetuar o pagamento de forma a cobrir o custo causado ou da utilidade usufruída.

Devemos, contudo, atender a que o princípio da igualdade não é absoluto ou seja, pode ceder perante outros valores tutelados. Mas é, sem dúvida, um barómetro importantíssimo para a criação e cobrança dos tributos.

Devemos, contudo, fazer já o reparo de que as finalidades extrafiscais dos tributos acarretam uma derrogação da igualdade, pelo que para se preservar a integridade dos mesmos, deve atender-se à proporcionalidade no sentido de¹²⁶⁸: i) a lesão que o legislador impõe à igualdade tributária quando faz uso de agravamentos ou desagravamentos extrafiscais tem de ser **necessária** à prossecução do objetivo extrafiscal em causa, não existindo alternativa menos gravosa; ii) ela mostra-se adequada à prossecução do objetivo em causa; iii) a lesão mostra-se **proporcional** aos ganhos extrafiscais obtidos.

No fundo, e conforme Klaus Tipke ensina, é indispensável que o ganho de bem-estar seja maior do que o sacrifício da igualdade tributária.

E só nesses termos teremos preenchido o critério de proporcionalidade. E quando as medidas extrafiscais resistem ao teste de proporcionalidade podem ser consideradas legítimas mas quando falhem o teste há uma violação do artigo 13º da CRP.

Vejamos, mais apuradamente, as características dos corolários do princípio da igualdade em relação a cada tipo de tributo.

Impostos

¹²⁶⁵ Mormente Klaus Tipke que defende que o Estado de Direito não pode reconhecer como justo tudo o que não seja arbitrário, ou seja, um critério demasiado amplo de justiça tributária.

¹²⁶⁶ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 249 e ss.

¹²⁶⁷ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012 p. 250 que cita Herbert Hart relativamente à conceção das normas e de que forma se deve manifestar a ideia de igualdade.

¹²⁶⁸ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 249 e ss.

Se o princípio da legalidade constitui, por si só, um limite formal à criação e cobrança de tributos, também o **princípio da igualdade** cria um critério, desta feita material, aos tributos¹²⁶⁹.

O princípio da igualdade fiscal reconduz-se ao princípio geral da igualdade no seu sentido material, ou seja, na igualdade na Lei (e não apenas perante a lei)¹²⁷⁰.

O princípio da igualdade fiscal teve sempre ínsita a ideia de generalidade ou universalidade, nos termos do qual todos os cidadãos se encontram adstritos ao dever de pagar impostos, e da uniformidade, exigindo-se que esse dever de pagar impostos deve ser aferido por um critério, *in casu*, o da capacidade contributiva. Nestes termos, o princípio da igualdade fiscal implica que se aplique igual imposto para os que dispõem de igual capacidade contributiva e diferente imposto para os que dispõem de diferente capacidade contributiva na proporção dessa diferença¹²⁷¹.

Relativamente ao critério da capacidade contributiva¹²⁷², o mesmo é alvo de diferentes críticas, nomeadamente, o facto de não estar formalmente consagrado na Constituição e por isso não poder ser – para os positivistas mais acérrimos – aplicável aos impostos¹²⁷³. Outra crítica prende-se com a utilização deste critério para um nivelamento social e portanto um mero instrumento do Estado Social¹²⁷⁴. E em terceiro lugar, existe ainda a crítica à indeterminabilidade do conceito de capacidade contributiva, situação que, na área tributária, deve evitar-se¹²⁷⁵.

Contudo, mesmo não estando formalmente consagrado, o princípio da capacidade contributiva aparece concretizado em diversas ocasiões, sobretudo no artigo 104º da CRP. No fundo, o princípio da capacidade contributiva é a concretização da justiça fiscal, sendo a medida de comparabilidade do objeto de tributação, por um lado, e medida de comparabilidade entre os sujeitos passivos¹²⁷⁶.

Ora, a igualdade passa, como se sabe, por juízos de comparabilidade e a concretização em matéria fiscal e no âmbito do imposto faz-se através da capacidade tributária.¹²⁷⁷

¹²⁶⁹ De relevar que não existe um artigo específico na Constituição relativamente à aplicação do princípio da Igualdade a matérias fiscais. Contudo, não esqueçamos que, para além de ser um direito fundamental de cariz fundamental, é um princípio enformador de todo o sistema jurídico-constitucional. Dúvidas não podem existir da sua aplicação direta às matérias fiscais, sob pena de uma exclusão injustificada desta matéria dum princípio geral e transversal.

¹²⁷⁰ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 155 e ss.

¹²⁷¹ Cfr. José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Almedina, 2014, p. 155 e ss.

¹²⁷² O critério da capacidade contributiva não se encontra contemplado expressamente na CRP mas decorre do próprio princípio da igualdade e suas vertentes, articulado com os demais princípios e preceitos da constituição fiscal.

¹²⁷³ Posição que claramente não acompanhamos.

¹²⁷⁴ Esta visão é veementemente desconsiderada, por exemplo, pelo Professor Casalta Nabais que considera que a capacidade tributária apenas tem de ser reconduzida ao princípio da igualdade e não a um corolário do princípio do Estado Social.

¹²⁷⁵ Esta crítica, porém, esquece-se que, dada a volatilidade das leis fiscais, os conceitos vagos e indeterminados, infelizmente, tornaram-se cada vez mais comuns.

¹²⁷⁶ Cfr. Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016, p. 190 e ss.

¹²⁷⁷ De relevar ainda, como bem frisa Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, da importância da comparabilidade e do princípio do benefício em sede do Direito Fiscal Europeu – em particular – e do Direito Fiscal Internacional.

Uma vez que os impostos são tributos unilaterais, os mesmos constituem uma ablação do património particular ditada pelo interesse geral e alheia ao aproveitamento duma prestação pública em particular.

Ora, se o propósito dos impostos é que os membros de uma comunidade contribuam para a despesa de forma a que todos a possam aproveitar de forma indistinta, sem que haja uma contraprestação específica e direta, então a solução que parece ser materialmente mais justa é que cada um contribua na medida da sua força económica¹²⁷⁸.

Uma vez que a capacidade contributiva mede-se por via da força económica então o imposto deve incidir sobre a riqueza de cada um e as manifestações de riqueza devem estar sujeitas à tributação.

Ou seja, para que haja concretização da capacidade contributiva, os impostos devem ter em conta as realidades economicamente relevantes dos contribuintes, que são geralmente rendimento, património e consumo.

Mas deve ainda incidir sobre a riqueza atendendo à força económica real do contribuinte, ou seja, atendendo ao seu contexto familiar e pessoal, pois tem de existir um mínimo, um limite relativamente até onde poderá ir o imposto.

Sobre a questão da tributação da riqueza e seus limites duas vertentes devem ser relevadas:

- a) a capacidade contributiva é especialmente visível na tributação do rendimento uma vez que a tributação é feita por via do rendimento global, atendendo à totalidade dos rendimentos, o mais amplo fluxo de riqueza, que provenha de fonte duradoura, fortuita ou ocasional. Pode até vir duma atividade ilícita. E também por isso mesmo o imposto sobre o rendimento deve ser único. Repare-se que se a capacidade contributiva deve ser avaliada atendendo à globalidade dos rendimentos, então os mesmos só devem ser sujeitos uma vez a este imposto na sua condição global – Cfr. Artigo 104º n.º 1 da CRP. Acresce que a tributação do rendimento deve atender ao rendimento líquido, ou seja, ao rendimento já deduzido das despesas essenciais para a sua obtenção, bem como deduções subjetivas, ou seja, as despesas correspondentes ao necessário à sobrevivência e manutenção das condições de vida. No caso das pessoas coletivas, a tributação também é devida pelo lucro real, ou seja, correspondente ao lucro contabilístico (Receitas totais deduzidas dos custos explícitos). Relativamente às taxas ou alíquotas do imposto, tal já se torna mais equívoco para o princípio da capacidade contributiva uma vez que a progressividade tem sido encarada como medida de redistribuição de riqueza e não tanto associada à capacidade contributiva. É uma medida extrafiscal associada ao Estado Social¹²⁷⁹.
- b) por outro lado, a capacidade contributiva também é relevante no que concerne à proibição de impostos confiscatórios, ou seja, aqueles impostos que limitam de forma desproporcional a propriedade privada e a iniciativa económica privada. Ana Paula Dourado refere o caso *Gáll v. Hungary*¹²⁸⁰, em que o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens, em 2013, considerou confiscatório um imposto que chegava aos 60% que recaía sobre indemnizações salariais de funcionários públicos que cessavam funções no âmbito de reestruturações. Em Portugal, o Tribunal Constitucional furtou-se à análise

¹²⁷⁸ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 249 e ss.

¹²⁷⁹ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 259 e ss.

¹²⁸⁰ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 193 e ss.

de imposto sobre o rendimento a níveis confiscatórios aquando da imposição da sobretaxa de IRS durante a crise económica escudando-se no Estado de Emergência e de a medida ser temporária¹²⁸¹.

No que concerne a este ponto sobre o confisco que adiante retomaremos doutro prisma, há ainda que relevar a decisão do Tribunal Constitucional português em relação à CES, uma contribuição extraordinária criada em 2012.

No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, relativamente à natureza confiscatória da Contribuição de Solidariedade Social sobre pensões, o tribunal considerou o seguinte:

“A questão das taxas confiscatórias tem sido matéria tratada, no domínio tributário, no âmbito do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, considerando-se que, implicando o imposto uma restrição ao direito de propriedade, o tributo não pode assumir uma tal dimensão quantitativa que absorva «a totalidade ou a maior parte da matéria coletável», nem pode ter um efeito de estrangulamento, impedindo «o livre exercício das atividades humanas» (DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA LEITE DE CAMPOS, Direito Tributário, Coimbra, 1996, pág. 148, e DIOGO LEITE DE CAMPOS, As três fases de princípios fundamentantes do Direito Tributário, in O Direito, ano 139º, 2007, pág. 29), ou pondo em causa que «a cada um seja assegurado um mínimo de meios ou recursos materiais indispensáveis (...) [à] dignidade [da pessoa humana]» (CASALTA NABAIS, Direito Fiscal, 7.ª Edição, pág. 162).

A variável quantitativa não é, contudo, contrariamente ao que possa parecer, única ou determinante. Para aferição do que seja ou não imposto confiscatório, apela-se a uma ideia de equidade ou «tributação equitativa»: «saber se um imposto tem efeitos confiscatórios não depende apenas dos montantes das respetivas taxas. Importa, isso sim, aferir desses efeitos confiscatórios em relação a determinado contribuinte em concreto. O factor decisivo não é aquilo que o imposto retira ao contribuinte, mas o que lhe deixa ficar» (LUÍS VASCONCELOS ABREU, Algumas notas sobre o problema da confiscatoriedade tributária em sede de imposto sobre o rendimento pessoal», in Fisco, n.º 31, maio 1991, págs. 26 e segs.).

Transpondo esta doutrina para o caso aqui em análise, considerando que as taxas adicionais de 15% e 40% são aplicadas só a partir de rendimentos especialmente elevados e deixam ainda uma margem considerável de rendimento disponível, e – como se referiu já - revestem carácter transitório e excecional, não se afigura que se lhes possa atribuir carácter confiscatório.” (sublinhado nosso).

De relevar que a CES tinha as seguintes características em termos de taxa:

Prestações pagas a um único titular passam a estar sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade, cuja taxa varia de forma progressiva, nos seguintes termos:

- 3,5% sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre €1350 e €1800;*
- 3,5% sobre o valor de €1800 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre €1800,01 e €3750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%;*
- 10% sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a €3750.*

¹²⁸¹ Cfr. Acórdão n.º 353/2012.

Acresce que, neste último escalão, são aplicadas, em acumulação com a taxa de 10%, as seguintes percentagens:

- 15% sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS (€5030,64) mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor (€7545,96);

- 40% sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS (€7545,96).

Como o acórdão refere, a percentagem da taxa, por si só, não é elemento preponderante para que se possa aferir da violência da tributação. Isto porque aqui também se considera que, desde que exista uma margem de rendimento considerável que fica a salvo da tributação, não haverá confisco.

Contudo, temos várias dúvidas sobre esta questão até porque encontramos uma área em que abundam os conceitos indeterminados que não são desejáveis no direito tributário.

Efetivamente, do que estamos a falar quando se afirma que ainda existe “*uma margem de rendimento considerável*”? O conceito é extremamente vago. E pode variar consoante a perceção do financeiramente razoável.

Quais são, portanto, os critérios para esta margem de rendimento disponível ser considerada razoável. Talvez a norma que mais diretamente nos dê pistas é o artigo 7º n.º 3 da Lei Geral Tributária quando nos diz que a tributação não deve “*prejudicar os atos legítimos de carácter pessoal*”.

Conforme nos ensina Diogo Leite Campos, Benjamim Silva Rodrigues, Jorge Lopes de Sousa, “Lei Geral Tributária- anotada e comentada”, 4ª edição, Encontro da Escrita, 2012, este artigo 7º n.º 3 prevê a proibição do estrangulamento tributário, sendo que a tributação não deve impedir ou dificultar certas atividades de acesso livre e nem o projeto pessoal de cada um.

Esta é uma abordagem bastante próxima daquilo que são as liberdades individuais e da própria defesa da propriedade privada: Se o indivíduo detém determinado rendimento lícitamente ou acumula património lícitamente, a tributação não deve irromper pela esfera particular e usurpar bens ou rendimentos que alterem substancialmente a sua posição financeira e social.

Aliás, Carlos Baptista Lobo, numa abordagem diferente¹²⁸², refere que o barómetro do confisco deve centrar-se no bem-estar. Se o indivíduo, pela aplicação do tributo, tiver perdas de bem-estar de tal dimensão que deixe de realizar atividades económicas a que se propunha, então estamos no âmbito do excesso.

De referir que nos termos do artigo 9º e artigo 81º da Constituição da República Portuguesa, o Estado deve promover a eficiência a vários níveis. E um tributo confiscatório não é, de todo, uma forma de eficiência. É antes o espelho da inércia: i) inércia a que o indivíduo cai por não ser compensador a competitividade por maior rendimento; ii) a inércia do próprio Estado que prefere tributar até ao limite, de forma persecutória, ao invés de criar soluções que gerem maior riqueza ao país.

De referir ainda que, o artigo 7º n.º 1 da Lei Geral Tributária consagra como objetivo da tributação, o *favorecimento do emprego, a formação de aforro e o investimento socialmente*

¹²⁸² Cfr. Carlos Baptista Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

relevante. Ora, bem sabemos que há princípios que “valem” mais que outros. Mas que aforro se consegue fazer com tributos exagerados?

Ora, todas estas questões têm relevo para que se apure a real capacidade contributiva do contribuinte e a sua limitação.

Se por um lado a capacidade contributiva é critério de igualdade tributária no que concerne aos impostos, nos tributos comutativos já não será assim. O critério da equivalência ou benefício parece mais adequado a tributos que exigem uma bilateralidade¹²⁸³.

Aceitando-se que os impostos podem cobrir finalidades extrafiscais¹²⁸⁴, certo é que o agravamento ou desagravamento que decorre da prossecução desses fins não pode desvirtuar a proporcionalidade.

O princípio da capacidade contributiva tem ainda de ter em conta que não basta tributar toda e qualquer manifestação de riqueza, exigindo-se que o imposto apenas incida sobre a *força económica* do contribuinte, tendo como limite o início e fim dessa mesma força económica.¹²⁸⁵

Por isso existe o mínimo de existência previsto no CIRS que é o limite mínimo de rendimento não sujeito a tributação bem como existe a proibição do confisco. Estes são os limites que depois os tribunais têm desenvolvido, sobretudo o Tribunal Constitucional¹²⁸⁶.

Taxas

A equivalência representa o critério material de igualdade adequado às taxas e contribuições, sendo que *“A taxas e contribuições é, assim, inerente uma ideia de troca, um quid pro quo entre o Estado e o contribuinte, expresso muitas vezes através das noções comuns do utilizador-pagador ou do poluidor-pagador. Significam estas noções, afinal, que ao pagarmos taxas e contribuições não custeamos os encargos gerais da comunidade, em cumprimento de um dever de solidariedade, mas custeamos prestações de que somos causadores ou beneficiários e cujo financiamento é justo, por isso, que seja da nossa responsabilidade”*¹²⁸⁷.

¹²⁸³ Se o princípio da capacidade contributiva não se encontra formalmente previsto, muito menos encontraremos uma previsão constitucional direta ao princípio da equivalência. Aliás, o critério de equivalência ou benefício foi muitas vezes apenas reconduzido a uma exigência de proporcionalidade, previsto para a ação da administração pública no artigo 266º n.º 2 da CRP. Contudo, o princípio do benefício ou da equivalência deve confinar-se ao princípio da igualdade e ser, por isso mesmo, um limite material para os tributos comutativos nos exatos termos da formulação do mencionado princípio.

¹²⁸⁴ Refira-se que não é pacífico na jurisprudência que o imposto possa ter finalidades extrafiscais. O Próprio Tribunal Constitucional tem mantido uma linha conservadora, adotando um conceito de imposto bastante restritivo, deixando para os tributos bilaterais – taxas e contribuições – a motivação extrafiscal. Ora, não podemos acompanhar esta posição muito menos olhando para a realidade dos factos. A análise da natureza do tributo feita, como defendemos, por via dum aglomerado de elementos, não pode estar simplesmente limitada pela finalidade fiscal ou extrafiscal da mesma. Repare-se que mesmo os tributos “maioritariamente” extrafiscais têm sempre uma finalidade financeira, de angariação de receita, financiamento de entidade ou até uma certa punição de comportamento. Ora, a análise casuística de cada figura é que determinará a sua natureza e não um elemento isolado. Assumimos que esta posição é uma assunção da complexidade das figuras tributárias atuais mas apenas assim pensamos atingir uma maior fiabilidade na análise jurídica de cada figura.

¹²⁸⁵ Cfr. Machado, Paula Braz, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p. p. 181 e ss.

¹²⁸⁶ Cfr. Acórdão n.º 396/11, de 05.07.2012 e Acórdão n.º 353/2012, de 05.04.2013.

¹²⁸⁷ Cfr. Sérgio Vasques, Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2012, p. 260 e ss.

Atendendo à posição de Sérgio Vasques¹²⁸⁸, o princípio da equivalência leva a que as taxas e contribuições tenham uma estrutura interna que provoquem custos iguais ou aproveitem benefícios iguais a pagar tributo igual e contribuintes que provoquem custo diferente ou aproveitem benefício diferente a pagar tributo diferente também.

Defende ainda o mencionado autor que ao legislador não basta invocar quaisquer custos administrativos ou sociais para lançar mão da figura da taxa ou da contribuição e aplicar a um grupo limitado de contribuintes a oneração total desse custo presumido. Isto porque a figura dos tributos comutativos apenas pode ser usada quando se pode comprovar, com um grau razoável de certeza e precisão, o custo efetivo a ser suportado pelo contribuinte. E esse valor é o limite da taxa ou contribuição¹²⁸⁹

A equivalência enquanto reflexo do princípio da igualdade, tem uma construção complexa que aqui tentaremos simplificar com uma reflexão sobre os corolários do princípio da equivalência na estrutura interna dos tributos comutativos¹²⁹⁰¹²⁹¹:

- i) *Exigência duma base de incidência objetiva estreita*: Quanto mais estreita e/ ou fragmentada for a base de incidência da taxa ou contribuição melhor se consegue desagregar os custos e benefícios que com elas pretendemos compensar e assim alcançar uma equivalência “perfeita”.
- ii) *Exigência duma base de incidência subjetiva estreita*: Uma vez fixadas com clareza as prestações administrativas a compensar geralmente resulta também com clareza as pessoas que as provocam ou delas beneficiam. No caso das contribuições, uma vez que estamos perante uma disseminação da incidência subjetiva (grupo) deve ter-se em conta noções como i) homogeneidade do grupo; ii) responsabilidade de grupo; iii) utilidade ou aproveitamento de grupo. Isto para que exista um maior nexo de causalidade entre a tributação e sujeito passivo.
- iii) *Existência duma base tributária específica*: Isto porque as taxas e contribuições visam compensar um custo ou valor das prestações administrativas que se dirigem aos contribuintes, pelo que devem revestir um montante fixo ou um valor por prestação. Este cálculo não deve ser apurado atendendo parâmetros de capacidade contributiva, sob pena de fugirem à equivalência das prestações. Assim, a riqueza do particular não pode constituir um indicador válido do custo ou valor duma prestação pública.
- iv) *Exigência de que o tributo revista montante próximo do custo ou valor das prestações a compensar*: A quantificação dos tributos comutativos é muitas vezes analisada à luz do princípio da proporcionalidade (artigo 266º n.º 2 da CRP) em que apenas se proíbe o excesso. Contudo, uma vez que estamos no âmbito do princípio da igualdade, o princípio da equivalência veda as taxas e contribuições excessivas mesmo que o excesso não chegue a ser manifesto¹²⁹². Enquanto projeção do princípio da igualdade, a equivalência exige que o montante das taxas e contribuições se adeque ao custo ou valor das

¹²⁸⁸ Cfr. Sérgio Vasques, Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2012, p. 260 e ss

¹²⁸⁹ Sobre esta matéria em particular, veja-se Sérgio Vasques, in “O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária”, Almedina, 2008

¹²⁹⁰ Cfr. Sérgio Vasques, Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2012

¹²⁹¹ Exposição idêntica efetuámos também em Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

¹²⁹² Posição contrária parece ter o Tribunal Constitucional que apenas leva em consideração a “manifesta desproporcionalidade” enquanto um género de controlo negativo das figuras tributárias comutativas. Veja-se a respeito os Acórdão 354/98, processo n.º 286/94 (Plenário do TC) e acórdão n.º 2548/99 do TCAS.

prestações que estes tributos visam compensar. Este custo será sempre um custo médio ou aproximado uma vez que não parece ser possível avaliar um custo exato por contribuinte¹²⁹³.

- v) *Consignação da receita*: afetação legal da receita que eles geram à cobertura de despesas determinadas, geralmente ligadas ao custo/ benefício ou finalidade do tributo. Por exemplo, recuperação ambiental¹²⁹⁴.

Já aqui referimos que, atualmente, face à estrutura contabilística das entidades e demais instrumentos financeiros e analíticos de que dispõem, é possível que os tributos comutativos tenham uma equivalência apurada com grande precisão. Contudo, tal nem sempre é possível em face dos fins extrafiscais.

Repare-se que a atuação financeira do Estado está constitucionalmente sujeita ao princípio da promoção da justiça social, tem de assegurar a igualdade de oportunidades e pode ainda corrigir desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento¹²⁹⁵. Contudo, a Constituição não estabelece nenhuma hierarquia ou um quadro de prioridades entre a função financeira e a função não financeira do sistema fiscal¹²⁹⁶.

As taxas comungam dos fins, objetivos e limites da tributação¹²⁹⁷. Assim, as taxas estão assentes numa estrutura de prestação de utilidades concretas, determinadas ou determináveis a favor do sujeito passivo e materialmente assentes no princípio da proporcionalidade em que, para além da função reditícia de cobertura de custos, pode incluir finalidades extra financeiras que podem passar por: i) objetivos de inserção de padrões de eficiência nos mercados, como por exemplo superação de falhas de mercado; ii) orientação de comportamentos (promoção ou

¹²⁹³ Como temos vindo a referir, Sérgio Vasques defende uma equivalência estrita entre prestações, ou seja, o tributo deve ser exatamente no valor do custo/ benefício do contribuinte. Contudo, uma estrita relação entre prestações não serve os propósitos corretores ou dissuasores dos tributos comutativos. Isto porque se estivermos perante a cobertura de fins extrafiscais, a quantificação dos mesmos não é exequível. Quanto vale a poluição? Ou quanto vale a proteção de pessoas e bens? Exatamente por este motivo, Casalta Nabais, por exemplo, defende que os tributos com fins ambientais devem revestir a forma de imposto em que é desnecessário o raciocínio de equivalência. Por outro lado, Carlos Baptista Lobo tem vindo a defender que não é necessária uma equivalência estrita, podendo não existir uma correspetividade total entre prestações. Por outro lado, Ana Paula Dourado defende que a taxa deve restringir-se à estrita cobertura de custos sob pena de não existir uma verdadeira proteção do contribuinte. Tal posição, bastante mais vinculada, assenta no facto de, no entender da autora, não existindo verdadeiros parâmetros para quanto à proporcionalidade, então a sinalagmacidade só está garantida com o princípio da cobertura de custos estrita (Cfr. Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016).

¹²⁹⁴ Este elemento foi colocado em causa, por exemplo, nas impugnações da Taxa De Proteção Civil cobrada pela Câmara Municipal de Lisboa de acordo com o artigo 58º e seguintes do Regulamento Geral de Taxas, Preços e Outras Receitas do Município de Lisboa em vigor antes das decisões sobre a inconstitucionalidade das TMPC operada pelo Acórdão n.º 367/2018. Isto porque o valor estimado da cobrança da taxa seria muito superior ao valor orçamental consignado aos serviços de bombeiros e proteção civil não se percebendo onde vai ser gasto o valor remanescente. Neste caso o valor resultante da cobrança do tributo ultrapassa o valor da consignação de destino. Assim, a bem da equivalência e da proporcionalidade, apenas se justificará tal valor em caso de cobertura de outros fins que não a despesa pública com a Proteção Civil e Bombeiros.

¹²⁹⁵ Cfr. Com artigo 81º alínea b), 103º n.º 1 e artigo 9º alínea d) todos da CRP.

¹²⁹⁶ Carlos Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

¹²⁹⁷ Carlos Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

dissuasão); iii) fornecimento de bens a valores inferiores aos praticados pelo mercado, como por exemplo o fornecimento de bens semipúblicos como o ensino, transportes ou serviços de saúde.

As taxas têm uma função essencialmente reditícia mas essa angariação de fundos tem de ser enquadrada na Lei e na Constituição. Tal qual deve enquadrar-se na Constituição e na Lei para além da finalidade financeira, os fins extrafiscais, e portanto o desenho de cada tributo pode variar consoante os seus fins¹²⁹⁸. De relevar, contudo que a liberdade de conformação relativamente à fixação do montante das taxas, não pode ser indiscriminado nem ilimitado. Nem nunca tal poderíamos defender!

Vejamos em pormenor a diferenciação entre as taxas com motivação meramente financeira e as taxas que, para além da função reditícia, têm fins extrafiscais¹²⁹⁹.

No que concerne a taxas com finalidade financeira, as mesmas pretendem cobrir os custos efetivos da prestação a favor do contribuinte, podendo caracterizar-se de acordo com os seguintes itens:

- i) Princípio da equivalência económica entre prestações dos particulares e os serviços prestados pelo Estado;
- ii) Limites: Princípio da proporcionalidade (nas vertentes da Proibição do excesso e limiar de sobrevivência) deve respeitar o princípio da igualdade formal;
- iii) O referencial da proporcionalidade é aqui mais fácil de utilizar por serem bens divisíveis e por isso consegue-se encontrar os custos equivalentes e o referencial da proporcionalidade passa a ser a equivalência económica.

Já no que concerne a taxas com finalidade extra financeira, os padrões de proporcionalidade considerando a relevância dos fins assumidos pelo legislador variam¹³⁰⁰:

- a) Caso a taxa tenha como único fundamento a angariação de receita pública, então a entidade pública tem liberdade na definição da prestação exigida, apenas condicionada pelos limites constitucionalmente admissíveis – princípio da proibição do excesso e não transformação da taxa numa receita tipo sancionatório. Estamos no âmbito da **equivalência ampla**;
- b) Se a taxa tiver como finalidade a prossecução de um objetivo extra financeiro constitucionalmente tutelado, a fixação do montante da taxa vai depender da intensidade dos objetivos que se visam prosseguir. Por exemplo, a proteção do ambiente poderá fundamentar a exigência de uma prestação superior ao custo administrativo da prestação pública. Neste caso estaremos perante o princípio da **equivalência funcional agravada**. Por sua vez, as taxas moderadoras da saúde ou as propinas poderão ser fixadas em valores muito inferiores aos custos administrativos, e no limite, não serem cobradas. Aqui estamos no campo da **equivalência funcional subsidiada**;
- c) Se a taxa tiver como fundamento único a estrita repartição de custos de uma atividade prestacional pública, o montante a fixar não poderá afastar-se dos custos dos serviços

¹²⁹⁸ Cfr. Carlos Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

¹²⁹⁹ Exposição idêntica efetuámos também em Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

¹³⁰⁰ Cfr. Carlos Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

prestados pelas entidades públicas ou da utilidade ou benefício gerado para o sujeito passivo. Estamos no campo da **equivalência estrita**.

- d) Caso a taxa tiver como fundamento a correção de incapacidade de mercado, então na ótica do princípio da eficiência e da tutela do Estado Bem-Estar, previsto na alínea d) do artigo 9º e na alínea e) do artigo 81º da Constituição, o montante a fixar corresponderá à reconstituição de uma situação eficiente em sede de mercado (a situação de concorrência perfeita), ou seja o referencial do custo marginal ou, na inexistência de custos, a utilidade marginal média. Estamos, neste caso, no campo da **equivalência neutra ou corretora**.

Ora, atendendo a estes graus de equivalência, resulta que quer na equivalência ampla ou nas equivalências funcionais agravada e desagravada o juízo de proporcionalidade tem um grau de complexidade acrescido e gera maior controvérsia. Isto porque o intuito de maximização da receita pública não pode colocar em causa a bilateralidade do tributo, colidindo diretamente com o interesse público de angariação de recursos com o interesse privado de minimização da carga tributária.

Atendendo ao acima exposto, na criação de cada tributo comutativo deve ponderar-se diretamente a sua fundamentação e no valor atentar-se a ponderações que fujam da capacidade contributiva em concreto dos visados para evitar resvalar para decisões que violam a igualdade de tratamento.

Seguimos neste ponto em concreto a posição de que o critério em concreto deve ser o da equivalência eficiente¹³⁰¹, ou seja a que garanta um princípio de eficiência funcional do sistema fiscal, atendendo-se aos efeitos que os tributos em concreto possam atingir o Bem-Estar social. Deve neste concreto plano atentar-se aos efeitos que se pretende com o tributo em concreto e seus efeitos nos visados: esse efeito não pode ser inútil mas também não pode ser gerador de uma perda significativa de confortabilidade da vivência do indivíduo, incluindo equilíbrio financeiro.

Com isto não se pretende dizer que o Estado não esteja vinculado a critérios. Antes pelo contrário. A análise casuística da natureza e tipo de tributo comutativo vai relevar para a efetiva comprovação da necessidade de ir além duma equivalência estrita. Isto porque uma equivalência económica o indivíduo compreende e paga. O pagamento dum tributo que não tem fundamento não é, nem poderia nunca ser, compreensível aos olhos dos visados e muito menos legal.

É nesta ótica que também se percebe que, por exemplo nas taxas reguladoras, o Estado não pode ir além da estrita cobertura dos custos da regulação e supervisão sob pena de ir além da sua função e intrometer-se decisivamente no bem-estar social que, afinal, pretendia proteger.

Contudo, por exemplo em casos de monopólios ou externalidades negativas de grande relevo, a intervenção do Estado para correção de falha de mercado tem de ser de tal forma que chegue até ao ideal mercado de concorrência perfeita. Ora, nessas situações é claro que o indivíduo – pense-se por exemplo num monopólio – vai ser a sua posição coartada em prol do bem-estar social.

¹³⁰¹ Idêntica posição já defendemos em Paula Braz Machado, *“A Microtributação nas Autarquias Locais”*, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

Mas estas considerações já estão para além duma mera avaliação jurídica da equivalência, passando-se a uma avaliação económica que aqui não nos propusemos efetuar.

Diferente situação é a avaliação da proporcionalidade da taxa que está deveras conectada com a própria equivalência, tendo inclusivamente o Tribunal Constitucional vindo avaliar o princípio da cobertura de custos por via do princípio da proporcionalidade. Vejamos com maior atenção a aplicação deste princípio.

Já aqui se referiu amiúde que o ténue limite entre as figuras tributárias fez com que a jurisprudência, muitas vezes, apenas efetuasse uma avaliação bipartida: ou considerava um tributo bilateral ou remetia simplesmente para o regime dos impostos. Isto é válido quer para a avaliação via princípio da legalidade mas também na avaliação da igualdade.

Ora, o que sucedeu durante muito tempo é que a jurisprudência desvalorizou a equivalência da forma como tem vindo a ser aqui apresentada, ou seja, como critério material de igualdade aplicável às figuras tributárias comutativas.

O que geralmente sucedia era um género de desclassificação do tributo bilateral, reconduzindo-o quase automaticamente à figura de imposto e declaravam-se inconstitucionalidades formais com grande frequência. Aliás, esse argumento era já usual utilizar-se logo nas primeiras instâncias.

Tal situação passou a ser revista e temos como exemplo o Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do processo n.º 2548/99, em que se pode ler o seguinte: *“A criação duma taxa, com um montante exigível, desproporcionado das utilidades de uso e fruição ao seu abrigo permitidos, aos particulares, não passa, pois, disso mesmo, da exigência de uma prestação desproporcionada, desequilibrada entre o montante pago e a utilidade recebida, não passando por tal efeito a qualificar-se de imposto.”*

No que concerne ao princípio da igualdade, efetivamente este tinha uma abordagem controvertida. De facto, discutia-se a quantificação da taxa e a proibição do excesso mas reconduzia-se este factor a um princípio da proporcionalidade-mais relacionado com a atividade da administração pública – do que propriamente numa abordagem de critério de igualdade.

Nos termos do já mencionado Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do processo n.º 2548/99, e cuja formulação se repetiu em outras peças de jurisprudência, o princípio da proporcionalidade aplicável às taxas, fundava-se no então artigo 5º n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo, onde se podia ler que *“As decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objetivos a realizar”*.

Este artigo, aliado ao artigo 266º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, fazia com que se considerasse que a decisão administrativa deva ser adequada- apta à prossecução do interesse público em questão – necessária – no sentido de não existir outro meio de não satisfazer o interesse público visado – e proporcional – existindo uma proporcionalidade entre o custo e o benefício.

Nestes termos, a taxa era reconduzida a um patamar equivalente à decisão administrativa. E portanto, como qualquer decisão deveria mostrar-se adequada, necessária, proporcional e, acrescentamos atendendo ao disposto no próprio Código do Procedimento Administrativo, fundamentada.

Independentemente da produção jurisprudencial abundante que teve, a nosso ver, um papel importante não só na discussão de princípios mas também na adequação paulatina, por exemplo, dos regulamentos municipais, o certo é que a jurisprudência não bastava para que se criasse um sentimento de certeza nos contribuintes.

Até porque o próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹³⁰², neste caso, estava já num patamar diferente.

O TJCE preocupava-se, tal qual hoje se preocupa, sobretudo com a concordância entre os princípios comunitários e os interesses que se encontram envolvidos nas taxas.

Por um lado reconheceu, desde 2001 no Acórdão Coster¹³⁰³, de 29 de novembro de 2001, que os tributos locais poderiam conter intuitos extrafiscais, nomeadamente a defesa do ambiente. Mas também se reconheceu que o propósito extrafiscal não legitima, por si só, a tributação e muito menos o seu valor.

Para além desta decisão, outras existiram no sentido de considerar que os tributos locais, por muito insignificantes que possam parecer, não podem constituir um entrave ou favorecimento a determinado mercado, numa clara alusão à possível violação do princípio do mercado único – incluindo as liberdades de circulação e estabelecimento de pessoas e bens – bem como a proibição genérica de atribuição de auxílios de Estado¹³⁰⁴.

Contudo, não se pode afirmar que na jurisprudência exista uma certa aversão à aplicação do artigo 13º da CRP. Aliás, o próprio Tribunal constitucional fez uso desse princípio na vertente de *“igualdade perante encargos públicos”*.

No processo n.º 286/94, do Plenário do Tribunal Constitucional, sobre matéria de portagens cobradas na Ponte 25 de Abril, embora o Tribunal tenha considerado que as mesmas deveriam ser reconduzidas à figura dos impostos trouxe à colação um género de critério de controlo negativo, afirmando que *“Pode, assim, formular-se a dúvida sobre se, no caso duma taxa de valor manifestamente desproporcionado, completamente alheio ao custo do serviço prestado, não deverá intender-se que tal taxa deverá ser tratada, dum ponto de vista jurídico-constitucional, como um verdadeiro imposto de tal forma que tenha de ser o órgão parlamentar a decidir sobre o seu quantum”*.

Este critério negativo tem pairado noutras decisões, nomeadamente Acórdãos 227/2207 e 116/2008 do Tribunal Constitucional. Contudo, não se consegue efetuar uma leitura destes arestos em que se possa retirar um critério concreto de limitação concreta. O Tribunal tem sido esquivo na tomada de posição relativamente aos montantes das taxas.

Ora, esta situação remete-nos ainda para outra leitura do princípio da proporcionalidade que, a nosso ver, pode ser de grande valia. Trata-se do conceito da *“igualdade proporcional”*.

Este conceito foi desenvolvido pelo Professor Mota Pinto nos anos oitenta e está presente em diversos acórdãos do Tribunal Constitucional¹³⁰⁵, sendo um dos exemplos mais relevantes o Acórdão 353/2012 relativo à análise dos cortes efetuados aos salários dos funcionários públicos.

¹³⁰² Atualmente, Tribunal de Justiça da União Europeia

¹³⁰³ Processo n.º C-17/00,

¹³⁰⁴ Aqui a questão parece mais ser um problema de concorrência fiscal do que propriamente de natureza do tributo, pelo que não nos alongaremos mais sobre a mesma.

¹³⁰⁵ A este respeito, veja-se os Acórdãos n.º 39/88 e n.º 96/05 do Tribunal Constitucional.

Resumidamente, este conceito de “igualdade proporcional” baseia-se na premissa de que *“igualdade não é igualitarismo. A igualdade é antes proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que às situações substancialmente desiguais se dê tratamento desigual, mas proporcionado”*.

Este conceito da igualdade proporcionada permite que se tenha em conta motivos externos que justifiquem – ou não – uma desproporção.

No caso concreto, considerou-se que o corte de mais 14% de remuneração dos funcionários públicos era injustificado uma vez que os motivos que se alegaram para justificar um suposto acerto entre público e privado (lá está a recondução ao princípio da igualdade) não eram suficientes, eram desproporcionais.

Houve aqui uma tentativa de limitação introduzindo-se nesta situação o conceito de igualdade proporcional atendendo ao disposto no artigo 20º n.º 2 da CRP.

Contribuições

Partindo do pressuposto de que as contribuições são um tributo comutativo ou paracomutativo, a equivalência deve aplicar-se às mesmas enquanto critério material da igualdade.

Efetivamente, a doutrina mas sobretudo a jurisprudência, reconduziu figuras tributárias de características semelhantes a contribuições à figura do imposto.

Recorde-se que, até 1997, a Constituição apenas detinha dois regimes a nível da legalidade: o dos impostos ou das taxas. E por isso, se algum elemento da figura tributária não coubesse num sistema de bilateralidade, a recondução à figura de imposto era muito habitual.

Sucedem que o critério da legalidade – critério sobretudo formal – não pode ser o único meio de controlo das figuras tributárias, pelo que a igualdade assume, também no caso das contribuições, bastante relevância na qualificação do tributo. Dizemos isto porque o critério da capacidade contributiva vs. equivalência assume no caso das contribuições um maior relevo dada a complexidade que muitas vezes reveste.

Conforme ensina Sérgio Vasques¹³⁰⁶, a equivalência é o critério de repartição adequado a taxas e contribuições que deve ser ajuizado por via do disposto no artigo 13º da CRP.

Esta equivalência, deve refletir-se nas taxas e contribuições por via de cinco corolários¹³⁰⁷ que aqui vamos escarpelizar somente no que concerne às contribuições. Assim:

- i) *Base de incidência objetiva estreita*: No caso das contribuições – como também em algumas taxas – é essencial que as mesmas sejam diferenciadas consoante os custos e benefícios a compensar. Ou seja, não podemos aqui confundir os valores do tributo com a capacidade contributiva dos indivíduos, por exemplo. É que a diferenciação de valores nos tributos comutativos só pode existir se os custos/benefícios associados forem diferenciados. Por isso, quanto mais objetiva for a base de incidência da contribuição maior é a probabilidade de se chegar ao custo/benefício com maior exatidão e, em consequência, maior igualdade;
- ii) *Base de incidência subjetiva estreita*: Este aspeto assume muita relevância no caso das contribuições uma vez que não se trata de uma prestação divisível e individualizável mas

¹³⁰⁶ Cfr. Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012, p. 262 e ss

¹³⁰⁷ Cfr. Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2012, p. 263 e ss.

antes prestações presumidas, provocadas ou aproveitadas por certos grupos de contribuintes. A jurisprudência alemã¹³⁰⁸, veio trazer três noções para delimitação da incidência subjetiva no caso das contribuições¹³⁰⁹: I) Homogeneidade do grupo, ou seja, grupo de pessoas que se distinga da comunidade em geral, que partilhe interesses ou com qualidades específicas; II) Responsabilidade de grupo: o tributo deve recair sobre o grupo de pessoas que tem especial responsabilidade pela concretização do objetivo a que o tributo se dirige; III) Utilidade ou aproveitamento de grupo: o grupo de pessoas que aproveita as prestações a que a eles se destinam a financiar, mesmo que não corresponda exatamente à prestação a que cada um individualmente aproveite.

- iii) *Base tributária específica*: este corolário existe para que não se resvale para critério de capacidade tributária. Ora, nas contribuições visa-se a compensação de prestação, mesmo que tenha um carácter mais disperso do que nas taxas. Por isso, o valor das contribuições interliga-se com o custo ou compensação das prestações e não por motivações como valor de rendimentos, património ou consumo de bens de cada contribuinte;
- iv) *Montante próximo do custo ou valor das prestações a compensar*: Ora, este corolário – tal qual como nas taxas – é o que maior dificuldade reveste uma vez que se prende com a quantificação das contribuições e com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como referimos anteriormente e que podemos adequar às contribuições também, quando estamos perante tributos financeiros (de financiamento dos custos duma entidade, por exemplo), será mais fácil de ter dados concretos sobre os custos associados à atividade ou prestação. Contudo, sempre que estamos no campo da extra fiscalidade o apuramento do valor do tributo será sempre de difícil conceção. Contudo, conforme já defendemos quanto às taxas, também no caso de contribuições que ultrapassem o valor do custo ou valor aproximado das prestações não faz com que as mesmas se considerem automaticamente impostos. O que existe, isso sim, é uma violação do princípio da igualdade, sendo tributos ilegais por inconstitucionalidade.
- v) *Consignação da receita*: Este corolário também assume muita importância no caso das contribuições, sobretudo nas contribuições que visam o financiamento de serviços e entidades. A consignação da receita à cobertura de despesas determinadas é indiciador de que se pretende remunerar determinados serviços ou atividades, sendo um parâmetro para aferir da natureza do tributo.

Sendo a equivalência o critério de repartição aplicável às contribuições, o legislador não pode limitar-se a invocar quaisquer custos administrativos, sociais ou financeiros para lançar uma contribuição sobre um grupo limitado de contribuintes. Será necessário que os custos se possam comprovar minimamente.

¹³⁰⁸ Ao contrário da portuguesa

¹³⁰⁹ De referir que estes elementos assumem verdadeira importância para entender o conceito de equivalência grupal ou de grupo. Isto porque, no caso das contribuições, o princípio da equivalência não é avaliado individualmente – como sucede nas taxas. No caso das taxas, existe uma prestação concreta, divisível cujo custo/ benefício aproveita um indivíduo e por isso a equivalência é feita de forma concreta e individual. No caso das contribuições, a prestação é presumida, cujo custo/ benefício é aproveitado por um grupo de pessoas. E por isso a equivalência deve ser aferida atendendo à prestação presumida mas também ao grupo que a aproveita.

Nestes termos, tal qual sucede nas taxas, mais uma vez a questão dos limites da tributação coloca-se. Sendo certo que, a questão da limitação da tributação está indissociavelmente relacionada com a proporcionalidade.

Isto porque, como também já tivemos oportunidade de referir, a proporcionalidade deve ser medida sobretudo quando há derrogação fundamentada da igualdade.

Avaliando-se o tributo na ótica da equivalência, devem evitar-se ponderações assentes na capacidade contributiva ou indicadores indiretos simplificados tais como volume de negócios ou *cash flow*. Tal apenas nos conduziria a um caminho de dúvida sobre a equivalência do tributo e um resvalar para critérios adequados aos impostos.

Os juízos de ponderação que devem ser efetuados devem assentar no princípio da eficiência funcional do sistema tributário, atendendo aos efeitos dos tributos no nível de Bem-Estar, evitando-se as perdas absolutas de bem-estar. No caso da perda de bem-estar, há que relevar o caso em que a tributação tem um efeito negativo que ultrapassa os efeitos positivos da angariação de receita para a satisfação das necessidades públicas.

As questões dos limites de tributação têm sido cada vez mais discutidas, sobretudo atendendo à vertente do excesso. De facto, a ingerência do Estado na esfera jurídica dos particulares no que respeita tomada de rendimento por via de impostos e taxas tem sido cada vez maior.

Isto porque, quando qualquer dos tributos que estejamos a falar entre em terreno proibitivo, então geram-se questões de legalidade do tributo. E se, como defendemos, a questão pode ser a de ilegalidade mas não desqualificação da natureza do tributo, há que atender a dois indícios de abuso, a saber o confisco e o mínimo de existência.

Mas não é a dimensão comutativa que distingue taxas de contribuições mas sim o tipo de comutatividade. Enquanto que nas taxas existe uma correlação direta e imediata, no caso das contribuições financeiras a mesma expressa-se com carácter indireto e mediato¹³¹⁰, sendo que o benefício ou utilidade obtido pelos sujeitos passivos está parametrizado e conexo com determinado grupo de sujeitos passivos.

Neste sentido também se pronunciou o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 363/13, “(...) *nas contribuições, porque voltadas à compensação de prestações de que o sujeito passivo apenas é presumido causador ou beneficiário, o custo ou benefício é reportado ao grupo em que o sujeito passivo se integra (equivalência de grupo).*”

No mesmo aresto, o Tribunal Constitucional considera ainda que o princípio da equivalência “(...) *projeta-se na estruturação subjetiva do tributo através do recorte de um grupo de pessoas que tem interesses e qualidades em comum, que têm responsabilidades na concretização dos objetivos a que o tributo se dirige, e que a prestação tributária seja empregue no interesse dos membros do grupo.*”

O que o Tribunal Constitucional veio aqui trazer é que nas contribuições a estrutura de incidência não se resume à homogeneidade de interesses mas também por uma verdadeira responsabilidade de grupo. Estes sujeitos passivos partilham a responsabilidade de custear, de suportar financeiramente a atividade pública.

¹³¹⁰ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 248 e ss

Nas contribuições há um grupo determinado que se coloca como destinatário dos serviços prestados por determinado ente público, sendo por isso beneficiado e responsável, a nível grupal, pela contribuição, mesmo que cada indivíduo do grupo não tenha usufruído diretamente de qualquer bem ou serviço público. Há, pois, um benefício mesmo que presumido.

Por este motivo, por existir uma ideia de utilização presumida de bem ou serviço, é condição absoluta que o sujeito passivo faça parte do grupo. Ora, embora haja um benefício presumido tal não invalida que se mantenha a equivalência enquanto critério de igualdade.

Interessa ainda relevar que o facto tributário relevante depende desta dimensão do grupo, da fixação dos objetivos da própria contribuição que leva à constituição de grupo, situação que é particularmente relevante para a caracterização do tributo.

Relativamente à equivalência há ainda que relevar que se mantém, tal como nas taxas, a problemática da equivalência económica. No caso das contribuições a questão em si é muito pouco desenvolvida.

A equivalência jurídica e equivalência económica servem para distinguir dois planos de análise dos tributos comutativos. A equivalência jurídica será necessária para o plano da delimitação conceptual enquanto que a equivalência económica analisa o plano de legitimação material do tributo.

Ou seja, caso a equivalência económica falhe temos uma falha de legitimidade do tributo, temos um tributo que não pode continuar a produzir efeitos na ordem jurídica.

A equivalência jurídica reporta-se a critérios de que depende a constituição do facto tributário de determinado tributo comutativo atendendo aos princípios enformadores dessa figura tributária, a equivalência económica reporta-se à medida de acordo com a qual existe uma dada proporção ou equilíbrio entre o montante exigido a cada sujeito passivo e a medida em que estes últimos poderão considerar-se, mesmo que a presumivelmente, detentores de um benefício ou utilidade e que os diferencie dos restantes cidadãos ou membros de outros grupos¹³¹¹.

Assim, a equivalência económica será a medida concreta de acordo com a qual é fixado o tributo comutativo, pelo que deve existir um racional económico-financeiro subjacente que garanta a legitimidade do valor da contribuição em função do custo/ benefício que visa compensar.

Ora, já aqui expusemos a inovação promovida por Carlos Baptista Lobo¹³¹², no que concerne aos quatro tipos de equivalência ao nível das taxas, a saber: i) equivalência ampla; ii) equivalência funcional; iii) equivalência estrita; iv) equivalência corretora.

Ora, cremos que estes tipos de equivalência podem, com as devidas adaptações, ser também transpostos para as contribuições.

O Tribunal Constitucional não se tem pronunciado sobre a equivalência económica relativamente às contribuições. Apenas o fez relativamente às taxas.

¹³¹¹ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 254 e ss

¹³¹² Cfr. Carlos Lobo, *in* “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

E a jurisprudência tem vindo a modificar-se significativamente. Contudo, o Acórdão 115/02, depois de fixada a ideia de sinalagmacidade anteriormente construída, vem dizer que não basta a existência da mesma mas também a concretização da ideia de proporcionalidade.

Desta feita, repara que a não basta uma desproporção entre a quantia a pagar e o valor do serviço prestado para que inexista sinalagma¹³¹³. A desproporção tem de ser manifesta e comprometedora da relação sinalagmática.

O problema inicia-se com as conclusões seguintes relativamente à desnecessidade de o cidadão pagar o exato custo da prestação ou benefício, iniciando-se assim a conclusão de que a comutatividade nem sempre poderia ser mensurada e portanto a taxa poderia ultrapassar o custo associado ao benefício/ utilidade proporcionada.

Chega mesmo a mencionar que inexistente a necessidade de uma equivalência económica e a taxa pode, em resumo, ter qualquer valor desde que não seja manifestamente desproporcional.

O que aqui se voltou a introduzir foi um conceito indeterminado de “manifesta desproporcionalidade” não se sabendo exatamente que parâmetros utilizar nem mesmo comparativos relativamente ao que seria uma proporcionalidade adequada.

O Acórdão n.º 320/16 introduziu que o que seria exigível à taxa é que do ponto de vista jurídico, o tributo tenha a sua causa e justificação – material e não meramente formal – na perceção dum determinado serviço é esta fundamentação que justifica a subtração das taxas ao princípio da legalidade.

Acrescenta ainda um pormenor considerando que a aferição do montante da taxa não decorre tanto do seu “custo” mas da utilidade que se extrai do bem ou serviço público.

O Acórdão n.º 363/19 acaba por manter esta posição, referindo, contudo a necessidade de a limitação da equivalência ser a proporcionalidade da taxa. Por isso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional é, de facto, favorável à liberdade de estipulação do valor das taxas mas sempre atendendo ao princípio da proporcionalidade que se conecta com a proibição do excesso, corolário do princípio do Estado de Direito Democrático e previsto no artigo 2º da CRP¹³¹⁴.

A doutrina não tem sido unânime nesta matéria. Se é certo que parece dominar a vertente relativamente à desnecessidade de equivalência económica, sugerindo-se uma equivalência jurídica¹³¹⁵, os critérios para essa equivalência não têm sido muito explorados.

Neste particular seguimos particularmente Carlos Baptista Lobo e os critérios de equivalência que propõe sobretudo porque traz alguma objetividade à questão da proporcionalidade.

Isto porque, face à vaguidade do conceito de “manifesta desproporcionalidade”, há que ter em conta a fundamentação do tributo para que se possa aferir quais são os objetivos que se

¹³¹³ Conclusão a que anteriormente e invariavelmente se chegava. Quando se considerava a taxa desproporcional o que se considerava era que inexistiria sinalagma.

¹³¹⁴ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 258 e ss.

¹³¹⁵ Exceção feita a Ana Paula Dourado que parece inclinar-se para uma equivalência económica das taxas quando refere que “*ao caracterizarem-se pela existência dum vínculo sinalagmático, as taxas pressupõem uma contraprestação pública individualizada, que pode traduzir-se, para o particular, quer numa utilidade quer no pagamento de custos (...) e o montante a pagar não deverá ultrapassar essa contraprestação*”. Cfr. Ana Paula Dourado, “O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa”, em “Perspectivas Constitucionais”, Volume II, Coimbra Editora, 1997, p. 439 e ss.

pretendem atingir com o mesmo. E só assim se consegue perceber, com maior objetividade, qual a proporcionalidade que está em causa¹³¹⁶.

5.2.1.4. Princípio da Proibição da Retroatividade Fiscal

O Princípio da Segurança Jurídica, decorrente do artigo 2º da CRP, dirige-se a todas as áreas de intervenção legislativa e de prática da administração. Contudo, para o Direito Tributário, o mesmo assume especial importância uma vez que os tributos são uma *“ablação coativa de património”*¹³¹⁷.

Contudo, tal não tem vindo a ser a prática uma vez que a produção legislativa em matéria fiscal tem tradicionalmente um ciclo anual com o Orçamento de Estado e umas tantas leis avulsas.

A evolução do mercado, também é um factor que tem levado à sucessiva adaptação da lei fiscal às inovações operadas pelos agentes de mercado, com vista a evitar a fraude e evasão fiscal.

Mas o facto de ser mais difícil manter uma constância da lei fiscal face às evoluções e alterações dos mercados, tal não leva à menor necessidade de existir um fio condutor que garanta ao contribuinte a manutenção de um determinado comportamento da Administração.

O Princípio da Segurança Jurídica já está explanado na exigência de tipicidade e determinabilidade das leis tributárias, mas é sobretudo na aplicação da lei fiscal no tempo que este princípio assume maior importância.

A proibição da retroatividade da lei está prevista genericamente no artigo 12º do Código Civil, sendo que a produção de efeitos retroativos é uma solução excecional.

Na revisão constitucional de 1997 foi introduzido na Constituição da República Portuguesa a proibição expressa da retroatividade da lei fiscal, passando o artigo 103º a prever no seu n.º 3 uma espécie de direito de resistência a não pagar impostos que tenham efeitos retroativos.

Resulta dos trabalhos da alteração constitucional que efetivamente o legislador quis implementar um princípio geral de não retroatividade da lei fiscal, ou seja, implementou uma regra absoluta¹³¹⁸.

O Artigo 12º n.º 1 da LGT veio reforçar a não retroatividade da lei fiscal, devendo as mesmas aplicar-se apenas a factos posteriores à entrada em vigor.

Atendendo ao disposto na constituição e no artigo 12º da LGT, bem como o artigo 12º do CC, existem dois princípios basilares relativamente à aplicação da lei no tempo relativamente à lei fiscal, a saber: i) princípio de aplicação imediata da lei; ii) um princípio geral de não retroatividade em relação aos factos que já produziram efeitos.

Este princípio reflete-se de forma diferenciada em relação a impostos periódicos ou de obrigação única. Nos primeiros, a lei nova, que entre em vigor a meio do ano, pode projetar-se retroativamente por dois modos: i) sujeitando a tributação acrescida os rendimentos do ano

¹³¹⁶ No mesmo sentido, Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 267 e ss

¹³¹⁷ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 289 e ss.

¹³¹⁸ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 275 e ss

anterior (passado) que já se encontram plenamente formados, sendo uma retroatividade forte, autêntica ou própria; ii) sujeitando a tributação acrescida os rendimentos do ano em curso, ainda em formação, sendo designada de retroatividade fraca, inautêntica ou imprópria.

O artigo 103º n.º 3 da CRP parece aplicar-se indistintamente a toda e qualquer retroatividade¹³¹⁹ muito embora não seja essa a posição da jurisprudência.

Contudo, não quer dizer que este princípio não possa ser excecionado, ou seja, podem existir situações em que os valores em causa justificam coartar a segurança jurídica¹³²⁰.

Contudo, a lesão do princípio da segurança jurídica deve ser necessária, adequada e proporcionada, sob pena de violação do disposto no artigo 103º n.º 3 da CRP¹³²¹.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem vindo a considerar que o n.º 3 do artigo 103º da CRP apenas se dirige à retroatividade autêntica, abrangendo os casos em que o facto tributário que a lei nova pretende regular produziu já todos os efeitos ao abrigo da lei antiga¹³²².

Nestes termos, a jurisprudência recusa que estejam abrangidas situações de retroatividade imprópria ou retrospectividade, salvo se existir violação do princípio da confiança.

A retroatividade produz-se quando a lei dispõe sobre factos tributários passados, sejam os que já se formaram por completo ou aqueles que ainda se encontram em formação.

Diferente da retroatividade é a ideia de retrospectividade, sendo que esta se dá quando a lei nova, embora dispondo sobre factos futuros, lesa expectativas fundadas no passado¹³²³.

O problema da retrospectividade é muito semelhante: a tutela das expectativas legítimas dos contribuintes. Contudo, no caso da retrospectividade, como a lei apenas se aplica para futuro, então a lesão dos direitos dos contribuintes será considerada menos gravosa.

No fundo, a lei tributária não pode permanecer sempre inalterada para que essa tutela de expectativas não saia frustrada.

Ora, uma vez que o que está em causa no caso da retrospectividade será a frustração da proteção da confiança, o desapontar legítimas expectativas dos contribuintes, o Tribunal Constitucional foi criando critérios para que a tutela da proteção de confiança seja efetivada. Com o Acórdão n.º 128/2008, passamos a ter quatro requisitos para o princípio da confiança: i) que o Estado tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados expectativas de continuidade; ii) tais expectativas devem ser legítimas, fundadas e justificadas em boas razões; iii) devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento do Estado; iv) é necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade de das soluções legislativas.

¹³¹⁹ Neste sentido veja-se Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 289 e ss.

¹³²⁰ Sérgio Vasques refere situações em que estejam em causa princípios constitucionais absolutos, dando o exemplo de situações excecionais tais como guerra ou epidemias. Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 289 e ss.

¹³²¹ Neste sentido veja-se o Acórdão n.º 399/2010 do Tribunal Constitucional.

¹³²² Cfr. Acórdão n.º 171/2017 do Tribunal Constitucional

¹³²³ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 298 e ss.

Por isso mesmo, a violação do princípio da confiança por normas retrospectivas só se existir uma expectativa muito peculiar, legítima e sólida, não sendo por isso de fácil preenchimento estes “requisitos” para a violação do princípio da confiança.

A proibição da retroatividade constante no artigo 103º da CRP traz ainda a questão de saber se será aplicável no caso de desagravamento de imposto. Isto porque o princípio da segurança jurídica, no caso de desagravamento não parece beliscado uma vez que não frustra uma legítima expectativa do contribuinte.

Um desagravamento será sempre uma menor ablação de património do contribuinte, pelo que não constitui um prejuízo, não provoca uma insegurança grave. Nestes termos, não parece violar o princípio da segurança jurídica um desagravamento fiscal que seja retroativo¹³²⁴.

Outra questão é se a não retroatividade, prevista no artigo 103º n.º 3 da CRP se aplica apenas a impostos e já não aos restantes tributos, mormente taxas e contribuições.

De facto, o artigo constitucional é expresso quando apenas refere impostos, pelo que parece excluir deste normativo a exigência constitucional de não retroatividade dos restantes tributos.

Contudo, atendendo ao princípio geral de segurança jurídica e do Estado de Direito Democrático não aprece ser de aceitar que inexista uma regulação sobre a retroatividade nos tributos comutativos.

É certo que os mesmos, atendendo à sua natureza comutativa, estão associados a uma prestação /utilidade, têm menos propensão a uma possível retroatividade. Mas, de qualquer forma será de defender um princípio genérico de não retroatividade de todos os tributos mesmo que apenas seja abarcado pelo princípio geral de segurança jurídica.

5.2.1.5. Princípio da Tributação do Rendimento Real

Já aqui falámos que os impostos também podem ter a sua vertente extrafiscal. Contudo, a tributação do rendimento, quer de pessoas singulares como pessoas coletivas, tem de cumprir desígnios constitucionais que não devem ser desvirtuados.

Nos termos do disposto no artigo 104º n.º 2 da CRP, a tributação das empresas incide fundamentalmente – e não exclusivamente! – sobre o seu rendimento real, sendo o rendimento real equivalente à diferença entre ganhos e proveitos contabilísticos, ou seja, apurados de forma direta e outros deveres declarativos do sujeito passivo¹³²⁵.

Ora, mas para além deste conceito amplo do artigo 104º n.º 2 da CRP, aquilo que encontramos é a possibilidade de existir uma adaptabilidade do lucro contabilístico aos princípios e finalidades jurídico-fiscais, por via de deduções nos termos do artigo 17º do CIRC.

¹³²⁴ Neste sentido, Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 289 e ss.

¹³²⁵ Neste particular seguimos a doutrina de Ana Paula Dourado que considera que o rendimento real, em termos jurídicos, é equiparado à tributação direta, baseada nos dados contabilísticos e declarações do sujeito passivo. Deixamos de lado indicadores indiretos ou presumidos, pois não concordamos que “rendimentos normais” ou “rendimentos médios” possam ser considerados rendimento “real”. E a Administração Fiscal não pode querer substituir este conceito apenas porque não é capaz de efetuar uma fiscalização devida. Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 196 e ss.

O lucro contabilístico pode ser corrigido de acordo com os princípios da igualdade, capacidade contributiva, atendendo ao rendimento real e à proibição do abuso fiscal. Ou seja, há sempre que concretizar o princípio da capacidade contributiva que é transversal aos sujeitos passivos de impostos sobre o rendimento.

Assim, a lei tem vindo a tentar estabelecer limites às deduções de gastos, transmissões de prejuízos e todas as normas que reduzam a capacidade contributiva do sujeito passivo. De forma a não desvirtuar aquilo que é a baliza essencial para uma igualdade possível, ou seja, a prossecução da capacidade tributária.

A capacidade contributiva é a medida da igualdade nos impostos. A tributação do rendimento real é uma expressão do princípio da capacidade contributiva e, como tal, é a medida da igualdade nos impostos sobre o rendimento.

Por outro lado, a tributação do rendimento real é a expressão dos direitos de propriedade e iniciativa privada. Isto porque a tributação do rendimento real é uma forma justa de contribuição para as despesas gerais da comunidade com respeito pela propriedade privada enquanto que a tributação do rendimento bruto ou presumido pode abrir portas a impostos confiscatórios.

Isto porque o rendimento real tem em conta as despesas para a obtenção do mesmo, permitindo-se a dedução das mesmas aos ganhos. Nestes termos, a tributação do rendimento real pode ser considerada como um critério de justiça.

No caso da tributação do rendimento de pessoas singulares, o artigo 104º n.º 1 atribui fortíssima função redistributiva quando dispõe que o mesmo servirá para diminuição das desigualdades, será único e progressivo.

A perspetiva unitária permite uma agregação num único imposto da tributação numa base tributária única também. Para tal alargou-se o conceito de rendimento abrangendo todo o tipo de manifestação de riqueza ou acréscimo patrimonial com vista à aplicação de apenas um imposto sobre esse rendimento¹³²⁶.

Também esta unicidade permite levar à progressividade de forma a que haja uma distribuição da carga fiscal mais racional.

No que concerne à progressividade, a mesma tornou-se uma prerrogativa constitucional visando a concretização de correções de desigualdades, numa redistribuição de rendimentos. Tem sido associada não apenas ao princípio da igualdade mas também ao princípio do Estado Social.

Decorrendo da doutrina alemã¹³²⁷ que defende que a progressividade é uma consequência do princípio da igualdade, a doutrina portuguesa também refere a importância desta para assegurar a capacidade contributiva no imposto sobre o rendimento de pessoas singulares.

¹³²⁶ Se numa primeira fase, ainda decorrente duma reforma do sistema tributário de 1988-89, se possa considerar que efetivamente houve uma tentativa de unificação da tributação do rendimento, tentando chegar-se a uma ideia de rendimento global, concordamos com Filipe Vasconcelos Fernandes quando o mesmo repara na matização desta unicidade. Por um lado existem regimes excecionais de tributação de certos rendimentos, bem como nem sempre faz sentido tratar de forma igual determinados rendimentos face a outros. Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 170 e ss

¹³²⁷ Como salienta Filipe Vasconcelos Fernandes, em “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 174 e ss, sobretudo de Tipke e Birk.

O Tribunal Constitucional tem mantido o entendimento de que a progressividade quer dizer que a taxa de imposto deve ser tanto maior quanto mais elevado for o rendimento global do contribuinte¹³²⁸.

De facto, a unicidade e a progressividade acabam por ser um expoente do princípio da igualdade, mormente dos corolários capacidade contributiva e proporcionalidade, uma vez que garante a imposição de uma única oneração sobre o rendimento global que tem em atenção a capacidade contributiva uma vez que onera o rendimento disponível.

A progressividade em particular acaba por ser necessária para a concretização da proporcionalidade – ou, neste caso, da igualdade proporcional – uma vez que somente assim existirá um equilíbrio entre a oneração e o rendimento disponível.

Contudo, não deixamos de considerar que há muito que se tem desvirtuado este caminho uma vez que nem o rendimento está apenas sujeito a apenas um imposto nem a progressividade tem em conta a análise integrada de todos os instrumentos incluídos no imposto¹³²⁹.

5.2.1.6. Demais Princípios relevantes

A Constituição Fiscal tem ainda outros princípios que assumem relevância. E para além da Constituição, são vários e muito dispersos os princípios que se podem encontrar aplicáveis ao direito tributário, incluindo normas processuais que acabam por ser relevantes em questões materiais.

Sem preocupações nem pretensão duma ampla abrangência, vamos aqui fazer referência a alguns desses princípios mas também corolários de outros princípios que detêm uma *quasi* autonomia.

O princípio do Estado Social está consagrado constitucionalmente entre nós, sobretudo por via do artigo 9º e 81º da CRP. As disposições relativas à justiça social, igualdade de oportunidades, promoção do bem-estar social e económico, ou correção de desigualdades na distribuição da riqueza permitem concluir pela existência duma preocupação de garantia de condições de vida condignas para a população e está na base da redistribuição de riqueza em benefício dos mais carenciados.

Contudo, esta prossecução do bem-estar social deve estar sujeita à reserva do possível uma vez que o Estado não tem fundos ilimitados. Assim, a prossecução deste fim no âmbito fiscal é instrumental.

Contudo, deste princípio saem dois corolários muito relevantes para a fiscalidade:

- a) Há que garantir um mínimo de existência, pelo que a tributação não pode colocar em causa a persistência dum valor razoável para a sobrevivência do indivíduo, muito menos deve tributar rendimentos que, por tão escassos, são essenciais;
- b) Garantia de um mínimo de progressividade dos impostos ou parte deles, com vista à prossecução de fins redistributivos, respeitando, contudo, a igualdade tributária. Neste

¹³²⁸ Cfr. Acórdão n.º 57/95

¹³²⁹ Nomeadamente taxas liberatórias, deduções, taxas autónomas, etc..

particular há que atender à necessidade, adequação e proporcionalidade do elemento extrafiscal inerente à progressividade.

O princípio da segurança jurídica é decorrente do princípio da legalidade e pressupõe que as legítimas expectativas dos cidadãos não sejam postas em causa. Este princípio, que é inerente a todo o modelo jurídico português, pretende travar os ímpetos do legislador lembrando-o que há que garantir um mínimo de coerência e fidedignidade ao corpo jurídico.

Decorrente deste princípio geral, vimos a não retroatividade da lei tributária.

Façamos ainda referência ao princípio da proporcionalidade que é corolário do princípio da igualdade.

Contudo, a jurisprudência nem sempre assim entendeu. Vejamos, por exemplo, o caso das taxas de ocupação de subsolo, em que se considera o tributo bilateral e por isso uma taxa. Contudo, quando a taxa revela indícios de valores manifestamente excessivos, os tribunais – nas poucas decisões em que assim entendeu – reconduziram o tributo à figura de imposto por violação do princípio da proporcionalidade¹³³⁰.

Ou seja, a proporcionalidade apenas serviu para uma recondução ao princípio da legalidade e fez-se uma apreciação do tributo deturpada.

Ao invés de reconduzir a uma apreciação à luz do princípio da igualdade, a jurisprudência veio imediatamente reconduzir a questão para o princípio da legalidade. Em sentido contrário, autores como Sérgio Vasques consideram que a quantificação excessiva de taxas e contribuições encerra sempre um problema de igualdade tributária¹³³¹. Tem a ver, portanto, com uma taxa ilegal e não necessariamente com um tributo mal qualificado: o tributo não deixa de ser uma taxa é, contudo, uma taxa ilegal por violação do princípio da proporcionalidade.

Vejamos o que está a suceder, por exemplo, com os Acórdãos sobre a inconstitucionalidade ou não dos cortes da função pública.

Houve o primeiro Acórdão n.º 396/2011 que veio decidir que, em situações excecionais e desde que não fossem permanentes, podiam fazer-se cortes aos funcionários públicos, no caso, de 3,5% a 10% (aumentando de acordo com o valor do vencimento).

Contudo, num segundo momento, no Acórdão n.º 353/2012, o Tribunal Constitucional analisou o corte dos subsídios dos funcionários públicos (que acrescia ao anterior) e fê-lo à luz do conceito da “igualdade proporcional”.

Este conceito foi desenvolvido pelo Professor Mota Pinto nos anos oitenta e está presente em diversos acórdãos do Tribunal Constitucional¹³³².

Resumidamente, este conceito de “igualdade proporcional” baseia-se na premissa de que *“igualdade não é igualitarismo. A igualdade é antes proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que às situações substancialmente desiguais se dê tratamento desigual, mas proporcionado”*.

¹³³⁰ Cfr. Por exemplo com Acórdão proferido no processo 2144/99, de 28 de outubro de 2003 onde se considera que o aumento de taxas para o dúplo sem que a prestação tivesse sido modificada implica a violação do princípio da proporcionalidade.

¹³³¹ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p260 e ss.

¹³³² A este respeito, veja-se os Acórdãos n.º 39/88 e n.º 96/05 do Tribunal Constitucional.

Este conceito da igualdade proporcionada permite que se tenha em conta motivos externos que justifiquem – ou não – uma desproporção.

No caso concreto, considerou-se que o corte de mais 14% de remuneração dos funcionários públicos era injustificado uma vez que os motivos que se alegaram para justificar um suposto acerto entre público e privado (lá está a recondução ao princípio da igualdade) não eram suficientes, eram desproporcionais. Houve aqui uma tentativa de limitação introduzindo-se nesta situação o conceito de igualdade proporcional.

No caso dos tributos comutativos, o conceito de igualdade proporcional pode também ser útil aquando da existência de realidades comparáveis como por exemplo a diferenciação de taxas cobradas às mesmas realidades em municípios diferentes. Pode haver diferenciação mas limitada pelas razões de igualdade.

A proporcionalidade é essencial no que concerne à proibição do excesso. Sendo que o que o excesso – conceito naturalmente subjetivo – tem de ser aferido casuisticamente.

Decorrente também do princípio da igualdade e da própria segurança jurídica, tem alguma doutrina se debruçado sobre a necessidade duma reconstrução do ordenamento tributário, com uma ordem de valores e com uma ideia de justiça de sistema¹³³³.

A ideia é impor maior coerência ao sistema tributário, no sentido de o legislador não dever pôr em causa a igualdade e legitimação material do sistema com escolhas que sejam contraditórias e que haja uma articulação recíproca.

Mas para que tal suceda, deve de existir uma coerência material dos tributos públicos, o que leva a que seja necessária não apenas uma coerência estrutural de cada tributo mas ainda, e sobretudo, uma coerência sistemática, uma articulação entre todos os tributos.

Obriga-se assim o legislador a construir tributos que não contenham contradições materiais e que se articulem com os demais.

Este princípio assume especial relevância quando assistimos a um sistema tributário que deixa de estar assente maioritariamente nos impostos para ser um sistema com grandes preocupações extrafiscais. Os tributos que hoje temos assistido a eclodir são tributos complexos, de natureza híbrida, confusos para o “cidadão médio”, onde coabitam razões financeiras de necessidade de receita, financiamento do estado, razões de justiça ou de defesa de qualquer outra *novel* preocupação.

A velocidade a que se altera o *trendy* fiscal é enorme!

5.2.2. – Regimes Especiais

Para finalizar a avaliação do regime jurídico dos tributos, há que fazer a avaliação dos regimes especiais que constituem, no fundo, as leis “chapéu” para determinadas realidades tributárias.

¹³³³ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 301 e ss.

Podemos considerar que qualquer legislação que contenha a delegação de poderes tributários, criação de tributos, definição de regras de tributação, enfim, um normativo que regule a criação e aplicação de tributos pode estar no elenco destas leis chapéu.

Temos assistido à proliferação deste tipo de legislação com a criação de diversos tributos parafiscais, geralmente comutativos, para financiamento de determinados serviços públicos ou entidades.

A título meramente exemplificativo, podemos referir a Lei n.º 45/2015, de 5 de junho que altera o artigo 82º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e cria a compensação equitativa relativa à cópia privada ou Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, que regula o acesso às prestações do SNS por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios;

Muito usualmente, são criados tributos no Orçamento de Estado, sendo disso exemplo a contribuição extraordinária sobre a indústria farmacêutica, Contribuição Extraordinária sobre o sector energético ou a contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos de SNS.

Depois temos, por exemplo, a Lei das Autarquias Locais e a Lei das Finanças locais que confere poderes tributários às autarquias locais.

A Reforma da Fiscalidade Verde foi consagrada na Lei n.º 82-D/2014, de 31 de dezembro que procede à alteração de um conjunto de normas fiscais ambientais nos sectores da energia e emissões, transportes, água, resíduos, ordenamento do território, florestas e biodiversidade, introduzindo ainda um regime de tributação dos sacos de plástico e um regime de incentivo ao abate de veículos em fim de vida.

Constituem pressupostos da reforma fiscal verde a neutralidade fiscal e a obtenção de um triplo dividendo proteger o ambiente e reduzir a dependência energética do exterior, fomentar o crescimento e o emprego e contribuir para a responsabilidade orçamental e para a redução dos desequilíbrios externos.

Este diploma, por exemplo, introduz um conjunto de medidas nas quais a Agência Portuguesa do Ambiente tem responsabilidades na implementação.

Inclui um regime de incentivo ao abate de veículos em fim de vida na aquisição de um veículo elétrico ou de um quadriciclo pesado elétrico, a taxa sobre os sacos de plástico leves, a revisão da Taxa de Gestão de Resíduos (TGR), a revisão da Taxa de Gestão de Recursos Hídricos (TGRH), bem como confere a possibilidade das organizações não-governamentais de ambiente poderem usufruir do benefício fiscal de uma quota equivalente a 0,5% do imposto sobre o rendimento de pessoas singulares, liquidado com base nas declarações anuais.

A Fiscalidade Verde contempla ainda a taxa de carbono, Medidas de incentivo aos veículos de melhor desempenho ambiental, agravamento de taxas de ISV nos veículos a gasolina e gasóleo em função das emissões de CO₂.

Não poderíamos, por isso, fazer uma análise pormenorizada de alguns regimes específicos e relevantes, pelo que escolhemos dois que nos parecem assumir maior relevância: o RGTA e a análise da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras no que concerne aos poderes tributários.

5.2.2.1. Regime Geral das Taxas das autarquias Locais

Uma vez que não existe em Portugal um regime geral que regule as taxas¹³³⁴, parece-nos pertinente a análise da regulação sectorial que foi efetuada e que resultou na criação, em 2006, do Regime geral das taxas das autarquias locais

Ao abrigo do disposto no artigo 197º n.º 1, alínea d) da Constituição da República Portuguesa, o Governo apresentou na Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 90/X, referente ao Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.¹³³⁵

Nesta proposta de lei já se denotava, por parte do legislador, a preocupação com a regulação duma figura tributária que assumia cada vez maior relevo financeiro nas autarquias locais.

Mas para além da perspetiva económica, pretendia-se ainda fixar um regime jurídico que agregasse disposições dispersas mas que sobretudo optasse definitivamente pelos critérios que a doutrina e jurisprudência há muito vinham adotando.

Neste sentido, a exposição de motivos é bastante clara relativamente ao que se pretendia.

Em primeiro lugar, vem relevar o princípio do benefício, chamando à colação a teoria da equivalência, mantendo, claro está, a coerência com a jurisprudência e doutrina: *“Encontra-se já consolidado o entendimento, em larga medida proveniente de uma abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional, de que na fixação do “quantum” da taxa se deve tomar em consideração o princípio do benefício (que vantagens obtém o particular) e o princípio da cobertura do custo, não se admitindo, sob pena de a figura deixar de ter a natureza de taxa, uma desproporção intolerável entre o montante de tributo e o custo do bem ou do serviço.”*

Acolhendo o princípio do benefício, o legislador teve ainda de tomar posição quanto à fixação do *quantum* da taxa e quais os seus limites. Isto porque mesmo aceitando-se o princípio da equivalência, tal não é necessariamente suficiente para a delimitação do valor eficiente da taxa e seus parâmetros de apuramento.

Assim, o legislador acabou por tomar posição e, na exposição de motivos da proposta de lei, já antecipava que: *“Deixando uma ampla margem de liberdade às autarquias locais quanto à criação de taxas e quanto à determinação do seu «quantum», com a presente lei delimita-se com rigor a figura da taxa, tornando indiscutível que a sua exigência só pode resultar como contrapartida de prestações efetivas por parte das autarquias locais, no âmbito das suas atribuições. De acordo com o princípio da proporcionalidade, exige-se que os regulamentos a emitir pelas autarquias locais na criação de taxas ou aquando da alteração do seu «quantum», contenham uma pormenorizada justificação dos serviços a prestar, dos bens cuja utilização é concedida aos particulares ou dos atos para os quais são necessárias autorizações, bem como justificação económico-financeira dos quantitativos a cobrar. Esta última exigência (a justificação económico-financeira) é um elemento determinante para o rigoroso controlo da natureza do tributo como taxa.”*

¹³³⁴ Tarefa que se afigura impossível face à imensidão de variantes que a figura das taxas pode conter.

¹³³⁵ Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.127 e ss.

Para além de pretender que o valor da taxa apenas contemple a contrapartida de prestações efetivas por parte das autarquias locais, para que se consiga identificar essas mesmas prestações efetivas, as autarquias locais passam a ser obrigadas a fundamentar o valor da taxa.

Aproveitou-se ainda o ensejo para se disciplinar o regime referente à cobrança coerciva, à caducidade e prescrição e às garantias dos particulares.

O Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais acabou por ser consagrado na Lei 53-E/2006, de 29 de dezembro, fazendo parte dum pacote de medidas fiscais e financeiras relacionadas com as autarquias locais e conjuntamente com o orçamento do estado para 2007.

Paralelamente a um cenário económico e político que envolveu a criação deste Regime Geral, em termos jurídicos as taxas locais já abundavam mas detinham um enquadramento jurídico deficiente¹³³⁶. De facto, o menor peso destes tributos nas receitas públicas e a necessidade crescente de adequação dos impostos, levaram a que a doutrina e legislação não se focassem nos tributos comutativos.

Em harmonia com as novas disposições do RGTL, o artigo 15º e 18º da LFL de 2007 veio prever que as taxas dos municípios e freguesias devem ser criadas em consonância com os princípios da equivalência jurídica, da justa repartição dos encargos públicos e da publicidade. A receita que os municípios e freguesias obtenham coma cobrança destes tributos constituem receita própria.

Para além destas disposições, a Lei das Finanças Locais de 2007 faz ainda referência ao princípio da autonomia financeira local e poder de arrecadar receitas inerentes. Acrescenta ainda o legislador que são nulas as deliberações dos órgãos do município e freguesia que envolvam o exercício de poderes tributários ou determinem o lançamento de taxas não prevista na lei, numa alusão direta a princípio da legalidade.

De relevar que, já nesta Lei das Finanças Locais de 2007 se consagra um princípio de sustentabilidade, consagrando-se que o regime financeiro das autarquias locais deve contribuir para a promoção do desenvolvimento económico, preservação do ambiente, ordenamento do território e bem-estar social. Ora, neste particular, quase parece que estas disposições são dirigidas às taxas. Efetivamente, a Lei das Finanças Locais rematava dizendo que essa dita sustentabilidade deveria ser assegurada pela utilização de instrumentos tributários orientados para essas finalidades, designadamente as taxas¹³³⁷.

Foi neste enquadramento jurídico que surgiu o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais que apresentava 18 artigos. Um regime curto, amplo e genérico¹³³⁸.

¹³³⁶ Autores como Sérgio Vasques – mentor do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais - naturalmente consideravam o cenário jurídico relativo aos tributos Locais, até ao surgimento deste Regime Geral, como muito deficiente. Apesar de considerarmos que, efetivamente, o Regime Geral trouxe vantagens na sistematização e clarificação de normas, o certo é que estando perante tributos bilaterais, a necessidade de regulamentação é menor. Caso diferente é o das contribuições, dado que a bilateralidade é mais ténue e por isso necessitam de um maior controlo normativo.

¹³³⁷ Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.127 e ss.

¹³³⁸ Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.135 e ss.

De facto são poucos os artigos efetivamente relevantes e inovadores, contendo soluções legislativas para os problemas que vinham da doutrina e jurisprudência. Tentaremos ser breves nessa análise e cingir-nos ao essencial.

O artigo 3º do RGTAL, bem como o artigo 4º da LGT, não traz um conceito de taxa mas antes apresenta os seus pressupostos. Claramente o legislador considera que os pressupostos das taxas são suficientes para a sua distinção, não sendo necessário adicionar um conceito que pode ser equívoco ou elemento de distúrbio.

Mas não é demais recordar que a taxa é uma prestação coativa, devida neste caso a entidade pública local, com vista à compensação de prestações efetivamente provocadas ou aproveitadas pelo sujeito passivo. E, conforme já dispunha a Lei Geral Tributária, a taxa pressupõe comutatividade sendo, por isso, devida por i) prestação dum serviço por parte da entidade pública ao particular; ii) utilização privativa de bens do domínio público e; iii) remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.

De relevar também que as prestações em que assentam as taxas serão efetivas. Isto porque apenas as prestações efetivas¹³³⁹ estarão dentro daquilo que é a competência legal das autarquias locais e porque, por regra, a efetividade da prestação coincide com o momento da exigibilidade de pagamento^{1340, 1341}.

A efetividade da prestação tem sido tema de discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo de relevar a defesa da mesma atendendo ao princípio da legalidade, o certo é que o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais em mais do que uma ocasião parece acolher a possibilidade de criação de taxas sobre prestações difusas, a saber, sobre serviços de prevenção de riscos e proteção civil, promoção de finalidades ambientais, promoção do desenvolvimento e competitividade local e regional ou taxas a incidir sobre realização de atividades dos particulares geradoras de impacto ambiental negativo.

O artigo 4º do RGTAL vem dispor que: *“O valor das taxas das autarquias locais é fixado de acordo com o princípio da proporcionalidade e não deve ultrapassar o custo da atividade pública local ou o benefício auferido pelo particular.”*

Esta é uma alusão direta ao princípio do custo/ benefício que o RGTAL apresenta para presidir à criação das taxas. Contudo, não deixa de evidenciar que o legislador teve hesitações entre o princípio da igualdade e da proporcionalidade, bem como vagueou no tipo de equivalência quando acaba por prever a inclusão de motivações extrafiscais. Veja-se o n.º 2 do artigo 4º: *“O valor das taxas, respeitando a necessária proporcionalidade, pode ser fixado com base em critérios de desincentivo à prática de certos atos ou operações.”*

No mesmo sentido parece o disposto no final do n.º 1 do artigo 5º do RGTAL: *“A criação de taxas pelas autarquias locais respeita o princípio da prossecução do interesse público local e visa a satisfação das necessidades financeiras das autarquias locais e a promoção de finalidades sociais e de qualificação urbanística, territorial e ambiental”.*

¹³³⁹ A efetividade das prestações ou, se quisermos, a atualidade do sinalagma é um elemento que vinha sendo apontado pela doutrina como elemento da taxa. Neste sentido, entre outros, Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016.

¹³⁴⁰ A exceção serão taxas periódicas em que a regra de exigibilidade pode ser adequada à continuidade da prestação.

¹³⁴¹ Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.135 e ss.

Aqui ampliam-se as áreas onde é nitidamente permitida a entrada da extrafiscalidade: finalidades sociais, qualificação urbanística, territorial e ambiental.

Conforme a Autora refere em “A Microtributação nas Autarquias Locais”, *“Assume-se a preferência pela equivalência jurídica na epígrafe do artigo 4º mas sem que a mesma se desligue da equivalência económica. Tradicionalmente, a equivalência jurídica pretende uma relação rigorosamente comutativa que nas taxas estabelece entre a obrigação tributária e a provocação ou aproveitamento de uma prestação administrativa. Por outro lado, na equivalência económica pretende-se a ordenação das taxas ao custo ou valor dessas mesmas prestações”*¹³⁴².

A doutrina e jurisprudência deram grande ênfase à equivalência jurídica com o propósito de centrar o controlo das taxas na legalidade formal e não tanto no controlo material da igualdade e da proporcionalidade¹³⁴³.

Mas a equivalência jurídica acabou por ser a justificação que acolhia todas as fundamentações, um saco sem fundo. Bastava uma justificação da entidade, mesmo que pouco clara, para se conseguir encontrar fundamento para o custo associado e, assente na equivalência jurídica, o tributo passasse no teste da legalidade¹³⁴⁴.

Como temos já sublinhámos em “A Microtributação nas Autarquias Locais”¹³⁴⁵, o critério da equivalência é uma projeção da igualdade tributária. Quando se trata de repartir as taxas, que são tributos comutativos, com os quais se visa fazer o indivíduo contribuir para o custeamento de prestações administrativas de que é causador ou beneficiário, o que o princípio da igualdade impõe é que cada indivíduo contribua de acordo com o custo ou valor dessas mesmas prestações¹³⁴⁶.

Ora, se há princípio que o legislador efetivamente quis preservar neste Regime Geral das Autarquias Locais foi o da equivalência. Veio impor que a estrutura das taxas esteja adequada ao custo ou valor das prestações administrativas que se dirigem ao particular, devendo a base tributária ser construída de modo a que se onerem de forma diferente prestações com custo ou valor diferente.

Com esta conceção, pretendeu-se afastar qualquer hipótese de ligar o valor da taxa à capacidade tributária do contribuinte. Talvez numa tentativa de terminar com os tão desafortunados “impostos ocultos” que comumente apareciam nos regulamentos municipais.

Questão diferente é a relativa ao montante da taxa que, no fundo, efetiva essa tal equivalência. É que, com a consagração da preferência pela equivalência jurídica mitigada como princípio da proporcionalidade leva à discussão do *quantum* admissível.

¹³⁴² Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.139 e ss.

¹³⁴³ Na nossa opinião vinha a ser dada demasiada ênfase à legalidade em grande parte da jurisprudência quando o problema essencial se prendia com a equivalência. Repare-se que grande parte das decisões jurisprudenciais sempre se esquivaram à avaliação do *quantum* da taxa. Muito raramente avaliavam esse *quantum* à luz da proporcionalidade. Raríssimas são as decisões sobre a violação desse princípio da proporcionalidade.

¹³⁴⁴ Posição que a autora também defendeu em Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017.

¹³⁴⁵ Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.135 e ss.

¹³⁴⁶ Por outro lado, nos impostos, cada indivíduo deve contribuir de acordo com a sua capacidade contributiva.

O artigo 4º n.º 1 do RGTL parece querer restringir o valor da taxa ao custo efetivo da atividade pública local ou o benefício auferido pelo particular. E, a nosso ver, essa conceção até é adequada. Mas a concretização do conceito não é simples.

Por um lado, por si só, o critério para apuramento do valor concreto da prestação detém vertentes subjetivas. A taxa não é propriamente um preço. E mesmo que fosse o critério do valor da prestação seria sempre variável em função dos agentes do mercado.

No caso concreto da taxa, a avaliação do valor da prestação é simplesmente efetuada pela entidade pública. Mas esta não está livre de, mesmo com as melhores intenções, não conseguir, por vezes, chegar a um valor adequado, eficiente e proporcional.

E esta questão é válida mesmo para as taxas com finalidades financeiras que, à partida, são as que naturalmente se têm de sujeitar a uma equivalência económica em virtude das suas características meramente reditícia.

Por outro lado, a abertura do legislador ao acolhimento de finalidades extrafiscais nas taxas, leva à discussão doutrinária relativa à medição da proporcionalidade da equivalência. Mesmo sem se sair da equivalência económica, em sede de taxas com finalidades extra financeiras, podem existir os quatro padrões possíveis de medição de proporcionalidade que já aqui foram escaupelizadas¹³⁴⁷, a saber: i) Equivalência ampla; ii) Equivalência funcional; iii) Equivalência estrita; iv) Equivalência neutra ou corretora.

A opção sobre a abrangência da equivalência pode ser diferente consoante a visão que se perfilha. Por um lado, o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais parece querer fazer prevalecer a equivalência estrita quando manda que o valor da taxa não supere o custo da atividade pública local ou o benefício auferido pelo particular. Mas, logo em seguida abre a porta à equivalência funcional agravada com base em critérios de desincentivo.

Mais. O artigo 5º n.º 1 do RGTL dá permissão à criação de taxas com puros intuitos de satisfação de necessidades financeiras das autarquias locais. Ora, tal posição não mais pode ser do que a abertura da possibilidade duma equivalência ampla.

Em nossa opinião que já corroborámos em “A Microtributação nas Autarquias Locais”¹³⁴⁸, o legislador não fechou a porta a qualquer tipo de equivalência¹³⁴⁹.

Mais. O legislador quis até ir mais além e, prevendo no artigo 5º n.º 2 do RGTL que “*As autarquias locais podem criar taxas para financiamento de utilidades geradas pela realização de despesa pública local, quando desta resultem utilidades divisíveis que beneficiem um grupo certo e determinado de sujeitos, independentemente da sua vontade.*”

Este preceito de redação infeliz, leva a crer que as autarquias locais estariam autorizadas à criação de contribuições especiais. Ora, as autarquias locais não poderiam criar contribuições

¹³⁴⁷ Cfr. Carlos Baptista Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

¹³⁴⁸ Cfr. Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017, p.140 e ss

¹³⁴⁹ Em sentido contrário, Sérgio Vasques defende que a equivalência deve ser estrita. Contudo, Carlos Baptista Lobo, em opinião dissonante, releva a possibilidade de aumentar a amplitude da equivalência desde que os princípios constitucionais sejam atendidos e a bilateralidade não seja posta em causa.

especiais quando estas são, nos termos da Lei Geral Tributária equiparadas a impostos e sob a alçada duma reserva de lei bem mais apertada.

Aquilo que possivelmente se pretendeu com este artigo foi abrir a porta à criação de contribuições financeiras a favor da entidade pública município, atendendo a um princípio de “equivalência grupal”.

Só vislumbramos uma aceitação prática deste artigo se assim o interpretarmos. Ou seja, quando estivermos perante verdadeiras contribuições financeiras em termos de natureza mas cuja bilateralidade é suficientemente forte para se reconduzir o seu regime ao regime das taxas, no caso concreto, ao RGTAL.

Se assim for, o legislador permitiu a criação de contribuições financeiras às autarquias locais desde que sejam estritamente seguidos os princípios e conceitos do RGTAL.

Outra questão é a praticabilidade deste conceito¹³⁵⁰ que, pelo exemplo das Taxas Municipais de Proteção Civil já se notou ser de difícil concretização dentro da legalidade.

Outro exemplo pouco feliz é o artigo 6º n.º 2 da LGT, em que o legislador parece permitir que as taxas possam incidir sobre a realização de atividades dos particulares, sem que em contrapartida exista uma prestação da entidade pública¹³⁵¹.

O legislador até acolheu a equivalência enquanto princípio estruturante das taxa mas depois deixou longo e sinuoso caminho para a doutrina e jurisprudência poderem percorrer.

O critério que no regime geral parece travar a equivalência – seja ela de que amplitude for – é a proporcionalidade como princípio da proibição do excesso e mínimo de tributação.

Relativamente a outros aspetos inovadores que este Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais trouxe, há ainda referir o artigo 8º onde se preveem as normas mais relevantes para a uniformização dos regulamentos passando os mesmos a indicar a base de incidência subjetiva e objetiva, o valor ou fórmula de cálculo da taxa, as isenções e sua fundamentação, o modo de pagamento e formas de extinção da prestação tributária e a admissibilidade do pagamento em prestações¹³⁵².

¹³⁵⁰ Já havíamos referido em Paula Braz Machado, “A Microtributação nas Autarquias Locais”, Repositório da Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2017 o seguinte a este propósito: “*Efetivamente não é fácil encontrar concretizações felizes deste conceito. A tentativa com as Taxas de Proteção Civil ou a Taxa Turística não tem sido das mais felizes uma vez que a construção concreta do tributo muitas vezes gora a bilateralidade ou a equivalência grupal.*”. Ora esta posição da autora acabou por ser corroborada pelas decisões do Tribunal Constitucional sobre as Taxas Municipais de Proteção Civil. Veja-se a este propósito os acórdãos 418/2017, 15/2018 e 367/2018. No caso concreto concluiu-se pela ausência de prestações individualizáveis ou prestação a determinado grupo homogêneo, pelo que se concluiu pela ausência total de bilateralidade, remetendo-se a figura tributária ao imposto.

¹³⁵¹ Defendemos que o legislador deveria ter optado por uma redação mais condicente com as taxas de efeito regulatório. Isto porque o que se pretende é restringir o acesso a atividades poluidoras e/ou desincentivá-las. Podia o legislador optar por uma equivalência neutra ou corretora ou então simplesmente pelo agravamento da taxa por motivos de desincentivo. Não o tendo feito criou uma norma equivocada, muito aproximada da figura de contribuição especial.

¹³⁵² Parece termos aqui uma concretização do princípio da legalidade “alargada” previsto na LGT no artigo 8º e aplicável também às taxas.

Aqui a novidade é efetivamente a necessidade de *fundamentação económico-financeira relativa ao valor das taxas, designadamente os custos diretos e indiretos, os encargos financeiros, amortizações e futuros investimentos realizados ou a realizar pela autarquia local*.

Muitas esperanças se depositavam nesta fundamentação para que fosse perceptível a equivalência económica das taxas. Isto porque, este instrumento de fundamentação levaria a que fosse possível o apuramento dos custos reais subjacentes à taxa, custos esses sustentados pela despesa gerada pela prestação pública ou benefício causado.

Contudo, a partir do momento em que o legislador abre as portas à equivalência jurídica, a fundamentação económica apenas serve como base de valor, não sendo necessariamente o limite do valor da taxa.

5.2.2.2. Tributos cobrados pelas Entidades Reguladoras

A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras independentes, trouxe inovações no que concerne à consagração legal do tipo de tributos que as entidades reguladoras ficam autorizadas a cobrar.

Nos termos do disposto no artigo 34º n.º 1 da Lei-Quadro, as entidades reguladoras podem cobrar uma contribuição às empresas e outras entidades sujeitas aos seus poderes de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes à atividade económica dos sectores privado, público, cooperativo e social.

De referir que, embora seja de louvar que finalmente o legislador venha caracterizar as taxas de regulação económica não como verdadeiras taxas mas antes como contribuições, já é menos meritória a caracterização que se faz desta contribuição.

Em primeiro lugar não se explicita que tipo de contribuição aqui temos. Isto porque, como adiante veremos, não nos parece que estejamos perante contribuições especiais mas antes contribuições financeiras que precisam duma atenção redobrada no desenho do seu regime.

Para além das contribuições, dispõe o artigo 34º n.º 2 da Lei-Quadro que as entidades reguladoras podem cobrar taxas ou tarifas às empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora e dos serviços prestados por esta¹³⁵³.

Em primeiro lugar destacamos desde já que os tributos a serem cobrados pelas entidades reguladoras devem estar relacionados com a atividade e serviços em que as entidades reguladoras atuam. E isto assume um importante limite pois as entidades não podem extravasar o seu âmbito de atuação.

Depois, mais uma vez, não se faz qualquer distinção do tipo de taxas que aqui possam estar em causa. Isto porque se estivermos apenas e só perante taxas administrativas então teremos de as cingir à estrita cobertura de custos. Mas, como adiante se escarpelizará, é entre nós aceite que até mesmo as taxas possam ter intuitos extrafiscais e por isso a equivalência, nestes casos, assume uma amplitude maior para se abranger o custo ou benefício subjacente ao tributo.

A inovação relativamente à criação e aplicação deste género de tributos surge no artigo 34º n.º 3 da Lei-Quadro, que vem prever que seja por portaria conjunta – das finanças e membro de

¹³⁵³ Com exceção do disposto no n.º 4 do artigo 40º da Lei-Quadro, ou seja, situações de arbitragem voluntária na resolução de litígios, análises de reclamações, orientação a consumidores.

governo responsável no sector – que se estabeleça a incidência subjetiva e objetiva, o montante ou alíquota¹³⁵⁴, periodicidade, isenções ou reduções, prazos de vigência e limites de coletas.

Dizemos inovação porque passou a ficar claro que estes tributos passam a ser possíveis de serem regulados por mera portaria do governo, sendo que a sua criação estará prevista, conforme regula o artigo 34º n.º 1 e 2 da Lei-Quadro, constará dos Estatutos das Entidades Reguladoras que, como já vimos, podem ser efetuados por mero Decreto-Lei.

Se relativamente às taxas não nos causa nenhum constrangimento relativamente ao princípio da legalidade a essas figuras aplicado, no que concerne às contribuições passamos a ter alguns receios.

Somente com o Acórdão n.º 539/2015 do Tribunal Constitucional passou a existir uma abertura para que não se aplicasse um regime de reserva de lei formal para todas as contribuições. Isto porque, veio o mencionado acórdão, sob determinadas condicionantes, considerar que não há qualquer exigência constitucional que sustente uma reserva de lei parlamentar para toda e qualquer contribuição. O que a Constituição da República Portuguesa exige, isso sim, é uma reserva de lei parlamentar para o regime geral das contribuições¹³⁵⁵.

Compete ainda à entidade reguladora, estabelecer, por regulamento, os modos e prazos de liquidação¹³⁵⁶ e cobrança das contribuições, taxas e tarifas.

Uma das pechas que julgamos ter esta Lei-Quadro é a exigência de fundamentação do Tributo, por exemplo. Isto porque, por exemplo, no que concerne às taxas, há que verificar da adequação do sinalagma, nomeadamente da equivalência económica quando estamos perante a estrita cobertura de custos.

Estabelece ainda a Lei-Quadro a aplicação subsidiária do Código de Procedimento e Processo Tributário no que concerne – apenas! – à cobrança coerciva.

De referir que a Lei-Quadro acaba por desconsiderar a tutela judicial dos regulados, que têm direito não só a uma tutela ainda administrativa com um procedimento de reclamação ou recurso hierárquico das liquidações de taxas ou contribuições mas também uma tutela judicial de impugnação direta para os tribunais administrativos e fiscais, sendo de acionar os regimes do Código de Procedimento e Processo Tributário no que concerne às defesas do contribuinte.

Assim, em nosso entender, esta Lei-Quadro, embora intente um esforço louvável na uniformização dum regime aplicável a várias entidades, parece-nos que no campo da tributação se poderia – e até deveria – ter ido mais longe. Isto porque se manteve um quadro de múltiplas situações que se mantêm sem um tratamento legislativo claro. Ora, esse obscurantismo legal leva ao surgimento de várias figuras tributárias que pairam no espetro das reguladoras e cuja disciplina se mantém muito débil.

¹³⁵⁴ Na doutrina portuguesa alíquota geralmente é tratada por taxa, com exceção, por exemplo, de Casalta Nabais que há muito utiliza esta expressão.

¹³⁵⁵ Regime Geral esse que será de muito difícil concretização. Mais simples será, à semelhança do que se passou nas Taxas, exista um Regime Geral Sectorial. O caso das contribuições cobradas pelas entidades reguladoras é um exemplo paradigmático e poderia ser esse mesmo o princípio dum regime geral de contribuições.

¹³⁵⁶ Sendo que aqui temos algumas dificuldades em compreender o que será exatamente o modo da liquidação. Será o mecanismo de apuramento da taxa? Modo de comunicação? Fundamentação?

Já aqui referimos que consideramos que as taxas de regulação económica têm vindo a ser equivocadamente apelidadas de taxas de regulação económica quando, a bem da verdade, são geralmente verdadeiras contribuições.

Outro pressuposto que devemos ter em conta é que a regulação económica tem vindo a ser matéria de intervenção da União Europeia, pelo que sectorialmente podemos encontrar várias soluções que foram sendo dadas, implementando-se medidas económicas geralmente com consequências a nível tributário também.

Com o recuo do Estado perante a economia e renunciando o mesmo a um papel de coordenação e regulador direto da vida económica do país¹³⁵⁷, levou a que existisse um compasso de espera até que surgiram vários organismos, com maior ou menor independência, cuja função seria a de disciplinar determinado sector.

Com a proliferação de regimes próprios de cada entidade reguladora, tornaram-se evidentes as diferenças entre regimes e regulamentos. Chegámos, por isso, a uma Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo.

A Lei n.º 67/2013, conhecida como Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, estabelece os poderes das entidades reguladoras no que diz respeito à regulação, supervisão, fiscalização e sanção de infrações relacionadas com as atividades dos setores em que atuam.

Essas entidades reguladoras possuem autonomia financeira e, de acordo com o artigo 34º da Lei-Quadro, têm poderes tributários para cobrar contribuições, taxas e tarifas. O artigo 34º especifica que existem dois tipos de tributos que as entidades reguladoras podem cobrar.

O primeiro tipo são as contribuições, que são devidas pela regulação e supervisão realizadas pela entidade reguladora. Os beneficiários dessas regulações são as entidades sujeitas aos poderes da entidade reguladora.

O segundo tipo são as taxas e tarifas, que têm como destinatários empresas e entidades abrangidas pela atividade da entidade reguladora e pelos serviços por ela prestados. Essas taxas e tarifas visam remunerar prestações divisíveis, ou seja, serviços específicos prestados pelas entidades reguladoras, e eventualmente, a emissão de licenças, como por exemplo, o acesso a um mercado regulado ou a utilização de um bem público.

Dessa forma, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras estabeleceu essa divisão dicotômica dos tributos que as entidades reguladoras podem cobrar, diferenciando as contribuições pela regulação e supervisão em si, e as taxas e tarifas pela prestação de serviços específicos e emissão de licenças. (v.g. acesso ao mercado regulado ou para utilização dum bem público¹³⁵⁸).

Um regime particular que podemos referir é por exemplo o da Entidade Reguladora da Comunicação Social que, inclusivamente já foi alvo de apreciação constitucional pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 365/2008.

¹³⁵⁷ Cfr. Sérgio Vasques, *“As taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução”*, texto inserido na coletânea *“As taxas de Regulação Económica em Portugal”*, Almedina, 2008.

¹³⁵⁸ Estamos, por exemplo, a recordar-nos da utilização do espectro radioelétrico que, sendo um bem público finito necessita de regulação ao seu acesso, nomeadamente por via de licença.

Ora, o regime das taxas da ERC, previsto no Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de junho¹³⁵⁹, prevê três tributos¹³⁶⁰:

- i) Taxa de Regulação e Supervisão que visa remunerar os custos específicos incorridos pela ERC no exercício da sua atividade de regulação e supervisão contínua e prudencial (art.º 4º do Regime). Ora, este tributo não é mais do que uma contribuição para financiamento da entidade e sua atividade de regulação, que abrange o grupo de beneficiários dessa regulação, ou seja, os membros do mercado sectorial em causa.
- ii) Taxa por serviços prestados que remunera a realização casuística de determinadas atividades da ERC. Este tributo é uma típica taxa por remuneração direta de determinado serviço prestado por entidade pública;
- iii) Taxa por emissão de títulos habilitadores cobrada em função dos custos decorrentes do procedimento administrativo inerente à outorga dos mesmos. Neste particular estamos perante as chamadas “taxas por licença”, sendo que se visa regular o acesso a bem do domínio público que é escasso.

Relativamente às contribuições cobradas pelas entidades reguladoras, uma vez que se caracterizam pela existência dum sinalagma difuso, a preocupação passa também pelos limites das mesmas.

O facto de ser um tributo de carácter paracomutativo – in caso contribuições - não lhe permite a utilização de padrões de igualdade similares aos impostos.

Nestes termos, o princípio da equivalência – desta feita numa ótica de benefício dum grupo – deve aplicar-se, bem como deve atender-se ao princípio da proporcionalidade¹³⁶¹. Vejamos, a este respeito os ensinamentos de Ana Paula Dourado¹³⁶²:

“A equivalência implica que:

- 1) O benefício do grupo (do “conjunto dos regulados”) seja repartido igualmente por todos os beneficiários, presumindo-se uma utilidade ou benefício potencialmente idênticos para os beneficiários mesmo que em cada ano fiscal esse benefício possa variar em concreto. Eventualmente, pode a lei presumir utilidades ou benefícios diferentes, caso à partida se saiba que os beneficiários vão ter utilidades diferenciadas (...)*
- 2) Que haja uma correspondência entre o montante a cobrar e os custos da entidade reguladora, devendo ainda ser observados os princípios da objetividade, transparência e não discriminação”.*

¹³⁵⁹ Que já foi revisto e atualizado, podendo consultar-se todas as suas alterações em <http://www.erc.pt/pt/entidade-reguladora-para-a-comunicacao-social>

¹³⁶⁰ Cfr. Diogo Ortigão Ramos e Pedro Sousa Machado, “As Taxas de Regulação Económica no Sector da Comunicação Social”, in “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, coletânea coordenada por Sérgio Vasques, Almedina, 2008.

¹³⁶¹ Neste particular seguimos parcialmente a posição de Ana Paula Dourado, quando refere que “(...) a não aplicação do princípio da proporcionalidade, concretizado no princípio da equivalência, aos tributos de sinalagma difuso, implica a criação de impostos ocultos e é por isso contrária à constituição portuguesa.” Ora, somos de opinião de que o princípio da equivalência e proporcionalidade devem aplicar-se às contribuições de regulação económica. Contudo, a violação da proporcionalidade não nos parece que tenha como consequência automática a recondução do tributo à figura de imposto. Pode simplesmente, como já defendemos relativamente às taxas, ser uma contribuição ilegal.

¹³⁶² Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p.60 e ss.

Mas temos mais exemplos que podemos aludir. Por exemplo no âmbito das comunicações eletrónicas temos três tipos de tributos que aparecem no espectro da ANACOM, entidade reguladora sectorial¹³⁶³.

Assim, na sequência do Pacote Regulamentar de 2002¹³⁶⁴, fixou-se um sistema tripartido que abrange¹³⁶⁵:

- i) *Encargos administrativos*, que visam financiar as atividades da autoridade reguladora respeitantes à gestão do sistema de autorização e à concessão de direitos de utilização, sendo devidos pelas empresas que ofereçam os serviços ou redes ao abrigo de autorização. O legislador comunitário acaba por justificar estes tributos com a necessidade de financiar as atividades da entidade reguladora respeitante à gestão do sistema de autorização e concessão de direitos de utilização. Contudo, neste particular, fixa-lhes como limite a cobertura dos custos administrativos reais. Tanto assim é que as entidades devem publicar obrigatoriamente um relatório anual com os encargos recebidos e os custos administrativos suportados para que se possa verificar o equilíbrio entre custos e tributos pagos, devendo os mesmos não ser excessivos ou insuficientes. Neste particular, há ainda que salientar que a legislação europeia requer que não se tenham em conta quaisquer elementos de capacidade tributária, nomeadamente a aplicação destes tributos em função do volume de negócios¹³⁶⁶.
- ii) *Taxas de utilização* que correspondem à contrapartida concreta e individualizada da utilização de frequências ou números ou da instalação de recursos em propriedade privada ou pública – que são recursos escassos - sendo esse acesso transparente e sem motivações discriminatórias nas condições de acesso ao bem. Estas taxas justificam-se tendo em conta o propósito extrafiscal de racionalização destes recursos que, à partida, serão escassos, garantindo a sua utilização ótima. A escassez dos bens é que justifica esta otimização, pelo que as taxas devem ser modeladas de acordo com o custo mas também atendendo à finalidade extrafiscal do tributo, não podendo o seu montante ou estrutura ser dissonante da sua finalidade ou criar distorções. De relevar que não estamos perante uma taxa administrativa, ou seja, não se pretende aqui remunerar o trabalho administrativo mas antes a utilização dum bem (geralmente público) e/ou um bem escasso.

¹³⁶³ Sendo de referir desde já que no que concerne ao serviço universal o desenho do tributo é peculiar, bem como sendo a ANACOM a recetora, a mesma administra as receitas num fundo autónomo criado para o efeito.

¹³⁶⁴ Este pacote regulamentar de 2002, é um conjunto de 5 diretivas, aplicadas ao sector das comunicações eletrónicas, constituído por: i) Diretiva-Quadro, que é a Diretiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas; ii) Diretiva acesso, que é a Diretiva n.º 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos; iii) Diretiva do Serviço Universal, que é a Diretiva n.º 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas; iv) Diretiva Autorização, que é a Diretiva n.º 2002/20/CE, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas; v) Diretiva Proteção de Dados, que era a Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas entretanto bastante alterada.

¹³⁶⁵ Cfr. Conceição Gamito e João Riscado Rapoula, “As Taxas de Regulação Económica no Sector das Comunicações Electrónicas”, in “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, coletânea coordenada por Sérgio Vasques, Almedina, 2008.

¹³⁶⁶ O que seria indiciador de uma natureza mais próxima dum tributo unilateral – imposto – e não duma taxa, cuja bilateralidade, neste caso, é evidente.

- iii) *Contribuições para o serviço universal* pretendem o financiamento do serviço universal, compensando as empresas que tenham assumido obrigações de serviço universal de acordo com o respetivo custo líquido. Mas, ao invés de contribuições, os Estados podem optar pela cobertura destes custos com fundos públicos ou combinação dos dois métodos. A fundamentação destas contribuições encontra-se na necessidade de repartição dos encargos excessivos que uma empresa que tenha assumido obrigações de serviço universal pelos restantes operadores. Estes tributos têm um fim solidarístico de repartição. No caso português, constitui-se um património público autónomo, sem personalidade jurídica, que funciona e é gerido pela ANACOM mas com um sistema misto de financiamento, ou seja, com fundos públicos e uma contribuição.

Conforme se pode ver no relatório e contas da ANACOM, relativo ao ano de 2017¹³⁶⁷, as receitas de taxas são apresentadas da seguinte forma:

- i) *Taxas anuais de atividade de comunicações eletrónicas*: As taxas previstas no artigo 105.º da Lei das Comunicações Eletrónicas são as seguintes: i) emissão das declarações comprovativas de direitos emitidos pela ANACOM relativas ao exercício da atividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, atribuição de direitos de utilização de frequências e atribuição de números; ii) exercício da atividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público; iii) utilização de frequências; e iv) utilização de números;
- ii) *Taxas anuais de atividade de serviços postais*: O disposto na Lei n.º 17/2012, de 26 de abril, que estabelece o regime de acesso e exercício da atividade de prestador de serviços postais explorados em concorrência, e a Portaria n.º 1473 -B/2008, de 17 de dezembro, na redação dada pela Portaria n.º 296 -a/2013, de 2 de outubro, dão suporte à cobrança das taxas devidas neste contexto, que devem estar orientadas para os custos;
- iii) *Taxas de prestador de serviços de audiotexto* que foram definidas no regime de acesso e de exercício de prestador de serviços de audiotexto, cujas taxas foram aprovadas pela Portaria n.º 567/2009, de 27 de maio;
- iv) *Serviços prestados nos laboratórios*: os ensaios e calibrações de equipamentos realizados nos laboratórios traduzem -se em serviços prestados pela ANACOM no âmbito das funções que lhe estão atribuídas e estão sujeitos à aplicação de um tarifário específico fixado pelo Conselho de Administração.

Não se encontram aqui alusões ao Serviço Universal porque, como se referiu, essas contribuições são canalizadas para um fundo de compensação autónomo cujos fundos são também públicos.

Ora, deste pequeno exemplo apresentado até agora, podemos verificar que existem diversas realidades tributárias que têm de ser consideradas. E cuja natureza também se altera.

Em jeito de síntese, parece-nos que podemos encontrar quatro grandes grupos de tributos, a saber:

1367

Disponível

em

https://www.anacom.pt/streaming/Relatorio_Contas_2017.pdf?contentId=1436237&field=ATTACHED_FILE

- i) Contribuições Parafiscais de puro financiamento da atividade reguladora, cobrada ao grupo dos regulados que beneficiam dessa atividade;
- ii) Contribuições Financeiras que servem o financiamento de determinados interesses gerais, onde, eventualmente, podem caber as contribuições para os serviços universais ou serviços de interesse público;
- iii) Taxas para cobertura de custos
- iv) Taxas com finalidades extrafiscais, mormente, acesso a determinada atividade ou determinado bem comum¹³⁶⁸.

5.2.2.3. Benefícios Fiscais

Ainda não tínhamos autonomizado aqui uma análise dos benefícios fiscais, que, muito embora não gozem propriamente dum regime especial, seguem determinadas coordenadas do direito fiscal.

Os benefícios fiscais são desagravamentos fiscais que introduzem exceções¹³⁶⁹ à incidência tributária e prosseguem finalidades extrafiscais¹³⁷⁰. Estamos, pois, perante um facto que cai nas normas de incidência mas estas são afastadas porque existe uma lei que introduz um regime mais benéfico para aquela determinada situação. São exceções às normas de incidência e podem ter técnicas diferentes: podem ser isenções totais ou parciais, deduções, créditos fiscais, amortizações ou taxas reduzidas.

No caso das isenções, embora exista um pressuposto previsto na lei como fonte ou base de tributação, por razões extrínsecas a tributação é afastada temporariamente ou definitivamente¹³⁷¹. Por isso mesmo, a isenção tem natureza de facto impeditivo autónomo ou originário, não sendo propriamente uma regra de delimitação negativa da incidência, sendo, por isso, diferente da não tributação.

As isenções podem assumir vários tipos: isenções objetivas ou reais, isenções subjetivas ou pessoais, ou isenções mistas; isenções individuais; isenções temporárias ou permanentes; isenções totais ou parciais; isenções puras ou absolutas, ou isenções condicionadas; isenções automáticas ou dependentes de reconhecimento.

A redução de taxa, também um benefício fiscal, consiste na previsão de uma taxa inferior à taxa normal, no caso dos impostos, ou da redução do valor da taxa ou contribuição devida. Esta redução dá-se por motivos de política económica ou social, ou seja, mantém o registo de finalidades extrafiscais.

Outro benefício que pode existir, sobretudo relacionado com os impostos, são as deduções à matéria coletável que se traduzem em abatimentos de realidades que constituem o objeto do imposto de uma certa fração da matéria coletável que, em condições normais, seria tributada¹³⁷². Estas distinguem-se das deduções à coleta uma vez que nestas é ao próprio

¹³⁶⁸ O caso do espectro radioelétrico, por exemplo.

¹³⁶⁹ Dizemos exceções e não regras de incidência. De facto há uma diferença significativa entre serem exceções à regra ou serem, *proprio sensu*, uma regra de incidência.

¹³⁷⁰ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 64 e ss.

¹³⁷¹ Cfr. Manuel Henrique de Freitas Pereira, “Fiscalidade”, Almedina, 2018, p. 495 e ss.

¹³⁷² Cfr. Manuel Henrique de Freitas Pereira, “Fiscalidade”, Almedina, 2018, p. 495 e ss.

imposto que se deduz uma determinada quantia razão pela qual podem ser também denominadas de crédito de imposto.

No âmbito do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, existem ainda benefícios associados à depreciação e amortização acelerada que equivalem a um empréstimo sem juros com vantagens financeiras inerentes ou ainda regimes especiais de dedução de prejuízos fiscais.

Sendo uma exceção à norma de incidência geral, os benefícios fiscais violam o princípio da igualdade, devendo, por isso, fundar-se em razões que se sobreponham à igualdade e geralmente são de atribuição temporária ou com revisitações periódicas dos requisitos para atribuição.

De notar que o artigo 2º n.º 1 do EBF considera que os benefícios fiscais serão medidos excecionais, que se integrariam, portanto, na política extrafiscal ou política de prossecução de objetivos económicos e sociais por via fiscal¹³⁷³.

Contudo, existem benefícios fiscais que têm sido perpetuados, que prosseguem intuitos de política económica.

Conforme ensina Casalta Nabais¹³⁷⁴: *“(...) embora os benefícios fiscais sejam despesas fiscais, (que são, pela sua própria natureza, despesas passivas) que integram uma disciplina jurídica derogatória da disciplina ordinária do respetivo imposto, reveladora dum regime mais favorável para o contribuinte do que o implicado no seu tratamento ordinário e expressão duma função promocional, eles constituem um instrumento normal de política económica e social do Estado social contemporâneo e não um instrumento absolutamente excepcional à maneira do entendimento próprio do Estado liberal.”*

Nestes termos, os benefícios fiscais são um instrumento tributário utilizado com motivações económicas e sociais, tal qual sucede na regulação¹³⁷⁵.

Há ainda que fazer a distinção entre benefícios fiscais estáticos ou *stricto sensu* que se dirigem a situações que não visam incentivar ou estimular, mas apenas beneficiar por superiores razões.

Por outro lado, os benefícios fiscais dinâmicos ou incentivos, estímulos fiscais, visam estimular ou incentivar determinadas atividades, estabelecendo uma vantagem atribuída às atividades estimuladas.

Ora, uma vez que os benefícios fiscais assumem um carácter seletivo, faz sentido que o legislador tenha incentivado que o benefício seja temporário, excecional.

De relevar ainda que os benefícios fiscais podem ser automáticos, desde que estejam preenchidos os requisitos para a sua atribuição ou podem depender de pedido e deferimento da administração fiscal., que verifica e analisa os pressupostos de atribuição do benefício fiscal.

Conforme o disposto no artigo 2º n.º 1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais, estas medidas excecionais são instituídas para tutelar *“interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da tributação que impedem”*.

¹³⁷³ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 389 e ss.

¹³⁷⁴ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 389 e ss.

¹³⁷⁵ É, por isso, um mecanismo tributário útil à regulação

Ora, com isto necessitamos de encontrar, então, os princípios legitimadores dos benefícios fiscais¹³⁷⁶: i) princípio do bem-estar social, como princípio geral sempre presente; ii) o princípio da proporcionalidade, abrangendo os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, v.g., necessidade económica das famílias com repercussões positivas na comunidade, por isso, no bem-estar social; iii) princípio do ganho ou mérito, ou seja, uma recompensa fiscal devido a comportamento que beneficia o interesse geral.

Deve de existir uma relação entre os princípios materiais legitimadores do benefício fiscal e os princípios fiscais materiais, ou seja, há que haver uma ponderação dos princípios não apenas no quadro do Direito Económico mas também no Direito Fiscal uma vez que estamos a impor uma exceção ao princípio da igualdade, da capacidade contributiva, progressividade ou outros limites fiscais materiais.

A atribuição em concreto de benefícios fiscais tem de estar sujeita, ela própria, a limites entre os quais a proibição de arbitrariedade, da proibição do excesso e proporcionalidade.

Por isso mesmo os benefícios fiscais estão sujeitos à reserva de lei material disposta no artigo 103º n.º 2 da CRP. À semelhança do que sucede na Constituição espanhola, a Constituição da República Portuguesa de 1976 passou a incluir na reserva de lei fiscal os benefícios fiscais.

Esta consagração expressa, sobretudo nos Estados de Direito que se preocupam com as questões sociais, justifica-se *“(...) para se evitar equívocos ou dificuldades de interpretação, sobretudo se se tiver em conta que os benefícios fiscais são, por via de regra, medidas extrafiscais a que alguma doutrina (...) recusa a aplicação pura e simples da “constituição fiscal”, e designadamente do princípio da legalidade fiscal”*¹³⁷⁷.

A justificação da reserva de lei para os benefícios fiscais tem uma justificação idêntica à dos impostos: os benefícios fiscais são despesas que não são orçamentadas ou a sua orçamentação é uma simples estimativa ou cálculo (como as receitas), pelo que se justifica uma disciplina mais rígida para os mesmos¹³⁷⁸.

Por outro lado, os benefícios fiscais estão subordinados a regras do Direito Económico Fiscal¹³⁷⁹, uma vez que se trata de regras de adaptação à economia, com motivações extrafiscais muito relacionadas com matéria económica.

Mas, diferentemente das normas fiscais, em que a reserva de lei está muito associada a questões de garantia, no caso dos benefícios fiscais, a reserva de lei associa-se ao facto de os mesmos restringirem o princípio do Estado fiscal e se desviarem do princípio da igualdade.

Se tivermos em conta as normas de incidência e da taxa. Percebemos que os benefícios fiscais são o reverso da medalha e por isso se é necessário o princípio da reserva de lei parlamentar para umas faz sentido que para as outras também exista semelhante reserva de lei.

Os benefícios fiscais introduzem uma erosão da base de receitas, pelo que devem estar fundamentados, devendo essa triagem da legitimidade ser feita por via da reserva de lei parlamentar.

¹³⁷⁶ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 64 e ss.

¹³⁷⁷ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever fundamental de pagar impostos”, Almedina, 2015, p. 365 e ss.

¹³⁷⁸ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever fundamental de pagar impostos”, Almedina, 2015, p. 365 e ss.

¹³⁷⁹ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 64 e ss.

De qualquer forma, não basta uma decisão chancelada pelo parlamento para que os benefícios fiscais sejam legalmente aceites. Os mesmos não podem fugir a uma fundamentação expressa e decisiva para afastar a igualdade e capacidade contributiva, ou seja, têm de ser tutelados por princípios suficientes para causarem a lesão ao princípio da igualdade.

No que concerne ao alcance dessa reserva de lei parlamentar, já aqui referimos que a lei parlamentar ou decreto-lei autorizado pode conceder ao Ministro das Finanças discricionariedade para a ponderação de atribuição dos mesmos, sendo que apenas serão legítimos os benefícios fiscais que prosseguem o bem-estar geral, respeitem o princípio da proporcionalidade e que haja um ganho para a comunidade.

Acresce que, os benefícios fiscais estão muito dispersos na legislação e podemos encontrar entidades administrativas, como as Autarquias Locais, que detêm poderes tributários, a poderem ainda conceder benefícios fiscais nos termos da Lei das Finanças Locais.

Também o RGTAL prevê, no seu artigo 8º n.º 2 alínea d) que devem constar dos Regulamentos de Taxas das Autarquias locais as isenções e sua fundamentação. Este artigo veio trazer alguma disciplina ao processo de atribuição de benefícios que existia no seio das Autarquias Locais.

De relevar que esta alínea d) do n.º 2 do artigo 8º do RGTAL aplica-se não apenas às isenções em sentido estrito mas também a todos os demais desagравamentos tais como reduções de taxas, regras especiais de não sujeição, taxas zero ou “suspensões de cobrança”¹³⁸⁰.

Neste caso, são ditados desagравamentos fiscais ao arripio do princípio da equivalência – utilizado para o caso das taxas – ditado por razões extrafiscais. Ora, para que tal suceda deve, pois, existir uma fundamentação, tal qual reconhece o RGTAL.

Mais, conforme refere Sérgio Vasques¹³⁸¹, o artigo 8º em articulação com o artigo 4º do RGTAL, *“(...) não apenas impõe que as autarquias locais apontem as razões que estão subjacentes aos desagравamentos que concedem mas que apontem razões com intensidade suficiente para justificar o afastamento do princípio da equivalência”*.

Não basta, por isso que se faça apenas uma mera identificação das razões extrafiscais que justificam o desaggravamento mas também um motivo suficiente para o afastamento da equivalência que é, neste caso concreto, o corolário do princípio da igualdade aplicado aos tributos comutativos.

De resto, este desaggravamento tem de ser adequado e proporcional.

Outro caso de benefícios fiscais atribuídos por entidades administrativas, é o das entidades reguladoras.

A Lei-quadro das Entidades Reguladoras, no artigo 34º n.º 1 e n.º 2, remete para os Estatutos os termos de cobrança de contribuições e taxas. Mas, dispõe o n.º 3 do mesmo artigo 34º refere que *“(...) as isenções e reduções, totais ou parciais, prazos de vigência e os limites máximos e mínimos da coleta da contribuição e de cada taxa ou tarifa a que se referem os números anteriores são fixados, ouvida a entidade reguladora, por portaria dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela principal área de atividade económica sobre a qual*

¹³⁸⁰ Cfr. Sérgio Vasques, “Regime das Taxas Locais”, Almedina – Cadernos do IDEFF n.º 8, 2008, p. 148 e ss.

¹³⁸¹ Cfr. Sérgio Vasques, “Regime das Taxas Locais”, Almedina – Cadernos do IDEFF n.º 8, 2008, p. 149 e ss.

incide a atuação da entidade reguladora”. Ou seja, os desagravamentos devem ter a chancela do Governo, numa tentativa de ligação com um princípio da reserva de lei e da tipicidade, mesmo que a entidade reguladora seja obrigatoriamente ouvida.

Contudo, o n.º 4 do artigo 34º traz uma derrogação da necessidade de intervenção do governo em matérias de desagravamento fiscal, dispondo que *“O disposto no número anterior não é aplicável sempre que a determinação de tarifas ou preços regulados seja atribuição da entidade reguladora, aplicando-se, nesse caso, o disposto nos estatutos e na legislação sectorial aplicável.”*

Trata-se de situações em que a própria entidade reguladora tem competência própria, uma vez que as tarifas reguladas são um instrumento de regulação.

Mais. A própria legislação sectorial pode prever diretamente a determinação de tarifas ou preços, pelo que fica assegurado o escrutínio, neste caso meramente legislativo, do desagravamento.

De relevar que os benefícios fiscais têm, sobretudo motivações extrafiscais que são relevantes para a regulação uma vez que fazem uma intervenção de apoio a determinado grupo de contribuintes, com determinadas características.

De notar ainda que, em termos de direito da União Europeia, os benefícios Fiscais são genericamente encarados como auxílios de Estado, o que leva a questões de adequação dos mesmos às regras dos tratados sobre auxílios de Estado, mormente artigo 107º, 108º e 109º todos do TFUE.

Uma última observação relativamente aos benefícios fiscais é que, como acima descrevemos estes desagravamentos tributários não sucedem apenas no âmbito dos impostos, como poderia sugerir a terminologia “fiscal”¹³⁸², mas em qualquer tipo de tributo, podendo ser concedidos pela entidade que detém poder tributário.

Assim, as derrogações que operam relativamente ao princípio da igualdade serão associadas à capacidade tributária, no caso dos impostos, ou à equivalência, no caso dos demais tributos (taxas e contribuições). O que faz com que a análise dos mesmos seja sempre associada ao regime do próprio tributo em que se opera o desagravamento.

De igual forma, o princípio da legalidade também parece ser abordado atendendo às vicissitudes e características casuísticas.

5.3. Taxonomia dos Mecanismos Tributários associados à Regulação

A realidade dos tributos associados à regulação é muito variada. Desde tributos de natureza variada a fundamentação diversa, cobertura de sectores diferenciados e até figuras tributárias que passam pelos impostos, taxas, contribuições ou benefícios, isenções ou não sujeição.

De facto, já havíamos aqui referido que a variedade de situações bem como a exigência de análise casuística relativamente a cada figura associada a uma intervenção regulatória do Estado

¹³⁸² Nestes termos, podemos considerar que seria mais correto a utilização de benefícios tributários e não apenas fiscais, se quiséssemos ser rigorosos relativamente à terminologia fiscal vs. tributário.

traz opacidade ao sistema. Opacidade que se estende aos dois regimes: ao regime regulatório e ao próprio sistema fiscal.

No que concerne aos modelos regulatórios, Portugal seguiu mandatoriamente aquilo que a legislação europeia e o facto de ser país-membro da União Europeia acarreta.

A estruturação do modelo regulatório fez-se paulatinamente numa intervenção direta do Estado, iniciada ainda no Estado Novo, para culminar num sistema assente em entidades reguladoras sectoriais

Contudo, mesmo com um sistema regulatório a clamar por autonomia, as intervenções diretas do Estado são evidentes, quer por via tributária como por intervenções legislativas restritivas como as que sucederam em época de pandemia COVID 19.

No âmbito do sistema fiscal, a evolução dos tributos comutativos associados à regulação tem sido evidente, já para não falar da crescente tendência de termos contribuições extraordinárias, de cariz muito aproximado ao imposto, cobradas a grupos com características homogéneas e receitas consignadas a determinados sectores.

No sistema fiscal, que constitucionalmente parece querer assentar primordialmente na figura do imposto, multiplicam-se as figuras tributárias híbridas, de natureza diversa, com características e base tributária muito ampla.

Coloca-se aqui em causa o uso excessivo da mesma base tributária que está sujeita a diversos tributos, sendo naturalmente excessivo o desgaste da mesma face a tamanha carga tributária.

Temos, por isso, a brotar dois massivos problemas: i) o desgaste da base tributária rendimento que é, o cerne da riqueza de grande parte da população; ii) a incompatibilidade constitucional dum sistema tributário assente cada vez mais em tributos bilaterais, com consignação de receita a sectores politicamente escolhidos, sem escrutínio parlamentar.

Acresce que a opacidade que se gera com um sistema complexo, sobreposto, cria entropias no próprio processo regulatório: se um tributo é criado com intuítos “extrafiscais”, com vista, por exemplo, à correção duma falha de mercado ou intuítos de redistribuição, se for um mecanismo complexo, de difícil compreensão para o contribuinte comum, então mais facilmente falha o seu intuito, tornando-se numa falha de intervenção.

Assim, um modelo regulador que não seja perceptível e eficiente, bem como um sistema tributário que não esteja ordenado, fundamentado é também ele ineficiente, geram potencialmente mais problemas do que os que resolve. E essa é a fundamentação base para a necessidade dum sistema de análise que permita uma avaliação dos mecanismos tributários associados à regulação.

Acresce que, com o percurso que até agora percorremos, percebemos que podemos até analisar o instituto Regulação e o instituto Tributação de forma isolada com razoável sucesso. Encontramos conceitos próprios que são elaborados atendendo às características próprias de cada instituto.

Contudo, a análise conjunta é de difícil interligação. Isto porque, de facto, estamos perante dois corpos legislativos diferentes, com princípios próprios e legislação específica mas que se interligam. Esta interligação resulta do facto de a tributação ser, muitas vezes, um mecanismo regulatório utilizado pelo Estado.

Para além disso, é por via tributária que é financiada a atividade de regulação: fazem parte das receitas próprias das entidades reguladoras.

Curiosamente, estes tributos cobrados para financiamento de entidades administrativas de base não territorial têm-se quase que autonomizado e são muitas vezes associadas às “taxas” de regulação económica, nomenclatura na qual não nos revemos como já tivemos oportunidade de referir amiúde.

Sendo certo que os tributos não são a única forma de intervenção do Estado na economia e por isso serão sempre tratados colateralmente no ordenamento regulatório. Tal como os tributos com características “extrafiscais”, com intuitos de regulação ou associados à mesma são apenas um dos vários tipos de tributos que o sistema fiscal conhece.

Curiosamente, atendendo à categorização constitucional dos tributos, qualquer categoria de tributo pode ter intuitos associados à regulação: os impostos, as taxas e as contribuições podem ter, para além da sua primordial tarefa de coleta de receita, ter fundamentos extra, conectados a uma intervenção reguladora.

E neste âmbito, nesta simbiose de dois corpos jurídicos diferenciados, não parece fácil encontrar conceitos que satisfaçam este intuito simbiótico.

Há uma inadaptação conceptual neste caso por estarmos perante dois corpos diferenciados que usualmente são estudados de forma autónoma e apenas colateralmente são tratadas matéria de um ou de outro.

Ora, o que pretendemos é gerar alguma clarividência nesta caótica realidade, numa perspetiva de análise conjunta destes dois corpos jurídicos.

O motivo é simples: descomplicar!

Sem desprimor de qualquer dos ramos aqui em estudo, este nicho de matéria jurídica é suficientemente relevante para que se faça um ensejo de contextualização, análise e catalogação.

De facto, o que aqui temos é sinteticamente um subconjunto de temas que resultam da interceção entre o conjunto normativo da Regulação Económica e da Tributação.



A análise deste subconjunto de temas, tem de ter um processo analítico, uma forma de se conseguir navegar nestas águas comuns sem criar um distanciamento ou autonomização que é, ainda, inexistente.

De facto, o que existe à um conjunto vasto de tributos que, de uma forma ou outra, se encontram relacionados com a regulação económica. Mas nem sempre é possível perceber essa ligação pelo simples facto de o foco da análise não ser esta realidade peculiar mas antes, um aspeto, um pormenor, um apêndice de determinado instituto.

O que pretendemos, logrando encontrar alguma clarividência neste emaranhado, é humildemente contribuir para:

- i) Focar a análise neste subgrupo de matéria: os mecanismos tributários associados à regulação;
- ii) Encontrar conceitos adequados a este “nicho” de matéria;
- iii) Propor métodos analíticos;
- iv) Apresentar proposta de taxonomia destes mecanismos tributários;
- v) Contribuir para uma maior clarificação e eficiência, com vista a:
 - a. delimitação concetual desta realidade;
 - b. delimitação das figuras jurídicas utilizadas;
 - c. consequências para violação dos limites das figuras jurídicas utilizadas;
 - d. diminuição das falhas de intervenção por via tributária.

5.3.1. Pressupostos e Finalidades duma taxonomia

Se tivermos em conta a origem etimológica de taxonomia percebemos que a mesma advém do grego antigo, juntando “*táxis*” que significa “arranjo” e “*nomia*” que significa “método”, sendo que originalmente a taxonomia é utilizada no âmbito da biologia, disciplinando e definindo os grupos de organismos biológicos ou seres vivos com base em características comuns e dá nomes a esses grupos.

Há quem considere a taxonomia como uma ciência de classificação, sendo que há elementos que prevalecem sempre como essenciais na taxonomia, a saber, a conceção, nomeação e classificação dos grupos de organismos.

Esta ideia de encontrar um método de arrumação serve também para outras realidades. No próprio Direito Fiscal muitas vezes utiliza-se, ao invés da nomenclatura relativa de classificação dos tributos, diz-se taxonomia.

A utilização desta ciência de classificação tem sido difundida por áreas muito diversas com o fito de organização. No caso concreto, pretendemos encontrar uma forma de organizar os tributos que se relacionem, se associem a fundamentos de regulação económica.

A ideia que nos guia é encontrar uma forma de organização destes tributos e, com tal organização, conseguir reconduzir cada figura ao competente enquadramento jurídico.

Se tivermos uma metodologia analítica que reconduza as figuras tributárias a categorias será mais fácil encontrar de entender a sua fundamentação, perceber os objetivos e posteriormente analisar os seus resultados.

Cumpre, porém, delimitar a realidade que estamos a abranger.

Já sabemos que devemos focar a atenção num grupo de situações que resulta da interseção entre os institutos da regulação e da tributação.

Temos chamado a este grupo de realidades mecanismos tributários associados à regulação onde a realidade que mais peso tem são os tributos associados à regulação, pelo que fará sentido aqui recordar o que determinamos ser “tributos” e o que determinamos ser “regulação”.

No que concerne aos tributos, afirmámos acima que os mesmos serão as receitas coativas do Estado que não tenham fins sancionatórios.

Não existindo propriamente um conceito para tributos, os mesmos costumam ser definidos como as receitas criadas pelo Estado e outras entidades públicas para a satisfação de necessidades públicas e sem função sancionatória.

Como já afirmámos anteriormente, dos *imputs* doutrinários que recolhemos, ressaltam como características essenciais dum tributo:

- i) São receitas, sendo por isso associadas a prestações pecuniárias e coativas;
- ii) São criadas pelo Estado ou entidades públicas dotadas de poderes tributários;
- iii) Visam a satisfação de necessidades públicas, ou seja, a arrecadação de receita. Como veremos, a arrecadação de receita estará sempre subjacente à figura do tributo, podendo assumir um maior ou menor relevo consoante a finalidade do tributo;
- iv) Não têm função sancionatória.

Vimos também que a Constituição da República Portuguesa nos reconduz a três categorias de tributos – impostos, taxas e contribuições - sendo que a legislação ordinária, doutrina e jurisprudência foi escalpelizando os respetivos regimes legais, características e sub catalogando os tributos.

Não podemos esquecer ainda que o reverso do tributo é o benefício fiscal, ou seja, desagравamentos fiscais que introduzem exceções à incidência tributária e prosseguem finalidades extrafiscais.

No fundo é uma “premiação” com um desagравamento do tributo. Enquanto que o tributo onera determinada realidade, o benefício fiscal desonera determinadas realidades atendendo a finalidades que justifiquem a violação do princípio da igualdade.

Os benefícios fiscais são, eles próprios figuras tributárias mas que fazem parte de medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabelecem delimitações negativas de incidência.

Não sendo conceptualmente tributos são figuras tributárias, regras negativas de incidência de enorme relevância que servem também intuitos regulatórios e têm um regime legal próprio.

Já ao que respeita à regulação, também fizemos a aproximação ao conceito.

A definição de regulação, em nosso entender, tem duas características fundamentais: i) por um lado, a regulação é a negação da “mão invisível” smithsiana porque se trata duma interferência

externa no mecanicismo do mercado; ii) trata-se apenas de uma das formas de intervenção do Estado na Economia das várias que podem existir.

Partindo destas duas premissas, o conceito de regulação, na nossa perspetiva, deverá de assentar em quatro elementos essenciais: i) uma intenção de condicionar ou influenciar a atividade dos agentes no mercado, sendo que esses agentes podem ser públicos ou privados desde que atuem como meros agentes; ii) deve visar determinado objeto, ou seja, pode ter em vista regular determinado sector ou mercado, não devendo ser confundida com uma política económica ou social; iii) será dotada de instrumentos para concretização, podendo ser instrumentos jurídicos ou económicos; iv) deve ser fundamentada, ter uma finalidade económica ou social, pois visará a correção de falhas do mercado ou (re)distribuição.

Esta aproximação a um conceito de regulação económica traz-nos ainda mais duas reflexões¹³⁸³:

- i) Por um lado, parece-nos ser mais relevante o fundamento para regular, tal qual deve estar claramente definida a razão de qualquer intervenção do Estado na economia. De facto, a intervenção do Estado, seja por que meio, é uma interferência no mecanismo do mercado e essa interferência deve ser escrutinada à luz daquilo que são os princípios fundamentais de determinada sociedade.;
- ii) A regulação é um conceito mutável atendendo aos ciclos económicos e cenários socioeconómicos vigentes em cada sociedade, a cada momento.

Nestes termos, consideramos que os tributos associados à regulação serão:

- i) Tributos, *in casu* impostos, taxas ou contribuições e suas regras de incidência;
- ii) criados com o intuito de:
 - a. condicionar ou influenciar a atividade ou conduta dos agentes do mercado e/ou;
 - b. com fundamento em correção de ineficiências de mercado ou de correções de distorções sociais/ (re) distribuição e/ou;
 - c. financiamento da atividade reguladora ou serviços de interesse geral.

Atendendo ao cima descrito, consideramos que se adequa um conceito de “**Tributos de Regulação**” que corresponde ao universo de tributos que são criados para condicionar, influenciar ou modelar a conduta dos agentes de mercado, com fundamentos de correção de ineficiências do mercado – em sentido amplo –, que podem, como finalidade única ou complementar, pretender o financiamento da atividade reguladora ou de serviços de interesse geral.

Engloba quaisquer tributos, cuja natureza se reconduza a um imposto, taxa ou contribuição mesmo que o *nomen iuris* não corresponda à sua real natureza, têm uma finalidade associada à regulação ou função regulatória, mesmo que cumulativa com a função geral de angariação de receita para fazer face a despesas gerais do Estado.

Do ponto de vista objetivo, estes tributos são prestações pecuniárias coativas, unilaterais ou bilaterais, consoante não exista qualquer comutatividade ou haja uma contraprestação efetiva ou presumida, individual ou de carácter grupal.

¹³⁸³ Cfr. Capítulo 3, ponto 3.1.

No que concerne ao ponto de vista subjetivo, estes tributos são devidos ao Estado, entidades administrativas territoriais ou não territoriais, que detenham poderes tributários para o efeito. As suas receitas podem ser ou não consignadas consoante o próprio elemento finalístico.

O elemento finalístico é, no fundo, a fundamentação associada à regulação. Estes tributos, para além duma função de angariação de receita, que pode ser para fazer face a despesas gerais do Estado ou para consignação a determinado sector ou atividade, têm uma finalidade de financiamento da atividade reguladora ou de serviços de interesse geral, pretendem modelar, condicionar ou influenciar a conduta de agentes do mercado, pretendem corrigir ineficiências de mercado ou distorções sociais.

De notar que o elemento finalístico pode ser apenas de um elemento extrafiscal ou existir cumulação dos mesmos.

Perante esta construção, temos de relevar desde já duas questões:

- i) o elemento de fundamentação do tributo será essencial para a sua classificação na taxonomia dos tributos de regulação;
- ii) a eficiência do mesmo depende exatamente do elemento finalístico. É através deste elemento que se fará a comprovação da eficiência do tributo. Uma vez que o mesmo é criado com determinado intuito, o mesmo apenas será eficiente se atingir o seu objetivo, caso contrário estará a falhar a intervenção que o Estado fez por via tributária¹³⁸⁴.

Parece-nos ser também conveniente, atendendo à utilização alargada de mecanismos tributários para intuitos de regulação, atender aos “**benefícios fiscais de regulação**” que serão desagravamentos fiscais, regras de incidência negativa fundados em motivos regulatórios.

Neste caso, a verificação da finalidade desta medida deve, em particular, ser apreciada de forma a considerar se justifica a violação do princípio da igualdade, uma vez que beneficia determinado grupo de contribuintes atendendo a uma especial característica que os agrupe.

Falamos de correções sobretudo fundadas por motivos de correção de distorções sociais ou para incentivar determinado comportamento¹³⁸⁵.

Delimitada que está a realidade a ser analisada, parece-nos relevante agora que exista um modelo de análise que possa ser levado a cabo para que se possa, de forma pragmática, entender que tributos são estes e de que forma correspondem à sua finalidade.

5.3.2. Modelo de Análise

Uma vez que estamos perante um cenário com diferentes realidades, terá utilidade abordar uma possibilidade de metodologia de análise casuística.

¹³⁸⁴ Os limites, falhas e consequências das mesmas serão alvo de análise mais pormenorizada adiante.

¹³⁸⁵ Nomeadamente correção de externalidades positivas, tentando aumentar a produção da externalidade que provoca o benefício social.

Em primeiro lugar para validar se estamos perante tributos de regulação ou benefícios fiscais de regulação. Depois para os categorizar, utilizando então um método de taxonomia, com vista à classificação dos mesmos.

Esta classificação permitirá ainda associar e problematizar o fundamento da figura tributária com a sua natureza, encontrando-se assim o seu regime legal aplicável.

A análise que propomos encontra semelhanças com a metodologia tributária relativamente à análise de tributos, tendo contudo valiosos *inputs* do conhecimento adquirido na área da economia e regulação.

A final perceberemos que é essencial a aplicação da *Law and Economics* neste “nicho” de matéria, uma vez que a economia vai trazer padrões objetivos fundamentais para fundamentar a utilização destes mecanismos tributários de regulação e de financiamento da atividade regulatória.

Nestes termos, a proposta que apresentamos terá cinco fases fundamentais:

1) Análise do mercado

Nesta primeira fase o que se pretende é identificar se o mercado está a funcionar em concorrência ou se houve necessidade de alguma intervenção por parte do Estado ou Entidade Administrativa.

É essencial escarpelizar a realidade, perceber que tipo de intervenção o Estado ou entidades administrativas estão a protagonizar na economia, se as mesmas têm relevância no seio do mercado e nos agentes.

2) Qual o Problema Económico de base

Existindo uma intervenção do Estado, a pergunta a fazer é o que se pretende resolver. A identificação do problema que se pretende resolver.

O Estado intervém na economia por dois grandes motivos: i) questões de eficiência; ii) questões de justiça.

No âmbito das questões de eficiência, temos a intervenção do Estado para corrigir ineficiências do mercado, ineficiências essas que tradicionalmente derivam de falhas de mercado: externalidades, poderes de mercado e assimetrias.

As ineficiências do mercado podem resultar de existência dum mercado cujo funcionamento não se coaduna com os princípios de concorrência¹³⁸⁶ ou simplesmente da inexistência de mercado, sendo necessário, neste caso, existir intervenção do Estado para incentivar a criação de mercado e financiamento da produção de bens ¹³⁸⁷.

No caso das distorções sociais a fundamentação poderá passar pela necessidade de defesa de interesses públicos, produção ou acesso a bens essenciais ou (re) distribuição de riqueza. Em busca, portanto, duma maximização de bem-estar com base numa eficiência Kaldor-Hicks.

Pode dar-se o caso de a intervenção do Estado não ter qualquer motivo, ser agnóstica de fundamento, uma intervenção efetuada por ignorância das regras económicas ou por

¹³⁸⁶ Sendo que aqui o padrão usual será a eficiência paretiana

¹³⁸⁷ O caso dos Bens Públicos

inquietação injustificada do Estado. Estes casos são imediatamente reconduzidos a uma falha de intervenção.

Identificado o problema económico que serve de base à intervenção do Estado, há que perceber que solução foi encontrada.

3) A solução adotada

As intervenções do Estado podem revestir diversos mecanismos. O que se pretende neste ponto é perceber que mecanismo de resolução foi adotado pelo Estado.

Se for um mecanismo não tributário, então não estamos perante tributos de regulação nem benefícios fiscais de regulação, logo saímos do âmbito do nosso modelo de análise. Pode constituir outro tipo de intervenção do Estado, que pode até enquadrar-se num modelo regulatório mas não se trata dum mecanismo tributário.

Se for um mecanismo tributário – um tributo ou um desagravamento fiscal – então podemos prosseguir para a análise da fundamentação.

4) Fundamentação económica

Neste particular teremos de procurar a essência que levou à formação deste mecanismo tributário para perceber se está efetivamente associado a um instrumento de regulação ou financiamento da atividade reguladora ou defesa de interesses gerais.

A não associação à regulação leva ao descarte deste mecanismo tributário pois não estará também no âmbito do nosso modelo de análise.

Caso estejamos perante um mecanismo tributário associado à regulação passamos à fase última que se desdobra em duas vertentes. Vejamos:

5) Mecanismo tributário associado à regulação

Nesta fase há que ter em conta duas vertentes: a) a discussão da natureza do tributo e sua inclusão numa categoria de tributos; b) inclusão na taxonomia dos mecanismos tributários associados à regulação.

Temos assim de fazer a discussão da natureza do mecanismo tributário. A este ponto já sabemos se é um tributo ou um benefício fiscal de forma razoavelmente intuitiva: ou é uma receita tributária e por isso reconduz-se aos tributos, ou trata-se dum desagravamento por via de incidência negativa¹³⁸⁸.

Todavia, o benefício trata-se, como já aqui dissemos, duma mera delimitação negativa da incidência, ou seja, tem um tributo associado que, face a esta norma de benefício, não é aplicado. Calha bem saber-se que natureza de tributo originário se trata para que se possa depois apurar o regime legal deste benefício¹³⁸⁹.

¹³⁸⁸ Trata-se, no fundo duma despesa tributária ao invés duma receita tributária

¹³⁸⁹ Já sabemos que os benefícios fiscais têm um regime do princípio da legalidade que será de atender uma vez que existe reserva de lei parlamentar para benefícios fiscais. Contudo, os benefícios podem ainda ser concedidos pelas entidades administrativas que tenham poderes tributários “delegados” para tal. Ou seja, há que atender sempre ao regime do tributo originário, pelo que a análise da natureza do tributo tem obrigatoriamente de ser efetuada.

Há, assim, que fazer a análise da natureza do tributo e incluir o mesmo na categoria de imposto, taxa ou contribuição para que se possa também apurar dos princípios e regime legal aplicável.

Naturalmente a etapa que se segue é a arrumação em categorias destes tributos, atendendo à sua associação à regulação para que se consiga não apenas ter a ideia de regime legal aplicável relativamente ao Direito Tributário mas ainda relativamente ao modelo regulatório e normas de regulação.

É esta taxonomia relativamente a estes mecanismos tributários que tentaremos apresentar de seguida.

5.3.3. Proposta de Taxonomia

Atendendo ao acima exposto e aos conceitos que fomos, ao longo do presente trabalho descortinando, propomos então a seguinte taxonomia para os mecanismos tributários associados à regulação:

Em primeiro lugar há que perceber que tipo de mecanismo temos: um tributo ou um benefício. E dentro dos tributos categorizamos os impostos, taxas e contribuições.

Relativamente aos benefícios fiscais, dividimos os mesmos em dois tipos consoante a sua finalidade:

- i) para correção de falha de mercado, geralmente associada à correção de externalidade positiva e/ou produção de bens públicos. Serão equivalentes a benefícios de estímulo ou de incentivo.
- ii) para correção de distorções sociais, geralmente associadas a intuitos de redistribuição e acesso a serviços de interesse geral¹³⁹⁰.

O regime legal a aplicar a estes benefícios fiscais deve ter em conta: i) a base legal regular, ou seja, cumprimento do princípio da legalidade e da tipicidade – se for caso disso – e a legitimidade de quem cria e aplica o benefício, bem como a conformidade com o Direito da União Europeia.

Deve ainda ter justificação suficiente para validar uma violação ao princípio da igualdade, quer relativamente à capacidade contributiva em caso de desagravamento de impostos, ou do

¹³⁹⁰ De relevar que o serviço de interesse geral já foi tratado neste trabalho. Deixamos o essencial, recordando que é uma atividade comercial ou não cuja generalidade dos cidadãos utiliza, traduzindo-se para eles numa verdadeira necessidade para uma completa vivência social. O serviço de interesse geral será aquele que satisfaça as necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer elas sejam económicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos.

Esta qualificação de serviço como sendo de interesse geral, vai depender sempre do nível de evolução e desenvolvimento da sociedade e o conceito tem vindo, necessariamente, a sofrer alterações. Podem ser considerados como serviços de interesse geral: o fornecimento de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, serviços de rádio e televisão, fornecimento de água, fornecimento de gás, transportes coletivos, serviços de saúde, segurança social, educação, cultura e outros relacionados com a autoridade pública. A listagem não é fechada uma vez que os serviços de interesse geral são definidos por cada país. Serviços de interesse geral são serviços que as autoridades públicas dos Estados-Membros classificam como sendo de interesse geral e, por conseguinte, sujeitos a obrigações específicas de serviço público. Os serviços de interesse geral são essenciais à vida, saúde e participação social dos cidadãos, sendo por isso cada vez mais essenciais e é onde se gasta uma fatia importante dos recursos públicos.

princípio da equivalência no caso de desagravamento dos tributos comutativos (taxas e contribuições)

Por fim deve considerar-se o princípio da proporcionalidade. O benefício fiscal que pretenda corrigir uma falha de mercado, v.g., uma externalidade positiva, será eficiente, em limite, se conseguir colmatar a externalidade sem criar um custo de oportunidade superior.

A correção de distorções sociais deve ainda ter em consideração o princípio da proporcionalidade uma vez que não podemos esquecer que o benefício fiscal gera uma despesa fiscal que não deve ultrapassar o benefício social que provoca.

Relativamente aos tributos – impostos, taxas e contribuições, atendendo à sua finalidade classificamos os mesmos da seguinte forma, sendo que os tributos podem conter características de uma ou mais categorias:

- a) Para financiamento ou cobertura de custos. Dentro desta categoria incluímos a cobertura de custos com a atividade de regulação – incluindo o financiamento das entidades reguladoras - financiamento da produção ou manutenção de bens públicos e financiamento de serviços de interesse geral
- b) Para correção de falhas de mercado, sendo de incluir nesta categoria os tributos utilizados para correção de externalidades – tributos pigouvianos puros – correção de poderes de mercado – incluindo impostos sobre lucros extraordinários, regulação de acesso, licenças, etc. – tributos de regulação de acesso e uso de bens públicos e recursos comuns.
- c) Para correção de distorções sociais, sendo de relevar sobretudo os tributos com intuítos de redistribuição de riqueza.

A estes tributos deve aplicar-se o regime legal regular, ou seja, a aplicação do princípio da legalidade e tipicidade consoante a classificação (fiscal) do tributo em causa. Tal como deve aplicar-se o princípio da igualdade na vertente de capacidade contributiva ou princípio da equivalência de acordo com a classificação (fiscal) do tributo em causa.

Nestes casos, há depois que aferir da eficiência e limites do tributo atendendo à sua finalidade: cobertura de custos, financiamento, correção de externalidade, correção de poder de mercado, produção e acesso a bens públicos e/ou recursos comuns¹³⁹¹.

Em jeito de síntese¹³⁹²:

Mecanismos tributários associados à regulação				
Impostos	Taxas	Contribuições	Benefício “Fiscal”¹³⁹³	
<i>Finalidades</i>			<i>Finalidades</i>	
i) Cobertura de custos ou financiamento			Correção de falha de mercado	Correção de distorções sociais
Da atividade regulatória	Financiamento de bens públicos	Financiamento de serviços de interesse geral		

¹³⁹¹ Limites esses que veremos mais adiante.

¹³⁹² Quadro de nossa autoria.

¹³⁹³ De referir que as aspas relativamente ao fiscal é apenas para recordar que os benefícios, os desagravamentos não ocorrem meramente no âmbito dos impostos mas também no âmbito dos restantes tributos comutativos.

ii) correção de falhas de mercado			(externalidades positivas e Bens públicos)	(redistribuição e acesso a SIG)
Externalidades	Poderes de mercado	Bens públicos e recursos comuns		
iii) correção de distorções sociais			Benefícios de estímulo ou incentivo	Benefícios estáticos extrafiscais
Redistribuição de riqueza				

Já no que concerne ao quadro legal:

1) a avaliação da natureza do mecanismo tributário é determinante para avaliar o regime jurídico, mormente relativamente à aplicação do princípio da legalidade e igualdade. Resumidamente¹³⁹⁴:

	Impostos	Taxas	Contribuições	
			Especiais	<i>“Demais contribuições”</i>
Estrutura	Unilateral	Bilateral	Unilateral	Bilateral
Igualdade	Capacidade Contributiva	Equivalência	Capacidade Contributiva	Equivalência Grupal
Legalidade	Reserva de Lei integral	Reserva de Lei para Regime Geral	Reserva de Lei – equiparação ao regime dos Impostos	Reserva de lei integral até edição de Regime Geral (doutrina) Reserva de Lei apenas para regime geral (tribunal Constitucional)

2) Atendendo a que quer os tributos como os benefícios fiscais, neste caso, têm características extrafiscais, assume especial importância o princípio da cobertura de custos e a proporcionalidade

3) Os benefícios fiscais devem ter uma fundamentação suficiente para a derrogação do princípio da igualdade;

4) Benefícios Fiscais e Tributos de Regulação têm obrigatoriamente de atender ainda à legislação relativa à regulação que lhes possa ser aplicável.

¹³⁹⁴ Quadro de nossa autoria.

Adiante teremos oportunidade de nos debruçarmos sobretudo sobre os limites dos Tributos de regulação. Bem como dos limites dos benefícios fiscais.

5.4. Os limites dos Tributos de Regulação

A análise destes tributos de regulação, bem como dos benefícios de regulação, não pode desligar-se dos seus limites, sendo estes limites de vária ordem.

Por um lado, existem limitações impostas pelo Estado Fiscal e Estado Parafiscal, pelo sistema de normas associado, bem como a fundamentação subjacente se torna essencial para aferir da conformidade legal mas ainda da aceitação social.

Estes limites surgem porque, em cerca de 20 anos o Estado Fiscal mudou a face: passámos dum sistema assente essencialmente em impostos para um sistema misto, onde a vertente parafiscal tem sucessivamente vindo a aumentar.

Já aqui referimos a transformação operada ao longo do tempo: A fonte de receita privilegiada do Estado sempre foi o Imposto, essa figura que remonta a citações bíblicas mas que, para o Estado Moderno, passou a ser um dever coletivo de financiamento da comunidade¹³⁹⁵, marcando definitivamente a diferença entre erário público e a propriedade privada.

Desde a ligação entre o usufruto das terras do Rei e sua utilização – razão pela qual se cobravam impostos, até ao sistema tributário assente essencialmente na tributação do rendimento, consumo e património, são muitas as fases por que passámos, sendo crescente a preponderância do imposto nas receitas públicas.

Fomos assistindo a uma progressiva organização tributária, assente essencialmente em impostos, que permitiu ao Estado ir saciando as suas necessidades financeiras. Organizou-se o sistema e aumentou-se a base de receita.

Tradicionalmente, o financiamento do setor público era realizado através de verbas provenientes do orçamento do Estado, privilegiando-se o financiamento público. No entanto, as finanças públicas não podem depender exclusivamente das receitas provenientes de impostos.

A comunidade tem sido chamada a contribuir para suprir as necessidades públicas, seja através de contribuições genéricas ou através de contribuições específicas, direcionadas apenas àqueles que demonstrem uma determinada medida de riqueza ou realizem determinadas ações que afetem objetivos extrafiscais.

Com a crescente possibilidade de deslocalização dos fatores de produção e a harmonização fiscal dentro da comunidade, que tende a favorecer a tributação no Estado de residência, países importadores de capital, como Portugal, estão sujeitos a fatores que não podem controlar. As receitas fiscais variam de acordo com a atratividade fiscal de cada Estado, dentro dos limites estabelecidos pela União Europeia ou até mesmo por pressões dos parceiros.

Vários factores contribuíram para a redução do âmbito de manobra do Estado para a arquitetura fiscal, bem como colocou em causa as fontes de receita tradicionais do próprio Estado. Passámos a ter receitas que fogem da disciplina orçamental e dos modelos tradicionais de tributos.

¹³⁹⁵ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 12 e ss.

Resultado da perda sucessiva de receita fiscal, o Estado¹³⁹⁶ viu-se obrigado a recorrer a figuras afins do imposto, com vista à diversificação das suas fontes de financiamento público. A taxa emergiu como uma figura cuja essência é fiscal mas que está autolegitimada.

Como refere Carlos Baptista Lobo, *“Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”*, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006, acerca da taxa como figura emergente e com um peso considerável para a receita pública, *“A tentação é demasiado forte: se o sujeito pretende uma prestação pública então terá que sustentar um encargo financeiro; não existe deslocalização possível, e, por outro lado, existe uma aparente justiça, já que quem beneficia de uma prestação sustenta o seu encargo”*.

A queda da teoria clássica de suporte das finanças públicas por via da cobrança de impostos, assente nos factores materialidade, território e poder político, foi progressiva: os factores exógenos relacionados com a mudança do paradigma económico e a desmaterialização/deslocalização dos factores produtivos. Ascendeu uma nova política tributária que tem como principais referências a fixação do contribuinte, legitimação na tributação e justiça impositiva¹³⁹⁷¹³⁹⁸.

Quando em 1998 é publicada a Lei Geral Tributária, a figura do *tributo* assumiu definitivamente a sua posição de abrangência: nos termos do n.º 3 do artigo 3º da Lei Geral Tributária *“os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas”*.¹³⁹⁹ Passamos, portanto, a ter vários tributos associados ao financiamento do Estado: impostos, taxas e contribuições.

As entidades públicas, estando coartadas das tradicionais fontes de receita, voltam-se para uma fonte de receita disponível e legalmente admissível que são as figuras de tributos tendencialmente comutativos.

As taxas, as contribuições e demais figuras afins que se possam encontrar em legislação avulsa, são hoje uma fonte por demais relevante no financiamento das entidades que prosseguem fins públicos.

¹³⁹⁶ Interprete-se aqui Estado em sentido lato, incluindo entidades dotadas de poderes de autoridade (nos quais se incluem poderes tributários).

¹³⁹⁷ Cfr. Carlos Baptista Lobo, *“Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”*, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006.

¹³⁹⁸ Relevamos a importância de referir estes três factores que são, atualmente, a referência e a sustentação para a criação não apenas de taxas mas todos o acervo de tributos, com características dissemelhantes do imposto, que são cobrados não apenas pelo Estado Central mas também pela Administração Indireta e entidades dotadas de poderes de autoridade, incluindo os de tributar. A este conjunto de tributos, caracterizados de taxas ou contribuições (em sentido amplo) mas que se podem denominar de taxa, contribuição, tarifa ou o que a imaginação do criador nos quiser brindar, se atribui a caracterização de microtributação.

¹³⁹⁹ As confusões terminológicas foram uma constante na história dos impostos em Portugal. A propósito, Soares Martinez, in *“Direito Fiscal”*, Almedina, 1998, referia que *“(…) os vocábulos “imposto” e “Tributo” também são sinónimos.”* Atualmente, sobretudo após a publicação e sedimentação da Lei Geral Tributária, o tributo acaba por ser uma figura abrangente, que engloba o imposto, as taxas e contribuições, bem como não de descarta a possibilidade do Tributo poder englobar figuras tributárias, sem a denominação de imposto, taxa ou contribuição mas que possuem, por si só, carácter materialmente fiscal.

Desde o Estado Central e seus serviços diretos, às entidades reguladoras ou autarquias locais, o certo é que, com o manto da legitimação da cobertura dos encargos públicos¹⁴⁰⁰, têm proliferado tributos. Muitos. Tantos que, por vezes, se cria uma teia de tributação difícil entender.

No que se refere à microtributação¹⁴⁰¹, a sua evolução, parece-nos, pode interligar-se com alguns momentos ou situações “chave”:

i) Tributos associados aos organismos de regulação económica

A intervenção do estado por via da Regulação Económica, entre nós, iniciou-se parcamente no século XIX, com os primeiros organismos administrativos ligados à coordenação económica, relacionados com princípios do sistema corporativo do Estado Novo¹⁴⁰².

Estes organismos de coordenação económica concentravam-se sobretudo sobre os ramos da produção e comércio que, por sua vez, eram também os sectores mais ligados à importação e exportação. Notoriamente o que se pretendia era a implementação de algumas políticas ditas protecionistas e por isso a intervenção do Estado, desta feita, serviria não tanto para uma aberta concorrência mas antes no sentido de salvaguardar interesses da produção nacional.

A intervenção efetuava-se, sobretudo por três vias: i) Comissões reguladoras, destinadas a condicionar a importação consoante a produção existente no país; ii) Juntas Nacionais, que atuava no âmbito das exportações, incentivando à produção e comércio; iii) Institutos que eram criados quando a atividade já se encontrava com produção corporativa e que apoiavam essas atividades com vista à exportação.

Nos termos do então Decreto-Lei n.º 26757, de 8 de julho de 1926, já se consideravam receitas próprias dos organismos de coordenação económica, “as taxas cobradas sobre a importação e exportação dos respetivos produtos”, ou seja, eram receitas destes organismos pequenos tributos aduaneiros.

Uma vez que se multiplicaram os organismos de coordenação económica, também se multiplicaram as taxas que os mesmos ou passaram a cobrar a seu favor ou que eram cobrados pelos serviços aduaneiros ou tributários mas cuja receita revertia a favor dos organismos de coordenação.

Em tom de crítica, em 1972, já Alberto Xavier criticava o carácter mais definitivo do que provisório das funções destes organismos que passaram a regular e ter intervenção em todo o circuito económico dos sectores. Curiosamente, nesse mesmo ano existiu a primeira reforma destes organismos com vista a estabelecer uma maior coordenação dos meios existentes¹⁴⁰³.

Com o 25 de abril de 1974 e, sobretudo, com o movimento de nacionalização de sectores estruturantes a que posteriormente se assistiu, certo é que o desenho dos organismos de coordenação económica passa a ser diferente sobretudo no que concerne às suas funções, que

¹⁴⁰⁰ Cfr. António de Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volumes I e II, Almedina, 1998.

¹⁴⁰¹ Utilizando aqui a denominação que adotámos em “A Microtributação nas Autarquias Locais”, 2017, <http://hdl.handle.net/10451/32175>.

¹⁴⁰² Cfr. Sérgio Vasques, “As Taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução”, texto inserido na coletânea “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, Almedina 2008, p. 15 e ss.

¹⁴⁰³ Cfr. Sérgio Vasques, “As Taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução”, texto inserido na coletânea “As Taxas de Regulação Económica em Portugal”, Almedina 2008, p. 15 e ss.

passam a ser assumidamente como intervenção e disciplina na vida económica portuguesa, sendo os institutos encarados como braços diretos da administração central.

A regulação económica só veio a modificar-se com o processo de privatizações, desencadeado nos anos 80 e 90, uma vez que, com a passagem das unidades produtivas do sector público para o sector privado, a necessidade de proteção do interesse público passou a estar na ordem do dia¹⁴⁰⁴.

Ora, daqui em diante, já sabemos que a adesão de Portugal à CEE trouxe uma alteração substancial do panorama da regulação económica, com a entrada no mercado único e as regras dos Tratados aplicáveis diretamente no ordenamento jurídico português. Ora, as alterações do sistema regulador levam ainda à alteração dos tributos cobrados pelas entidades administrativas criadas para prosseguir intuítos regulatórios.

Até porque, os tributos cobrados pelas entidades reguladoras são receitas próprias das mesmas, devendo servir para a cobertura de custos, pelo menos, de funcionamento.

O certo é que, as entidades reguladoras viram regulado este poder tributário por via da Lei-quadro das entidades reguladora, a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que veio trazer alguma ordem às taxas e contribuições que estas entidades podem cobrar.

Nestes termos, não assistimos propriamente a um proliferar de tipos de tributos comutativos cobrados pelas entidades reguladoras mas antes um movimento inicial de aumento de entidades reguladoras.

Depois também os custos associados com a própria regulação aumentaram, uma vez que houve um progressivo aumento de funções reguladoras.

ii) Tributos cobrados pelas Autarquias Locais

A tributação interna do consumo sofreu a sua maior alteração com a abolição das *sisas gerais* e em 1832, a tributação sobre os bens de raiz passa para o Estado, sendo retirados aos concelhos a sua maior fonte de rendimento.

As *sisas gerais*, que inicialmente incidiam sobre todo o comércio, bens móveis e imóveis, tinham um cariz concelhio uma vez que eram cobrados em cada concelho e com diferenças relevantes.

Para contrabalançar a perda das *Sisas Gerais*, os concelhos passam a poder lançar as *Derramas*. Mas os valores arrecadados com as *derramas* não eram suficientes e por isso, em 1836, com o Código Administrativo, os concelhos passam a ter poderes tributários, podendo lançar *derramas, contribuições diretas, indiretas ou mistas*¹⁴⁰⁵.

Aqui se inicia um novo ciclo da descentralização dos poderes tributários, sendo dada aos concelhos a possibilidade de criação e arrecadação de tributos. Pulularam figuras tributárias. Tributava-se as cabeças de gado, as produções, as passagens, o trânsito. Esta descrição é, curiosamente, tão atual!

Criou-se uma espécie de *municipalismo fiscal* dentro do Estado Fiscal Moderno.

¹⁴⁰⁴ Cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Direito da Economia”, AAFDL, 2003, p. 402 e ss.

¹⁴⁰⁵ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 14 e ss.

A reforma de 1929 não trouxe grandes alterações a este estado de coisas. O Código Administrativo de 1940 apenas reforçou o poder dos municípios lançarem impostos diretos e indiretos.

O certo é que, mesmo proibindo-se no Código Administrativo barreiras alfandegárias entre municípios, a existência de taxas locais acabara por provocar um *verdadeiro labirinto de pequenos tributos*¹⁴⁰⁶ que se criaram e cresceram sem qualquer controlo.

Nem mesmo com a revogação do Código Administrativo de 1979 esta realidade veio a alterar-se, vivendo-se com pautas e tabelas de tributos locais das mais diversas espécies que, até hoje, constam nos regulamentos municipais.

O controlo sobre estas *taxas locais* por parte do Estado Central era praticamente inexistente, pelo que as margens do ordenamento tributário estavam longe duma sistematização.

Atendendo ao passado recente da tributação local, é certo que os poderes tributários dos municípios têm fundamento, quanto mais não seja, pelo princípio da autonomia local, consagrado na Constituição da República.

Nos termos do disposto no artigo 238º da Constituição da República Portuguesa (adiante CRP), as autarquias dispõem de “património e finanças próprias”. Tal decorre do disposto constitucionalmente relativamente à necessidade de as autarquias prosseguirem os interesses próprios das suas populações¹⁴⁰⁷ e para tal necessitarem, obviamente de recursos financeiros.

A Constituição de 1976 foi particularmente veemente no que concerne à libertação das amarras financeiras existentes entre Estado Central e Autarquias. Para que se chegasse aos objetivos de descentralização, as autarquias tinham de ser financeiramente independentes sob pena de a descentralização nunca se realizar.

Com a revisão constitucional de 1997, finalmente o texto constitucional declara solenemente os poderes tributários das autarquias locais¹⁴⁰⁸, surgiram diversas leis de regulação da tributação local, sendo de relevar as diversas versões da Lei das Finanças Locais, a legislação reguladora do Sector Empresarial Local e o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

A história da afirmação da descentralização local escreve-se em paralelo com a progressiva afirmação do poder local nas diversas áreas da governação: as autarquias proporcionaram à população sistemas de abastecimento de água, saneamento, infraestruturas, acessos locais, construíram escolas básicas e negociaram com o poder central parcerias público-privadas na área da educação e saúde.

Também a nível fiscal as autarquias não deixaram de fazer sentir o seu peso na governação de proximidade: os governantes autárquicos são os que mais de perto acompanham a vivência de fregueses e municípios, bem como são, os que mais estão, expostos ao escrutínio público, seja à

¹⁴⁰⁶ Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 16 e ss.

¹⁴⁰⁷ Cfr. Artigos 235º e seguintes da Constituição da República Portuguesa.

¹⁴⁰⁸ O legislador constituinte teve algum receio, pelo historial problemático da fiscalidade local, de efetivar um poder de tributação equivalente ao que foi dado às Regiões Autónomas, por exemplo. A ideia de que num território exíguo como o de Portugal, os mais de 300 municípios, assim que tivessem poderes tributários, iriam colocar em causa todo o sistema fiscal desenhado na Constituição. Sobre o tema veja-se Cfr. Vasques, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012

porta da escola dos filhos, no café ou restaurante que almoça com a família ao Domingo, nas celebrações religiosas ou festas populares.

A governação de proximidade tem custos inerentes. Como também a descentralização não pode ser feita sem transferência de meios, incluindo financeiros.

O Estado teve de abdicar de algumas receitas fiscais, bem como manteve – tendo até, em parte, aumentado por via de omissão¹⁴⁰⁹ – os poderes tributários. É certo que as Autarquias Locais viveram – e ainda vivem – das transferências do Orçamento do Estado. Afinal, são a face do poder descentralizado.

Contudo, com a supressão forçada das funções do Estado em época de intervenção da Troika (PAEF de 2011-2014) e depois uma profunda crise sobre que Estado podemos suportar¹⁴¹⁰, assistimos a uma progressiva diminuição das transferências do Estado Central para as Autarquias Locais, fazendo com que a diversidade das fontes de receita sejam hoje uma realidade.

As Autarquias Locais – também elas sujeitas à austeridade do Programa de Apoio à Economia Local (PAEL) – sofreram nos últimos anos a redução do apoio do Estado Central e tiveram de aumentar a criatividade na fonte de receita.

Terminada uma fase de crise, as Autarquias Locais recuperaram algumas das receitas transferidas pelo Orçamento de Estado mas que rapidamente se dissiparam com dois anos duríssimos de pandemia em que as despesas do Estado – incluindo as municipais – foram negativamente afetadas.

De relevar que a política de proximidade leva também a que as Autarquias sejam o primeiro apoio das populações. Veremos como o Plano de Recuperação e Resiliência pode amparar as Autarquias Locais.

De facto, as Autarquias Locais foram muito férteis na construção de tributos comutativos, tendo sido muito relevantes na disseminação de figuras híbridas permitidas pelas omissões legislativas e uma ausência de fiscalização.

Foi durante longo período temporal, nesta área, que mais se discutiu a natureza dos tributos que as Autarquias Locais iam criando. A própria doutrina e jurisprudência foram chamadas inúmeras vezes para apreciar vários tributos.

Dois princípios foram sempre escrutinados neste tipo de matérias, a saber o princípio da legalidade e o princípio da igualdade.

No que concerne ao princípio da igualdade, o corolário da equivalência somente ganha peso quando começam a ser muitos os casos de tentativa de conexão com a capacidade contributiva

¹⁴⁰⁹ A proliferação de tributos Locais foi efetuada sem que existisse, por parte do Estado, uma notória preocupação. A Fiscalização da utilização abusiva dos poderes tributários foi sendo feita por via jurisdicional e não tanto por via legislativa. Somente com o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais e com as novas “leis Chapéu” (finanças Locais, lei do solo, regime jurídico das Autarquias Locais, entre outras) podemos afirmar que o Estado veio trazer uma espécie de regulação *à posteriori* a este campo.

¹⁴¹⁰ De referir que, em 2013, muito se debateu nos meios académicos e comunicação social qual o Estado que poderíamos ter no *pós-troika*. Independentemente de ideologias, facto é que o Estado tornou-se diferente durante e pós intervenção da Troika. Contudo, estamos ainda num período de ajustamento entre a falência da ideia do “Estado Paternal”, a missão de salvamento da base social absolutamente intrínseca da ideia de Estado e um “Estado Regulador” de características ainda por descortinar.

dos contribuintes – sobretudo relativamente a empresas e sectores específicos – em que as taxas eram apuradas extrapolando-se os valores das mesmas.

Deve-se, pois, a este movimento microtributário desenvolvido pelas autarquias, o desenvolvimento do princípio da equivalência, mormente na vertente equivalência económica e equivalência jurídica, que hoje já se encontra enraizado na doutrina e jurisprudência portuguesa.

Também o princípio da proporcionalidade teve de ser desenvolvido atendendo às particulares características de tributos comutativos, com finalidades extrafiscais, geralmente individualizáveis¹⁴¹¹, cujo valor não pode ultrapassar, proporcionalmente, o valor da utilidade usufruída.

Foi no âmbito das taxas cobradas pelas Autarquias Locais que mais se debateu os limites do valor da taxa, tendo a doutrina contribuído amplamente para a discussão sobre vários conceitos indeterminados que a própria jurisprudência foi criando, tais como “igualdade proporcionada”.

Houve até um certo “despreendimento” relativamente à questão do sinalagma uma vez que se assumiu que as taxas podiam ter finalidades extrafiscais muito mais relevantes do que a cobertura de custos económicos. Sendo certo que a busca de fontes alternativas de receita sempre colocou um véu de dúvida sobre determinados tributos que eram supostamente elevados com vista à modelação de comportamentos¹⁴¹².

O regime do princípio da legalidade sempre foi utilizado pela doutrina e jurisprudência. Este é relevante após percepção da natureza do tributo.

A tendência sobretudo da jurisprudência¹⁴¹³ reconduzir as figuras tributárias à categoria de imposto ou taxa, aplicando o regime constitucional de reserva de lei parlamentar mais restrito no caso dos impostos e a reserva de lei parlamentar apenas para as bases gerais no caso das taxas.

Existia, assim, uma mera avaliação formal da legalidade.

Quando em 2006 foi publicado o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, previa-se a adaptação dos regulamentos municipais às normas do RGTA, incluindo a fundamentação económica e financeira.

Esta adaptação, que acabou por ser prorrogada por vários anos, levou a um grande movimento de alteração dos regulamentos das Autarquias Locais. Mas desengane-se quem, porventura, achou que as mudanças foram radicais. É que os Regulamentos já estavam, por si só, muito

¹⁴¹¹ E, por isso, maioritariamente trata-se de taxas.

¹⁴¹² O caso das petrolíferas e distribuidoras de gás natural são paradigmáticos. Muito embora não existissem alternativas mais seguras e “verdes” para o transporte de produtos petrolíferos ou gás natural do que os pipelines ou tubagens subterrâneas, os municípios não se coartaram de impor durante largos anos aumentos sucessivos de taxas por ocupação de subsolo sem que esses aumentos parecessem ter fundamentação. Supostamente teriam razões ambientais mas o que apenas foi conseguido foi uma repercussão no consumidor dos valores destes tributos uma vez que as empresas deixaram de ter capacidade financeira para suportar mais esse custo que, ademais, não estava contemplado no âmbito dos contratos de concessão pública.

¹⁴¹³ Como já tivemos oportunidade de referir, a doutrina foi muito mais profícua na categorização dos tributos e, desde a alteração da constituição em 1997, em que se consagra definitivamente três categorias de tributos, a saber impostos, taxas e contribuições.

trabalhados pelas Autarquias que, com a ajuda das decisões judiciais, se foram adaptando ao longo dos anos.

Com o RGTL passa a existir formalmente o primado do princípio da equivalência. Mas há muito que a equivalência era a base que as Autarquias utilizavam. Claramente houve ajustes e uma maior padronização, tendo sido talvez o maior ganho o da fundamentação¹⁴¹⁴. Mas não foi totalmente determinante a existência dum Regime Geral para que existisse regulamentação.

Os tributos cobrados pelas autarquias locais são, hoje, uma receita fulcral para estas entidades administrativas territoriais que, com criatividade e escudadas na Lei Geral Tributária e no Regime Geral, bem como legislação específica das Autarquias Locais, continuam a criar tributos.

iii) Demais contribuições financeiras

As contribuições já eram uma categoria de tributo considerado pela doutrina muito antes da revisão constitucional de 1997. Esta revisão constitucional apenas veio acolher o que a doutrina há muito já tinha identificado e consagra as contribuições financeiras como uma categoria autónoma.

A revisão constitucional de 1997 introduz também a necessidade dum regime geral para estes tributos, bem como para as taxas. Contudo, como sabemos, a tarefa não parece ser fácil, sendo que mesmo ao nível das taxas, o legislador apenas se aventurou num regime sectorial.

Antes da revisão constitucional, a tendência seria reconduzir estes tributos ao regime das taxas, isto porque nas contribuições financeiras visa-se, tal como nas taxas, a retribuição ou ressarcimento do custo ou benefício inerentes ao serviço prestado por uma entidade pública, com a particular diferença que o destinatário dum tal serviço deixa de ser um indivíduo mas antes um grupo homogéneo de interessados.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional¹⁴¹⁵ reconduzia todos os tributos que não se assemelhassem a taxas ao regime da legalidade dos impostos. Tal deve-se ao facto de não querer subverter o regime constitucional da legalidade relativamente à distribuição de competências.

Aliás, a doutrina ainda hoje considera que deve manter-se uma maior exigência no regime legal para as contribuições

As contribuições financeiras são geralmente reconduzidas à “parafiscalidade”, que se encontram enquadrados na Lei Geral Tributária no artigo 3º n.º 1 alínea a que alude a tributos parafiscais.

A parafiscalidade tem a sua génese na ideia de retirar do orçamento do Estado receitas que têm intuitos de satisfação de necessidade social, sem que seja necessário submeter às regras

¹⁴¹⁴ Cfr. Artigo 8º n.º 2 alínea c) e d) do RGTL, onde, sob pena de nulidade, se exige a fundamentação económico-financeira relativa ao valor das taxas, bem como em caso de isenções. Talvez este tenha sido o maior avanço para terminar com o obscurantismo inerente aos cálculos que se efetuavam para cobrança de taxas, desfazendo-se dúvidas sobre supostos valores apurados a “olhometro” ou ao sabor das necessidades financeiras. A falta de transparência levava a casos onde os valores pareciam ser apurados com base na capacidade contributiva das empresas ou indivíduos que historicamente estavam associados à aplicação e cobrança de determinada taxa. Recorde-se aqui, por exemplo, o vasto contencioso existente entre Municípios e petrolíferas em que as petrolíferas foram alegando em juízo, esse facto com vista a alegação da ausência de bilateralidade do tributo.

¹⁴¹⁵ Bastante bem sintetizada no Acórdão n.º 80/2014

orçamentais tais receitas. O que seria mais um motivo para que o regime legal fosse mais apertado.

Sucedem que as contribuições financeiras foram proliferando na ordem jurídica portuguesa, a nosso ver por vários motivos: i) esgotamento progressivo da utilização de taxas como tributo comutativo e por isso foi necessário alargar o âmbito da tributação a grupos de indivíduos; ii) aumento exponencial da necessidade financeira sectorial; iii) diversas situações particulares de emergência (crise financeira, pandemia, entre outras); iv) maior necessidade/ pressão para temas extrafiscais, tais como defesa do ambiente ou financiamento de serviços de interesse geral tal como o Sistema Nacional de Saúde; v) grande ajuda dada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional que passa a ter o entendimento da desnecessidade de reserva de lei parlamentar para as contribuições financeiras que não contribuições especiais¹⁴¹⁶.

Sobretudo nos últimos anos, após o acórdão n.º 539/2015, passa a ser muito fácil para a criação de contribuições e as mesmas proliferaram com fundamentos muito associados a necessidades de financiamento de serviços de interesse geral.

Contudo, o problema que se coloca é que a natureza destes tributos é cada vez mais complexa de analisar, mormente relativamente à característica de grupo e sua correlação como contribuição.

Por outro lado, assiste-se à repetição de financiamentos, com ligeiras nuances sobretudo no que concerne à consignação de receitas. Por exemplo, encontramos na área da saúde diversas contribuições que são constituídas para financiamento, *lato sensu*, do Serviço Nacional de Saúde.

Os casos paradigmáticos são a taxa sobre produtos açucarados, cuja receita reverte para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde e a Contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos do SNS, que, de acordo com o OE para 2020, era consignada a “*um fundo de apoio à aquisição de tecnologia da saúde inovadoras pelo SNS*” mas, como esse dito fundo não foi criado passou genericamente para o SNS. E ainda, a contribuição extraordinária da indústria farmacêutica, criada em 2014 ainda quando o país estava a sair da crise financeira, cujo intuito era precisamente financiar o Sistema Nacional de Saúde.

Ora, neste momento temos três tributos¹⁴¹⁷, criados por Leis de Orçamento de Estado, que recaem sobre três grupos de contribuintes mas que são para financiamento de despesas do SNS. Sendo que uma dessas “contribuições extraordinárias” já tem mais de 7 anos de vigência.

O que nos parece é que a reboque das exigências da crise económico-financeira que em Portugal se iniciou em 2010, depois a crise pandémica e agora o conflito militar entre a Rússia e a Ucrânia, foram sendo criados soluções sistémicas, soluções “*band-aid*”, mas cujo propósito é arrecadar

¹⁴¹⁶ Falamos concretamente do Acórdão n.º 539/2015 que segue a doutrina de que será desnecessário reconduzir as contribuições financeiras ao regime de reserva de lei parlamentar semelhante aos impostos uma vez que considerou desnecessária a existência prévia de um regime geral conforme dispõe o artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP.

¹⁴¹⁷ Dizemos tributos porque temos dúvidas sobre a natureza de cada um dos tributos, sendo que todas nos parecem contribuições extraordinárias, algumas com características próximas de imposto (o caso da CEDM)

receita por parte do Estado para cobrir despesas que muitas vezes foram provocadas por falhas de intervenção do próprio Estado¹⁴¹⁸.

Parece-nos ainda essencial abordar agora aqui a ideia de Constituição Fiscal. Isto porque a delimitação dos tributos e benefícios de regulação deve ter em atenção as normas constitucionais e os *bordlines* por esta impostos.

As constituições dos sistemas de matriz continental podem ser subdivididas, sendo muito usual poder-se considerar que existe uma Constituição Fiscal. Este conceito abrange, conforme Saldanha Sanches nos ensinou, as normas que podem ultrapassar a dimensão escrita do texto constitucional e que podem versar sobre o conteúdo material das leis fiscais¹⁴¹⁹.

Isto porque, embora existam princípios que não estão escritos na constituição, isso não faz com que os mesmos não tenham relevância constitucional, como, por exemplo o caso do princípio da capacidade contributiva ou o princípio da equivalência.

É de considerar, por isso, que a constituição fiscal não se cinge a alguns normativos expressos na constituição mas antes a um acervo de princípios constitucionais com relevância suficiente e vinculante para ser considerado um conjunto de normas com relevância material fiscal.

Ora, é porque existe este acervo de normas que se pode considerar que o sistema fiscal tem uma constância, uma previsibilidade a médio prazo, que cria legítimas expectativas sobre os elementos essenciais da lei fiscal.

Por isso mesmo, os próprios tributos não devem violar essas legítimas expectativas, criadas pelos cidadãos que construíram o seu percurso económico-financeiro e social atendendo a essas mesmas expectativas.

Caso não existisse esta constituição fiscal material, o Estado, face à necessidade crescente de receitas para cobrir as despesas gerais, poderia, arbitrariamente, estabelecer tributos.

Tal não pode suceder. Aliás, como bem refere Ana Paula Dourado¹⁴²⁰, todas as normas fiscais em sentido estrito têm o objetivo de arrecadação de receita mas esse objetivo não pode autojustificar-se, ou seja, tem de se conformar com os princípios constitucionais.

Já aqui referimos que as normas constitucionais relevam o papel do imposto no sistema fiscal. Aliás, a constituição fiscal material é constituída sobretudo por princípios aplicáveis aos impostos.

O imposto é “a” receita privilegiada do Estado, aquela que deve ser o pilar do sistema. Aliás, entre nós, Casalta Nabais fala num “princípio do Estado Fiscal”¹⁴²¹ que significa que o Estado deve ser financiado essencialmente na figura de tributos unilaterais ou impostos, e não com base noutros tributos ou outro tipo de receitas.

¹⁴¹⁸ O Caso paradigmático desta situação é a Contribuição Especial sobre o Sector Energético, criada para financiar (também) o déficit tarifário que, como sabemos, é criado por existirem fixação administrativa de preços.

¹⁴¹⁹ Cfr. Saldanha Sanches, “A Reforma Fiscal Portuguesa numa perspetiva constitucional”, *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 354, Abril-Junho 1989, p. 40 e ss.

¹⁴²⁰ Cfr. Dourado, Ana Paula, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 235

¹⁴²¹ Cfr. José Casalta Nabais, “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in “Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 12 e ss.

Isto para que o Estado não tenha a tendência para ser um Estado patrimonial ou empresarial, pois não faz parte da essência do Estado de Direito Democrático e também não ser um Estado “taxador”, onde prevaleçam tributos comutativos, em “troca” de serviços ou utilidades, mesmo que presumidas.

Repare-se que o Estado patrimonial era característico da Idade Média, em que o financiamento do Estado advinha sobretudo dos rendimentos dos bens imóveis da Coroa ou do Monarca.

No caso dos Estado empresarial, que ainda teve alguma manifestação com a revolução industrial e se concretizou com os Estados socialistas onde o mesmo assumia o controlo da produção de bens.

Ora, com o desenvolvimento do próprio conceito de Estado, os impostos passaram a ser o preço que pagamos pela sociedade que temos. Ou seja, para garantir determinados serviços e direitos sociais tem de existir financiamento.

Casalta Nabais afasta ainda o Estado taxador¹⁴²² porque existem uma série de bens públicos que têm de ser financiados pela totalidade da comunidade, não sendo possível a utilização dum tributo comutativo.

Falamos de bens públicos tais como a defesa nacional, política externa, segurança, proteção civil, etc. que são bens insuscetíveis de divisão dos seus custos pelos que deles beneficiam. Neste caso não existe outro tipo de financiamento possível que não sejam os impostos.

Todavia, o “Estado D’arte” não se assemelha com esta imposição constitucional. Antes pelo contrário.

Conforme refere Filipe Vasconcelos Fernandes¹⁴²³, com quem concordamos em absoluto neste ponto, “(...) no momento atual, o Estado Fiscal confronta-se com um conjunto de metamorfoses impostas às suas formas tradicionais de financiamento, algumas das quais colocam em causa, e de forma preocupante, pressupostos basilares do respetivo modelo”.

Sobretudo porque o Estado não tem conseguido fazer face a contingências financeiras decorrentes de situações de crise económica vária ou outros factores endógenos ou exógenos que não sejam previsíveis.

Assistimos à criação de tributos sectoriais que surgem porque novos centros de custos também sectoriais vão proliferando. E depois existem os sectores “crónicos”, cuja saúde financeira tem de ser suportado, tais como a saúde ou a segurança social.

Não raras vezes assistimos à utilização, sobretudo de figuras tributárias como as contribuições, a serem criadas para suportar despesas destes sectores. Mas estas figuras tributárias nem sempre são baseadas nos princípios do Estado Fiscal.

Antes pelo contrário. Assistimos a uma cada vez maior justificação extrafiscal para criação de figuras tributárias, bem como a criação de tributos com o intuito de financiamento da regulação sectorial.

¹⁴²² Cfr. José Casalta Nabais, “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in “Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise”, coordenado por Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, 2011, p. 14 e ss.

¹⁴²³ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “As “Demais Contribuições Financeiras a Favor das Entidades Públicas” e a Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, AAFDL Editora, 2022, p. 66 e ss.

Ora, esta é uma subversão do intuito do Estado Fiscal, assistindo-se ao surgimento dum verdadeiro Estado Parafiscal, de financiamento de políticas, opções económicas, de intuítos marcadamente extrafiscais.

O legislador passa a utilizar tributos desenhados à medida, com delimitações muito questionáveis e com natureza muito pouco clara, muitas vezes com fundamento em verdadeiras falhas de intervenção governativa. Tudo o que não deve suceder num quadro de normalidade legislativa.

Utiliza o legislador, tributos vários mas sobretudo as “novas” contribuições, com receitas consignadas, supostamente temporárias e excecionais mas que se vão eternizando no sistema tributário.

Se a natureza destas “contribuições” é, deveras, questionável sendo grande parte das vezes assemelhadas a impostos, o certo é que tem sido muito tortuoso o caminho da doutrina e jurisprudência relativamente às mesmas. A doutrina tem-se mantido mais coerente na defesa da recondução destes tributos à figura de imposto, quando existam indícios de falha de equivalência ou de pressupostos tais como a homogeneidade de grupo. A doutrina mantém ainda a sua posição, muito mais cautelosa face à proliferação de figuras tributárias altamente duvidosas, que formalmente estes tributos devem manter-se no âmbito da reserva de lei parlamentar.

Já a jurisprudência tem dado passos largos no sentido oposto, primeiro conduzindo o regime de reserva de lei parlamentar apenas aos impostos e comparando as contribuições às taxas em termos de regime de legalidade formal e, mais recentemente, como o Acórdão n.º 7/2019, considerando que efetivamente os tributos criados com fundamento extraordinário não podem prevalecer com a mesma configuração *ad eternum* mas não esclarece as consequências.

A nosso ver, um tributo criado devido a situações “extraordinárias”, cuja sua fundamentação assenta numa especial necessidade, cobertura de custos, situação provisória, etc. torna-se irregular assim que termine essa situação que lhe deu origem.

Outra hipótese é o próprio legislador decidir tornar definitiva a sua norma mas para tal deve fundamentar porque é que um tributo que seria extraordinário passou a definitivo.

Ora, este “Estado Parafiscal”¹⁴²⁴ não pode correr à solta, à margem de princípios constitucionais ou de escrutínio institucional¹⁴²⁵.

Em primeiro lugar que condicionalismos formais podem existir, uma vez que o legislador constitucional consagrou diferentes regimes de reserva de lei para os tributos.

Depois impõe-se uma análise das limitações materiais que se relacionam, à cabeça, com a fundamentação do tributo, o que conduz à criação de um tributo.

A conformidade com a vertente material do princípio da legalidade, mormente a tipicidade, bem como a análise à luz do critério material de igualdade é essencial. Temos um tributo com determinada fundamentação e só essa fundamentação nos conduz à conformidade com a

¹⁴²⁴ A propósito veja-se Filipe Vasconcelos Fernandes, “O novo Estado Parafiscal e os limites constitucionais à política fiscal de “crise””, Revista de Direito Administrativo, vol. I, n.º 9, junho de 2020, p. 45-49

¹⁴²⁵ Falamos do escrutínio judicial, parlamentar e, em último caso, popular.

capacidade contributiva – e suas várias vertentes – bem como a equivalência no caso dos tributos comutativos.

No caso da equivalência, a doutrina e jurisprudência há muito que se debruça sobre os limites sobretudo nas taxas, após concluir-se pela aceitação da equivalência jurídica, sem base económica¹⁴²⁶. Nestes casos, a ideia de proporcionalidade assume extrema importância.

Por fim, explanados os limites dos tributos, temos de efetivar as consequências e criar métodos de responsabilização. Não basta apontar as falhas que existem mas ainda encontrar caminhos para a responsabilização pela desconformidade dos tributos com os limites existentes.

5.4.1. Limites formais

No que concerne à delimitação formal dos tributos, tal relaciona-se sobretudo com o princípio da legalidade que acima já escarpelizamos. Mas aqui devemos dar ênfase às principais limitações formais impostas aos tributos e benefícios fiscais.

De facto, o princípio da legalidade é sobretudo um princípio fiscal formal que obriga o legislador a seguir determinadas regras formais para que haja validade nas normas fiscais emanadas.

Este princípio de legalidade, fundado sobretudo na ideia de segurança jurídica e validação pelo órgão representativo da força eleitoral (o povo), assente na velha máxima do “no taxation without representation”, assegura ainda que as normas tributárias são ser gerais e abstratas, como outra qualquer lei, servindo por isso intuítos de igualdade.

A legalidade formal aparece expressa na vertente das competências e divisão vertical dos poderes tributários, ou seja, a distribuição constitucional dos poderes que cabem à Assembleia da República, ao Governo e depois aos poderes tributários atribuídos às Regiões Autónomas e Autarquias Locais.

De referir que os poderes tributários podem ainda ser atribuídos a entidades administrativas de base não territorial que passam a poder criar (com determinados limites), liquidar e coligir receita de tributos comutativos. O caso paradigmático são as entidades reguladoras que detêm poderes tributários designados na Lei-quadro das entidades reguladoras.

De facto, nada impede que o legislador conceda a entidades administrativas de base não territorial uma base legislativa a conceder poderes para cobrar determinados tributos comutativos, uma vez que os mesmos não necessitam duma reserva de lei parlamentar de forma tão detalhada como no caso dos impostos.

Por outro lado, tem de existir uma preferência ou precedência de lei, ou seja, a consagração de garantia genérica de não retroatividade. Dizemos genérica porque sabemos que a retroatividade da lei fiscal é depois alvo de interpretações várias.

Façamos uma tentativa de súmula:

¹⁴²⁶ Atendendo-se sempre a um mínimo de existência e ao confisco, bem como a uma ideia de que o valor dos tributos não pode ser de tal forma que afete a decisão económica e social dos agentes.

- a) A Lei nova não pode aplicar-se a factos passados, iniciados e decorridos ao abrigo de lei antiga (retroatividade autêntica ou forte¹⁴²⁷);
- b) A lei nova pode aplicar-se a factos que se iniciaram no passado mas ainda decorrem, salvo se violarem a proteção da confiança (retrospetividade)¹⁴²⁸;
- c) No caso de leis procedimentais ou processuais, a regra será a entrada imediata em vigor da lei nova desde que aplicáveis a factos tributários já ocorridos, ainda em investigação mas sem que já tenha decorrido prazo de caducidade da liquidação ou prescrição da dívida. Esta interpretação decorre do disposto no artigo 12º n.º 3 da Lei Geral Tributária e também é acolhida pelo Tribunal Constitucional¹⁴²⁹;
- d) No caso de leis fiscais substantivas, nos impostos de obrigação única cujo facto tributário e conclui com um único ato ou contrato, existe proibição de retroatividade desde que o facto tributário tenha ocorrido. No caso dos impostos periódicos, cujo facto tributário é de formação sucessiva e alargada no tempo, só é proibida a retroatividade no caso do facto tributário estar totalmente formado¹⁴³⁰.
- e) No caso do IVA, uma vez que temos um sistema em cascata, em que o sujeito passivo não coincide com o consumidor final, então os aumentos de taxas só podem coincidir com os períodos temporais mais alargados, ou seja, o ano fiscal.
- f) O artigo 103. N.º 3 da CRP faz referência ao “pagamento de imposto”, pelo que nada impede que um desagravamento não possa ser retroativo¹⁴³¹.

De referir que a questão da precedência de lei, da retroatividade deve ser estendida também aos restantes tributos uma vez que estas normas têm em consideração a proteção da confiança dos cidadãos e uma função garantística. Sempre que estamos perante um tributo estamos perante prestações pecuniárias coativas, pelo que devem sempre estar salvaguardadas

No que concerne à reserva de lei parlamentar, de facto a maior limitação formal é sobretudo para impostos, pois neste caso há a necessidade de intervenção parlamentar e devem estar pormenorizados os elementos essenciais dos impostos, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes.

No que concerne às taxas e contribuições apenas o regime geral se encontra subordinado à reserva de lei parlamentar. Com isto, o que se pretende dizer é que existe uma competência relativa da Assembleia da República para legislar sobre a criação de impostos, sistema fiscal e regimes gerais das taxas e contribuições.

¹⁴²⁷ Critério defendido também pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 129/09.

¹⁴²⁸ Critério defendido por Ana Paula Dourado em “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 162 e ss.

¹⁴²⁹ Neste caso em concreto, é essencial a verificação efetiva do decurso do prazo de caducidade e de prescrição, pois o Tribunal Constitucional considera que caso haja suspensão ou interrupção desses prazos a retroatividade da lei pode operar uma vez que considera apenas retrospetividade, não se violando a proteção da confiança na vertente da segurança jurídica.

¹⁴³⁰ Neste caso dos impostos periódicos, deve existir uma cuidada interpretação sobre quando e em que período se completa o facto tributário, não sendo fácil essa interpretação, por exemplo nos casos das retenções na fonte sujeitas a taxas liberatórias ou tributações autónomas. O Tribunal Constitucional tem-se vindo a pronunciar casuisticamente sobre estes temas, não sendo, contudo, pacíficas as interpretações que foi tendo.

¹⁴³¹ Cfr. Diogo Leite Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, “Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada”, 4ª Edição, Encontro da Escrita, 2012, p. 132 anotação 10.

Independentemente de a Assembleia da República poder legislar diretamente sobre estas matérias, uma vez que se trata de competência relativa, pode a mesma autorizar o Governo a legislar sobre esta matéria.

Nestes termos, os tributos com características de imposto apenas podem ser criados por Lei parlamentar ou decreto-lei autorizado. De igual forma se passa com o regime geral das taxas e contribuições.

Nos termos do n.º 2 do artigo 165º da CRP, as autorizações legislativas devem definir o objeto, sentido, extensão e duração da autorização. É uma norma primária¹⁴³², tendo um objeto muito vasto, sendo linhas de conduta mas não criam uma fonte de direito aplicável às relações que pretendem reger.

De relevar que, nos termos do artigo 169º da CRP, o Decreto-lei autorizado pode ser submetido à apreciação parlamentar para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, procedendo-se como uma ratificação parlamentar. Esta ratificação é de extrema importância uma vez que é a forma de o Parlamento perceber se a autorização foi devidamente cumprida. Acresce que, em caso de alteração, o decreto-lei autorizado fica suspenso até deliberação final sobre o mesmo.

De referir ainda que as Leis de autorização legislativa devem ter ainda uma determinação mínima, tendo sido desenvolvido pelo Tribunal Constitucional, mormente via Acórdão n.º 358/92, uma série de exigência relativamente às Leis de Autorização, devendo o preceito autorizador cumprir uma tripla função: i) conteúdo material bastante da lei de autorização; ii) linha de orientação do legislador delegado; elemento de informação genérica das inovações a introduzir no ordenamento para os particulares¹⁴³³.

É muito importante, no sentido de também responsabilizar efetivamente quem de direito, que a competência é reservada ao Parlamento e este não tem de partilhá-la com o Governo. Mas se o Parlamento a delegar, a orientação política deve ser partilhada. A reserva de competência deve sempre implicar um assentimento parlamentar da orientação política mesmo quando ela é proposta pelo Governo. Não pode, por isso, o Parlamento furtar-se a esta função fiscalizadora uma vez que a competência originária é sua.

De referir que existe, ainda, uma vertente material de tipicidade¹⁴³⁴, dentro do princípio da legalidade. Isto porque há uma exigência de densificação da lei fiscal quanto aos elementos essenciais de impostos, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes.

O artigo 103º n.º 2 da CRP estabelece um princípio da legalidade substancial ou princípio da tipicidade fiscal.

No que diz respeito às autorizações legislativas, as mesmas devem ter um conteúdo material bastante e dar informação genérica das inovações a introduzir no ordenamento, sendo inevitável a conjugação do artigo 165º n.º 1 alínea i) e n.º 2 com o artigo 103º n.º 2 da CRP.

Acresce ainda referir que o princípio da legalidade não impede a remissão expressa da lei formal para regulamento ou decreto-lei não autorizado que desenvolvam aspetos estritamente técnicos do regime.

¹⁴³² Como bem frisa, Ana Paula Dourado em “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 121 e ss.

¹⁴³³ Matéria que já abordámos no ponto 5.2.1.2.

¹⁴³⁴ Que adiante desenvolveremos com maior acuidade relativamente aos limites materiais

O próprio Tribunal Constitucional assim o entendeu no âmbito do Acórdão n.º 236/01, que permitiu o desenvolvimento de componentes técnicas inclusivamente da incidência.

No que concerne às taxas, o artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP apenas consagra a reserva relativa de competência legislativa no que concerne ao regime geral.

Uma vez que sempre se considerou a existência dum sinalagma no que concerne às taxas, o que se considerava era que não existia qualquer necessidade de as mesmas serem escrutinadas pelo parlamento.

Contudo, o problema é que rapidamente passámos a ter uma equivalência jurídica alargada, sem necessidade de fundamentação relativamente à cobertura de custos. Para que funcione plenamente a não submissão a reserva de lei parlamentar a criação de todas e cada uma das taxas, então tem que existir um forte vínculo à sinalagmacidade¹⁴³⁵.

Ora, tal vínculo pode ser a efetiva cobertura de custos que é, grande parte das vezes plenamente alcançável. Contudo, a jurisprudência pouco fala da quantificação da taxa e dá critérios demasiado subjetivos para tal.

Conforme refere Carlos Baptista Lobo¹⁴³⁶, uma vez que a configuração jurídica das taxas é de bilateralidade pelo que existe uma espécie de troca. Caso exista incumprimento do Estado ou ente público, o contribuinte imediatamente tem essa perceção uma vez que inexiste ou é cumprida defeituosamente a contraprestação e o contribuinte pode desencadear imediatamente os meios judiciais de tutela do seu direito.

O caso paradigmático é o disposto no artigo 16º n.º 5 do RGTL que impõe a reclamação prévia à impugnação, exatamente para que o contribuinte possa discutir diretamente com a entidade pública que falhou com a contraprestação ou utilidade.

Em termos formais, aquilo que defendemos é que caso a quantificação da taxa desvie a mesma da bilateralidade então não podemos bastar-nos com uma não intervenção parlamentar uma vez que passamos a estar perante um tributo bilateral.

Relativamente a este desvio à bilateralidade, a análise do mesmo será efetuada sobretudo através de critérios materiais, tais como a equivalência e, mais concretamente a proporcionalidade uma vez que o Tribunal Constitucional já se manifestou relativamente ao que considera uma “manifesta desproporcionalidade” e uma “igualdade proporcional” que abriu porta a “quase tudo” nos tributos comutativos, podendo os mesmos ter o *quantum* justificado por motivações exógenas levando a um tratamento diferenciado.

Por outro lado, a jurisprudência também decidiu que o facto de não existir um regime geral de taxas não obrigaria a que as mesmas tivessem de ser criadas por lei ou decreto-lei autorizado¹⁴³⁷.

Até porque um regime geral aplicável a todas as taxas parece ser de difícil concretização, tendo o legislador optado, como o fez em 2006¹⁴³⁸, pela codificação sectorial, quando lança o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

¹⁴³⁵ Neste sentido, Ana Paula Dourado em “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 51 e ss.

¹⁴³⁶ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas”, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, Volume I, Coimbra Editora, 2006

¹⁴³⁷ Veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 333/2001 do Tribunal Constitucional.

¹⁴³⁸ Por via da Lei n.º 53-E/2006, de 29 de dezembro

Relativamente às contribuições, o artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP também parece apontar que apenas será necessária reserva de lei parlamentar no caso do regime geral das contribuições

Como sabemos, não existe ainda qualquer regime geral ou mesmo sectorial aplicável às contribuições. Ora, a questão que se foi levantando, em termos formais, foi se, na ausência dum regime geral aplicável às contribuições deveria reconduzir a criação das contribuições financeiras ao regime de reserva de lei parlamentar, devendo as mesmas ser criadas por Lei ou decreto-lei autorizado.

Isto porque, no caso das contribuições já não estamos perante uma relação de sinalagmacidade, podendo existir uma contraprestação presumida devido à equivalência grupal. Perante esta situação, facilmente se percebe que a doutrina não pode acolher, usando argumentação semelhante às taxas, a ideia de desnecessidade completa de reserva de lei parlamentar.

Contudo, relativamente a este particular assunto, foram sendo desenvolvidas várias teses, a saber¹⁴³⁹:

- i) Tese da inconstitucionalidade por omissão¹⁴⁴⁰, em que se considera que na ausência dum regime geral o regime das contribuições deve reconduzir-se à reserva de lei parlamentar, devendo o regime de cada contribuição ser definida por Lei ou decreto-lei autorizado;
- ii) Por outro lado, Cardoso da Costa foi defendendo que não seria necessária a intervenção do Parlamento na criação de contribuições uma vez que as mesmas surgem em sectores de áreas governativas de autonomia do Governo. Ora, uma vez que as mesmas existem em áreas que são da competência do Governo, a intervenção parlamentar seria até abusiva, bloqueando a ação governativa. Ora, esta tese¹⁴⁴¹ pode até ser aplicável às contribuições com funções de regulação, por exemplo, uma vez que existem contraprestações perceptíveis ao grupo e estão numa área claramente de intervenção política do Governo. Contudo nunca poderia aplicar-se à totalidade das contribuições.
- iii) Depois existiram uma série de acórdãos do Tribunal Constitucional que tentaram uma solução conciliadora em que desde que existisse uma precedência de lei, com os requisitos mínimos, então a densificação do regime individual poderia passar a ser efetuado por via de Decreto-Lei ou Portaria. O Tribunal Constitucional defendeu que, não existindo um regime geral, a criação da contribuição deveria ser efetuada por Lei ou Decreto-Lei autorizado e conter os elementos que seriam exigíveis num regime geral.
- iv) Por último, o Tribunal Constitucional, por via do Acórdão n.º 539/2015, veio adotar a interpretação que, não existindo um regime geral das contribuições, o regime individual de cada contribuição pode ser aprovado por decreto-lei sem prévia autorização parlamentar.

De referir ainda que a jurisprudência do Tribunal Constitucional posterior a 2015 veio clarificar que, quando estejam em causa matérias que se inserem no perímetro de matéria de reserva de Lei parlamentar, então as mesmas têm necessariamente de ter o crivo parlamentar.

Falamos no caso de tributos, com características de contribuições financeiras, criados por autarquias locais ao abrigo do Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades

¹⁴³⁹ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “Direito Fiscal Constitucional – Introdução e Princípios Fundamentais”, AAFDL Editora, 2020, p. 308 e ss.

¹⁴⁴⁰ Sustentada por Suzana Tavares da Silva, Gomes Canotilho, Vital Moreira e Sérgio Vasques.

¹⁴⁴¹ Que foi parcialmente acolhida no Acórdão n.º 152/2013 do Tribunal Constitucional

Intermunicipais. Ora, este último regime é matéria de competência reservada à Assembleia da República nos termos do artigo 165º n.º 1 alínea q) da CRP.

De referir que, relativamente às contribuições especiais, as mesmas são reconduzidas ao regime formal dos impostos uma vez que as suas características são de tributos unilaterais.

Outro limite formal relativamente à criação, liquidação e cobrança de tributos é a necessária e prévia atribuição de poderes tributários às entidades administrativas de base territorial ou não territorial.

Sucede que, a Constituição da República de 1976 trouxe a novidade da distribuição vertical dos poderes tributários. Contudo, esta distribuição não significa sistemas tributários diferenciados uma vez que a fonte originária desse poder tributário será sempre a Constituição.

Com a revisão constitucional de 1989, as regiões autónomas passam a ter poder tributário próprio nos termos do (atual) artigo 227º n.º 1 alínea i) da CRP, sendo este poder tributário próprio mas também de adaptação do sistema nacional às especificidades regionais.

Estes poderes abrangem a criação de todo o tipo de tributos e benefícios, com as devidos limites e adaptação à realidade das regiões autónomas uma vez que o “poder originário” continua a ser o do Estado.

Por outro lado, as Autarquias Locais também têm poder de criação mas apenas de taxas mas não têm poderes em matéria de impostos, salvo os que especificamente lhes foram atribuídos, tais como a fixação de taxa de IMI (dentro dum intervalo máximo e mínimo), a taxa de derrama (com limite máximo), bem como alguns benefícios tais como a devolução em sede de IRS.

A lei das Finanças Locais, no artigo 6º, vem ainda esclarecer que os Municípios podem conceder benefícios fiscais relativamente a impostos ou tributos próprios desde que o período temporal do benefício não ultrapasse cinco anos.

Nos termos do artigo 238º n.º 4 da CRP, as Autarquias Locais podem dispor de poderes tributários mas os mesmos devem ser regulados por Lei. Ou seja, este artigo nada acrescenta à já autonomia das Autarquias Locais e possibilidade de deterem poderes tributários limitados.

Aliás, esta distribuição de poderes tributários não está vedada apenas limitada. Por isso mesmo existem entidades administrativas não territoriais que detêm, elas próprias, poderes tributários “delegados” pelo Estado, previstos e consagrados pela legislação.

Agora o que não pode acontecer é uma entidade administrativa criar, liquidar ou cobrar qualquer tributo sem que tenha, previamente, poderes expressos para tal.

Temos ainda de atentar às delimitações decorrentes da legislação europeia em matéria tributária. Isto porque, desde a adesão de Portugal em 1986, o Direito da União Europeia é uma fonte de direito, nos termos do artigo 8º da CRP.

Este artigo 8º n.º 4 da CRP, também designado por princípio do primado, dispõe que as normas emanadas dos Tratados da União Europeia e das instituições são aplicáveis na ordem interna.

Devemos distinguir o Direito Europeu primário ou originário do Direito Europeu secundário ou derivado. Mas ambos tiveram impacto em matéria fiscal e acabam por determinar uma série de limitações à própria criação, liquidação e cobrança de tributos.

O tribunal de Justiça da União Europeia tem sido particularmente profícuo na jurisprudência em matéria fiscal, pronunciando-se sobre a conformidade de regras fiscais nacionais com as normas europeias.

Relativamente ao direito europeu originário, os sistemas fiscais nacionais não podem contrariar o disposto no Tratado da União Europeia, mormente, artigo 37º respeitante aos monopólios estatais, o artigo 18º relativamente à não discriminação em razão da nacionalidade e não pode violar qualquer das liberdades de circulação de pessoas e bens, liberdade de prestação de serviços e liberdade de circulação de capitais.

Existem ainda outras disposições com relevância fiscal no Tratado de Funcionamento da União Europeia, que contêm regras através das quais se exerce um controlo das fiscalidades nacionais de modo que estas estejam de acordo com princípios gerais fundamentais tais como a livre circulação de bens e serviços, não discriminação em razão da nacionalidade, tratamento diferenciado ou não discriminação fiscal, bem como é negado ainda um protecionismo fiscal¹⁴⁴².

O Tratado prevê ainda algumas regras para que sejam adotadas medidas de harmonização da fiscalidade direta, no sentido de assegurar o regular funcionamento do mercado interno e para evitar distorções de concorrência, bem como da fiscalidade indireta.

Em ambos os casos, a harmonização deve ter em conta os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e voto unânime do Conselho para o efeito¹⁴⁴³.

É de referir ainda que em matéria de benefícios fiscais é necessário que os mesmos estejam em consonância com a matéria relativa aos auxílios de estado, nomeadamente atendendo ao disposto nos artigos 107º a 109º do TFUE. Tal deve-se ao facto de alguns benefícios poderem não ser compatíveis com o mercado comum e as regras de concorrência.

No que concerne ao direito europeu derivado, com fundamento nos artigos 113º e 115º do TUE, o Conselho pode adotar medidas que julgue necessárias à harmonização da legislação fiscal, sendo que tais medidas vão vigorar diretamente na ordem interna nos termos do artigo 8º da CRP.

Estas medidas têm revestido a forma de diretivas e são sobretudo no campo da tributação indireta, nomeadamente no âmbito do Impostos sobre o valor acrescentado.

Ora, o nível de detalhe das diretivas, mesmo as aplicáveis ao campo da tributação direta, são dum grande grau de detalhe, pelo que muitas vezes vedam aos Estados a tomada de opções, sendo praticamente sindicáveis diretamente.

Esta fonte de direito é, por isso, também importante na delimitação dos tributos.

Há ainda que referir que formalmente os tributos podem ainda ter limitações impostas por determinada legislação que lhes seja aplicável, sendo que geralmente uma legislação mais específica traz sobretudo limitações materiais.

Contudo, legislação sectorial, em matéria regulatória ou até leis orçamentais ou financeiras podem trazer imposições às figuras tributárias, imposições essas que passam por exemplo, pelo tipo de tributos associado ao poder tributário “delegado” ou até limitações temporais, como vigência limitada de benefícios ou de tributos especiais.

¹⁴⁴² Cfr. Manuel Henrique de Freitas Pereira, “Fiscalidade”, Almedina, 2018, p. 169 e ss.

¹⁴⁴³ Cfr. Manuel Henrique de Freitas Pereira, “Fiscalidade”, Almedina, 2018, p. 172 e ss.

5.4.2. Limites materiais

Após explorarmos os limites formais há que fazer um périplo pelos limites materiais dos tributos e dos benefícios fiscais, sendo estes de maior complexidade mas cuja necessidade é evidente.

Relativamente a estes limites, a nossa análise recairá inicialmente sobre a necessidade de fundamentação.

Já aqui referimos que é fundamental apurar a fundamentação dos tributos para os entender e categorizar, bem como a sua aceitação legal e social se faz por via da fundamentação.

A existência, hoje, dum sistema tributário complexo, com sobreposições e impercetível para o cidadão comum, leva ainda a uma maior necessidade de conectar o poder de tributar que o Estado dispõe com a obrigação individual de pagamento dos tributos.

É claro que nos impostos, essa relação é difusa, uma vez que estamos perante uma obrigação pecuniária não voluntária cuja finalidade é a cobertura genérica de despesas gerais do Estado.

Contudo, quando o nível de prestações solicitado em termos gerais é desproporcional aos serviços prestados, algo de errado se passa. E essa desconexão, essa desproporcionalidade não pode deixar de ter consequências.

Se tal suceder a pergunta “*porquê?*” e “*para quê?*” são inevitáveis. Num panorama em que a carga tributária se mostra muito elevada e desequilibrada, em que o Estado se considera cada vez menos interventivo diretamente, em que a regulação ambiciona a autonomia, é muito fácil o questionamento sobre porque pagamos tantos tributos e para quê, para onde é canalizada a receita.

No caso dos impostos, essa contraprestação é abstrata, não individualizável. Mas está delimitada pelo menos pelas funções do Estado, seus deveres e toda a ordem jurídica que prevê, não apenas os deveres tributários dos contribuintes mas ainda os meios garantísticos.

Por outro lado, os tributos comutativos têm efetivamente uma contraprestação associada. E mesmo nas contribuições, em que podemos estar perante sinalagmas presumidos, existe uma associação ao grupo homogêneo de entidades a quem é solicitada a contribuição. E esse *link* é essencial.

A fundamentação, nestes casos dos impostos comutativos, é a forma não apenas de perceber a natureza do tributo mas também se a sua formulação está conforme. E aqui existe um nexo de causa, entre o tributo e seu fundamento e a contraprestação usufruída ou provocada pelo agente ou grupos de agentes contribuintes.

Por outro lado, os tributos são, todos eles, prestações pecuniárias coativas, ou seja, não voluntárias. O que faz com que sejam uma intromissão na esfera patrimonial do contribuinte que tem e deve de ser justificada. E essa justificação não pode apenas ser formal mas também revestida dum fundamento material.

Se é certo que o poder tributário do Estado advém da própria legitimação do Estado mas não está desconexo das suas funções e deveres. E a constituição e ordem jurídica tem diretrizes para estas funções económicas e sociais do Estado¹⁴⁴⁴.

Ora, somente através da fundamentação clara dos tributos pode ser aferida a conformidade dos mesmos com a concretização dos deveres e funções do Estado.

Assim, a fundamentação dos tributos é um elemento fundamental para aferir da conformidade dos mesmos com as funções e deveres políticos e sociais do Estado, pelo que assume especial relevo para desencadear os competentes mecanismos de fiscalização e responsabilização.

Por outro lado, vimos que o princípio da legalidade é fundamental na delimitação formal dos tributos. Mas o critério material da legalidade, a tipicidade, é um limite material aos tributos.

Se para o caso dos impostos é evidente que o princípio da tipicidade é fundamental para a limitação dos mesmos, há que aferir ainda até onde este princípio da tipicidade pode ser mimetizado para os tributos comutativos.

Acresce ainda que, como vimos, a legalidade formal passa pela utilização de Lei ou Decreto-Lei autorizado, pelo que é necessário perceber como são densificados os critérios da tipicidade, bem como se densificam os conceitos indeterminados.

A maior dificuldade de traçar limites no que concerne aos tributos é no critério de repartição do princípio da igualdade.

Repare-se que o princípio da igualdade é aplicável aos tributos como uma ideia de proibição de livre-arbítrio, funcionando, em primeira linha, como uma delimitação negativa à liberdade de conformação do legislador.

Contudo, a recondução da igualdade tributária a esta ideia de proibição de livre-arbítrio não permite ir além da “justiça mínima”, ou seja, a exclusão duma discriminação gritante¹⁴⁴⁵. De facto, a verdadeira justiça material e coerência do sistema tributário tem de ser mais ampla, sendo por isso necessário concretizar este critério de igualdade material.

Ora, a forma de o fazer será olhar para o princípio da igualdade enquanto critério de repartição, uma concretização contextual da igualdade, que se pode resumir no princípio da capacidade contributiva para o caso dos impostos e o princípio da equivalência no caso dos tributos comutativos.

No que concerne à equivalência, critério aplicável aos tributos comutativos, há que distinguir a equivalência no caso das taxas que é individual em que a contraprestação é de facto direccionada ao indivíduo, da equivalência de grupo das contribuições, em que o sinalagma é difuso e por isso tem de existir elementos de conexão com o grupo.

No âmbito da equivalência, para além de outros corolários, é essencial atentarmos à proporcionalidade, critério decisivo para avaliar da quantificação correta dos tributos comutativos.

¹⁴⁴⁴ Já aqui abordámos as funções “musgravianas” do Estado, associadas a tarefas económicas mas também não se descaram as funções sociais associadas ao Estado Fiscal uma vez que se abriram as portas aos tributos com fundamentos extrafiscais.

¹⁴⁴⁵ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 247 e ss.

A proporcionalidade assume relevância no nosso ordenamento uma vez que o princípio da cobertura de custos tem sido deficientemente aplicado, aceitando-se antes o amplo critério duma equivalência jurídica.

Mas, de facto como se avalia e fiscaliza um critério de equivalência jurídica e que responsabilização decorre duma “desproporcionalidade”. É que, a jurisprudência tem sido profícua em critérios vagos e indeterminados, de concretização casuística difícil, muito longe do que deveria ser um critério de cobertura de custos.

A introdução de motivações extrafiscais tem sido vulgarmente utilizada para justificação de quase tudo. Mas mesmo quando existem fundamentos extrafiscais existem mecanismos de verificação de custos associados. E esses valores devem de ser o barómetro objetivo destes tributos.

Não podemos continuar a considerar como limitação da proporcionalidade um “mínimo de existência” ou o “confisco”, por um simples motivo: não podemos determinar um limite com critérios indefinidos.

O que é o mínimo de existência ou um limite máximo de tributação aceitável será sempre um critério indefinido e ilimitado por natureza, pelo que não pode ser compatível com um tributo comutativo que tem associado um elemento de conexão, um sinalagma.

Por outro lado, assistimos aos benefícios fiscais a serem derrogações do princípio da igualdade. São derrogações da capacidade contributiva e da equivalência, pelo que a fundamentação dos mesmos é essencial para a justificação da violação destes princípios enformadores.

A valoração destes benefícios deve ser avaliada atendendo a um critério de benefício vs. custo que, neste caso, equivale à despesa fiscal e custos de oportunidade inerentes.

Acresce que os benefícios fiscais têm ainda inerentes o custo da percepção social e aceitação, bem como a eficácia (melhor meio para atingir o objetivo?).

Por nossa parte, existem ainda outros limites materiais decorrentes da legislação *umbrela*, ou seja, decorrente de “leis chapéu” com implicações na tributação.

A legislação da regulação, os Estatutos das entidades reguladoras, legislação sectorial, a própria Lei de Enquadramento Orçamental, temos diversas normas avulsas que têm influência no ordenamento tributário.

Façamos, por isso, uma análise mais cuidada.

5.4.2.1. Fundamentação

A primeira fundamentação do sistema fiscal nasce com a necessidade de financiamento das despesas do Estado, mesmo que este fosse confundido com o monarca.

Na era moderna, o Estado fiscal tem as suas necessidades essencialmente cobertas por impostos. Muito esporadicamente o Estado pode contar com outras receitas que sejam de tal forma relevantes que cubram uma parte significativa das despesas gerais do Estado¹⁴⁴⁶.

Muito embora a imersão do Estado Social tenha vindo negar esta posição, a ideia de estado fiscal tradicional pressupõe uma separação essencial e irreduzível entre Estado e Sociedade¹⁴⁴⁷. Isto não quer dizer que existisse uma divisão estanque mas antes uma divisão que permitisse que o Estado se preocupe com a política e a sociedade com a economia.

Há uma zona de interseção das esferas de ação do Estado e da Sociedade, até porque esta última tem vindo a ser cada vez mais chamada a colmatar serviços que eram essencialmente tarefa do Estado.

De qualquer forma, mantém-se no artigo 80º alínea a) da CRP que o poder político não se pode subjuguar ao poder económico. Assim, prevalece um Estado fiscal em que existe uma separação fundamental entre estado e economia, em que o Estado se sustenta por via da sua participação nas receitas da economia produtiva, por via do imposto.

Aliás, esta separação pretende ainda não intervir na potenciação da rentabilidade da economia que, trabalhando sozinha e sem intervenção, se direciona racionalmente para a obtenção de lucro. E deixa para o Estado, que não tem esses objetivos de racionalidade económica, objetivos não traduzíveis em dinheiro¹⁴⁴⁸.

Caberá ao Estado corrigir e controlar o próprio processo económico com vista a que interesses não económicos contribuam para uma visão de sucesso global atendendo também a objetivos não económicos.

Esta ideia traz uma dupla delimitação: por um lado, a separação do Estado da economia permite a realização dos interesses estaduais e, por outro, não se subverte o sistema económico mantendo-o autónomo ou livre. Como bem ressalva Casalta Nabais¹⁴⁴⁹: *“(...) tendo o Estado Fiscal um interesse próprio, se bem que indireto, nas receitas da economia, ele não pode, a título das suas tarefas de controlo e correção ou a qualquer outro, afetar inteiramente a produtividade da economia. É que as suas missões de ordenação e de providência, assim como os seus objetivos sociais e culturais, apenas podem ser prosseguidos se e na medida em que o sector produtivo se mantenha duradouramente numa posição de propiciar os meios necessários às tarefas comunitárias.”*

Ora, este é um ponto de fulcral relevância, porque nos trás várias reflexões: i) O Estado Fiscal deve providenciar as receitas para cobrir despesas gerais do Estado, sendo esse desde já um limite evidente¹⁴⁵⁰; ii) O Estado deve reduzir a sua intervenção na economia para poder focar-se nas suas funções de realização dos interesses gerais, pois essa é efetivamente a sua tarefa fundamental nos termos do artigo 81º da CRP; iii) A fonte de receitas do Estado advém do sector

¹⁴⁴⁶ Casalta Nabais, em “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, 2015, p. 193 e ss., dá o exemplo dos Estados com recursos petrolíferos, ou com concessões de jogo muito significativas, como um exemplo de Estado que pode não estar dependente das receitas fiscais para a cobertura de despesas gerais.

¹⁴⁴⁷ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, 2015, p. 193 e ss..

¹⁴⁴⁸ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, 2015, p. 191 e ss..

¹⁴⁴⁹ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, 2015, p. 198 e ss..

¹⁴⁵⁰ Por isso mesmo tendencialmente os orçamentos de Estado não devem ser superavitários, sob pena de injustificadamente estarem a cobrar receitas desnecessárias.

produtivo da economia, pelo que o Estado tem todo o interesse que esse sector funcione no âmbito das regras concorrenciais de busca de lucro¹⁴⁵¹

Do ponto de vista do contribuinte, do indivíduo, este Estado Fiscal deve manter o princípio da livre disponibilidade económica dos indivíduos, ou seja, a ordem jurídica deve garantir uma economia de mercado em que o processo económico recaia sobretudo na livre iniciativa individual, privada. O Estado desempenha tarefas económicas supletivas ou residuais ou quando o possa fazer em melhores condições do que os agentes económicos em condições de otimização da atividade económica.

Há, portanto, uma espécie de subsidiariedade da ação do Estado que apenas intervém quando essa intervenção cause maior benefício do que prejuízo.

Mas o que até agora se disse acerca do Estado Fiscal não faz com que se possa concluir que atualmente, não se assista a um Estado Tributário, mitigando o Estado Fiscal com o parafiscal.

Contudo, mesmo nesse cenário, o Estado deve manter o dualismo essencial Estado/ Economia com um sistema assente na liberdade individual ao nível económico.

É, portanto, de relevar que, mesmo quando vemos o Estado Parafiscal a crescer, tal não leva a que não se mantenham estes contrapesos entre Estado e Economia.

Paulo Marques¹⁴⁵², refere que a Administração Tributária deve aceitar a regra da “Liberdade de gestão fiscal”, no sentido de o Direito Tributário não dever proibir ou limitar as escolhas dos indivíduos ao nível fiscal.

Seguindo a mesma linha de Casalta Nabais, o Estado Fiscal deve reconhecer a livre disponibilidade económica dos particulares, também aceitando que o indivíduo tem a liberdade de conformação dos seus comportamentos económicos com vista à incidência de determinados tributos. Sobretudo se atentarmos à globalização e maior liberdade económica, de circulação e estabelecimento.

Nestes termos, o legislador fiscal deve ser neutro perante atos de gestão dos contribuintes, deve ser amoral¹⁴⁵³. Só deve deixar de o ser caso exista um trespassar para o campo da ilicitude. O contribuinte tem direito a estruturar a sua vida e o seu negócio de acordo com uma ordem fiscal estável e de modo a poder reduzir os custos fiscais. Ou seja, conduzir a sua vida e o seu negócio por um caminho fiscalmente menos pesado ou isento.

De qualquer forma, também esta liberdade tem limitações, quanto mais não seja por via do disposto no artigo 38º n.º 2 da Lei Geral Tributária que repreende o abuso da utilização dos meios para fuga ou evasão fiscal quando esses comportamentos não tenham qualquer ligação à realidade dos factos.

¹⁴⁵¹ Quanto maior o lucro, a riqueza, maior a base tributária

¹⁴⁵² Cfr. Paulo Marques, “Elogio do Imposto – A relação do Estado com os Contribuintes”, Coimbra Editora, 2011, p. 34 e ss.

¹⁴⁵³ Paulo Marques, referindo-se à doutrina de Nuno Sá Gomes, vem invocar até o “direito à poupança fiscal” que chega a ser, inclusivamente, sugerida pelo próprio legislador e é um corolário do direito à iniciativa económica. Cfr. Paulo Marques, “Elogio do Imposto – A relação do Estado com os Contribuintes”, Coimbra Editora, 2011, p. 34 e ss.

Se temos por um lado a bandeira da liberdade de ação económica dos contribuintes, por outro lado contrapõe-se também a solidariedade social fiscal decorrentes dos intuitos extrafiscais que os tributos podem ter.

Não quer isto dizer que se desvalorize qualquer um dos princípios da solidariedade e da liberdade. Apenas que não deve prevalecer um sobre o outro.

Já Casalta Nabais nos ensina que o Estado Fiscal implica uma cidadania de liberdade cujo preço – dessa cidadania de liberdade – reside em sermos destinatários do dever de pagar impostos.

Não há direitos fundamentais gratuitos, direitos de graça. Todos os direitos fundamentais têm custos financeiros públicos que são suportados pelos tributos¹⁴⁵⁴. Embora não haja uma contraprestação individual decorrente dos impostos, no caso dos tributos comutativos essa contraprestação existe. E mesmo relativamente aos impostos, não pode dizer-se, de todos, que inexistem qualquer contraprestação. Existe sim, quanto mais não seja o reflexo dum tipo de Estado que escolhemos.

Mesmo as desigualdades que hoje existem, mormente no que concerne às derrogações do princípio da capacidade contributiva e da equivalência, não são arbitrárias. Obedecem a finalidades políticas que têm de achar-se em conformidade com a manifestação da comunidade. A vivência em democracia assim o exige.

O que quer dizer que o Estado Fiscal impõe também estes limites: i) cobertura de despesas gerais do Estado; ii) o dever de pagar impostos advém da cidadania de liberdade, é o preço desta cidadania de liberdade. E estes são também limites materiais que devem ser cumpridos.

Conforme bem refere Paulo Marques¹⁴⁵⁵, *“Não se pode exigir boa-fé no cumprimento do dever fundamental de pagar impostos se não existir uma relação de confiança assente de que o Estado vai cumprir as suas tarefas fundamentais (artigo 9º da CRP) e essas implicam custos financeiros decorrentes de sacrifícios económicos exigidos por lei (artigo 103º n.º 2 da CRP) aos cidadãos-contribuintes. No entanto não é lícito invocar a exceção de não cumprimento.”*

Contudo, esta exceção de não cumprimento apenas se aplica verdadeiramente aos impostos, já que nos tributos comutativos a contraprestação tem de existir.

E mesmo relativamente aos impostos, é verdade que o contribuinte não pode invocar o não cumprimento diretamente de determinada utilidade mas, em última análise, pode sempre manifestar-se coletivamente com a desaprovação das políticas seguidas. O voto é, em última instância a arma de arremesso contra as falhas de governação.

Nos termos do artigo 9º da CRP, podemos encontrar as tarefas fundamentais do Estado aos quais, dir-se-ia, que acrescem ainda as *necessidades* dos Homens, que se constituíram com o desenvolvimento do Estado como o conhecemos. A Segurança, ambiente ou saúde pública são hoje tidas como necessidades básicas.

Conforme Casalta Nabais bem refere¹⁴⁵⁶, a satisfação destas necessidades mediante mecanismos individuais nem sempre é possível, pelo que devem existir meios públicos suportados por

¹⁴⁵⁴ Cfr. José Casalta Nabais, “Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal”, Almedina, 2005, p. 39 e ss.

¹⁴⁵⁵ Cfr. Paulo Marques, “Elogio do Imposto – A relação do Estado com os Contribuintes”, Coimbra Editora, 2011, p. 34 e ss.

¹⁴⁵⁶ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, 2015, p. 191 e ss.

receitas tributárias. É o chamado “mínimo de subsistência estadual” que encontra um paralelo com o “mínimo de existência individual”, sendo que este último acarreta a vertente económica e social.

Logo, a cobrança de impostos para cobrir estas despesas de cumprimento de tarefas fundamentais é fundamental e está devidamente fundamentada. Mas essa fundamentação deve de existir claramente e ser perceptível ao cidadão comum.

O modelo de Estado Social ensinou-nos que é necessário um equilíbrio harmonioso entre a intervenção do Estado (interesse público) e a liberdade económica e garantias dos contribuintes (interesse particular), isto porque o imposto é uma exceção à liberdade económica dos indivíduos.

O imposto, sendo um tributo unilateral, é uma intromissão na esfera individual, do património privado do contribuinte, não pode coartar uma liberdade sem que exista uma fundamentação clara, perceptível, justificada por princípios pelo menos idênticos à liberdade económica individual e defesa da propriedade privada.

Não é novo que o artigo 62º da CRP, relativamente à propriedade privada, é interpretado de forma a que haja uma defesa da mesma mas com limites.

Ainda recentemente, no Acórdão 468/2022 do Tribunal Constitucional, se refere novamente a ideia da existência da vertente social da propriedade: *“A dificuldade em determinar se uma determinada posição jurídica privada adquirida em conformidade com as normas vigentes está garantida como direito de defesa perante as agressões do Estado começa quando se verifica que o direito de propriedade está incluído no título respeitante aos “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais” e que, para além da dimensão de direito subjetivo, também se pode encontrar uma dimensão institucional-objetiva. À luz da ideia de vinculação social da propriedade presente nesta última dimensão, e que decorre da parte final do n.º 1 do artigo 62.º da CRP, em que se diz que “a todos é garantido o direito de propriedade privada (...) nos termos da Constituição”, pode defender-se que há determinações do conteúdo e limites da propriedade excluídas do âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade. Como se referiu no Acórdão n.º 299/202 «A dependência do direito de propriedade de um enquadramento social vinculativo é constante na jurisprudência do Tribunal Constitucional, que admite restrições ao direito de propriedade baseadas na “cláusula legal de conformação social da propriedade”, mas sem que tal dispense a invocação dos parâmetros constitucionais que acolhem os interesses que lhe subjazem (Acórdãos n.ºs 76/1985, 486/1997, 194/1999, 329/1999, 322/2000, 138/2003, 148/2005)». Por este ponto de vista, o legislador não está impedido de subtrair poderes e faculdades ao direito de propriedade, desde que para tal encontre cobertura e justificação constitucional.”*

Mas a subtração de poderes e faculdades do direito de propriedade não pode ser injustificada. Mesmo que se atente a uma função social do património, esta função não pode desvirtuar o direito à propriedade. Por isso mesmo a proporcionalidade assume um papel determinante na conjugação dos princípios. A violação de determinado princípio tem de ser compensada com um benefício e esse benefício e custo devem ser proporcionais.

A indisfarçável escassez de receitas face aos múltiplos fins públicos que se pretendem acorrer não pode turvar o legislador de forma a violentar outros princípios constitucionais. A fundamentação dos tributos é, por isso, fundamental para aferir se o Estado está a agir no interesse e para cumprir os seus deveres e tarefas.

Outra tarefa, a nível fiscal que o Estado tem de garantir é a medição dos efeitos das suas ações. O Estado não pode deixar que o contribuinte cumpridor ou o contribuinte não isento não se sinta uma “vítima”. E para tal, os critérios das derrogações de princípios, mormente da igualdade – na vertente da capacidade contributiva e equivalência – não podem nunca ser arbitrários.

A ausência duma fundamentação válida para a derrogação de um princípio tão fundamental como a igualdade não pode cingir-se a matérias subjetivas. O Estado tem e deve “prestar contas” das suas opções financeiras.

Os benefícios concedidos, as isenções ou tributações reduzidas são uma segunda violação do direito de propriedade também. Isto porque para cobrir a despesa fiscal efetuada por decisão do Estado, aumenta a necessidade de receita, logo aumenta a necessidade de tributação.

Os contribuintes têm o direito a exigir do Estado que tenha os meios necessários para impedir que outros se eximam do cumprimento do dever de pagar impostos. Ou seja, para além das opções que o Estado possa tomar enquanto políticas fiscais, os contribuintes têm ainda o direito a que o Estado não propicie a fuga e a evasão fiscal.

Recorde-se que, nos termos do disposto no artigo 56º a 58º da LGT, a administração tributária tem o dever de ação, tem o dever de agir de fiscalizar e averiguar os factos tidos como comprometedores do funcionamento do sistema fiscal de forma igualitária.

A questão relativa à fundamentação do próprio sistema fiscal há muito que foi alvo de incursões doutrinárias. Julgamos que não é demais recordar aqui a problemática jurídica da causa do imposto. Mesmo sabendo que nas construções do direito fiscal se fugiu a este tema. Supostamente, o poder de tributar do Estado é autoexplicativo: o Estado necessita de receita para prosseguir os seus fins.

A característica da incessante insaciedade da natureza humana faz muitas vezes com que a transformação e adaptação dos sistemas aos tempos mais não passe dum enorme ciclo do rumo da história.

A construção dum modelo europeu de união, as medidas e influências uniformizadoras, a maturação dos Estados pós regimes totalitaristas, a mudança de paradigma socioeconómico, entre tantos outros factores, trouxeram a discussão do Estado, sobre o Estado e o que o Estado deve ser.

Não é despidianda a discussão, tal qual não serão as ações que certamente se implementarão, ao nível do Estado ou da Europa. Mas se discutimos algo tão essencial como que Estado queremos, então temos de nos recordar do básico, do fundamento que nos levou até onde estamos.

No caso dos sistemas fiscais, a discussão em torno da causa do imposto alterou-se consoante as tendências individualistas ou estatistas. Isto porque, o cerne da questão centra-se *“em saber se o fundamento do poder de tributar se projeta no plano da obrigação individual de imposto através da respetiva causa”*¹⁴⁵⁷

De notar que não se trata de discutir a causa eficiente que é geralmente associada ao facto constitutivo ou facto gerador do imposto mas antes a causa final: há ou deve de existir uma causa para a criação do imposto para determinado indivíduo.

¹⁴⁵⁷ Cfr. Soares Martínez, “Direito Fiscal”, Almedina, 1998, p.191 e ss.

Ora, uma vez que o imposto é uma obrigação tributária não voluntária, a ideia é que não deve existir causa final associada. Afinal, impondo-se a coercividade para que serve uma causa se, independentemente da mesma, o indivíduo mantém a obrigação.

Pois é precisamente por este motivo que as teorias pró casualísticas defendem que, efetivamente, a causa final apresenta muito mais relevância nas prestações não voluntárias. Afinal, é nestas que a necessidade de controlo é maior¹⁴⁵⁸.

Aliás, já o direito romano consagrava a nulidade das obrigações sem causa, como meio de defesa também para os contribuintes quando sujeitos a pressões tributárias injustificadas.

Contudo, até por motivos de financiamento próprio, a ascensão do cristianismo e da Igreja, muito contribuiu para a mitigação do princípio causalista uma vez que passa a ser quase uma obrigação natural o pagamento dos impostos.

Contudo, até mesmo no seio da Igreja os seus pensadores trouxeram de novo a questão da fundamentação do imposto. São Tomás de Aquino, por exemplo, defendeu que os impostos criados no interesse pessoal dos “príncipes” não deveriam obrigar os súbditos tal qual devem de obrigar as leis que não têm em conta a realização do bem comum. Ora, esta orientação acabou por se instalar e, aliada ao direito de resistência em face da ilegitimidade, a teoria casualística ganha adeptos até aos regimes totalitaristas de centralização de poder.

As teorias anti – casualistas que ascendem com o totalitarismo, passam o foco da análise para a soberania fiscal. Ou seja, a causa final do imposto não poderia nunca ser individualizável e por isso seria inoperante. Pois bem, a contraprestação efetiva do imposto, sabemos hoje pacificamente, que não é individualizável.

Mas isso não quer dizer que o mesmo não tenha ou não deve prosseguir determinados fins de interesse comum. E muito embora essa prossecução de interesses não seja necessariamente individualizável é também claro que tem repercussão direta no âmbito pessoal.

Há, pois, que efetuar uma clara divisão entre aquilo que é a *causa do poder de tributar* e, por outro lado, a *causa da relação jurídica de imposto*. Efetivamente, a causa do poder de tributar funda-se na soberania fiscal, no fundamento para o qual o Estado tem poderes tributários em geral¹⁴⁵⁹.

Situação diferente – e que aqui nos interessa particularmente – é a causa da relação jurídica subjacente a cada vínculo tributário em concreto.

No que concerne ao imposto, já aqui se afirmou da dificuldade de imputação duma causa concreta que seja transponível diretamente para o indivíduo. Contudo, isso não quer dizer que a criação do imposto não tenha, por si só uma motivação em especial.

Não se defende aqui que se coloque em causa o poder de tributar do Estado. Coloca-se sim, em causa, que a tributação sem fundamento possa ser legítima.

¹⁴⁵⁸ Se um indivíduo não concordar com determinada obrigação voluntária tem, quanto mais não seja, a opção de não a realizar. Enquanto que, nas obrigações coercivas, o indivíduo, independentemente da sua concordância, é obrigado à mesma, passe a redundância.

¹⁴⁵⁹ Cfr. Soares Martínez, “Direito Fiscal”, Almedina, 1998, p. 191 e ss.. No mesmo sentido já havíamos feito o mesmo reparo em “A Microtributação nas Autarquias Locais”.

Conforme já nos ensinava Sousa Franco¹⁴⁶⁰, *“Nos modernos sistemas de economia de mercado, as mais significativas receitas públicas – do ponto de vista quantitativo e qualitativo – são as receitas tributárias, que encontram o seu fundamento na existência dum dever genérico de cobertura dos encargos públicos, que recai potencialmente sobre a totalidade dos membros de uma comunidade (...)”*.

Este é o fundamento básico da tributação: a cobertura de encargos públicos. Ora, muito embora o conceito de despesa pública seja bastante abrangente, o mesmo não é desprovido de limitações. As despesas públicas concretizam o próprio fim da atividade financeira do Estado, ou seja, a satisfação de necessidades criadas pelo Estado na prossecução da sua atividade.

De acordo com o conceito de Sousa Franco, as despesas públicas *“consistem no gasto de dinheiro ou no dispêndio de bens por parte de entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços suscetíveis de satisfazer necessidades públicas”*.¹⁴⁶¹

Estamos, pois, certos de que a despesa pública não é uma realidade desconectada dos fins do estado e a prossecução da sua atividade. Depois podemos discutir a forma como essa despesa é feita: se de forma eficiente ou com laivos de despesismo. Mas o conceito centraliza o seu foco nos fins de interesse comum.

Portanto, quando as receitas tributárias servem, essencialmente, para cobertura de despesas públicas, as mesmas têm como finalidade a cobertura de despesas de carácter de interesse comum, de interesse público.

Contudo, os tributos podem ainda conter finalidades extrafiscais e, para além do propósito de angariação de receitas, os mesmos podem ainda prosseguir finalidades de regulação, de correção ou justificação social.

Ora, se por um lado a fundamentação dos tributos com finalidades predominantemente de angariação de receita é essencial para que se possa aferir não apenas da sua natureza mas também da sua conformação com a finalidade de financiamento dos interesses comuns, no caso dos tributos para-fiscais o facto de terem outras finalidades ainda mais aguça a necessidade de fundamentação.

Não é à toa que autores, como por exemplo Sérgio Vasques¹⁴⁶², dá especial relevo ao elemento finalístico dos tributos. Sobretudo porque este elemento finalístico é essencial para se perceber a natureza do tributo – independentemente da nomenclatura atribuída.

E, como refere Ana Paula Dourado¹⁴⁶³, as normas com finalidades fiscais todas têm o intuito de arrecadação de receita. Qualquer tributo terá como finalidade a arrecadação de receita, depois pode ou não ter ainda finalidades extrafiscais.

Estas finalidades acrescidas devem estar fundamentadas. Por vários motivos: i) por um lado a fundamentação do tributo permitirá a avaliação da natureza e respetivo regime legal; ii) permite ainda aferir da conformidade das finalidades dos tributos com a ordem jurídico-constitucional

¹⁴⁶⁰ Cfr. António L. de Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume II, Almedina, 1998, p. 58.

¹⁴⁶¹ Cfr. António L. de Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, Volume I, Almedina, 1998, p. 297.

¹⁴⁶² Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 186 e 203.

¹⁴⁶³ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 29 e ss.

tributária; iii) aferir da conformidade do valor da taxa com os intuitos parafiscais (aplicação do princípio da cobertura de custos e proporcionalidade).

No caso de benefícios fiscais, a fundamentação é ainda mais necessária. Isto porque os benefícios fiscais são uma derrogação ao princípio da igualdade, pelo que devem especialmente estar fundamentados.

A derrogação dum princípio como o da igualdade, seja pela vertente da capacidade contributiva ou equivalência, não pode ver-se ultrapassado sem razão ou por um princípio “menor”. Os benefícios fiscais são geralmente normas de orientação da económica ou normas de redistribuição.

Temos portanto, derrogações do princípio da igualdade que pretendem alcançar correções dos mercados em razão de maior eficiência ou em razão de maior justiça redistributiva.

Por último, há que atentar que o Estado, a Administração Pública, deve de agir de acordo com determinados princípios. É certo que falamos sobretudo de princípios de ação, aplicáveis às normas procedimentais.

Contudo, para a concretização de determinados direitos procedimentais não podem as normas materiais estar deficientemente fundamentadas nem podem ser vagas e imprecisas.

Nos termos do artigo 268º da Constituição da República Portuguesa, incluem-se nos direitos dos administrados o direito à informação e acesso. Ora, estes são apenas concretizações do disposto no artigo 266º da CRP, em que se prevê que a Administração Pública deve prosseguir as suas funções¹⁴⁶⁴, respeitando a igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé.

A ação da administração pública deve reger-se por grande parte dos princípios que são também aplicáveis às próprias normas materiais.

Em matéria tributária, a Lei Geral Tributária trouxe para o procedimento e processo tributário alguns dos princípios que o Direito Administrativo já havia acolhido. Tornou-se clara a necessidade de fundamentação não apenas das normas materiais mas também dos atos procedimentais e decisões administrativas.

Exemplo disso são os artigos 58º, 59º e 60º da Lei Geral Tributária, onde se consagram os princípios da inquisitório, colaboração e participação. O processo tributário passa a ter um cariz cada vez mais bilateral ao invés de uma demonstração unilateral do poder tributário do Estado.

Contudo, no que diz respeito à fundamentação, o artigo 77º da Lei Geral Tributária, embora traga graus diferentes de necessidade de fundamentação, obriga a que todas as decisões da Administração Tributária sejam fundamentadas.

É certo que esta fundamentação parece ser apenas procedimental. Contudo, não é bem assim.

A fundamentação deve ser¹⁴⁶⁵: i) Expressa, ou seja, é uma exigência legal de fundamentação e deve ser entendida de acordo com a funcionalidade e objetivos prosseguidos pelo próprio instituto; ii) clara, pois devem constar as razões de facto e de direito, mesmo que enunciadas de forma sucinta, sem que sejam dúbias, confusas, ambíguas ou obscuras; iii) congruente, devendo

¹⁴⁶⁴ Repare-se que nos termos do n.º 1 do artigo 266º da CRP, a Administração Pública deve prosseguir o interesse público e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

¹⁴⁶⁵ Cfr. José António Costa Alves e Jesuino Alcântara Martins, “Manual de Procedimento e de Processo Tributário”, Centro de Formação da DGCI, Direção-Geral dos Impostos, 2008, p. 49 e ss.

o conteúdo da decisão ser condicente com a sua fundamentação; iv) suficiente, sendo este um conceito qualitativo e não quantitativo, no sentido de o destinatário do ato saber o que se trata com o detalhe mínimo.

Para que exista uma correspondência entre a fundamentação necessária para atos procedimentais e os fundamentos das normas propriamente ditas, é fundamental que se saibam claramente os fundamentos das normas materiais.

Não seria de espantar que uma norma idêntica ao artigo 77º da Lei Geral Tributária, se aplicasse às normas materiais, com vista a que o legislador tributário não se esquecesse de manifestar claramente a sua intenção ao criar determinados tributos.

Considera-se até que este dever de fundamentação está subjacente aos princípios constitucionais da legalidade e igualdade.

Sem uma fundamentação expressa, clara, congruente e suficiente os destinatários das normas não poderão perceber as mesmas, logo viola-se o princípio da segurança mas sobretudo viola-se o princípio da boa-fé e gera-se a desconfiança sobre os verdadeiros motivos do Estado.

5.2.4.1.1. Fundamentação económica de base

Não podemos aqui esquecer o fundamental sobre a fundamentação económica que está na base de grande parte dos tributos com finalidades extrafiscais. Este ponto é fulcral para aferir da eficiência da norma: se um tributo tiver por finalidade uma correção de falha de mercado, o seu sucesso deve ser avaliado atendendo ao resultado produzido, enquanto remédio criado para determinada maleita.

Relativamente à fundamentação económica de base, temos desde já que fazer uma primeira triagem relativamente aos tributos que meramente pretendem satisfazer determinadas necessidades de cobertura de custos e os tributos que, para além de arrecadação de receita, pretendem fins extrafiscais.

Relativamente aos tributos que pretendem cobrir determinados custos, podemos considerar:

- i) Tributos unilaterais para cobertura de despesas gerais do Estado, ou seja, a figura típica e tradicional dos impostos gerais¹⁴⁶⁶. Neste caso, a fundamentação económica é encontrada por via das despesas gerais do Estado e necessidades de receita para concretização dos fins do Estado. É a base económica mais simples pois não tem necessariamente de conectar-se com um serviço individualizável mas antes com um conjunto de necessidades decorrentes das funções do Estado. É, contudo, o limite económico mais difícil de contabilizar porque, em bom rigor, o Estado pode sempre prosseguir uma e outra e mais outra tarefa com o intuito de melhorar o bem-estar geral ou prosseguir finalidades de interesse geral. Mas isso será, sobretudo um problema de limites de tributação não tanto de fundamentação. E quanto aos limites, temos sempre a ideia de confisco que servirá de limite máximo à invasão da propriedade privada.

¹⁴⁶⁶ Falamos propositadamente de impostos gerais porque os impostos especiais têm, grande maioria das vezes, finalidades extrafiscais associadas ou características diferentes, tais como terem carácter excecional e temporário.

- ii) Tributos cuja receita é consignada a determinada despesa pública. Estes tributos podem ter características diferenciadas, muitas vezes sendo caracterizados de contribuições extraordinárias mas cujas características podem conduzir-nos à categorização como impostos extraordinários. Contudo, independentemente da natureza, geralmente estes tributos são extraordinários e temporários e pretendem fazer face a especiais despesas efetuadas em determinado sector ou provocadas especialmente por determinados grupos de contribuintes. Neste caso, a fundamentação económica de base é associada a um determinado contexto de especial complexidade financeira. Nesses termos, a fundamentação económica do tributo é deveras importante para aferir da sua conformidade relativamente aos visados – quando são efetivamente o grupo que mais contribui para determinada despesa extraordinária – ou quando termina o factor extraordinário que justificava o lançamento do tributo o mesmo deva cessar a sua vigência¹⁴⁶⁷. Acresce ainda referir que, relativamente à consignação de receita, a mesma é genericamente proibida pelo artigo 16º da Lei de Enquadramento Orçamental. Contudo, a consignação pode ser fundamentada por motivos temporários e excecionais, o que significa que a fundamentação económica nestes tributos é essencial. Mesmo porque, no caso de tributos bilaterais, esta consignação fará parte da fundamentação do carácter sinalagmático do tributo, sendo essencial a sua clareza e justificação de necessidade.
- iii) Tributos para cobertura de custos, tais como cobertura de custos administrativos decorrentes da prestação de determinada atividade de que os contribuintes retiram utilidade – como o caso dos custos pela atividade de regulação - custos associados à utilização dum serviço público ou utilização de bem público ou custos para remoção de obstáculo jurídico. Nestes casos, temos tributos, geralmente bilaterais que servem para a cobertura de determinados custos económicos, sendo que a sua finalidade pode não ser apenas a de cobertura de custos. Contudo, na parte a que se refere a determinada despesa ou benefício provocado, o problema económico é, pelo menos, a cobertura dessa despesa/ benefício.

Depois temos uma vasta área de tributos com finalidades extrafiscais puras ou cumulativas, sendo que a finalidade extrafiscal terá um problema económico de base geralmente identificável e quantificável.

Assim, temos tributos:

- i) De correção de falhas de mercado, nomeadamente de externalidades, sendo os mesmos os característicos tributos pigouvianos. Neste caso, o problema económico de base é exatamente a existência duma externalidade, pelo que a fundamentação do tributo deve identificar claramente qual a externalidade que o legislador pretende atenuar ou resolver. E é por essa via que também se verificará se o tributo está a surtir efeito, pois, em caso de correção ou atenuação de externalidade, o mercado que estava em desequilíbrio terá de dirigir-se para a confluência indicativa dum mercado em concorrência perfeita. Estamos no âmbito de situações em que ainda é possível a

¹⁴⁶⁷ Damos o exemplo de determinadas medidas excecionais relacionadas com a intervenção da *troika* decorrente da crise financeira de 2011 ou outras que foram lançadas no caso da Pandemia COVID 19. O Acórdão n.º 7/2019 do Tribunal Constitucional, muito embora não tenha retirado consequências desse facto, considerou que o legislador quando qualifica o tributo de extraordinário é porque o seu fundamento está numa razão ou circunstância excecional e é necessário que esse tributo se delimite exatamente por essa característica excecional. Nestes casos, o tributo será provisório.

utilização da eficiência paretiana e mecanismos puramente económicos para fazer uma avaliação da medida corretiva de mercado.

- ii) Correção de falha de mercado, nomeadamente poderes de mercado. Neste caso, o tributo fará a regulação de mercado por via de preços ou de acesso a determinados bens ou serviços. Ora, também aqui existe uma distorção inicial do mercado, identificada pela análise económica de falha de mercado, em que o tributo pretende atenuar ou resolver essa falha. Se a fundamentação do legislador se encaminhar nesse sentido, então a eficiência do tributo apenas é visível, caso os agentes se passem a comportar de acordo com os *imputs* que foram dados pela criação do tributo. Neste caso em concreto, podemos ainda incluir tributos sobre lucros extraordinários. Mas neste caso, o Estado deve cuidadosamente fundamentar que esses lucros extraordinários decorrem duma posição de poder de mercado ou posição dominante e a correção não pode ultrapassar os valores-padrão do mercado em concorrência perfeita¹⁴⁶⁸.
- iii) Financiamento ou acesso a bem ou serviço público. Estes tributos pretendem corrigir a falha de inexistência de determinado mercado por estarmos perante um bem público. Nestes casos, temos o Estado a necessitar de financiamento para a produção desses bens públicos. Os tributos podem ser unilaterais mas geralmente são bilaterais quando se trata de acesso a esses bens públicos. Isto porque, por definição, um bem público é acessível a todos e, por isso mesmo, a introdução dum tributo pode ser um modo de regular o acesso a esse bem ou mercado. O mesmo para o caso de recursos comuns, em que os tributos têm uma função de regulação de acesso ao bem para que se possa caminhar para uma maior eficiência de uso desses bens. Ora, estes tributos de regulação de acesso, apenas serão eficientes em caso de o mercado se tornar viável. No caso de os agentes abandonarem o mercado ou exista uma sobre utilização desses bens ou serviços, então o tributo não está calibrado.
- iv) Finalidades de correção de distorções sociais. Neste caso, os tributos devem fundamentar-se em matéria de justiça social. Podem ser tributos unilaterais com determinadas características, nomeadamente taxas progressivas em que se tem em conta a capacidade contributiva dos cidadãos. No caso dos tributos bilaterais a questão já é diferente uma vez que está em causa sobretudo questões de equivalência, ou seja, tem de existir um sinalagma individual ou de grupo, direto ou presumido. Para finalidades de correção de distorções sociais geralmente o que acontece é a derrogação da capacidade contributiva ou da equivalência, com vista a permitir o acesso a determinados bens ou serviços a uma franja de cidadãos que, por qualquer razão, estão

¹⁴⁶⁸ Quanto a esta medida, temos sérias dúvidas sobre a aplicação dum imposto sobre lucros extraordinários enquanto medida corretiva de poder de mercado, mormente ao nível de eficiência. A questão está no que serão lucros extraordinários e condições que o mercado apresenta para que tal suceda. Em termos simplistas, um lucro extraordinário pode revelar uma posição dominante no mercado de determinado agente. A questão é se o imposto seria apenas aplicado a um ou pequeno grupo de agentes que pudessem representar um monopólio ou oligopólio, ou, em contraponto, a um sector inteiro. Outra dúvida que nos assalta é a definição de lucro extraordinário porque um lucro médio anual de determinado sector pode ser uniformemente elevado em caso de condições extraordinárias do sector. E nesse caso todos os agentes do mercado “ganham” aproveitando essas condições extraordinárias. Nesse caso, um tributo sobre esses lucros seria uma penalização pela prossecução do lucro que é, como sabemos, o comportamento economicamente racional do agente de mercado. Detemos, por isso, reservas sobre este tipo de medidas quando baseadas em correção de falhas de mercado, sendo muito fácil resvalar para fundamentos de justiça social, também eles com necessidade de fundamentação. De qualquer forma, uma medida deste género tem sempre de apresentar um rácio positivo de benefício líquido.

excluídos do mercado. Ou para beneficiar ou incentivar determinados comportamentos em determinados sectores. Nestes casos, a fundamentação é essencial para que se percebam as razões para a derrogação de princípios, o benefício ou incentivo dirigido a determinados grupos ou para incentivo ou desincentivo de determinados comportamentos.

Sobretudo no que respeita a este último caso, a finalidade de correção de distorções sociais, é essencial a fundamentação dos mesmos porque estaremos sempre numa posição de tratamento diferenciado. E o tratamento diferenciado entre cidadãos deve sempre ser fundamentado sob pena de violação do artigo 13º da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, o problema económico a resolver nestes casos será a associação entre os custos desta derrogação do princípio da igualdade, a despesa gerada e o benefício provocado pela medida.

Contudo, o benefício gerado nem sempre poderá ter um critério objetivo, uma vez que terá a ver com o nível de bem-estar provocado na globalidade da sociedade. E entramos numa eficiência de Kaldor-Hicks cuja avaliação objetiva se torna bem mais complexa.

De qualquer forma, a fundamentação económica de base é fulcral para a avaliação e responsabilização pelo funcionamento das medidas tributárias, sobretudo para a avaliação se estamos ou não perante medidas eficientes ou verdadeiras falhas de intervenção com as devidas consequências.

5.4.2.2. Critério material do princípio da legalidade: Tipicidade

O princípio da legalidade que aqui amplamente já foi abordado, contém ainda a vertente material que é o princípio da tipicidade.

Este princípio da tipicidade tem sido alvo de diversas interpretações, no sentido duma tipicidade mais aberta ou, em contraponto da tipicidade fechada, sem grande margem de interpretação para tribunais ou legislador.

Façamos o recordatório de que o princípio da tipicidade advém da necessidade de ser o Parlamento a definir os elementos dos impostos de acordo com o disposto no artigo 103º n.º 2 da CRP. Temos, portanto, por um lado a necessidade de Lei Parlamentar para definir os elementos essenciais dos impostos, sendo que os mesmos estão designados no artigo 103º n.º 2 da CRP, a saber, incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes.

Há, portanto uma limitação clara, por parte do legislador constitucional, que, pelo menos no que concerne aos impostos, tem de ser o Parlamento a definir a incidência, taxa, benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Diríamos até, na linha de Ana Paula Dourado¹⁴⁶⁹, que o artigo 103º n.º 2 da CRP inclui na reserva de lei parlamentar os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes, fazendo uma espécie de alargamento da amplitude do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP¹⁴⁷⁰.

Mas nos termos do artigo 103º n.º 2 falamos de benefícios fiscais, ou seja, benefícios relativos a impostos. Contudo, não devemos descurar que estes elementos são por demais importantes para não constarem nos regimes gerais das taxas e contribuições financeiras.

Assim, desde já nos adiantamos que consideramos que os elementos essenciais dos demais tributos devem constar dos regimes gerais que são, por via do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP, da reserva de competência do Parlamento.

A questão foca-se em saber se, na ausência dum regime geral, devem estes elementos essenciais relativamente às taxas e contribuições financeiras constar, na mesma, em Lei ou decreto-Lei autorizado.

Como já aqui escarpelizámos, é comumente aceite que no caso das taxas não há necessidade de Lei parlamentar ou decreto-lei autorizado para a sua criação e aplicação. Mas isso não quer dizer que não seja a lei, mesmo que por via de Decreto-Lei, que tenha de conter a delegação de poderes tributários, o tipo de tributos a cobrar, regime de benefícios e garantias dos contribuintes.

Com isto queremos dizer que, atendendo ao princípio de *nullum tributum sine lege*, para que entidades administrativas de base territorial ou não territorial possam cobrar tributos, os mesmos e o seu regime essencial tem de estar anteriormente consagrado, pelo menos, em Decreto-Lei.

Assim dizemos porque o poder tributário encontra-se sediado no Estado e é este mesmo Estado que pode delegar, e em que termos, esse poder de tributar.

No caso das contribuições, tendemos a concordar com grande parte da doutrina fiscal e, em particular, com Ana Paula Dourado, defendendo-se que, na falta de um regime geral das contribuições, devem as mesmas ser remetidas para o regime dos Impostos.

¹⁴⁶⁹ Cfr. Ana Paula Dourado, “O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, Almedina, 2015, p. 125 e ss.

¹⁴⁷⁰ O artigo 8º da Lei Geral Tributária veio ainda incluir no princípio da legalidade a definição dos crimes fiscais e o regime das contraordenações fiscais. Bem, nos termos do artigo 165º n.º 1 alínea c) e alínea d), parece-nos que a questão fica resolvida por si só pois o legislador constitucional não faz qualquer distinção de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social. Pelo que estaria sempre sujeito à reserva de lei parlamentar estas matérias também na área tributária. Situação diversa parece ser o constante no n.º 2 do artigo 8º da LGT, em que o legislador parece querer estender o princípio da legalidade à liquidação e cobrança de tributos incluindo os prazos de prescrição e caducidade, regulamentação das figuras da substituição e responsabilidade tributária, definição de obrigações acessórias, sanções fiscais sem natureza criminal e regras de procedimento e processo tributário. Nestes casos parece que o legislador ordinário quis sobrepor-se ao legislador constitucional. No máximo podemos considerar que se pretendeu uma concretização progressiva do texto fundamental mas não cabe ao legislador ordinário impor qualquer tipo de exigência em matéria estritamente constitucional como as reservas de competência legislativa. No que concerne em particular ao procedimento e processo tributário, pode considerar-se que estaremos no âmbito de garantias dos contribuintes e que devem constar em Lei Parlamentar o essencial sobre a defesa dos direitos dos contribuintes.

Aliás, o próprio Tribunal Constitucional, antes da controversa decisão do Acórdão n.º 539/2015, tinha já defendido que deveriam constar de Lei Parlamentar ou Decreto-Lei autorizado os elementos essenciais das contribuições.

E de facto, com maior ou menor pormenor, face ao cada vez maior emaranhado de contribuições, seria uma garantia de maior segurança que as contribuições se mantivessem no espectro da Lei Parlamentar e Decreto-Lei autorizado no que se refere aos elementos essenciais.

E é a posição que mantemos enquanto não existir um regime geral ou pelo menos regimes sectoriais que permitam uma padronização dos elementos das contribuições.

De relevar ainda duas questões.

Relativamente aos benefícios fiscais, a reserva de lei parlamentar é essencial para que se fundamente a restrição ao princípio da igualdade em matéria fiscal, bem como se justifique a despesa fiscal associada, mormente atendendo-se à finalidade social geralmente associada ao benefício fiscal.

De igual forma faz sentido que se aplique regime similar no que concerne aos benefícios tributários decorrentes de isenção ou redução de taxas ou contribuições. Assim, o regime dos benefícios deve contar em legislação similar à da criação do tributo.

No que concerne às garantias dos contribuintes, há que atentar ainda o disposto no artigo 165º n.º 1 alínea b) da CRP que prevê que a matéria de direitos, liberdades e garantias faz parte da reserva relativa da Assembleia da República.

Aliás, outra interpretação não pode ser dada face ao previsto no artigo 268º n.º 4 e 5 da CRP, uma vez que os contribuintes terão que ter acesso a tutela jurisdicional para reivindicar direitos lesados ou violação de interesses legalmente protegidos¹⁴⁷¹.

Pelo que, parece-nos que, em matéria de garantias dos contribuintes, não podem as mesmas estar previstas em legislação inferior à criação do tributo, devendo prevalecer o que, em matéria de garantias, estiver previsto em Lei Parlamentar ou Decreto-Lei autorizado.

Contudo, no caso de proteção, promoção ou ampliação de direitos e garantias dos contribuintes efetuados por mero Decreto-Lei, uma vez que se trata de melhorar a situação anterior, autores como Casalta Nabais ou Vieira de Andrade já se pronunciaram no sentido de não existir inconstitucionalidade formal.

Contudo, Ana Paula Dourado invoca razões substanciais, conforme defendido no Acórdão n. 56/84, para que tal não proceda, uma vez que por mero decreto-lei poderiam inoperar-se garantias previstas em norma hierarquicamente superior.

No que concerne à tipicidade, façamos uma análise mais pormenorizada da mesma até para percebermos quais os limites deste princípio relativamente à maior ou menor pormenorização, bem como lidar com conceitos vagos e indeterminados.

O princípio da tipicidade não é violado em caso de vaguidade da lei, desde que a orientação política quanto aos elementos essenciais do imposto seja dada pelo Parlamento e o Governo legislador concretize as autorizações parlamentares quanto a esses elementos essenciais¹⁴⁷².

¹⁴⁷¹ A necessária tutela jurisdicional efetiva imposta pelo Estado de Direito Democrático.

¹⁴⁷² Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 136 e ss.

Essa pormenorização dos elementos essenciais deve ser feita de forma que a carga fiscal seja previsível e calculável. Sendo certo que a pormenorização técnica pode ser concretizada em regulamento, existindo uma progressiva concretização designada de margem livre de tipificação

O artigo 103º n.º 2 prevê que os impostos são criados por lei que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Assim, esta formulação da tipicidade fiscal determina o *an* e o *quantum*, ou seja, o princípio da legalidade fiscal exige que o objeto do imposto, o sujeito passivo, a base tributária (ou elementos que concorrem para a determinação da medida de imposto) e a taxa do imposto sejam definidos por lei formal.

Relativamente à incidência, a mesma deve ser interpretada em sentido amplo e abranger facto tributário, sujeito passivo e aspetos de quantificação¹⁴⁷³. Abrange ainda as normas de conexão unilaterais que definem os rendimentos tributáveis de sujeitos passivos residentes e sujeitos passivos não residentes, bem como as normas unilaterais de atenuação da dupla tributação, uma vez que estas afetam a quantificação do imposto a pagar.

De referir que a determinação da matéria coletável ainda está no conceito de incidência em sentido amplo, devendo constar da reserva de lei formal. Mesmo que essas normas sejam dirigidas à Administração Tributária ou aos sujeitos passivos¹⁴⁷⁴.

Outro elemento essencial é a taxa ou alíquota, ou seja, a taxa de imposto ou os seus limites devem estar definidos na reserva de lei formal.

Contudo, a mera atualização das taxas de imposto em conformidade com a inflação e desde que deixe intocada a carga efetiva sobre os contribuintes pode não colocar em causa a reserva de lei parlamentar¹⁴⁷⁵.

O princípio da legalidade fiscal impõe que as leis em sentido formal devam ser suficientemente determinadas de modo que os particulares possam entender e prever as atuações da administração tributária. É esta a exigência do Tribunal Constitucional que demonstrou no Acórdão n.º 233/94, em que exige uma densificação da lei formal.

De facto, deve poder ser perceptível a calculabilidade do imposto mesmo que não seja possível o cálculo exato por parte do sujeito passivo.

Devido às exigências da reserva de lei fiscal, associadas à previsibilidade e calculabilidade, é cada vez mais normal existirem concretizações progressivas por vias de decretos-Lei, regulamentos ou até mesmo orientações genéricas ou jurisprudência.

Não esqueçamos que caberá aos tribunais o controlo dos limites internos e externos à margem da livre apreciação e à discricionariedade. É portanto cada vez mais necessário que exista uma definição de conceitos-padrão mesmo que não seja inconstitucional a utilização de conceitos vagos e indeterminados.

¹⁴⁷³ Conforme bem refere Ana Paula Dourado, em “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 138, “*Isto é assim, porque a legalidade fiscal tem funções garantísticas, e porque os impostos, mesmo que entendidos como deveres fundamentais, são limites imanentes ao direito de propriedade individual*”. Deve ainda incluir a incidência territorial e incidência temporal.

¹⁴⁷⁴ Incluem-se os deveres dos sujeitos passivos que interfiram com a avaliação ou quantificação do imposto.

¹⁴⁷⁵ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 284 e ss.

Em resumo¹⁴⁷⁶:

- i) As normas relativas à determinação do *an* e do *quantum* do imposto, cabe à lei formal estabelecer o regime diretamente para os casos típicos a que se dirige;
- ii) A incidência objetiva em sentido restrito (objeto do imposto), para além da definição e enumeração das manifestações típicas de riqueza que cada imposto pretende atingir pode ainda conter cláusulas residuais que abram a tipicidade e atinjam manifestações de riqueza semelhantes;
- iii) Para a incidência subjetiva (sujeitos passivos), a enumeração dos sujeitos passivos não tem que ser taxativa mas exemplificativa para evitar que determinadas entidades possam escapar ao âmbito de incidência;
- iv) As regras de determinação e quantificação da matéria tributária cabe à lei definir o regime a aplicar de modo que o interprete perceba quias as opções tomadas e consiga prever, mesmo que não exatamente, que imposto vai pagar. O desenvolvimento destes critérios pode ser efetuado por legislação hierarquicamente inferior no sentido de existir uma progressiva concretização.

Relativamente aos benefícios fiscais, os mesmos podem ficar dependentes de ponderação do Ministro das Finanças para casos concretos mas devem estar fundamentados, mormente devem prosseguir o bem-estar geral, respeitar o princípio da proporcionalidade, devendo ser ponderado o ganho para a comunidade.

De relevar ainda que a densificação progressiva dos conceitos fiscais em decretos-lei, regulamentos ou orientações genéricas, devem manter-se nos padrões de igualdade e legalidade exigíveis aos impostos, não justificando derrogações a tais princípios.

Ultrapassada a época da tipicidade fechada, admite-se hoje que, dentro de determinados limites, a atribuição de faculdades discricionárias e uma certa margem de livre apreciação quanto a conceitos indeterminados mostra-se útil na garantia da segurança jurídica e da igualdade do sistema¹⁴⁷⁷.

Razões até de praticidade devem ser atendidas neste caso, sob pena de, por tanto se querer limitar, colocam-se desnecessárias pedras na engrenagem do sistema, provocando maiores estragos que benefícios.

Os limites materiais impostos pela tipicidade relevam sobretudo para a aferição da validade formal. Mas impõem uma intervenção por parte da Assembleia da República em diversos aspetos do sistema tributário para que não se perca o contrabalanço entre as instituições.

Contudo, de nada servirá esta intervenção se a mesma não for exercida em consciência e de acordo com a efetiva necessidade de fiscalização e discussão das medidas tributárias atendendo os limites constitucionais, legislativos, económicos e sociais.

5.4.2.3. Corolários do Princípio da Igualdade: Capacidade Contributiva e Equivalência

Um dos limites mais relevantes para a construção das figuras tributárias é a sua sujeição ao princípio da igualdade. Já aqui referimos que o princípio da igualdade decorre da aplicação do

¹⁴⁷⁶ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal”, Almedina, 2016, p. 152 e ss.

¹⁴⁷⁷ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 289 e ss.

artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, sendo a sua formulação básica o “tratar de modo igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente”.

No caso da matéria tributária, o princípio da igualdade tem sido reconduzido a um princípio de proibição de arbítrio, dando margem ao legislador para escolher os critérios que entenda ser mais convenientes para os contribuintes.

Mas este critério é meramente um limite negativo à liberdade do legislador vedando-lhe a utilização de critérios que não prevejam qualquer tipo de ideia de justiça. E este critério de proibição de arbítrio apenas cobre a ideia de justiça mínima, excluindo uma discriminação absurda ou gritante.

Não garante, este critério de proibição de arbítrio, um sistema tributário justo e com coerência, pelo que é necessário encontrar formas de concretização positiva deste princípio da igualdade. E tal deve ser efetuado atendendo às diferentes espécies tributárias.

Assim, conforme já aqui mencionado por diversas ocasiões, o critério de repartição adequado para os impostos será a capacidade contributiva e o critério de repartição adequado para os tributos comutativos será a equivalência.

O que se pretende dizer com estes critérios é que existe uma limitação à tributação. Uma limitação que é a capacidade contributiva dos indivíduos, a capacidade contributiva enquanto medida de força económica, de riqueza. E a equivalência, ou seja, uma proporcionalidade entre o tributo e a contraprestação, cujo indivíduo ou grupo de indivíduos se aproveita ou pode aproveitar.

A enunciação do princípio da igualdade atendendo à já mencionada fórmula do tratamento igual daquilo que é igual e tratamento diferenciado daquilo que é diferente, leva à divisão entre perspetiva horizontal em que todos devem estar sujeitos às imposições públicas (*igualdade formal*).

Mas já numa perspetiva vertical, cada um deve pagar na medida das suas possibilidades (*igualdade material*). No limite, quem estiver no limiar da sobrevivência poderá não pagar. Mas isso não quer dizer que, quem tenha rendimentos avultados possa ser alvo dum “confisco”, ou seja um nível de tributação tal que constitua um fardo excessivo (*excess burden*), causador de perdas absolutas de bem-estar.

A capacidade contributiva decorre da ideia de justiça e de igualdade, pressupondo que todos são iguais perante a lei e por isso todos devem ser tributados. Assim sendo, é pressuposto da capacidade contributiva a riqueza e todos que a possuam devem ser tributados na medida da riqueza concretamente determinada.

Contudo, a tributação deve deixar intocada a riqueza necessária ao mínimo de subsistência e “(...) que se contenha dentro de limites que a não tornem confiscatória ou excessiva, pese embora as dificuldades da delimitação de conceitos.”¹⁴⁷⁸.

Stuart Mill questionou-se sobre esta regra de igualdade e, curiosamente, relacionou esta regra com a aplicação genérica do princípio da igualdade a todos os assuntos de governação. A

¹⁴⁷⁸ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha individual”, Almedina, 2008, p. 38º e ss.

tributação, sendo um assunto de governação também deve estar sujeita ao princípio da igualdade, uma *igualdade formal de sacrifício*¹⁴⁷⁹.

Enquanto tal, a igualdade fiscal desdobra-se em dois aspetos: generalidade e uniformidade.

Ou seja, não são admitidas distinções de natureza subjetiva e o critério é igual para todos e aplicado uniformemente.

Este critério é o princípio da capacidade contributiva: contribuintes com a mesma capacidade contributiva devem pagar o mesmo imposto e os contribuintes com capacidades contributivas diferentes devem pagar diferentes medidas de imposto. Nada mais parecido com a velha fórmula aristotélica de igualdade horizontal – imposto igual entre iguais – e igualdade vertical – imposto desigual entre diferentes na medida dessa diferença.

No que concerne à capacidade contributiva, o que este princípio nos diz é que os impostos devem adequar-se à força económica do contribuinte, devendo as manifestações de riqueza, todas elas, estar sujeitas ao imposto¹⁴⁸⁰. Há por isso a tributação do rendimento global.

Ora, esta ideia leva-nos a tecer já algumas considerações sobre a limitação dos impostos: se os mesmos devem tomar em consideração os rendimentos globais, as manifestações totais de riqueza, então na consideração de fardo excessivo e de limiar de sobrevivência também se deve ter em conta a globalidade de rendimentos para se contabilizar esses dois limites.

Torna-se ainda evidente a unicidade de rendimento, o que significa que se apenas existe um rendimento global sobre o qual incidem os tributos. Face a esta unicidade de rendimento, então sobretudo o limite máximo, o fardo excessivo, o confisco, deve ser contabilizado utilizando toda a carga tributária incidente sobre esse rendimento.

Não pode existir dois pesos e duas medidas. Se o rendimento é considerado na totalidade para determinado fim tem de existir o contraponto, verificando-se em conjunto o peso tributário sobre o qual incide. Somente assim o critério de justiça do sistema tributário pode concretizar-se.

A igualdade parece concretizar-se por via da capacidade contributiva e equivalência, casuisticamente relativamente a cada tributo. Contudo, o fardo excessivo tanto pode ser aferido atendendo caso a caso como à globalidade. E a globalidade é um caso de justiça intrasistemática, de incentivo.

Repare-se que caso não exista uma preocupação com uma avaliação do fardo excessivo, a finalidade da tributação fica afetada. Por um lado porque haverá a desmotivação para aumento de rendimento e consequente perda de receita. Por outro, o risco associado à fuga ou evasão fiscal torna-se suportável face ao nível de “saque” do património particular.

Nestes termos, mesmo em termos de análise económica do sistema tributário, há que atender a três índices que são relevantes. Por um lado, a carga fiscal que assenta na contabilização da carga dos impostos sobre o PIB, apenas nos indica o valor de receita tributária relativa a impostos relativamente ao PIB gerado no país.

¹⁴⁷⁹ Cfr. João Ricardo Catarino, “Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha individual”, Almedina, 2008, p. 38 e ss.

¹⁴⁸⁰ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 252.

Ora este índice deixa de fora os restantes tributos, pelo que tende a ser pernicioso no sentido de apenas entender como relevante os impostos unilaterais, do espetro orçamental do Estado, sem contabilizar as receitas tributárias na sua totalidade.

Por outro lado, há muito que a economia nos traz outras leituras, nomeadamente o esforço fiscal que é uma métrica que relaciona os impostos cobrados com a capacidade económica do contribuinte, sendo, portanto, mais condicente com a ideia de capacidade tributária.

Neste caso concreto, existe maior adequação às características jurídicas da capacidade contributiva porque esta tem em conta, como já referimos, a ideia de medida de força económica do contribuinte.

É nos países mais desenvolvidos e com maiores rendimentos que a carga fiscal é mais elevada.

No entanto, nesses países os contribuintes dispõem de maior capacidade económica para cobrir os seus encargos fiscais.

Nestes termos, o esforço fiscal acaba por ser inferior ao esforço que se verifica noutros países que, apesar de terem menor carga fiscal, têm também rendimentos muito inferiores.

A ideia essencial nesta medida é que a carga fiscal de cada país tem de ser ponderada pelo seu nível de vida.

O método mais frequentemente utilizado em termos económicos para calcular o esforço fiscal é o índice de Bird (1964), que por sua vez deriva do índice de Frank (1959). Trata-se de índices de esforço fiscal que se baseiam, não só nas receitas fiscais de um determinado país mas também no rendimento gerado e no número de habitantes.

Neste caso, os níveis de esforço fiscal são mais condicentes com a estrutura social e económica de cada país. Mas este índice é sobretudo vocacionado para a carga fiscal decorrente de tributos unilaterais. É certo que já faz uma análise mais cuidada atendendo ao rendimento médio, sendo por isso clara a preocupação com o nível de rendimento da população.

Por último, e ainda não muito explorado, há que avaliar a carga fiscal à qual deve ser acrescida a restante carga tributária, muitas vezes fora do âmbito orçamental.

A ideia é paralela a um icebergue em que a ponta do mesmo, que se encontra fora de água corresponde à carga fiscal (impostos vs. PIB do país). Mas submerso encontra-se um corpo de tributos, pouco visíveis, mas que correspondem a uma pesada e substancial parte da receita tributária.

E este é o nosso ponto. A carga tributária deve ser tomada como um todo e verificada atendendo à força económica de cada indivíduo. Repare-se que aqui incluímos toda a carga tributária mesmo a decorrente de tributos bilaterais. Isto porque a estrutura dos tributos bilaterais tem vindo a alterar-se de sobremaneira.

A ideia clássica relativamente aos tributos bilaterais é que os mesmos seriam “facultativos”, ou seja, só pagaria quem usufrui de determinado serviço, da utilização de determinado bem público ou de remoção de obstáculo jurídico. Seria, portanto, assemelhado a um “preço” duma utilidade que era usufruída pelos contribuintes.

Nestes termos, seria fácil presumir que quem teria maior capacidade económica acabaria por usufruir de mais utilidades e por isso deveria pagar as mesmas. Num raciocínio muito idêntico

àquele que é feito em relação aos impostos indiretos, relacionados com o consumo: quem tem maior rendimento pode consumir mais, logo paga mais tributos indiretos.

E esta presunção estaria correta caso se mantivesse o sistema fiscal assente maioritariamente nos tributos unilaterais, tal qual prescreve a nossa constituição. E caso os tributos comutativos não proliferassem assentes em sinalagmas presumidos, atendendo a equivalências amplas (diríamos até amplíssimas) e a recair sobre serviços de interesse geral, ou os chamados serviços essenciais.

A proliferação dum estado parafiscal tem um impacto sério sobre as limitações da tributação: porque o sistema de contrapesos torna-se demasiado amplo para ser eficiente.

O sistema de normas tributárias há muito que tem forçado ao limite a sua coerência intrasistemática.

À medida que foi sendo construído, o sistema fiscal assente em tributos unilaterais trazia a divisão em três grandes áreas – Tributação do Rendimento, do Património e do Consumo – cada área com a sua funcionalidade.

Essa funcionalidade era, em primeiro lugar a de arrecadação de receitas, tendo o legislador constitucional encetado logo uma ideia de finalidades extrafiscais ao atribuir à tributação de rendimento e de património motivações de redistribuição.

Mas cada função era prosseguida com os devidos contrabalanços: as isenções e tributações reduzidas eram a forma da justiça social, da redistribuição funcionar.

Contudo, a prossecução de cada vez mais finalidades extrafiscais dos tributos já veio introduzir entropias neste sistema. Ao deter cada vez mais funções extrafiscais, os tributos, mesmo os unilaterais, distorcem ainda mais a matriz central do sistema tributário.

Ora, essa distorção é ainda amplificada com as exceções. Ou seja, um tributo com prevalência em finalidades extrafiscais já é uma figura distorcida do tradicional imposto, sendo ainda mais distorcido com exceções em razão de contrabalanço do sistema.

O enredo criado pelo legislador traz insegurança e incoerência do sistema. Mas é o próprio legislador é que o impulsionador desse enredo, logo as consequências devem sentir-se, nomeadamente no que concerne aos limites da tributação.

Se o avanço é para um Estado Parafiscal – independentemente das considerações sobre vantagens e desvantagens do mesmo – então temos de tomar em conta essa realidade. Mas o que até aqui referimos tem a ver com limites de carga tributária e não com a aferição casuística. Cada tributo visto individualmente, atendendo às suas finalidades e características deve ser, ele próprio, colocado em análise para verificar se cumpre as suas finalidades, incluindo os limites delineados atendendo à sua função.

Já sabemos que é indicado como limites dos tributos, por um lado o mínimo de existência e por outro um *excess burden*, ou peso excessivo da carga tributária. Por um lado, quem esteja num limiar de sobrevivência não pode ser coartado de rendimento por via de tributação mas, em contraponto, não devem os tributos ser demasiado pesados que sejam um fardo excessivo, limitando a vivência familiar, levando a que as decisões económicas do sujeito passivo sejam afetadas.

Em termos económicos, os impostos devem ser utilizados sobretudo para correção de distorções de mercado e não para as aumentar: para que não existam ainda maiores ineficiências de mercado, o imposto tem de ser aplicado na medida em que não se torne num fardo demasiado (*excess burden*) ou num mínimo desinteressante, bem como não pode criar injustiças sociais ao invés de as prevenir ou atenuar¹⁴⁸¹.

Carlos Baptista Lobo, no já aqui citado Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006, refere estes limites como necessários e a ter em conta sobretudo no critério de equivalência.

Conforme bem refere o mencionado autor: *“Existem , no entanto, limites para a liberdade de definição do montante quantitativo da prestação: o limite superior deverá ser necessariamente ponderado tomando em consideração o princípio da proibição do excesso – se o montante for manifestamente desproporcionado nem sequer existirá equivalência jurídica dado o desfazamento entre a prestação particular e a contraprestação pública - ; o limite inferior deverá atender ao conteúdo substancial da prestação pública que, no limite, poderá justificar o seu fornecimento de forma gratuita quando estejam em causa bens essenciais para a subsistência humana ou para a vida em sociedade – limiar de sobrevivência”*.

Contudo, desde já se releve que se um único tributo atingisse estes limiares certamente o sistema tributário estaria em completa rutura.

Estes dois limites – o mínimo a ser salvaguardado e o máximo que deve ser evitado – aplicam-se a todos os tributos, sob pena de falta de unidade do sistema tributário e distorção dos princípios e finalidades dos tributos.

O problema é que a legislação deixou ampla margem de interpretação destes dois limites. É certo que a capacidade contributiva, a força económica do contribuinte é a medida dos Impostos e a equivalência é a medida das taxas e contribuições. Mas com que delimitações?

E essas têm sido muito pouco exploradas, mesmo quando o exercício é casuístico. E a jurisprudência tem dado poucos indícios, tendo apenas analisado de forma lateral esta problemática e sobretudo conectando-a com a proporcionalidade¹⁴⁸².

¹⁴⁸¹ Refira-se a este propósito que o imposto não pode ser um inibidor do mérito, ou seja, o desincentivo não pode ultrapassar a barreira do mérito. Uma vez ultrapassado esse limite, o imposto tornar-se-á ineficaz, por não premiar o esforço, seja na busca do rendimento extra, aquisição de património ou outra forma de aumento de base tributária. É exatamente por isso que o Estado não deve esquecer-se, neste particular, a *Curva de Laffer*, recordando que existe sempre um nível ótimo de arrecadação que, uma vez ultrapassado, não produz o desejado aumento da receita mas antes uma contração na arrecadação dos impostos. No particular das injustiças, é certo que continua a imperar a ideia de que a progressividade nos impostos sobre o rendimento são um meio de impor alguma justiça redistributiva uma vez que se tributa mais quem mais rendimentos tem. O valor das taxas marginais aumenta ao sabor do incremento do rendimento. Contudo, conforme bem repara Fernando Araújo, em “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2005, a progressividade das taxas de imposto sobre o rendimento não resolveu nem sequer atenuaram as desigualdades ou o fosso entre ricos e pobres. Assim, a fundamentação para a existência de progressividade torna-se hoje, cada vez mais, num motivo de efeito psicológico uma vez que o facto de alguém pagar mais imposto do que nós, é muitas vezes suficiente para atenuar o doloroso ato de entrega de valor ao Estado.

¹⁴⁸² Por isso mesmo decidimos fazer uma análise destacada da proporcionalidade mais adiante.

Por um lado o mínimo de existência parece ser aferido atendendo a valorações administrativamente fixadas, tais como rendimento mínimo garantido ou o indexante dos apoios sociais¹⁴⁸³.

Podemos ainda ter em conta os valores mínimos sobre os quais não incidem impostos sobre o rendimento, por exemplo. Nos termos do artigo 70.º do CIRS, encontramos um “mínimo de existência” que deve ser preservado da tributação:

Artigo 70.º

Mínimo de existência

1 - Da aplicação das taxas estabelecidas no artigo 68.º não pode resultar, para os titulares de rendimentos predominantemente originados em trabalho dependente, em atividades previstas na tabela aprovada no anexo à Portaria n.º 1011/2001, de 21 de agosto, com exceção do código 15, ou em pensões, a disponibilidade de um rendimento líquido de imposto inferior a 1,5 x 14 x (valor do IAS).

2 – Não são aplicadas as taxas estabelecidas no artigo 68.º:

a) Ao rendimento coletável do agregado familiar com três ou quatro dependentes cujo montante seja igual ou inferior a € 11.320;

b) Ao rendimento coletável do agregado familiar com cinco ou mais dependentes cujo montante seja igual ou inferior a € 15.560.

3 – Nos casados e unidos de facto, caso não optem pela tributação conjunta, os valores referidos no número anterior são reduzidos para metade, por sujeito passivo.

4 - O valor de rendimento líquido de imposto a que se refere o n.º 1 não pode, por titular, ser inferior ao valor anual da retribuição mínima mensal.

Conforme se pode constatar, resultante da aplicação das taxas de imposto, não pode o sujeito passivo ficar com uma disponibilidade de rendimento abaixo de 1,5x14x valor do IAS.

Contudo, tal apenas é aplicável a titulares de rendimento originados em trabalho dependente, pensões ou trabalhadores independentes conforme listagem da Portaria 1011/2001.

Não é tido em conta qualquer outro tipo de rendimento o que, à contrário, leva a crer que rendimentos de capitais, prediais ou mais-valias não são incluídos nesta estatuição. Estamos, pois, perante uma exceção da ideia de tomar em conta o rendimento global dos contribuintes.

Acresce referir que falamos apenas duma limitação em termos de imposto sobre rendimento sendo que se mantém a sujeição a outros impostos que sejam devidos¹⁴⁸⁴.

Ao que acresce ainda a sujeição aos demais tributos a que possa estar sujeito. Ou seja, esta estatuição não tem em conta quaisquer outros tributos a que o sujeito passivo possa estar sujeito.

¹⁴⁸³ Veja-se a propósito o Acórdão n.º 187/2013 do Tribunal Constitucional que já aqui referimos anteriormente.

¹⁴⁸⁴ Incluindo impostos indiretos que são “cegos” relativamente à capacidade contributiva concreta dos sujeitos passivos.

Atendendo ao que aqui foi dito, há que considerar duas vertentes relativamente ao limite mínimo ou limiar de sobrevivência. Por um lado, este limite serve de mínimo para não ser tributado, ou seja, esse mínimo é preservado, isentado de tributo, e o remanescente do rendimento é submetido à tributação “normal”.

Por outro lado, o limite mínimo pode ser o valor remanescente pós tributação, independentemente do valor de rendimento.

Ambos têm questões associadas e temos muitas dúvidas que possam ser exatamente da mesma proporção: será que podemos taxar um Milionário até ao limiar de sobrevivência? E deve o valor isento de tributação ser igual ao limiar de sobrevivência?

É que embora em ambas as situações existam questões de justiça associadas, os fundamentos socioeconómicos de análise são deveras diferentes.

Num caso combate-se a pobreza, no sentido de tratamento diferenciado daqueles que estão efetivamente numa situação de *iniquity* na sociedade, promovendo um melhoramento de condições. O segundo limite apenas parece querer implementar uma igualdade de nivelamento por baixo, promovendo uma igualdade reduzindo as condições de vida.

É por isso que este limite mínimo não pode separar-se da proibição do excesso que, em bom rigor também deve ser olhado em duas vertentes: a) a proibição do *excess burden* que influencie as decisões de vida do contribuinte; b) um limiar de isenção ou não tributação de tal forma insignificante que não funcione como contrapeso de implementação de justiça intrasistemática.

A avaliação do confisco tem sido tratada lateralmente pela jurisprudência sem que também se fale verdadeiramente da função social do próprio património, tema deveras fundamental para apreciação do *quantum* que a ablação de património pode atingir por via dos tributos¹⁴⁸⁵.

O confisco tem ainda sido avaliado sobretudo atendendo a taxas de imposto, o que é completamente redutor.

Conforme se pode ler no Acórdão n.º 187/2013, “A variável quantitativa não é, contudo, contrariamente ao que possa parecer, única ou determinante. Para aferição do que seja ou não imposto confiscatório, apela-se a uma ideia de equidade ou «tributação equitativa»: «saber se um imposto tem efeitos confiscatórios não depende apenas dos montantes das respetivas taxas. Importa, isso sim, aferir desses efeitos confiscatórios em relação a determinado contribuinte em concreto. O factor decisivo não é aquilo que o imposto retira ao contribuinte, mas o que lhe deixa ficar» (Luís Vasconcelos Abreu, *Algumas notas sobre o problema da confiscatoriedade tributária em sede de imposto sobre o rendimento pessoal*», in *Fisco*, n.º 31, maio 1991, págs. 26 e segs.).”

Parece-nos correta a abordagem de que uma taxa não define o nível de confiscatoriedade. Mas não pode é o Tribunal, a seguir, não fazer qualquer avaliação do que é o “mínimo que o imposto

¹⁴⁸⁵ Ainda muito recentemente, o Tribunal Constitucional veio pronunciar-se nesta matéria de forma muito interessante sobre o que compreende o conceito de propriedade e suas funções, tendo, a propósito dos créditos, considerado que: social “uma vez que o crédito é produto de investimentos que o credor realizou no exercício da liberdade de iniciativa económica privada”. Para o TC, “esta categoria de propriedade” [os direitos de crédito] “não reclama obrigações para com a comunidade” e “justifica uma garantia constitucional mais forte”. Ou seja, isentou os créditos duma função social. Assim, parece que, em determinadas situações, a função social da propriedade parece ser vista numa forma liberal clássica, apartando o proprietário de obrigações sociais. Extrapolando esta visão, podem estar em causa as obrigações sociais, mormente de redistribuição. Estará, pois, a visão ablativa da propriedade em transmutação?

deve deixar ficar”. Mesmo que seja uma avaliação casuística, o Tribunal Constitucional não fez nenhuma consideração concreta sobre esses valores que serão o mínimo que o imposto deve deixar ficar.

Muito em voga também estiveram – e continuam a estar – as considerações de que a fundamentação do tributo sendo excecional e transitória então parece valer tudo. Bem, tudo não mas também não se define o que realmente é um limite aceitável mesmo quando a medida é excecional.

Ainda no mesmo Acórdão n.º 187/2013, podemos ler: *Tenha-se, por último, em consideração que a redução das pensões, mesmo quando influenciadas pela aplicação de taxas contributivas percentuais muito elevadas – como sucede em relação às pensões abrangidas pelo n.º 2 do artigo 78º -, não corresponde a uma ablação do direito à pensão, constituindo antes uma medida conjuntural de carácter transitório, justificada por situação de emergência económica e financeira, pelo que não pode ainda aqui atribuir-se a essa contribuição uma natureza confiscatória.*

Também parece ser aceitável qualquer medida excecional desde que fundamentada. Já aqui referimos que a fundamentação das medidas excecionais é essencial para a delimitação material mas também temporal.

E assim parece estar a caminhar o Tribunal Constitucional, mesmo que, a nosso ver, duma forma muito ténue e inconsequente.

No acórdão n.º 7/2019, relativamente à CESE, o Tribunal considerou que: *“Este carácter extraordinário está logo expresso na sua mesma qualificação legal – sendo que não pode deixar de atribuir-se a esta toda a relevância. Naturalmente que, se o legislador qualifica e designa ab initio um tributo como “extraordinário”, é porque o seu fundamento está numa circunstância ou razão excecional, que “exige” a sua instituição, e a sua instituição com a configuração que o legislador lhe dá. Ainda que a lei não estabeleça expressamente um limite temporal para tal tributo, o facto é que uma tal qualificação indicia que o mesmo tributo não será para manter indefinidamente, ou não será para manter indefinidamente nos termos e com a conformação jurídica que recebeu – será, nesse sentido, «provisório».”*

Mas nada mais adiantou¹⁴⁸⁶. Se por um lado é essencial que se recorde que uma medida extraordinária, excecional é temporária, por outro lado há que apreciar em concreto quando é que essas medidas deixam de ter essa excecionalidade. E o Tribunal ainda não o fez.

Com o Acórdão 101/2023, o Tribunal Constitucional veio reconhecer que a fundamentação da CESE também tem sido alterada, o que provoca uma profunda necessidade de reflexão sobre este tipo de tributos:

“Cabe ainda sublinhar que esta alteração do destino típico das receitas da CESE ocorreu num contexto significativamente diverso daquele em que o tributo foi criado. Com efeito, superados os condicionamentos impostos pela execução do PAEF e pelo procedimento de défice excessivo,

¹⁴⁸⁶ Outro caso, sem qualquer decisão ainda, é a Taxa adicional de solidariedade consagrada no artigo 68º A do CIRS, também criada por motivos excecionais, devido à necessidade de receitas aquando do PAEF e não mais saiu de vigência. Veja-se, a propósito, o Acórdão n.º 187/2013 do Tribunal Constitucional – único que veio a apreciar da constitucionalidade desta Taxa Adicional de Solidariedade – onde o Tribunal Constitucional ressalva o sentido extraordinário e temporário desta medida. Desde 2012 que a mesma é aplicada e 10 anos mantém-se.

findo em 2017, observava-se já em 2018 uma «tendência de diminuição da dívida tarifária do SEN, iniciada em 2015» (v. o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 109-A/2018). Depois de ter atingido o valor mais alto em 2015 (cinco mil e oitenta milhões de euros), estimava-se que em 2018 este diminuísse para cerca de três mil e setecentos milhões de euros (v. o Comunicado da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos sobre a Proposta de Tarifas e Preços para a Energia Elétrica em 2018, disponível em https://www.erse.pt/media/1r0c1sce/comunicado_propostas-tarifas-ee_2018_vfinal.pdf, p. 4). Era ainda expectável que essa tendência viesse a acentuar-se em resultado das medidas de redução de custos adotadas no âmbito da execução do PAEF a que se fez menção supra, bem como da consignação de outras receitas à redução do défice tarifário do sector energético (v.g., da parcela de receita dos leilões de licenças, a que se refere o artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 38/2013, transferida pelo Fundo Ambiental, criado pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2016, de 12 de agosto, assim como das receitas provenientes da cobrança de impostos especiais sobre o consumo, a que se refere o artigo 251.º da Lei do Orçamento do Estado para 2018).»

Conclui dizendo que:

“Tudo isto implica, como é bom de ver, uma alteração profunda dos pressupostos de facto e de direito em que repousaram as decisões proferidas sobre a CESE no período entre 2014 e 2017: quanto aos primeiros, consubstanciados nos factores conjunturais atendidos no Acórdão n.º 7/2019, subsistindo embora em 2018 um considerável volume de dívida tarifária do Sistema Elétrico Nacional, verificava-se uma tendência firme de redução; quanto aos segundos, a ênfase dada nesse aresto, bem como na jurisprudência posterior deste Tribunal, ao financiamento de medidas de regulação, de apoio às empresas e de cariz social e ambiental, relacionadas com a eficiência energética, deixou de corresponder ao destino legal das receitas da CESE, em virtude das alterações introduzidas no regime jurídico do FSSSE.”

Ainda no que diz respeito à capacidade contributiva, critério de repartição no que respeita aos impostos, há que relevar que o mesmo não se esgota numa função de permitir (e assegurar) o tratamento fiscal igualitário entre sujeitos passivos¹⁴⁸⁷.

Ao mesmo tempo, o princípio da capacidade contributiva significa também que o legislador apenas deve tributar situações que revelem efetiva capacidade contributiva. Nos termos do Acórdão n.º 217/2015, *“O princípio da capacidade contributiva assume nos termos em que é aqui convocado valor paramétrico fundamentalmente como condição da tributação, de molde a impedir que a Contribuição Especial atinja uma riqueza ou rendimento que não existe, vedando a exação de uma capacidade de gastar que verdadeiramente não se verifica.”*

Com isto o Tribunal Constitucional quis dizer que não pode o legislador querer que a capacidade contributiva abarca um valor qualquer, paramétrico, presumido, que eventualmente possa existir.

Pelo contrário. O princípio da capacidade contributiva deve atender à efetiva força económica, à riqueza efetiva existente. E esse é mais um limite material que os impostos têm de ter.

Não podemos ter uma tributação de “castelos de ar”, sob pena de frustração da própria receita tributária tão necessária para a manutenção do Estado.

¹⁴⁸⁷ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “O novo Estado Parafiscal e os limites constitucionais à política fiscal de “crise””, Revista de Direito Administrativo, vol. I, n.º 9, junho de 2020, p. 45-49.

Por esse mesmo motivo, a capacidade contributiva deve ter em conta por um lado o rendimento global mas também os rendimentos reais, o lucro real decorrente do benefício líquido.

No que concerne à equivalência, já aqui discorremos amiúde sobre a necessidade de equivalência nas taxas e nas contribuições.

No que concerne às taxas, a ideia de equivalência é singular: o indivíduo usufrui de determinada utilidade logo deve determinada contraprestação.

Nas taxas podemos ter dois tipos de abordagem: i) por um lado as taxas com finalidades financeiras; ii) taxas com finalidades extrafinanceiras.

Relativamente às taxas com finalidades financeiras – e mesmo nestas! – a doutrina não tem sido unanime na consagração da equivalência económica. Contudo, sobretudo nestes casos, não há motivo para a não utilização do padrão económico.

Tanto assim é que o RGTA não teve pejo em consagrar a cobertura de custos, exigindo a fundamentação económico-financeira no artigo 8º n.º 2 alínea c), podendo este ser o padrão para as taxas de cariz financeiro.

A equivalência atendendo à cobertura de custos acaba por ser de fácil concretização, pelo que nestes casos não vemos razão para abdicar deste padrão.

Parece-nos, contudo, é que as taxas com finalidades financeiras são muitas vezes confundidas com finalidades parafiscais ou extrafiscais¹⁴⁸⁸ e por isso tudo tem sido “tabelado” sob a égide da equivalência jurídica, bastando a existência duma contraprestação específica.

A diferenciação relativamente à justificação de cobertura de custos pode ainda estar dependente do facto de ser possível a individualização, a divisibilidade da utilidade usufruída.

Nestes casos, é possível determinar a utilidade e quem dela beneficia, estabelecendo um sinalagma direto, individual e por isso facilmente se pode encontrar a equivalência económica desta prestação.

Situação diversa é quando a repartição dos encargos pelos diversos beneficiários não é direta, sendo muito mais difícil a aplicação do padrão de cobertura de custo económico. De qualquer forma, mesmo com a disseminação das utilidades pelos beneficiários – situação que também acontece nas contribuições – atendendo à finalidade da taxa, o padrão económico pode ser geralmente aplicado.

Conforme refere Sérgio Vasques¹⁴⁸⁹, *“Quando se vise compensar o valor duma prestação, há que proceder a uma comparação das prestações públicas com prestações semelhantes realizadas por operadores privado, sendo o tributo ajustado a este valor determinado. Em qualquer caso, o cálculo do custo ou valor das prestações administrativas faz-se sempre olhando à esfera da administração e empregando bases tributáveis específicas ou ad rem e nunca olhando à esfera do contribuinte nem usando bases tributáveis ad valorem”*.

¹⁴⁸⁸ Nestes casos, Carlos Lobo remete para a divisibilidade das utilidades e consequente possibilidade de utilização meramente da equivalência económica. Cfr. Carlos Lobo, “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006

¹⁴⁸⁹ Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 265 e ss..

Neste particular, diríamos que nas taxas e contribuições em que têm a finalidade de compensar o custo ou valor das prestações administrativas que se dirigem aos contribuintes, o valor das mesmas deve estar aproximado do valor de mercado caso o mesmo existisse ou estivesse em plena concorrência. Porque nesta particular situação, falamos de um *quasi* preço.

E, como bem refere o mencionado autor, nestes casos o valor pode ser concreto e não meramente proporcional. Porque efetivamente os custos são, nestes casos, mensuráveis.

Nos restantes casos, em que estamos perante, por exemplo taxas com finalidades parafiscais, entra a proporcionalidade. A equivalência proporcional ou, como já aqui referimos acima, a igualdade proporcional. Nestes casos, a equivalência reveste a exigência de o montante do tributo ser próximo do custo ou valor das prestações.

Contudo, pode-se ainda encontrar padrões para a equivalência económica, sendo os padrões muito mais complexos.

Carlos Lobo, fez uma abordagem inovadora à qual já nos referimos, em 2006, no seu artigo “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006, em que assume quatro padrões de medição de proporcionalidade consoante os fins que o legislador atribui ao tributo, a saber: i) equivalência ampla, ii) equivalência funcional agravada ou equivalência funcional subsidiada; iii) equivalência estrita; e iv) Equivalência neutra ou corretora.

No que concerne à equivalência ampla, a mesma conecta-se com as taxas cujo único fundamento é a angariação de receita pública, deixando à entidade administrativa ampla margem para a definição da prestação exigida.

Contudo, em nossa opinião, embora exista uma ampla margem de decisão por parte da entidade, no caso de prestações divisíveis a mesma terá de ser conexa com o valor de custo da mesma. E aqui teremos um primeiro limite.

Porque se a taxa tiver apenas uma finalidade de angariação de receita sem que a mesma esteja conectada com determinada funcionalidade, serviço ou utilidade, a figura tributária resvala necessariamente para um tributo unilateral.

Mesmo para o caso de utilidades com beneficiários difusos, o certo é que a angariação de receita pública tem sempre o limite equivalente à despesa pública. E não esqueçamos que uma taxa tem como característica a comutatividade, a bilateralidade e é dessa relação que nasce o *quantum*, a prestação pecuniária.

Muito custa a crer que, nos dias de hoje com os mecanismos contabilísticos e métricas económicas não se consigam justificar os valores associados a determinada prestação. Pelo que diríamos que esta equivalência ampla tende, cada vez mais para uma verdadeira equivalência estrita: se pudermos utilizar uma cobertura de custos – solução mais equiparada a um critério de igualdade formal – não a devemos descartar.

E, nestes casos, deve-se ter em conta que caso a taxa ultrapasse o limite da equivalência então a sua natureza não pode ser de taxa. Caso o limite de equivalência seja ultrapassado, ou seja, haja um excesso – reverso da proibição do excesso – passamos a ter uma figura sancionatória.

Situação diferente é quando a taxa tem uma finalidade extra financeira. Ora, nesse caso o montante a fixar dependerá da finalidade e objetivos a atingir com a taxa. Se essa finalidade

fundamentar um valor mais elevado do que a prestação pública, então estamos no âmbito da equivalência funcional agravada.

Nestes casos falamos, por exemplo, de externalidades negativas, como a defesa do ambiente, em que com determinado tributo se pretende corrigir, evitar ou banir determinados comportamentos.

Nesses casos, mesmo ainda existindo a finalidade de angariação de receita a mesma é residual face à finalidade extrafiscal.

Assim, pretende-se cobrir um custo que vai muito além da valoração de qualquer prestação pública, estamos perante uma descompensação entre o custo privado e o custo social que é compensado por via desta tributação.

Nestes casos, entra em cena o tradicional tributo pigouviano, de correção de desequilíbrios entre custo/benefício privado e custos/ benefício social, devendo o valor do tributo corresponder à correção da externalidade.

Em contrapartida à equivalência funcional agravada está o caso da equivalência funcional subsidiada que corresponde ao clássico exemplo de correção de externalidade positiva, em a taxa tem um valor menor do que a prestação pública.

No caso das equivalências funcionais, o que justificará um desfasamento dos valores em relação a um referencial de concorrência perfeita será a intromissão de correções de distorções sociais ou a prossecução de determinados objetivos políticos. Só isso justificará um desvio ao valor exato da correção de externalidade, por exemplo. Mas nestes casos estamos perante casos de tributos com funcionalidades múltiplas, entre a angariação de receita, correção de falha de mercado e correção de distorções sociais.

Por fim a equivalência estrita acontece quando a taxa se fundamenta na estrita correspondência à repartição de custos da atividade prestacional pública. Neste caso, não há um montante, uma mensuração mais próxima dos custos dos serviços prestados ou da utilidade ou benefício gerado.

A equivalência neutra ou corretora é aquela que corrige uma falha de eficiência no sentido de repor no mercado uma situação equivalente à concorrência perfeita.

Ora, parece-nos que, atendendo a uma fundamentação económica, qualquer correção de eficiência deve aproximar-se da reposição da eficiência no mercado. Neste caso estamos perante tributos cuja finalidade, parece-nos, se cinge à função corretora de eficiência.

Relativamente à equivalência nas contribuições, a parametrização é a da equivalência de grupo, sendo de relevar algumas das características que caracterizam esta equivalência e que a delimitam materialmente.

Conforme releva Filipe Vasconcelos Fernandes¹⁴⁹⁰, *“(...) a condição de sujeito passivo de uma dada contribuição financeira, quer esta respeite ao perímetro regulatório, associativo ou qualquer outro, apenas poderá despoletar-se na medida na medida em que estejam reunidas as condições de pertença a um grupo homogéneo de interesses, entendendo-se por este último um conjunto institucionalmente ordenado para a expressão de objetivos de índole material e que se*

¹⁴⁹⁰ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “As demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas e a jurisprudência do tribunal constitucional”, AAFDL Editora, 2022, p. 71 e ss.

concretizam em benefícios concretos ao nível do referido grupo e, como tal, em benefícios presumidos para os seus membros.”

Nestes termos, as contribuições diferenciam-se das taxas pela circunstância do nexo bilateral ter carácter derivado uma vez que existe uma presunção de benefício ou utilidade na esfera dos sujeitos passivos, sendo que tal benefício ou utilidade presumida decorre do facto do sujeito passivo integrar determinado grupo, tendencialmente homogéneo, que partilha determinados interesses.

Assim, nas taxas a dimensão comutativa é direta, de carácter imediato e individual, nas contribuições a dimensão comutativa do tributo expressa-se de forma mediata ou indireta, em que é necessária a prévia padronização do benefício ou utilidade obtido pelo sujeito passivo, atendendo à sua inserção em determinado grupo para o qual se dirigiu o serviço ou realização efetivada por parte de ente público.

Ora, esta posição, reforçada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional contida no acórdão n.º 363/2019, determina a bilateralidade das taxas atendendo à comutatividade direta. Ora, assim sendo, a existência de requisitos duma equivalência estrita torna-se dominante.

Até porque não há disseminação do benefício ou custo provocado, uma vez que é direto e individual no caso das taxas.

No caso das contribuições, as características deste grupo e a comutatividade indireta tornam muito mais complexas as avaliações da equivalência grupal.

No já citado Acórdão n.º 363/2019, frisa-se que, no caso das contribuições, o princípio da equivalência vincula o legislador a definir o universo de sujeitos passivos que se presume provocar ou aproveitar a prestação administrativa.

Mais. Assume-se claramente que essa presunção pode até não se concretizar: *“Não podendo dar-se por seguro que cada um dos concretos sujeitos passivos provoca ou aproveita a prestação pública – exige-se que o legislador isole os grupos de pessoas às quais estejam presumivelmente associados custos e benefícios comuns.”*

Ora, a comutatividade no caso das contribuições é muito mais ténue, pelo que é necessário ter cuidados reforçados, mormente na estipulação prévia do grupo a que pertence o sujeito passivo.

A equivalência, no caso das contribuições, projeta-se na estruturação subjetiva do tributo, através do recorte de um grupo de pessoas que têm interesses e qualidades em comum, que têm responsabilidades na concretização de objetivos a que o tributo se dirige, e que a prestação tributária seja entregue empregue no interesse dos membros do grupo. Esta é a síntese que o Acórdão 363/2019 faz relativamente à importância do grupo no caso da equivalência nas contribuições.

Ora, estes são limites materiais impostos pelo critério de igualdade aplicado às contribuições.

De relevar, que o Tribunal Constitucional fez aqui notar que não bastará uma homogeneidade de interesses – por vezes designada de homogeneidade de grupo – mas também uma verdadeira responsabilidade de grupo.

Ou seja, os membros do grupo partilham o ónus ou responsabilidade de suportar a atividade pública, responsabilidade essa que não pode atribuir-se isoladamente mas apenas em face da respetiva inserção no grupo a que pertencem.

Ora, esta vertente dupla da homogeneidade apenas faz sentido se conjugada com a estrutura de incidência das contribuições que assenta numa base presumida: presume-se que existe um benefício de prestação pública para todos os membros de determinado grupo, mesmo que, individualmente não beneficiem efetivamente dessa prestação¹⁴⁹¹.

Assim, e conforme bem refere a propósito deste tema Filipe Vasconcelos Fernandes¹⁴⁹², que as contribuições se distinguem das taxas uma vez que o nexo bilateral resulta do facto do sujeito passivo pertencer a um determinado grupo, grupo esse onde se projeta a presunção de benefício/ utilidade ou custo/ prejuízo.

Há uma prévia ficção de interesses dos membros desse grupo.

Este é ainda o motivo que sustenta e mantém como critério de igualdade a equivalência e não o da capacidade contributiva porque a contribuição é ainda um tributo paracomutativo, mesmo que essa comutatividade se manifeste de forma mais ampla por via da inserção do sujeito passivo em determinado grupo sobre o qual recai a presunção de benefício/ prejuízo relativamente a utilidades públicas.

No caso das contribuições a formação do grupo sobre o qual recai a tributação é prévia e baseia-se na utilização presumida ou benefício presumido, sendo a pertença a um determinado grupo suficiente para que tenha condição de sujeito passivo. De igual modo se passa para grupos de sujeitos que presumidamente causem determinado prejuízo.

Basta a pertença ao grupo e a presunção de aproveitamento/ prejuízo – que não impede a concretização direta – para que haja elemento de conexão para a tributação ocorrer.

Assim, conforme referido no Acórdão n.º 152/2013, vem esclarecer que *“se o que se tributa é um uso efetivo do espectro radioelétrico o que temos é uma verdadeira taxa, mas o que se tributa é a suscetibilidade desse uso, então estaremos perante uma contribuição financeira”*.

Ou seja, quando o grupo sobre o qual recai a tributação foi delineado não se sabia se existia uma usufruição direta por cada elemento do grupo mas antes a suscetibilidade de qualquer membro daquele grupo usar, neste caso, o espetro radioelétrico.

Tal sucedeu por se tratar dum recurso escasso que estava à mercê do uso de determinados sujeitos passivos, pelo que seria necessário regular o acesso ao bem por quem potencialmente estava em condições de o fazer.

Contudo, esta presunção não pode ser fraca ou vazia, sob pena de inexistir o nexo de conexão necessário para a tributação¹⁴⁹³, pois nesse caso o espetro dos supostos beneficiários é muito alargado, não tendo a presunção quaisquer contornos definidos.

A bem do princípio da segurança não pode existir esta vaguidade sob pena do tributo se tornar arbitrário.

¹⁴⁹¹ Aliás, esta característica faz com que seja necessária redobrada atenção no que concerne às isenções e demais exceções de tributação para que não deixe de existir, precisamente, equivalência.

¹⁴⁹² Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “As demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas e a jurisprudência do tribunal constitucional”, AAFDL Editora, 2022, p. 71 e ss.

¹⁴⁹³ A este propósito, veja-se o Acórdão n.º 848/2017 do Tribunal Constitucional.

No que concerne às receitas, é normal que a receita dos tributos seja consignada a despesas gerais das entidades que as cobram. Contudo, não pode haver um desfasamento completo entre as finalidades do tributo, os seus sujeitos passivos e a consignação da receita.

Repare-se que, caso determinada contribuição seja criada para financiamento do sector X, fará algum sentido que os contribuintes sejam membros do sector y? Temos muitas dúvidas que tal não consubstancie um desfasamento entre a fundamentação do tributo e a necessária equivalência grupal, mesmo que presumida.

O Acórdão n.º 101/2023, veio trazer a novidade de se considerar a inexistência de nexo de causalidade por falta de equivalência de grupo e de densificação mínima dessa equivalência:

“O que daqui se depreende é que não há motivo algum para fazer correr por conta das empresas concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural encargos associados à redução da dívida tarifária do sector elétrico. Nem há razão nenhuma para supor que a prevenção dos riscos associados à instabilidade tarifária no sector elétrico aproveita em especial medida aos operadores dos demais subsectores – não se podendo admitir como contraprova a suposição de que um tal benefício advém, como que obliquamente, da circunstância de boa parte das empresas credoras da dívida tarifária serem grandes consumidoras de gás natural. Acresce que o regime não define critérios que imponham que uma parte relevante da receita da CESE se mantenha afeta ao financiamento de medidas tendentes a favorecer os interesses de todos os operadores económicos incluídos no seu âmbito de incidência subjetiva (e não isentos). Pelo contrário, na prática, é confiada ao Governo a possibilidade de, em função dos «objetivos que se revelem mais prementes», afetar toda a receita da CESE à redução da dívida tarifária do sector elétrico – ou seja, ao financiamento de prestações públicas de que os operadores do sector do gás natural não podem, como se viu, presumir-se causadores ou beneficiários.

Por fim, ainda que um terço da receita da CESE tivesse sido consignado ao «financiamento de políticas do sector energético de cariz social e ambiental, relacionadas com medidas de eficiência energética», a circunstância de as tarefas que o tributo se destina a financiar não terem sido objeto de densificação mínima, não permite sequer apreender se e em que medida cada um dos subsectores em causa é visado pelas medidas a adotar pelo FSSSE. De facto, mesmo em tais condições – estritamente hipotéticas –, não se poderia presumir que um terço da receita da CESE tivesse sido destinado a medidas de que seriam especiais beneficiários os operadores do subsector do gás natural, de modo a garantir um certo equilíbrio na participação pelos subgrupos de operadores dos benefícios presumivelmente proporcionados pelo FSSSE.”

Esta decisão apenas reforça o que já temos vindo a defender.

As contribuições financeiras portuguesas têm sido comparadas pela doutrina¹⁴⁹⁴ às *Sonderabgaben* alemãs, sobre as quais recai já ampla jurisprudência, incluindo constitucional, mormente pelo BVerfG (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha).

A doutrina alemã tem vindo a estabelecer alguns critérios que podem ser úteis na análise das contribuições financeiras portuguesas, a saber¹⁴⁹⁵:

¹⁴⁹⁴ Nomeadamente Casalta Nabais, Ana Paula Dourado e Sérgio Vasques, incluindo-se neste leque de autores mais recentemente Filipe Vasconcelos Fernandes.

¹⁴⁹⁵ Cfr. Filipe Vasconcelos Fernandes, “As demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas e a jurisprudência do tribunal constitucional”, AAFDL Editora, 2022, p. 88 e ss.

i) Homogeneidade de Grupo, ou seja, as contribuições incidem sobre um grupo homogêneo em contraposição com a carga impositiva dos impostos que recai sobre a generalidade dos contribuintes. Assim, só pode ser cobrada uma contribuição caso o grupo pré-estabelecido sobre o qual recai a tributação seja distinto do público em geral e de outros grupos, detendo um interesse comum que sejam reconhecidos institucionalmente ou socialmente.

Este elemento é essencial sobretudo no que concerne ao reconhecimento institucional da categoria de grupo para que não existam dúvidas sobre os sujeitos passivos e para que não existam sobreposições de tributações do mesmo género e com os mesmos fins.

ii) Responsabilidade de Grupo que quer dizer que a cobrança de determinada contribuição a um determinado grupo justifica-se com uma especial relação com esse grupo. Cada grupo homogêneo deve ter uma relação específica com as necessidades de ordem financeira a que oferecem cobertura por via da contribuição.

A doutrina alemã refere-se, neste caso a uma especial responsabilidade de financiamento por parte desse grupo, mais do que qualquer outro! E este ponto é fundamental que se aplique no caso português. Não se podem criar contribuições, cobradas a determinado grupo e consignar a receita a um centro de custos geral ou que não tem qualquer relação especial com os contribuintes.

Há, portanto que existir uma relação grupal específica ou próxima ao objeto que despoleta a tributação.

iii) Utilidade de grupo que é uma espécie de mandato legislativo em que se permite afetar cada contribuição aos interesses específicos dos responsáveis pelo pagamento. Ou seja, a receita da contribuição deve ser alocada atendendo aos interesses do grupo – e não aos individuais – pelo que é necessária uma constante revisão dos pressupostos das contribuições e suas finalidades, coisa que, infelizmente, não se passa em Portugal.

Estes três padrões são essenciais para a análise integrada das contribuições. Mas esta tem sido a caminhada da doutrina e jurisprudência alemã a qual não tem sido totalmente considerada em Portugal apesar das semelhanças dos regimes.

De facto, o Tribunal Constitucional tem vindo a considerar a ideia de grupo homogêneo e de responsabilidade de grupo mas com menos veemência a utilidade de grupo.

Exemplo dessa situação são os acórdãos relativos à Contribuição do Sobre o Sector Bancário e Contribuição Especial sobre o Sector Energético¹⁴⁹⁶ em que o Tribunal Constitucional, muito embora considere a existência dum grupo homogêneo não consegue estabelecer se esse grupo beneficia de algum tipo de prestação por parte da entidade pública.

Em nosso entender, é essencial que se tornem mais escrutinadas todas as características das contribuições. E tal é ainda mais notório quando o próprio Tribunal Constitucional parece já ter assumido a desnecessidade de aplicação do regime de legalidade dos impostos a estes tributos.

Ora, muito embora um escrutínio de legalidade não seja igual a um escrutínio da aplicação material da equivalência grupal, urge clarificar as barreiras entre as três categorias de tributos e não fazer uma “navegação à vista” atendendo às necessidades financeiras do Estado.

¹⁴⁹⁶ Veja-se a propósito os Acórdãos n.ºs 505/2021, 7/2019, 285/2021, 438/2021 e 756/2021

Outra grave situação que sucede amiúde nas contribuições é a tendência para se resvalar para critérios de capacidade contributiva.

Uma vez que os grandes sectores em Portugal ainda são maioritariamente preenchidos por um grupo restrito de empresas, é muito fácil implementar determinados tributos assentes em percepções.

O caso recente da intenção de implementação duma tributação sobre lucros extraordinários é disso exemplo. A percepção de que determinadas empresas de sectores muito específicos estão a lucrar com a conjuntura de inflação leva à pressão social de tributação também ela excecional.

Contudo, uma tal tributação deve ser muito bem calibrada e fundamentada, sob pena de, querendo-se ter receitas extraordinárias se acabe por conseguir antes um desequilíbrio do mercado, criando êxodo de agentes e de produto.

No caso das contribuições sectoriais, muitas vezes a percepção é que tal sector deve “pagar” por determinadas ações. O caso do sector bancário é paradigmático.

Uma vez que a crise de 2008 e 2011 se inicia no sector bancário, o mesmo tem sido – e bem – muito escrutinado mas também martirizado com tributação.

De referir que a tributação não pode ter carácter sancionatório como sempre bem ensinou Soares Martinez. Um tributo sancionatório abandona a sua natureza e consubstancia uma punição.

Por último, voltamos a frisar a necessidade de fundamentação relativamente aos benefícios tributários que são, em grande parte, uma derrogação da capacidade contributiva ou da equivalência.

Ora, essa fundamentação pode ser vista de dois ângulos:

a) relativamente à fundamentação económica, o *quantum* do benefício fiscal incorpora o valor da despesa fiscal associada e custos sociais de “percepção”¹⁴⁹⁷ vs. benefício social provocado com o benefício tributário em concreto. Deve o benefício provocado à sociedade deve cobrir os custos, sob pena de o mesmo não cumprir a finalidade de correção de distorção social. Aqui avalia-se a eficiência económica do benefício tributário;

b) Valoração social provocada pela existência de benefício tributário que, em última análise é avaliada por via da paz social existente. Aqui avalia-se o impacto social no bem-estar que o benefício trouxe atendendo a que existiu uma violação do princípio da igualdade.

Na segunda situação será necessário também avaliar se há proporcionalidade entre a violação do princípio da igualdade e o benefício social produzido.

5.4.2.3.1. A proporcionalidade

¹⁴⁹⁷ Um custo de oportunidade associado à legitimidade concedida socialmente ao benefício tributário concreto e que influencia o próprio valor do benefício gerado para a comunidade.

Temos muitas vezes referido a proporcionalidade como barómetro dos limites dos tributos. Isto porque a proporcionalidade tem sido a expressão da proibição do excesso, da igualdade proporcional.

De facto, a proporcionalidade tem sido um conceito desenvolvido ao longo dos tempos atendendo à complexidade dos sistemas normativos, sendo de relevar u acentuar da mitigação entre as correntes positivistas e neopositivistas.

Atendendo a que atualmente prevalece a ideia de que em termos do sistema normativo o mesmo deve ser perspectivado como um espaço composto por regras e princípios, percebe-se então esta mitigação dos conceitos.

Os positivistas, defendendo que o sistema é apenas composto por regras, consideravam que na ausência de regra a decisão seria discricionária¹⁴⁹⁸.

Contudo, a partir do momento em que se considera que o sistema normativo inclui ainda princípios jurídicos, então não faz sentido a existência de discricionariedade uma vez que pode encontrar-se uma solução apoiada nesses mesmos princípios.

O recurso ao princípio da proporcionalidade é utilizado atendendo a vários valores que o mesmo contém.

As primeiras incursões da aplicação deste conceito nas relações humanas, por mão de Aristóteles, colocavam a proporcionalidade como uma derivada do conceito de justiça material, mais especificamente da proibição do sacrifício excessivo da liberdade e a necessidade de ponderação¹⁴⁹⁹.

De notar que a proporcionalidade, mesmo conectado com o princípio da justiça, esteve sempre intrinsecamente relacionado com a igualdade. Contudo, progressivamente a proporcionalidade acaba por se autonomizar mas sempre dentro do reduto da justiça, atendendo a um conceito de proporção, ponderação e equilíbrio.

Por outro lado, a proporcionalidade prende-se com uma certa racionalidade na decisão, pelo que funciona como uma cláusula de proibição de arbítrio normativo. É, como refere João Félix Pinto Nogueira, “uma cláusula de bloqueio da irracionalidade”¹⁵⁰⁰.

Esta fundamentação é particularmente importante nos ordenamentos em que, embora não exista uma disposição constitucional da proporcionalidade, existe um dispositivo de proibição de arbítrio, como sucede, por exemplo, no artigo 9º da Constituição Espanhola.

Outro princípio importante relativamente à proporcionalidade, é a dignidade da pessoa humana que parece ser na literatura contemporânea constitucional o fundamento de legitimação dos ordenamentos modernos.

Neste caso, *“A ideia subjacente é a seguinte: ao tomar-se como base da legitimação a ideia de dignidade da pessoa humana, vincula-se hermenêuticamente a proporcionalidade àquela,*

¹⁴⁹⁸ Falamos em casos judiciais e por isso, na ausência de regra os juízos teriam o poder de decidir de forma discricionária. A corrente positivista foi defendida por H.L.A. Hart, tese que foi contrariada por Dworkin que se posicionava de forma mais moderada, bem como Robert Alexy.

¹⁴⁹⁹ Cfr. João Félix Pinto Nogueira, “Direito Fiscal Europeu – o paradigma da proporcionalidade”, Coimbra Editora, 2010, p. 72 e ss.

¹⁵⁰⁰ Cfr. João Félix Pinto Nogueira, “Direito Fiscal Europeu – o paradigma da proporcionalidade”, Coimbra Editora, 2010, p. 73 e ss.

garantindo-se que o Homem jamais possa ser funcionalizado em face dum objetivo coletivo – qualquer que seja a natureza que este assumia.. A proporcionalidade, com a demarcação que procede do âmbito de acção da intervenção estatal, é o operador perfeito para garantir essa não funcionalização”¹⁵⁰¹

Por outro lado, o facto de existir uma catalogação de direitos fundamentais nos textos constitucionais não quer dizer que os mesmos sejam cumpridos, pelo que é necessário a adoção de metodologias e procedimentos adequados para a sua aplicação.

Uma das características fundamentais a esse procedimento de efetivação dos direitos fundamentais é a proporcionalidade, pois a mesma tem um papel essencial na limitação dos mesmos, incluindo limitação das ações ablativas desses direitos por parte do poder legislativo ou executivo. Ou seja, a proporcionalidade é essencial para impor limites em concreto, sendo essencial na defesa concreta dos direitos fundamentais.

Até porque a simples existência de direitos fundamentais é a constatação de existência de princípios para além de normas concretas no sistema normativo. É, portanto, essencial a existência de instrumentos fundamentais para proceder à ponderação dos princípios.

É neste particular que a proporcionalidade ganha relevância enquanto um mecanismo de ponderação, limitação e aplicação concreta de determinados princípios.

Ainda outra corrente doutrinária tem defendido que o princípio da proporcionalidade advém do princípio do Estado de Direito.

A jurisprudência alemã pós-guerra, encontrou neste princípio o suporte necessário para a aplicação da proporcionalidade uma vez que inexistiam referências na constituição.

Isto porque no âmbito dum Estado de Direito democrático é inevitável que quaisquer decisões tenham de ser devidamente fundamentadas, sendo necessária a proporcionalidade também no procedimento que permita a efetivação dos pilares do Estado de Direito.

A proporcionalidade permite ainda que os cada um dos poderes do sistema de separação de poderes estejam efetivamente delimitados atendendo àquilo que constitucionalmente está previsto.

A proporcionalidade pode ser perspectivada em duas dimensões: enquanto mandato ou enquanto método de controlo¹⁵⁰².

Relativamente ao mandato da proporcionalidade, esta vertente é muitas vezes apelidada de vertente positiva, uma vez que a sua função é a de fornecer orientações que permitam uma melhor definição dos meios a utilizar na prossecução de um determinado fim.

Sob o ponto de vista orgânico, a proporcionalidade impõe-se a todos os poderes públicos, fundando-se nos princípios de justiça e do Estado de Direito, impondo-se a qualquer manifestação de vontade pública.

¹⁵⁰¹ Cfr. João Félix Pinto Nogueira, “Direito Fiscal Europeu – o paradigma da proporcionalidade”, Coimbra Editora, 2010, p. 75 e ss.

¹⁵⁰² Cfr. João Félix Pinto Nogueira, “Direito Fiscal Europeu – o paradigma da proporcionalidade”, Coimbra Editora, 2010, p. 82 e ss.

Esta vertente da proporcionalidade é essencialmente preventiva, impondo aos órgãos que previamente definam os critérios de proporcionalidade a adotar, sendo que é dada ampla margem a esse mesmo órgão para a decisão sobre esses critérios.

A proporcionalidade pode ainda apresentar-se como medida de controlo, sendo que neste caso terá de ser um órgão diferente, de hierarquia distinta, do da decisão que impõe esse controlo.

Nesta vertente, a proporcionalidade não é critério material da validade da medida mas antes critério para a sua validade. E neste caso, o órgão que faz o controlo está encarregue de constatar de a proporcionalidade está preenchida ou não, e em caso negativo tem de aplicar as consequências que o ordenamento jurídico em concreto prever.

Esta diferença entre vertente de mandato e de controlo também é reflexo da existência de órgãos com diferentes competências. Ao legislador cabe a fixação primária de objetivos e interesses geralmente associados à maximização do bem-estar comum.

Depois temos a administração com algum poder de concretização da atividade legislativa que, embora ainda com alguma discricionariedade de ação já tem limitações associadas.

E por fim existem os órgãos de controlo – em regra os tribunais – que se pronunciam sobre a validade e correção dos atos e comportamentos adotados

Ora, a vertente de correção é adequada à verificação se determinado meio se mostra como a via apropriada para a prossecução de fim legítimo previamente definido.

As considerações tecidas até agora em concreto sobre a proporcionalidade sustentam duas observações que já aqui fomos deixando:

i) por um lado a proporcionalidade deve ser aferida preventivamente, por via da correta, concreta e clara fundamentação material dos tributos, atendendo não apenas às normas do sistema mas também aos princípios intrasistemáticos. Somente assim poderá existir coerência do sistema que é gizado essencialmente pelo legislador. A vertente preventiva da proporcionalidade exige que seja sobretudo o legislador – constitucional e ordinário – que tome as rédeas dum fio condutor intrasistemático, devendo, no âmbito da sua discricionariedade, impor parâmetros de proporcionalidade que sejam claros.

Neste particular o Parlamento, tem também uma palavra neste processo. Recorde-se que, nos termos do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP, a reserva de competência relativamente a matéria tributária é, no essencial, da Assembleia da República.

Assim, o escrutínio por parte deste órgão faz parte do próprio processo legislativo, devendo o Parlamento funcionar como o primeiro filtro da proporcionalidade quando legisla diretamente ou autoriza o governo a legislar.

No âmbito tributário, a vertente material da proporcionalidade baseia-se no princípio da justiça mas sobretudo concretiza-se no princípio da igualdade.

A igualdade, cujos critérios materiais adequados para os tributos são a capacidade contributiva e a equivalência, é determinante para encontrar a limitação do excesso, a proibição da arbitrariedade, que é o fito último da proporcionalidade.

Nestes termos, a fundamentação dos tributos, assentes em critérios de capacidade contributiva ou de equivalência, é fundamental para a concretização, *à priori*, do elemento de proporcionalidade.

ii) em segundo lugar, tem de existir um escrutínio *à posteriori*, a ser efetuado essencialmente pelos tribunais.

De facto são os cidadãos que muitas vezes despoletam e levam à barra as questões relativas à admissibilidade de determinados tributos, sendo a proporcionalidade facilmente sindicável uma vez que é forte argumento para travar a discricionariedade do poder legislativo.

Contudo, como já temos referido, os tribunais foram muito férteis nas considerações acerca da proporcionalidade no caso das taxas, tendo inclusivamente alicerçado grande parte das suas decisões numa ideia de “igualdade proporcional”, aceitando muitas vezes a desproporcionalidade desde que a mesma não fosse insustentável¹⁵⁰³.

Tal deveu-se ao facto de se ter abandonado na jurisprudência portuguesa o caminho da cobertura de custos, rejeitando-se que as taxas podem ser caracterizadas por um sinalagma económica ou abrangidas pelo princípio de cobertura de custos.

Sempre existiu muita resistência na aplicação de padrões económicos, mesmo quando a mensuração é perfeitamente possível, por se considerar que a prestação pública – no caso da taxa – detém um valor incomensurável.

Este caminho de negação de mensurabilidade da utilidade pública advém duma ideia, também abstrata, de prossecução do interesse geral. Contudo, ao longo dos anos foi necessário encontrar métricas precisamente porque a abstração traz graves distorções.

E trata-se de distorções económicas mas também sociais. A avaliação da eficiência da administração pública é cada vez - e tem de o ser – mais escrutinada. A complexidade da máquina administrativa, as funções fundamentais do Estado e o caminho da vivência social leva cada vez mais a uma mutação dos fins e objetivação imediata.

O escrutínio dos Tribunais sobre a proporcionalidade, mormente do Tribunal Constitucional – instituição que, com maior acuidade tem tratado destas avaliações – tem sido parca, apesar das várias solicitações.

Dizemos parca porque, no que diz respeito à proibição do excesso, existem duas questões fundamentais que nunca foram respondidas: i) a de saber o que caracteriza um tributo confiscatório, e b) se a vedação diz respeito a um tributo isoladamente considerado ou ao conjunto dos tributos do sistema.

Façamos aqui uma abordagem sobre os direitos das pessoas e a sua relação com os tributos. Porque, como sabemos, há um direito à resistência, a não pagar tributos que não sejam legais, mas também há um contrapeso de dever de pagar impostos.

Conforme ensina Diogo Leite Campos¹⁵⁰⁴, *A pessoa em si — vida, saúde, integridade física, educação, cultura, etc., em geral, existência e auto-criação — tem duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A primeira dimensão, negativa, impõe a não tributação dos*

¹⁵⁰³ A ideia de manifesta desproporcionalidade que surgiu no muito relevante acórdão n.º 286/94 sobre o aumento das portagens na Ponte 25 de Abril.

¹⁵⁰⁴ Cfr. Diogo Leite Campos, “As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário”, Revista da Ordem dos Advogados, Jan 2007, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/diogo-leite-de-campos-as-tres-fases-de-principios-fundamentantes-do-direito-tributario/>

rendimentos e da riqueza necessários para manter a saúde a vida, para adquirir bens de cultura, etc.

Tradicionalmente, tem-se entendido que se trata, meramente, da isenção do mínimo da existência. Do necessário a cada um para satisfazer as suas necessidades de estrita sobrevivência física: alimentação, vestuário e abrigo.

Este estado de coisas reflecte uma sociedade pouco atenta aos direitos humanos e à sua tutela; não lhe servindo de desculpa as suas insuficiências económicas, pois a protecção da pessoa deve constituir a preocupação política fundamental em qualquer sociedade, vindo antes de todas as outras.

Com o aprofundamento do Estado de Direito — assente na justiça, na referência à pessoa, na participação dos cidadãos na coisa pública — a isenção do mínimo de existência tende a tornar-se uma isenção do médio da existência. Ou seja: dos rendimentos e da riqueza de que o cidadão médio necessita para satisfazer as suas necessidades normais em matéria de saúde, alimentação, vestuário, cultura, educação, recreio, etc. Esta isenção do médio de existência levará, por exemplo, à não tributação da casa de morada do contribuinte e da sua família, se esta não exceder as necessidades de um cidadão médio com aquela composição de agregado familiar.”

Neste particular, Diogo Leite Campos fala na vertente do mínimo necessário para que existam condições dignas e, como também já defendemos anteriormente, torna claro que a ideia de isenção de tributação dum mínimo de existência não pode ser aferida sem atender a um referencial de cidadão médio.

Esta posição está ainda consagrada na Lei Geral Tributária, no seu artigo 6º n.º 1 alínea a), quando se considera que deve existir uma isenção de tributação do necessário para existência em condições dignas.

Por outro lado, a proibição do confisco está associada necessariamente a esta isenção da existência económica condigna, mas ainda à proibição do estrangulamento tributário.

Sendo o confisco uma limitação do direito de propriedade, deve pois ter-se em conta a globalidade das condições do indivíduo.

A discussão sobre a dimensão económica e social da propriedade é de extrema importância para esta questão. Muito embora não seja este o foro duma discussão aprofundada, o certo é que o conceito de propriedade privada tem sofrido mutações.

Sendo certo que a dimensão social tem permitido maiores abusos de tributação. Repare-se que a tendência para criação de tributos corretores de determinados comportamentos são, muitas vezes, confiscatórios. Mesmo que socialmente aceites, tributos sobre o tabaco, tributação ambiental, entre outros apresentam taxas extremamente elevadas que condicionam o comportamento.

Mas este tipo de tributos é aceitável por protecção de direitos fundamentais e por isso socialmente aceites.

No entanto, tributos sobre determinados rendimentos – mais elevados – lucros extraordinários, património acima de determinado valor ou tributação sucessória do património, entre outro tipo de tributos que pretendem uma maior redistribuição mas que entram no estrangulamento tributário, podem até receber alguma compreensão por parte da sociedade mas não serão pacificamente aceites.

Repare-se que o direito de propriedade é o patamar essencial do princípio da liberdade e da autonomia privada. E se assim for encarada, certamente que os cidadãos não quererão perder essa condição.

A liberdade e autonomia privada tem a sua vertente financeira: cada um tem a sua liberdade de escolhas também elas económicas que não devem ser coartadas pela tributação.

A ablação da propriedade, mesmo que por motivos sociais, tem de ter limitação. E conforme bem refere Diogo Leite Campos¹⁵⁰⁵, *“Mesmo sem atingir 100% dos bens tributáveis, o imposto terá carácter confiscatório se puser em causa o essencial dos interesses que integram o direito de propriedade e, através dele, a pessoa humana.”*

Indissociável da proibição do confisco temos a proibição do estrangulamento fiscal prevista no artigo 7º n.º 3 da Lei Geral Tributária, que proíbe a tributação de prejudicar a prática de atos legítimos de carácter pessoal.

Diogo Leite Campos¹⁵⁰⁶ refere que *“Os impostos não podem impedir o livre exercício das actividades humanas, individualmente ou em associação com outrem. Não deve o direito dos impostos impedir a livre escolha de uma profissão, de uma actividade lúdico-cultural, através de uma tributação excessiva dessa actividade ou dos seus resultados. Assim, será de afastar um imposto que ultrapasse determinados limites sobre o rendimento das pessoas e das sociedades; a tributação sobre o património que leve à alienação deste; etc.”*

A este artigo acrescentaríamos ainda a ideia de que está contemplada no artigo 7º n.º 1 da Lei Geral Tributária, onde se consagra como objetivo da tributação, o *favorecimento do emprego, a formação de aforro e o investimento socialmente relevante*. Ora, um sistema com tributos confiscatórios não favorece, de todo, o aforro.

Esta é uma abordagem bastante próxima daquilo que são as liberdades individuais e da própria defesa da propriedade privada: Se o indivíduo detém determinado rendimento lícitamente ou acumula património lícitamente, a tributação não deve irromper pela esfera particular e usurpar bens ou rendimentos que alterem substancialmente a sua posição financeira e social.

Aliás, Carlos Baptista Lobo, numa abordagem diferente¹⁵⁰⁷, refere que o barómetro do confisco deve centrar-se no bem-estar. Se o indivíduo, pela aplicação do tributo, tiver perdas de bem-estar de tal dimensão que deixe de realizar actividades económicas a que se propunha, então estamos no âmbito do excesso.

Por outro lado, a tendência crescente da carga tributária sem que o Estado apresente soluções mais eficientes na gestão pública leva a que o sacrifício do contribuinte não seja visivelmente compensado.

O que temos assistido é a um sucessivo aumento de despesas públicas, resultantes de decisões políticas sem que existam soluções alternativas e eficientes. Temos antes assistido a um

¹⁵⁰⁵ Cfr. Diogo Leite Campos, “As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário”, Revista da Ordem dos Advogados, Jan 2007.

¹⁵⁰⁶ . Diogo Leite Campos, “As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário”, Revista da Ordem dos Advogados, Jan 2007.

¹⁵⁰⁷ Cfr. Carlos Baptista Lobo, in “Reflexões sobre a (necessária) Equivalência Económica das Taxas”, Estudos Jurídicos e económicos em Homenagem ao Prof. António de Sousa Franco, FDL 2006.

crescente poder de burocratas e políticos profissionais sem que existam verdadeiras soluções para colocar fim a um sacrifício tributário.

A questão das taxas confiscatórias tem sido matéria tratada, no domínio tributário, no âmbito do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, considerando-se que, implicando o imposto uma restrição ao direito de propriedade, o tributo não pode assumir uma tal dimensão quantitativa que absorva «a totalidade ou a maior parte da matéria coletável», nem pode ter um efeito de estrangulamento, impedindo «o livre exercício das atividades humanas».

Contudo, a concretização do que é proibição do excesso ainda não foi definitivamente tratada. Sobretudo porque se tem associado sobretudo às taxas de imposto.

No âmbito do direito comparado¹⁵⁰⁸, podemos referir que a Suprema Corte da Argentina declarou constitucionalmente ilegítimos os impostos incidentes sobre o rendimento imobiliário com taxa superior a 33%, considerando que o imposto, subtraindo uma parte substancial da propriedade ou da renda do capital resvala para o confisco.

No Tribunal Constitucional Alemão decidiu-se que o conjunto da carga tributária do contribuinte não pode suplantiar 50% dos seus rendimentos.

A Corte Suprema dos Estados Unidos entendeu que a única hipótese de tributação confiscatória vislumbrava-se no caso de instituir-se um novo tributo, tendo considerado que *“embodying some element of discrimination, applies to a binding commitment made before the new tax was imposed and when it could have been anticipated”*.

Em Espanha, diante do artigo n.º 31 da Constituição espanhola, a doutrina veio considerar que um imposto que incidisse sobre o património ou sobre a renda global de um sujeito com taxas superiores a 90% poderia ser taxado de confiscatório.

No Brasil, são ainda extremamente tímidas as inclinações, sobretudo da jurisprudência, quanto à fixação de limites ou critérios objetivos para a mensuração do efeito confiscatório. Numa das poucas incursões sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 9.783/99, que pretendia aumentar a alíquota da contribuição previdenciária dos servidores públicos ao patamar de 25%. No julgamento pela invalidação da lei, um dos principais vícios apontados foi justamente a afronta ao princípio do não-confisco.

Outra situação que parece não estar completamente assente na doutrina e jurisprudência é a abrangência do confisco.

Como acima referimos, o Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, fez uma avaliação do confisco atendendo à carga tributária e não apenas a um tributo concreto. E concluiu que seriam confiscatórios os tributos que atingissem mais de 50% do rendimento.

A própria doutrina espanhola já vem considerar que para a mensuração do confisco podem ter-se em conta a tributação sobre o rendimento e sobre o património.

Já aqui fizemos referência à necessidade de se pensar numa limitação intrasistemática atendendo à globalidade de tributação que recai sobre determinado sujeito passivo em relação ao rendimento global do mesmo.

¹⁵⁰⁸ Cfr. Balthazar, Ubaldo Cesar; Henrique Machado, Carlos, “A vedação à utilização de tributos com efeito de confisco como instrumento de proteção do contribuinte”, Prisma Jurídico, vol. 11, núm. 2, Universidade Nove de Julho São Paulo, Brasil

Neste sentido, há ainda que explorar um outro limite que será a dupla tributação não chocando que exista um limite intrasistemático à dupla tributação, seja ela dupla tributação jurídica – à partida vedada – ou até mesmo a dupla tributação económica ou tributação múltipla ou plural.

O tratamento da dupla tributação tem vindo a ser efetuada sobretudo a nível internacional uma vez que estamos perante um concurso de normas. E, geralmente, as questões de dupla tributação interna ocorrem em Estados com uma organização federal, em que os poderes tributários Estatais e Estaduais podem colidir.

Contudo, tal não quer dizer que a dupla tributação não exista em Estados unos como Portugal. Até porque, a dupla tributação económica não é, à partida, ilegal. Contudo, a sua prática deve ser justificada.

E é neste ponto que a questão se coloca ao nível do confisco.

Façamos pois uma breve incursão sobre os termos da dupla tributação que, no caso do direito tributário é, como já se afirmou, um concurso de normas em que o mesmo facto se integra na previsão de duas normas diferentes. Há concurso de normas em direito tributário quando *“o mesmo facto se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto”*¹⁵⁰⁹.

Há, portanto, que atentar ao que efetivamente é uma dupla tributação.

No que concerne à *identidade do facto*, há que relevar que quando normas distintas recaem sobre factos diversos não há, nem poderia haver, dupla tributação.

Para que exista dupla tributação, há que atender à regra das quatro identidades¹⁵¹⁰: i) identidade de objeto; ii) identidade de sujeito; iii) identidade de período da tributação e a iv) identidade de imposto.

Assim, é necessário, em princípio, que exista a justaposição das hipóteses de incidência das normas tributárias em concurso, considerando todos os critérios, aspetos e elementos em que os tipos legais se podem decompor¹⁵¹¹.

Ora, está bem de verificar que, a tributação efetuada por diferentes tributos não cai no âmbito da dupla tributação.

No que concerne à identidade do sujeito, alguns autores defendem que a mesma não é essencial à caracterização do conceito de dupla tributação. Para esta corrente, a definição de dupla tributação deve ser encarada à luz do critério objetivo do próprio direito tributário que é a capacidade contributiva¹⁵¹².

Contudo, a maioria da doutrina, onde se inclui, por exemplo, Alberto Xavier, exige para a existência de dupla tributação a identidade de sujeito para que se possa efetuar, assim, a

¹⁵⁰⁹ Cfr. Alberto Xavier, “Direito Tributário Internacional – Tributação das Operações Internacionais”, Almedina 1997, p. 31 e ss.

¹⁵¹⁰ Cfr. José Casalta Nabais, “Direito Fiscal”, Almedina, 2014, p. 222 e ss.

¹⁵¹¹ Cfr. Alberto Xavier, “Direito Tributário Internacional – Tributação das Operações Internacionais”, Almedina 1997, p. 32 e ss.

¹⁵¹² Cfr. Alberto Xavier, “Direito Tributário Internacional – Tributação das Operações Internacionais”, Almedina 1997, p. 35 e ss.

diferenciação entre a dupla tributação jurídica e a dupla imposição económica ou sobreposição de impostos.

Ora, tal releva, como sabemos, sobretudo em matéria de direito fiscal internacional para que se consiga efetuar a devida correção.

Contudo é a duplicação ou sobreposição de tributos que mais nos preocupa. Repare-se que, tal como pode acontecer com os dividendos que são tributados em sede de IRC na empresa e em IRS aquando da distribuição, o mesmo facto pode estar sujeito a diversas tributações e com identidade de sujeito. O caso do património é paradigmático: a compra dum imóvel está sujeita a pagamento de IMT, Imposto de Selo e anualmente IMI, cumulativamente com taxas locais nomeadamente saneamento e resíduos.

A questão que se coloca não é relativa à dupla tributação mas antes aos limites da mesma. E efetivamente, sendo possível a sobreposição de tributação não se pode fugir à questão de incluir ou não, no âmbito dos limites da tributação, o cúmulo de tributos.

Pensamos que neste propósito temos de distinguir o que é um concurso efetivo de normas e o que é um concurso aparente. Isto porque nos parece que, a ser admissível a inclusão da cumulação de tributos, há que verificar se estamos, pelo menos, perante o preenchimento dos seguintes requisitos:

- i) O mesmo facto recai na esfera de incidência de duas normas (identidade do objeto);
- ii) Existe identidade de sujeito.

Somente com estes dois aspetos preenchidos podemos colocar em causa se a tributação está ou não a afetar de sobremaneira a capacidade contributiva do sujeito passivo.

Parece-nos, pois, que a avaliação do confisco não deve de afastar a cumulação de tributos, mesmo que, na avaliação individual o tributo possa não ser confiscatório.

Contudo, se atendermos aos pressupostos usados, iremos verificar que são residuais as situações relativas aos tributos comutativos. Isto porque, mesmo existindo identidade de sujeito muito dificilmente existirá identidade de objeto entre um imposto e uma taxa, por exemplo.

Contudo, situação diferente, é a possibilidade de existir cumulação de taxas. E aí, salvo fundamentação bastante apurada, a duplicação é inevitavelmente ilegal¹⁵¹³.

É certo que a opção de olhar para o confisco atendendo à tributação global agrava a análise dos limites, tornando o seu controlo bastante mais complicado. Até porque não há intromissão dos poderes tributários entre entidades: cada entidade tributou dentro dos seus poderes. O problema surge quando se juntam todos os tributos que recaem sobre a mesma realidade e sobre o mesmo indivíduo.

Por isso mesmo é que a doutrina brasileira ou a espanhola, por exemplo, têm vindo a estudar a aplicação do princípio *ne bis in idem* no direito tributário¹⁵¹⁴.

¹⁵¹³ Pode-se inclusivamente indagar se não se estará, nesses casos, perante uma duplicação de coleta, proibido pelo artigo 205º do CPPT.

¹⁵¹⁴ De realçar que, no caso brasileiro, o direito tributário tem normas muito aproximadas do direito penal e portanto a ideia da aplicação do princípio que é sobretudo associado ao direito penal não é tão estranha como, por exemplo, a nós nos possa parecer.

Outra questão relacionada com a abrangência do confisco é se devemos ou não ter em conta o agregado familiar e não o indivíduo *per si*. Isto porque, existindo a consagração tributária do agregado familiar, para o bem e para o mal, este deve estender-se a todos os níveis. Senão que espécie de unidade existirá no sistema tributário.

Efetivamente o sistema fiscal português tem em atenção o agregado familiar, sobretudo no que concerne à tributação sobre o rendimento. Também é certo que a tributação conjunta do agregado familiar não deve, à partida ser prejudicial em relação a uma tributação em separado.

Tanto assim é que, inclusivamente, já é possível aos casais e unidos de facto apresentarem declarações de IRS “em separado”, ou seja, cuja tributação é efetuada a cada um e atendendo aos rendimentos individuais. Sugere-nos, pois, que as regras encontradas sejam as de salvaguarda da família. Ou seja, a tributação conjunta é optativa sempre que seja melhor para o agregado.

Dispõe o artigo 6º n.º 3 da LGT que *“A tributação respeita a família e reconhece a solidariedade e os encargos familiares, devendo orientar-se no sentido de que o conjunto dos rendimentos do agregado familiar não esteja sujeito a impostos superiores aos que resultariam da tributação autónoma das pessoas que o constituem.”*

Nestes termos, a limitação à tributação também tem de incluir esta vertente. Contudo, nos mesmos moldes, ou seja, não pode a situação familiar servir de motivo para um aumento de tributação que, em caso de avaliação individual, não existiria.

Em síntese, os limites à tributação devem ter em conta: i) o cúmulo dos tributos sobre a mesma realidade e sujeito; ii) a situação do agregado familiar.

De realçar que em alguma doutrina, para além da ideia de *Excess burden*, desenvolveu-se ainda o patamar do *continuous burden*¹⁵¹⁵, sendo que este último, muito alicerçado na progressividade das taxas de imposto, deve ele próprio ser limitado, devendo espalhar-se a carga tributária atendendo a uma espécie de média de rendimento.

Por outro lado, temos também de aplicar o princípio da proporcionalidade relativamente aos benefícios tributários para que os mesmos não sejam desproporcionais. E. como já aqui referimos, relativamente aos benefícios deve ter-se em conta a cobertura da despesa fiscal com o benefício social provocado, ao que deve acrescer necessariamente uma fundamentação válida para a violação do princípio da igualdade – na vertente da capacidade contributiva ou equivalência.

Relativamente aos meios de controlo, para além dos meios de controlo judiciais, há ainda a possibilidade de outros órgãos, que não o executivo, intervir na avaliação dos princípios constitucionais incluindo a proporcionalidade, a saber:

- i) Artigo 169º da CRP permite ao Parlamento uma espécie de ratificação de atos normativos do Governo, incluindo em matéria de tributos que não esteja na reserva de competência relativa da Assembleia da República;

¹⁵¹⁵ Veja-se a propósito o artigo muito interessante de Eric Kades, de 2002, “Drawing the Line Between Takings and Taxation: The Continuous Burdens Principle, and Its Broader Application”, disponível em https://law.wm.edu/faculty/documents/kades_taxtakings.pdf

- ii) O Presidente da República, nos termos dos artigos 134º e 136º da CRP, tem o poder de remeter para fiscalização preventiva qualquer Decreto ou, em alternativa, vetar em caso de dúvidas;
- iii) O artigo 278º da CRP a fiscalização preventiva da constitucionalidade pode ser requerida por várias entidades;
- iv) Nos termos do artigo 281º da CRP, a fiscalização abstrata e da legalidade pode ser requerida também por várias entidades, incluindo um décimo dos deputados à Assembleia da República.

Ora, estes são exemplos de controlo de constitucionalidade e legalidade, aos quais acrescem ainda as ações do Parlamento em matéria de competência relativa e a ação dos Tribunais por reivindicação dos cidadãos.

Dentro deste controlo inclui-se naturalmente a proporcionalidade enquanto medida limitativa ou de proibição do excesso.

5.4.2.4. Outros limites materiais

Para além dos limites que aqui já referimos, no que concerne aos tributos e benefícios de Regulação, existem ainda outras limitações que devemos referir. Falamos de limitações decorrentes de legislação avulsa, com normas tributárias incluídas e que podem ser verdadeiras “leis chapéu” para esses tributos.

Já aqui referimos algumas dessas leis, nomeadamente a Lei Geral Tributária, o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais e ainda a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Existem ainda normas nos Estatutos das Entidades Reguladoras que são relevantes, bem como outras leis avulsas que podem conter normas de carácter tributário relevantes.

Vejamos algumas particularidades de alguns estatutos de entidades reguladoras.

No caso da ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, o artigo 11º dos seus Estatutos atribui poderes de regulação e supervisão com implicações nas figuras tributárias, nomeadamente dando o poder de estabelecer as tarifas dentro do quadro dos regulamentos tarifários.

Isto porque, nos termos do artigo 9º, *“A ERSE dispõe de competência para a elaboração e aprovação de regulamentos que sejam necessários ao desempenho das suas atribuições e que sejam destinados à aplicação da legislação que disciplina a organização e o funcionamento dos sectores que integram o âmbito da regulação a seu cargo”*, tendo a seu cargo a elaboração do regulamento tarifário do Sistema Elétrico Nacional, e do Sistema Nacional de Gás Natural.

É ainda de relevar que a ERSE tem ainda poderes para elaboração e aprovação dos regulamentos de operações de redes, de serviços e de infraestruturas que necessariamente detêm fundamentos para as figuras tributárias cobradas, quanto mais não seja, pelos serviços prestados.

Dispõe ainda o artigo 12º que *“Compete à ERSE nos termos da lei e dos regulamentos tarifários referidos na secção anterior estabelecer e aprovar os valores das tarifas e preços regulados”*, pelo que esta entidade detém um amplo poder na fixação das tarifas a cobrar aos consumidores finais.

O artigo 49ºA dos seus Estatutos esclarece que a ERSE detém autonomia orçamental e que *“As regras de contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente em matéria de autorização de despesas, de transição e utilização dos resultados líquidos e de cativação de verbas na parte que não dependa de dotações do orçamento de Estado, não são aplicáveis à ERSE”*.

Estas normas aplicam-se ao regime orçamental e financeiro, dando à ERSE liberdade de gestão do seu património e receitas. Aliás, tanto assim é, que o artigo 49ºB reitera que a ERSE dispõe de património próprio e autonomia de gestão e administração do património que lhe esteja afeto.

Relativamente às receitas próprias, aqui encontramos no artigo 50º a enumeração das mesmas, não sendo, contudo uma lista taxativa:

“Constituem receitas da ERSE:

- a) As contribuições cobradas na tarifa de acesso aos clientes de eletricidade e de gás natural, que sejam necessárias para financiar o orçamento da ERSE, na proporção que anualmente vier a ser estabelecida no mesmo, atendendo à relevância e ao impacto de cada um dos sectores regulados no funcionamento da ERSE;*
- b) Tarifas, contribuições e taxas regulatórias cobradas aos intervenientes e agentes que operam no SPN, nos termos da lei, exceto as receitas referentes ao Fundo Azul, criado pelo Decreto-Lei n.º 16/2016, de 9 de março;*
- c) 40 % do produto das coimas, cuja aplicação seja da sua competência, nos termos da lei, revertendo os restantes 60 % a favor do Estado;*
- d) As importâncias cobradas por trabalhos ou serviços prestados pela ERSE, bem como pela venda de estudos ou outras publicações;*
- e) Os rendimentos da alienação, oneração ou aplicação financeira de bens próprios;*
- f) Outras receitas que lhe caibam nos termos da lei.”*

Ora, relativamente às receitas, não temos propriamente uma limitação material relativamente às figuras tributárias. Mas existem normas relativamente à distribuição das mesmas e consignação, bem como a sua sujeição a regras orçamentais estatutárias.

No caso da ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações, embora de forma mais atenuada do que, por exemplo a ERSE, nos termos do artigo 9º dos seus Estatutos também tem poderes para elaborar e aprovar regulamentos mas, desta feita, não tem impacto relativamente a preços.

Contudo, é esta entidade que detém o poder de acesso ao mercado por via de emissão de licenças e autorizações para utilização do espectro radioelétrico.

No que concerne à organização e gestão financeira e patrimonial, também *“Não são aplicáveis à ANACOM as regras da contabilidade pública e o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente as normas relativas à autorização de despesas, à transição e utilização dos resultados líquidos e às cativações de verbas, sem prejuízo do disposto no n.º 5 e do n.º 5 do artigo 49.º”*.

No caso da ANACOM, esta tem descritas no artigo 37º dos seus Estatutos as taxas e contribuições que pode cobrar¹⁵¹⁶:

Artigo 37.º

¹⁵¹⁶ Aliás, como já escalpelizámos acima.

Taxas e contribuições

1 - A ANACOM, nos termos da lei, cobra taxas às empresas e outras entidades sujeitas aos seus poderes de regulação, bem como às empresas e outras entidades destinatárias da sua atividade e dos seus serviços.

2 - A incidência subjetiva e objetiva, o montante ou a alíquota, a periodicidade e, quando aplicável, as isenções e reduções, totais ou parciais, os prazos de vigência e os limites máximos e mínimos da coleta das taxas a que se refere o número anterior, são fixados, ouvida a ANACOM, por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das comunicações.

3 - A ANACOM estabelece, por regulamento, os modos e prazos de liquidação e cobrança das taxas.

4 - A cobrança coerciva das taxas cuja obrigação de pagamento esteja estabelecida na lei segue o processo de execução fiscal, regulado pelo Código do Procedimento e de Processo Tributário, sendo os créditos da ANACOM equiparados a créditos do Estado.

5 - A cobrança coerciva de créditos prevista no número anterior pode ser promovida pela Autoridade Tributária e Aduaneira, nos termos a definir por protocolo a celebrar, para o efeito, entre este serviço e a ANACOM.

6 - Para efeitos do n.º 4, constitui título executivo bastante a certidão de dívida extraída pelos serviços competentes da ANACOM, nos termos e para os efeitos do disposto no Código de Procedimento e de Processo Tributário.

Curiosamente mantém-se a intervenção do Governo na fixação das taxas e contribuições.

O artigo seguinte, relativo às receitas, dispõe que são receitas próprias da ANACOM:

1 - Constituem receitas próprias da ANACOM:

a) As taxas e outras receitas cobradas no âmbito da gestão do espectro radioelétrico e do plano nacional de numeração, nos termos da legislação sectorial;

b) As taxas e outras receitas cobradas no âmbito da emissão de declarações de exercício da atividade, da atribuição de títulos de exercício de atividade e do registo de prestadores, bem como da fiscalização das entidades destinatárias da sua atividade, nos termos da legislação sectorial;

c) Outras taxas cobradas às entidades destinatárias da atividade da ANACOM, nos termos da legislação sectorial;

d) As taxas cobradas pela atribuição de títulos profissionais e pela certificação de entidades formadoras, no âmbito das infraestruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações, conjuntos de edifícios (ITUR) e edifícios (ITED);

e) O produto da aplicação de multas contratuais, em conformidade com o previsto nos contratos para a prestação de serviço público ou serviço universal, quando aplicável, bem como das coimas aplicadas, nos termos dos regimes sancionatórios aplicáveis;

f) As receitas provenientes da prestação de serviços, designadamente pelos seus laboratórios,

g) As receitas provenientes da emissão de certidões e reprodução de documentos em qualquer suporte, bem como dos encargos com a sua remessa;

h) Quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua atividade ou que por lei ou contrato lhe venham a pertencer ou a ser atribuídos, bem como quaisquer doações, subsídios ou outras formas de apoio financeiro;

i) O produto da alienação de bens próprios e da constituição de direitos sobre eles;

j) Os juros decorrentes de aplicações financeiras.

Neste caso há uma enumeração mais precisa sobre o tipo de tributos estamos a falar. Portanto para que não existam discrepâncias, quando os regulamentos e a portaria do Governo decidir sobre a incidência, montante e periodicidade deverá ter em conta quais são os tributos que aqui estão em causa.

No caso da CMVM – Comissão de valores mobiliários, os poderes da mesma advêm não só dos Estatutos mas também do Código dos Valores Mobiliários – Cfr. Art. 6º. Ora, este é um exemplo de como a legislação sectorial pode influenciar várias áreas, incluindo os tributos de regulação.

À semelhança do que sucede na ANACOM, também nos Estatutos da CMVM existe um artigo dedicado, neste caso, às taxas mas que também se aplica a contribuições:

Artigo 31.º

Taxas

1 — Em contrapartida dos atos praticados pela CMVM e dos serviços por ela prestados são devidas taxas ou tarifas.

2 — A incidência, subjetiva e objetiva, o montante ou a alíquota, a periodicidade e, se for caso disso, as isenções, totais ou parciais, prazos de vigência e os limites máximos e mínimos da coleta das taxas devidas à CMVM são fixados, ouvida a CMVM, por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.

3 — As tarifas ou outros montantes devidos à CMVM em contrapartida de atos e serviços de registo, aprovações ou autorizações, bem como da utilização do sistema de difusão de informação previsto no artigo 367.º do Código dos Valores Mobiliários são estabelecidos por regulamento da CMVM, que define a incidência, subjetiva e objetiva, o montante ou a alíquota, a periodicidade e, se for caso disso, as isenções, totais ou parciais, prazos de vigência e os limites máximos e mínimos da coleta.

4 — Sob proposta da CMVM, o membro do Governo responsável pela área das finanças pode estabelecer, por portaria, reduções, com vigência semestral, dos montantes ou das alíquotas, bem como dos limites máximos e mínimos das coletas das taxas em vigor.

5 — Compete à CMVM estabelecer, por regulamento, os modos e prazos de liquidação e cobrança de todas as taxas e tarifas devidas à CMVM.

6 — Em situações excecionais, que exijam recursos específicos ou especialmente acrescidos, nomeadamente considerando a significativa complexidade, morosidade ou o carácter imprevisível e urgente da supervisão em causa, a CMVM pode exigir o reembolso dos montantes correspondentes ao acréscimo de custos específicos de supervisão diretamente imputáveis às entidades supervisionadas que os originam, incluindo os relativos ao desenvolvimento de aplicações informáticas específicas cuja necessidade tenha sido por estas determinada, em função do carácter exclusivo das mesmas, e que apenas possa ser empregue na respetiva supervisão com exclusão de qualquer outra utilidade.

7 — Em situações de acionamento do Sistema de Indemnização aos Investidores, a CMVM pode exigir a este sistema o reembolso dos montantes correspondentes aos custos relativos aos serviços técnicos e administrativos que lhe preste em virtude desse acionamento.

8 — A CMVM estabelece, por regulamento, os critérios de determinação dos montantes, bem como os modos e prazos de liquidação e cobrança das contribuições a título de reembolsos de custos e despesas legalmente previstos.

9 - A cobrança coerciva das contribuições, taxas e tarifas cuja obrigação de pagamento esteja estabelecida na lei segue o processo de execução fiscal, regulado pelo Código de Procedimento e de Processo Tributário, efetivando-se através dos serviços competentes de justiça fiscal sendo aquelas equiparadas a créditos do Estado.

10 - A cobrança coerciva de créditos prevista no número anterior pode ser promovida pela Autoridade Tributária e Aduaneira, nos termos a definir por protocolo a celebrar, para o efeito, entre este serviço e a CMVM.

11 - Para os efeitos do disposto no n.º 9, constitui título executivo bastante a certidão com valor de título executivo de acordo com o disposto no Código de Procedimento e de Processo Tributário.

E a receita proveniente destes tributos são receitas próprias da CMVM.

Ora, estes três exemplos relativamente aos Estatutos das Entidades Reguladoras revelam que os tributos cobrados pelas mesmas estão associados à atividade de regulação e fiscalização da própria entidade. Nesses termos, será sempre um limite material para o tributo dizer respeito à atividade reguladora da entidade administrativa.

Por outro lado, como vimos, apenas são consideradas as taxas e contribuições uma vez que no caso dos impostos a legitimidade para criação e fundamentação dos mesmos é da Assembleia da República e Governo.

De referir ainda que, muito embora os Estatutos não detenham, naturalmente, regras sobre a criação das Taxas e Contribuições a serem cobradas e cuja receita é da gestão da entidade administrativa, de facto há nuances sobre a sua distribuição, processo e consignação.

Outro exemplo de legislação avulsa que pode deter algumas limitações aos tributos é a Lei de Enquadramento Orçamental. Sabemos que sobretudo os tributos comutativos fogem da disciplina orçamental. Contudo, relevamos aqui o artigo 16º da LEO respeitante à não consignação de receita.

Ou seja, a regra é a da não consignação. Contudo o artigo 16º consigna exceções, sendo uma dessas exceções *“As receitas que sejam, por razão especial, afetas a determinadas despesas por expressa estatuição legal ou contratual.”*

Contudo, esta exceção tem limites, sendo as normas que consignem receitas a determinadas despesas de carácter excecional e temporário. E aqui voltamos a uma ideia que anteriormente já havíamos explorado relativamente a tributos extraordinários ou criados com base em situações ou cenários temporários. Mais uma vez defendemos que, terminando o motivo de excecionalidade o tributo deixa de ter fundamentação, logo será inválido, devendo terminar a sua vigência nesse momento.

5.4.3. Mecanismos de responsabilização

Depois de explorar o regime jurídico, a fundamentação jurídica e económica e os limites formais e materiais dos tributos e benefícios de regulação, há que retirar consequências.

Os mecanismos de responsabilização, neste caso, são relativamente vagos.

Estamos num âmbito muito alargado relativamente à responsabilização do Estado e a tributação está pulverizada por entidades administrativas. A responsabilização concreta torna-se, deveras, complexa. Façamos, contudo uma abordagem às vertentes de responsabilização que consideramos relevantes, sendo de considerar a vertente jurídica, a vertente política e a vertente económica.

No que concerne à *vertente jurídica*, os mecanismos de responsabilização são essencialmente os decorrentes da apreciação jurisdicional de casos concretos.

A respeito da proporcionalidade já aqui referimos da importância da apreciação jurisprudencial dos casos em concreto, sendo que o Tribunal Constitucional tem sido bastante solicitado ao longo dos anos para se pronunciar sobre a validade de diversos tributos em concreto, incluindo tributos de regulação.

Ora, a consequência dessa apreciação são os designados nos artigos 280º, 281º e 282º da CRP. Geralmente o resultado é a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ou a verificação da não inconstitucionalidade, o que também cria um género de “selo de garantia” que provoca uma certa segurança no sistema jurídico.

De relevar, como também já aqui foi referido, que o Tribunal Constitucional tem sido o órgão que tem assegurado uma espécie de fiscalização *a posteriori* dos tributos e benefícios. Contudo, muito embora tenha contribuído para o desenvolvimento de alguns limites e padrões a aplicar aos tributos, está ainda longe de fazer uma apreciação com maior acuidade sobretudo na concretização de determinados conceitos. A ideia de manifesta desproporcionalidade, de proibição do excesso, a própria definição da equivalência sobretudo aplicada nas contribuições, entre outros exemplos, deixa ainda muita margem de progressão.

O Direito Tributário, de facto, tem muitas vertentes assentes em princípios constitucionais, pelo que muitas matérias são diretamente tratadas na apreciação de Direito. Os tribunais superiores¹⁵¹⁷, mais talhados para a apreciação de Direito, devem estar preparados para uma maior fiscalização das figuras tributárias. E sobretudo o Tribunal Constitucional é fundamental no controlo da constitucionalidade dos tributos, atendendo a todos os princípios que sustentam o sistema tributário.

É ainda de relevar que estará sujeito ao controlo jurisdicional a responsabilização das entidades administrativas relativamente à sua ação e conformidade dos seus Estatutos e regulamentos.

Como aqui tivemos oportunidade de referir, existem entidades reguladoras que detêm poderes mais amplos relativamente à emissão de regulamentos, bem como a sua intervenção no processo legislativo pode deter maior relevância, mormente por via de consulta ou emissão de parecer obrigatório.

Ora, quaisquer irregularidades decorrentes destes atos podem ser sindicáveis, por via de reclamação, recurso hierárquico ou mesmo a via judicial. Caberá, por isso, também em matéria tributária, a apreciação da responsabilidade das entidades pela emissão de normas irregulares.

Aliás, as consequências e responsabilização por via de ação judicial acaba por ser uma forma de responsabilização quase universal para as situações que envolvam irregularidades legais. E estas estarão sempre à disposição dos contribuintes para o seu caso concreto.

Maiores dúvidas causa a responsabilização abstrata do Estado, enquanto emissor de normas tributárias. Isto porque nem sempre a irregularidade afeta o caso concreto e nem sempre a mesma é sindicada pelos contribuintes.

Por outro lado, a responsabilização pela falha do mecanismo tributário é, por si só, abstrata não sendo diretamente punido o Estado. A não ser por via política ou económica: o erro pode custar

¹⁵¹⁷ Acrescentamos ainda, neste particular, a arbitragem tributária que detém também competência para apreciação de matéria de direito e as suas decisões podem ser recorríveis para o Tribunal Constitucional.

a não reeleição democrática ou quebra de mandato, pode a ação do Estado provocar uma circunstância económica adversa, implicando alterações nas despesas ou receitas públicas, atingindo, em paralelo, os particulares.

Façamos ainda outra apreciação muito usual em matéria tributária mas também em matéria de regulação que tem a ver com a apreciação de conceitos indeterminados e conceitos técnicos e como os tribunais têm reagido a estes.

É certo que, em ambas as áreas – regulação e tributação, não são poucas as vezes que encontramos conceitos indeterminados, sendo que a doutrina, mormente na área tributária, tem considerado que os mesmos podem não ser desejáveis mas são admissíveis.

Haverá depois lugar ao desenvolvimento desses conceitos indeterminados por parte de regulação especial. Não deixa, contudo, de ser muito importante a interpretação concreta e correta por parte dos agentes envolvidos para que esses conceitos não se tornem em “permissões” para discricionariedade injustificada ou deturpação de finalidades.

No que concerne à tecnicidade, também ela muitas vezes conectada com conceitos indeterminados, é muito fácil resvalar-se para uma discricionariedade por envolver ponderação de vários interesses públicos e privados tendo em vista a escolha da medida regulatória ou tributária mais apropriada.

Neste particular, não é fácil distinguir as situações em que existe verdadeira aplicação duma margem de livre decisão de situações em que não há espaço de autonomia.

Contudo, a utilização de conceitos técnicos não pode ser deixada sem qualquer escrutínio. Não podem os agentes ser deixados sem qualquer perspetivação e segurança no que concerne a estes conceitos.

A justificação da tecnicidade é, inclusivamente, muito utilizada para a defesa da autonomia das Entidades Reguladoras Independentes: que se deixe entregue a quem melhor sabe. Mas depois quem vai controlar estes técnicos?

Existe sempre a solução judicial, sendo que os Tribunais, longe ainda de estarem verdadeiramente preparados para a resolução de questões técnicas, têm evoluído bastante nas suas decisões. Mas deve ser deixada de lado a cultura de que a “palavra de técnico” é inultrapassável. Tal posição não é garantística para os agentes¹⁵¹⁸.

Sem dúvida que continua a ser necessário dotar os nossos Tribunais de meios para que não exista uma “incompetência envergonhada” a cada matéria com maior complexidade técnica.

Em matéria de regulação, o cerne do controlo judicial desloca-se para a fase anterior à atuação regulatória propriamente dita, ou seja, para o controlo do procedimento regulatório nomeadamente dos princípios da competência, da transparência, da participação, da fundamentação, entre outros. Nestes termos, o que o Tribunal deve apreciar é se o regulador adotou uma solução legalmente correta e não determinar qual a solução mais correta. Isto

¹⁵¹⁸ De relevar que, no caso dos Estados Unidos da América, está constitucionalmente previsto o seguinte: *“No action may be taken unless the benefits justify the costs”*, o que faz com que seja essencial e efetiva a atuação dos tribunais neste particular. Se não existir uma fundamentação para os benefícios muito dificilmente uma medida passa no crivo judicial.

porque cabe ao decisor político tomar a decisão com maior eficiência associada, atendendo às finalidades das medidas regulatórias.

Existirá sempre um núcleo de poder administrativo que será irredutível, incompreensível, de decidir e apreciar a necessidade das medidas adotadas. Esse escrutínio será legal mas também político. Estamos a falar duma discricionariedade que não é apenas técnica mas também de juízo e decisão com base em critérios de juízo ou decisão, critérios de oportunidade ou de valoração política cuja apreciação foi encomendada pela Lei, Governo ou Regulador e que o julgador deve respeitar em caso de não existir qualquer irregularidade.

As limitações do controlo jurisdicional nesta matéria significam, em última análise, que a “*substantive accountability*” dos reguladores tende a ser imperfeita¹⁵¹⁹.

A “*substantive accountability*” é um dilema: em certos organismos que são designados reguladores por causa da sua “*expertise*” e independência face à influência política tal pode significar que prosseguirá o interesse público com maior acuidade. Mas essa possibilidade pode ser arruinada se as suas avaliações forem postas em causa por outras entidades que não detêm a mesma “*expertise*” nem independência.

Ora, este dilema somente será ultrapassado a jusante, quando os juízes e tribunais tiverem meios para apreciar tecnicamente e de forma especializada.

Relativamente aos mecanismos de responsabilização políticos, o mecanismo de *checks and balances* existente entre os órgãos de soberania fazem desde logo uma distribuição de responsabilidade.

Os mecanismos existem e devem ser utilizados exatamente para evitar ou fiscalizar irregularidades que possam existir no processo legislativo, bem como para provocar a discussão mais profunda e maior definição das políticas seguidas.

Relativamente às irregularidades no processo legislativo, em paralelo com as regras de competência legislativa, devem ter-se ainda atenção ao seguinte:

a) Nos termos do artigo 165º n.º 1 alínea i) da CRP, é faz parte da reserva relativa da Assembleia da República, a criação de impostos bem como das bases gerais das taxas e contribuições. Nestes termos, já aqui explanámos que, nos termos do princípio da legalidade, é essencial o papel da Assembleia da República que, mesmo quando autoriza o Governo a legislar sobre estas matérias, tem o dever de desenvolver nessa autorização a direção da política fiscal a seguir, bem como os elementos essenciais do tributo.

Neste caso, a Assembleia da República tem o dever de dar direções explícitas e claras sobre os tributos a criar, podendo servir de filtro *a priori*, com uma discussão alargada, escrutínio público e audição dos intervenientes.

Existe ainda o mecanismo de avaliação *à posteriori*, por via do disposto no artigo 169º n.º 2 da CRP, quando o Governo se desvia da autorização concedida pela Assembleia da República.

b) Quando são matérias tributárias não abrangidas pela reserva relativa de competência da Assembleia da República, o Governo pode apresentar diretamente decretos-lei mas os mesmos podem ser escrutinados por via do artigo 169º n.º 1 da CRP.

¹⁵¹⁹ Cfr. Marisa Apolinário, “*O Estado Regulador: o novo papel do Estado*”, Almedina, 2015, p. 287 e ss.

Serve aqui como uma espécie de ratificação deste tipo de decreto-Lei

c) Por sua vez, o Presidente da República, face a Leis ou decretos-Lei ou Decretos é que tem competência para a sua promulgação, nos termos do artigo 134º da CRP. Face a dúvidas, o Presidente da República pode – dir-se-ia mesmo que deve – remeter para o Tribunal Constitucional o diploma para verificação de constitucionalidade e, em consequência promulgar ou vetar por inconstitucionalidade. Pode ainda exercer o veto político devendo o mesmo ser devidamente fundamentado.

d) Relativamente à apreciação da constitucionalidade, a fiscalização preventiva pode ser requerida não apenas pelo Presidente da República mas ainda pelos Representantes da República, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos deputados, tendo, contudo, as limitações previstas pelo artigo 278º da CRP.

A fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade pode ser requerida, nos termos do artigo 281º da CRP, sendo a mesma declarada com força obrigatória geral. Neste caso, para além do Presidente da República e Primeiro-Ministro, também o Presidente da Assembleia da República, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e – de relevar – um décimo dos deputados à Assembleia da República podem requerer a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

Ora, nestes termos, temos um vasto leque de agentes que podem interferir com relevância no processo legislativo, prevenindo que entrem em vigor tributos irregulares, bem podem ter uma ação *a posteriori* solicitando a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade e da legalidade. Não há, por isso, desculpa para que não se faça a discussão cuidada e uma avaliação quer dos tributos criados na Assembleia da República como os que diretamente são emanados pelo Governo.

Este tipo de *checks and balances* também existe nas entidades administrativas territoriais, mormente nas Autarquias locais.

Acresce ainda referir que também existem mecanismos de fiscalização e responsabilização relativamente às entidades reguladoras, medidas essas que estão bem patentes na Lei-Quadro das Entidades reguladoras, mormente por via das diversas intervenções que o Governo e Assembleia da República mantêm na criação e extinção destas entidades, bem como na designação e escrutínio da administração.

A estes mecanismos acrescem ainda as regras financeiras e submissão à fiscalização pelo Tribunal de Contas.

Para além de ser uma forma de despoletar a análise jurídica da legalidade dos tributos, é ainda uma oportunidade de escrutínio político. O escrutínio público, também em matéria tributária, é essencial para que haja a responsabilização pela prossecução de determinadas políticas económicas e sociais. E tem ainda consequências para os agentes envolvidos.

A disseminação de informação concreta sobre a política fiscal seguida mas ainda sobre os tributos e sua fundamentação é fundamental para que os contribuintes possam retirar as suas conclusões e ajam em consonância. Recorde-se que caso os tributos sejam motivação para alterações fundamentais da vivência dos cidadãos, tal será indício de que algo não estará a funcionar corretamente.

No que concerne às consequências económicas e financeiras, as mesmas estão intrinsecamente relacionadas com os fundamentos económicos dos tributos. As finalidades dos tributos, que

sejam correspondentes a determinadas missões económicas, consubstanciam intervenções do Estado na economia com determinada função.

O mesmo se passa quando os tributos têm determinadas finalidades sociais, sendo, neste caso, uma intervenção do Estado para correção de distorções sociais. Seja uma ou outra função que o tributo tenha, a mesma deve ser alcançada, sob pena de existir uma falha de intervenção. E as falhas de intervenção têm, também, as suas consequências. A doutrina económica explicita bastante bem as consequências resultantes destas falhas de intervenção do Estado ou falhas de regulação¹⁵²⁰.

Ora, para além do escrutínio e responsabilização político, há ainda consequências económicas que devem ser avaliadas. Isto porque o resultado de más políticas devem ter uma consequência.

Façamos aqui uma avaliação sobretudo em matéria de regulação e políticas económicas e sociais.

O impacto económico de determinado pacote de medidas políticas deve ser medido a curto prazo mas também a médio e longo prazo. Assim sendo, nas últimas décadas têm-se utilizado técnicas de análise macroeconómicas com os modelos de equilíbrio geral dinâmicos.

Contudo, esta análise não avalia efetivamente as políticas económicas, não avaliando os efeitos de alocação de recursos e consequentes efeitos no crescimento económico.

Timothy Fitzgerald, Kevin Hassett, Cody Kallen e Casey B. Mulligan¹⁵²¹, elaboraram em 2020 uma análise do impacto das propostas de Joe Biden aquando da sua candidatura à presidência dos Estados Unidos da América, e reclamam impactos negativos devido: i) as políticas propostas acentuam as distorções na economia, por via do aumento das alíquotas de imposto sobre o capital, trabalho. Também impõe restrições regulatórias impactantes para essa distorção; ii) a política de despesa pública detém pechas relativamente a investimentos sem rentabilidade ou com “desperdício” o que leva necessariamente à perda de bem-estar (medição via triângulos de Harberger); iii) estas distorções podem ser ainda medidas através da diferença entre preço e custo marginal.

A análise conclui ainda que existem medidas sectoriais que necessariamente têm impactos mais abrangentes, com influência no bem-estar geral e por isso a importância de se medir estes impactos via os triângulos de Harberger onde se pode constatar as perdas absolutas de bem-estar provocadas pelas medidas, mesmo que por via de extrapolação.

Utilizando esta metodologia, Abel Mateus fez uma análise aproximada da situação portuguesa¹⁵²².

A primeira análise é feita entre 1995 e 2019 e conclui logo pela *“enorme dimensão da má afetação de recursos que tem ocorrido no nosso país”*. As estimativas abarcaram apenas alguns sectores mas há desde logo uma questão que é relevada: o aumento da carga fiscal não foi acompanhado pelo equivalente melhoramento nos serviços públicos. E isto deve-se a

¹⁵²⁰ A que já nos referimos nos pontos 3.2 e 3.4 do presente trabalho.

¹⁵²¹ Cfr. Timothy Fitzgerald, Kevin Hassett, Cody Kallen, e Casey B. Mulligan, “An Analysis of Vice President Biden’s Economic Agenda: The Long Run Impacts of Its Regulation, Taxes, and Spending”, Becker Friedman Institute for Economics at UChicago, Working paper n.º 2020, outubro de 2020, disponível em https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/2020/10/BFI_WP_2020157.pdf

¹⁵²² Cfr. Abel Mateus, “A Regulação em Portugal”, Aletheia Editores, 2021, p. 235 e ss..

ineficiências do sector público. Mas as ineficiências identificadas também não resolveram a iniquidade social, constatando-se uma perda absoluta de bem-estar.

Muito sucintamente, são identificadas nesta fase algumas fontes de ineficiência¹⁵²³:

- i) Crise económica e bancária que, no caso português se deveu muito ao sobreendividamento da economia, quer a nível interno como externo. Este sobreendividamento levou à crise da dívida soberana mas também afetou as empresas e agentes privados que estavam sobre endividados. O crédito, infelizmente, tem sido utilizado para consumo ou investimentos não produtivos que, por si só, não geram rendimento para se autossustentarem e pagarem o empréstimo associado.
- ii) Acumulação de perdas e malparado no sistema bancário que gerou uma das maiores crises do sector bancário. Neste particular, há que ter em conta os custos dos contribuintes – decorrente do esforço do Estado para auxiliar as entidades bancárias – os custos e perdas dos acionistas, obrigacionistas e depositantes. Estes custos são mensuráveis – aproximadamente 51,8 mil milhões de euros – aos quais acrescem custos com a afetação ineficiente de recursos, ou seja, custos de oportunidade associados com perdas de projetos de empresas, insolvências, ineficiência na produção de receitas, entre outras¹⁵²⁴.
- iii) Outra ineficiência muito relevante são os sobrecustos da eletricidade. Falamos do diferencial entre preço e custo marginal de produção, ao que acresce ainda o impacto na economia. Os sobrecustos mais relevantes são a introdução das renováveis, os subsídios à cogeração, os CAE e CMEC que provocaram um aumento de 30% nos preços, o que leva a decréscimo progressivo do PIB, corte no consumo privado – redução de venda e produção – redução de exportação e redução de emprego.
- iv) Depois há que avaliar ainda a afetação de recursos a grandes projetos de investimento, tais como SCUT, estádios de futebol e EXPO 98 que no global geraram um excedente líquido negativo estimado em cerca de 9 mil milhões de euros.

A estes factores somam-se ainda a desaceleração da produtividade que são associados a dois factos: a) aumento da carga fiscal; b) má utilização ou deterioração da utilização dos fundos estruturais.

Mas a maior falha parece ser a falta de concorrência.

Utilizando a teoria económica do bem-estar, traçando-se os triângulos de Harberger e apurando-se as *deadweight loss*, Abel Mateus¹⁵²⁵ conclui pela perda de bem-estar sucessiva. Ora, o que se pretende dizer é que a adoção de políticas, mormente de regulação económica, pode ter impactos relevantíssimos, a curto, médio e longo prazo, para a progressão económica do país. Estas políticas económicas podem hipotecar as gerações vindouras. E isso parece claro.

O caso da taxa de carbono, por exemplo, que tem finalidades extrafiscais nobres mas que provoca distorções no sector energético. Essa distorção apenas fará sentido caso o valor da

¹⁵²³ Cfr. Abel Mateus, “A Regulação em Portugal”, Aletheia Editores, 2021, p. 235 e ss..

¹⁵²⁴ Abel Mateus refere que se em 2008 não tivesse ocorrido esta acumulação de perdas e malparado no sistema bancário, em 2018 o PIB poderia encontrar-se 22 pontos percentuais acima do efetivamente verificado. Ora, estamos perante uma tremenda ineficiência de gestão do sistema bancário que utilizou demasiados

¹⁵²⁵ Neste particular utiliza os dados do Estudo de João Amador e A. Soares, “Competition in the Portuguese Economy: Estimated Price-Cost Margins under Imperfect Labor Markets”, Banco de Portugal, Economic Bulletin, Primavera 2013.

receita seja injetado, por exemplo na redução de impostos sobre o trabalho. Por uma situação simples: a distorção do preço da energia provoca, como já referimos, alterações no consumo, na produção e necessariamente no emprego.

Tributos como a CESE ou a Taxa de carbono que onerem o sector energético vão interferir necessariamente com os preços de mercado, aumentando os custos, provocando distorções no sector com repercussões a vários níveis. Se a receita não for utilizada num “contrapeso” que mitigue o impacto dessa distorção ou crie valor semelhante – v.g. mais emprego num outro sector, aumento da produtividade geral, desoneração do rendimento do trabalho, etc. – então as medidas apenas desgastam o crescimento do PIB, provocando novamente perdas absolutas de bem-estar.

A ciência económica evoluiu nas métricas, quer na microeconomia ou macroeconomia. Não faz sentido que se mantenham ou criem políticas sem que se façam análises sérias sobre as perdas de bem-estar que provocam.

É certo que a regulação em Portugal tem sido marcada sobretudo pelas posições europeias e tem sido seguida a política e prática da União Europeia. Contudo, tal provocou nos anos 90 um grande impacto, nomeadamente nos sectores da energia e telecomunicações, por se ter desmantelado o monopólio do Estado e com a abertura dos mercados à concorrência.

Nas telecomunicações, por exemplo, existe uma diferença abissal de preços comparando com o mercado pré concorrencial. Mas nem sempre tal sucedeu noutros sectores.

No caso da energia, o sector tem sido alvo de inúmeras alterações, maior concorrência, mas o preço da energia não é necessariamente mais baixo. É no entanto dos sectores onde existe maior intervenção e regulação. Se a mesma está a resultar? Bem, não parece estar a percorrer-se um caminho eficiente.

Face a esta análise, quais os mecanismos de responsabilização que podem ser acionados perante este tipo de sucessivas perdas absolutas de bem-estar.

A teoria das escolhas coletivas deu-nos muitas orientações sobre como operam os mercados políticos, orientados para a maximização de interesses individuais ou de grupo. A responsabilização destes políticos – para além de civil e criminal quando aplicável – é uma responsabilização ela própria política também.

Buchanan já chamava a atenção para o facto de as democracias terem uma tendência para gerar défices: i) porque os políticos têm como objetivo a reeleição; ii) os eleitores pretendem maximizar os benefícios líquidos obtidos via Estado; iii) a autoridade dos políticos para gastarem sem a necessária cobertura por receitas; iv) falta de incentivos para o governo ser fiscalmente responsável dada a impopularidade das medidas.

As democracias tendem a gastar sem tributar. Esta é a essência da democracia, egoísta como qualquer agente económico. Mas por isso mesmo é que existem os mecanismos legais, nomeadamente e principalmente os mecanismos constitucionais que servem de limite para a ação dos políticos e obriga à fiscalização e atitude de defesa do interesse público geral.

Caso tal não suceda o mecanismo último de responsabilização é no dia das eleições, com o voto de todos nas urnas. Mas, de facto, as grandes mudanças requerem um consentimento social sob pena de reversão do sistema, subversão dos valores e, em limite, convulsão social e queda do regime. E esses sinais devem ser lidos de forma muito atenta por todos os agentes.

O caso paradigmático é o que está a suceder sobretudo nos últimos 10 anos no sistema tributário português. Em que a constituição acolhe um ideal de sistema fiscal, assente na figura primordial do imposto e por isso consagra regras de criação, implementação e aplicação de receta muito mais detalhadas para o tributo imposto.

Ora, a constituição previa um sistema assente nos impostos e por isso, naturalmente, remeteu para figuras em segundo plano os restantes tributos mesmo admitindo que os havia.

Muito embora as receitas fiscais, provindas dos impostos, ainda sejam as maioritárias, a crescente implementação dum sistema parafiscal viola necessariamente o espírito constitucional.

Um sistema tributário inteiro não pode ser avaliado sobre a sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, Parlamento ou mesmo Executivo. Mas os cidadãos podem pronunciar-se em massa sobre o mesmo, desaprovando a política seguida por determinado executivo.

A avaliação à posteriori das normas tributárias é, por demais, urgente. Seja pelos Tribunais, pelas instituições existentes ou criando-se um observatório isento que avalie as medidas.

Parte III

A Simbiose

Capítulo 6 – O Impacto da Tributação de Regulação

A simbiose é geralmente definida como a associação entre dois organismos de espécies diferentes, podendo essa relação ser benéfica para ambos os indivíduos ou não.

Etimologicamente, simbiose advém do grego “Sýn” que significa união, com ou junção, “Bios” que significa vida e “O-sis” que significa processo. Os gregos apenas utilizavam este termo para uma ideia de convivência, tendo sido a biologia a desenvolver uma definição adaptada à associação entre organismos vivos de espécies diferentes.

Curiosamente, não é pacífica a definição de simbiose no meio científico, existindo algum debate sobre a amplitude, vantagens e limites de cada concepção.

Um dos maiores diferenciais é se a simbiose deve abranger a interação entre indivíduos de espécies diferentes a longo prazo, apenas quando essa interação beneficia o hospedeiro, sendo uma relação desvantajosa para o sibionte.

Contudo, vários autores têm defendido a versão mais ampla do conceito de simbiose, em que a relação entre os indivíduos pode ser benéfica, neutra ou prejudicial para qualquer dos envolvidos.

A aplicação do termo simbiose nas ciências sociais não escapa à sua essência. No caso concreto, a análise que desde cedo se propôs fazer foi a de perceber a relação entre os dois institutos regulação e tributação.

O percurso que até agora se fez centrou-se sobretudo na análise autónoma de cada instituto, atendendo às suas peculiaridades, passando agora à análise e balanço desta relação.

Numa primeira fase, consideramos necessário avaliar o impacto provocado pelos tributos de regulação nos agentes envolvidos e no próprio mercado.

Isto porque os mecanismos tributários associados à regulação parecem ser meros instrumentos de intervenção do Estado mas sem que se retire consequências sobre os impactos destes na vivência em mercado concorrencial.

E estes impactos são certamente sentidos a vários níveis, pelos diversos agentes envolvidos, incluindo o comum cidadão que quotidianamente convive com as decisões dos agentes económicos, fazendo ele próprio parte do ciclo económico.

De facto, não se sabe ao certo o impacto destes mecanismos de regulação. Por um lado, não existe uma efetiva verificação da eficiência das medidas, mormente se as mesmas estão a cumprir a finalidade para que foram criadas.

Por outro lado, não existindo esta verificação da eficiência, também não se alcança a amplitude das distorções que as medidas podem provocar nos mercados, incluindo distorções mais graves do que as falhas que possam eventualmente querer colmatar.

Assim, quer a falha no cumprimento da finalidade da medida mas também a distorção que a mesma pode ter causado no mercado não estão a ser devidamente avaliadas. Por um lado a eficiência da intervenção não parece estar a ser escrutinada mas também não há escrutínio das distorções causadas.

Enquanto que as medidas regulatórias, prosseguidas e cujo âmbito se enquadra nas entidades reguladoras, ficam sob a alçada das mesmas¹⁵²⁶, as medidas tributárias têm contornos mais peculiares.

A conceção de normas tributárias é, como sabemos, de recorte legal e constitucionalmente mais exigente, pelo que a preocupação é sobre a sua conformidade formal e material com a constituição.

Contudo, esta tributação de regulação não deixa de ter características económicas que devem ser fiscalizadas e apreciadas.

Também no que concerne à conformidade material, os mecanismos tributários usados como forma de regulação têm um elemento finalístico a cumprir. Seja uma verificação de que a figura está bem calibrada para as finalidades que se propõe alcançar ou constatar que se está a distorcer ainda mais o mercado, sem dúvida que o impacto deve ser analisado.

Por outro lado, como devem ser avaliadas as medidas regulatórias.

Já aqui falámos de várias formas de avaliar as medidas e do sistema RIA – *Regulatory Impact Assets*.

Em Portugal existiram várias tentativas para melhorar a qualidade e eficiência dos atos normativos do Governo, nomeadamente com a Comissão Técnica do Programa Estratégico para a Qualidade e Eficiência dos Atos Normativos do Governo¹⁵²⁷ e a Comissão para a Simplificação Legislativa em 2001 que criou um relatório final para a melhoria da qualidade legislativa.

Contudo, estes dois programas tinham sobretudo em vista a maior transparência e a melhoria técnica dos diplomas. Não existiam propriamente preocupações com a fundamentação ou impactos económicos.

Aliás, mantém-se ainda o Programa Simplegis, desde maio de 2010, que visa três objetivos: i) Simplificar a legislação; ii) Garantir às pessoas e empresas mais acesso à legislação; iii) melhorar a aplicação das leis para que estas possam atingir mais eficazmente os objetivos que levam à sua aprovação.

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/2017, de 2 de março de 2017, veio introduzir maiores preocupações com os impactos económicos da legislação.

No preâmbulo da Resolução do CM, pode ler-se: “(...) o *Regimento do Conselho de Ministros, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95 -A/2015, de 17 de dezembro, consagra já a avaliação prévia e o controlo da introdução de novos custos administrativos para as pessoas e para as empresas, prevendo a emissão de parecer obrigatório e vinculativo da Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa quando estejam em causa projetos legislativos*

¹⁵²⁶ Mesmo que depois a sua avaliação seja limitada. Se olharmos para as funções das entidades reguladoras, percebemos que as atividades de regulação e supervisão que detêm não incluem diretamente a avaliação das medidas implementadas ou seus resultados.

¹⁵²⁷ Cfr. Despacho n.º 12017/2003, de 25 de junho e Despacho n.º 26748/2005, de 19 de dezembro.

que envolvam o aumento de encargos ou outros custos de contexto. Paralelamente, o Regimento estipula que a nota justificativa que acompanha aqueles projetos inclui informação sobre novos atos administrativos criados. A experiência prática tem vindo a confirmar que a aplicação das referidas formas de controlo, no quadro do processo de preparação e elaboração da legislação, gera efeitos muito positivos, resultando na eliminação ou mitigação de encargos que não são considerados necessários e/ou justificados. Importa, agora, criar um sistema institucionalizado que permita medir e calcular os custos, para as pessoas e para os agentes económicos, inerentes à legislação do Governo, de modo sistemático e numa fase precoce do procedimento legislativo, com base em critérios e parâmetros estandardizados, de acordo com as melhores práticas internacionais, recorrendo parcialmente ao Standard Cost Model (SCM), método que tem sido utilizado nos diferentes Estados -Membros da União Europeia.”

De facto, esta Resolução do Conselho de Ministros traz consigo uma necessidade de avaliação dos custos, para as pessoas e para as empresas, o que é, de facto a implementação dum sistema de avaliação do custo das decisões legislativas, pelo menos as propostas pelo Governo.

Nos termos do Regimento do Conselho de Ministros, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95-A/2015, que entretanto já foi alterada, no artigo 26º desse mesmo diploma, alíneas k) e l), considera-se que:

“k) Avaliação do impacto do projeto relativamente à variação de encargos para as pessoas e/ou para as empresas, em especial, para as micro, pequenas e médias empresas, com referência a audições, que sejam legalmente obrigatórias ou realizadas por determinação do membro do Governo responsável pela respetiva área governativa, a entidades representativas das empresas, incluindo as entidades representativas dos trabalhadores;

l) Ponderação sobre a oportunidade de criação de regime de isenção para micro, pequenas e médias empresas ou, não sendo possível, de regime jurídico específico que atenda às particularidades deste segmento de empresas e mitigue o impacto dos referidos encargos;”

Se, por um lado, deve existir uma avaliação dos custos para a administração, com pronúncia dos membros do governo responsáveis pelas Finanças Públicas relativamente a despesa acrescida, por outro lado deve avaliar-se o impacto das decisões nas pessoas e empresas.

Estes relatórios são depois apreciados pelo Gabinete da Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa mas a decisão final será sempre tomada na Reunião de Secretários de Estado e no Conselho de Ministros.

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 74/2018 trouxe a implementação dum sistema de avaliação de impacto legislativo, com coordenação pela Unidade Técnica de Avaliação de Impacto Legislativo (UTAIL)¹⁵²⁸ que procede à implementação e execução do programa “Quanto Custa?”.

Este programa, acompanhado também pela OCDE¹⁵²⁹, não é mais do que a implementação do sistema de avaliação, muito semelhante ao RIA, à legislação, incluindo legislação de regulação económica.

¹⁵²⁸ Criada pela Resolução do Conselho de Ministros 44/2017, de 24 de março.

¹⁵²⁹ Esta cooperação, iniciada no projeto piloto, deu aso à elaboração dum relatório. Esse relatório da OCDE faz uma apreciação positiva da implementação dum sistema que considera relativamente simples e de fácil alcance

Esta avaliação deve ser efetuada “(...) a projetos de decreto-lei e de proposta de lei a aprovar pelo Governo, incidindo sobre a variação de encargos gerados por esses projetos para cidadãos e empresas e sobre o eventual impacto concorrencial desses mesmos projetos sobre o sector que visam regular”.

De relevar que, desta feita, sugere-se que o modelo de avaliação faça:

- a) Avaliação prévia da variação de encargos gerados no âmbito da atividade da Administração Pública;
- b) Avaliação prévia dos benefícios gerados por cada projeto legislativo;
- c) Ponderação custos-benefícios;”

Esta avaliação é efetuada pela UTAI que faz também a formação dos Gabinetes Governamentais para que o modelo de avaliação seja idêntico.

Contudo, apensar destes avanços, a avaliação aqui feita é meramente para a legislação proposta pelo Governo, não sendo claro se se aplica também, por exemplo, às medidas do Orçamento do Estado.

Também não é claro se esta avaliação é feita no que concerne à criação de tributos, bem como as avaliações da UTAI são utilizadas como documentação de trabalho dos projetos legislativos, raramente sendo divulgadas.

No que concerne aos tributos, existem estudos feitos por Grupos de Trabalho relativamente a alguns tributos e benefícios¹⁵³⁰ onde se incluem notas sobre o impacto dos mesmos.

O caso paradigmático é o relatório sobre o Impacto do Imposto Especial sobre as Bebidas Açucaradas e adicionadas de edulcorantes, de 30 de junho de 2018, em que se avalia o impacto no consumo após a entrada em vigor deste imposto especial¹⁵³¹.

Não deixamos, contudo, de constatar que os passos foram iniciados e que este tipo de unidades técnicas pode ajudar na compreensão dos impactos da regulação, mormente do impacto dos tributos de regulação, quer no erário público mas também no próprio mercado.

No que concerne à perspetiva das empresas, os custos da regulação são de dois tipos¹⁵³²: i) ao nível dos custos financeiros, que são mensuráveis, sendo possível a cada empresa perspetivar o impacto financeiro na empresa e consequentemente no seu custo de produção; ii) *compliance risk*, que são custos indiretos com a incerteza criada por determinada regulação.

Em ambos os casos, podem existir consequências diretamente no comportamento dos agentes de mercado e, em consequência, nas condições de preço e quantidades do mesmo. Charles W. Calomiris, Harry Mamaysky e Ruoke Yang, em “Measuring the Cost of Regulation: A text-Based

¹⁵³⁰ Ao longo dos anos foram sendo efetuados diversos estudos sobre o efeito dos benefícios fiscais. As considerações gerais levam a que seja favorável o balanço da existência dos mesmos para “calibrar” o sistema fiscal, corrigindo-se algumas situações de distorção social. Contudo, também surgiram situações em que eram atribuídos benefícios fiscais de difícil compreensão, a empresas de grande dimensão ou com fortes posições em mercados sectoriais que levantaram dúvidas sobre a possibilidade duma “captura” do legislador relativamente à pressão exercida pelos agentes do mercado. Contudo, muitas vezes são os agentes que se aproveitam de detalhes legais para fazer um planeamento fiscal agressivo que pode colmatar em fraude.

¹⁵³¹ Cfr. <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBAAAAB%2BLCAAAAAABAAzM7I0AQCMNV8BAAAAA%3D%3D>

¹⁵³² Conforme já foi referido no Capítulo 3, ponto 3.4.3.

Approach”¹⁵³³, consideram que é evidente que quanto maior regulação existir no sector mais é o impacto da mesma no crescimento, rentabilidade, alavancagem e investimento são afetados.

Neste estudo, onde os autores propõem uma nova forma de medição da regulação, chegam à conclusão que o impacto da regulação afeta, sobretudo as pequenas e médias empresas, sendo mais bem absorvido pelas grandes empresas.

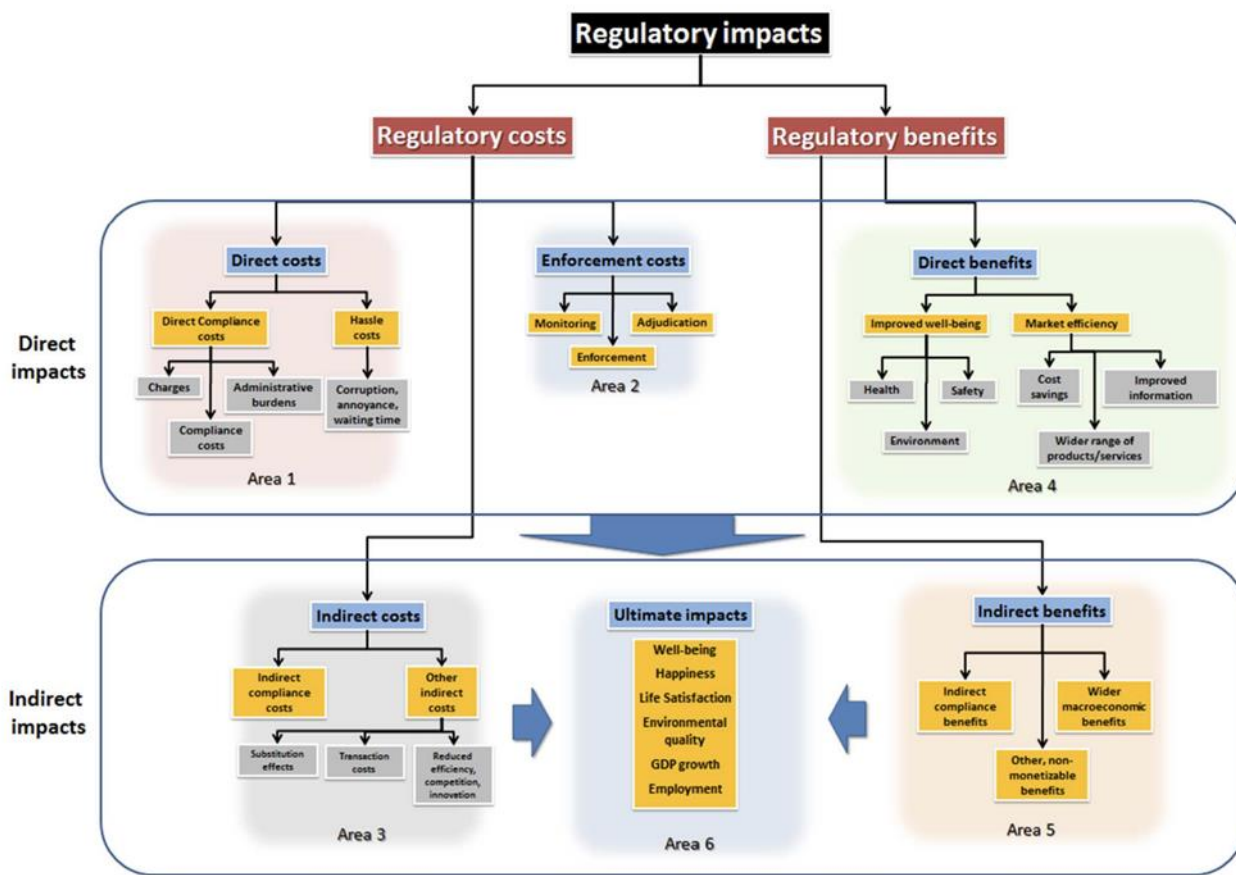
Ora, este facto, que nos parece ser perceptível em grande parte dos mercados, coloca desde logo um ponto de interrogação sobre a eficiência das medidas regulatórias, pois parecem favorecer aqueles que já detêm uma posição favorável no mercado.

Sendo uma das finalidades da regulação a defesa da concorrência e correção de falhas de mercado, incluindo o combate aos poderes de mercado, estas conclusões são deveras contraditórias.

Por outro lado, como é que a administração tributária, olha para estes tributos de regulação que têm uma técnica de criação, liquidação e até cobrança diversa em relação aos tradicionais tributos sem finalidades extrafiscais. Será que a administração fiscal se preocupa com a prossecução das finalidades destes tributos? E como lida com esta receita muitas vezes consignada?

Em termos sumários, os impactos da regulação podem ser estruturados desta forma:

¹⁵³³ Cfr. Charles W. Calomiris, Harry Mamaysky e Ruoke Yang, “Measuring the Cost of Regulation: A Text-Based Approach”, NBER Working Paper Series, Working Paper 26856, disponível em <https://www.nber.org/papers/w26856>.



Fonte: “Assessing Costs and Benefits of Regulation”, A CEPS – Economisti Associati Study for European Commission, Andrea Renda.

O quadro apresentado, resultante de um dos estudos efetuados para a Comissão Europeia com vista à análise, criação, implementação e resultados dum sistema de avaliação de impactos da regulação, apresenta muito claramente os impactos diretos e indiretos, dividindo estes impactos naturalmente por custos e benefícios.

Não é, de todo, nova esta metodologia, sendo, contudo de difícil mensuração os impactos indiretos. Como bem refere Cass Sunstein¹⁵³⁴ “Cost-benefit analysis includes everything that matters to people’s welfare, including such qualitatively diverse goods as physical and mental health, freedom from pain, a sense of meaning, culture, clean air and water, animal welfare, safe food, pristine areas, and access to public buildings.”

A avaliação de impacto de regulação, cumprindo a metodologia RIA ou, em alternativa ou complemento, a *Standart Cost Model* que é comumente aceite pelos Estados Membros da União Europeia, permite quantificar os custos administrativos que os cidadãos e empresas incorrem por cumprirem as obrigações especificadas na legislação.

¹⁵³⁴ Cfr. Cass R. Sunstein, “The cost-benefit revolution”, The MIT Press, 2018, p. 23

Mas os custos administrativos são apenas uma parte dos custos de cumprimento (*compliance costs*). Ainda existem os custos de “irritação” que abarcam todas os constrangimentos associados aos entraves e constrangimentos burocráticos, corrupção, etc..

O *Standart Cost Model* não apura, contudo diversos custos. Conforme salientam Maria do Céu Santos e António Bilhim¹⁵³⁵, “O *Standard Cost Model (SCM)* é uma ferramenta amplamente utilizada para contabilizar os custos administrativos da lei. Esta ferramenta apura os custos administrativos que as empresas incorrem para puderem cumprir as obrigações decorrentes da lei, isto é, obrigações de informação. O SCM não determina os custos financeiros diretos (e.g., taxas e impostos), nem os custos de cumprimento substantivos (e.g., investimentos específicos inerentes ao cumprimento da lei). A metodologia do SCM obedece a linhas de orientação comuns e internacionalmente “padronizadas”. O manual *International Standard Cost Model* resulta do esforço e coordenação de vários países no desenvolvimento de uma metodologia para avaliação dos custos imputados às empresas e decorrentes da lei. O SCM tem sido aplicado com algumas adaptações ao nível das nações. O SCM foi desenhado com o intuito de identificar, avaliar, comparar e verificar (corrigir) os custos administrativos decorrentes da regulação, por país e ministério, durante um certo período de tempo. Segundo o *International Working Group on Administrative Burdens*, o SCM permite, em simultâneo, uma análise das performances a nível nacional e internacional:

i) Ao nível nacional o SCM permite:

- Obter uma compreensão mais detalhada dos encargos administrativos por lei;
- Obter conhecimento do ponto de partida e dados básicos, permitindo que as propostas (efeitos) de redução sejam devidamente identificadas;
- Cálculo de custos de alternativas legislativas e regulatórias e os seus efeitos;
- Elaborar relatórios de forma mais rápida e confiável (ao nível da lei) sobre o desenvolvimento dos encargos administrativos durante um período de tempo.

ii) Ao nível internacional o SCM permite:

- Sistema de benchmarking e regulação entre os países com identificação das melhores práticas;
- Benchmarking de como as Diretivas da EU foram transpostas na regulação nacional pelos diferentes países.”

Deixando de fora estes custos, a avaliação do impacto acaba por estar coartado de parte do seu intuito. Por outro lado, a avaliação da prossecução do bem-estar não deixa de ser também difícil. Como já referimos, a avaliação “utilitarista” cinge-se à avaliação dos Triângulos de Harberger, sendo estes já de difícil mensuração.

Relativamente ao bem-estar, aquilo que Sunstein apelida de “*welfarism*”, aquilo que é evidente em todos os estudos é que há aparentemente um melhoramento das condições que são consideradas como boas para o bem-estar geral. Contudo, são paupérrimas as conclusões acerca do real impacto de medidas de regulação no bem-estar. Quanto vale um ar mais limpo, melhores condições de segurança, de saúde pública? Será sempre uma mensuração muito difícil.

¹⁵³⁵ Cfr. Maria do Céu Colaço Santos e António de Abreu Faria Bilhim, “A Proposta da qualidade nas Políticas Internacionais de Reforma Regulatória e nas Metodologias de avaliação do seu Impacto”, CEDIPRE Online n.º 43, junho de 2021, p. 11 e ss.

Cabe agora fazer uma análise mais pormenorizada do que pode ser o impacto dos tributos de regulação nos regulados, os impactos para o regulador e as consequências nos mercados.

De recordar que já aqui referimos a taxonomia dos tributos de regulação. De qualquer forma, nem sempre é fácil isolar estes custos ou benefícios e seus impactos.

Tentaremos, contudo, encontrar uma fórmula de análise que sirva de padrão. Assim, trataremos dos impactos, seguindo basicamente o seguinte:

- i) Impacto relativamente ao padrão de mercado concorrencial;
- ii) Impacto direto, atendendo aos custos e benefícios diretos;
- iii) Impacto indireto, atendendo aos custos e benefícios indiretos.

Olhemos, portanto, para as perspetivas do Regulado e para o lado da máquina administrativa, o Regulador.

6.1. Perspetiva do Regulador

Quem determina a regulação é o Estado, pelo que o Regulador, em última instância é sempre o Estado. Ou, quanto mais não seja, é o Estado enquanto entidade legisladora, uma vez que as entidades reguladoras não detêm – ainda! – poderes legislativos.

Assim, será sempre a Lei¹⁵³⁶, por iniciativa e/ou decisão, do Governo e/ou Parlamento, a definir a intervenção reguladora. Sendo certo que, como já aqui referimos, as entidades reguladoras têm importantes intervenções no âmbito da criação e revisão do quadro legal e regulatório¹⁵³⁷.

Por outro lado, o próprio legislador nacional pode ser “condicionado” pela atuação de entidades supranacionais, mormente as instâncias europeias. Já aqui explorámos as diferenças entre uma intervenção direta do Estado, um regime multinível onde entidades supranacionais emanam as diretrizes da regulação e o sistema de entidades reguladoras dotadas de autonomia¹⁵³⁸.

A dispersão dos poderes regulatórios traz vantagens e desvantagens. Se por um lado dispersa o poder, pulverizando-se as entidades que detêm funções reguladoras, a promiscuidade entre agentes e entidades poderá ser dificultada. Mas criam-se mais burocracias e entraves no processo regulatório.

As vantagens de ser um organismo público diretamente a implementar e executar as medidas regulatórias cria menos entropia administrativa – pelo menos em teoria! Mas cria uma maior sensação de promiscuidade com o Estado enquanto agente de mercado. A ideia de entidades administrativas dotadas de ampla autonomia serem o modelo mais indicado para a promoção das medidas de regulação trazia vantagens associadas: maior garantia de tecnicidade, autonomia administrativa face ao Estado e menor probabilidade de influência.

¹⁵³⁶ Na sua aceção ampla.

¹⁵³⁷ Veja-se, a propósito os poderes das entidades reguladoras discriminados no artigo 40º da LQER, incluindo poderes de regulamentação aplicáveis às entidades reguladas, ou poderes de fiscalização e de fazer cumprir a aplicação de normas de regulação.

¹⁵³⁸ Sendo de referir que muito dificilmente detêm a tão almejada independência nomeadamente financeira.

Uma regulação que seja descentralizada faz com que haja uma pulverização dos atores da regulação o que acarreta o envolvimento de várias instituições e membros da sociedade. Mas uma regulação descentralizada não significa necessariamente uma autorregulação mas antes uma espécie de fragmentação do poder regulatório entre Estado e Sociedade. Há quem apelide de “Estado Pós-regulador” ou, de acordo com autores de ciência política, “capitalismo regulatório”¹⁵³⁹.

Esta descentralização é ainda notória pela existência de sistemas multinível, em que existem organizações internacionais que apresentam poderes regulatórios de influência territorial alargada, sendo o exemplo mais típico a União Europeia. No caso da União Europeia, o modelo adotado foi o de criar um sistema regulatório uniforme, sobretudo nos sectores económicos chave, com vista à prossecução dos interesses do mercado comum¹⁵⁴⁰.

Qualquer forma de descentralização de regulação traz consigo uma certeza: a de que o Estado deixa de ser o único ator no sistema regulatório. Mas afinal, quem regula?

Na perspetiva que aqui nos interessa, na perspetiva dos tributos e benefícios de regulação, só pode ser o Estado. Isto porque, em última instância, as figuras tributárias e benefícios tributários estão sujeitos à regra formal do princípio da legalidade. Não detendo as autoridades reguladoras poderes tributários ou legislativos – salvo os poderes que lhes são delegados expressamente – não são estas entidades que criam os tributos de regulação. Podem, porém, executar algumas normas, nomeadamente por via da cobrança de taxas pelos serviços que prestam.

Mesmo num sistema multinível, como o que se tem formado essencialmente na União Europeia, a emissão de diretivas requer sempre a envolvimento dos Estados-Membros – no processo legislativo europeu – bem como a sua transposição na ordem interna e operacionalização¹⁵⁴¹.

De relevar ainda que, no caso específico dos tributos, a ação da União Europeia é relativamente limitada por se tratar de matéria em que ainda prevalece a soberania dos Estados.

Já no que concerne aos benefícios tributários, a única intervenção nesta matéria que a União Europeia pode ter é relativamente às limitações dos Tratados no que concerne a Auxílios de Estado, matéria que já aqui abordámos.

A verdadeira vantagem relativamente a um sistema mais pulverizado seria a redução do risco de captura dos reguladores pelos regulados. Mas, para tal a autonomia dos reguladores independentes deve ser muito elevada para que não existam, por um lado, tentação de captura do regulador pelos regulados e, por outro, interferências por parte do Estado.

¹⁵³⁹ Cfr. Marisa Apolinário, *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, p. 233 e ss.

¹⁵⁴⁰ Sendo certo que algumas diretrizes europeias de cariz regulatório foram incentivadas também para a manutenção de critérios de convergência para manutenção da estabilidade dos mercados e não colocar em causa, mormente, a política monetária comum.

¹⁵⁴¹ Conforme bem refere Marisa Apolinário, em *“O Estado Regulador: o novo papel do Estado”*, Almedina, 2015, *“Os reguladores europeus (sobretudo a Comissão Europeia e algumas recém-criadas agências reguladoras europeias) não se sobrepõem, no entanto, aos reguladores nacionais. Com efeito, a União Europeia depende dos Estados para executar as suas políticas. Os reguladores nacionais são, no entanto, responsáveis por implementar um regime regulatório que é, em muitos casos, o resultado da transposição, a nível nacional, de diretivas comunitárias.”*. Certo é que após crise de 2011 as agências reguladoras europeias cresceram nas suas funções, sobretudo para assegurar a estabilidade em alguns sectores chave, de facto,

A regulação sectorial independente, cria a possibilidade de existir uma autonomia técnica e de especialização. Muito facilmente as entidades reguladoras passam a desempenhar um papel relevante na concretização das medidas regulatórias, tendo a seu cargo por vezes regulamentação relevante, tal como os parâmetros de concessão de licenças, verificação de requisitos de acesso ao mercado, estabelecimento de tarifários ou até, como recentemente assistimos, leilão para concessão de acesso e exploração de mercado de telecomunicações.¹⁵⁴².

Outra vantagem desta regulação sectorial independente, é que as entidades reguladoras passam a ser organismos com grande grau de autonomia administrativa e financeira, com ciclos de poder diferenciados das legislaturas do órgão executivo e legislativo, sendo por isso “desencontrado” das expectativas de determinado Governo ou maioria Parlamentar.

Analisemos brevemente o panorama relativamente às Entidades Reguladoras¹⁵⁴³ quanto a esta suposta vantagem de serem “independentes”.

A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, foi justificada por três grandes vetores: a) razão sistemática, de agregação e harmonização de vários diplomas vigentes; b) exigência do Memorando de Entendimento da *Troika*, sendo necessária à sua implementação para cumprimento das condições de financiamento do Estado; c) conjuntura política de aplicação de ideais de liberalismo económico.

De facto, o liberalismo económico, corrente que teve uma influência notória no sistema regulatório de grande parte dos países europeus e cuja Comissão Europeia adotou como via de concretização de objetivos do mercado único, levou a que existisse uma substituição do paradigma do Estado enquanto gestor das interações nos mercados para que existisse a ideia de intervenção mínima do Estado na Economia.

A Intervenção do Estado seria a de supervisão/ fiscalização, com destaque para a legalidade, bem como a imposição de medidas com finalidades de ajustes sociais, motivações de justiça. No fundo, a ideia subjacente às entidades reguladoras é que as mesmas teriam maior apetência técnica para garantir o funcionamento dos mercados de forma mais eficiente. O Estado manteria a posição de “fiel da balança” onde equilibraria esta eficiência económica paretiana com medidas de correção de distorções sociais, de prossecução de uma justiça social, matéria vetada a segundo plano do padrão tradicional de eficiência paretiana.

As entidades reguladoras, surgem como uma forma de “administração separada”, dotada de autonomia face à administração central, separada e não dependente do Governo, com elevada especialização técnica, despolitizadas e dotadas de condições de imparcialidade.

É certo que a União Europeia deu um impulso fundamental para a constituição deste sistema, uma vez que se constituiu como uma espécie de “regulador supranacional” em determinados sectores económicos e com especial relevância no sector financeiro. Por um lado, a União Europeia defendia os interesses do mercado único, intervindo com especial relevância em sectores-chave, como a energia e telecomunicações.

Por outro lado, a constituição da União Monetária levava à necessidade de imposição de regras financeiras aos Estados mas também ao sector financeiro, pelo que é de relevar o movimento

¹⁵⁴² Referimo-nos concretamente ao leilão de frequências para utilização de frequências 5G.

¹⁵⁴³ Veja-se, sobre este tema, o ponto 3.5.3. do presente trabalho.

de regulação, despoletado sobretudo após a crise da dívida soberana em 2011, e de supervisão no sector financeiro.

O modelo de independência destas entidades reguladoras, forjado nos Estados Unidos da América, não foi, contudo, transposto na Europa onde se mantém um menor grau de independência¹⁵⁴⁴.

Muito sinteticamente, a avaliação do tipo de independência das entidades reguladoras, pode ser aferida atendendo a uma independência *de iure*, quando a criação por via legislativa confere um conjunto de atributos que se traduzem num grau apreciável de autonomia dessa entidade, ou uma independência *de facto*, quando o comportamento da entidade confirma uma independência de influências políticas ou dos regulados.

No que concerne à independência *de iure*, existem alguns indícios que devem ser visitados na legislação, mormente:

- a) Grau de inamovibilidade dos titulares dos órgãos, nomeadamente no que concerne à nomeação e demissão dos mesmos. Sucede que, no caso da Lei-quadro portuguesa, essa nomeação e demissão continua a ser essencialmente decidida pelo Governo com uma intervenção da Assembleia da República. Não existe, porém, demissões diretas, injustificadas. A demissão só é possível por falta grave apurada após inquérito – cfr. Art. 20º n.ºs 4 e 5 e art.º 17º da LQER;
- b) Regime de incompatibilidades que seja claro relativamente à impossibilidade de conciliação entre funções políticas e qualquer ligação à entidade reguladora, bem como preveja a impossibilidade de relação com entidades reguladas. A LQER é clara relativamente a estes impedimentos, sendo ainda de relevar a atribuição duma compensação, durante 2 anos após cessação de funções, aos membros do Conselho de Administração para que possam recusar vínculos com entidades reguladas. – Cfr. Art. 19º da LQER;
- c) Renovação do mandato dos titulares de cargos de administração e sua duração. De facto, a LQER prevê que a duração do mandato é mais alargada – 6 anos – de modo a que este não esteja conexo com os ciclos políticos. Os ciclos políticos estão geralmente associados às eleições legislativas – mandatos de 4 anos – sendo ainda de relevar que até o mandato do Presidente da República é menor. Reconhece-se ainda a necessidade de não renovação de mandato para que não haja o eternizar dos mesmos titulares nos cargos. Nada impede, porém, que possa existir uma “recandidatura”¹⁵⁴⁵ – Cfr. Art. 20º da LQER;
- d) Orçamento próprio e/ou autonomia financeira. Relativamente a este ponto já aqui referimos que, de facto, existe autonomia de gestão financeira e financeira, detendo património e receitas próprias, mas existindo ainda a subjugação a regras e fiscalização semelhantes à administração pública. Sobretudo porque, maioritariamente, as

¹⁵⁴⁴ O caso do Reino Unido é paradigmático, onde existiam duplicação de funções, não deixando a administração central de deter determinados poderes regulatórios que se sobrepunham aos poderes de outras entidades administrativas.

¹⁵⁴⁵ Neste caso diríamos que não poderá ser apenas uma questão formal. Os titulares dos cargos devem efetivamente ficar afastados de qualquer indicação por parte do Governo. Consideramos, contudo que a Lei não impede que, findo um mandato de interregno, não possa voltar-se a indicar um anterior membro do conselho de administração.

entidades reguladoras não são autossuficientes e dependem ainda de financiamento público pelo que a regra será a de fiscalização do uso desse dinheiro público.

Existem, contudo, indícios de que não existem propriamente uma independência¹⁵⁴⁶, devendo assinalar-se, por exemplo, o facto de apenas o Governo designar os membros do Conselho de Administração, sendo que o Presidente mantém um poder de veto suspensivo nos termos do artigo 23º n.º 4; acresce que o mesmo Governo pode destituir os membros do Conselho de Administração por motivo de falta grave; nada impede que se voltem a designar as mesmas pessoas com um interregno equivalente a um mandato; o parecer da Assembleia da República relativamente à proposta de designação do Governo não é vinculativo; mantêm-se uma tutela preventiva nos termos do artigo 45º da LQER; inexistente independência patrimonial e financeira.

No que concerne à independência financeira, há que relevar o seguinte:

Coligimos informação relativa aos ganhos constantes de relatórios e contas do ano de 2021¹⁵⁴⁷, verificamos que em geral as Entidades Reguladoras não apresentam resultados negativos, sendo de relevar que os ganhos são suficientes ou ligeiramente superiores aos gastos.

De referir ainda que, relativamente à componente taxas, impostos e contribuições, acrescentando-se grande parte das vezes também os valores recolhidos por aplicação de coimas, estes valores são de elevada monta, cobrindo geralmente as despesas da entidade reguladora.

Contudo, nesta componente encontram-se não apenas os tributos cobrados pela entidade reguladora, resultantes da sua atividade, mas ainda aqueles tributos, mormente impostos especiais e contribuições, cuja receita está alocada a estas entidades.

Nestes termos, são transferências – ou do Estado ou diretamente dos sujeitos passivos desses tributos¹⁵⁴⁸ – que se encontram consignadas a estas entidades.

Veja-se, por exemplo, a nota relativamente a estas receitas feita pela CMVM no seu relatório e contas de 2021¹⁵⁴⁹: “A CMVM é exclusivamente financiada por receitas próprias, sendo a quase totalidade dessas receitas constituída pelo produto das taxas devidas pelas entidades destinatárias da atividade da CMVM. As Portarias nºs. 913-1/2003, 74-C/2016 e 342-A/2016 e o Regulamento da CMVM n.º 7/2003 constituem a base legal na qual se encontram estabelecidas as taxas de supervisão contínua e os montantes por atos de supervisão praticados, bem como a respetiva incidência, montante ou alíquota, periodicidade, modos e prazos de liquidação. O reconhecimento do rédito é simultâneo à prestação do serviço e independente da sua liquidação ou cobrança.”

Não deixa, contudo, de se notar que existem ainda, mesmo que com menor expressão, subvenções ou subsídios. A exceção é a ERSE que detém um valor de subsídios muito elevado:

¹⁵⁴⁶ Neste particular, já aqui amiúde defendemos que não há verdadeira independência destas entidades mas antes uma autonomia administrativa e hierárquica reforçada.

¹⁵⁴⁷ Relatórios disponíveis nos sites das Entidades Reguladoras. Consultámos as seguintes ER: ERSE, CMVM, ANACOM; ERSAR, Autoridade da Concorrência.

¹⁵⁴⁸ Consoante a opção de liquidação e cobrança efetuada pelo legislador.

¹⁵⁴⁹ De referir que esta observação é efetuada como nota explicativa da demonstração financeira relativamente à rubrica “Impostos e taxas”. A nota 16 refere-se a réditos que diz respeito a recebimentos/entradas brutas de benefícios económicos numa entidade durante o seu período contabilístico resultante do curso das atividades regulares desta quando resultam em aumentos de capital próprio, não provenientes de contribuições de participantes no capital próprio.

“As “Transferências e Subsídios Correntes Obtidos” dizem respeito às participações transferidas pelas concessionárias de transporte de energia elétrica e de gás natural, bem como à Contribuição Regulatória autoliquidada pelas entidades que introduziram produtos de petróleo no mercado nacional. Estas entidades são designadas por operadores obrigados e determinam a contribuição com base nas quantidades de gasolinas, gasóleos e gases de petróleo liquefeito introduzidas no mercado nacional, para afetação ao funcionamento da ERSE.”

Ou seja, na mesma rubrica temos não apenas os subsídios, mas ainda as transferências de tributos de regulação que têm a receita consignada a esta entidade.

De qualquer forma, há uma conclusão óbvia:

A Lei-Quadro, no seu artigo 36º n.º 1 alínea a) e c), enumera dois grupos de contribuições, taxas e tarifas¹⁵⁵⁰:

- i) As cobradas pelo exercício da atividade reguladora, pelos serviços prestados ou pela remoção de obstáculos jurídicos. Aparentemente, neste primeiro grupo aparecem aqui as chamadas taxas administrativas cobradas em razão de determinado serviço prestado pela entidade reguladora no âmbito da sua atuação. Estão ainda aqui aquilo a que consideramos ser contribuições cobradas em razão do financiamento da própria atividade reguladora e que são o suporte financeiro do funcionamento da entidade. Por último parece-nos que cabem ainda aqui as taxas cobradas por licenças que a entidade possa atribuir por exemplo para ter acesso a determinado mercado ou atividade ou a determinado bem.
- ii) Depois aparece uma categoria residual, em que se enquadram outras taxas, contribuições ou tarifas, impostas a operadores sujeitos à sua regulação ou aos utilizadores finais. Aqui parece-nos que o legislador quis abranger várias realidades que não se enquadrem propriamente no exercício de atividade reguladora *de per se* mas que podem estar no espetro de ação da entidade reguladora. Pensamos que este grupo de tributos aqui aparece para ter algum manto de legalidade. Isto porque ao longo dos anos, na área da regulação, pulularam tributos, muitos deles de difícil caracterização, e que a Lei-Quadro quis “legalizar”.

Não é por via dos tributos cobrados pelo exercício da atividade reguladora, serviços prestados ou remoção de obstáculos jurídicos que as ER se financiam. Foi necessário recorrer a “outros” tributos, que podem enquadrar-se ainda como tributos de regulação, cuja sinalagmacidade inexistente ou é difusa e cuja fundamentação é, deveras, pouco perceptível face às sucessivas sobreposições de tributos sobre a mesma realidade.

Nestes termos, as Entidades Reguladoras não usufruem de uma verdadeira receita própria, gerada pela sua atividade, mas antes uma receita criada pelo Estado que lhe é consignada para dar uma aparência de autonomia financeira. As Entidades Reguladoras não se governam financeiramente com a receita resultante do preço dos serviços que prestam ou da sua atividade reguladora que diretamente exercem, tendo de usufruir duma receita resultante de mecanismos tributários que servem intuitos reguladores ou, em último caso, tributos que são

¹⁵⁵⁰ Já escalpelizadas no ponto 3.5.3.1.1.

meros financiadores dos custos destas Entidades Reguladoras. A nosso ver, isto em nada corresponde a independência financeira!¹⁵⁵¹

Não existindo uma verdadeira independência, a criação duma rede de entidades reguladoras é, no fundo, o triunfo dos burocratas: criação de procedimentos, mecanismos de verificação, mais entidades com poderes difusos.

Numa perspetiva da Teoria do Interesse Público, a criação de Entidades Reguladoras é o pináculo da falha do Estado na prossecução do interesse público: não sendo capaz de, na administração direta e indireta, assegurar a função regulatória, o Estado entrega uma parte desses poderes a Entidades Reguladoras dotadas de grande autonomia, mormente no que concerne à maior flexibilidade para a gestão e contratação de especialistas.

Tanto assim é que o artigo 3º n.º 1 da LQER é claro nas atribuições de “(...) *defesa do interesse geral, proteção dos direitos e interesses dos consumidores e promoção e defesa da concorrência* (...)”.

Contudo, a LQER é omissa relativamente ao princípio da eficiência económica. Isto é, muito embora refira que as entidades reguladoras têm atribuições em matéria de regulação económica não espelha, em qualquer disposição, que eficiência deve ser prosseguida, apenas considerando a “defesa da concorrência”. De facto existe um vazio sobre a verificação desta eficiência. Se é certo que as entidades reguladoras, mormente a Autoridade da Concorrência detêm um importante papel na fiscalização do cumprimento de regras, leis, impostas aos mercados, punindo os infratores dessas normas, não há quem verifique a eficiência da norma que constitui formalmente a intervenção do Estado no livre funcionamento do mercado.

Estas questões surgem porque a intervenção do Estado nos mercados deve ter como padrão a eficiência, devendo ser clara a definição dessa eficiência. E tal não sucede. Nem em termos de LQER ou na fundamentação casuística dos mecanismos regulatórios, incluindo os mecanismos tributários.

Da perspetiva do regulador, quais são então os propósitos da intervenção do Estado nos mercados.

Esta pergunta já aqui foi escarpelizada atendendo às Teorias da Regulação, dividindo-se as mesmas, em termos sintéticos a teoria da defesa do interesse público e as teorias da defesa de interesses privados.

Atendendo a uma defesa do interesse público, a intervenção do Estado deve estribar-se na correção do mercado por motivos de eficiência ou motivos de correção de distorções sociais, usualmente designados de motivos de justiça.

Quando o Estado faz uma intervenção nos mercados por motivos de eficiência, este padrão de eficiência é geralmente o ótimo paretiano, acompanhando o ideal de concorrência perfeita, que incorpora as características essenciais de mercado com atomicidade, fluidez e liberdade.

Neste particular, as intervenções do Estado pretendem claramente a correção de ineficiências do mercado denotadas a partir da ocorrência das tradicionais falhas de mercado:

¹⁵⁵¹ Quanto mais não seja porque existirá sempre uma dependência relativamente à própria forma de financiamento por via de criação duma receita por entidade terceira. Não podendo as entidades reguladoras criar autonomamente uma forma de financiamento resta-lhes sujeitar-se à vontade do Estado nessa matéria.

externalidades, assimetrias de informação, formação de poderes de mercado e colmatar a inexistência ou insuficiência de mercados (caso dos bens públicos).

Por outro lado, as correções do mercado nem sempre se prendem com situação de ineficiência económica mas antes correção de distorções sociais. Neste campo, o Estado intervém no sentido de promover o interesse público considerando motivações de justiça.

Neste campo a repartição e redistribuição de rendimentos torna-se essencial com vista a incutir nos mercados elementos de defesa de agentes vulneráveis, inclusão de agentes no mercado e corrigir desequilíbrios cujo custo social associado seria prejudicial ao interesse público.

A intervenção do Estado no mercado está intrinsecamente relacionada com a função de provimento das necessidades públicas, função que o Estado assume como sua. Aqui gera-se a discussão em torno de como deve funcionar esta relação entre Estado e mercado, mormente numa perspetiva de princípio da subsidiariedade: “(...) *se entendermos que a subsidiariedade é recebida como princípio constitucional, ficará mais fácil entender que o Estado “só deveria intervir na esfera económica em caso de défice da iniciativa privada e ou de «falhas do mercado»”. Mas se pelo contrário não encarmos essa subsidiariedade, o raio de actuação pública tenderá a crescer (pelo menos potencialmente)*”¹⁵⁵²

De facto, a Constituição da República Portuguesa não consagra um princípio de subsidiariedade a considerar numa relação entre Estado e mercado mas deixa, contudo, alguns indícios de como deve comportar-se o Estado nesta matéria.

Maria d’Oliveira Martins¹⁵⁵³ refere posições dispares acerca desta matéria, apontando, por exemplo, a posição de Paulo Otero que considera, sobretudo pós revisão constitucional de 1997, que a constituição se direccionou para uma preferência pela intervenção privada, deixando a intervenção pública para situações em que a ação privada falha.

Tal resulta sobretudo do facto de se ter progressivamente retirado a necessidade de o Estado assegurar a organização económica, mormente retirando a obrigatoriedade de determinados sectores estarem sob alçada específica do Estado¹⁵⁵⁴.

A mencionada autora, contudo, professa que o Estado goza de ampla liberdade nas escolhas, não existindo um limite constitucional estabelecido em relação à intervenção pública, posição

¹⁵⁵² Cfr. Maria d’Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 296 e ss.

¹⁵⁵³ Cfr. Maria d’Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 296 e ss.

¹⁵⁵⁴ Não é uma adesão à teoria do Estado enquanto mero supridor de falhas de mercado mas antes uma constatação de que o caminho do legislador constitucional tem sido o de progressivamente desonerar o Estado de uma intervenção obrigatória. Reconhece-se, contudo, que o Estado “há *“uma certa desvalorização da ideia de subsidiariedade” quer nas relações entre o Estado e as demais entidades públicas infraestaduais, quer nas relações com a sociedade civil. Como o faz por exemplo em relação à interpretação do artigo 199o, al. g) “atribuindo ao Governo, em última (ou primeira) instância, poderes de intervenção activa sobre a própria actividade económica ou sobre entidades que se situam no âmbito do sector público empresarial” ou ainda em relação a actividades do sector privado “sempre que a acção ou a omissão destas seja passível de colocar em causa a promoção do desenvolvimento económico-social ou a satisfação das necessidades colectivas”*” – Cfr. Maria d’Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 296 e ss, nota de rodapé 1383.

com a qual tendemos a concordar, sendo contudo de alertar que não deixam de existir – mesmo que de curto alcance – limitações e/ ou obrigações constitucionais à intervenção do Estado.

Repare-se que quando se denotam normas sobre a existência de direitos que devem ser assegurados pelo Estado, para executar essa missão, o Estado tem necessariamente de intervir no livre jogo do mercado. Tal é notório em matéria de direitos sociais.

E tal não deixa de ser uma importante nota que Maria d'Oliveira Martins releva: muito embora a intervenção do Estado no mercado não tenha uma delimitação explícita constitucional tal não significa que a despesa pública não deva cumprir desideratos constitucionalmente impostos, mormente no cumprimento da missão de execução e proteção de direitos fundamentais dos cidadãos.

Que sentido fará o Estado “gastar” a sua receita sem que cubra o direito a um mínimo de existência, por exemplo¹⁵⁵⁵. Assim, o Estado não pode restringir-se a uma assunção de cumprimento escrupuloso duma intervenção meramente da cobertura de ineficiências de mercado, mormente por via de produção em caso de ausência ou insuficiência de mercado ou cobertura de outras falhas de eficiência, assegurando o determinado pelo artigo 81º alínea f) da CRP relativamente ao “*funcionamento eficiente dos mercados*”.¹⁵⁵⁶

O *big trade off* entre a justiça e eficiência está, portanto, cada vez mais esbatido pela conceção de eficiência, enquanto conceito dinâmico.

Apesar desta amplitude de visão, o certo é “(...) *que, não obstante estes preceitos constitucionais poderem ter uma interpretação mais ou menos restrita, a verdade é que, no mínimo, eles implicarão essa leitura: reduzida à sua expressão mínima o sector público não poderá de deixar de contemplar a cobertura das falhas de mercado (resolvendo as questões resultantes da existência de bens públicos puros, falhas na concorrência, exterioridades/externalidades, assimetria de informação, mercados incompletos e, em geral, provendo os bens e serviços que o mercado não consiga assegurar em condições óptimas)*.”¹⁵⁵⁷

Ou seja, esta amplitude de visão sobre a intervenção e o que será a garantia de eficiência dos mercados não retira ao Estado a obrigatoriedade de assegurar a cobertura das falhas de mercado, mesmo que, para tal, o legislador tenha deixado ampla margem de liberdade para o mecanismo garantia de prestação desses deveres.

¹⁵⁵⁵ Decorrente do princípio a dignidade da pessoa humana, consagrado desde logo no 1º artigo da CRP, o Estado deve garantir que ninguém seja beliscado nesse direito a um mínimo de existência condigno. Neste sentido, veja-se Cfr. Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 351 e ss

¹⁵⁵⁶ Temos mais uma alusão legislativa, desta feita com carácter constitucional, sem que exista uma expressa dimensão dessa eficiência. De facto, o conceito de eficiência tem vindo aqui a ser escarpado em diversos momentos, sendo de notar que, salvo tratar-se duma matéria estanque, muito dificilmente conseguimos uma conceptualização comum. A eficiência é aludida na legislação com uma amplitude e geometria variável, simplesmente pretendendo-se alcançar um resultado positivo, o melhor possível. Os padrões de eficiência são, contudo, dependentes da conjuntura socioeconómica, do cenário político e regime, enfim, da história que se vive a cada momento. Questionamos, pois, se o conceito de eficiência, em concreto na legislação constitucional, não aparece de forma abstrata para que a sua concretização não se faça, como noutros preceitos constitucionais, atendendo a uma interpretação dinâmica.

¹⁵⁵⁷ Cfr. Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 300 e ss.

Relativamente a esta ideia de cumprimento do suprimento de falhas de mercado, Maria d'Oliveira Martins defende, em nosso entender de forma correta, que, pelo menos, deve atentar-se ao disposto no artigo 84º e 86º da CRP, quando se definem os bens do domínio público e os sectores vedados à iniciativa privada. Neste sentido, o Estado tem, pelo menos, de garantir este “mínimo” constitucionalmente previsto.

Garantir não é apenas formalmente mas incluir a gestão e funcionamento deste sector público definido como essencial. Aliás, Maria d'Oliveira Martins refere até que a garantia desta ação do Estado pode ser exigida judicialmente: “(...) *vemos quer nas falhas de mercado, por directa imposição do legislador constituinte, quer nos bens do domínio público ou nos sectores vedados, na medida em que o legislador ordinário os defina, sectores cuja intervenção por parte do Estado pode ser exigida judicialmente.*”¹⁵⁵⁸

De resto, a Constituição vai mais além quando estabelece que o Estado tem tarefas e incumbências dum modelo de Estado de bem-estar. Exemplo disso é o disposto no artigo 199º alínea g) da CRP, que incumbe o Estado de tomar todas providências para que exista o desenvolvimento económico e social e satisfação das necessidades coletivas. Cabe, portanto ao Estado, a iniciativa de promoção deste interesse coletivo, de prossecução do interesse público, pelo que a intervenção do Estado é necessária.

Existe na Constituição, desde 1976, um conjunto de direitos económicos, sociais e culturais a que o Estado se associa e a quem incumbe a sua prossecução. E do elenco desses direitos não fazem parte apenas falhas de mercado. São exemplos desses direitos: um serviço público de rádio e televisão, fiscalização da atividade e funcionamento de instituições particulares de solidariedade social, criação dum sistema de ensino público, criação dum sistema nacional de saúde, sendo que, em particular estes dois últimos exemplos, devem ser pautados pela universalidade e tendencialmente gratuitos.

Relativamente aos meios para prossecução desses intuitos, a constituição deixa ampla margem de ação para o Estado escolher os mecanismos que considere adequados.

Contudo, há desde já que referir que o artigo 80º alínea d) da CRP é claro relativamente ao fundamento desta intervenção do Estado na economia: há que prosseguir o interesse coletivo. Recusa-se, assim, qualquer fundamentação de defesa de interesses privados mesmo que exista a reserva dos direitos desses privados.

Mesmo no que concerne à expropriação ou apropriação pública, a mesma apenas deve fundar-se na defesa do interesse público sendo necessário, mesmo assim, a indemnização dos lesados. – Cfr. Artigo 83º da CRP.

Ora, a apropriação de propriedade, mesmo a feita por via tributária, deve fundar-se na necessidade de receita para cobrir a despesa pública, sendo de relevar que essa despesa pública deve qualificar-se como realizada em defesa do interesse coletivo.

O Estado não pode, ainda, intervir diretamente na gestão empresarial privada, podendo, contudo, condicioná-la por via legislativa desde que escudado em fundamentos de interesse público.

¹⁵⁵⁸ Cfr. Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 300 e ss.

Há, portanto, uma série de conjugações de normas constitucionais que mitigam esta “liberdade” de ação do Estado. Incluindo as normas que foram introduzidas por motivos da integração europeia. Veja-se, por exemplo, o artigo 81º alínea f) da CRP que prevê a necessidade de garantir o funcionamento dos mercados atendendo a um modelo de concorrência. Aliás, tal é a base de funcionamento do próprio mercado comum, uma vez que o mesmo, para que funcione de forma regular, deve atender a esta concorrência¹⁵⁵⁹.

Apesar da diversidade de possibilidades de o Estado intervir na economia, o que fomos assistindo foi a um ciclo em que o Estado intervinha de forma veemente na economia¹⁵⁶⁰, depois passou a atuar como um Estado-empresário, passando a assumir diretamente sectores básicos da economia e retirando-os do acesso dos privados, para depois passar a uma fase de Estado-Regulador.

Contudo, o Estado mantém a função de alocação e distribuição, pelo menos, dos bens de mérito: aqueles que são subproduzidos pelo mercado. Detém, inúmeros meios e instrumentos para cumprir tal missão mas que acarreta ainda despesa.

A despesa pública associada à missão de cumprimento de direitos fundamentais acaba por ter a sua fundamentação associada ao próprio bem-estar coletivo. Mais até do que uma prossecução duma eficiência económica, seja com que padrão se trabalhe.

Temos, portanto, um conjunto de direitos económicos, sociais e culturais que, conjuntamente com a defesa da dignidade da pessoa humana, parecem ser a base do estabelecimento dum mínimo exigível à ação do Estado, aceitando-se, assim, a despesa pública associada.

Mas essa despesa pública justa, como já aqui se afirmou¹⁵⁶¹ deve cobrir o cumprimento destes direitos, fundando-se no interesse público. Depois podemos discutir se o alcance duma reserva do financeiramente possível e o princípio do retrocesso.

Seja qual for o entendimento sobre a aplicação destes dois princípios aos direitos sociais, económicos e culturais, o certo é que para o cumprimento e execução destes direitos o Estado tem de agir e intervém, nos termos constitucionais, na prossecução do bem-estar coletivo, no enalce do interesse público.

É neste sentido que, mais uma vez, nos parece fundamental que, de cada vez que o Estado intervém no mercado, seja por mecanismos regulatórios tributários ou não, essa regulação tem de estribar-se na defesa do interesse coletivo¹⁵⁶².

No caso dos Tributos de Regulação, é essencial que se verifiquem os pressupostos que fundamentam o tributo, sendo de descartar aqueles que vejam a sua necessidade temporária

¹⁵⁵⁹ De relevar que o conceito de mercado concorrencial que a União Europeia acolhe inclui a regulação dos mercados no sentido da existência dum espaço europeu, um mercado europeu, onde há uma certa padronização dos comportamentos dos agentes económicos. Ora, tal não se coaduna com um paradigma de concorrência perfeita mas antes com uma intervenção, neste caso multinível, de instituição supranacional, com vista à uniformização de padrões de mercado para permitir um mercado comum com menos atrito para a oferta e procura.

¹⁵⁶⁰ Com características de dirigismo, protecionismo e/ou corporativismo.

¹⁵⁶¹ Na esteira dos ensinamentos de Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 420 e ss.

¹⁵⁶² Seja na vertente de maior eficiência quer na possibilidade de correção de distorções sociais.

prescrita. Tais tributos não podem manter-se na ordem jurídica, sem qualquer consequência, indefinidamente, sem que se mantenham os pressupostos da sua aplicação¹⁵⁶³.

A justificação da intervenção do Estado na economia pode ainda ser vista atendendo à teoria dos interesses privados. Neste particular, a Teoria Económica da Regulação entende a regulação como um *asset* transacionável em mercado.

O Estado prosseguiria uma eficiência de Kaldor-Hicks, ou seja, a correção de falhas de mercado deveria ser a justificação duma regulação de mercado. A condução para uma eficiência em que se deveria encontrar um bem-estar geral: o bem-estar seria alcançado quando, em geral, se alcança uma melhoria mesmo que alguém, em particular, seja prejudicado.

Ora, este padrão de eficiência ultrapassa o paradigma do bem-estar considerado através do ótimo de pareto, atendendo a uma base de concorrência perfeita e ao ponto de jogo de soma zero. A otimização das trocas, da produção e das preferências não se coadunam com o critério amplo de re-alocação de Kaldor-Hicks.

Por outro lado, mesmo este padrão de eficiência mais amplo não está contemplado na legislação de criação de Entidades Reguladoras. Desconhecemos também essa exigência de paradigma de prossecução de eficiência relativamente à atuação do Estado em medidas regulatórias, incluindo mecanismos tributários.

De facto, mesmo que a análise das falhas de mercado se faça atendendo a critérios de eficiência mais amplos, inexistem motivações para o Estado fundamentar, por esta via, qualquer intervenção. Coisa que não deveria suceder.

Se é plausível e aceitável que o Estado se intrometa nos mercados para correção de falhas, há que padronizar a análise dessa falha de mercado, perceber o problema económico de base e resolver atendendo à melhor opção de correção.

E, da mesma forma que é defensável a avaliação prévia duma medida, é ainda mais essencial que se faça uma fiscalização do concreto comportamento das medidas de intervenção do Estado: se as mesmas estão a funcionar, sem cumprirem os seus desideratos ou sem criarem um desvirtuamento do mercado ainda maior.

Na teoria Económica da Regulação, na visão de Stigler, o mercado da regulação funciona como qualquer outro, atendendo às forças da oferta e procura. Sendo que os agentes jogarão este

¹⁵⁶³ Nestes casos, e falamos sobretudo das Contribuições Financeiras, de relevar que na apresentação da proposta de OE para 2023, aparece no Mapa 5 anexo ao mencionado documento, numa rubrica residual (01.02.99), cerca de 518 milhões de euros de receita sem que se consiga perceber de que verbas estamos a falar. Sem a especificação destas receitas, mormente por via de especificação por tributo, é impossível um escrutínio atento no Parlamento em sede de discussão, geral ou mesmo na especialidade, do Orçamento do Estado. De relevar que nesta rubrica residual são incluídas as diversas contribuições financeiras, muitas delas de carácter regulatório, sendo impercetível sequer o valor de receita associado a cada tributo, quanto mais qualquer avaliação sobre se o tributo está a cumprir a sua missão. De referir ainda que existem ainda mais três rubricas residuais que são preocupantes: 02.01.99 relativamente a impostos sobre consumo não especificados, com valor de 227 milhões de euros, 02.02.99, relativamente a impostos indiretos diversos também não especificados, com valor de 49 milhões de euros e, o caso mais enigmático, 04.02.99, relativo a Taxas Diversas sem qualquer tipo de especificação no relevante valor de 1.456 milhões de euros (este valor representa cerca de metade da receita total de taxas). São mais de 2.200 milhões de euros de receita do estado sem estar especificada, mais do que se cobra em Imposto de Selo, por exemplo. Mas a maior contradição é quando encontramos receitas como a de Imposto sobre Sucessões e Doações, que se encontra especificada e tem um valor irrisório de cerca de 12 mil euros.

jogo de troca como em qualquer outra ocasião: de forma a obter uma vantagem, a maior que conseguirem.

Neste funcionamento deste mercado da regulação, a prossecução dum interesse público não está, de qualquer forma, assegurada. Atendendo aos interesses egoísticos dos agentes será mais fácil a proliferação de fenómenos de captura do regulador, *rent seeking*, formação de grupos de interesse, corrupção, etc..

Aliás, na busca deste conceito do interesse coletivo, a Teoria *public choice* analisou os mecanismos da escolha pública, observando o comportamento dos eleitores numa tentativa de padronização dos seus comportamentos e daí extrapolar para uma dimensão coletiva.

Contudo, já sabemos que a junção de vontades individuais não corresponde necessariamente à prossecução do interesse público¹⁵⁶⁴. O processo democrático de eleição não conduz necessariamente à efetiva prossecução do interesse público.

Por outro lado, o Estado detém sempre uma assimetria de informação em relação aos particulares. A tendência é o de batoteiro racional, no uso desse “poder” decorrente da assimetria de informação, podendo o Estado usufruir de larga discricionariedade para proceder em relação às medidas regulatórias.

A formação de grupos de interesse é muito usual sobretudo em regimes de regulação sectorial.

O caso Português é paradigmático: sectores com poucos agentes do lado da oferta, condicionados *ab initio* a um mercado de reduzida dimensão interna, facilmente estes agentes tomavam lugares de relativo poder e com interesses comuns. Neste patamar seria praticamente impossível estarem de fora do processo regulatório do sector em que se inserem e, de facto, tal sucedeu.

Em Portugal assistimos a uma transformação de institutos públicos ou direções-gerais com competências regulatórias para uma “regulação independente” ou melhor, uma gestão e fiscalização da regulação por entidades reguladoras dotadas de grande autonomia. Este movimento era muitas vezes motivado por um ímpeto de “saneamento” por via de privatização, com vista a descentralizar e tornar independente da conjuntura política esta gestão e fiscalização do funcionamento dos mercados sectoriais.

De facto, na perspetiva do regulador, esta transformação do sistema de regulação parecia trazer um maior distanciamento do poder político e, pelo menos, criava-se um ambiente de maior transparência. Contudo, os interesses dos agentes regulados mantiveram-se, tal como se manteve um ambiente de relativa delimitação dos agentes de cada sector. Nestes termos, continuam a ser delimitados os agentes que operam nos sectores, tendo naturalmente influência nas decisões de regulação.

De qualquer forma, o Estado mantém dois grandes motivos para regular: motivações de eficiência económica e os casos de correção de distorções sociais. São, no entanto usuais as medidas que são mitigadas pelas duas fundamentações, sobretudo mitigadas com uma defesa dos que parecem ser a “parte fraca”.

Aliás, a Teoria da Regulação Económica já alertava para o facto de geralmente serem os agentes da procura quem detinha mais probabilidade de não serem beneficiados. De facto, muitas vezes

¹⁵⁶⁴ Falamos em concreto do Teorema da Impossibilidade desenvolvido pelo economista americano Kenneth Arrow

o interesse público aparece travestido de defesa do consumidor, no sentido de o Estado se sentir na obrigação de preferir a defesa do consumidor por considerar serem os agentes possivelmente mais afetados pelas normas de regulação¹⁵⁶⁵.

Contudo, esta defesa do consumidor nem sempre se traduz numa prossecução de interesse coletivo. Isto porque também os consumidores podem aglomerar-se no sentido da criação de grupo de pressão sobre o Regulador.

Atualmente, com as associações de consumidores existente, facilmente se aglutinam interesses comuns e se pressionam por via dos órgãos institucionais nacionais e internacionais, as tomadas de decisão relativamente a normas de regulação.

No caso dos mecanismos de correção tributários, em especial os tributos de regulação, acrescem às motivações de eficiência e correção de distorções sociais a própria sustentação financeira.

Os mecanismos tributários incluem a vertente de geração de receita pública, podendo a mesma ser direcionada à sustentação financeira de serviços, distribuição de rendimentos, financiamento de produção, enfim, um sem número de opções.

De qualquer forma, a fundamentação destes tributos deve ser clara e inequívoca, nem que seja apenas por motivação financeira.

6.1.1. Os Impactos da decisão do Regulador

A tomada de decisão do Estado é complexa, não sendo de descurar que as suas motivações são duma ainda maior complexidade. Sabemos que o Estado deve ter em vista um comportamento de defesa de interesse coletivo, balizado nas suas competências e atribuições constitucionais.

Mas nem sempre assim sucede. Por motivações diversas, que passam pelo facto de o decisor público ser, ele próprio, um conjunto de indivíduos, com motivações diversas, com processos de decisão hierarquizados com naturais perdas de informação e influências.

O desenvolvimento das teorias económicas, mormente da economia comportamental, revela a complexidade da decisão racional que vai muito além da visão clássica. Não olhando apenas para um desenvolvimento da teoria da Escolha Pública e suas justificações para as motivações das decisões do Estado, sabemos que as motivações para a decisão são duma maior complexidade.

Já não estamos num patamar em que reina a visão neoclássica duma racionalidade perfeita dos agentes, comportando-se os mesmos como agentes plenamente conhecedores dos mercados com o melhor conhecimento do mercado e por isso tomando as decisões economicamente perfeitas.

A economia comportamental repara, primeiro, que existem padrões de decisão não condicentes com uma decisão plenamente racional, bem como introduz outros factores comportamentais

¹⁵⁶⁵ Na teoria Económica da Regulação já se defendia que as empresas, a oferta, seriam os agentes que conseguiriam mais facilmente converter-se num grupo de pressão organizada, enquanto que os consumidores, a procura, são um universo mais disperso e de difícil aglomeração com vista à defesa de interesses comuns.

que influenciam a decisão económica também. A racionalidade irracional é, afinal de contas, uma realidade num mundo em que não há lugar apenas a padrões.

Nas decisões do Estado seria irrealista pensar que não existem desvios ao padrão da eficiência até porque a própria fundamentação da decisão pode desviar-se dessa eficiência padronizada. Basta pensar em medidas de mitigação de distorções sociais para percebermos que o padrão de eficiência paretiana fica gorado. Desvia-se, pois, do padrão da eficiência retratada num mercado de concorrência perfeita.

Os próprios mercados não funcionam de forma perfeita, em padrão de concorrência perfeita, como bem sabemos. Existem demasiadas interferências, intrínsecas e extrínsecas, que impossibilitam a eficiência total do mercado.

Contudo, independentemente das variantes de análise, o certo é que a identificação de determinada deficiência do mercado deve ter em conta um determinado padrão de eficiência.

Já aqui referimos que não há uma identificação clara de modelo de eficiência a seguir pelo Estado e suas decisões. Existem, isso sim, obrigações de cumprimento de deveres essenciais, de proporcionar condições à concretização de direitos e deveres da população.

Não existe nenhum mecanismo ou procedimento claro sobre quando é que o Estado deve intervir, até porque, como sabemos, há discricionariedade na ação do Estado limitada apenas pelas funções, poderes, deveres constitucionalmente previstos e direitos consagrados aos cidadãos que o Estado deve prover. Nestes termos, a decisão do Estado intervir no mercado pode ser motivada por qualquer fundamento, seja ele de interesse público, motivações de eficiência ou outros.

De qualquer forma, a decisão de intervenção do Estado terá sempre um impacto no mercado *versus* nada ser feito.

Ora, para que a máquina do Estado se movimente é porque foi identificado no mercado algo que se afasta do “mercado ideal” ou “mercado modelo” considerado pelo Estado. Sendo que, em termos de eficiência, as medidas introduzidas nesse “mercado intervencionado” devem conduzir a um objetivo. Caso as medidas não atinjam os seus intuitos, então o impacto provocado pela intervenção não é eficiente.

Ao intervir no mercado, seja de que forma for, o certo é que o Estado vai provocar um impacto. Como bem referem Francisco Louçã e Mariana Mortágua¹⁵⁶⁶, “(...) o Estado é o espaço em que a estrutura de direitos e obrigações é definida e permanentemente redefinida. Longe de ter uma função supletiva relativamente a um mecanismo «natural» chamado mercado, ou de ter apenas uma função de pilotagem da economia, o Estado constrói (e redefine permanentemente) a economia.”

Ou seja, independentemente da opção que é tomada, o Estado provoca um impacto no mercado e redefine os seus termos. Seja qual for o mecanismo que adote para influenciar o funcionamento do mercado, a sua atitude vai provocar impacto. E como o Estado entende, a cada momento o que deve ser considerado no mercado é também revelador.

Num interessante artigo “Preferences and politics”, publicado em *Philosophy and Public Affairs* (volume 20, número 1, 1991). Copyright Blackwell Publishers, 1991, Cass Sunstein refere,

¹⁵⁶⁶ Cfr. Francisco Louçã e Mariana Mortágua, “Manual de Economia Política”, Bertrand Editora, 2020, p. 176 e ss.

relativamente à tomada das preferências individuais como base da escolha política: *“O governo não deve apenas alocar direitos a uma ou outra pessoa; deve também decidir se torna esse direito alienável no mercado ou em outra parte. A alocação inicial serve para refletir, para legitimar e para reforçar entendimentos sociais sobre direitos presumíveis de propriedade, e essa alocação tem uma importante conexão causal com percepções individuais do bem ou direito em questão.”*

Neste sentido, o Estado influencia o mercado logo na alocação inicial de direitos e deveres. É desta alocação inicial que partem as crenças, que se cria o “Estado Referência”, com os valores e juízos de equidade e esses juízos vão influenciar as preferências privadas e a disposição privada para pagar (no sentido de procura no mercado). Assim, em condições modernas, deve existir um espectro de restrições liberais na operação da esfera pública e respeito pelas concepções divergentes relativamente ao que é bem-estar.

Relativamente aos padrões de eficiência utilizados, já sabemos que o ideal de mercado em concorrência perfeita nos fornece um mecanismo modelo de total eficiência. Num mercado em que se balanceiam perfeitamente as curvas de oferta e procura, os excedentes são levados à total eficiência¹⁵⁶⁷, provocando um excedente total teoricamente perfeito.

Neste pressuposto, o impacto da medida de intervenção tem em vista a reposição desse excedente total padrão. Esse será o objetivo da própria medida. Mesmo que não se chegue ao padrão de eficiência perfeito, deve avaliar-se, por via dos aumentos dos respetivos excedentes da procura e oferta, se o impacto da medida resulta num acréscimo de bem-estar¹⁵⁶⁸.

No que concerne aos tributos de regulação, sempre que os mesmos pretendam corrigir uma falha de mercado esta avaliação é perfeitamente adequada: no caso das falhas de mercado o que existe é uma falha de características do modelo de concorrência perfeita, ou seja, há um desequilíbrio atendendo ao padrão de bem-estar eficiente.

A correção da falha tem de ser no sentido de conduzir o mercado para esse ponto de equilíbrio, logo o impacto da medida, na sua eficiência máxima, será atingir essa eficiência plena do modelo de mercado.

Face a um desequilíbrio de mercado¹⁵⁶⁹, a intervenção do mercado feita pelo Estado deve utilizar o melhor mecanismo para que a correção seja na direção do equilíbrio, com consequente aumento de bem-estar.

Caso não haja qualquer intervenção, o mercado que está desequilibrado não tem mecanismos internos para o seu reequilíbrio.

Aliás, se for capaz, isoladamente, de criar essas condições de reequilíbrio então não há motivo para intervenção. Ou porque o desequilíbrio é momentâneo ou porque é insignificante.

¹⁵⁶⁷ Esta total eficiência não pode ser encarada como total equiparação dos excedentes do consumidor e do produtor mas antes a maximização do bem-estar em ambos e, por consequência a maximização total de bem-estar.

¹⁵⁶⁸ Utilização do mecanismo dos Triângulos de bem-estar desenvolvidos por Harberger, mecanismo que é essencial na avaliação da regulação pública, provisão de bens públicos, gestão ambiental e na análise custo-benefício. Cfr. Fernando Araújo, “Introdução à Economia”, 3ª Edição, Almedina, 2018, p. 234.

¹⁵⁶⁹ Neste caso com relevância suficiente para levar o Estado a encontrar um mecanismo de correção.

Nestes termos, o que deve ser verificado é se a distorção do mercado é relevante e se deve existir mecanismo de correção. A seguir, que mecanismo de correção deve ser utilizado de forma a provocar maior bem-estar.

Ainda no que concerne aos impactos da regulação, os mesmos podem ser diretos ou indiretos¹⁵⁷⁰. No que concerne aos impactos diretos, iniciamos a análise pelos tipos de custos, a saber:

- a) Custos diretos que incluem: i) custos diretos de *compliance*, e ii) custos de aborrecimento ou irritação. Assim, nos custos diretos incluem-se encargos regulatórios como tributos; os custos de *compliance* associados às despesas que empresas e cidadãos têm para poder cumprir as obrigações e exigências decorrentes da norma regulatória; encargos administrativos suportados pela sociedade civil, empresas e cidadãos, bem como das próprias autoridades administrativas para implementação da medida regulatória; custos de “irritação”, frequentemente associados às empresas mas que também se aplicam aos consumidores, que incluem custos de espera e atrasos, bem como procedimentos redundantes e corrupção.
- b) Custos de execução, associados às atividades de implementação, monitorização e execução da medida regulatória ou a adjudicação a determinada entidade.

Para completar os impactos diretos da regulação, temos ainda de analisar o reverso da medalha atendendo aos benefícios diretos provocados com a medida, tais como a melhoria de bem-estar dos indivíduos na saúde, ambiente ou segurança.

A estes benefícios acrescem ainda as melhorias de eficiência provocadas, que incluem a economia de custos, maior variedade e qualidade de produtos e serviços para os consumidores.

No que concerne ao impacto indireto da regulação, temos de avaliar os custos indiretos. Estes custos indiretos ocorrem no mercado e afetam os agentes mesmo aqueles que não seriam visados pela medida regulatória.

Geralmente estes custos estão associados a alterações de preços, disponibilidade ou qualidade dos bens e serviços do mercado que vão afetar os agentes do mercado.

Estes custos indiretos são repartidos em i) custos de *compliance* indiretos, ou seja, associados ao cumprimento da legislação mesmo quando não são afetadas pela medida concreta; ii) outros custos indiretos que podem estar relacionados com a substituição ou busca de alternativas, custos de transação e custos de oportunidade e, por fim, impactos negativos que podem acontecer com a medida tais como redução da concorrência ou perda de inovação ou investimento.

Em contrabalanço, são ainda impactos indiretos os benefícios indiretos que se podem dividir em:

- a) Benefícios indiretos de *compliance*, ou seja, efeitos benéficos relacionados com o cumprimento de normas legais pela generalidade dos agentes;
- b) Benefícios macroeconómicos amplos, tais como o aumento do PIB, melhoria da produtividade, melhor taxa de emprego, melhoria das condições de trabalho, etc.;

¹⁵⁷⁰ Já aqui resumimos em gráfico os custos regulatórios (vide introdução ao Capítulo 6).

- c) Outros benefícios não mensuráveis, como a proteção de direitos fundamentais, maior coesão territorial e social, redução de discriminação, maior estabilidade internacional, etc.

Ainda como impactos indiretos temos uma categoria residual ampla, onde cabem os impactos desejados *a final*, onde se incluem a melhoria do bem-estar seja em termos de eficiência económica ou outro padrão que seja utilizado.

Aqui se incluem a felicidade, a qualidade ambiental, a satisfação com a vida em comunidade, e objetivos económicos como o crescimento do PIB ou redução de dívida, condições de empregabilidade e redução de taxa de desemprego, etc..

Em 2013, a Comissão Europeia encomenda um estudo sobre Custos e benefícios decorrentes da regulação, estudo esse organizado por Andrea Renda¹⁵⁷¹. Este estudo cria uma matriz muito interessante relativamente à metodologia de avaliação de impactos da regulação.

Daqui partiu-se para uma matriz de sugestões e recomendações a serem seguidas, sendo de relevar as seguintes *guidances* para avaliar custos ou benefícios:

- a) Distinguir entre custos/benefícios privados ou sociais;
- b) Evitar a duplicação de custos e benefícios da regulação, ou seja, perceber se os ganhos de uma categoria e as perdas de outra se neutralizam e não criam resultado positivo;
- c) Todos os custos e benefícios gerados por uma nova norma são custos incrementais, ou seja, acrescem aos existentes, incluindo aos gerados pela ausência de regulação.

Ora, atendendo a estes impactos diretos e indiretos, existem duas notas interessantes a verificar e que no mencionado estudo são relevados.

Por um lado, podemos sintetizar os custos típicos gerados por determinadas alternativas de regulação:

¹⁵⁷¹ Autor que já aqui citámos miúde por ser incontornável quando se fala em impactos da Regulação.

Box 1. Policy types and associated recurrent costs

Type of regulatory alternative	Recurrent costs
Self-regulation	• Monitoring costs • Transaction costs • Direct compliance cost
Co-regulation	• Monitoring costs • Enforcement costs • Transaction costs • Direct compliance cost
Market-based instruments	• Transaction costs • Charges • Direct compliance costs • Indirect compliance costs
Performance-based standards	• Monitoring costs • Direct compliance costs • Indirect compliance costs
Command and control	• Charges • Administrative burdens • Direct compliance costs • Indirect compliance costs • Monitoring costs • Enforcement costs • Adjudication

E depois podemos ainda verificar quem acarreta com esses custos:

3. THE IMPACT OF REGULATORY COSTS ON DIFFERENT STAKEHOLDERS

It is possible to categorise costs in terms of the stakeholder affected i.e. business, citizens and consumers and public administrations.

Impact of regulatory costs on different stakeholders					
Type of cost		Citizens	Consumers	Business	Administrations
Direct costs	Charges		•	•	
	Administrative burdens	•		•	•
	Substantive compliance costs	•		•	•
	Hassle costs	•		•	•
Indirect costs	Indirect compliance costs		•	•	
	Offsetting		•	•	
	Reduced competition		•	•	
	Reduced market access		•	•	
	Reduced investment/innovation		•	•	
Enforcement costs	Information & monitoring	•		•	•
	Inspections and sanctions			•	•
	Complaint handling	•		•	•
	Adjudication/litigation	•		•	•

Citizens: means citizens and society as a whole and refers to impacts that are widespread and do not affect a particular sub-group in a specific way;

Consumers refers to a specific product or service. Consumers do not necessarily overlap with citizens but may be a sub-group e.g. a group of citizens targeted by a given regulation;

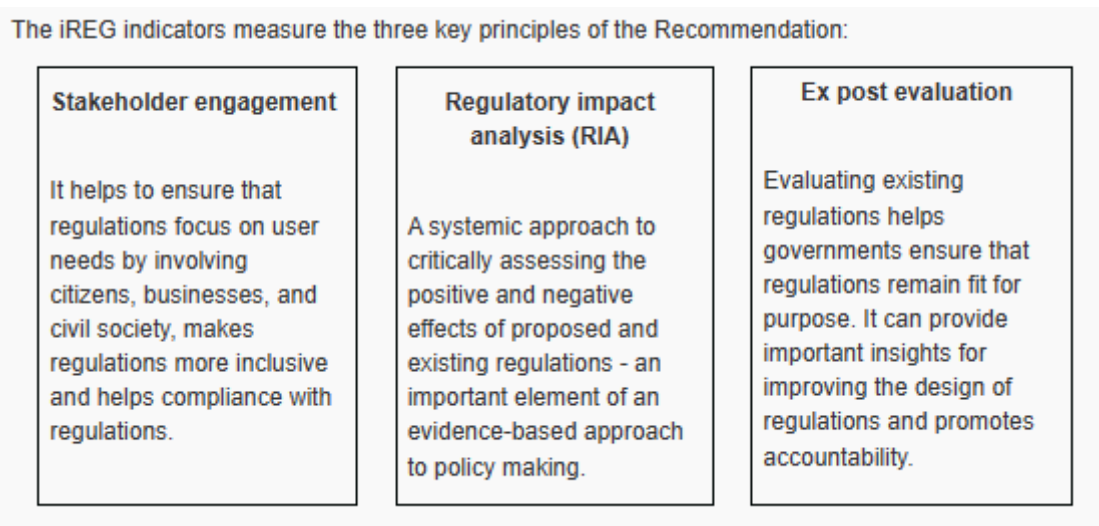
Business includes all types of businesses including SMEs;

Public administrations are EU, national, regional or local administrations.

Curiosamente, grande parte dos custos recaem sobretudo nas empresas ou, dito de outra forma, as empresas são mais penalizadas com custos e não são necessariamente as mais beneficiadas.

Mas para além destes mecanismos de avaliação de impactos, a própria OCDE defende há muito, na área de *Regulatory Policy*¹⁵⁷² que a qualidade da regulação deve ser avaliada. Essa avaliação assenta sobretudo, i) no envolvimento e colaboração dos agentes e interessados do mercado, bem como a transparência do processo regulatório; ii) avaliação do impacto legislativo, incluindo avaliação dos custos diretos e indiretos das medidas regulatórias¹⁵⁷³; iii) avaliação posterior das medidas regulatórias adotadas e procedimento administrativo.

Veja-se a esse propósito os indicadores da política regulatória e governança – designados por iREG – indicados pela OCDE desde 2012:



Fonte: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/indicators-regulatory-policy-and-governance.htm>

¹⁵⁷² A propósito veja-se o documento “Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança”, produzido em 2012 pela Comissão da Política Regulatória da OCDE. Neste documento, a OCDE acaba por estabelecer 12 princípios essenciais a serem tomados em conta pelos Governos relativamente à regulação: 1) Uma política de regulação vocacionada para a qualidade e promoção do bem-estar, clara e definida pelos Governos; 2) Envolvimento de todos os agentes no processo regulatório, sejam reguladores ou regulados, pessoas afetadas direta ou indiretamente com essa política. Todos devem ter acesso irrestrito à regulação, de forma gratuita, de forma a que haja diminuição de abusos ou comportamentos corruptos; 3) Existir supervisão, a *accountability* de todos os envolvidos. Existir órgãos de supervisão regulatória que sejam autônomos; 4) Existência duma avaliação da Regulação, com estudos de impacto, que balizem as decisões regulatórias e as fundamentem; 5) Avaliação *ex post* das medidas, com vista a avaliar a sua eficiência e cumprimento de objetivos; 6) Avaliação e revisão do desempenho dos programas de reforma regulatória e da política de regulação; 7) Organização das entidades reguladores de forma a que tenham independência relativamente ao poder político para serem referenciais de confiança para os agentes de mercado, devendo, contudo, estar sujeitas a supervisão constante; 8) Revisão do processo administrativo e judicial inerente à ação regulatória, com vista à sua agilização e menor morosidade; 9) Avaliação do risco e adequação das medidas regulatórias para correção ou diminuição do mesmo, devendo atender-se não apenas aos riscos endógenos mas também exógenos e sistémicos.; 10) Coerência regulatória nos diferentes níveis, ou seja, em sistemas multinível deve atender-se a uma linha de entendimento para que a coerência no sistema como um todo; 11) Em complemento com o princípio anterior, deve conjugar-se a coordenação na gestão regulatória nos vários níveis, de forma a que o sistema não sofra nem com lacunas de gestão ou ineficiências, tais como sobreposições de competências de gestão; 12) Atendendo a que os mercados são cada vez mais amplos e globais, a cooperação regulatória internacional é essencial, tentando a OCDE desempenhar também um papel nessa tentativa de uniformização de condutas.

¹⁵⁷³ Repare-se que a regulação é operada por via legislativa, pelo que se torna necessário a avaliação do impacto dessa legislação, nomeadamente por via da avaliação do impacto da medida propriamente dita.

Muito embora estas três vertentes sejam depois desdobradas em diversos indicadores que abrangem as 12 recomendações do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da OCDE, o facto é que se trata dum método de avaliação que apenas incide sobre o processo regulatório, com vista a que se possa fazer uma comparação entre países de alguns indicadores com vista à almejada “cooperação” ou “uniformização” dos mecanismos de regulação em termos globais.

Ora, a questão é que a abordagem da OCDE baseia-se num questionário unificado, dirigido aos países, com vista a fazer-se uma comparação de indicadores.

Por outro lado, o Banco Mundial focou-se mais na avaliação de desempenho sectorial, com vista a perceber se o sistema de regulação e a substância da mesma apoiou ou dificultou o desempenho do sector¹⁵⁷⁴.

É, por isso, um método de avaliação de desempenho que assenta em estudos mais específicos, limitados a cada país e determinado sector, recolhendo dados estatísticos, fazendo questionários e eventualmente entrevistas. Este modelo de avaliação utiliza o parâmetro da regulação por entidades reguladoras independentes. Este modelo foi utilizado por três razões: *“First, it has become the de facto governance model, at least on paper, in most of the 200 countries that have created new national or regional regulatory systems in the past 10 years. Second, there is some empirical evidence that shows that the independent regulator model, when adopted in both law and practice, leads to better sector outcomes. And third, the independent regulator model can accommodate a wide variety of sector structures and transactions.”*¹⁵⁷⁵

As características essenciais das entidades reguladoras, no que interessa para este modelo de avaliação, será a independência organizacional, independência financeira e de gestão na tomada de decisão.

A regulação deve submeter-se a três princípios – que os autores referem como *meta-princípios* – a que sucintamente se podem descrever assim:

“1. Credibility: Investors must have confidence that the regulatory system will honour its commitments.

2. Legitimacy: Consumers must be convinced that the regulatory system will protect them from the exercise of monopoly power, whether through high prices or poor service, or both.

*3. Transparency: The regulatory system must operate transparently, so that investors and consumers “know the terms of the deal.”*¹⁵⁷⁶

Estes meta-princípios compreendem, depois, 10 princípios fundamentais para a governação da entidade reguladora independente: independência; *accountability*; transparência e participação pública; previsibilidade; clareza de competências; completude e clareza nas regras;

¹⁵⁷⁴ Referimo-nos especificamente ao “Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems”, conduzido por Ashley Brown, Jon Stern, Bernard Tenenbaum e Defne Gencer, guia produzido pelo Banco Mundial em 2006 e que serviu para fazer a avaliação de sistemas de regulação, relativamente a infraestruturas, ou seja, em termos sectoriais. A novidade aqui é a utilização de *Benchmarks* com vista a ter uma balização de objetivos cumpridos – ou falhados! – que a regulação deveria preencher.

¹⁵⁷⁵ Cfr. Ashley Brown, Jon Stern, Bernard Tenenbaum e Defne Gencer, em “Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems”, The World Bank, 2006, p.6.

¹⁵⁷⁶ Cfr. Ashley Brown, Jon Stern, Bernard Tenenbaum e Defne Gencer, em “Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems”, The World Bank, 2006, p.7.

proporcionalidade; atribuição de poderes necessários; características institucionais apropriadas; e integridade.¹⁵⁷⁷

Acresce que, *“Cada um destes dez princípios é detalhado em aspetos suscetíveis de verificação, designados critical standards, que são os seguintes: enquadramento legal; poderes e competências legais; direitos de propriedade e contratuais; clareza de competências de regulação e monitorização; clareza e amplitude das decisões de regulação; previsibilidade e flexibilidade; proteção dos direitos dos consumidores; proporcionalidade na atuação e decisão; independência regulatória; financiamento adequado; accountability regulatória; estabelecimento de processos de regulação e transparência; participação pública; possibilidade de recurso das decisões; e cumprimento de um código ético.”*¹⁵⁷⁸

A avaliação feita nestes parâmetros acaba por ser sobretudo à luz dos princípios considerados para o modelo traçado de regulação independente mas este manual do Banco Mundial apresenta também exemplos de má regulação. Exemplos esses preciosos para traçar indicadores de desempenho.

Contudo, no caso deste manual do Banco Mundial, os indicadores de desempenho são sobretudo relativos à intervenção do regulador no mercado ou *final outcomes*.

Se quisermos uma avaliação com indicadores mais amplos, uma das hipóteses é voltar aos estudos da OCDE, desta feita ao Expert Paper n.º 2 de julho de 2012, elaborado por Claudio Rafaeli e Oliver Fritsch, com o título *“Measuring Regulatory Performance - Evaluating Regulatory Management Tools and Programmes”*.

Neste trabalho, os autores propõem 5 tipos de indicadores: *“input indicators, process indicators, output indicators, intermediary outcome indicators, and final outcome indicators.”*¹⁵⁷⁹

- *Input – these are design activities, such as adopting consultation, the standard cost model for the reduction of administrative burdens, and impact assessment, or establishing a regulatory oversight body.*

- *The process of connecting the inputs and producing results. Typically, processes define the scope and extent of tools like impact assessment, how the standard cost model is going to be used in practice, and the standards for consultation and other regulatory activities.*

- *The output refers to the activities carried out in a given period, such as how many consultations or impact assessment took place in a year, whether individual consultations match the quality standards set in the system, and so on.*

- *Intermediary outcomes cover behavioural and cognitive change, considering how regulators and inspectors perceive regulation, and how citizens and the business community rate the regulatory efforts of the government. Data on inspections and enforcements also belong to this category.*

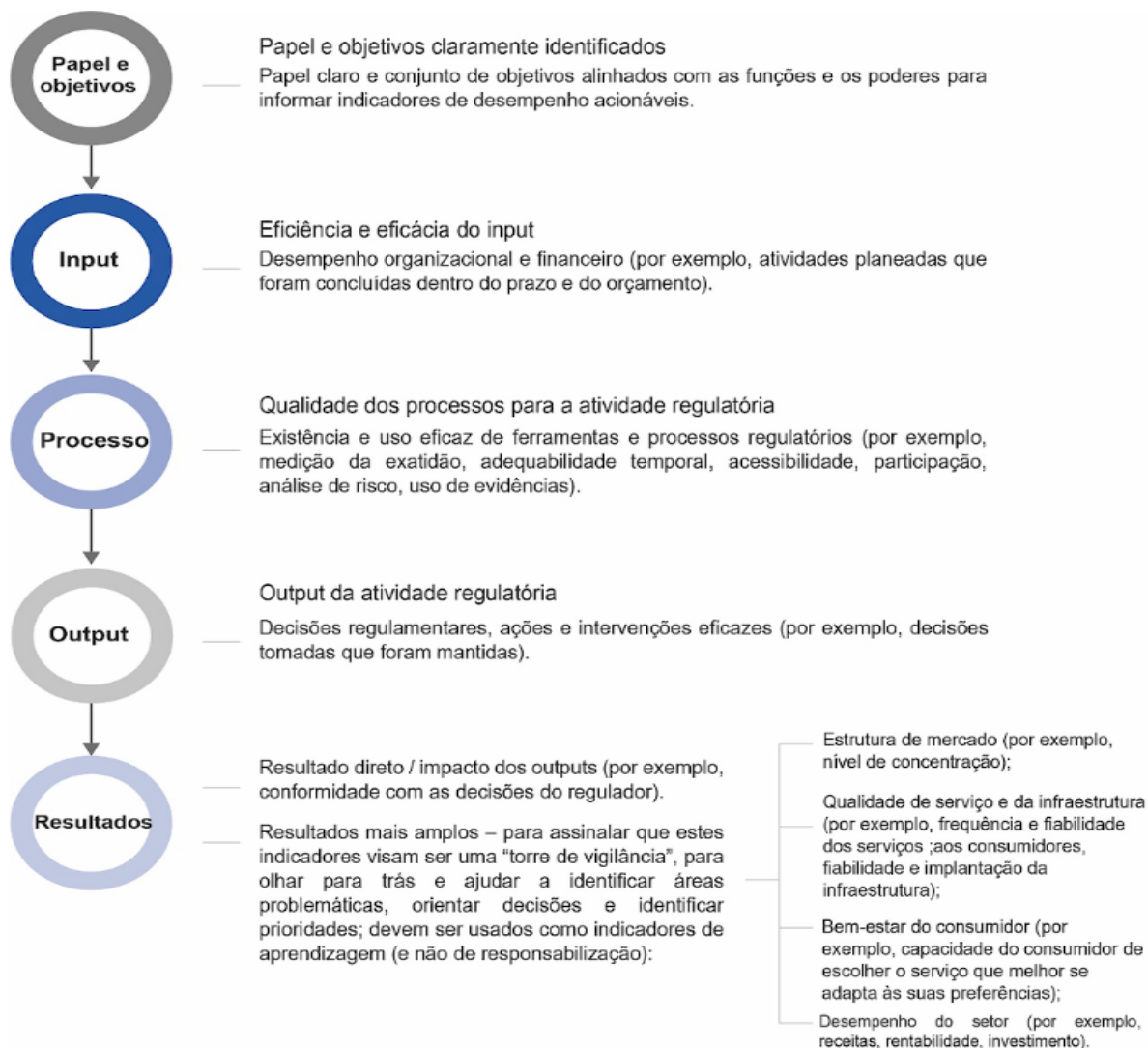
¹⁵⁷⁷ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 101.

¹⁵⁷⁸ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 101.

¹⁵⁷⁹ Cfr. Rafaeli e Oliver Fritsch, “Measuring Regulatory Performance - Evaluating Regulatory Management Tools and Programmes”, Expert Paper n.º 2, julho de 2012, OCDE, p. 11.

• Finally, the causal chain should also show the effects of regulatory reform on final outcomes, such as number of new firms created and other classic economic indicators that are causally linked to regulatory activity.”

Em termos muito sintéticos, podemos resumir graficamente aquilo que a OCDE acaba por definir para a avaliação de desempenho das Entidades Reguladoras atendendo ao seguinte:



Notas: Esta estrutura foi proposta na metodologia inicial para o Quadro de Avaliação do Desempenho para os Reguladores Económicos (QADRE) discutido com a Rede de Reguladores Económicos da OCDE (RRE). Foi aperfeiçoada para refletir os comentários dos membros da Rede de Reguladores e a experiência de outros reguladores na avaliação do seu próprio desempenho.

Por último, invocamos uma evolução destes indicadores de avaliação de desempenho foi feita pelo *National Audit Office*. Este gabinete é um órgão independente que fiscaliza, audita a despesa pública para que a mesma seja mais eficiente¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁸⁰ Entre as suas funções, encontra-se a auditoria do desempenho das entidades reguladoras. É certo que são um órgão sobretudo de fiscalização da despesa pública mas não apenas da contabilização do seu gasto mas antes de padrões de eficiência nos gastos públicos. E, sem dúvida, que os mercados sectoriais estarem a funcionar de forma regular cria não apenas maior eficiência económica como menores custos administrativos diretos para o Governo. Conforme é referido pelo proprio NAO, “*Performance measurement is important to enable any organisation to ensure it is achieving its objectives and making the best possible use of resources.*”

Este órgão utiliza apenas três indicadores que, de certa forma, correspondem à união dos cinco indicadores de Radaelli e Fritsch, ou seja: i) *inputs*, que corresponde aos indicadores de *inputs* e processo de Radaelli e Fritsch; ii) *output*, que corresponde à categoria *output*; iii) e por fim, *outcomes*, que agrega as categorias *intermediar outcomes* e *final outcomes*.

A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto na versão mais recente da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, prevê no seu artigo 39º a necessidade de utilização dum sistema de indicadores de desempenho que reflitam a atividade da entidade reguladora.

O mencionado artigo 39º prevê ainda que este sistema de avaliação de desempenho deve englobar indicadores de eficiência, eficácia e qualidade. Ora, o que aqui sucede é que se pretende avaliar o desempenho da entidade reguladora relativamente ao seu funcionamento. E nada se fala relativamente à eficiência das medidas regulatórias.

O que percebemos é que as entidades reguladoras estabeleceram regulamentos internos para que haja parâmetros de avaliação de desempenho mas sobretudo vocacionados para os serviços. Ou seja, como em qualquer outro serviço, incluindo serviços públicos, existe um mecanismo de avaliação dos funcionários e se cumpriram os objetivos traçados nos planos anuais¹⁵⁸¹.

E mesmo quando existem elementos para uma avaliação mais genérica da entidade, os parâmetros são pouco perceptíveis, com um sistema complexo de aplicação prática e mais parece uma espécie de autoavaliação do que propriamente uma análise séria.

A sensação é que seria necessário que cada entidade preenchesse o legalmente estipulado pela LQER e colmataram essa falha com uns Regulamentos internos pouco objetivos. Mas, mais uma vez, a avaliação de desempenho recai apenas sobre o funcionamento da entidade reguladora e não sobre um sector.

É certo que as entidades reguladoras são fundamentais na apreciação do sector que regulam e aí temos exemplos de avaliações de desempenho do próprio sector elaboradas por entidades reguladoras. Exemplo disso é a ANACOM que tem apresentado ao longo dos anos vários relatórios sobre a avaliação do desempenho dos serviços de comunicações móveis terrestres e verificar os níveis de cobertura radioelétrica 2G, 3G, 4G e 5G dos sistemas de comunicações móveis dos operadores MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia e NOS Comunicações e Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais¹⁵⁸².

Ou seja, esta entidade tem vindo a fazer uma avaliação do desempenho dos serviços prestados pelos operadores com vista a apurar a acessibilidade dos serviços e perceber a qualidade que está a ser prestada ao público.

¹⁵⁸¹ A título de exemplo veja-se o regulamento de avaliação de desempenho da ERSAR, onde, a bem da verdade, se incluem ainda factores e parâmetros para a avaliação global da ERSAR (vide artigo 18º e seguintes do mencionado Regulamento) em que se avaliam os objetivos de eficácia, eficiência e de qualidade. O problema é que esses objetivos são traçados pelo Conselho de Administração e é através do cumprimento dos mesmos que se atribui determinada mensuração. Ora, parece-nos mais uma “autoavaliação” com as limitações de praxe que acarretam. Cfr. <https://www.ersar.pt/pt/site-ersar/site-instrumentos-de-gest%C3%A3o/regulamentos-internos/Paginas/Regulamento-de-Avaliacao-de-Desempenho-da-ERSAR.aspx>

¹⁵⁸² Cfr. <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1732367>

Esses relatórios podem ser indicadores sobre como está a funcionar o sector. Mas não passam de relatórios analíticos sobre o que existe. Há que perceber se as alterações do mercado desse sector – existirem! – foram provocadas por ajustes da política regulatória ou não.

O que aqui estamos a analisar é que por muitos indicadores de avaliação de desempenho que sejam pedidos, a avaliação apenas será efetuada sobretudo sobre o funcionamento da entidade, esporadicamente sobre uma visão global dos serviços do sector mas não sobre uma análise direta sobre as medidas de regulação.

No recente estudo sobre o Estado Regulador em Portugal¹⁵⁸³, utilizou-se a metodologia de avaliação de desempenho através do preenchimento de objetivos/ indicadores de três categorias: *inputs*, *outputs* e *final outcomes*. A avaliação foi efetuada necessariamente com grande esforço analítico de milhares de documentos, complexos e com informação truncada, mesmo quando a amostra apenas contemplava três entidades reguladoras.

É de facto um exercício analítico difícil e necessariamente subjetivo quando não existem padrões de avaliação que sejam transversais ou legalmente estabelecidos. Apenas existe uma obrigatoriedade legal, vaga, de avaliação de desempenho cujo resultado anual nem sequer é acessível a todos.

Repare-se que a vaguidade e subsequente complexidade de avaliação destes indicadores de desempenho é notada pela própria equipa que elaborou o estudo quando referem: *“Nas três entidades reguladoras analisadas, são apresentados indicadores de desempenho em praticamente todos os tipos de documentação produzida. No entanto, é mais frequente encontrá-los nos planos plurianuais e nos planos anuais”*¹⁵⁸⁴.

Em jeito de sumário conclusivo, o estudo acaba por referir o seguinte: *“A primeira observação possível é que se observa uma tendência de redução do peso de indicadores de input ao longo do tempo, tendência essa que é comum às três entidades reguladoras (e mais acentuada para a ANACOM). Já no que toca a indicadores de output, a AdC surge em claro contraste com a ANACOM e a ERSE: ao passo que o peso dos indicadores de output na ANACOM e na ERSE regista uma tendência de subida ao longo do período, verifica-se o oposto no caso da AdC. Finalmente, no que toca a indicadores de final outcomes, o peso destes regista um aumento ao longo do tempo, mas bastante mais pronunciado para a AdC do que para a ANACOM e para a ERSE”*¹⁵⁸⁵

O que é que esta conclusão nos diz?

Em primeiro lugar que, como seria de esperar, uma redução do peso dos indicadores de *input* e processo. Existe consciência de que a atividade das entidades deve ter parâmetros de eficiência de custos, redução de encargos administrativos e que exista uma supervisão sobre o funcionamento das entidades.

¹⁵⁸³ Cfr. Ana Lourenço, Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues, “O Estado Regulador em Portugal- Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022.

¹⁵⁸⁴ Cfr. Ana Lourenço, Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues, “O Estado Regulador em Portugal- Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 131.

¹⁵⁸⁵ Cfr. Ana Lourenço, Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues, “O Estado Regulador em Portugal- Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 132.

O processo regulatório já contempla decisões com avaliação de impacto, consulta aos intervenientes no mercado e maior transparência nos processos de decisão.

Assim, a primeira grande conclusão é que o peso ou preponderância dos indicadores *input* e de processo diminuiu. Mas para que o peso destes indicadores tenha diminuído, outros indicadores tomaram esse espaço.

O que este estudo nos diz é que os indicadores *final outcomes* aumentaram e por isso parecem ser estes a tomar maior preponderância. Estes indicadores, recorde-se são os que agregam os *intermediary outcomes* e *final outcomes*, ou seja, há maior peso agora para indicadores relativos às mudanças de mentalidades em relação à política regulatória e como os cidadãos e empresas encaram a mesma.

Em especial, relativamente aos resultados finais, há que atender a indicadores clássicos tais como número de empresas criadas para aferir da eficácia da política regulatória. Ora, esta conclusão parece-nos ser sinal de que o sistema regulatório está a amadurecer, deixando de existir uma preocupação com a criação do regime, impactos administrativos e de implementação, para passar a existir preocupações com a efetiva eficiência do sistema regulatório.

Mas isto não significa que já se faça uma avaliação efetiva das medidas em vigor e seus efeitos. Apenas demonstra que é para esse caminho que nos dirigimos. A preocupação que nos assalta é que, salvo raríssimas exceções, o pouco escrutínio de medidas concretas.

Aliás, essa preocupação sai reforçada pelo resultado do Estudo que temos vindo a citar. Ana Lourenço, Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues, em “O Estado Regulador em Portugal- Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, guiaram-se pela seguinte questão: “*Terá o Estado Regulador em Portugal mudado com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e com a Criação do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão?*”¹⁵⁸⁶

No sentido de dar resposta a esta questão, os autores seguiram três caminhos: i) avaliação da independência das entidades reguladoras; ii) avaliação do desempenho das entidades reguladoras; iii) impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

As conclusões não são, deveras, muito animadoras, nem diferem muito das diversas observações que já temos vindo avançando.

No que concerne à independência, a LQER trouxe alguns aspetos positivos, no sentido de maior autonomia, quer na vertente de direito como de facto. Contudo, e como até agora temos vindo firmemente a concluir, as entidades não detêm, de todo, independência. Não apenas porque se mantêm ingerências na gestão administrativa e financeira das entidades reguladoras como, de facto, há perturbações na independência das Entidades Reguladoras face ao poder político.

No que toca à avaliação de desempenho, apenas se consegue concluir que cresceu o número e diversidade de indicadores utilizados, sem, contudo, ser claro que haja uma relação direta entre esse crescimento e variedade e a introdução da LQER, o que, por si só, não é propriamente abonatório para o legislador.

¹⁵⁸⁶ Ana Lourenço, Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues, “O Estado Regulador em Portugal- Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 188 e ss.

Por fim, a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão também não trouxe um cenário positivo, isto muito devido ao facto de muita matéria do contencioso dos reguladores continuar a não ser da competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão¹⁵⁸⁷.

Nestes termos, o mencionado Estudo acaba por concluir que: *“Em síntese, podemos concluir que o Estado Regulador em Portugal mudou com a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mas mudou pouco e nem sempre para melhor, sendo difícil atribuir de forma inequívoca essa escassa mudança à LQER e à criação de uma jurisdição especializada”*

Situação diferente e que se torna preocupante é, atendendo ao crescente poder regulamentar e parajurisdicional que estas entidades reguladoras têm se não deve ser reforçada a sua legitimidade democrática.

Contudo, essa legitimação não se conjuga com uma independência total destas entidades a não ser que se encontre um mecanismo democrático de eleição e atribuição de mandato público¹⁵⁸⁸.

Por outro lado, a própria expansão dos poderes das entidades reguladoras resulta sobretudo de impulso legislativo da União Europeia, devendo, por isso existir – ou não! – limitações à expansão do poder normativo.

6.1.2 Mecanismos tributários de regulação em Particular: a vertente da Administração Fiscal

No caso concreto de mecanismos tributários de regulação, também podemos aplicar o mecanismo de avaliação de impactos diretos e indiretos. Tal qual qualquer outra intervenção do Estado no mercado, os tributos ou benefícios tributários que pretendem regular determinado mercado acarretam consigo impactos diretos e impactos indiretos muito alargados.

Do ponto de vista do Regulador, os tributos de regulação são um mecanismo com custos de implementação e execução relativamente baixos uma vez que entram numa mecânica do sistema fiscal, ela própria muito oleada.

Deve, contudo, aqui olhar-se para a vertente da Administração Tributária. Isto porque a Administração Tributária depara-se com tributos, com fundamentos diferenciados, criados por Lei mas que podem ser liquidados e cobrados por entidades autónomas, cuja receita pode estar consignada.

Enquanto que os Impostos – figura tributária de maior peso do sistema tributário – é geral, abstrato e cuja receita serve para a cobertura das despesas gerais do Estado, no caso dos tributos de regulação, a Administração Tributária vê-se a braços com uma panóplia de figuras tributárias com características muito próprias sem que seja claro se a máquina administrativa da administração tributária deve ou pode intervir na liquidação, cobrança e recolha de receita.

¹⁵⁸⁷ Desde já se refira que, relativamente aos tributos de regulação, o contencioso associado aos mesmos é, em termos processuais, avaliado pelos Tribunais Administrativos e Fiscais ou Tribunais Tributários. A avaliação de matéria substantiva também cabe a estes tribunais (matéria de facto e de Direito), Tribunais Centrais Administrativos (matéria de facto e de direito) e Supremo Tribunal Administrativo (matéria de Direito). Acresce ainda que, em matérias constitucionais, o Tribunal Constitucional pode ser encarado como “tribunal de recurso”.

¹⁵⁸⁸ Perdendo, provavelmente alguma da sua independência face a órgão democraticamente eleitos.

É certo que a criação de mais mecanismos tributários resulta, mesmo que de forma indireta, no aumento do custo burocrático e processual da Administração Tributária. Mas esse impacto é atenuado com características muito próprias dos tributos de regulação.

Grande parte dos tributos de regulação não passam pela necessidade de intervenção direta da administração fiscal. Todos os tributos associados aos poderes tributários “delegados” nas entidades reguladoras passam para o âmbito das mesmas, sendo as próprias responsáveis pela coleta.

Também nesses casos a administração tributária não tem intervenção no procedimento tributário, ou seja, em caso de contencioso é a entidade reguladora que assume a competência em matéria de reclamação administrativa.

Tal qual como sucede no caso das aplicações de coimas, em que as entidades reguladoras podem ter poder para aplicação administrativa de coimas, de acordo com linhas de orientação e base legal anteriormente estipulada¹⁵⁸⁹, procedendo à aplicação destas sanções cuja receita reverte para a própria entidade.

Já no que concerne ao incumprimento dos sujeitos passivos face à obrigação tributária para com entidade reguladora, a administração tributária pode ser chamada em sede de execução da dívida, mormente por via de entendimento nesse sentido com a entidade reguladora¹⁵⁹⁰.

Neste sentido, a administração tributária é chamada à colação já numa fase em que não discute a legalidade objetiva da dívida, estando a mesma em execução.

Nos termos do artigo 35º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, mais concretamente os números 5 e 6, estabelecem o seguinte:

“6 - A cobrança coerciva das contribuições, taxas e tarifas cuja obrigação de pagamento esteja estabelecida na lei segue o processo de execução fiscal, regulado pelo Código de Procedimento e de Processo Tributário, efetivando-se através dos serviços competentes de justiça fiscal sendo aquelas equiparadas a créditos do Estado.

7 - Para os efeitos do disposto no número anterior, constitui título executivo bastante a certidão com valor de título executivo de acordo com o disposto no Código de Procedimento e de Processo Tributário.”

O número 6 do artigo 35º da LQER, embora, a nosso ver, redigido de forma pouco clara, parece-nos que estabelece que o não pagamento de contribuições, taxas e tarifas cujo pagamento esteja estabelecido por Lei passam a ser equiparadas a “créditos do Estado”.

Assim sendo, a cobrança coerciva desses “créditos do Estado” naturalmente seguem o processo de execução fiscal previsto no Código de Procedimento e Processo Tributário (adiante CPPT).

¹⁵⁸⁹ Veja-se, a título de exemplo a AdC que aplica um procedimento administrativo atendendo ao disposto na Lei 19/2012, em que procede a uma notificação da nota de ilicitude onde detalha e fundamenta a decisão de aplicação de coima e critérios para a sua definição, dando a possibilidade de resposta ao visado, seguindo-se um procedimento até determinação ou decisão final.

¹⁵⁹⁰ Como sucede, por exemplo com a AdC, atendendo ao disposto no artigo 33º n.º 3 dos Estatutos daquela entidade, que refere: “A cobrança coerciva de créditos prevista no número anterior pode ser promovida pela Autoridade Tributária e Aduaneira, nos termos a definir por protocolo a celebrar, para o efeito, entre este serviço e a AdC.”. Cfr. Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, com a atualização da Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

Muito embora sejamos críticos da redação do artigo, parece-nos clara a intenção do legislador de aplicar o regime da Execução Fiscal às dívidas emergentes do não pagamento de tributos às entidades reguladoras.

Ou seja, o legislador deu poderes tributários às entidades reguladoras, mormente no que concerne à liquidação e cobrança de taxas, contribuições e tarifas nos termos estipulados pelos artigos 34º e 36º da LQER. Caso a cobrança desses tributos não seja bem-sucedida, então a sua cobrança coerciva pode ser efetuada com os meios da Administração Fiscal.

O número 7 do artigo 35º da LQER, também com uma redação infeliz, refere que será considerado título executivo uma “certidão”. Nos termos do disposto no artigo 162º e seguintes do CPPT, essa “certidão” deve ter determinados requisitos sob pena de nulidade – Cfr. Artigo 165 n.º 1 alínea b) do CPPT.

Estes dois números do artigo 35º da LQER devem, portanto, ser interpretados, parece-nos, da seguinte forma:

O legislador equiparou as dívidas às entidades reguladoras, decorrentes do não pagamento de tributos – aqueles que essas entidades estejam legalmente autorizadas a criar, liquidar e cobrar aos sujeitos passivos legalmente identificados – a dívidas ao Estado de natureza tributária.

Assim, nos termos do artigo 148º n.º 1 alínea a) do CPPT, a cobrança coerciva dessas dívidas é feita por via do processo de execução fiscal.

Nos termos do artigo 150º n.º 1 do CPPT, a execução fiscal é da competência da Administração Fiscal, podendo depois averiguar-se qual o serviço concreto onde deve correr a execução.

No que concerne aos títulos executivos, os mesmos devem conter os requisitos constantes no artigo 163º do CPPT, sob pena de nulidade insanável nos termos do artigo 165º n.º 1 alínea b) do CPPT.

Esses requisitos do título executivo não se limitam à menção do valor em dívida, devendo conter outros elementos tais como menção da entidade emissora ou promotora da execução e respetiva assinatura, data de emissão, identificação dos devedores, natureza ou proveniência da dívida, indicação expressa do montante da dívida, bem como dos correspondentes e devidos juros.

Estas especificidades do título executivo não são displicentes uma vez que a própria citação pode não ser válida na falta de determinados elementos – Cfr. Artigo 190º do CPPT.

Interessa ainda referir que, grande parte – senão a totalidade, dos estatutos das entidades reguladoras acabaram por acolher uma disposição muito semelhante, considerando que as dívidas relativas ao não pagamento de tributos seriam considerados créditos do Estado, dívidas tributárias aos quais se aplicam o disposto no artigo 179º do CPA.

Curiosamente este mesmo artigo 179º do Código de Procedimento Administrativo é invocado também no artigo 89-Aº do Regime Jurídico da Concorrência para a cobrança coerciva de coimas aplicadas pela Autoridade da Concorrência.

Curiosamente, com esta atitude, parece o legislador considerar que a aplicação de coima por parte da entidade reguladora, neste caso, Autoridade da Concorrência, é um ato administrativo¹⁵⁹¹.

Ora, com isto parece integrar ainda na administração pública as entidades reguladoras “independentes” demonstrando-se mais uma vez que há uma equiparação a vários níveis destas entidades com a própria administração do Estado.

O cenário a que assistimos é que, atendendo à diversa legislação específica sectorial que ainda prevalece, temos entidades, como a Autoridade da Concorrência ou a Autoridade de Supervisão dos Seguros e Fundos de Pensões, em que a cobrança coerciva de coimas é efetuada por via de execução fiscal.

Mas outras entidades, como a Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários ou até o Banco de Portugal, seguem o regime do Regime Geral das Contraordenações, remetendo para o Ministério Público junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão para que se proceda à cobrança nos termos semelhantes às multas em Processo Penal.

Não há, portanto, sequer uma uniformização relativamente à intervenção, no caso da cobrança coerciva de coimas, da Administração Tributária em sede executiva.

O que aqui vimos demonstrando é que a intervenção da Administração Tributária acaba por estar restrita à sua eventual intervenção em sede de execução fiscal – ou nem isso! –, sem que se questionem os fundamentos da dívida.

Nestes termos, a intervenção da administração tributária resume-se à utilização dos seus mecanismos para execução de dívida como se fosse uma outra qualquer dívida ao Estado, mesmo quando a natureza da dívida seja a de uma coima aplicada, por exemplo, pela Autoridade da Concorrência.

Situação diferente se passa com outros tributos de regulação em que a Administração Tributária pode intervir na liquidação e cobrança do mesmo. O caso dos impostos especiais sobre o consumo, em que, nos termos dos artigos 7º e seguintes do Código dos impostos especiais sobre o Consumo, existe incidência objetiva e subjetiva, o facto gerador, a introdução ao consumo, obrigações declarativas e liquidação do imposto.

Nestes casos, tal qual se passa com outros impostos, a Administração Tributária não está envolvida na criação do tributo – por não ser da sua responsabilidade – mas está envolvida na liquidação e cobrança destes tributos.

A visão da Administração Tributária sobre os tributos de regulação tem necessariamente de ser dividida entre dois tipos de análise:

- i) No que concerne aos tributos de regulação criados para serem liquidados e cobrados pelas entidades reguladoras, sendo a receita desses tributos receita própria das entidades reguladoras, a máquina da administração tributária pode ser acionada em caso de cobrança coerciva. Ora, nestes casos, a administração fiscal tem custos diretos no processo de cobrança que podem nem sequer ser cobertos uma vez que o valor dessa

¹⁵⁹¹ Até porque, em bom rigor, uma vez que parte do valor das coimas é diretamente para o Estado e, a restante parte, reverte a favor da Autoridade da Concorrência – como receita própria – existe de facto uma dívida ao Estado, mesmo que de parte. Nesses termos, faz sentido a utilização do processo de execução

cobrança reverte a favor das entidades reguladoras. Contudo, nos casos de execução de coimas aplicadas por entidades reguladoras, bem sabemos que muitas vezes o Estado recebe diretamente parte desse valor. De qualquer forma, existe sempre um interesse público no cumprimento do dever de pagamento, não apenas no sentido de manter uma equidade de tratamento mas também por se financiar uma missão eminentemente de interesse económico geral;

- ii) Noutros casos, os tributos são liquidados e cobrados pela Administração Tributária, sendo que a sua receita reverte a favor do Estado, podendo essa receita, em determinadas situações e com fundamento, estar adstritas a determinado fim ou consignadas para a cobertura de despesas determinadas¹⁵⁹².

Nestes termos, no que concerne à perspetiva da Administração Tributária, existe um amplo espectro dos tributos de regulação em que a sua intervenção ou é nula ou se restringe à cobrança coerciva, não intervindo sequer em sede de procedimento, nomeadamente na liquidação, cobrança ou reclamação graciosa.

Por outro lado, outros tributos existem que são encarados como quaisquer outros que façam parte do sistema tributário e cuja intervenção da Administração Fiscal já é mais ampla. São os casos dos tributos em que a Administração Tributária assume o rosto do Estado, representando-o na aplicação prática das normas tributárias.

Nesses casos, sem dúvida que a Administração Fiscal intervém na liquidação do tributo, cobrança e recolha de receita. Nesta fase, a sua interpretação das normas pode vir à colação, sobretudo relativamente às normas de incidência, apuramento de valor, facto gerador e todos os elementos fiscalmente relevantes para o preenchimento dos requisitos para a aplicação da norma tributária.

Da análise que fazemos, o tratamento dos tributos de regulação não tem uma abordagem, por parte da Administração Tributária, que seja diferente dos demais tributos. Isto porque, tal qual sucede noutras situações, a Administração Fiscal não colabora na criação ou técnica de criação destes tributos em particular.

O facto é que, no caso dos tributos de regulação, os mesmos devem assentar numa fundamentação relacionada com a regulação económica.

Recordemos que já aqui considerámos que os tributos de regulação correspondem ao universo de tributos que são criados para condicionar, influenciar ou modelar a conduta dos agentes de mercado, com fundamentos de correção de ineficiências do mercado – em sentido amplo –, que podem, como finalidade única ou complementar, pretender o financiamento da atividade reguladora ou de serviços de interesse geral.

Nestes termos, cabe ao legislador, aquando da sua criação respeitar os parâmetros, características e limites destes tributos. A Administração Tributária é um órgão de execução, o braço do Estado para executar as normas tributárias e arrecadar a competente receita.

Nestes termos, a Administração Fiscal, por muito saber que tenha, pode eventualmente esclarecer algumas interpretações de normas – sobretudo processuais – mas pouco mais.

¹⁵⁹² Recorde-se que a criação e cobrança de tributos unilaterais tem como finalidade essencial a cobertura das despesas gerais do Estado, não sendo a regra a consignação dessa receita a determinada rubrica de despesa. Sucede, porém que temos assistido sobretudo à criação de contribuições especiais a favor de entidades públicas.

6.1.3. Casos concretos de avaliação de tributos de regulação

Aquilo que temos vindo a constatar é que não existem muitas avaliações de impacto de tributos de regulação *ex post*, sendo esta uma tremenda falha no sistema de regulação. A avaliação *ex post* nem sempre é fácil. Repare-se que muito difícil será avaliar a eficiência de medidas se, aquando da sua implementação, não forem claramente fixados os seus intuítos e objetivos.

Inexistindo um modelo ou parâmetro de eficiência, a correção de ineficiência do mercado torna-se de difícil aferição. Mas isso não quer dizer que não possamos retirar conclusões práticas e avaliar da necessidade de calibração da medida ou até eventual extinção no caso de existir maior perversão no mercado provocada pela intervenção regulatória.

Assistindo-se ao aumento deste tipo de figuras tributárias, há que reclamar maior escrutínio das mesmas. Não apenas porque esse escrutínio irá ajudar na avaliação das políticas seguidas mas, sobretudo, para avaliar se as intervenções regulatórias provocaram maior bem-estar nas populações.

Pior do que uma não intervenção regulatória é uma ação que provoque maior distorção. Há que as identificar e banir sob pena de se estar a aumentar o fardo tributário sobre o contribuinte sem qualquer fundamento. O tributo não é e não pode ser um castigo nem sanção.

Uma vez que os tributos de regulação podem ter fundamentos amplos, não é fácil fazer a sua avaliação. Contudo, aqueles que são bilaterais, para cobertura de determinadas despesas administrativas podem ter parâmetros de avaliação quantitativos. Mas mesmo os tributos bilaterais, como já tivemos oportunidade de apreciar, em caso de equivalência ampla, não são de fácil mensuração para que se perceba se a equivalência foi ou não violada.

No caso dos impostos, tributos unilaterais, a questão é mais perversa. O imposto não pressupõe que haja um sinalagma direto. Antes pelo contrário, o imposto quer-se geral e abstrato.

Sabemos que o pagamento de imposto serve para arrecadar receita para fazer face às despesas gerais do Estado, que inclui a criação e manutenção de bens e serviços de interesse geral os quais todos podemos usufruir. Contudo, quando um cidadão paga o competente imposto sobre o rendimento não o faz para compensar especificamente o uso da estrada X ou da usufruição da iluminação pública. Paga esse imposto para contribuir para um “bolo” de receita que será repartido pelo Estado pelas despesas que tem de incorrer.

No caso de impostos criados com o intuito de regular o comportamento dos cidadãos, a avaliação *ex post* é mais simples uma vez que se trata de perceber se, com a introdução da medida, a comunidade alterou a sua conduta e de que forma.

Nestes casos não é displicente dizer-se que a avaliação da medida é razoavelmente fácil de apurar. Mas mesmo nestes casos nem sempre se faz essa avaliação. Deixamos, contudo, dois exemplos de avaliação a medidas que foram implementadas com vista à alteração de comportamento dos cidadãos.

a) O Imposto Especial sobre o Consumo de bebidas não alcoólicas açucaradas e adicionadas de edulcorantes

A Organização Mundial de Saúde e a União Europeia há muito que emanam instruções no sentido da promoção de políticas de Saúde Pública que englobem o combate ao consumo excessivo de açúcar. A promoção de hábitos alimentares saudáveis leva a uma melhoria da saúde pública com impactos na prevenção e controlo de doenças crónicas.

Ora, atendendo a que os Estados têm cada vez maiores dificuldades em assegurar os serviços de saúde aos cidadãos, quaisquer medidas que provoquem a melhoria na prevenção e controlo de doenças é um potencial factor positivo para o sistema nacional de saúde.

O trabalho no âmbito da prevenção de doenças, é uma justificação para que o Estado pretenda moldar o comportamento das comunidades com vista a prevenir demais despesas do sistema nacional de saúde e promovendo a saúde e bem-estar dos cidadãos.

O problema económico de base deste tributo é o facto de a ingestão de açúcar aumentar as probabilidades de doenças, logo a ingestão de açúcar em excesso leva ao aumento da procura de serviços médicos e maiores despesas no sistema nacional de saúde.

Este problema pode ser solucionado com uma intervenção do Estado no sentido de influenciar o mercado em dois sentidos: i) impacto no preço dos bens açucarados, pois a imposição dum imposto sobre o consumo leva ao aumento do preço e, de acordo com a lei da oferta e da procura, a procura tende a descer; ii) incentivar a indústria a alterar as composições das bebidas diminuindo o açúcar¹⁵⁹³.

Assim, foi introduzida em Portugal, com a Lei do Orçamento de Estado para 2017 e à semelhança do que já sucedia noutros países, a tributação das bebidas não alcoólicas adicionadas de açúcar e outros edulcorantes.

Este imposto teve “(...) em vista fomentar a redução do consumo deste tipo de bebidas, com enfoque nas bebidas com um teor mais elevado de açúcar adicionado, que se encontram no escalão máximo de tributação. A receita obtida com a introdução deste imposto tem sido consignada à sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde e dos Serviços Regionais de Saúde das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores.”¹⁵⁹⁴

Em 2018, cria-se um Grupo de trabalho com vista à realização dum estudo que pretendia analisar a implementação da tributação das bebidas não alcoólicas adicionadas de açúcares e outros edulcorantes. Este estudo pretendeu analisar a medida atendendo as seguintes dimensões:

- a) Efeitos na alteração dos comportamentos/padrões de consumo por parte dos consumidores;
- b) Efeitos na indústria, no sector da distribuição e no sector da restauração e bebidas, quanto à oferta disponibilizada no mercado, designadamente:

¹⁵⁹³ Neste caso o Estado teve uma atitude diferente ao que sucedeu, por exemplo, no pão. No caso do pão, no sentido de diminuir o sal consumido, passou a existir legalmente padrões máximos de teor de sal no pão – Cfr. Lei n.º 75/2009, de 12 de agosto. Assim, existiu a imposição de limite máximo de utilização dos ingredientes que são considerados prejudiciais à saúde, impondo à indústria que se adaptasse. Neste caso, a imposição dum imposto sobre o consumo tinha como intuito levar a indústria a fazer uma adaptação no uso dos ingredientes para que deixasse de ter o produto sujeito a tal imposto.

¹⁵⁹⁴ Cfr. Relatório do Grupo de Trabalho (Despacho n.º 2774/2018) sobre “O impacto do Imposto Especial sobre o Consumo de Bebidas Açucaradas e Adicionadas de Edulcorantes”, datado de 30 de junho de 2018, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBAAAAB%2BLCAAAAAABAAzM7I0AQCMNV8BAAAAA%3D%3D>

- i) Alterações quanto à composição dos produtos já existentes no mercado, no que respeita ao teor de açúcar e outros edulcorantes adicionados, em função da introdução da medida e dos diferentes escalões de tributação;
- ii) Alteração da oferta de produtos disponibilizados no mercado, em função da introdução da medida e dos diferentes escalões de tributação;
- iii) Efeito sobre a competitividade das empresas nacionais face a empresas não nacionais.

As conclusões a que este relatório chegou são interessantes. Em primeiro lugar, releve-se que este imposto teve um impacto na competitividade das empresas e dos produtos atingidos pela medida fiscal.

Do lado da oferta, a entrada em vigor do IABA acabou por acelerar o processo que vinha sendo implementado relativamente à diminuição de açúcares adicionados nas bebidas. Essa aceleração provocou maiores custos no lado dos produtores, custos esses que tiveram de ser suportados pelo produtor.

Existindo dois patamares de tributação atendendo ao teor de açúcar, o produtor poderia tentar amenizar o impacto do IABA caso conseguisse enquadrar o produto num patamar de tributação menor ou inexistente. Contudo arriscaria um tremendo risco na rejeição sensorial do consumidor, podendo provocar uma quebra de consumo mais do que proporcional.

Nestes termos, os produtores não fizeram as alterações esperadas nas fórmulas das bebidas. Preferiram, antes, outro tipo de manobras como a alteração das dosagens das embalagens, estando o consumidor a pagar por embalagem o mesmo mas essa embalagem traz menos produto.

Ou seja, criou a ilusão ao consumidor de que nada se teria alterado.

Esta estratégia não logrou porque, com a introdução do IABA o consumidor também adaptou o seu consumo e passou a consumir menos quantidade. Contudo, esta redução de consumo – quantidade procurada – foi menos do que proporcional à variação do preço.

Nestes termos, percebeu-se que o consumo destas bebidas, a procura deste produto é relativamente insensível à variação de preço operada, característica dos bens de procura inelástica. O problema é que se assim é, o IABA provocou um aumento de custos acompanhado duma diminuição do consumo, logo as empresas tiveram um impacto na sua rentabilidade.

É certo que esse impacto tende a diminuir porque a tendência é que as empresas produtoras se adaptem à realidade, diminuindo progressivamente os açúcares adicionados às bebidas, bem como se preparam para produzir sucedâneos.

A longo trecho, o mencionado estudo conseguiu extrapolar que: *“O processo de reformulação intensificado pela introdução do IABA terá proporcionado uma diminuição da média de calorias ingeridas por cada 100ml de refrigerante consumido em Portugal na ordem dos 11%, apenas durante o primeiro ano de aplicação do IABA. Neste contexto, apesar da breve janela de estudo desta política, a OMS antecipa já uma quantidade significativa de mortes evitadas em Portugal graças à aplicação do IABA.”*¹⁵⁹⁵

¹⁵⁹⁵ Cfr. Relatório do Grupo de Trabalho (Despacho n.º 2774/2018) sobre “O impacto do Imposto Especial sobre o Consumo de Bebidas Açucaradas e Adicionadas de Edulcorantes”, datado de 30 de junho de 2018, p. 85.

Por outro lado, na vertente da problemática económico-financeira, mantendo-se este trajeto, o estudo conclui ainda que: *“Adotando uma abordagem conservadora, estima-se que o investimento anual associado a cuidados de saúde dirigidos a cada cidadão obeso poderá ascender a cerca de 7.000 euros. Assim, as perspetivas de redução da prevalência de obesidade decorrente da aplicação do IABA em vigor poderão representar uma poupança anual de cerca de 11 Milhões de euros. Este valor poderá ascender a uma poupança de cerca de 17 Milhões de euros por ano caso se verifique o cenário de continuação da reformulação por parte do sector das bebidas açucaradas acima referido.”*¹⁵⁹⁶

O facto é que o imposto sofreu algumas alterações mas desde que foi implementada em 2017, a receita fiscal tem vindo a cair. Em 2018, um ano após a introdução da medida, a receita deste imposto teve o máximo de 72,5 milhões de euros, em 2020 a receita já se cifrava em cerca de 50 milhões. Contudo, as estimativas do governo no Orçamento do Estado para 2020 era a de uma maior descida de receita para o patamar dos 20 milhões de euros.

A diminuição de receita ilustra que o mercado se tem vindo a adaptar, ora por via da redução dos açúcares adicionados às bebidas e consequente diminuição ou não incidência do IABA ou pela redução de consumo.

Nestes termos, o IABA é um dos exemplos de como o mercado se adaptou às alterações introduzidas pelo Estado, alterando o comportamento sobretudo dos produtores.

b) Contribuição sobre sacos plásticos leves

A Lei n.º 82-D/2014, de 31 de dezembro, veio apresentar uma série de medidas relacionadas com a chamada “Fiscalidade Verde” ou medidas tributárias com vista à proteção ambiental. No caso da proteção ambiental, o problema económico de base da medida do Estado é geralmente uma externalidade negativa, ou seja, a poluição. Como sabemos, as externalidades são típicas falhas de mercado, pelo que a intervenção do Estado no mercado será para corrigir ou mitigar esta falha.

No caso dos sacos plásticos, a introdução duma contribuição foi sobretudo uma tentativa para moderar o consumo uma vez que no circuito comercial era usual a oferta dos sacos em caso de compra de produto.

De facto, qualquer estabelecimento comercial fornecia gratuitamente o saco, geralmente de plástico, para que os seus clientes transportassem os bens adquiridos.

Ora, sobretudo nas trocas regulares de bens, nomeadamente bens essenciais, o consumo de sacos plásticos era bastante significativo, não existindo qualquer incentivo à reutilização ou substituição por produto sucedâneo.

Por outro lado, a preocupação crescente com o aumento da presença de plásticos e partículas de plástico nos oceanos fez alertar consciências sobre a entrada de partículas de plástico nas cadeias alimentares.

As medidas tornaram-se cada vez mais prementes e claramente existe um impacto negativo na utilização excessiva de plástico.

¹⁵⁹⁶ Cfr. Relatório do Grupo de Trabalho (Despacho n.º 2774/2018) sobre “O impacto do Imposto Especial sobre o Consumo de Bebidas Açucaradas e Adicionadas de Edulcorantes”, datado de 30 de junho de 2018, p. 87.

Assim e seguindo as diretrizes europeias, mormente o Regulamento UE n.º 10/2011, da Comissão, de 14 de janeiro, Portugal aprovou a Lei n.º 82-D/2014, de 31/12, alterou as “normas fiscais ambientais nos sectores da energia e emissões, transportes, água, resíduos, ordenamento do território florestal, biodiversidade, introduzindo ainda um regime de tributação dos sacos de plástico e um regime de incentivo ao abate de veículos em fim de vida, no quadro de uma reforma da fiscalidade ambiental”.

No que diz respeito à tributação dos sacos de plástico, foi criada uma “contribuição sobre sacos de plástico leves”, produzidos, importados ou adquiridos em Portugal continental, bem como sobre sacos de plástico leves expedidos para este território.

São sujeitos passivos desta contribuição os produtores ou importadores de sacos de plástico leve que se localizem em Portugal continental, bem como os adquirentes de tais sacos a fornecedores com sede ou estabelecimento estável noutro Estado da União Europeia ou nas regiões autónomas.

A contribuição sobre sacos de plástico leves é exigível no momento da sua introdução no consumo, isto é, no momento da alienação de tais sacos e essa contribuição constitui encargo do adquirente final.

A contribuição é de €0,08 por cada saco de plástico ao qual acresce Imposto sobre o Valor Acrescentado, pelo que o valor que é repercutido no consumidor acaba por ser, na prática 0,10€ por cada saco.

A lei prevê uma série de isenções de tributação relacionados com o tipo de plástico leve, a exportação ou circulação na União Europeia e no caso de doações a instituições de solidariedade social.

As receitas resultantes da cobrança da contribuição sobre sacos de plástico são distribuídas de acordo com o artigo 44.º da Lei n.º 82-D/2014, de 31 de dezembro, da seguinte forma:

- a) 75 % para o Estado;
- b) 13,5 % para o Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade;
- c) 8,5 % para a Agência Portuguesa do Ambiente;
- d) 2 % para a AT;
- e) 1 % para a IGAMAOT.

A APA – Agência Portuguesa do Ambiente, coligiu uma série de informação e apresentou os resultados mais relevantes relativamente à introdução desta contribuição, relativamente ao período de tempo entre 2015 e 2020.

É curioso perceber a evolução do consumo destes produtos, sendo muito curiosa a evolução dos números relativamente aos produtos isentados:

Número de sacos de plástico leves (milheiros)						
Sacos de plástico leves	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Objeto de contribuição	2 490	480	242	157	192	201
Destinados a conter géneros alimentícios/gelo	92 849	77 154	—	58 488	78 541	175 636
<i>Donativos a IPSS</i>	<i>1 183</i>	<i>647</i>	<i>1 247</i>	<i>1 821</i>	<i>401</i>	<i>-</i>
<i>Exportados ou expedidos</i>	<i>728 959</i>	<i>583 641</i>	<i>470 719</i>	<i>268 156</i>	<i>153 523</i>	<i>1 384 480</i>

Dados: Autoridade Tributária e Aduaneira, Região Autónoma da Madeira, Região Autónoma dos Açores.
Legenda: as categorias assinaladas a *italico* não são consideradas como introduções no mercado nacional.

Repare-se duas situações:

- Por um lado, o número de sacos de plástico leves, objeto de contribuição, diminuiu drasticamente até 2018, pelo que a contribuição contribuiu para a modelação do comportamento dos consumidores;
- O consumo de sacos plásticos leves não abrangidos pela tributação não parou de crescer.

Há ainda que relevar que a tendência, desde 2019 é o aumento do consumo de sacos plásticos leves objeto de contribuição. O que significa que o consumidor reduziu o seu consumo mas não o baniu totalmente, talvez por ausência de sucedâneos ou porque a reutilização dos sacos plásticos leves não é um ciclo “infinito”.

No que diz respeito à receita, os dados fornecidos pelo INE – Instituto Nacional de Estatística, dizem-nos que a receita resultante desta contribuição é relativamente insignificante e foi no sentido decrescente até 2018, inclusive, sendo o ano de 2019 o ano da viragem desta tendência, tendo a receita vindo a subir desde então.

Estes dados corroboram o que os dados da APA¹⁵⁹⁷ já pareciam indicar.

Certo é que este tipo de tributos pretende sobretudo moderar o uso destes sacos plásticos leves, situação que parece estar a resultar no sentido em que o consumo aumentou desde 2019 mas não voltou aos níveis de 2015 quando foi implementada a contribuição.

6.2. Perspetiva do Regulado

Os impactos da regulação são inevitavelmente sentidos por todos os agentes do mercado, pelo que é premente a perspetiva dos Regulados.

No que diz respeito aos tributos de regulação, o primeiro impacto é sentido pelos sujeitos passivos dos tributos ou beneficiários diretos dos benefícios de regulação, sendo que geralmente trata-se de pessoas coletivas inseridas em determinado sector.

Posteriormente, esse impacto, sobretudo o impacto dos custos diretos e, em parte, os custos indiretos, é repercutido nos consumidores finais, no comum cidadão.

¹⁵⁹⁷ Cfr. https://apambiente.pt/sites/default/files/_Residuos/FluxosEspecificosResiduos/ERE/Sacos-Plastico-Leves/Resultados_SPL.PDF

De qualquer forma, façamos um périplo pelos principais impactos sobre os Regulados, atendendo à mesma matriz seguida anteriormente.

Ora, já aqui firmámos que os impactos regulatórios se dividem em Custos diretos e indiretos, Benefícios diretos e indiretos, custos de execução e Impactos finais (*ultimate impacts*) ou seja os derradeiros impactos positivos, genéricos, abrangentes e de mensuração muito difícil.

Já aqui referimos o Estudo de Andrea Renda para o CEPS – Centre for European Policy Studies and Economisti Associati e que deu aso às *guidelines* da Comissão Europeia para apuramento do impacto da regulação¹⁵⁹⁸, estudo datado de 2013.

De facto, este documento retrata de forma categórica os impactos que a regulação tem mas sobretudo faz uma análise faseada. Sobre quem recai determinados impactos e porquê.

Já aqui tínhamos referido essa repartição sem, deliberadamente, referir os regulados. Mas concluímos acima que as empresas são, de facto, quem sempre arcam com a maior parte dos custos.

Fazendo uma distribuição dos impactos da regulação por grupos afetados, podemos distinguir três grupos de regulados: i) Cidadãos e sociedade enquanto um todo, sendo esta categoria utilizada sempre que os impactos são generalizados e não afetam nenhum subgrupo da sociedade em particular ou de forma específica; ii) Consumidores, sempre que são afetados consumidores de determinado serviço ou produto, pelo que podem ser um subgrupo de cidadãos, ou seja, aqueles que participam em determinado mercado: iii) Empresas, referindo-se a todo o tipo de empresas.

Relativamente as estas três categorias de regulados, vejamos a distribuição do impacto dos custos de regulação:

		CT	CONS	BUS
Direct costs	Charges		●	●
	Administrative burdens	●		●
	Substantive compliance costs	●		●
	Hassle costs	●		●
Indirect costs	Indirect compliance costs		●	●
	Offsetting		●	●
	Reduced competition		●	●
	Reduced mkt access		●	●
	Reduced investment/innovation		●	●
Enforcement costs	Information and monitoring	●		●
	Inspections and sanctions			●
	Complaint handling	●		●
	Adjudication/litigation	●		●

Vejamos com mais cuidado cada tipo de custos porque temos de atentar algumas especificidades:

No que concerne aos custos diretos:

- a) *Charges* (imposição de pagamento de taxas e impostos), recaem *a final* nos cidadãos geralmente por via de repercussão, mas até lá são as empresas que as suportam em

¹⁵⁹⁸ Cfr. <https://www.ceps.eu/ceps-publications/assessing-costs-and-benefits-regulation/>

primeiro lugar e os consumidores diretos. Contudo, este custo é geralmente repartido pelos três tipos de regulados, ora por via de tributo ou imposto ou de forma indireta com uma subida do preço para o consumidor.

- b) Encargos administrativos, custos de *compliance* e custos de “irritação”, são geralmente associados à empresa mas podem ainda recair sobre os cidadãos. Os encargos administrativos implicam a familiarização com novas obrigações, registos e burocracia. Incluem-se aqui ainda custos com litigação uma vez que se trata de alterações do mercado sindicáveis pelos agentes.

Relativamente aos custos indiretos:

- a) Os custos indiretos de *compliance* podem surgir para os consumidores sempre que os preços de determinados bens ou serviços vejam o seu preço aumentar em resultado da entrada em vigor de nova regulamentação. Sempre que a Empresa aumenta o preço de custo por ter de assumir custos de implementação de nova regulação, repercute-os no preço dos consumidores.
- b) Os custos de substituição existem para as empresas sempre que estas sejam forçadas a alterar a matéria-prima ou abastecimento em resultado de uma nova regulação. O mesmo para os consumidores que podem ter necessariamente de substituir o seu consumo.
- c) Redução da Concorrência. Caso a regulação traga entraves à entrada ou saída de agentes no mercado, a redução da oferta leva à perda de excedente do consumidor. Quanto menos concorrência existir mais longe estaremos do modelo de concorrência perfeita, logo é inevitável a perda de bem-estar, por via da redução do excedente total.
- d) Acesso ao mercado reduzido. Este é um dos efeitos que a introdução de regulação pode provocar. Ora, tal tem um impacto nas empresas e nos consumidores porque as empresas podem deixar de conseguir estar no mercado, saindo do mesmo (produtores marginais) e reduzindo, assim, a oferta. Essa redução de oferta tem impacto direto nos consumidores, uma vez que a tendência será a de aumento de preço com saída de consumidores do mercado (consumidores marginais).
- e) Redução do investimento/ inovação. A regulação pode coartar os incentivos para investir ou inovar o que provoca um entrave ao processo de criação de riqueza. Uma lei de concorrência mal calibrada pode desincentivar a investigação ou ao abandono de políticas de cooperação para aumento de eficiência.

No que concerne aos custos de implementação, os mesmos recaem tipicamente sobre a administração mas tal não significa que não possam recair sobre os privados.

Os custos de informação, monitorização e fiscalização são tradicionalmente associados à administração pública. Contudo, sempre que existam sistemas de autorregulação isso pode significar que os custos de implementação de regras “privadas” pode recair sobre os privados.

O mesmo se passa, no caso de autorregulação, relativamente a custos com inspeções e sanções. Quando o sistema requer um procedimento de inspeção e aplicação de sanções por parte dos próprios privados – mesmo que aglomerados em associações ou ordens – sendo esses custos suportados com as próprias contribuições.

Os custos associados a adjudicação e litigação é também um custo que facilmente se pode propagar para os privados. Basta serem estes os impulsionadores dessa litigação para terem de arcar com despesas diretas.

No que diz respeito aos Benefícios da Regulação, podemos sintetizar os mesmos no seguinte quadro:

		Stakeholder affected				
		CT	CONS	BUS	ADMIN	TC
<i>Improved well-being</i>	Health	●				
	Safety	●				
	Environment	●				
<i>Improved market efficiency</i>	Cost savings			●		
	Wider range of products/services		●			
	Improved information			●		
<i>Indirect benefits</i>	Indirect compliance benefits	●	●	●	●	●
	Wider macroeconomics benefits	●				●
	Other, non-monetizable benefits	●	●	●	●	●

Neste caso, compreensivelmente, os benefícios devem recair sobretudo sobre os regulados e não sobre a administração. Sendo, contudo, de difícil mensuração os custos indiretos.

Estes são, muito sucintamente, os impactos da regulação, em termos genéricos e sem qualquer avaliação de normas em particular que temos sobre os regulados.

Façamos, por isso uma análise mais apurada, dividindo a análise entre Cidadãos – que abrange os Consumidores – e a Empresa, tentando, dentro de cada grupo de agentes, abordar em concreto o impacto dos tributos e benefícios de regulação.

6.2.1. Cidadãos

Os cidadãos são destinatários da política de regulação. São os votantes e decisores, em última instância, relativamente às principais escolhas de política regulatória.

Recordemos aqui a relevância de toda a teoria da economia comportamental que caminha na justificação dos comportamentos de massa. Talvez a regulação económica seja um dos primeiros ramos onde a teoria comportamental se impunha ser estudada. A influência da decisão última do voto, bem como as manipulações relativas a essa decisão surgem na génese do “mercado da regulação”.

Somente entendendo o comportamento das massas, movidas com interesses económico-sociais, pode conceber-se a ideia de manipulação, com dolo, dessa massa de eleitores com vista à manutenção ou conquista do – egoísta! – poder!

Os cidadãos são, não apenas o universo de votantes mas também o conjunto de potenciais consumidores, agentes de mercado que configuram a procura – conjunto de atitudes típicas dos que se dirigem ao mercado, com poder de compra efetivo, para satisfazer as suas necessidades.

Ora, assim sendo a introdução de medidas nos mercados, na perspetiva da procura, deverá prosseguir alguns benefícios essenciais, a curto prazo e a longo prazo.

A curto prazo, parece-nos evidente que a procura vai querer que uma medida regulatória traga uma melhoria do preço, com vista ao aumento do excedente do consumidor. Esta melhoria no preço prende-se sobretudo com intervenções para melhoria da eficiência do mercado, nomeadamente, maior fluidez e atonicidade no mercado. Aquilo que geralmente se apelida de maior concorrência.

O consumidor espera que a intervenção do Estado no mercado lhe traga uma menor vulnerabilidade perante os Produtores, com medidas de mais e melhor informação, permissão de maior número de produtores, apresentando maior quantidade de produto e mais homogeneidade dos produtos apresentados, para que a diferenciação seja feita essencialmente pelo preço.

Tendencialmente, a permissão de maior número de agentes no lado da Oferta levará a maior capacidade para a Procura poder pressionar o preço para um ponto muito perto dum preço-equilíbrio dum mercado em concorrência perfeita, onde o produtor se basta com um lucro normal¹⁵⁹⁹.

Assim, a curto prazo, na perspectiva dos consumidores, uma intervenção do Estado no mercado, por via de regulação, deve provocar uma melhoria do preço, melhoria dos serviços/ produtos do mercado – dir-se-ia maior harmonia entre produção e preferências dos consumidores – e maior fluidez, mormente melhoria da informação.

Estes benefícios esperados pelos consumidores estão relacionados com a maior eficiência do mercado. Isto porque, em bom rigor e atendendo às sociedades que se regem por normas dum Estado de Direito Democrático, os consumidores esperam que a regulação seja uma tarefa pública em prol do bem comum. A regulação fará sentido se for em benefício do bem-comum.

A matriz pública, mesmo com um sistema de regulação mais autónomo, não deixou de fazer parte das exigências dos consumidores.

Esta defesa do bem comum, ideal genérico e transversal, acaba por ser um objetivo mas também um limite aos olhos dos cidadãos: i) A regulação deve ser justificada enquanto medida para a criação, restauração ou melhoramento do bem comum; ii) A regulação deve, nem que seja a longo prazo, melhorar o bem-estar, nomeadamente nas áreas da saúde, segurança e ambiente.

Os benefícios de curto prazo, quando cumpridos, terão, depois, impacto nos resultados a médio e longo prazo, nomeadamente benefícios nos ciclos económicos, benefícios indiretos da redução de burocracia e os benefícios mais transversais e de longo prazo que correspondem a um melhoramento geral do bem-estar, nomeadamente na saúde, ambiente e segurança.

Nos benefícios para os cidadãos, vamos destacar¹⁶⁰⁰ aqui os três que nos parecem ter relevância: i) a ideia de defesa do consumidor; ii) a exigência de maior fluidez no mercado; iii) a fundamentação da defesa do bem comum.

No que concerne à *defesa do consumidor*, a relevância deste benefício é estrutural para o cidadão, porque este se sente, naturalmente, o elo menos forte da relação com os restantes agentes do mercado.

¹⁵⁹⁹ Preço será equivalente ao custo marginal.

¹⁶⁰⁰ Mesmo que de forma sucinta e apenas nas vertentes que mais servem os intuitos do presente trabalho.

Talvez uma das poucas medidas de regulação que se encontra vertida diretamente na Constituição da República Portuguesa, é a Defesa do Consumidor, que em 1976 fica consagrada no artigo 60º da CRP que elenca os direitos dos consumidores em termos de defesa da sua qualidade de vida, em relação à boa qualidade dos bens e serviços, ao seu preço competitivo e equilibrado, à proteção da saúde, à segurança, à eliminação do prejuízo e à própria formação e informação.

Trata-se de direitos dos cidadãos enquanto consumidores, que obrigam a prestações do Estado e que se impõem aos próprios operadores económicos fornecedores de bens e serviços, desde a produção até à distribuição final.

A obrigação de formação e de informação dos consumidores também recai sobre o Estado e sobre os aludidos operadores económicos e é neste preceito constitucional que se disciplina a publicidade, obrigando que a mesma não seja oculta, indireta ou dolosa.

Em 1981 a primeira Lei sobre os direitos dos Consumidores veio trazer corpo legislativo aos princípios constitucionais relativamente à defesa do consumidor, Lei essa que, entretanto, tem vindo a ser alterada muito por força dos reforços impostos pela União Europeia.

A Lei n.º 24/96, de 31 de julho, prevê alguns direitos¹⁶⁰¹:

- a) Direito à qualidade dos bens e serviços: Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor;
- b) Direito à proteção da saúde e da segurança física, sendo proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que impliquem riscos para a saúde segurança física das pessoas.
- c) Direito à formação e à educação para o consumo, cabendo ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores. Cabe ainda ao Estado promover a Informação para o consumo, regular a publicidade para que proteja os interesses do cidadão. Tem especial importância a informação em especial, em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objetiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.
- d) Direito à proteção dos interesses económicos, tendo o consumidor direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos¹⁶⁰².

¹⁶⁰¹ Cfr. Direção Geral do Consumidor, disponível em: https://www.consumidor.gov.pt/consumidor_4/direitos-dos-consumidores.aspx

¹⁶⁰² De relevar o aspeto da regulação da publicidade e da igualdade material dos intervenientes nas relações jurídicas de consumo que são essenciais para a maior fluidez do mercado uma vez que traz obrigatoriamente mais informação ao mercado e para a correção de assimetrias entre os agentes, mormente assimetrias de informação, prevenindo-se a seleção adversa e risco moral.

Ainda em 1981 é criado o Instituto Nacional da Defesa do Consumidor, que esteve na génese da Direção-Geral do Consumidor, sendo um importante marco para a fixação duma forte vertente nas políticas públicas de defesa do consumidor.

A adesão à Comunidade Económica Europeia, em 1987, trouxe consigo um reforço dos Direitos dos Consumidores no Direito Português, uma vez que essa área havia sido desenvolvida face à ampliação da área de mercado único.

Em 1989 surge o primeiro Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, sem que se tivesse ainda a noção de que a arbitragem se iria tornar um elemento essencial da política de defesa do consumidor, sendo hoje obrigatória para resolução de conflitos cujo valor seja inferior a 5.000€.

Os anos 1990 têm um marco extremamente importante para a defesa do consumidor, com o desenvolvimento exponencial do movimento associativo, reconhecido pelo seu dinamismo e pluralismo, no âmbito da defesa dos direitos do consumidor, presença que, ainda hoje, se faz sentir de forma veemente na sociedade.

Também nos anos 1990 se deram os primeiros passos da Regulação, passando as entidades reguladoras a desempenhar um papel relevante na defesa dos consumidores dos respetivos sectores de mercado.

A Lei dos serviços públicos essenciais trouxe a garantia da prestação e qualidade de serviços considerados essenciais, garantindo aos consumidores, sobretudo aos mais vulneráveis, a prestação destes serviços por parte do Estado. Este é o caso em que a ideia da defesa do consumidor trouxe para a regulação motivos de justiça para a quebra de igualdade, ou seja, dando relevância aos consumidores com maior vulnerabilidade social e apoiando-os de forma diferenciada.

A política europeia do Século XXI, muito vocacionada para uma ampla harmonização da política de regulação, estreitou a distância entre as entidades públicas europeias e nacionais, as entidades reguladoras e os consumidores, inclusivamente criando um *Euroguichet* para as reclamações transfronteiriças. Situação que se justificava uma vez que a ampliação do mercado único foi exponencial, aumentando-se assim as transações transfronteiriças.

Outro marco da defesa do consumidor do século XXI é a obrigatoriedade de existir Livro de Reclamações nos estabelecimentos de comércio e Serviços. Para além da reclamação propriamente dita e da obrigatoriedade de resposta à mesma, o Livro de Reclamações tornou-se um verdadeiro instrumento de fiscalização do funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Fiscalização essa que se especializou com a criação da ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica. Os comportamentos abusivos relativamente aos direitos dos consumidores ficaram de sobremaneira mais salvaguardados, sendo um marco na defesa do consumidor.

A defesa do consumidor espalhou-se pela sociedade de forma cada vez mais uniforme, estendendo-se aos serviços públicos, privados, na área dos serviços essenciais mas também da literacia financeira, habitação, apoio aos consumidores endividados, caminhando na maior digitalização e agilização dos processos e da informação.

Aumentaram-se os índices de confiança na informação por existir cada vez maior escrutínio da mesma, reduziu-se a burocracia da reclamação e da restituição, os mecanismos de acesso à justiça agilizaram-se e a intervenção dos reguladores tornou-se essencial aos olhos dos consumidores.

Nos termos do disposto no artigo 47º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, as Entidades Reguladoras assumem incumbências na “(...) *promoção da defesa dos serviços de interesse geral e da proteção dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas de atividade económica sobre a qual incide a respetiva atuação.*”

Dispõe ainda este preceito que os “*estatutos das entidades reguladoras devem prever a representação das associações de consumidores nos respetivos órgãos de natureza consultiva, de regulação tarifária ou de participação dos destinatários da respetiva atividade, bem como a participação dessas associações em processos de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões suscetíveis de afetar os direitos e interesses dos consumidores.*”

Ou seja, as Entidades Reguladoras passam a ter estruturas mistas, ou seja, onde é obrigatória acolher as associações de consumidores do sector para que possa existir: i) maior transparência na informação; ii) maior envolvimento de todos os agentes do sector, com consequente maior responsabilização; iii) garantias de defesa do consumidor nas matérias que aos mesmos digam respeito.

As entidades reguladoras ficam ainda sujeitas ao dever de resolução de litígios entre operadores sujeitos à sua área de competência, mas também de conflitos entre operadores e consumidores. Neste particular, a LQER dá inclusivamente algumas *guidances* sobre a atuação das Entidades Reguladoras, nomeadamente na dinamização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, prestação de informação e orientação ao mercado e especialmente aos consumidores, divulgar um quadro estatístico de reclamações com alguma regularidade, promover o tratamento adequado dessas reclamações, com procedimentos simples, expeditos e tendencialmente gratuitos, e ainda emitir recomendações ou até mesmo ordenar aos operadores a tomada de medidas relativamente à reparação justa dos direitos dos consumidores.

Em março de 2019, a Direção-Geral do Consumidor promoveu um Estudo sobre a Política de Defesa do Consumidor em Portugal, tendo-se concluído que:

- i) “*Os resultados revelam que as várias categorias de inquiridos se mostram em geral satisfeitas e mesmo otimistas quanto à qualidade do direito da proteção de consumidores. Há uma convicção muito generalizada de que os consumidores gozam de ampla e estabilizada proteção legal, encontrando-se já vertidos na lei os direitos de que careceriam.*” Ou seja, em termos de direito e tutela jurisdicional efetiva, os consumidores portugueses consideram que os seus direitos já estão consolidados e são, efetivamente, tidos em conta pelos agentes económicos.
- ii) “*Das várias competências dos reguladores, destaca-se, na perceção dos consumidores, a de inspecionar ou fiscalizar o cumprimento das leis aplicáveis pelos agentes económicos, sobretudo na sua relação com os consumidores.*” Embora os consumidores portugueses reconheçam que as entidades reguladoras fazem uma fiscalização aos operadores não lhes reconhecem muito mais atividades de defesa do consumidor, o que fica muito aquém do que se passa na realidade.

Ora, é de relevar que o desenvolvimento da Regulação Económica trouxe, necessariamente, uma maior proteção da defesa do consumidor. Talvez até porque, exortando-se a Teoria Económica da Regulação, os Consumidores, os cidadãos são geralmente o elo menos forte dos agentes de mercado, merecendo, por isso especial proteção.

Mas não apenas para equilibrar este desfasamento de forças entre consumidores e produtores serve esta defesa do consumidor, pois muitas vezes a mesma vem suportar anseios sociais de proteção dos vulneráveis.

Mais. A defesa do consumidor vem ainda obrigar o Estado a prestar serviços que são considerados essenciais à população. Não apenas aos mais favorecidos económica ou territorialmente mas também aos que se afastam desse padrão de economicidade.

A necessidade do serviço universal, de prestação de serviços mínimos, ou, em termos genéricos, dos serviços de interesse geral – as *utilities*, se se preferir! – têm salvaguarda nos direitos do consumidor, na sua defesa.

Por outro lado, a defesa do consumidor é a mitigação à “selvageria” do mercado smithiano. A mitigação dos egoísmos prevenindo sobre regras de ressarcimento, de segurança, da própria adequabilidade dos bens e serviços prestados. A proteção das expectativas do consumidor que a defesa do consumidor trouxe, previne o agente “batoteiro”, o que ludibria e engana, aproveitando-se das assimetrias existentes entre os *players* deste jogo de mercado.

Noutra perspetiva, a defesa do consumidor é mais uma face do paternalismo do Estado, colocando a sua asa protetora sobre os consumidores em mais uma interferência no mecanicismo do mercado. A terceira “mão”, desta feita visível, acaba por auxiliar a procura no seu braço de ferro com a oferta.

Profundamente relacionada com a defesa do consumidor está a exigência de *maior fluidez no mercado*, a garantia de informação transparente e precisa sobre os produtos e serviços oferecidos. Isso inclui informações sobre ingredientes, segurança, qualidade e preço. Esta é uma ajuda aos consumidores a tomar decisões informadas e a evitar a compra de produtos ou serviços que não atendam às suas necessidades ou expectativas.

Aliás, se a regulação não trazer este benefício terá falhado pelo menos parte do seu objetivo, uma vez que grande parte das medidas de regulação devem esclarecer por que razão estão a ser criadas, revelando informação sobre a distorção do mercado que pretendem colmatar.

No que concerne a esta fundamentação das medidas de regulação, vamos entroncar no terceiro aspeto que consideramos como sendo um benefício na perspetiva dos consumidores que é a *prossecução do bem comum* ou a perspetiva da melhoria de bem-estar geral.

Já sabemos que a fundamentação da regulação pode ser controversa. As teorias do interesse público e interesse privado disso são reveladoras, conforme já aqui tivemos oportunidade de escamotear. Contudo, na perspetiva do consumidor, talvez o benefício mais genérico e, eventualmente, o menos mensurável, é a prossecução do bem comum, o anseio na melhoria do bem-estar geral. Isto porque a regulação, para o homem médio, é uma intervenção do Estado, neste caso em sectores da economia. E o Estado, por definição, deve prosseguir o bem-estar da comunidade em geral.

É, portanto, inegável esta interligação entre aquilo que comumente se considera como funções do Estado e seus objetivos com a ação do Estado Regulador. A prossecução do bem-estar geral da comunidade é um princípio genérico mas talvez o que mais rapidamente o cidadão comum identifica como missão do Estado.

A questão é saber se efetivamente a Regulação tem prosseguido a defesa do bem comum, do interesse público. É que muito frequentemente é dito genericamente, como verdade absoluta

que a Regulação Económica trouxe “inegáveis benefícios”, sem que se escalpelizem os mesmos. Provavelmente podemos verificar parâmetros processuais, burocráticos, mas será que se conseguem encontrar as verdadeiras melhorias na prossecução do dito interesse público.

As teorias do interesse público sempre estiveram no centro da atuação regulatória do Estado, defendida pelos publicistas e por aqueles que acreditavam que o Estado apenas deve intervir quando estão em causa falhas de mercado. Recorde-se apenas que a teoria dos interesses públicos tem uma análise tecnicista do modelo de regulação: a regulação só faz sentido se o Estado interventor tiver motivações de prossecução do bem-estar da coletividade. Trata-se duma perceção tecnicista, ou seja, de que a intervenção do Estado seria para colmatar as falhas do mercado que o afastam dum modelo de mercado ideal, da eficiência paretiana.

Ora, com isto pretendia-se que a justificação da intervenção do Estado estaria relacionada com uma imperfeição, um desajuste do mercado que corresponderia a um mal para o bem-estar da comunidade. Com a intervenção, o Estado pretenderia a reparação da falha e consequente aumento do bem-estar. Repare-se que, neste particular, o bem-estar que aqui se refere não é condicente com a conceção de economia de bem-estar. Isto porque o bem-estar social que aqui se pretende e que seria prosseguido pelas medidas de regulação seriam benefícios sociais para a coletividade, ou seja, “(...) *garantir à sociedade a máxima provisão de benefícios uteis e necessários geradores de bem-estar*”¹⁶⁰³.

Ou seja, o bem-estar a que aqui se refere serão taxas de emprego, níveis de saúde, redistribuição de rendimentos, segurança social, índices de educação ou índices de desenvolvimento humano. Acrescentaríamos bons níveis de qualidade ambiental.

No caso da economia de bem-estar, estamos já perante um modelo económico, onde se analisa o modo como a interação entre as escolhas dos vários agentes económicos, mormente empresas, consumidores e Estado, afetam o bem-estar da comunidade. O cunho mais ideológico-filosófico desta vertente económica pretende encontrar arranjos sociais que maximizem o bem-estar das comunidades.

A economia do bem-estar tem dois corolários: i) O pressuposto do modelo em concorrência perfeita; ii) Em casos de concorrência perfeita, há que maximizar a eficiência na alocação de recursos até uma eficiência paretiana.

É nesta segunda situação que se justifica a intervenção do Estado, com vista à redistribuição adequada das dotações iniciais e rendimentos para que o mercado tenda a uma eficiência paretiana. Ora, cada indivíduo conhece melhor as suas preferências e a busca da maximização do bem-estar pode ser mais eficiente se prosseguida pelo indivíduo. Por isso mesmo é que o indivíduo só estará disposto a acatar a regulação se a mesma, mais do que a sua concreta situação, contribua para a melhoria da comunidade em geral.

Porque a melhoria da comunidade em geral, posteriormente, mesmo que indiretamente, provoca uma melhoria individual, como por exemplo segurança, emprego, melhor salário, melhores serviços públicos, melhoria do meio ambiente. Assim sendo torna-se necessário relembrar que uma das maiores críticas à teoria dos interesses públicos é a sua subjetividade e abstração do próprio conceito de interesse público, da definição de bem-estar social.

¹⁶⁰³ Cfr. Carlo Bruno Lopes do Nascimento, “Dificuldades de Regulação Económica: Uma Leitura das Teorias de Regulação”, Revista CIDP, Ano 1 (2015), n.º 4, p. 191-238

Isto porque, como amiúde vimos aqui repetindo, o bem-estar coletivo não é mensurável, de todo, através da soma das preferências individuais.

Estas considerações trazem-nos novamente para o campo da dúvida sobre como medir os benefícios dessa prossecução do interesse público, do bem-estar-geral. De facto, este benefício que os cidadãos tanto esperam da regulação não é visível senão a longo prazo. Mas também sem se saber se, de facto, se devem às medidas de regulação ou se resultam dum conjunto de medidas económicas e sociais que, apenas por estarem a ser todas implementadas é que resultam numa melhoria do bem-estar.

No que concerne especificamente aos tributos e benefícios de regulação, a mensuração do benefício, em caso de subsídio, isenção de tributo ou subvenção, o mesmo pode ser mensurável.

Os benefícios diretos serão equivalentes às quantias isentas, subsidiadas ou emprestadas, sem, contudo, esquecer que a estes benefícios podem ainda somar-se benefícios indiretos, mormente menor pressão dos custos relativamente ao estabelecimento do preço.

Quanto aos benefícios dos tributos de regulação, no que concerne aos tributos sinalagmáticos, o consumidor beneficia, de imediato do sinalagma respetivo, da contraprestação correspondente.

No que concerne aos tributos unilaterais, há que atender-se ao objetivo do tributo, sendo naturalmente mais fácil encontrar benefícios indiretos ou mais genéricos.

Na vertente dos custos de regulação e sua repercussão nos cidadãos, há que referir o seguinte:

- i) Muitas medidas de regulação que não são sequer dirigidas diretamente aos cidadãos podem ter repercussão direta nos mesmos, nomeadamente as que limitam a oferta provocando menor atonicidade entre os produtores, com repercussões na quantidade e preço do mercado. A introdução de determinadas regras limitativas da liberdade dos agentes da oferta, podem até garantir a longo prazo maiores garantias de qualidade e segurança mas *ab initio* o cidadão vai reter um encolhimento dos agentes da oferta com repercussões nos seus padrões de consumo.
- ii) A introdução de custos de implementação de medidas de regulação, custos de burocracia, pagamento de tributos associados à regulação impostos aos produtores trazem necessariamente uma repercussão destes custos no preço do bens e serviços. Desta forma, os custos são transferidos para os cidadãos por via do mecanismo de repercussão, situação que influencia necessariamente o mercado com este “custo artificial”;
- iii) Os consumidores acarretam necessariamente com os custos diretos dos tributos. Basta o ato de consumo para que sejam muitas vezes o sujeito passivo do tributo e por isso pagam diretamente o mesmo. Este custo do tributo acrescenta ao preço, pelo que o preço final do bem ou serviço fica necessariamente mais elevado.
- iv) O custo de irritação, de contestação, de contencioso recai também sobre o consumidor quando sujeito a medidas diretas de regulação;
- v) Custo de oportunidade relativamente à opção dum mercado sem regulação.

Os cidadãos arcam, portanto com custos diretos e indiretos relativamente a quaisquer medidas de regulação, incluindo os tributos de regulação.

6.2.2. Empresas

Se categorizarmos os agentes da regulação, a categoria de regulados é vasta, sendo que optámos pela divisão entre cidadãos – que incluem consumidores privados – e as empresas.

Encaramos aqui empresas como uma categoria de regulados que diz respeito às pessoas que desenvolvem a atividade de comércio e que atuam enquanto tal, abrangendo pequenas e médias empresas, e, com certeza, as grandes companhias também.

No que concerne às empresas, já aqui referimos que é sobre elas que recaem os custos diretos, indiretos e de execução ou aplicação da regulação. As empresas estão sempre sujeitas a que qualquer custo da regulação seja suportado pelas mesmas. Vejamos:

Os tributos, os custos administrativos, os custos de *compliance* e custos de iritação são praticamente transversais a todos os regulados. E não esqueçamos que as empresas são, elas próprias consumidoras também, logo acarretam com os custos típicos quando estão nessa posição, nomeadamente aqueles cujo facto gerador é o próprio consumo.

De qualquer forma, relevamos aqui sobretudo os custos indiretos que são particularmente fustigantes para as empresas. Falamos particularmente da redução da concorrência, entraves ao acesso ao mercado, custos relacionados com a alteração das matérias-primas ou fontes de abastecimento para adaptação a novas regras e redução de incentivos ao investimento e inovação.

Repare-se que estes custos estão interligados. Se os custos de *compliance*, diretos ou indiretos, aumentarem junto das empresas, as mesmas vão assistir a uma subida de custos que, a breve trecho, requerem um ajustamento do preço.

Ao ajustar o preço, elevando-o, faz com que naturalmente o mercado crie uma barreira de entrada e/ou manutenção dos agentes - neste caso, empresas – no mercado. Barreiras essas que são ainda mais consolidadas com eventuais requisitos de regulação acrescentados pelo regulador.

A diminuição de atonicidade no mercado provoca sempre questões de concorrência, neste caso, de redução da mesma. Portanto não é apenas com a criação de regras restritivas, com requisitos à entrada do mercado ou exigências relativamente ao produto/ serviço que se diminui as características de concorrência. Basta que haja um aumento de custos. E geralmente esse aumento de custos sente-se diretamente nas empresas o que encarece naturalmente os produtos ou serviços de mercado. É, portanto, um círculo vicioso guiado pelas leis do mercado.

Já aqui referimos que as empresas são os agentes mais fustigados com os custos. Mesmo os “*enforcement costs*”, que tipicamente afetam as administrações públicas, não deixam de poder recair também sobre as empresas em determinadas circunstâncias. Vejamos:

Muitas das normas reguladoras incluem a prestação de informação. Ora, recolha de informação, necessária sobretudo para a aplicação das normas, é geralmente necessária para os agentes públicos e reguladores. Mas a obrigação de prestação de informação pode recair sobre as empresas ou até mesmo os consumidores em geral.

Um exemplo são as obrigações declarativas em sede de tributos, em que são os sujeitos passivos ou substitutos tributários – geralmente empresas – que têm de prestar informação relevante para a liquidação e cobrança de tributos, incluindo tributos de regulação.

No caso de usufruição de benefícios fiscais é ainda mais gritante o custo de informação, uma vez que grande parte dos benefícios tributários não são de aplicação automática devendo o potencial beneficiário fazer prova da sua condição adequada ou preenchimento de requisitos para usufruir das benesses.¹⁶⁰⁴

Por outro lado, em casos de autorregulação ou sistemas de corregulação os custos de monitorização podem recair nos privados.

O mesmo se passa com os custos relativamente a inspeções e aplicação de sanções, que podem passar para os privados em regimes mistos de regulação.

Por último, os custos de adjudicação e litigância são custos repartidos entre a administração pública que tipicamente sustenta o sistema judicial mas também recai sobre os cidadãos e empresas que são quem utiliza este sistema judicial para fazer valer as suas queixas.

Ora, se a máquina judicial for movida por iniciativa privada é esse privado que acarreta com os seus custos por via das taxas de justiça. Isto sem falar nos custos associados à litigação: serviços especializados, custos de transação, custos de irritação...entre outros.

Já no que concerne aos impactos positivos ou benefícios provocados pela regulação, as empresas não beneficiam do melhor do bem-estar. Melhorias na saúde, segurança ou ambiente não são benefícios que as empresas usufruam diretamente.

Apenas quem as constitui, quem faz parte do conjunto de cidadãos que integram a entidade empresa podem beneficiar e mesmo assim de forma não mensurável e com padrões heterogéneos.

No que concerne às melhorias de eficiência que podem decorrer da regulação, é certo que as empresas, aí sim, podem obter benefícios, mormente no que diz respeito a poupanças associadas a custos e melhoria de informação.

No que concerne aos custos, medidas regulatórias, sobretudo que digam respeito a correções de eficiência do mercado, podem levar à redução de determinados custos o que poderá ter consequências no preço praticado, mormente provocar uma baixa de preço.

Medidas de regulação bem calibradas ao nível da eficiência económica para além dos benefícios nos custos associados podem provocar melhorias na fluidez.

Recorde-se que a fluidez detém dois elementos essenciais: i) a informação ser clara e transparente (informação perfeita no modelo de concorrência perfeita); ii) homogeneidade de produtos ou serviços. Estes dois elementos reconduzem a escolha a uma racionalidade perfeita, onde, em limite, o único elemento diferenciador é o preço praticado no mercado.

¹⁶⁰⁴ Pode verificar-se, a título de exemplo, o disposto no artigo 5º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, em que claramente se dividem os benefícios entre aqueles que são automaticamente concedidos, decorrendo esse reconhecimento da previsão legal. Por outro lado, temos os benefícios dependentes de reconhecimento, sendo necessário ato administrativo de reconhecimento ou acordo entre Administração Tributária e os interessados. De relevar que o reconhecimento dos benefícios é realizado atendendo a um procedimento previsto no artigo 65º do Código de Procedimento e Processo Tributário, onde claramente se refere que este procedimento é de iniciativa dos interessados (salvo exceções), o que apenas confirma o que dizíamos relativamente aos custos de informação e burocracia.

Ora, muitas das medidas de regulação associam-se sobretudo a matéria de informação e necessidade de a transmitir aos agentes de forma clara e, até mesmo, obrigatória. O que traz melhorias na fluidez do mercado.

Essa necessidade de informação advém até, muitas vezes, da defesa do consumidor – posição que as empresas também assumem – provocando uma verdadeira melhoria de fluidez no mercado.

Acresce ainda que a maior informação a circular no mercado provoca ganhos de inovação com benefícios também para empresas e cidadãos em geral.

Numa versão sintetizada, podemos referir os impactos benéficos da regulação conforme o fez Andrea Renda¹⁶⁰⁵: *“Similarly, it is possible to attribute specific types of regulatory benefits to certain categories of stakeholders. Needless to say, health and environmental benefits are typically reaped by citizens and society as a whole, whereas improved efficiency such as cost reductions and technological progress affect primarily businesses, and indirectly consumers. Employment benefits affect citizens and businesses. At the same time, indirect compliance benefits can affect all stakeholders, including third countries that benefits from compliance with legal norms in the EU (e.g. compliance with EU environmental policy benefits also non-EU countries). Finally, macroeconomic benefits and other, nonmonetizable benefits are typically reaped by citizens and society as a whole.”*

A influência da regulação na vivência das empresas afeta vários parâmetros da vida das mesmas. Os impactos, no caso das empresas, são relevantíssimos uma vez que, como vimos, as empresas são os agentes que mais fustigados são pelos custos da regulação.

Não sendo, pelo menos numa perspetiva genérica, completamente claro que os benefícios cubram esses custos.

Por esse motivo nos vamos centrar em três perspetivas concretas, relativamente às empresas: i) a afetação da liberdade de empresa, incluindo a análise de como a regulação ultrapassa este princípio constitucional; ii) As consequências duma intervenção do Estado vs. liberalismo de mercado e, numa consequência direta deste ponto iii) o custo de oportunidade associado à regulação económica.

i) Liberdade de empresa e sua coexistência com a regulação económica.

Falar de liberdade de empresa requer que se faça um (pequeno) percurso pela ideia de liberdade e o conceito de empresa. Depois faremos a abordagem de como a Constituição da República Portuguesa consagra este direito.

O conceito de liberdade em termos amplos estará relacionado com a prerrogativa de qualquer pessoa realizar as suas ações conforme a sua vontade sem que existam limitações a essa vontade individual. Contudo, o conceito de liberdade teve e terá as suas evoluções atendendo aos contextos económicos, sociais, políticos. No contexto Estado, a liberdade pode manifestar-se, necessariamente na Lei e no sistema político, mas com vertentes variadas.

¹⁶⁰⁵ Cfr. “Assessing the Costs and Benefits of Regulation – A CEPS – Economisti Associati Study for the European Commission”, p. 44 de 221, disponível em https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/131210_cba_study_sg_final.pdf

Na vertente de liberdade enquanto conceito negativo, Friedrich Hayek¹⁶⁰⁶ dá-nos a visão de liberdade enquanto ausência de coerção, o estado no qual o Homem não está sujeito à vontade arbitrária de outrem. Este é o sentido de liberdade individual¹⁶⁰⁷. Os desenvolvimentos desta liberdade individual podem ser ampliados para a interferência político-institucional: quanto maior a área de interferência do Estado menor será a área de liberdade individual e vice-versa.

Repare-se que a liberdade individual e sua defesa nasce da necessidade de obstar aos poderes absolutistas quer da igreja mas também dos monarcas. Ao iluminismo devemos essa concepção de liberdade individual enquanto núcleo de direitos a poder agir segundo as suas próprias convicções, não podendo o Homem ser coagido a comportar-se de determinada maneira só porque a sociedade entende ser mais correta.

A vertente positiva do conceito de liberdade está intrinsecamente relacionada com o contrato social, em que encontramos um Estado racionalmente livre que se rege de acordo com as leis que os indivíduos consentiram. Ora, a ideia de liberdade nos termos do seu conceito positivo baseou-se na ideia de prossecução da racionalidade, que a comunidade basearia a sua conduta em regras da razão. Se a razão persistir então não há necessidade de coerção.

De facto, ainda hoje as duas teorias continuam em confronto, sendo que por um lado, as teorias individualistas defendem a existência duma sociedade formada por indivíduos isolados, com direitos naturais inerentes, mas os quais concebem um direito de garantia de lei geral, uma lei positiva administrada por poder público.

Por outro lado, as teorias sociais rejeitam esta ideia de indivíduo meramente mediado por uma sociedade. Estas são as bases de teorias correspondentes a liberdades individuais vs. liberdades coletivas que se foram desenvolvendo.

Mas o conceito de liberdade não estaria completo sem a alusão à liberdade económica que Adam Smith analisou e defendeu enquanto pressuposto para a atitude típica dos agentes de mercado.

A liberdade económica tem a dupla vertente de liberdade dos agentes enquanto indivíduos que agem de acordo com o seu “egoísmo”, a sua vontade própria e a vertente de o Estado não interferir no mecanismo de funcionamento do mercado.

Ao Estado, na perspetiva de Adam Smith, apenas caberiam funções muito específicas de soberania, sendo responsável pela defesa e segurança. Mais tarde a defesa do sistema da liberdade natural veio a mitigar-se, atribuindo ao Estado uma tarefa de defesa de livre concorrência e defesa da propriedade privada., proporcionando as ferramentas aos indivíduos para, por si só, ir à procura dos seus interesses.

O direito à livre iniciativa privada começa a ter contornos legais passando a constar dos ordenamentos jurídicos com alguns contornos interessantes: ora se permitia uma liberdade de iniciativa contra pagamento de taxa, de cumprimento de requisitos ou obrigatoriedade de cumprimento de regulamentos. Mas também se efetivava a liberdade de comércio com a extinção de corporações profissionais ou sectoriais que limitavam os agentes “autorizados” dos mercados.

¹⁶⁰⁶ Cfr. Friedrich A. Hayek, “Os fundamentos da Liberdade”, Editora Visão, 1983, p. 27 e ss.

¹⁶⁰⁷ Hayek fazia a diferenciação entre liberdade pessoal ou individual da liberdade política ou civil, esta mais dependente dos princípios do Estado e comunidade em que os cidadãos se insiram.

O próprio Hayek e também Milton Friedman¹⁶⁰⁸ correlacionaram a liberdade económica com o crescimento das economias, considerando que a autonomia do indivíduo em poder estar inserido nos mercados é uma contribuição importante para o desenvolvimento das economias e sua prosperidade.

E se o indivíduo tem liberdade económica e prospera poderá cimentar, de forma mais consistente, as restantes liberdades individuais, reivindicando-as perante o próprio poder público. A ordem social estaria, por isso, garantida nestes termos. Para que tal funcionasse, o direito de propriedade e a liberdade de empresa têm de funcionar em harmonia. Contudo, como sabemos, esta liberdade económica logrou mitigada com a busca de garantias sociais, motivo pelo qual passa a ser admissível a intervenção do Estado. As razões de justiça mitigam a prossecução desta liberdade económica da lupa do liberalismo.

A implementação do Estado social ditou o poder de delimitação aos direitos de propriedade e livre iniciativa económica privada atendendo à ideia de justiça social, conceito que, como já aqui afirmámos, se desenvolveu com as alterações aos modelos de Estado e da Sociedade.

Já no que concerne ao conceito de empresa, a questão torna-se mais difícil pois o mesmo varia consoante o ramo jurídico. Enfim, podemos encontrar, por exemplo uma definição legal na Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), que estatui no artigo 3º n.º 1 que *“Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.”*

Mas o conceito de empresa pode ter outras variantes, mormente associada a uma atividade económica organizada com vista a produzir bens ou serviços ou fazê-los circular.

Há ainda a perspetiva de empresa enquanto cadeia de indivíduos que nela atuam, incluindo trabalhadores, empresário, clientes, fornecedores, etc..

O direito comercial não tem propriamente um conceito legal de empresa. António Menezes Cordeiro considera um conceito fragmentado de empresa: i) enquanto sujeito, sendo destinatária de normas comerciais; ii) a empresa enquanto objeto, que corresponde ao estabelecimento e direção humana.

Assim, a junção da liberdade e da empresa, estaria muito perto duma não interferência de poder público na constituição, estabelecimento e atuação dos que atuam, de forma estruturada, na atividade comercial. Mas não será bem assim. A liberdade de empresa estará no âmbito da livre iniciativa privada sendo que esta está constitucionalmente coartada pelo interesse geral, a lei e a constituição – Cfr. Artigo 61º n.º 1 da CRP.

Façamos, primeiramente, uma análise à proteção constitucional da livre iniciativa privada.

A proteção da livre iniciativa privada surge historicamente na Constituição de 1976 por contraposição à restrição de facto existente no regime da Constituição de 1933. A forte intervenção estatal nos sectores económicos, com influência corporativista, arredou a iniciativa privada.

De relevar que no pós-revolução de 1974 também essa livre iniciativa ficou beliscada com a vaga de nacionalizações justificada por um Processo Revolucionário em Curso marcado por forte influência dos ideais comunistas.

¹⁶⁰⁸ Cfr. Milton Friedman, “Capitalismo e Liberdade”, Actual Editora, reimpressão de 2018, p. 33 e ss.

Em 1976, o legislador constitucional decide terminar a celeuma incluindo uma norma relativa à livre iniciativa privada e defesa clara do direito à propriedade privada (Cfr. Artigo 62º CRP), bem como reconhece o sector público, constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence aos privados (Cfr. Artigo 82º da CRP).

A livre iniciativa privada será um direito que consiste em tomar todas as iniciativas que sejam conforme ao ordenamento (a Constituição e Lei) para produzir bens e serviços¹⁶⁰⁹

De relevar que esta conceção abarcaria a livre iniciativa privada e a liberdade de empresa. Mas nem toda a doutrina concorda com esta visão. Isto porque há quem autonomize a liberdade de empresa como uma espécie de liberdade empresarial, de atos de gestão e não de estabelecimento propriamente dito.

A livre iniciativa privada pode até ser comparada com uma liberdade individual ou pessoal, em que o empresário – que não será indistinto da pessoa privada – tem a liberdade de ter iniciativa económica.

Já no que concerne à empresa, nem sempre a sua constituição é individual.

Contudo, o artigo 61º n.º 1 da CRP parece tutelar as associações, individuais ou coletivas, pelo que se depreende que a liberdade de iniciativa privada não se cinge à liberdade de empresa mas esta integra a primeira.

Ou seja, a liberdade de iniciativa privada abrange por exemplo, a liberdade de investimento ou acesso, correspondente à liberdade à empresa, bem como outras vertentes, como a liberdade de organização e liberdade de contratação (direito de empresa).

Aliás, é nestes termos que nos ensina Gomes Canotilho¹⁶¹⁰: *“por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito de empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário)”*

De relevar ainda que pode existir liberdade de criação de empresa mas há que preencher determinados requisitos para que a mesma tenha atividade, mormente determinados requisitos de localização de sede, capital, equipamentos e recursos humanos.

A Lei pode ainda exigir responsáveis técnicos, gerentes ou profissionais com determinadas habilitações, ou seja, limitações subjetivas de acesso.

Há ainda limitações objetivas de acesso, nomeadamente as previstas no artigo 86º n.º 3 da CRP e, pior, a intervenção permitida pelo n.º 2 na gestão privada das empresas em determinadas situações.

Compreendido na liberdade de iniciativa privada, encontra-se ainda a liberdade de direção e organização de empresa, liberdade de atividade da empresa no mercado e a proteção de existência da empresa.

Ora, como é que a livre iniciativa privada pode coexistir com uma regulação económica? Este é um paradoxo a resolver uma vez que a liberdade requer não interferência do poder público,

¹⁶⁰⁹ Cfr. A. Sousa Franco e Guilherme Oliveira Martins, “A Constituição Económica Portuguesa - Ensaio interpretativo”, Coimbra Almedina, 1993

¹⁶¹⁰ Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra-Almedina, 1997

enquanto que a regulação económica é, de facto, uma intervenção pública no mecanismo do mercado que influencia o comportamento dos agentes. Contudo, a sua coexistência é um facto.

Já Adam Smith considerava que os governos deveriam fomentar a “liberdade natural”, utilizando a sua soberania para garantir o acesso a moeda, assegurar o sistema judicial e garantir os direitos de propriedade e de cumprimento contratual. Ou seja, mesmo o liberalismo *smithsiano* admitia a interferência do Estado nem que fosse para garantir parâmetros para reger a sociedade e garantir uma estabilidade.

Em consequência, a liberdade foi mitigada pela prossecução de interesses sociais. A liberdade económica foi mesclada por intervenções em razões de justiça social, garantias constitucionais e um mecanismo de *checks and balances* entre a eficiência e demais direitos e concepções sociais.

De qualquer forma, o “excesso” de regulação, sem dúvida, inviabiliza a livre iniciativa privada. Seja por burocracias, tributação alta ou infundada, criação de barreiras injustificadas ou custos desmesurados.

Agora diferente questão é se deve existir uma total abstenção do Estado. Do ponto de vista da livre iniciativa privada, na dupla aceção de acesso e exercício, a liberdade total pode não ser uma solução plausível.

No que concerne ao acesso, há sectores que devem manter restrições à autonomia privada, mormente por questões de controlo de risco, segurança ou simplesmente razões sociais. O caso do sector energético, em que ainda se mantém longe da exploração privada alguns tipos de energia – a nuclear, por exemplo – ou exigências de serviço universal para que se tenha acesso ao bem essencial.

Em relação ao exercício da atividade, as interferências do Estado são mais amplas que vão desde tributos a delimitações aos preços e tarifas para benefício dos mais desfavorecidos.

Estas derrogações à liberdade de iniciativa privada são feitas atendendo a princípios de interesse geral, interesses públicos que se sobrepõem à garantia da liberdade de empresa.

A questão que se coloca é qual será a medida de interferência estadual na atividade empresarial? Até onde deve ir a regulação na derrogação ao princípio da liberdade de empresa.

Como sempre, os extremos não são benéficos. A ausência de regulação acarreta os sobejamente conhecidos problemas dum sistema absolutamente liberal. E atualmente, não é plausível uma total liberdade, sem qualquer interferência do Estado, uma vez que o binómio eficiência e justiça se mantêm no processo de tomada de decisão do órgão público.

Por outro lado, uma intervenção absolutista do Estado quebra definitivamente a liberdade de empresa, estando os agentes à mercê das regras que o Estado imponha.

No caso português, o artigo 61º da CRP consagra a livre iniciativa privada mas com os parâmetros definidos pela Constituição, Lei e tendo em conta o interesse geral. O que, desde logo, coarta a livre iniciativa privada.

Por um lado, este artigo dá autorização ao legislador para definir quadros delimitadores da iniciativa privada, sendo certo que estes parâmetros devem ser harmonizados com as demais regras constitucionais, mormente os artigos 82º e 86º da CRP. Ou seja, estas derrogações à livre iniciativa privada devem ter em conta os sectores vedados à iniciativa privada e as obrigações legais de prossecução, por exemplo, de interesse económico geral.

Aliás, o próprio artigo 61º abre a porta ao legislador para derrogar a livre iniciativa privada quando esteja em causa o interesse geral, conceito vago e amplo. Contudo, é de relevar que esta derrogação com base no interesse geral apenas releva para o exercício da atividade e não para o seu acesso.

No que concerne ao acesso à atividade, a derrogação do princípio da livre iniciativa privada deve ter contornos constitucionais. Isto porque esta liberdade de iniciativa privada é equiparável às restantes liberdades constitucionalmente previstas, pelo que detém a força jurídica decorrente do artigo 18º da CRP. Este pormenor não deve ser menorizado. Isto porque o acesso à atividade não pode ser coartado senão por norma constitucional, mormente os artigos 82º e 86º da CRP.

Já a atividade pode ter controlo legal mas de justificação muito concreta: o interesse geral.

Assim se justifica que exista reserva de atividades a ser prosseguidas pelo Estado, porque as mesmas se relacionam com deveres de garantia de direitos individuais e defesa do bem-estar coletivo.

É certo que estas atividades não são muitas vezes prosseguidas pelo Estado mas o Estado garante que os bens ou serviços são produzidos, prestados e colocados à disposição da comunidade. Ou seja, esta atividade é efetivada por figuras do direito administrativo, nomeadamente concessões ou outros contratos públicos.

O problema coloca-se com algumas variantes destas figuras onde a administração pode ter maior intervenção nos critérios de definição, entrando numa linha muito ténue de delimitação relativamente à liberdade de acesso.

Nesse caso, a administração pública pode entrar em confronto com o artigo 61º da CRP. A doutrina administrativista dá o exemplo das licenças ou autorizações constitutivas que são atos da Administração que constituem um direito subjetivo a favor do particular sobre determinada atividade de proibição relativa e as autorizações propriamente ditas ou autorizações permissivas que são aquelas que possibilitam ao particular exercer uma atividade correspondente a um direito subjetivo pré-existente, que resta somente condicionado pela lei a uma intervenção administrativa.¹⁶¹¹

Esta discricionariedade da administração pública não é condicente com a livre iniciativa privada e a liberdade de empresa, uma vez que leva a uma injustificada interferência na concorrência. Portanto quando a administração pública sai do âmbito dos sectores económicos a si reservados e impõe autorizações com factores de discricionariedade muito apertados, então o acesso à atividade pode estar em risco e a liberdade da iniciativa privada beliscada.

Assim, parece-nos que a livre iniciativa privada não sai desvirtuada pela existência de normas de regulação económica. Mas desde que essas normas não infrinjam os limites de acesso à atividade – salvo exceções constitucionais – ou apenas se cinjam à imposição de regulação da atividade propriamente dita.

De qualquer forma, esta reflexão serve para reforçar que a regulação deve estar muito bem fundamentada, sob pena de extravasar aqueles que são os limites constitucionais e legais.

ii) As consequências da Intervenção do Estado no mercado vs. padrão do mercado em concorrência perfeita

¹⁶¹¹ Cfr. Vieira de Andrade, “Lições de Direito Administrativo”, 5ª Edição, Coimbra, 2017, p. 150 e seguintes

A dúvida paira sempre entre os agentes: estará a intervenção do Estado a provocar mais benefícios? E esta é uma dúvida legítima que há muito se pretende clarificar. Devido a esta dúvida, desenvolveram-se os mecanismos de análise de custos e benefícios provocados pela regulação. Sendo, contudo, muito controverso o método a utilizar.

Isto porque maioritariamente se concorda com a necessidade duma avaliação mas nem sempre se acordam os parâmetros da mesma. Atentamos a esta breve síntese que Adler e Posner¹⁶¹² nos proporcionam no seu artigo “Rethinking Cost-Benefit Analysis”, onde notam que a moderna “*welfare economics*” remonta a Vilfredo Pareto, sendo que este propunha como princípio de avaliação o ótimo paretiano que já aqui referimos: um projeto é desejável caso pelo menos uma pessoa fica melhor sem que ninguém fique pior.

Mas este ótimo paretiano é de difícil alcance. Pouquíssimos projetos seriam possíveis de avançar em caso de ter um parâmetro tão restrito.

Estas dificuldades levaram ao sistema de compensações proposto originalmente por Kaldor e Hicks também já aqui referido. Este sistema de compensações tinha como teste o seguinte: se o projeto provocasse um benefício suficiente para compensar os que ficaram prejudicados, então o mesmo seria aceitável.

Um sistema onde prevalece o bem-estar geral ao individual. Se no total, enquanto comunidades, o projeto melhorar o bem-estar, então será bem-sucedido. Mas este sistema não foi propriamente popular.

Por último, alguns autores vieram defender ainda uma espécie de agregação de preferências, baseado na agregação das utilidades individuais provocadas pelos projetos.

Ora, o facto é que podemos ter mercados a funcionar de forma totalmente livre ou aqueles que sofrem uma qualquer intervenção. O extremo será sempre a comparação com um mercado tipicamente de concorrência perfeita vs. mercado “alterado” pela intervenção do Estado.

Mas e na ausência de mercado? Ou caso se pretenda a correção de falha de mercado? Será que deve atender-se a um padrão de concorrência perfeita ou a um padrão mais condicente com a realidade?

De facto, somos de opinião que antes da intervenção, o Estado deve pautar-se por um modelo de mercado, modelo esse que não tem necessariamente de ser o mercado de concorrência perfeita¹⁶¹³.

Conforme já fomos anteriormente explanando, a ideia é que os agentes de mercado, quando se apercebem duma interferência do Estado no mercado têm, pelo menos, a comparação entre aquilo que tinham como mercado não intervencionado e um mercado intervencionado. Ora, estamos portanto, perto duma ideia de custo de oportunidade.

¹⁶¹² Cfr. Matthew D. Adler e Eric A. Posner, “Rethinking Cost-Benefit Analysis”, Yale Law Journal 109, 1999, p. 170

¹⁶¹³ A propósito, veja-se Andrea Renda, “Assessing the Costs and Benefits of Regulation – A CEPS – Economisti Associati Study for the European Commission”, p. 51 de 221, disponível em https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/131210_cba_study_sg_final.pdf, na parte que se refere aos “Partial Equilibrium Analysis”, exatamente fazendo referência a que a conceção dos impactos da regulação deve ter como base a escolha duma “economic framework”, no fundo, um *benchmark* que se pretenda atingir.

Há, portanto um custo de oportunidade, neste caso provocado pela intervenção, sendo a *second best choice*, em limite, a não existência de intervenção.

Se ponderarmos entre um mercado padrão de concorrência perfeita e um mercado intervencionado, podemos ver afetada a atonicidade, a fluidez ou a liberdade.

Sendo que neste caso, a própria intervenção do mercado não teria certamente uma motivação de eficiência. Nestes casos, o interesse geral acaba por se sobrepor à eficiência económica, devendo a avaliação destas medidas recair sobre as compensações que conseguiu realizar.

Na ausência de mercado, o benefício duma intervenção será sobretudo para os agentes consumidores, sendo certo que a oferta poderá transformar-se ou criar mercados paralelos¹⁶¹⁴.

Nestes casos, os benefícios da regulação e as empresas em particular, beneficiam da criação de um mercado, uma oportunidade para desenvolverem uma atividade que anteriormente nem sequer existia. Há aqui, portanto, um benefício importante a juntar ao cálculo de custo de oportunidade.

Acrescem ainda as falhas de intervenção, provocadas por medidas mal calibradas ou desajustadas à realidade do mercado. Ora, nesse caso o custo de oportunidade é elevado pelos custos associados às distorções provocadas.

No caso das empresas, as medidas regulatórias podem efetivamente ser completamente destruidoras de valor. Veja-se a esse propósito, por exemplo, declarações do Presidente da Altice, Alexandre Fonseca, que em 23.03.2019, referiu que a empresa sofreu, em 2018, cerca de 17 milhões de euros de impacto das alterações regulatórias decididas pela Anacom em diferentes domínios e que constituíram "receita que se evaporou".

Este impacto resulta de medidas classificadas pela Altice como "*perigosíssimas e que destroem valor*" Trata-se de medidas com imposições específicas de encargos decorrentes da então proposta da Lei das Comunicações Eletrónicas.

Independentemente do tipo de medidas em causa e da apreciação das mesmas em concreto, o facto é que as empresas persistem como os agentes onde os custos da regulação mais têm impacto. E esse impacto tem efeito de cascata uma vez que vai terminar por se repercutir nos preços de mercado e na qualidade dos bens e serviços.

A repercussão destes custos, ao contrário do que se possa idealmente pensar, são efetivos. As empresas não conseguem, não podem nem devem querer assimilar o impacto dos custos de regulação. Quanto mais não seja porque seria duma irracionalidade económica atroz.

Não cabe aos agentes económicos privados fazerem redistribuição de rendimentos de forma voluntária.

Mas, como aqui se referiu, a comparação de cenários com aquilo que seria o potencial de ganho traz-nos para caminhos mais complexos da economia mas que têm alguma relevância sobretudo para os agentes "Empresas", uma vez que são aqueles que, como já referimos amiúde, mais custos acarretam com a Regulação.

¹⁶¹⁴ Pensamos aqui sobretudo situações de Bens Públicos em que pode até existir procura dos bens mas não há que os ofereça. Neste caso, passa a existir um mercado em virtude da intervenção do Estado. Ou por assumir a produção diretamente, ou porque cria as condições para que agentes privados possam produzir.

iii) Custo de oportunidade

A ideia de custo de oportunidade remete-nos para a ideia basilar da economia: Os recursos são escassos para fazer face às necessidades que são ilimitadas. Ora, assim sendo não podemos fazer indefinidas escolhas mas antes decidir utilizar um recurso de determinada forma, sendo que essa atitude fará prescindir da oportunidade de usar o mesmo recurso da mesma forma.

Conforme ensinam Samuelson e Nordhaus¹⁶¹⁵, *“as decisões têm custos de oportunidade porque escolher uma coisa num mundo de escassez significa prescindir de qualquer outra coisa. O custo de oportunidade é o valor do bem ou serviço mais valioso que se perdeu.”*

No que concerne às empresas, os economistas vão mais além do que os contabilistas e pretendem levantar o véu sobre as consequências dos fluxos monetários e quantificar os verdadeiros custos de recurso de uma atividade.

É por este motivo que existe uma substancial diferença entre o Lucro contabilístico e o Lucro Económico, sendo que o segundo, englobando os custos implícitos, acaba por ver-se abaixo dos primeiros.

Existem vários custos de oportunidade que têm relevância mas não aparecem nas demonstrações de resultados. Desde horas de trabalho não pagas, custos de capital de entregas dos donos, custos com prejuízo ambiental, enfim, um sem número de custos implícitos, de difícil mensuração mas com relevância económica.

No caso do decisor público também temos custo de oportunidade. A decisão pública também acarreta um custo relativamente àquilo que seria uma segunda opção de utilização dos recursos do Estado.

Geralmente esta indecisão aparece relacionada com o *Big Trade-off* entre decisões que favoreçam a eficiência ou as decisões atendendo motivos de justiça (social).

Temos, portanto que atender a dois custos de oportunidade aplicáveis, por assim dizer:

- a) por um lado, o custo de oportunidade da decisão do Estado cada vez que decide fazer uma intervenção no mercado;
- b) o custo de oportunidade das decisões da empresa.

Contudo, dir-se-ia ainda o seguinte:

É comum considerar-se o preço de mercado como uma boa medida do custo social no mercado. Então como conciliar esta ideia com o custo de oportunidade?

Bem, há aqui um factor para o qual Samuelson e Nordhaus¹⁶¹⁶ chamam à atenção: *“em mercados a funcionar corretamente, quando todos os custos são tidos em conta, o preço é igual ao custo de oportunidade.”*

Nos mercados concorrenciais, existem numerosos compradores que competem pelos recursos até ao ponto em que o preço é arrematado pela melhor alternativa disponível, ou seja, até ao ponto igual ao custo de oportunidade.

¹⁶¹⁵ Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, *“Economia”*, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 139 e ss.

¹⁶¹⁶ Cfr. Paul Samuelson e William Nordhaus, *“Economia”*, 19ª Edição, McGraw-Hill, 2012, p. 140 e ss.

Como já aqui temos vindo a dizer, os mercados regulados e concorrenciais (ou livres) são dois modelos económicos distintos que têm implicações diferentes para as empresas. Enquanto os mercados regulados têm regulamentações estabelecidas pelo Estado para proteger os consumidores e garantir a estabilidade económica, os mercados livres permitem que as empresas tomem suas próprias decisões e sejam guiadas pelas forças da oferta e da procura.

As empresas enfrentam custos de conformidade nos mercados regulados, incluindo os custos de se adequarem às regulamentações, os custos de seguir os procedimentos regulatórios e os custos de fazer negócios com outras empresas que também precisam se adequar às normas de regulação.

Além disso, a regulação pode afetar os preços e o potencial de lucro das empresas. Por exemplo, no sector energético, as normas ambientais podem aumentar os custos operacionais das empresas, o que pode ser passado para o consumidor final através de tarifas mais elevadas.

Por outro lado, em mercados concorrenciais, as empresas têm mais liberdade para estabelecer preços e tomar decisões de negócios, mas também enfrentam uma concorrência mais acutilante. Por exemplo, no sector de telecomunicações, as empresas podem ter mais liberdade para inovar e oferecer novos produtos e serviços, mas também enfrentam uma competição mais intensa de outras empresas. Isso pode levar a preços mais baixos para os consumidores, mas também pode levar às empresas com menor margem de lucro.

As empresas devem avaliar esses factores, bem como outros como as barreiras à entrada, as oportunidades de crescimento e a responsabilidade social, ao decidir se ficam num mercado regulado ou procurar outros mercados com maior concorrência.

É importante destacar que a análise do custo de oportunidade deve ser feita pelas empresas de forma a avaliar se os benefícios de se estabelecerem num mercado regulado ou livre superam os custos associados.

A análise deve ser feita considerando a estratégia de negócios da empresa, sua posição no mercado e sua capacidade de se adaptar às regulamentações ou à concorrência. Além disso, a análise deve ser atualizada para se adaptar às mudanças no mercado concreto.

É importante destacar que a decisão de se estabelecer em um mercado regulado ou livre pode ter implicações a longo prazo. Se uma empresa que se estabelece num mercado regulado pode ter benefícios à curto prazo devido à proteção regulatória, também pode enfrentar dificuldades a longo prazo devido à falta de flexibilidade e inovação.

Por outro lado, uma empresa que se estabelece em um mercado livre pode enfrentar desafios a curto prazo devido à concorrência intensa, mas pode ter benefícios a longo prazo devido à capacidade de se adaptar e inovar.

Existem ainda outros elementos que podem influenciar a decisão de uma empresa de se estabelecer em um mercado regulado ou livre e que podem afetar o custo de oportunidade das empresas. Alguns exemplos incluem:

- i. Más práticas empresariais, como corrupção, podem influenciar a decisão duma empresa de se estabelecer num mercado regulado ou livre. As empresas que se envolvem em más práticas podem ter benefícios em mercados menos regulados, enquanto as empresas que seguem práticas éticas podem beneficiar em mercados mais regulados;

- ii. A concorrência desleal, como a fixação de preços, a difamação ou a acusação de violações de propriedade intelectual, também pode influenciar a decisão de uma empresa de se estabelecer num mercado regulado ou livre. Em mercados regulados, as normas podem proteger as empresas contra a concorrência desleal, enquanto em mercados livres cada agente está à mercê do comportamento dos restantes;
- iii. O grau de estabilidade política e económica de um país ou região também pode influenciar a decisão de uma empresa de se estabelecer em um mercado regulado ou livre. Em países ou regiões com estabilidade política e económica, as empresas podem sentir-se mais seguras para investir e estabelecer-se em mercados regulados ou livres. Já em países ou regiões com instabilidade política e económica, as empresas podem ser mais cautelosas em suas decisões de investimento;
- iv. A infraestrutura de transporte e logística de um país ou região também pode influenciar a decisão de uma empresa de se estabelecer em um mercado regulado ou livre. Países ou regiões com boa infraestrutura de transporte e logística podem ser mais atraentes para as empresas que precisam transportar seus produtos para outros mercados;
- v. O grau de proteção à propriedade intelectual também pode influenciar a decisão das empresas. Países ou regiões com boa proteção à propriedade intelectual podem ser mais atraentes para as empresas que dependem de patentes, marcas comerciais e direitos autorais para proteger seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento;
- vi. O grau de proteção económica aos direitos dos trabalhadores, pode ser também um factor relevante, em mercados regulados isso pode ser garantido pelo governo, em mercados livres essa proteção pode ser menor ou inexistente.

Há muitos outros factores que podem ser considerados, como o acesso a mão-de-obra qualificada, o acesso a financiamento, a estabilidade cambial, a estabilidade política, a estabilidade social, entre outros. Outros factores relevantes para a escolha das empresas relativamente a mercados regulados ou concorrenciais, são:

- i. A importância do "*regulatory capture*", uma vez que em situações em que as Empresas consigam influenciar o Regulador tal situação pode ser relevante para a decisão entre mercado regulado ou concorrencial.
- ii. A importância de "*regulatory innovation*", ou seja, a capacidade do regulador se adaptar às novas tecnologias e às mudanças no mercado. Isso é particularmente importante em mercados regulados, onde as regulamentações precisam ser flexíveis o suficiente para permitir que as empresas inovem, mas também protejam os interesses dos consumidores.
- iii. O papel do Estado no mercado regulado e se tem capacidade e recursos para desempenhar essa função de forma eficaz e se as regulamentações são eficazes e protegem os interesses dos consumidores. Aqui releva ainda o tipo de sistema regulatório adotado.

A decisão é, portanto complexa e envolve a comparação entre as opções existentes, sendo que os custos de oportunidade envolvem ainda uma vertente de alteração, modificação e adaptação aos novos modelos de mercado.

6.3. Principais Conclusões

Neste primeiro capítulo relativamente à simbiose da Regulação e Tributação, preparámo-nos para fazer uma análise crítica dos impactos provocados pela regulação e, com especial foco, nos tributos de regulação.

Repare-se que a generalidade dos tributos serve para pura angariação de receita para fazer face às despesas gerais do Estado. Preocupam-nos mais os tributos com intuitos parafiscais, mormente os tributos associados à regulação económica que vão além duma cobertura de custos da regulação sectorial mas antes duma verdadeira tática para modificar comportamentos dos agentes.

Denotámos que a avaliação dos impactos da regulação é encarada de uma forma bipolar:

- i. Existe uma espécie de unanimidade relativamente à necessidade de se avaliar a legislação, incluindo as normas emanadas com vista à constituição dum sistema de regulação. No que concerne propriamente à regulação, há até uma certa “euforia” em relação à existência de avaliação dos impactos de determinadas medidas de regulação;
- ii. Apesar deste entusiasmo com a avaliação do impacto de medidas de regulação, os modelos existentes deixam muitas áreas de dúvida. São modelos sobretudo direccionados à avaliação de custos directos, não sendo claros sequer os benefícios directos. Não há grande preocupação com o impacto indirecto, mesmo quando o mesmo possa ser mensurado. E relativamente aos tributos de tributação é paupérrima a tentativa de avaliação dos impactos destes tributos com finalidades extrafiscais.

Sobretudo no que concerne aos tributos de regulação é incompreensível a falta de avaliação prévia, de monitorização e inexistência praticamente de uma fiscalização.

Face ao crescimento da realidade dos tributos de regulação é inconcebível que se mantenha um sistema em que as entidades reguladoras não querem intrometer-se na área tributária mas também inexistente qualquer sensibilidade por parte da administração tributária relativamente a este tema.

Esta situação traduz-se numa realidade em que os regulados em geral, e em particular os cidadãos, são despidamente deixados à mercê da vontade do Regulador. Isto porque nem mesmo os tribunais se pretendem imiscuir nesta matéria “híbrida”, fazendo uma espécie de passa-culpas entre órgãos de soberania.

Recentemente, numa sentença de primeira Instância do Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé¹⁶¹⁷, onde estava em causa a apreciação da legalidade do artigo 68º A do CIRS, relativamente à taxa de solidariedade, pudemos constatar essa mesma despreocupação da parte dos tribunais em apreciar a legalidade de tributos que tenham motivações extrafiscais.

A determinada altura, o Douto Magistrado refere: *“Pretendendo o Legislador - soberano nas opções políticas em sede de imposto -, manter na ordem jurídica a referida taxa adicional de solidariedade - para todos os que revelem maior [e igual] capacidade contributiva -, independentemente das razões económicas e financeiras que estiveram na sua génese, tal mostra-se perfeitamente legitimado pelo rol de competências absolutas que lhe assistem na definição dos parâmetros de tributação. Não sendo competência dos Tribunais apurarem da bondade, ou não, de tais opções, políticas, atenta a separação de poderes, as quais se mantêm*

¹⁶¹⁷ Sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé, no âmbito do Processo n.º 587/20.1 BELLE 8.

interruptamente da sua origem, considerando-se, por tal, opção legislativa na definição da incidência tributária.”

Estaria tudo correto não tivesse sido alegada expressamente a ilegalidade e inconstitucionalidade duma norma. E os cidadãos têm de ter acesso à justiça, com tutela efetiva.

De facto, a avaliação das medidas de regulação deve ser efetiva e com consequências associadas. Num sistema de verdadeiro *cheks and balances* não pode faltar esta vertente de avaliação e responsabilização.

Foquemo-nos por ora na avaliação dos tributos e benefícios de regulação.

Como percebemos da análise deste capítulo, os impactos dos tributos ou benefícios de regulação não são necessariamente alvo de qualquer avaliação. Até porque, na criação, por exemplo, de tributos de regulação, a avaliação dos impactos, mesmo que diretos, são raramente efetuados, fazendo-se uma mera especulação sobre a receita que os mesmos podem criar.

Ora, como já tivemos oportunidade de analisar, os valores de receita dum tributo podem ser reveladores de algum sucesso ou insucesso da medida que se pretendia mas não é necessariamente um padrão de avaliação destas figuras.

Desta forma, o potencial de receita não passa dum dado não tratado em grande parte das situações.

Por outro lado, já aqui relevámos a necessidade da existência duma justificação, duma fundamentação clara e o mais concreta possível dos intuítos, objetivos das medidas de regulação, mormente dos tributos de regulação. Aliás, este ponto é particularmente sensível na estrutura do trabalho aqui desenvolvido uma vez que somente com um objetivo determinado *ab initio* se poderá avaliar do sucesso da medida.

Repare-se que a fundamentação serve intuítos legais e políticos também. Somente com uma fundamentação clara, expressa e direta se pode avaliar da legalidade da medida e que opção política foi tomada. Conforme nos ensina Andrea Renda¹⁶¹⁸, há que fazer comparações, entre o mercado que existia antes da introdução de medidas e o mercado que se encontra após a entrada de medidas regulatórias.

Mas este ensinamento de Renda recorda-nos que, qualquer medida deve estar ajustada à realidade do mercado existente, ou seja, deve existir a avaliação do mercado existente, perceber o que se pretende alterar e porquê e desenhar a medida. É por isso inevitável que haja um modelo de análise das medidas. Sendo que esse modelo tem obrigatoriamente de conter parâmetros muito claros.

De acordo com o que temos vindo a defender, qualquer medida de intervenção do Estado com vista a regulação de mercado deve de iniciar-se com a identificação do problema económico que existe no “mercado real”.

As distorções existentes são, em geral, falhas de eficiência, imputadas em regra a falhas de mercado. Ou distorções de justiça que afetam o funcionamento do mercado e são o gatilho duma intervenção do regulador.

¹⁶¹⁸ Cfr. Andrea Renda, “Assessing the Costs and Benefits of Regulation – A CEPS – Economisti Associati Study for the European Commission”, p. 51 de 221, disponível em https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/131210_cba_study_sg_final.pdf.

Atendendo a estas duas grandes justificações, o Estado vê-se a braços com o típico *Big Trade-Off*:

- i. Ou segue um padrão de eficiência económica objetivo¹⁶¹⁹ para correção das distorções do “Mercado Real”, com a avaliação da maximização do bem-estar;
- ii. Pode seguir um padrão de equidade/ igualdade social, existindo um padrão que abranja o conceito de justiça vigente;
- iii. Utilização dum modelo “híbrido”, intermédio, em que integraria ainda as próprias falhas de governação.

Ora, a terceira hipótese aqui aventada é o que de facto acontece meio ao acaso. Isto porque, por exemplo, a realidade nacional, leva-nos a crer que não houve ainda um amadurecimento de análise e dos caminhos que efetivamente o Estado Regulador pretende seguir em matéria de avaliação das medidas de regulação, sobretudo no que diz respeito aos tributos de regulação.

Aliás, neste campo dos tributos, raramente se encontram avaliações pré ou pós implementação das normas. Este modelo híbrido ou cinzento não passa, na prática, duma “navegação à vista”, ao sabor das marés políticas e das necessidades incutidas pelo sistema multinível de regulação ou de pressão social.

Mas repare-se que também não podemos viver de comparações com modelos ou padrões que são inatingíveis. Se admitirmos que o modelo a atingir é uma situação de padrão perfeito então as medidas implementadas somente conseguiriam atingir um sucesso aquando do alcance dessa perfeição. À contrário, um modelo que seja pouco exigente leva a uma intervenção corretiva que pode não superar os custos da própria intervenção.

Por outro lado, a análise prévia é essencial. Se essa análise for feita de forma errada, identificando de forma incorreta o problema económico do “mercado Real”, então as medidas estão, *ab initio*, vetadas ao insucesso. Se não soubermos identificar objetivamente o problema de base, a criação da medida está minada.

Se estivermos perante um problema base padrão, por exemplo, uma externalidade, como chegamos à dimensão da medida?

Ou seja, numa externalidade existe uma descompensação entre prejuízo/ benefício individual e o prejuízo/ benefício social, provocando uma situação de distorção no mercado com uma sobreprodução ou uma subprodução. Mesmo que se identifique corretamente o problema, o incentivo ou desincentivo provocado aos agentes para correção da distorção deve ter alguns parâmetros mínimos e máximos para que possa ser bem-sucedida.

E esses parâmetros estão sobretudo relacionados com os objetivos que se pretendem. Por isso mesmo é inevitável que haja um intuito muito claro a atingir por parte do tributo/ benefício de regulação. Assim sendo, não há como fugir a dois momentos essenciais de avaliação dos tributos de regulação:

- i. Avaliação prévia, com identificação do problema económico de base, conceção da figura tributária adequada e fixação dum “mercado modelo” que se pretende atingir;
- ii. Avaliação pós implementação, que necessariamente passa pela análise dos efeitos provocados e da eventual perda de fundamento.

¹⁶¹⁹ O mercado de concorrência perfeita, com padrões de eficiência paretiana, por exemplo.

Há, portanto, um momento prévio onde:

- a) O que existe: análise do “Mercado Real”. Identificação do Problema Económico;
- b) O que se pretende: criação do “Mercado Modelo”: os objetivos que se pretendem atingir com a medida ou pacote de medidas;
- c) Atendendo ao cenário existente e a meta que se pretende quais as medidas que se ajustam. No caso concreto dos tributos de regulação é aqui que se deve ter em conta que tipo de tributo e com que características o mesmo deve ser criado;
- d) A medida que se ajusta às necessidades tem que:
 - i) Estabelecer claramente o seu fundamento;
 - ii) Estabelecer os seus objetivos;
 - iii) Planificar a sua aplicação e avaliação (RIA + avaliação pós implementação)
- e) A medida deve preencher critérios de legalidade, incluindo segurança jurídica.

Aqui chegados a escolha está feita pelo que a medida intervencionista entra em vigor.

No mercado já intervencionado há que partir para uma avaliação pós implementação. Esta avaliação pode ser fixada logo aquando da criação da norma ou em momento posterior.

A questão é se deve ou não existir um regime de avaliação padrão, inclusivamente com força legal mormente no que concerne aos Tributos de Regulação. Por exemplo um regime que prevê-se a avaliação das medidas num determinado período temporal.

De relevar que esta revisão pode, em limite, nem sequer ser necessária caso se atinjam os objetivos previstos pela norma, ficando a mesma caduca.

Chegados ao “Mercado Intervencionado”, a avaliação após implementação das normas de regulação, a pergunta obrigatória é: Está este “Mercado Intervencionado” mais próximo do “Mercado Modelo”?

Se sim, a norma está a resultar.

O que se deve fazer então é avaliar se o fundamento da norma está verificado ou ainda existem objetivos por cumprir. E aqui o Estado Regulador pode: i) Se a norma ainda não cumpriu a sua função pode manter a mesma até cumprimento dos objetivos; ii) Se a norma cumpriu os seus objetivos, o Estado Regulador pode retirar voluntariamente a norma ou mantê-la indevidamente.

É nesta segunda hipótese que é essencial que existam mecanismos de responsabilização pela manutenção de tributos ou benefícios de regulação. Isto porque se se mantém um tributo sem fundamento, os sujeitos passivos estão a ser prejudicados em relação aos demais, estando a ser penalizados com uma tributação abusiva e até desigual.

No caso dos benefícios de regulação, não esqueçamos que são despesa fiscal, pelo que é o erário público que está a ser utilizado de forma indevida e injustificada.

No caso de o “Mercado Intervencionado” estar mais afastado do “Mercado Modelo”, então a norma não está a funcionar.

Face a este facto, o Estado Regulador pode: i) Retirar a medida voluntariamente assumindo a falha de intervenção; ii) alterar a medida com vista a emendar o caminho e seguir os objetivos traçados; iii) nada faz.

Nesta última hipótese, temos de voltar aos mecanismos de responsabilização, nomeadamente a responsabilização financeira, política, uma fiscalização parlamentar e, em limite, uma fiscalização judicial.

Em termos esquematizados¹⁶²⁰:

Avaliação do impacto dos Tributos e Benefícios de Regulação				
Avaliação Prévia			Avaliação posterior	
1) O Problema Económico existente no Mercado Real			O Mercado Intervencionado está mais próximo do Mercado Modelo?	
2) O Mercado Modelo e seus objetivos			Sim	Não
3) Critérios para a criação da medida:			i) Se não cumpriu todos os objetivos, o E.R. pode manter a norma até cumprimento da função	i) Retirar a medida voluntariamente reconhecendo a falha de intervenção
i) Fundamento	ii) Objetivos	iii) Planificação		
4) Critérios de Legalidade			ii) Se cumpriu todos os objetivos pode:	ii) Alterar a medida emendando o caminho
			a) Retirar voluntariamente	
5) Entrada em vigor da norma			b) Manter indevidamente	iii) Nada fazer

Capítulo 7 – Factores de diferenciação e União da Regulação e Tributação

Depois de analisados os impactos provocados pela regulação, seguimos na análise da simbiose entre os dois institutos, fazendo, desta feita, o exame relativamente aos factores que os diferenciam e o que os une.

O caminho que ora se percorre tem uma finalidade clara de encontrar as vantagens e desvantagens desta simbiose e que rumo pode tomar a mesma: um desmembramento, uma definitiva separação ou uma *novel* simbiose.

O que aqui temos vindo a demonstrar é que o instituto da Regulação é diferente do instituto da Tributação. São dois corpos distintos dum ramo administrativista mas que têm funções e finalidades dispares, uma diferente organização, normas, instrumentos e técnicas de intervenção diferentes e até sindicâncias que não são idênticas.

Também já aqui se demonstrou, noutra perspetiva, que atendendo a um mercado que se encontre a funcionar com distorções, a intervenção do Estado no sentido de correção pode verificar-se por via de diversos mecanismos. Os mecanismos tributários são uma parte dessa intervenção de regulação do mercado.

¹⁶²⁰ Quadro de nossa autoria.

Assim, os tributos são, eles próprios, um dos instrumentos de regulação. O que aqui fomos tentando escarpelizar é que há um núcleo de tributos que estão na interseção entre os dois institutos (regulação e tributação).

A esses tributos apelidamos de Tributos de Regulação, sendo que ainda se juntam a este universo os benefícios tributários de regulação. Este núcleo específico de tributos e benefícios tributários prosseguem, de facto, intuitos de regulação, de correção, intervenção no mercado.

Há, portanto, neste particular núcleo de mecanismos tributários uma ampla ligação com a regulação, sendo nessa ligação que podemos encontrar os maiores factores de união dos dois institutos. Mas será que estes tributos de regulação sobreviveriam no âmbito do Estado Fiscal ou há uma espécie de dependência do Estado Regulador?

Esta questão assume especial relevância sobretudo quando se estabelecem as características e limites ora do Estado Fiscal¹⁶²¹ mas ainda do Estado Regulador.

A análise que se fará não vai passar por uma repetição de características que aqui já se escarpelizaram sobretudo nos capítulos 1, 2, 3 e 4. O que se pretende é apontar para um quadro de diferenças e factores de união pois, a final, o objetivo é fazer um balanço da simbiose entre os dois institutos.

O presente capítulo é o último degrau para a finalização e sustentação das teses que aqui fomos lançando.

7.1. Factores de Diferenciação

A Regulação e a Tributação advêm da mesma fonte originária: o Estado. Assim, o âmago comum relaciona-se com aquilo que são as funções (económicas e sociais) do próprio Estado, as definições das políticas económicas, financeiras e orçamentais.

Mas sem dúvida que, se estes dois institutos seguem caminhos diferenciados.

Nas funções e finalidades, quando a Regulação serve como intervenção do Estado na vivência económica e social dos cidadãos, no sentido de impor normas de funcionamento nos mercados, enquanto a tributação tem como finalidade expressa a arrecadação de receita para fazer face às despesas gerais do Estado.

A função primordial dos tributos é a angariação de receita e, somente depois, podem aparecer finalidades designadas de “extrafiscais” no sentido de modelação de comportamentos dos contribuintes. Repare-se que os próprios destinatários das normas não são necessariamente idênticos: a regulação é tendencialmente sectorial, enquanto a tributação se pretende geral, sobretudo no que concerne aos Impostos.

Ora se as funções e finalidades são diferentes, também o tipo de normas e técnicas de intervenção serão dispares. Sendo certo que as normas têm uma estrutura semelhante, os destinatários e finalidades podem ser muito dispares consoante as pretensões do legislador.

¹⁶²¹ Que se assuma aqui a ideia de Estado Fiscal em sentido amplo, ou seja, abrangendo o universo tributário e não apenas dos impostos.

Os instrumentos que utilizam são também dispares uma vez que a Tributação utiliza a figura jurídica do tributo, com características muito peculiares de coercibilidade, enquanto que a Regulação detém mecanismos muito mais amplos para prosseguir os seus objetivos.

A técnica tributária é limitada pelos princípios constitucionais que, pelo menos de forma aparente, parecem ser mais limitativos do que para a Regulação.

A Regulação parece ser mais uma opção político-económica – mesmo que mitigada por motivações sociais – e por isso com maior amplitude de ação. Veremos se assim o é de facto ou se também as limitações constitucionais são, relevantemente, limitadoras do pendor Regulatório.

Relativamente à organização funcional dos dois institutos, os mesmos também são muito dispares. A Tributação é ainda um reduto restrito ao Estado, podendo este delegar expressamente alguns poderes tributários mas não de criação propriamente dita de tributos. No caso da Regulação, a mesma tem vindo a ser descentralizada nas entidades reguladoras dotadas de cada vez maior independência. Bem como se forma um sistema multinível que tem no topo as instituições europeias que depois emanam regras em cascata até aos países e suas entidades reguladoras.

Por último, o próprio contencioso da regulação e da tributação, o exercício da tutela efetiva por parte dos cidadãos é diferenciado. Se é um facto que em ambas as situações há uma tendente especialização – com a constituição do Tribunal da Concorrência, por um lado e ainda os Tribunais Administrativos e Fiscais (com seções especializadas) – o facto é que o processo em si é díspar e muitas vezes confuso.

Façamos, portanto, uma diferenciação entre Estado Regulador e Estado Fiscal/ Tributário, apontando sobretudo as diferenças relativamente às funções e finalidades, organização, normas e instrumentos e contencioso.

7.1.1. Estado Regulador vs. Estado Fiscal

Depois do caminho percorrido até agora, não é tarefa fácil distinguir sucintamente o Estado Regulador do Estado Fiscal. Isto porque cada conceito não é estanque, uniforme e muito menos imutável.

Recordemos, em breve síntese, como emerge o Estado Regulador, um estágio concomitante com o dissipar do Estado Social¹⁶²².

¹⁶²² O Estado Social, de cariz assistencialista, está em crise ou “falência” há mais de 30 anos, pelo que a progressiva adaptação a esta realidade tem levado a ajustes do lado da receita, com a carga fiscal em constante toada de subida e, pelo lado da despesa, com a progressiva entrega, por parte do Estado, a agentes privados todos os sectores de produção, salvaguardando princípios de interesse público geral. Ou seja, emergiu um Estado que mantém um cariz social mas deixou de ser prestador para ser garantístico. É, contudo, notório que o ciclo está a esgotar-se face às alterações decorrentes da crise pandémica e agora a inversão do ciclo económico com a inflação a tomar conta dos mercados e a provocar um abrandamento do crescimento económico.

O desenrolar da história das duas Guerras Mundiais, passadas essencialmente na Europa, provocou, em ambas as ocasiões dois fenómenos: i) a destruição física de maior relevância é sentida na Europa; ii) catapultou a indústria e exportações dos EUA.

É certo que entretanto, a hegemonia americana já sofreu com uma guerra fria e a ascensão de economias como a China, sendo que hoje, com uma Guerra na Europa onde um dos intervenientes é o bloco russo, voltamos a um vislumbre duma nova guerra fria.

No período pós Segunda Guerra Mundial o norte da Europa e a Europa ocidental assistiram a um ascender do Estado Social, onde o Estado era de cariz “paternalista”, orientado para o fornecimento direto de serviços sociais coletivos.

A orientação económica macroeconómica seguia para um controlo de inflação e pleno emprego, sendo que numa perspetiva social o Estado pretendia assegurar mecanismos de redistribuição de rendimentos.

O Estado passa a ser centralizado e detentor dos sectores chave-da economia, baseando o crescimento num forte investimento público apenas destronado com as crises petrolíferas dos anos 70 do século XX.

Durante uma década, os Estados com cariz social estiveram sobre a pressão das crises económicas e orçamentais que ditaram um bolo de responsabilidades irreversível e que se tornou um dos factores para a decadência do modelo.

Assente num cariz assistencialista baseado na demografia crescente e crescimento económico, o Estado Social não era condicente com as regras orçamentais e políticas económicas de concorrência necessárias para a plena integração económica europeia e, sobretudo, monetária.

Proliferaram, por isso as políticas de liberalização económica, com a defesa de privatizações e do comércio livre, voltando-se para uma redução do intervencionismo direto do Estado e reforçando a iniciativa privada.

A pedra de toque foi a mudança de perspetiva sobre a governação da coisa pública, a reformulação dos deveres do Estado relativamente à prossecução do interesse privado. Esta nova perspetiva é de que o Estado não necessita de intervir diretamente nos sectores para fornecimento de bens e serviços essenciais desde que garanta que os privados, enquanto agente desses mercados, prestem esses serviços e forneçam os bens sob determinadas condicionantes.

Desmantelaram-se os monopólios públicos, privatizando-se empresas públicas e liberalizando-se sectores, sob pesada regulação, sobretudo intentada pelas instâncias europeias. A regulação passa a multinível, com as instâncias europeias a liderarem uma extensa rede de reguladores nacionais que, por sua vez se desdobram em rede de reguladores sectoriais.

A reforma do sistema nacional deu-se sob impulso europeu tendo sido implementado um modelo de reguladores autónomos, sob direção de normas regulatórias tendencialmente harmonizadas para o espaço do mercado único.

A vaga de privatizações assegurou que as empresas privadas passam a liderar sectores que antes estavam reservados a monopólios do Estado¹⁶²³, promoveram a concorrência entre si mas

¹⁶²³ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 10 e ss.

mantêm pesados deveres de serviço universal, de serviço de interesse económico geral e acessibilidade aos bens e serviços.

Assiste-se a uma mudança estrutural e de organização do Estado. Por um lado, a diminuição do intervencionismo direto teve como consequência direta o encolhimento do sector empresarial do Estado. As privatizações permitiram o Estado vender ativos empresariais e com isso obter receitas extraordinárias, diminuindo o seu lastro de empresas públicas tendencialmente dominadoras de sectores-chave.

Contudo, essa libertação de ativos empresariais levou à criação de custos a longo prazo provocados pelos deveres impostos aos particulares relativamente a prestação de bens e serviços essenciais.

Não raramente foram instituídos sobre os privados deveres de cumprimento de tarefas que são tradicionalmente do Estado. E por isso o Estado teve de garantir a sua prestação ressarcindo os privados por essa substituição na sua função. Por isso mesmo não passa duma falácia concluir por uma mera substituição do Estado Social por um Estado de garantia ou regulador. Na realidade, o Estado Social não desaparece é antes reformulado e mitigado com uma nova estrutura de intervenção do Estado.

Proliferam as parcerias público-privadas, as concessões de serviços públicos, a entrega à gestão privada de serviços e produção de bens essenciais. Desde o ensino, saúde, energia, telecomunicações, vimos os sectores que eram um bastião do Estado a serem progressivamente entregues à gestão privada.

Contudo, a regulação torna-se essencial, como instrumento de política pública, no sentido de equilibrar a eficiência de mercado com a proteção dos cidadãos ou o acesso dos consumidores a bens e serviços de interesse público¹⁶²⁴.

A Regulação tem estado ao serviço dos fundamentos de eficiência do mercado, talvez a sua vertente mais vincada e visível, mas mitigada sempre com intervenções de travão ao liberalismo puro, com acertos de cariz de justiça social, de acesso, de defesa do consumidor¹⁶²⁵.

No caso português, devido ao contexto histórico, o Estado Social “puro” perdurou pouco tempo, uma vez que o mesmo ocorreu apenas após a revolução de 1974, tendo-se enraizado definitivamente com a vaga de nacionalizações de 1975.

De relevar que Portugal detinha, nos anos 80 do Século XX, um sector público de dimensões bastante relevantes, um dos maiores dos países da OCDE. É nesta fase que se formam ou se cimentam os monopólios públicos em sectores chave da economia e que perduraram até a primeira vaga de privatizações dos anos 90 do século XX.

Isto porque no pós-25 de abril a influência do Partido Comunista era ainda muitíssimo relevante, pelo que as políticas do PREC foram pautadas pelas políticas intervencionista, tendo de seguida essa influência sido perdida a favor dos partidos mais moderados como Partido Socialista e Partido Social Democrata.

¹⁶²⁴ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 11 e ss.

¹⁶²⁵ Tanto assim é que já aqui vincámos, no capítulo 6, a defesa do consumidor como um dos benefícios para regulados. Sem essa política, o mecanismo de mercado teria consequências nefastas para franjas de consumidores mais vulneráveis.

Estes dois partidos pautaram a sua política pela ponderação entre medidas sociais - incluindo as de maior cariz assistencialista – e um crescimento económico assente não apenas no investimento público mas apoiando também os privados.

Após a adesão à Comunidade Económica Europeia (1986) e a alteração da Constituição da República Portuguesa de 1989, dá-se a primeira vaga de privatizações.

De referir que Portugal, entre 1993 e 2003, altera substancialmente o seu tecido empresarial, passando por um processo intenso de reprivatização e privatizações de empresas públicas, com o lançamento de ofertas públicas de aquisição onde o Estado, muitas vezes, matinha *Golden Shares*.

Estas *golden shares*, que permitiam que o Estado mantivesse uma especial influência na gestão das empresas, garantindo direitos especiais ao Estado tais como nomeação de representante no Conselho de Administração, com a justificação da defesa do interesse nacional.

O Estado, mesmo depois duma forte vaga de privatizações, mantinha uma intervenção direta sobretudo em empresas de sectores considerados fulcrais. Manteve ainda os serviços públicos na sua posse, ou seja, as indústrias de rede como água, eletricidade e telecomunicações mantinham-se essencialmente na mão do Estado.

Ou seja, em 2011, aquando da intervenção da *Troika*, Portugal ainda detinha uma elevada taxa de emprego no sector público e mantinha o controlo sobre as mencionadas indústrias de rede.

Relativamente às Entidades reguladoras, elas não aparecem necessariamente com a ascensão do Estado Regulador. De facto, em Portugal, devido ao corporativismo instalado durante o Estado Novo, foram sendo criados diversos organismos de regulação e supervisão, que se juntaram a órgãos de supervisão já existentes desde os finais do século XIX.

Contudo, todos estes organismos detinham limitada autonomia, mesmo quando não estavam integrados na administração central. Também os seus poderes estavam limitados devido ao facto de ser a administração central que mantinha o poder de autoridade sobre a política regulatória.

Mesmo assim, na década de 90 do século XX, Portugal foi dos primeiros países da Europa a adotar um modelo de entidades reguladoras. Tal deve-se ao facto da tardia entrada na Comunidade Económica Europeia e à vaga de privatizações: a influência das novas ideias de gestão pública e o processo de liberalização dos mercados operado pela Europa influenciaram de sobremaneira a estrutura do Estado Regulador nacional.

A Comissão de Valores Mobiliários, criada em 1991 e a Entidade Reguladora do Sector Energético, criada em 1995 são exemplos de entidades que foram criadas para a prossecução de medidas regulatórias sectoriais e desde cedo foram dotadas de uma autonomia ampla. Por esse motivo a sua legitimidade democrática cedo foi posta em causa, uma vez que foram as duas primeiras entidades administrativas independentes a surgir e a motivar o debate.

De tal forma que em 1997 a questão foi resolvida a nível constitucional com a introdução da possibilidade de criação de entidades administrativas independentes, sendo que ainda hoje se debate a sua natureza e verdadeira autonomia. Aliás, esta alteração constitucional constitui um marco na organização administrativa do Estado, tendo alterado o quadro das entidades autónomas e a administração indireta do Estado.

Foi nesta altura que proliferaram as entidades quase independentes da administração pública, grande parte das vezes sob a forma jurídica híbrida, que resultaram em institutos públicos¹⁶²⁶

De facto, a proliferação, durante a década de 90 do século XX, destes órgãos administrativos desfiguraram a estrutura tradicional da administração pública, sendo muitos destes novos órgãos entidades reguladoras.

Em 2000 constituiu-se um grupo de trabalho para observação e estudo da administração indireta do Estado, tendo sido encontrados 330 institutos públicos em Portugal com características heterogéneas¹⁶²⁷. Nesse relatório foi diagnosticada uma realidade aleatória, desregrada, criando uma situação de verdadeira instabilidade institucional e jurídica. Face a esta realidade pouco ordenada, foi proposta a elaboração dum regime especial para entidades reguladoras que não veio a lograr senão em 2013 em condições muito específicas.

Porém, em 2004 criou-se a Lei-Quadro dos Institutos Públicos, tendo sido dada ampla autonomia a estes órgãos, sendo ou não eles reguladores. Continha, porém, tal legislação a indicação de um regime especial a ser aplicado a reguladores independentes, sem que se tivessem elencado os órgãos que estariam sujeitos a tal regime especial.

Viveu-se, assim, sem grandes alterações jurídicas relativamente às entidades reguladoras já criadas que ora podiam ter natureza de Instituto Público ou outra entidade da administração pública. Não existia uma coerência nem na criação e muito menos nas figuras jurídicas adotadas para a criação de reguladores.

Em 2005 houve mais um impulso para tratar da questão das entidades reguladoras quando surgiu o PRACE – Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado, com vista à modernização e melhorar os serviços da administração central do Estado, sendo objetivo também o reforço do papel do Estado enquanto regulador.

Nessa altura alguns dos Estatutos de entidades reguladoras foram revistos mas mesmo assim, em 2008 e já com os atuais reguladores constituídos, o Tribunal de Contas faz uma avaliação global da Regulação em Portugal e conclui que¹⁶²⁸: i) não há coerência nem previsibilidade do quadro jurídico sectorial; ii) inadequação do regime legal das entidades reguladoras; iii) inadequação de competências, ambiguidades nos estatutos, imperfeição dos sistemas de regulação que impediam as entidades reguladoras de prosseguir o seu trabalho com independência.

Este relatório alertou para a necessidade de dar maior autonomia às entidades reguladoras, até para cumprimento dum sistema efetivamente multinível.

Contudo, entre 2008 e 2011, apesar dos diversos alertas, inclusivamente do FMI e OCDE, o panorama nacional teve pouquíssimas alterações. Mas em 2011, com o Memorando de Entendimento sobre Condicionantes Económicas que sustentava o empréstimo de 37,8 mil milhões de dólares que foi concedido a Portugal pelo FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu, dá-se a obrigatoriedade de alteração do regime de concorrência.

¹⁶²⁶ Cujo regime jurídico é aprovado sob uma Lei-Quadro em 2004, pela Lei 3/2004, de 15 de janeiro.

¹⁶²⁷ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 13 e ss.

¹⁶²⁸ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 14 e ss.

De facto, foi denotada uma ineficiência da regulação que colmatava num déficit de concorrência, pelo que o Programa de Assistência Financeira acabou por contemplar medidas no sentido de correção dessa ineficiência.

Foi notada a necessidade de reforçar a concorrência e a política de regulação em sectores essenciais como energia, telecomunicações e transportes (mormente, a ferrovia). Portugal teve de garantir uma maior independência das entidades reguladoras e que as mesmas gozariam de recursos para exercer as suas responsabilidades.

Foi feita uma avaliação por consultora independente, a pedido da *Troika*, com vista à avaliação do funcionamento das entidades reguladoras e jurisdição relativa a regulação e após o relatório desta avaliação recuperou-se o quadro legal que já havia sido proposto por Vital Moreira e Fernanda Mações em 2001.

Foi constituído um grupo de trabalho que perdurou grande parte do tempo do Programa de Assistência Financeira uma vez que não se conseguia chegar a acordo entre os interesses dos reguladores nacionais e as exigências sobretudo da Comissão Europeia.

Finalmente em 2013, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras é publicada e entra em vigor, sendo o resultado da uniformização possível¹⁶²⁹. O processo de adaptação à LQER, com alterações aos Estatutos das Entidades Reguladoras apenas terminou em 2015, tendo-se mantido alguma estabilidade desde então.

De relevar que foram sendo feitas algumas alterações cirúrgicas à LQER no sentido de acolher algumas das críticas que lhe foram sendo feitas. Mesmo após estas mudanças, mantém-se a dúvida sobre a eficiência das políticas de regulação, uma vez que não foi implementado qualquer mecanismo de avaliação específico para as medidas de regulação. A própria independência das entidades reguladoras não é, de facto, uma realidade.

Ora, cabe agora explorar algumas ideias sobre o Estado Regulador, com vista a abordar, sob uma lente jurídico-económica, as características que o diferenciam – ou não! – do Estado Fiscal.

Neste âmbito é inevitável passarmos pelo direito económico que abarca o direito regulatório e ainda o direito da concorrência.

A este respeito, vejamos o interessante alerta que Carlos Baptista Lobo¹⁶³⁰ refere relativamente à diferença entre a regulação económica e a concorrência: *“A chamada economic regulation não se confunde com o direito da concorrência (antitrust), onde sobrelevam as condutas dos agentes e não o seu enquadramento estrutural de actuação, muito embora a regulação possa ter como objecto propiciar situações de relativa igualdade material (level playing fields) que permitam a aplicação das normas de defesa da concorrência. Nesta situação teremos uma regulação para a concorrência.”*

Neste caso, o autor em causa alerta para as duas vertentes distintas da regulação *ex-ante* e *ex-post*, sendo a segunda o núcleo essencial do Direito da Concorrência uma vez que contempla

¹⁶²⁹ De referir que a medida deveria ter sido executada de forma mais célere mas foi sendo alvo de sucessivas alterações e prorrogações de prazo muito devido à dificuldade em encontrar um consenso entre as entidades envolvidas.

¹⁶³⁰ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência”, Almedina, 2009, p. 153 e ss.

as garantias dos princípios da liberdade de iniciativa económica e da igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos.

De qualquer forma, mesmo que tenham diferentes configurações, os objetivos são muito idênticos por se encontrarem no núcleo do Direito Económico. A política de regulação e da concorrência têm como fito a construção dum ambiente económico onde os agentes podem livremente interagir, tendo em vista uma melhoria dos níveis de bem-estar¹⁶³¹.

No domínio da economia, podemos vislumbrar dois momentos diferentes sobre a “Economia do Bem-estar”. Numa primeira fase, até os anos 30 do século XX, o pressuposto dum maior bem-estar estava associado à maior provisão de bens essenciais.

Nesta primeira fase, resultariam as políticas cuja utilidade social se elevasse por via da junção das utilidades individuais.

A “Nova” economia de bem-estar manteve a crença de que variações positivas e a maximização da utilidade são objetivos desejáveis mas o enfoque passou para as escolhas individuais no mercado.

Assim, “(...) a satisfação das utilidades individuais na produção e no consumo, como força mobilizadora para a acção imposta pela escassez dos recursos, a par da eficiência alocativa como resultado das escolhas passaram a estar no centro das preocupações investigativas. Dada a aceitação dos princípios da subjectividade das utilidades individuais e da sua não observância, a utilidade cardinal/mensurável da “Velha Economia do Bem Estar” perdeu significado, cedendo o passo à utilidade ordinal. Em consequência, as comparações interpessoais da utilidade perderam significado, bem como a agregação das preferências individuais”¹⁶³².

Com o conceito de ótimo paretiano, desenvolvido por Kaldor e Hicks, veio reintroduzir-se a formulação de juízos de valor entre afetações alocativas. Contudo, traz ainda uma grande conclusão: a função de utilidade social como instrumento de hierarquização das preferências da sociedade pode assumir mutiformas consoante a valoração ética.

Isto baseado no teorema da impossibilidade de Arrow, ou seja, que a função de utilidade social não pode ser construída pela agregação das preferências individuais.

Assim, o bem-estar social prosseguido tem uma construção mitigada entre aquilo que será o equilíbrio entre a eficiência paretiana dos mercados e os ajustes das distorções sociais reguladas pelo conceito de justiça.

¹⁶³¹ Curiosamente, Carlos Baptista Lobo, em “Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência”, Almedina, 2009, p. 151 tem uma análise muito interessante relativamente à eficiência de mercado com a tendemos a concordar com reservas, em que considera perfeitamente compatível a promoção da eficiência do mercado e a concretização duma redistribuição equitativa do mesmo. Conforme refere o autor, “Não se negando que o objetivo da ação pública em sede económica deverá visar inequivocamente a concretização de melhorias paretianas na concretização do bem-estar social, deverá ter-se em atenção que a redistribuição tem necessariamente esse efeito ao tomar-se em consideração a utilidade marginal que o bem redistribuído gera na esfera do beneficiado. Assim, numa situação limite, a desutilidade privada que é provocada a um agente com elevado rendimento por ação da tributação e que, no limite, poderá impedi-lo de gozar umas férias mais luxuosas é mais do que compensada pela redistribuição do produto dessa tributação por dez sujeitos que, por essa via, superam o limiar da pobreza e que, assim, conseguem viver. Não se pode negar, nestas condições, o aumento do nível de bem-estar social.”

¹⁶³² Cfr. António Castro Guerra, “Ética e Economia”, GEPE – Gabinete de Estudos e Prospetiva Económica, janeiro de 1997, p. 13.

De volta ao Direito Económico, de facto, o mesmo tem funções claras¹⁶³³:

- i. introdução e manutenção de padrões de eficiência nos mercados, uma vez que os mesmos têm distorções ou incapacidades, sendo necessário a intervenção do Estado por via da regulação tendo em vista a correção de falhas de mercado;
- ii. garantir a redistribuição, equidade e qualidade uma vez que o Estado não tem uma postura neutra relativamente ao destino do rendimento¹⁶³⁴, promovendo o suporte e sustento dos serviços de interesse geral, serviços públicos ou serviços universais.
- iii. promoção de novos mercados, ou seja, prossecução de políticas macroeconómicas que visem o desenvolvimento estrutural da economia. Este objetivo macroeconómico pode dar-se com a abertura de novos mercados que têm em seu auxílio determinadas regras de regulação favoráveis ao seu nascimento e crescimento.

Quando existiram os movimentos de privatização, o Estado deixou de atuar como agente económico do lado da oferta e da procura para passar a uma posição a montante, passando a legislador, aplicador de direito para prosseguir o desenvolvimento económico e bem-estar social.

Ora, este périplo tem um propósito muito concreto que é desembocar neste binómio que sustenta o Direito da Economia relativo à eficiência e bem-estar social, binómio esse que necessariamente é aplicável à regulação. E que, como veremos, se transpõe para os preceitos constitucionais.

O liberalismo económico teve o seu maior desenvolvimento com a Escola Austríaca e a Escola de Chicago. Ambas defendendo, de formas e por caminhos dispares, um caminho liberal ou neoliberal no campo económico. A escola de Viena, eminentemente racionalista, recebeu uma influência da filosofia Kantiana, pelo que acarreta uma construção de moralidade muito marcante.

Este carácter ético contagiou a própria construção da ideia de regulação económica. Isto porque as escolhas dos agentes estão contagiadas com factores externos. Ou seja, a liberdade dos agentes está condicionada o que abre a porta ao reconhecimento de que pode existir desequilíbrios nas relações entre agentes económicos.

A fundamentação ética da intervenção do Estado reside neste desequilíbrio, ou seja, a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio na tensão constante que existe no mercado entre liberdade e igualdade.

Isto significa que, equilibrada naturalmente a tensão, o Estado não deve intervir, mas em caso de desequilíbrio será necessária a intervenção estatal para a retomada do equilíbrio. Contudo, sempre que a regulação pública tiver como resultado o desequilíbrio desta tensão, seja para o lado da liberdade ou para o lado da igualdade, ela será ilegítima, e deverá ser excluída, sendo inaplicável ao caso concreto¹⁶³⁵.

¹⁶³³ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência”, Almedina, 2009, p. 159 e ss.

¹⁶³⁴ Esta é uma diferença relativamente à teoria da Escola de Chicago que mantinha a defesa da neutralidade relativamente ao rendimento adicional dos produtores. Os Estados adotaram uma posição de defesa de bem-estar social “gerindo” esse rendimento adicional de forma a provocar uma distribuição secundária – a redistribuição – com o objetivo de corrigir ou atenuar as distorções sociais.

¹⁶³⁵ Cfr. Renato Braz Mehanna Khamis, “O fundamento ético da regulação económica e seus limites no âmbito do Estado Constitucional”, *Opinión Jurídica*, vol 14, n.º 28, July/December 2015,

A intervenção do Estado, para que possa efetivamente equilibrar a tensão entre liberdade e igualdade, tem de ter em conta a realidade concreta e atender às vicissitudes da mesma. Aliás, já aqui referimos Amartya Sen que relevou sempre o carácter multidimensional da igualdade e da liberdade.

Para atingir este desejado equilíbrio, o Estado vale-se dos seus poderes de autoridade e instrumentos dotados de coercibilidade. Ou seja, utiliza a legislação, mormente a constituição, com vista a dar uma tutela jurídica efetiva a este equilíbrio.

No fundo, é a fundamentação necessária para que existam princípios constitucionais basilares para esta intervenção na economia, atendendo a este equilíbrio entre liberdade e igualdade.

Outra importante perspetiva é perceber que a própria regulação económica tem um papel na concretização de direitos. Isto porque se torna evidente que a regulação económica deve ter uma fundamentação muito concreta na defesa não só da liberdade de iniciativa mas também na exigência de prossecução de maior bem-estar social.

Ora, como Pedro Gonçalves ensina e aqui já foi referido¹⁶³⁶: *“A nova responsabilidade pública de garantia não se esgota, portanto, na definição dos quadros jurídicos genéricos e de base com fundamento nos quais uma “Sociedade civil pautada pelo direito privado” se há-de livremente desenvolver. Em vez disso, o Estado pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo, além do mais, um dever institucional de assegurar ou de garantir a obtenção de determinados resultados e a realização de certas finalidades de interesse público. O interesse público mantém-se, pois, como critério orientador da state action, mesmo quando, em concreto, a produção das utilidades que satisfazem esse interesse se encontre em mãos de particulares.”*

O Estado Garantia assegura que a prossecução do interesse público vai ser cumprido, e que o Estado garante o funcionamento de mercado e a atuação de mercado em conformidade com determinados objetivos. Estes objetivos incluem direitos fundamentais, inclusos na Constituição, e que são concretizados com esta intervenção controlada do Estado¹⁶³⁷.

Ora, a regulação económica torna-se num “problema” constitucional quando faz o equilíbrio entre direitos. A partir do momento em que o Estado intervém de forma a interferir com um princípio de economia puramente liberal então está a impor limites à liberdade individual¹⁶³⁸.

Os mecanismos de regulação levam a que exista a criação e restrição de direitos o que leva a problemas constitucionais sobretudo sobre a delimitação e fundamentação da regulação¹⁶³⁹.

¹⁶³⁶ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128.

¹⁶³⁷ Situação idêntica passa-se com a política orçamental, relativamente à ideia de despesa pública justa. Não é de descurar esta ideia uma vez que o Estado gasta recursos com a própria regulação e, não poucas vezes, na prossecução dos seus objetivos incorre em despesa, nomeadamente despesa fiscal (caso dos benefícios fiscais ou perda a perda de receita com normas delimitadoras do mercado, como imposição de preços máximos que resulta numa contração de trocas).

¹⁶³⁸ Veja-se a este respeito J. Luis Saldanha Sanches, “A regulação: História Breve de um conceito”, disponível no site da Ordem dos advogados, <https://portal.oa.pt/upl/%7Bae3af0ed-bfc8-44e1-b9b8-6d31aad66cd%7D.pdf>

¹⁶³⁹ Saldanha Sanches faz referência ao caso Lochner de 1905 onde a o Supremo Tribunal Americano se viu obrigado a pronunciar sobre uma lei que impunha determinado horário a profissionais (no caso, padeiros), violando ou derrogando os contratos de trabalho

Somente será possível a restrição de direito individual com uma fundamentação válida de interesse social relevante.

No mesmo sentido, a desregulação acarreta também outros problemas uma vez que se trata da amputação de determinados direitos adquiridos aquando da regulação. O movimento da desregulação é contrário à regulação originária. Se a regulação originária coartou ou criou direitos, com a desregulação há lesados a contabilizar relativamente às legítimas expectativas criadas com a legislação originária¹⁶⁴⁰.

Também no caso da desregulação deve ter-se em conta a fundamentação da mesma no sentido de poder compreender-se a limitação de direitos entretanto adquiridos pelos indivíduos. Situação que apenas se vislumbra por motivos de interesse geral de grande relevo.

Assim, não podemos estranhar que a Constituição contenha *guidances* muito claras relativamente ao funcionamento dos mercados e a prossecução do bem-estar social. Vejamos alguns exemplos que podem constituir o núcleo essencial dos princípios constitucionais para a regulação económica.

Logo o artigo 9º alínea d) da CRP prevê que é uma das tarefas fundamentais do Estado *“Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”*.

É tarefa fundamental do Estado garantir a concretização de direitos económicos e sociais, sendo que uma dessas vias é efetivamente a política de regulação económica que seja implementada. Nestes termos, podemos considerar que a regulação económica é um dos meios de concretização de direitos fundamentais. Assim, na fundamentação das normas regulatórias deve considerar-se, se for esse o caso, que direito fundamental se pretende concretizar, defender ou preencher.

Mas não se fica por aqui o périplo pelos princípios constitucionais que o direito económico nos propicia, sobretudo associados à regulação.

Já na parte da organização económica, relativamente aos princípios gerais, o artigo 81º alínea f) da CRP integra nas incumbências prioritárias do Estado *“Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*

Conforme refere Carlos Baptista Lobo¹⁶⁴¹, este artigo expressa a preocupação imperativa de um Estado moderno em que deve garantir uma ordenação eficiente dos mercados visando a otimização do bem-estar social. Mas mais uma vez a proteção é a do interesse geral, mesmo que a sua conceptualização, conforme já tivemos oportunidade de aqui escarpelizar, seja complexa, não unânime e de contornos dispares consoante a área de atuação.

¹⁶⁴⁰ Utilizando mais uma vez o já referido autor Saldanha Sanches, no artigo “A regulação: História Breve de um conceito”, o Professor refere o caso dos trabalhadores. Se o mercado laboral fosse desregulado, os direitos dos trabalhadores entretanto adquiridos e consagrados constitucionalmente seriam eliminados. Mais uma vez, esta desregulação apenas seria fundamentada em caso de estar em causa princípio ou direito suficiente para destronar estes direitos adquiridos pelos indivíduos.

¹⁶⁴¹ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência”, Almedina, 2009, p. 155 e ss.

Contudo, esta norma impõe ao regulador que intervenha quando o interesse geral esteja afetado. Sem a sua afetação a medida está esvaziada de utilidade.

Apesar de o regime económico português ser tradicionalmente assente na liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito duma economia mista – conforme estatuído no artigo 80º alínea c) da CRP – tal não exclui uma atuação do Estado mesmo que delimitadora dessa liberdade¹⁶⁴². Assim, o Estado pode limitar o acesso ou impor limites de exercício às atividades económicas, desde que fundamente devidamente essa decisão.

Veja-se a propósito o disposto no artigo 17º e 18º da CRP onde se prevê a restrição de direitos. Mesmo que fundamentais ou análogos, sob determinadas condições, mormente o interesse geral.

Outro exemplo é o disposto no artigo 61º n.º 1 da CRP que delimita a liberdade da iniciativa económica privada àquilo que for condicente com o interesse geral. Situação que é reiterada no artigo 86º da CRP onde se preveem as limitações das empresas privadas, nomeadamente a sujeição a fiscalização do cumprimento de deveres de interesse económico geral.

Mais um exemplo de intromissão no mercado, desta vez do trabalho, é o artigo 59º da CRP ou, ainda, na defesa dos consumidores nos termos do artigo 60º da CRP.

Ainda no âmbito de direitos que interferem necessariamente na liberdade dos mercados, temos a Segurança Social (artigo 63º da CRP), a saúde (artigo 64º da CRP), o direito à habitação (artigo 65º da CRP) e o direito a ambiente e qualidade de vida previsto no artigo 66º da CRP.

Sendo que este elenco é meramente exemplificativo, referindo-se sobretudo aos princípios que também se enquadram nos dos Tratados da União Europeia e na sua política económica.

Depois temos ainda as derrogações ao princípio da propriedade privada que também podem ser consideradas, de certa forma, como regulação económica. O exemplo é o artigo 88º da CRP que permite a expropriação de meios de produção que se encontrem ao abandono, podendo o Estado assumir a exploração direta desses meios de produção ou entregá-los a outrem.

Ora, o Estado Fiscal está também ele assente em premissas constitucionais que atrás já referimos¹⁶⁴³. A ideia de Estado Fiscal há muito que vem sendo construída, uma vez que, atendendo à própria natureza da economia moderna, o Estado é necessariamente financeiro, ou seja, é um Estado com necessidades materiais que têm de ser cobertas através de meios de pagamento, de dinheiro, que ele obtém, administra e aplica¹⁶⁴⁴.

De facto, a conceção de Estado Fiscal, associado ao liberalismo ou estado social, inicia-se com a forte necessidade de separação entre Estado e sociedade. Mesmo com o fenómeno do Estado Social, o Estado Fiscal seria necessário para fazer a separação – não estanque, entenda-se – entre a política, que deve ser preocupação do Estado, e a economia que deve ser preocupação dos privados. Claro está que na interseção destes dois mundos há uma área, mais vasta ou diminuta consoante a ideologia e tipo de Estado, em que se justifica uma intervenção do Estado com vista ao equilíbrio e orientação global da economia.

¹⁶⁴² Cfr. Carlos Baptista Lobo, “Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência”, Almedina, 2009, p. 155 e ss.

¹⁶⁴³ Veja-se Capítulo 5, Ponto 5.2.1.

¹⁶⁴⁴ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever fundamental de pagar impostos”, Almedina, 2015, p. 192 e ss.

Entre nós temos exemplos de preceitos constitucionais que refletem exatamente isso, como o artigo 80º alínea a) da CRP que impõe uma subordinação do poder económico ao poder político democrático.

Nestes termos, o Estado Fiscal reflete a separação fundamental entre Estado e economia e a consequente sustentação daquele na sua participação nas receitas da economia produtiva por via dos tributos.

Só esta separação permite que haja um equilíbrio entre duas vertentes: por um lado, o Estado orienta-se pelo interesse geral ou comunitário de realização de justiça¹⁶⁴⁵; a economia, por seu turno, guia-se pelo critério do lucro, dos interesses egoístas individuais de prossecução de proveitos.

Ora, a economia não pode perder o incentivo ao lucro porque este é a fonte de receita do Estado, pelo que a defesa da maior racionalidade e eficiência económica deve também fazer parte dos intuítos do Estado.

Por outro lado, como a economia foi renunciando a consideração de outros objetivos, então o Estado deve contrabalançar essa postura com um processo de redistribuição, de defesa de interesses não económicos. Por um lado para corrigir o próprio processo da atividade económica e por outro para corrigir os resultados da repartição.

Esta perspetiva não é nova para nós, uma vez que já aqui tínhamos explorado esta vertente. Contudo, o que agora releva é que o Estado Fiscal acaba por ter uma natureza de separação da economia, ou seja, deve ser um Estado limitado ao que ao domínio económico concerne¹⁶⁴⁶.

Com isto não se quer dizer que o Estado Fiscal é “aeconómico”. Isto porque o Estado Fiscal não está impedido de assumir atitudes economicamente relevantes mas também não é a sua primordial função.

Aqui chegados, impõe-se a diferenciação entre Estado Fiscal e Estado Tributário. Nas palavras de Casalta Nabais, o Estado Fiscal será assente essencialmente nos impostos enquanto que o Estado Tributário pressupõe um financiamento em tributos bilaterais¹⁶⁴⁷.

A questão é que, atualmente, a vertente da receita tributária decorrente de impostos bilaterais assume cada vez maior relevo no orçamento público. E, como já temos vindo a sublinhar, os Tributos abrangem impostos, taxas e demais contribuições. Tal ficou definitivamente consagrado legalmente no artigo 3º n.º 2 da Lei Geral Tributária.

Nestes termos e que releva para o presente trabalho, assumimos a ideia de Estado Tributário como aquele que abrange a criação, liquidação e cobrança de todos os tributos. Sendo certo que existem diferenças significativas entre os vários tributos, mormente na aplicação dos princípios constitucionais da legalidade e igualdade.

De resto, é certo que continuam a ser os impostos a fonte mais relevante de receita pública uma vez que, pelas suas características de aplicação geral e coerciva, acabam por abranger grande

¹⁶⁴⁵ Sendo que esta motivação pode ser turvada por interesses particulares, como já amiúde referimos, com fenómenos como perda de informação na cadeia de decisão ou a corrupção.

¹⁶⁴⁶ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever fundamental de pagar impostos”, Almedina, 2015, p. 198 e ss.

¹⁶⁴⁷ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever fundamental de pagar impostos”, Almedina, 2015, p. 199 e ss.

parte das situações “tributáveis”, estando, nesse aspeto, os restantes tributos bem mais limitados dada a sua bilateralidade.

O Estado Fiscal contribui para o reconhecimento da livre disponibilidade económica dos indivíduos. Esta será a visão por parte dos indivíduos que ganham, com a separação entre Estado e Economia, a certeza duma ampla liberdade de iniciativa.

Esta visão está, contudo, cada vez mais coartada com a intromissão sucessiva de tributos. Se por um lado essa intromissão do Estado na esfera económica parecia estar justificada com um equilíbrio nesta separação de poderes, o conceito de equilíbrio ficará necessariamente limitado quando as cargas tributárias aumentam de sobremaneira.

E tal sucede, hoje, em determinadas áreas, como por exemplo a carga sobre as empresas do sector da energia que estão sujeitas sucessivamente a tributos parafiscais e demais impostos aplicáveis à generalidade das empresas. Mas, não podemos esquecer o contrabalanço que esta tributação permite com sistemas maduros de prestação de serviços essenciais, com expressão territorial e populacional muito ampla.

Assim, o princípio da livre disponibilidade (económica) dos indivíduos implica que a ordem jurídica da economia garanta uma economia de mercado em que o processo económico caiba originalmente ao indivíduo. E caberá ao estado tarefas económicas supletivas ou subsidiárias, ou seja, onde a iniciativa privada não existe - ausência de mercado – ou quando é preferível ser o Estado a tomar a iniciativa económica – caso de monopólios naturais, por exemplo.

Falamos aqui dum princípio da subsidiariedade, ou seja, numa economia de disposição privada dos meios de produção, de bens e serviços, a ação económica do Estado é subsidiária, apenas necessária caso haja falha ou distorção do mercado.

Ora, este aspeto assume também extrema relevância no que concerne ao sistema tributário, uma vez que este também tem de contemplar a liberdade dos contribuintes em planificarem a sua vida económica sem consideração das necessidades financeiras da comunidade estadual e para atuarem de acordo a obter o melhor planeamento fiscal da sua vida e de acordo com a sua autonomia privada.

Isto porque sendo o sistema tributário por natureza impositivo, o cidadão não pode ser coartado da sua liberdade económica, devendo este sistema permitir uma definição de atitudes de aforro fiscal ou de previsibilidade de custo associado ao pagamento de imposto.

A livre disponibilidade económica individual, para que se torne num verdadeiro legado individual, apela necessariamente à participação democrática do indivíduo nas políticas económicas¹⁶⁴⁸. Isto para que salvaguardar a própria posição dos cidadãos que, estando envolvidos na vontade política do Estado, acabam por a legitimar.

O Estado Fiscal, entendido como financiado pelos impostos, foi predominante no século XX, passando-se progressivamente para um Estado Tributário que também vive dos demais tributos, impondo-se um financiamento direto de utilidades quando as mesmas são divisíveis.

¹⁶⁴⁸ Cfr. José Casalta Nabais, “O Dever fundamental de pagar impostos”, Almedina, 2015, p. 206 e ss.

Ora, os impostos são legitimados pelo princípio do benefício¹⁶⁴⁹ ou troca global de utilidades entre impostos e bens e serviços públicos. Daqui partimos para os limites da carga fiscal, que fazem parte da justiça fiscal, e que estão relacionados com as tarefas estaduais.

Numa perspetiva da União Económica e Monetária, os limites da carga fiscal passaram a estar relacionados com determinados padrões económicos definidos pelas instâncias europeias. Passou a existir uma relação entre os impostos cobrados e a dívida do Estado, para que se possam manter determinados padrões necessários para a manutenção da zona monetária.

De qualquer forma, os contribuintes devem estar sempre protegidos pelos princípios constitucionais.

Façamos agora a transposição deste Estado Fiscal – ou Tributário – para os princípios Constitucionais.

Ora, a Constituição da República Portuguesa, na sua versão de 1976, não contém, como as anteriores também não continham, uma verdadeira “sub-constituição” Financeira, ou Económica ou Fiscal. Não no sentido de ter um conjunto de normas sistematizadas que claramente se conjuguem numa verdadeira constituição fiscal e que suportem a ideia de Estado Fiscal.

Mas traz um conjunto de normas que têm carácter económico, financeiro e também fiscal. Sobretudo no que concerne a normas fiscais, a Constituição contribui com um acervo considerável de normas que moldam substancialmente a ação tributária do Estado.

As normas constitucionais sobre o sistema tributário surgem num núcleo da Parte II, Título IV da Constituição, com dois artigos fulcrais:

a) O artigo 103º da CRP que apresenta a dicotomia essencial do sistema fiscal que é a satisfação das necessidades financeiras do Estado e a repartição dos rendimentos e da riqueza. É a definitiva consagração do equilíbrio entre arrecadação de receita para satisfação das despesas gerais do Estado (motivação financeira) e consagrar os tributos como mecanismo de redistribuição de riqueza, de correção de distorções sociais decorrentes da distribuição primária dos mercados. A primeira motivação é a razão, a causa que justifica a imposição de prestações pecuniárias obrigatórias, no sentido de financiamento do Estado¹⁶⁵⁰. A segunda está associada

¹⁶⁴⁹ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 108 e ss.

¹⁶⁵⁰ Há mais de 40 anos, num evento do Partido Conservador do Reino Unido, Margaret Thatcher então líder dos *Tories* e Primeira-Ministra do Reino Unido (cargo que permaneceu entre 1979 e 1990), profere um dos discursos mais claros e simples sobre o financiamento público: “*Um dos grandes debates do nosso tempo é sobre quanto do seu dinheiro deve ser gasto pelo Estado e com quanto você deve ficar para gastar com sua família. Não nos esqueçamos nunca desta verdade fundamental: o Estado não tem outra fonte de recursos além do dinheiro que as pessoas ganham por si próprias. Se o Estado deseja gastar mais, ele só pode fazê-lo tomando emprestado a sua poupança ou cobrando mais tributos, e não adianta pensar que alguém irá pagar. Esse “alguém” é você. Não existe essa coisa de dinheiro público, existe apenas o dinheiro dos pagadores de impostos. A prosperidade não virá por inventarmos mais e mais programas generosos de gastos públicos. Você não enriquece por pedir outro talão de cheques ao banco. E nenhuma nação jamais se tornou próspera por tributar seus cidadãos além de sua capacidade de pagar. Nós temos o dever de garantir que cada centavo que arrecadamos com a tributação seja gasto bem e sabiamente. Proteger a carteira do cidadão, proteger os serviços públicos, essas são nossas duas maiores tarefas e ambas devem ser conciliadas. Como seria prazeroso, como seria popular dizer: “Gaste mais nisso, gaste mais naquilo”. É claro que todos nós temos causas favoritas. Eu, pelo menos, tenho, mas alguém tem de fazer as contas. Toda empresa tem de fazê-lo, toda dona de casa tem de fazê-lo, todo governo deve fazê-*

ao conceito de justiça vigente, decorrente ainda do Estado Social, associados às funções do Estado moderno. Esta segunda previsão garante ainda a função social dos tributos, no sentido de ser mecanismo de arrecadação de receita que permite a concretização de direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste artigo consagra-se ainda o princípio da legalidade relativamente aos impostos, sendo este princípio depois concretizado nas reservas de lei, conforme disposto no artigo 165º alínea i) da CRP. Por fim, consagra o princípio da não retroatividade dos impostos.

b) O artigo 104º da CRP “arruma” o sistema tributário no que concerne aos Tributos, considerando a seguinte divisão: Impostos sobre as pessoas singulares (IRS), Impostos sobre as Pessoas Coletivas (IRC), Tributação sobre o Património e Tributação do Consumo. Esta divisão veio a ser concretizada definitivamente com a reforma fiscal de 1989 e traz os aspetos basilares sobre o sistema tributário português.

Assim, o imposto sobre o rendimento de pessoas singulares e os tributos sobre o património devem ter preocupações de diminuição de desigualdades, enquanto que a tributação das empresas deve ter em conta o seu rendimento real.

A tributação sobre o consumo tem também preocupações sociais, onerando os consumos de luxo mas tem também uma preocupação de eficiência de mercado no sentido de adaptar a estrutura de consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico. Ou seja, a tributação sobre o consumo será um importante mecanismo para o próprio desenvolvimento económico, um mecanismo na moldagem dos comportamentos económicos dos agentes económicos tendo em vista a prosperidade.

A constituição de 1976 consagrou princípios essenciais em matéria fiscal que têm sido arrumados entre princípios materiais e princípios formais e que juntos podem ser considerados como algo muito perto duma “constituição fiscal”¹⁶⁵¹.

Os princípios constitucionais fiscais mais antigos e essenciais são o princípio da segurança jurídica e a proteção da propriedade privada. Depois as derivações e aperfeiçoamentos destas vertentes aparecem com o princípio da legalidade, neles se incluindo a reserva de lei e o princípio da não retroatividade.

Este é o núcleo dos princípios formais.

No caso dos princípios materiais, esses estão mais associados à ideia de Estado Fiscal, Estado Social e conceito de justiça redistributiva, pelo que se concretizam sob o chapéu do princípio da igualdade.

Este princípio da igualdade desdobra-se em princípio da capacidade contributiva (artigo 104º da CRP) e princípio da equivalência (critério material de igualdade para tributos bilaterais).

O princípio da capacidade contributiva está depois concretizado em vários preceitos, tais como o artigo 104º n.º 1 da CRP que refere que a tributação é pessoal, global, universal e progressiva

lo, e este irá fazê-lo”. As frontalidades destas palavras tornam as mesmas atuais. De facto, a fonte de rendimento do Estado, por excelência, são os impostos e os demais tributos. E esses são gerados pelo rendimento gerado pela iniciativa privada. Por isso é essencial a manutenção da garantia da livre disponibilidade económica dos indivíduos, garante essencial da própria fonte de receitas do Estado.

¹⁶⁵¹ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p. 108 e ss.

no caso da tributação do rendimento das pessoas singulares. No mesmo preceito consagra-se ainda um princípio de tributação de acordo com as necessidades do agregado familiar.

Acrescem ainda no âmbito da tributação do rendimento o princípio da tributação do rendimento acrescido e do rendimento líquido e o princípio da tributação do rendimento real para as pessoas coletivas.

A estes princípios junta-se o princípio da neutralidade fiscal para o caso do IVA que decorre da União Europeia e em razão do princípio do primado do Direito europeu se impõe no ordenamento jurídico português.

Por fim temos preceitos interpretativos que nos remetem para mais dois princípios, a saber, o princípio da proibição do abuso fiscal que advém do próprio princípio da igualdade e o princípio da praticabilidade este mais associado à criação e implementação administrativa de normas fiscais.

Retratados genericamente o Estado regulador e o Estado Fiscal, bem como apresentado que está o enquadramento genérico constitucional, resta-nos apresentar quatro vertentes fundamentais para a diferenciação destes duas realidades.

A escolha destas vertentes foi muito clara: 1) o elemento finalístico de cada instituto, se teriam funções e finalidades idênticas ou se as mesmas diferem substancialmente, passando pela hipótese de subsidiariedade ou sobreposição de finalidades; 2) os elementos orgânicos, qual a organização orgânica que subjaz cada instituto e quais os órgãos que criam, que executam e fiscalizam a implementação da regulação e da tributação; 3) elemento normativo, que tipo de normas, instrumentos e técnicas de intervenção tem a regulação e a tributação; 4) elemento de tutela jurídica efetiva, de garantia jurisdicional e contencioso.

A escolha e análise destes quatro vetores foi ainda pautada pela necessidade de preparação da informação para o passo seguinte relativo aos factores de união entre Regulação e Tributação. Isto porque o lastro que aparentemente poderia unir estes dois institutos pode ser substancialmente menor.

7.1.1.1. Elemento Finalístico: o fundamento e propósito

A Regulação e a Tributação são institutos com determinadas finalidades. Cada instituto surgiu tendo por base uma necessidade, um fundamento e prossegue determinados objetivos. Ambos os institutos representam o exercício dos poderes de autoridade que o Estado detém. Contudo, a ação legislativa e administrativa do Estado também ela está limitada pelas normas constitucionais e são escrutinadas por via do sistema democrático.

Também os dois casos representam mecanismos de intervenção do Estado nos comportamentos económicos dos agentes porque qualquer dos institutos tem mecanismos que envolvem custos ou benefícios aos agentes que, naturalmente, influenciam as suas ações.

De relevar ainda que ambos os institutos são ações públicas e por isso criadas e executadas pelo poder público, com maior ou menor autonomia. De qualquer forma, estes pontos de união não respondem ao elemento finalístico de cada instituto: qual o objetivo, o fim que cada um prossegue. Vejamos se existem de facto assim tantos pontos de confluência como à partida parece por serem ramificações do mesmo tronco público.

A primeira dificuldade, que já foi sentida no terceiro capítulo, prende-se com a definição de regulação. Isto porque a regulação é um conceito equívoco, sendo que até aqui temos vindo a usar sobretudo uma vertente da regulação com especificação económica.

Mas a regulação pode ter ainda uma especificação social ou meramente administrativa. A experiência anglo-saxónica, por exemplo, entende a *regulation* como toda e qualquer intervenção dos poderes públicos que vise a imposição de regras nos domínios sociais ou economicamente relevantes¹⁶⁵².

Muito embora tenhamos especificamente adotado linhas de orientação relativamente ao conceito de regulação que melhor servia o presente trabalho¹⁶⁵³, a tradução da atividade de regulação não é consensual, variando atendendo sobretudo à função associada.

Assim, podemos encontrar essencialmente três vertentes da regulação: i) a regulação enquanto regulamentação, ou seja, produção de normas destinadas a disciplinar determinada área ou sector; ii) regulação enquanto atividade de garantia da conformidade da atuação dos operadores com as regras ditadas anteriormente (por via da regulamentação); iii) regulação como uma atividade complexa que pressupõe o exercício de poderes normativos, de controlo e política administrativa e de sanção de comportamentos.

Destacam-se ainda as teorias da regulação que se dividem essencialmente em:

- i) Teoria do interesse público, em que a regulação seria um mecanismo de intervenção do Estado no mercado com vista a um aumento do bem-estar social, pelo que há um imperativo de prossecução dum interesse público. Neste caso, o destaque vai para a teoria económica da regulação em que a intervenção do Estado é fundamentada por motivo de falha de mercado apurada de acordo com a eficiência paretiana;
- ii) Teoria do interesse privado, são mais cétricas relativamente à verdadeira motivação da intervenção pública no mercado, focando-se sobretudo nas falhas de regulação (efeitos nefastos das medidas impostas pelo poder regulatório). Assume o mercado como sendo imperfeito, onde impera uma “ignorância racional”, devendo o Estado abster-se de intervir ou apenas atuar quando as vantagens se sobreponham aos custos associados. Nestes casos, a motivação para a atuação do Estado foi desenvolvida pela Teoria da Escolha Pública, em que considera que a regulação funciona como um verdadeiro mercado, onde se trocam bens de regulação de acordo com a oferta e procura.

Nesta complexa teia de variantes, vamos focar-nos, desta feita, num conceito amplo de regulação económica para partirmos para análise das suas funções e finalidades. Assim, a regulação económica¹⁶⁵⁴ associa-se a uma atividade complexa, protagonizada pelos poderes públicos mas que pode ter intervenção de mais atores (corregulação), geralmente incidente sobre sectores¹⁶⁵⁵ com relevância essencial na economia, mais concretamente, sectores económicos de interesse geral, que parte dum pressuposto de que a economia de mercado é mais vantajosa e por isso visa um resultado de melhoria ou correto funcionamento do mercado desse sector. Prossegue, portanto, uma finalidade de eficiência.

¹⁶⁵² Cfr. Marta Vicente, “A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica”, Coimbra Editora, 2012, p. 13 e ss.

¹⁶⁵³ Vide Capítulo terceiro, ponto 3.1.

¹⁶⁵⁴ Em sentido semelhante mas com algumas diferenças veja-se Marta Vicente, “A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica”, Coimbra Editora, 2012, p. 118 e ss.

¹⁶⁵⁵ Pode ter uma incidência de maior ou menor abrangência.

Não é fácil definir a regulação económica na perspetiva funcional, ou seja, enquanto atividade que prossegue determinados fins. Contudo, já temos algumas indicações: A regulação económica visa a eficiência de mercado. Sendo que esta eficiência, como já tivemos oportunidade de escarpelizar pode visar um mero ajuste económico de distorções do mercado atendendo ao modelo de eficiência paretiano ou incluir a amenização de distorções sociais e de justiça.

De qualquer forma, de acordo estaremos se firmarmos que a intervenção do Estado deve pautar-se pela prognose dum cenário melhorado¹⁶⁵⁶. Uma intervenção com fundamento no aumento do bem-estar. Mas não será esse o fundamento para toda a regulamentação do Estado? Não deve o Estado, para cumprimento das suas funções zelar pela melhoria do bem-estar geral e não provocar retrocessos sociais injustificados?

As finalidades da regulação estão também muitas vezes relacionadas com a sua estrutura organizacional, mormente porque se tem assistido a uma ampla autonomização ou independência da estrutura regulatória.

Ora, o facto de a estrutura organizacional da regulação estar mais autónoma do poder público acaba por sobrelevar um fundamento de independência da regulação.

Não sendo, contudo, essa independência um verdadeiro *detach* do poder público, uma vez que a regulamentação advém sempre dos poderes legislativos do Estado.

A doutrina tende a qualificar a regulação económica como¹⁶⁵⁷: i) uma função neutral; ii) uma função política ou legislativa; iii) uma função administrativa. Vejamos com maior detalhe cada tese finalística da regulação económica.

i) Tese da regulação como função neutral

A ideia de que a função de regulação seria neutral ganha força na doutrina italiana por esta interpretar o artigo 97º da Constituição Italiana¹⁶⁵⁸ como uma admissão de modelo de administração imparcial, sendo um modelo de manifesta separação entre as instâncias políticas e a gestão operacional administrativa.

Esta doutrina é assaz relevante por ser diferente da visão, por exemplo, da estrutura administrativa tradicional em Portugal. Enquanto que em Portugal ainda se considera a administração pública o braço executivo do Estado, esta tese de neutralidade defende uma imparcialidade da estrutura administrativa, tratando-a como separada dos restantes poderes.

No quadro de compreensão da tarefa de regulação como função neutral, aparecem duas vertentes que devem já ser relevadas.

¹⁶⁵⁶ Podemos aqui explorar a ideia do não retrocesso social, aplicado também aos direitos económicos, sociais e culturais. Sendo certo que este princípio, outrora conexo com o princípio da tutela da confiança foi abalado pelas interpretações em tempo de crise da dívida soberana, remetendo-se à reserva do possível. Veja-se a propósito Jorge Miranda, “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017, p. 537 e ss.

¹⁶⁵⁷ Cfr. Marta Vicente, “A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica”, Coimbra Editora, 2012, p. 20 e ss.

¹⁶⁵⁸ O Artigo 97º da Constituição Italiana de 1947, revista em 2020, dispõe no segundo parágrafo o seguinte: “*Os serviços públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o bom andamento e imparcialidade da administração*”, pelo que se entende que esta imparcialidade será equivalente a neutralidade.

Por um lado, a ideia de regulação como função jurisdicional ou quase-jurisdicional, decorrente da matriz norte americana em que o funcionamento das Agências de Regulação é independente, sendo que as mesmas se limitam à aplicação das normas aos casos concretos. São, portanto, comparadas ao poder jurisdicional exercido pelos tribunais que também são independentes dos demais poderes e limitam-se a aplicar as normas aos casos concretos.

Por outro lado, a desoneração do Estado na gestão direta dos serviços de utilidade pública e a sua “privatização”, leva a uma ideia de que deixa de predefinir a política dos sectores que privatizou. Nesta vertente, as entidades reguladoras funcionariam como uma espécie de árbitro para compatibilização dos diversos interesses que possam existir no mercado ou sector. Até mesmo nas suas constituições originárias, as entidades reguladoras tinham objetivos – mesmo que diferentes da prossecução do interesse público – que, na sua atividade, teriam de equilibrar.

Mas voltando à neutralidade e imparcialidade, para que se prosseguisse essa função de neutralidade também na regulação, as entidades reguladoras têm de ser independentes, não sofrendo condicionamentos, ou seja, num funcionamento semelhante ao jurisdicional.

Esta independência teria de abarcar a vertente política, ou seja, a indiferença da atividade de regulação perante os interesses partidários, parlamentares ou políticos, bem como escolha e processo independente juridicamente.

O certo é que, a administração está sempre vinculada à prossecução dos fins descritos nas disposições legais e essas, emanadas dos órgãos legislativos, devem prosseguir o interesse público, pelo que a imparcialidade da administração está sempre posta à prova nem que se seja por executar legislação que prossegue determinada finalidade.

Mais. O conceito tradicional de interesse público acaba por nos reconduzir a um conjunto de escolhas de matriz política, inscritos em instrumentos políticos tais como a Lei e a Constituição, sobre as necessidades fundamentais da comunidade e que devem ser prosseguidos pelos poderes públicos. Se entendermos assim o interesse público, então o mesmo é diametralmente oposto aos interesses dos grupos ou privados.

Ora, como já aqui referimos amiúde, a própria regulação económica tem delimitações impostas pela própria Constituição, quanto mais não seja pela prossecução dos direitos económicos e sociais. E a administração pública terá uma margem de discricionariedade de decisão, funcionalmente vinculada à Lei e prossecução desse interesse público. Nestes termos, o interesse público será o objetivo, a finalidade extrema da ação administrativa por estar pré determinada na Lei.

Contudo, este raciocínio não se transpõe diretamente para a regulação económica. As leis de regulação económica necessitam duma fundamentação para a intervenção do Estado no mecanismo do mercado.

Invariavelmente são apontadas duas finalidades: i) Assegurar a eficiência do mercado; ii) corrigir distorções sociais geralmente associadas com o cumprimento e garantia do serviço universal e proteção dos consumidores.

Ora, uma vez que estas finalidades não coincidem com o tradicional interesse público, então a administração não pode optar por um ou outro, antes tentar uma harmonização. Ou seja, a regulação económica é constituída por um acervo de normas que geralmente prosseguem finalidades de eficiência ou de justiça, pelo que a administração (incluindo Entidades

Reguladoras), ao aplicar as normas acabam por tentar compatibilizar interesses mormente buscando soluções mais eficientes com as associações dos consumidores ou agentes do sector.

E o cerne da regulação, por ser emanada pela legislação, não é neutral. A atividade de produção normativa parte duma opção política de fundo, e visa o correto funcionamento de um determinado mercado. Os atos de regulação caracterizam-se pela obtenção de determinado resultado, de correção de distorção de eficiência ou outra. E fá-lo através de instrumentos jurídicos e não jurídicos, geralmente de cariz técnico.

Por outro lado, o modelo organizacional da regulação tem vindo a ser autonomizado da administração pública mas, como já aqui referimos, sem independência. Mais um motivo para que esta tese de neutralidade não poder vingar, uma vez que mesmo as entidades reguladoras ainda detêm amarras à administração pública, mesmo que as mesmas, desde 2013, tenham sido suavizadas com a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.

Por outro lado, a independência das entidades reguladoras vê-se ameaçada com acontecimentos como a pandemia COVID-19 em que se deu uma espécie de retrocesso na regulação económica, com o Estado a ter medidas de intervenção diretas no mercado, tais como limitação de determinadas atividades comerciais.

No caso Português, a liberalização dos mercados dos Serviços de Interesse Económico Geral apenas se concretizou após várias pressões da União Europeia, que em 2002 e 2003 emanou as Diretivas relativas ao sector da energia e sector das telecomunicações.

Nessa altura já se vislumbrava a necessidade de as entidades reguladoras desses sectores terem uma autonomia funcional para assegurar um exercício imparcial e transparente das mesmas. Ou seja, a independência parece ser essencial para que a neutralidade de ação das entidades reguladoras se efetive.

Aliás, o modelo de independência tem sido o preferido pela União Europeia que, no caso Português, obrigou o Estado a criar as condições para a concretização dessa maior autonomia que se veio a concretizar com a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras.

ii) Tese da Regulação como função política

Neste caso temos teses em que a função da regulação tem uma natureza quase-legislativa ou para-legislativa. Estas teses foram influenciadas pelas extensas delegações de competências que o Congresso norte-americano fez às Agências Reguladoras. Neste caso, as Agências Reguladoras ficavam com ampla margem de conformação e por isso com poderes discricionários amplos, aproximando-se duma função política.

A questão é que a regulação tem fins demarcados, sendo uma opção política a favor do mercado e da livre concorrência, mas também na proteção de valores sociais. Assim, há uma delimitação de ação mesmo quando é concedida ampla margem de competência às entidades reguladoras.

Nos mercados emergentes também se espera que seja o próprio Estado a impor determinadas linhas de conduta e que indique as prioridades a alcançar.

Outra crítica a esta natureza quase-legislativa é que as entidades reguladoras não têm escrutínio ou responsabilidade política eleitoral. Assim, não têm as mesmas condições e competências para “legislar”, ao lado do parlamento ou governo. Há aqui um problema de legitimidade democrática que já foi falado anteriormente.

iii) Tese da Regulação como função administrativa

A mais usual das teorias é a tese de que a regulação é uma função administrativa que prossegue o interesse público.

E, de facto, a regulação económica prossegue um interesse público, quanto mais não seja de melhoria do bem-estar. vejamos:

O correto funcionamento dos sectores subordinados à regulação financeira, implica uma “*actividade pública de polícia especial*”¹⁶⁵⁹, ou seja, uma atividade de vigilância e supervisão que passa pela obrigação de disponibilização de informação, imposição aos privados de obrigações passivas delimitadoras dos seus direitos, tais como autorizações e comunicações obrigatórias.

Neste caso, a regulação económica prossegue um interesse público de proteção do mercado e seus agentes e prevenção de riscos sistémicos, tão temidos no pós crise de 2008. Assim, a regulação financeira geralmente tem três finalidades associadas: eficiência, estabilidade e transparência.

Já no que concerne aos serviços de interesse económico geral, a regulação a eles aplicada tem em conta o objeto do mercado, ou seja, as *utilities*. Ora, nestes casos é frequente estarmos perante mercados com características muito próprias: i) organização em rede; ii) condições de procura não iguais em todo o território; iii), investimentos elevados, sendo muitas vezes bens públicos, monopólios naturais; iv) dirigem-se ao consumo universal da população.

Estes eram mercados tradicionalmente detidos pelo Estado mas que foram liberalizados sob a égide de que o mercado será o melhor distribuidor de riqueza e bem-estar. Mas também porque existia uma aura de desconfiança sobre as potencialidades do Estado enquanto gestor destas empresas.

Este mercado passou a ser uma área de concretização daquele que se tornou o interesse público primário das sociedades ocidentais que é a promoção do bem-estar social mas por via da manifestação da justiça redistributiva.

Esta finalidade de bem-estar prosseguida pela regulação económica, sobretudo das *utilities*, é um conceito complexo em que tem de se equilibrar uma dose de liberdade e de solidariedade ou socialidade. A regulação económica, neste campo, tem de conjugar a livre iniciativa económica e livre concorrência com ajustes de ordem social que passam, por exemplo pelo serviço universal ou princípios de serviço público.

Assim, no âmbito desta tese, a regulação económica será um conjunto de atos, operações e comportamentos praticados tendo em vista o interesse público, na conceção de bem-estar, que será conseguido com um mercado misto onde se conjugam características de eficiência e valores sociais. Ora, esta visão de regulação económica ultrapassa, por exemplo, as visões da teoria económica da regulação pois vai mais além do que a correção de falhas de mercado (de eficiência) mas também acrescenta a correção de distorções sociais ou impões valores sociais no mecanismo de mercado.

Façamos para já uma diferenciação entre regulação económica e a disciplina da concorrência.

¹⁶⁵⁹ Cfr. Marta Vicente, “A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica”, Coimbra Editora, 2012, p. 36 e ss.

Numa perspetiva mais abrangente, “(...) a regulação económica em sentido amplo visa o correto funcionamento de um determinado sector, para isso dispondo ou exercendo frequentemente poderes normativos, que antecipam a atuação das empresas e que pretendem que elas se conformem com determinadas obrigações positivas (de facere). Já a disciplina da concorrência, para alguns uma função de política administrativa, visa corrigir resultados não desejados no mercado (por exe., o abuso de posição dominante, práticas proibidas, abuso de dependência económica), traduzindo-se numa actividade casuística ex post integrada por obrigações de conteúdo negativo (non facere) para os operadores.

“Ora, garantir o correto funcionamento de um determinado sector, seja este qual for, não se confunde com uma actividade de correção dos resultados não desejados pelo mercado,”¹⁶⁶⁰

Isto porque não se confundem as finalidades de ambas as disciplinas, mesmo que as mesmas pareçam ser muito semelhantes.

Mas a diferenciação dos conceitos não é sempre evidente. Veja-se, a propósito dum artigo sobre regulação da saúde, outra perspetiva sobre os conceitos de regulação económica e concorrência¹⁶⁶¹:

“Porém, nem sempre é fácil distinguir qual a específica tarefa regulatória prosseguida, em particular no que se refere à distinção entre regras técnicas, económicas e de concorrência. As primeiras – regras técnicas – compreendem todas as que se destinam a assegurar a compatibilidade entre equipamentos e sistemas; a garantir a segurança, a proteção da privacidade de dados ou a preservar o ambiente. A regulação económica, de forma diversa, diz respeito ao conjunto das medidas destinadas a colmatar falhas de mercado e à consequente necessidade de intervenção pública. Estão em causa falhas tão diversas como a informação assimétrica (que motiva a regulação no sector segurador ou dos valores mobiliários), o risco sistémico (que a supervisão prudencial, micro e macro, exercida pelo Banco de Portugal, procura prevenir), ou a transição de sectores monopolizados para sectores liberalizados (como ocorreu no sector energético e no sector das comunicações móveis), que justificam a específica regulação económica existente em determinados sectores. Por fim, a regulação da concorrência pode ser dividida em dois tipos de atividades: (a) Medidas pró-activas destinadas a promover, ex-ante, a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado (o que pode ser feito por reguladores sectoriais como, exemplificativamente, encontra-se previsto no artigo 16.º dos Estatutos da Entidade Reguladora da Saúde (ERS) e que se refletiu em estudos realizados por esta Entidade como a Concorrência no Sector da Prestação de Serviços de Medicina Física e de Reabilitação (2011); prestação de cuidados de saúde oral (2009) ou realização de análise clínicas (2008)¹), e, por outro lado, a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados e a consequente definição de medidas preventivas em sede de controlo prévio de concentrações (atividade exercida, neste caso, pela Autoridade da Concorrência) ou (b) Medidas reativas a práticas que distorçam a concorrência, isto é ex-post, (verbi gratia proibição de acordos entre empresas, decisões de associação de empresas ou práticas concertadas e ainda proibição de abuso de posição dominante, sabendo-se que o escrutínio de todas estas atividades está limitado à Autoridade da Concorrência).

¹⁶⁶⁰ Cfr. Marta Vicente, “A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica”, Coimbra Editora, 2012, p. 42 e ss.

¹⁶⁶¹ Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, “Regulação em geral e regulação da saúde”, Anais do IHMT, 2017, p.11 e ss.

Ou seja, podem existir atividades de promoção da concorrência em determinado mercado, ex-ante, que estão numa linha ténue de diferenciação entre regulação económica e regulação da concorrência. Mas, até pelos exemplos dados percebemos que já é uma ação tendendo a evitar a prevaricação das normas impostas anteriormente. Assim, vemos a regulação económica como conjunto de normas de disciplina de determinado mercado, imposto por via duma intervenção do Estado nesse sentido, com a finalidade de correção de distorções de eficiência ou sociais.

No caso da concorrência, as ações já serão tendentes ao cumprimento, preventivamente ou de forma reativa, à regulação determinada para o sector. Por isso mesmo as entidades reguladoras são essenciais para verificarem e qualificarem factos lícitos ou ilícitos, podendo ainda punir as ações consideradas contrárias à lei. As entidades reguladoras gozam de poderes de inspeção, poderes para requerer informação, solicitar documentos, inquirir pessoas, autorizar ou não operações de concentração, poderes de justificar práticas proibidas, poderes de vigilância, de suspensão, poderes de sinalização e consulta e, conforme referido, poderes sancionatórios¹⁶⁶².

Já o interesse no correto funcionamento da função de regulação implica outro tipo de atos, tais como controlo de preços, fixação administrativa de preços, atos de gestão de recursos escassos, imposição de deveres ou comportamentos.

Atendendo ao acima exposto, a função da atividade de regulação económica não parece aproximar-se nem duma função neutral, nem duma função-para jurisdicional ou política, sendo mais aproximada a uma função administrativa de prossecução dum interesse público.

Assim façamos a devida divisão para que nenhuma dúvida reste. A regulação económica, enquanto conjunto de normas, detém finalidades associadas maioritariamente à eficiência dos mercados e correção de distorções de funcionamento, quer de eficiência económica ou distorções sociais.

A finalidade genérica da regulação económica, atendendo à matriz constitucional que detemos, motivações e fundamentos de intervenção, será o aumento do bem-estar geral da comunidade.

A decisão sobre as finalidades da regulação é política e normativa, legitimada pela democraticidade dos órgãos associados a essa decisão normativa que são o Parlamento e Governo. O instrumento primordial da regulação económica é a Lei, esse instrumento marcadamente da administração pública.

A regulação é uma atividade eminentemente administrativa, cujo cariz processual e procedimental é eminentemente público, e tal natureza não é ultrapassado mesmo detendo as entidades reguladoras autonomia reforçada. E prossegue o interesse geral, como qualquer ação administrativa pública.

De relevar ainda que no âmbito do Estado Garantia ainda mais sentido faz esta ideia de que a regulação deve prosseguir os fins de interesse público, conjugando a preservação dos direitos da iniciativa privada, mercado concorrencial, com valorações social. O Estado Garantia deve preservar, responsabilizar, indicar a realização de fins de interesse público, mesmo quando a liberalização do mercado já esteja concluída.

¹⁶⁶² Cfr. Marta Vicente, “A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica”, Coimbra Editora, 2012, p. 443 e ss.

Neste sentido, o Estado Garantia não perde a finalidade do interesse público, apenas o assegura de forma diferente, sendo a regulação económica essencial para a concretização dessas finalidades¹⁶⁶³.

A prossecução de objetivos e funções do Estado, bem como o funcionamento da máquina administrativa e instituições públicas, exige a transferência, em maior ou menor grau, de recursos do sector privado da economia para a esfera da decisão pública¹⁶⁶⁴.

Se em tempos idos a requisição direta ou a utilização de meios compulsórios foram métodos utilizados pelo Estado, nos tempos modernos têm utilizado outros métodos de obtenção de receitas públicas.

As receitas públicas são a soma de recursos financeiros, cujo beneficiário é o Estado ou entidade pública, e que têm como finalidade principal a satisfação das necessidades financeiras e outros fins públicos relevantes.

Existem diversos critérios para qualificar as receitas públicas, sendo que as mesmas, genericamente se dividem em¹⁶⁶⁵:

- i) *Receitas fiscais*, constituídas por impostos, prestações pecuniárias de natureza corrente, definitivas e com carácter coercivo e unilateral, sem contrapartida imediata e direta para quem a paga ou suporta. São beneficiários o Estado, Autarquias Locais e outras entidades públicas. Falamos sobretudo dos impostos sobre o rendimento, impostos sobre o património e imposto sobre o valor acrescentado.
- ii) *Demais receitas tributárias*, decorrentes dos restantes tributos tais como taxas e contribuições, prestações pecuniárias, também de carácter coercivo mas onde existe uma contrapartida direta, individual ou de equivalência grupal. São beneficiários destes tributos Autarquias locais ou demais entidades públicas. Aqui também se incluem os tributos de carácter bilateral, como contraprestação dum serviço público ou utilização individualizada de bens do domínio público, licenças (remoção de limite jurídico) ou contribuições para financiamento de entidades administrativas, tais como entidades reguladoras.
- iii) *Receitas para fiscais e contribuições sociais*, são também pagamentos obrigatórios e de carácter corrente, como as contribuições sociais para a segurança social, mas que têm uma contrapartida de natureza social no futuro a favor do respetivo beneficiário. Estas contribuições estão geralmente consignadas às entidades que irão suportar a despesa futura, no caso a Segurança Social.
- iv) *Receitas patrimoniais*, decorrentes do património mobiliário e imobiliário do Estado, podendo assumir carácter corrente ou extraordinário. São exemplos rendas, juros de depósitos ou obrigações, dividendos de empresas públicas, etc.
- v) *Multas, penalidades e coimas*, que são pagamentos efetuados pelos particulares ao estado ou entidades públicas que têm natureza sancionatória ou de penalização por infração a disposição legal.
- vi) *Receitas creditícias ou empréstimos*, são receitas resultantes da contração de dívida pelo Estado, Autarquias Locais ou demais entidades públicas, junto de particulares ou

¹⁶⁶³ Cfr. Maria Eduarda Azevedo, “Temas de Direito da Economia”, Almedina, 2020, p. 198 e ss.

¹⁶⁶⁴ Cfr. Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “Economia e Finanças Públicas”, Escolar Editora, 2005, p. 203 e ss.

¹⁶⁶⁵ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “Economia e Finanças Públicas”, Escolar Editora, 2005, p. 204 e ss.

entidades financiadoras (nacionais ou estrangeiras), normalmente de subscrição voluntária e de natureza não efetiva porque implica posterior reembolso do capital mutuado.

A fonte de rendimento mais relevante é sem dúvida a Receita Tributária, constituída pela cobrança de impostos, taxas e demais contribuições. Por isso mesmo o sistema fiscal dum país assume extrema relevância no que concerne à organização financeira do Estado.

O sistema fiscal é tradicionalmente usado para designar o conjunto de impostos existentes num determinado espaço geográfico, reportando-se à legislação fiscal existente. De relevar que hoje em dia, atendendo à crescente importância das receitas dos restantes tributos – além dos impostos, que, de qualquer forma, ainda são a receita mais relevante – faz sentido falar-se em Sistema Tributário.

Aliás, esta adoção de sistema tributário faz mais jus ao disposto no artigo 103º da Constituição da República Portuguesa quando refere no n.º 1 que *“O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”*.

Recordemos aqui que uma parte das necessidades de entidades públicas são suportadas pela cobrança de tributos bilaterais, bem como a vertente extrafiscal dos tributos, muito marcada nos tributos bilaterais – tem acolhido também motivações sociais. Assim, afinal, todos os tributos parecem ter como primeira finalidade a função de financiamento das despesas do Estado, bem como as motivações extrafiscais dos mesmos podem relevar-se como de motivação corretiva de distorções sociais.

De qualquer forma, a maioria da doutrina centra-se no estudo do Sistema Fiscal enquanto modelo organizacional e articulado dos impostos. Para prosseguirem os seus fins, os impostos teriam de ser vistos numa vertente global e coerente, sendo que este desafio tem vindo a ser perdido cada vez mais.

A densidade da teia normativa tributária, a especificidade e tecnicidade das normas tributárias, bem como a crescente sobreposição de tributos sobre realidades semelhantes são exemplos do que tem sucedido para contribuir para uma menor harmonização tributária.

Se inicialmente se poderiam apontar razões políticas e ideológicas, sobretudo nos último 20 anos temos assistido sobretudo a uma crescente necessidade de receitas por parte do Estado, o que provoca uma crescente procura por engenhos tributários para aumentar a receita sem que existam distúrbios na paz social.

Contudo, o desenvolvimento e análise dos sistemas fiscais têm sido analisados em quatro domínios¹⁶⁶⁶: i) domínio normativo, ou seja, o conjunto de normas que constituem o subsistema legislativo relativo à tributação; ii) domínio económico, em que se analisa os impactos dos impostos na realidade económica e os impostos como instrumentos de intervenção na realidade económica; iii) aspeto organizacional que tem a ver com os serviços centrais e periféricos (locais ou regionais) que estão encarregados da administração dos impostos; iv) domínio psicossociológico, relativo à aceitação do sistema e tem em consideração os factores sociológicos que determinam o comportamento dos indivíduos.

¹⁶⁶⁶ Cfr. Manuel Henrique de Freitas Pereira, “Fiscalidade”, Almedina, 2018, p. 68 e ss.

Os sistemas fiscais podem classificar-se de acordo com várias tipologias, consoante os critérios sociopolíticos ou socioeconómicos. Muito embora seja cada vez mais difícil a primeira a distinção relativamente ao primeiro critério, geralmente há a divisão entre sistemas mais liberais ou sistemas socializantes.

Relativamente ao critério socioeconómico, temos os sistemas dos países industrializados, em que geralmente os níveis de fiscalidade são mais elevados, os sistemas mais complexos, sendo fulcral a estrutura dos impostos sobre o rendimento por existirem níveis de empregabilidade mais elevados.

Por outro lado, no caso dos países em desenvolvimento, os sistemas fiscais assentam geralmente nos impostos indiretos, relacionados sobretudo com a exportação. Muitas vezes o sistema fiscal é desadequado e antiquado, assente em modelos coloniais ou sem incentivos adequados.

Mas afinal que características devem ter, desejavelmente, os sistemas fiscais? Isto porque este conjunto de normativos fiscais que constituem o sistema fiscal deve, ele próprio, prosseguir determinadas funções, a saber: i) a finalidade primordial é a obtenção de receitas para cobertura das despesas gerais do Estado; ii) finalidades extrafiscais de correção de distorções económicas ou sociais.

A justificação para a existência do imposto é fundamentalmente a obtenção de receita para cobertura de despesas gerais do Estado, pelo que é importante a verificação da eficiência na prossecução dos desígnios do imposto.

E não só. Mesmo nas suas finalidades extrafiscais, há que avaliar da eficiência da intervenção do Estado para efetivar determinados desígnios económicos ou sociais.

Por outro lado, a repartição dos encargos fiscais, que são de carácter obrigatório, deve seguir critérios de igualdade para a generalidade da população. Somente se tal se verificar é que vamos encontrar uma aceitação social do imposto e é possível utilizar o mesmo como instrumento de redistribuição de riqueza.

Acresce ainda que é importante a análise do sistema fiscal enquanto um todo, percecionando-se os efeitos económicos que provoca e como é que afeta as decisões individuais.

Assim, vejamos quais são as características desejáveis do sistema fiscal, ou seja, como alcançar o sistema fiscal ótimo¹⁶⁶⁷:

- i) *Equidade*, no sentido da distribuição da carga fiscal entre indivíduos ser equitativa e não arbitrária, devendo cada um suportar uma parcela justa dos encargos com a atividade pública. A equidade na tributação requer ainda a consideração da base tributária única e que compreenda todo o rendimento, sem distorções que desvirtuem a base de incidência ou o papel redistributivo do imposto. Esta equidade deve ser horizontal, no sentido de os sacrifícios serem idênticos para os que têm situações idênticas também, mas também uma equidade vertical no sentido em que as famílias ou indivíduos que estejam em situação distinta suportem montantes de imposto diferentes, o que suporta, também a ideia de progressividade do imposto. Uma vez que o princípio do

¹⁶⁶⁷ Cfr. Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2005, p. 205 e ss. De relevar que estes aspetos são enunciados atendendo às funções musgravianas do Estado, bem como a influência de Stiglitz e Adam Smith

benefício não deve ser aplicado aos impostos¹⁶⁶⁸, o critério material da igualdade nos impostos, como sabemos, é a capacidade de pagar mais concretamente a capacidade contributiva.

- ii) *Eficiência*, os impostos devem ser escolhidos de forma a interferirem o menos possível com as decisões dos agentes económicos que operam em mercados competitivos. Deve contribuir para uma afetação ótima dos recursos, devendo interferir o menos possível, por exemplo, no sistema de preços, provocando perdas de eficiência paretianas.
- iii) *Flexibilidade*, a estrutura dos impostos deve ser desenhada de modo a constituir um instrumento eficaz de estabilização automática da conjuntura. Duma perspetiva económica, o sistema fiscal deve ser um factor de estabilização das flutuações conjunturais.
- iv) *Transparência*, devendo as regras fiscais ser claras e estáveis, de fácil compreensão para os contribuintes e permitir a responsabilização política dos governos pelas decisões que tomem.
- v) *Baixo custo de funcionamento*, ou seja, que os custos associados à administração e cumprimento do sistema de impostos sejam baixos para permitir o cumprimento de objetivos fiscais. A necessidade duma estrutura específica e técnica para fazer funcionar o sistema fiscal, leva à necessidade de utilização de recursos. Mas esses custos devem ser os menores possíveis para que não se tornem um empecilho à prossecução dos verdadeiros objetivos do sistema fiscal.
- vi) *Eficácia financeira*, no sentido de as receitas geradas pelo sistema fiscal serem adequadas e suficientes para fazer face às necessidades financeiras e objetivos de política orçamental.

Ora, assistimos em concreto ao afastamento ou aproximação dos sistemas fiscais a estas seis características, o que os tornam mais perto ou longe dum modelo ótimo. Conforme aqui já referimos, estas características, com as devidas adaptações, devem aplicar-se ao Sistema Tributário, que inclui todas as receitas tributárias resultante da liquidação e cobrança dos tributos. Sendo certo que, neste sistema tributário, existem receitas consignadas a determinadas entidades públicas, ora devido à sua natureza bilateral ou por consignação da lei para fazer face ao financiamento de determinadas atividades ou prestações de serviços.

Mas falta ainda aqui referir quais são as finalidades da criação dos tributos que fazem parte deste sistema tributário. Ora, as finalidades são essencialmente duas: i) cobertura das despesas do Estado e demais entidades públicas; ii) finalidades extrafiscais associadas à correção de distorções económicas ou sociais.

O conceito de tributo é muito claro: são todas as receitas públicas que são coativas ou obrigatórias, que têm como função primordial o financiamento dos encargos públicos e que não têm função sancionatória.

Os tributos são sobretudo três: impostos, taxas e contribuições¹⁶⁶⁹. E muito embora todos os tributos tenham como função a arrecadação de receita para financiamento dos encargos público, a face da extrafiscalidade pode assumir maior relevância consoante a finalidade específica de cada tributo.

¹⁶⁶⁸ Até pelas suas características de unilateralidade.

¹⁶⁶⁹ Contribuições aqui em sentido amplo mas que são sobretudo aquelas que não se incluem na natureza de imposto.

No que concerne aos impostos, os mesmos constituem prestações pecuniárias, coativas e unilaterais¹⁶⁷⁰, exigidos pelo Estado ou entidade pública, cuja finalidade principal é a angariação de receita. Os impostos são coercivos mas não têm carácter sancionatório nem têm por base uma infração. Podem, contudo, ter finalidades extrafiscais, no sentido de pretenderem algo mais do que a arrecadação de receita. Mesmo quando têm finalidades extrafiscais, os impostos ficam sujeitos às exigências jurídico-constitucionais, tais como a sujeição aos princípios da legalidade e igualdade.

É certo que os impostos são a figura com o objetivo primordial de arrecadação de receitas para fazer face às despesas gerais do Estado. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional tem adotado posições restritivas relativamente à inclusão de propósitos extrafiscais nos verdadeiros impostos, bem como a doutrina ainda faz algumas diferenciações entre um conceito restritivo de imposto ou uma aceção mais ampla. Seguimos, neste campo, a posição adotada diretamente por Ana Paula Dourado¹⁶⁷¹: *“(...) entendemos que no nosso ordenamento constitucional, e nomeadamente, para efeitos de reserva de lei fiscal, impostos são os «impostos fiscais» (cuja finalidade principal é a obtenção de receitas) e «extrafiscais» (cuja finalidade principal é a prossecução de «finalidades sociais» ou de «orientação de comportamentos», por exemplo, proteção ambiental), devendo exigir-se, em regra, que a obtenção de receitas não seja estranha ao tributo. E em qualquer caso, deve haver controlo do tributo extrafiscal e dos fins extrafiscais por ele prosseguidos, através do princípio da proporcionalidade.”*

Assim, os princípios constitucionais, da legalidade e da igualdade, devem aplicar-se a todos os impostos, independentemente dos fins que prossiga.

De qualquer forma, a realidade é que os impostos são a figura primordial para arrecadação de receita e por isso ainda se considere que existe um verdadeiro Estado Fiscal, tendo, contudo proliferado a aparição de figuras tributárias de cariz extrafiscal que podem considerar-se verdadeiros impostos. Aliás, no âmbito dos impostos especiais sobre o consumo, é muito usual encontrar impostos com características extrafiscais, mormente de correção de externalidades negativas (defesa ambiental), orientação de comportamentos económicos e defesa da saúde pública.

Em concreto, podemos chamar à colação, os impostos sobre produtos petrolíferos, os impostos sobre o uso de sacos plásticos ou embalagens de utilização única (alimentar), impostos sobre o tabaco, sobre bebidas alcoólicas e sobre bebidas açucaradas.

Acresce que os impostos, são ainda a figura tributária primordial para a prossecução de intuitos de repartição de riqueza. Repare-se no disposto no artigo 104º da CRP que é claríssimo quando expõe as finalidades de correção de distorções sociais relativamente aos impostos sobre o rendimento, património e consumo.

Aliás, as grandes categorias de impostos – IRS, IVA e Impostos sobre o Património – estão abrangidos por esse desígnio constitucional. Merece, pois, uma reflexão conclusiva de que o legislador constitucional atribuiu claramente uma missão socializante aos principais impostos que constituem o Estado Fiscal.

Assim, embora a finalidade de financiamento do Estado seja preponderante no âmbito dos impostos, sem dúvida que existem finalidades acrescidas destas figuras tributárias, tanto no que

¹⁶⁷⁰ Em contraposição com os tributos bilaterais, como por exemplo as taxas.

¹⁶⁷¹ Cfr. Ana Paula Dourado, “Direito Fiscal – Lições”, Almedina, 2016, p.36.

concerne a correção de falhas de mercado ou gestão do comportamento dos agentes, como na correção dos resultados da distribuição primária de riqueza, promovendo-se a redistribuição da riqueza. Por isso mesmo, o critério material de igualdade nos impostos será a capacidade contributiva, no sentido de proporcionar um encargo tributário adequado às condições do contribuinte, promovendo, mais uma vez, uma justiça redistributiva.

No caso das taxas, já estamos perante uma prestação pecuniária coativa, exigida por entidade pública em contrapartida de prestação administrativa efetivamente provocada ou aproveitada pelo sujeito passivo.

Nestes termos, a finalidade das taxas é ser uma contrapartida por três situações muito claras e previstas no artigo 4º n.º 1 da LGT. Assim, este tributo sinalagmático ou bilateral, é devido como:

- i) contrapartida pela utilização de serviços públicos;
- ii) Contrapartida pela utilização de bem público ou semipúblico ou de um bem do domínio público, ou seja, situações para regulação de bens públicos ou recursos comuns.
- iii) contrapartida pela remoção de um obstáculo jurídico ao exercício de uma atividade por parte de particulares.

Ora, a ideia de contrapartida exige que o bem ou serviço utilizado ou prestado seja individualizável e deve existir uma equivalência entre a utilidade do bem ou serviço individualizável e a taxa. Ou seja, o critério material de igualdade aqui aplicado deve ser o da equivalência e não a capacidade contributiva.

A finalidade das taxas será a contrapartida, pelo que é absolutamente necessário que este tributo seja bilateral. Neste caso, a sua finalidade é um elemento essencial para a definição da sua natureza. A comutatividade torna-se, portanto, uma característica, mas também finalidade deste tributo, sendo essencial a manutenção duma certa proporcionalidade. Aliás, o princípio da proporcionalidade é essencial para a aferição da natureza do tributo comutativo.

De facto, bem sabemos que, no caso de impossibilidade de mensuração económica dos custos, a comutatividade é difícil de aferir. A equivalência pode ser de vários graus, sendo que nunca pode existir uma “manifesta desproporcionalidade”.

De qualquer forma, relevamos aqui o factor da bilateralidade como essencial¹⁶⁷²: “(...) a bilateralidade das taxas não passa apenas pelo seu pressuposto, constituído por dada prestação administrativa, mas também pela sua finalidade, que consiste na compensação dessa mesma prestação.”

De relevar que o elemento finalístico das taxas pode ainda incluir objetivos extrafiscais. E esse motivo é relevante para o factor da equivalência e mensuração da taxa.

Mas o ordenamento português traz-nos exemplos claros de taxas que incluem motivações extrafiscais, tais como as taxas moderadoras, para desmotivar a procura de determinados serviços, ou a aplicação de taxas reduzidas para permitir o acesso de franjas da população com menores recursos económicos. Outro exemplo são as taxas agravadas para persuadir determinados comportamentos prejudiciais, por exemplo, ao meio ambiente.

O caso das contribuições é mais dúbio uma vez que é uma figura tributária de contornos especiais. De facto, as contribuições aparecem como uma terceira categoria de tributos que

¹⁶⁷² Cfr. Sérgio Vasques, “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2012, p. 207.

fogem às características dos impostos mas também não apresentam uma bilateralidade em sentido estrito que as encaixe na tipologia de taxa.

As contribuições têm uma característica de comutatividade, sendo contudo uma equivalência grupal, ou seja, são dirigidas a um grupo, preferencialmente homogêneo e identificável, de contribuintes, em contrapartida duma utilidade de grupo. Mas incluem-se ainda na categoria de contribuições as destinadas a financiarem serviços de interesse difusos que beneficiam alguns grupos de contribuintes, ou seja para colmatar externalidades positivas.

Ainda se incluem nas contribuições as que financiam entidades públicas de base não territorial e cuja atividade beneficia um grupo homogêneo e destinatários, como o caso das taxas para financiamento das entidades reguladoras.

Acrescem ainda contribuições especiais com finalidades extrafiscais puras para modelação de comportamentos dos agentes desde que haja consignação de receita à compensação dos prejuízos causados.

O caso das contribuições é paradigmático para percebermos que a finalidade dos tributos pode reverter-se: ao invés de primordialmente se pretender obter receita, essa função é relegada a um segundo plano, sendo o tributo criado sobretudo por motivações extrafiscais.

Essas motivações extrafiscais prendem-se sobretudo com a concretização de objetivos para fiscais tais como defesa ambiental, defesa da saúde pública, modelação de comportamentos dos agentes, reequilíbrio de mercados, entre outras.

As motivações resumem-se sobretudo à correção de distorções de eficiência de mercado ou a correção de distorções sociais ou de justiça. Há, contudo, que não esquecer que há contribuições com finalidades de cobertura de custos, aproximadas às taxas, mas cujos destinatários são um grupo delimitado de contribuintes, grupo esse que beneficia da utilidade da atividade da entidade que cobra tal contribuição. É o típico caso das contribuições cobradas por entidades reguladoras aos agentes que pertencem ao sector e que beneficiam da ação, da atividade dessa entidade reguladora.

Uma vez que as contribuições apresentam uma maior versatilidade relativamente às finalidades que podem abarcar, não é de estranhar que sejam um dos mecanismos tributários utilizado, não raras vezes, pela regulação económica.

De facto, assistimos à proliferação desta figura tributária no seio dos mecanismos tributários utilizados pela regulação económica, no sentido de intervir no mercado para correção de distorções de mercado. Ou seja, assiste-se a uma cada vez maior afirmação das contribuições como tributo de regulação.

Ainda no que concerne ao sistema tributário e às suas finalidades, não podemos esquecer a referência aos benefícios fiscais. Os benefícios fiscais são situações de exceções de incidência de imposto, beneficiando contribuintes com uma regra de desagravamento fiscal ou não incidência. O benefício fiscal constitui uma exceção ao princípio da igualdade no sentido em que prevalecem outros interesses públicos que justificam uma ausência ou diminuição da cobrança¹⁶⁷³.

¹⁶⁷³ Numa perspetiva de Finanças Públicas, os benefícios fiscais são despesa fiscal, correspondente a receitas devidas mas não cobradas devido à introdução dessa regra de exceção de incidência ou desagravamento.

Ora, claro está que este tipo de regras de desagravamento ou exceções de incidência podem ainda ser aplicadas nos restantes tributos. E sendo uma exceção ao princípio da igualdade o seu objetivo relaciona-se sobretudo com a defesa do princípio do bem-estar.

Fundam-se em motivações sociais, atenuando, melhorando ou dando uma “borla” tributária àqueles que se encontrarem em especial situação de debilidade. Mais uma vez é um mecanismo de redistribuição de riqueza, sendo que a despesa fiscal gerada por estes benefícios tributários será suportada pela globalidade dos contribuintes.

7.1.1.2. Elementos orgânicos: a organização

A construção comunitária está intimamente relacionada com a necessidade duma regulação harmoniosa dos mercados nacionais com vista à construção do mercado único. O mercado único foi e é uma pedra basilar da União Europeia, sobre a qual se funda também o próprio Eurossistema. Mas há que discernir se a União Europeia contribuiu para uma mera harmonização do funcionamento dos mercados ou se impôs um verdadeiro sistema multinível. A resposta depende muito dos sectores analisados.

É certo que em termos normativos a União Europeia foi determinante na emanação de diretivas essenciais à harmonização dos mercados e à definição dos comportamentos-tipo dos Estados em relação a determinados sectores, mormente os sectores das *utilities*.¹⁶⁷⁴

Também foi por impulso europeu que se desenvolveu uma rede de entidades reguladoras nacionais dotadas de maior autonomia, sendo clara a matriz de defesa da liberdade de ação dos reguladores sectoriais face aos restantes poderes, sobretudo em relação ao poder político.

A matriz europeia foi a de constituir uma espécie de regime em cascata, que se pode verificar normativamente mas também, de certa forma, institucionalmente.

Em termos normativos, a União Europeia foi progredindo na harmonização de políticas económicas¹⁶⁷⁵. A concretização do mercado único e o caminho para a união monetária teve obrigatoriamente uma vertente normativa. Os órgãos legislativos europeus, Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e Comissão, emanaram as normas com vista à concretização das políticas económicas e monetárias condicentes com os objetivos e pilares da União Europeia. O princípio do primado, implementado nos Estados Membros, encarregou-se de fazer progredir, em cascata, esses normativos europeus.

Assim, quer as disposições dos Tratados mas também as normas emanadas pela União Europeia, foram sendo adotadas, diretamente ou por via de transposição para a ordem jurídica interna, pelos Estados-Membros.

¹⁶⁷⁴ Já aqui foi referido o contributo essencial sobretudo da Comissão que travou diretamente uma verdadeira “luta” contra monopólios estaduais, tendo pressionado os Estados-Membros a reduzir a influência direta do Estado nos mercados, por exemplo, da Energia, Telecomunicações ou transportes.

¹⁶⁷⁵ Esta harmonização de políticas económicas, que teve como ponto fundamental a assinatura do Acto Único Europeu em 1986, foi o que permitiu a convergência para um mercado único e, com a conclusão do Tratado de Maastricht em 1992, passamos para a progressão para a união monetária com a estipulação dos critérios necessários para a introdução da moeda única, o Euro.

A via normativa permitiu uma harmonização legislativa no seio dos países da zona do mercado único e também na zona euro. Os padrões de funcionamento dos mercados foram definidos pelas normas que a União Europeia emanou.

Depois a nível sectorial era necessário ter-se uma atenção específica, atendendo às especificidades dos mesmos e às metas traçadas pela política económica e monetária europeia. Assim, foi sendo emanada legislação europeia própria, sectorial, com *guidances* concretas, sobretudo no caso dos sectores das *utilities*. Deste modo, gerou-se uma cascata legislativa sectorial, no sentido de a União Europeia emanava diretivas harmonizadoras que os Estados-Membros iriam, depois, transpor na sua ordem jurídica.

Ora, acompanhando esta ideia de regulação económica harmonizada e com valores de mercado concorrencial, com menor intervenção direta dos Estados, facilmente se percebe que os órgãos de “execução” da regulação deveriam eles próprios deter autonomia administrativa para a implementação das medidas. Afastando-se o Estado enquanto agente económico, deviam então assumir as Entidades Reguladoras um papel “executivo” autónomo, descolado daquilo que pudessem ser as influências políticas nacionais.

Para coadjuvar as entidades reguladoras nacionais e como braços executivos da própria política regulatória europeia, proliferaram na União Europeia as Agências de Regulação e de Execução. Estas agências são organismos europeus independentes, dotado de personalidade jurídica, ao qual a Comissão Europeia delega certas funções operacionais. Podem por sua vez subdividir-se em subcategorias em função dos diferentes pilares da União Europeia.

As Agências Europeias têm sobretudo responsabilidades informativas, de manutenção de *standarts* de qualidade e funcionamento do mercado em que se inserem. Mas podem deter outras funções, mais de execução das políticas regulatórias da União e trabalham de perto com as Entidades Reguladoras Nacionais.

Temos uma longa lista destas Agências Europeias com funções relacionadas com a regulação económica emanada pela União Europeia. Os exemplos mais substantivos destas agências são a Agência Europeia do Ambiente, a Agência Europeia de Medicamentos, Agência Europeia para a Segurança da Aviação, Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, Instituto de Harmonização do Mercado Interno, Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia, etc..

Estas agências, sobretudo as de cooperação entre reguladores sectoriais, assumem um papel de enorme relevância na monitorização do cumprimento das regras do mercado único, bem como produzem recomendações a serem aplicadas nos sectores regulados.

No âmbito da supervisão, área que também incumbe algumas das entidades reguladoras, na vertente da fiscalização e cumprimento das normas de mercado, são de salientar duas estruturas europeias paradigmáticas: a Autoridade Europeia de Valores Mobiliários e Mercados e a Autoridade Bancária Europeia.

Neste campo da supervisão, desde 2008 que a União Europeia assumiu a necessidade dum sistema amplo para prevenção de riscos sistémicos, mormente no sistema financeiro. Assim, estas instituições europeias assumem relevo orgânico por deterem uma certa preponderância sobre os reguladores nacionais, estando estes dependentes das coordenadas daquelas instituições comunitárias.

O sistema multinível europeu revela-se complexo. Isto porque nem todos os sectores estão organicamente hierarquizados da mesma forma. Existem agências europeias com maior

influência do que outras, bem como não existe dependência hierárquica entre instituições europeias e nacional, salvo, por exemplo, no caso do sistema financeiro.

As entidades reguladoras nacionais sectoriais acabam por funcionar como uma rede congregada pelas agências de cooperação.

Ao nível nacional, as entidades reguladoras atuam com autonomia administrativa e também financeira mas, como já aqui referimos, ainda sem uma verdadeira independência. De qualquer forma, o sistema multinível normativo, sobretudo, funciona na ordem interna também, uma vez que a legislação europeia tem de ser transposta e adaptada para a realidade nacional.

O Estado, por seu lado, também detém autonomia para concretizar, por via normativa, as políticas económicas e regulatórias que entenda necessárias para os vários sectores, estando as entidades reguladoras relegadas para uma função de coadjuvação na decisão – por via de parecer – e uma eventual forma de execução das medidas – por exemplo, por via de regulamentação. A estas funções acrescem ainda as funções de fiscalização e punição de eventuais infrações.

Assim, em termos orgânicos, o sistema de regulação funciona com uma cascata de organismos, desde os organismos europeus até às entidades reguladoras nacionais, não existindo propriamente uma matriz de subordinação orgânica mas antes uma subordinação normativa que depois força uma certa complacência nacional perante o *advice* europeu.

De relevar que o sistema orgânico da regulação ultrapassa a administração estadual, ou seja, há de facto um sistema multinível também relativamente aos órgãos. Contudo, não esqueçamos que as entidades reguladoras nacionais mantêm ainda um grau de interdependência com a administração.

De qualquer forma, o certo é que as estruturas orgânicas da Regulação têm vindo a ganhar uma autonomia, apresentando-se muitas vezes como um *quasi* quarto poder. Esta característica foi um pouco refreada com a pandemia, em que os Estados intervieram com medidas restritivas e diretamente aplicáveis nos mercados sem qualquer complacência para com a opinião das entidades reguladoras.

Fizeram-se intervenções diretas, por via normativa, ultrapassando-se por completo qualquer iniciativa das entidades reguladoras. Pelo contrário, foram as entidades reguladoras que tiveram de intervir sobretudo na fiscalização do cumprimento das medidas restritivas sem se pronunciarem sobre os impactos nos respetivos mercados. Hoje, essas medidas da pandemia foram sendo retiradas e restabelecida alguma normalidade mas o ciclo de crise económica não favorece um regresso promissor ao rumo da independência. Antes pelo contrário.

Assim, a discussão que hoje se faz é se o Estado Garantia regrediu¹⁶⁷⁶. E caso haja uma regressão no modelo regulatório, se vamos voltar a uma intervenção direta do Estado ou por via de entidades administrativas “puras”, hierarquicamente dependentes do Estado.

¹⁶⁷⁶ Será que o Estado garantia regrediu ou o modelo falhou? É uma reflexão que se deve fazer atendendo a um movimento a que se assiste em Portugal com dois exemplos muito concretos: i) A TAP, empresa que entrou em colapso financeiro com a pandemia e é “re-nacionalizada”, ou seja, adquirida pelo Estado que volta a controlar a empresa, nomeando novos órgãos de gestão e impondo uma série de metas de ajustamento financeiro à companhia. Contudo, a injeção de fundos públicos não resolveu, a longo prazo o problema financeiro da companhia nem a reestruturação em curso teve os efeitos positivos desejáveis.

O modelo europeu parece vedar, pelo menos por enquanto, esse regresso ao passado. Mas as sucessivas intervenções das entidades europeias são cada vez mais de intervenção direta, comprometendo a total independência dos reguladores.

Ora, no caso da tributação, a fiscalidade ainda se encontra na soberania dos Estados, pelo que os órgãos tributários são públicos e hierarquicamente subordinados à administração central.

A Administração Tributária mantém uma estrutura hierarquizada, com uma Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), que uniu a Direção-Geral dos Impostos e a Direção-Geral das Alfândegas e Impostos Aduaneiros, Autoridade essa que está dependente do Ministério das Finanças. Nos termos do Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de dezembro, a AT é um serviço da administração direta do Estado dotado de autonomia administrativa.

Em termos de organização, a AT dispõe ainda de unidades orgânicas desconcentradas de âmbito regional, designadas por direções de finanças e alfândegas, e de âmbito local, designadas por serviços de finanças, delegações e postos aduaneiros. Assim, a AT funciona como centro orgânico mas depois desdobra-se em serviços regionais e locais.

A Autoridade Tributária e Aduaneira tem por missão administrar os impostos, direitos aduaneiros e demais tributos que lhe sejam atribuídos, bem como exercer o controlo da fronteira externa da União Europeia e do território aduaneiro nacional, para fins fiscais, económicos e de proteção da sociedade, de acordo com as políticas definidas pelo Governo e o Direito da União Europeia.

A AT prossegue, designadamente, as seguintes atribuições:

- a) Assegurar a liquidação e cobrança dos impostos sobre o rendimento, sobre o património e sobre o consumo, dos direitos aduaneiros e demais tributos que lhe incumbe administrar, bem como arrecadar e cobrar outras receitas do Estado ou pessoas coletivas de direito público;
- b) Exercer a ação de inspeção tributária, garantir a aplicação das normas a que se encontram sujeitas as mercadorias introduzidas no território da União Europeia e efetuar os controlos relativos à entrada, saída e circulação das mercadorias no território

Está, portanto novamente em preparação a “re-privatização” da TAP, estando a preparar-se o processo de saneamento financeiro para posterior venda, sendo certa a perda irrecuperável de grande parte do investimento feito com fundos públicos; ii) Reversão de parcerias público-privadas na área da saúde, sendo o caso mais mediático o Hospital Beatriz Ângelo, em Loures. A construção e gestão do hospital foi possível devido a uma parceria público-privada, tendo sido mantida uma gestão eminentemente privada nos últimos anos. Com as decorrências da pandemia relativamente ao funcionamento do SNS, a PPP foi desfeita e a gestão do Hospital passou a ser pública, com resultados pouco positivos, dir-se-ia com uma perspetiva negativa dessa reversão. Os utentes passaram a ter maior dificuldade de acesso a cuidados de saúde e os profissionais de saúde foram-se desvinculando por falta de condições de trabalho. Hoje é notória a “desgovernança” neste patamar quando saem semanalmente notícias sobre demissões em bloco das chefias dos vários serviços hospitalares, encerramento parcial ou total de especialidades ou prestação de serviços médicos.

Estes dois exemplos fazem pensar se o Estado Garantia não falhou no sentido de precaver mecanismos para a manutenção de serviços considerados essenciais e com acesso garantido. O caso da transportadora aérea seria os serviços de interesse nacional, nomeadamente a garantia de transporte aéreo para os países com ligação cultural forte como as ex-colónias. No caso dos serviços de saúde é ainda mais gritante pois trata-se do acesso a cuidados primários de saúde.

E mesmo quando “re-nacionalizou” também não garantiu diretamente a prestação dos serviços. Por isso há uma falha em toda a linha do Estado: não garantiu nem efetivou.

nacional, prevenindo e combatendo a fraude e evasão fiscais e aduaneiras e os tráficos ilícitos;

- c) Assegurar a negociação técnica e executar os acordos e convenções internacionais em matéria tributária, cooperar com organismos europeus e outras administrações tributárias, e participar nos trabalhos de organismos europeus e internacionais especializados no seu domínio de atividade;
- d) Promover a correta aplicação da legislação e das decisões administrativas relacionadas com as suas atribuições e propor as medidas de carácter normativo, técnico e organizacional que se revelem adequadas;
- e) Desenvolver e gerir as infraestruturas, equipamentos e tecnologias de informação necessários à prossecução das suas atribuições, à prestação de apoio, esclarecimento e serviços de qualidade aos contribuintes;
- f) Realizar e promover a investigação técnica e científica no domínio tributário e aduaneiro, tendo em vista o aperfeiçoamento das medidas legais e administrativas em matéria tributária e aduaneira, a qualificação permanente dos recursos humanos, bem como o necessário apoio ao Governo na definição da política fiscal e aduaneira;
- g) Informar os contribuintes e os operadores sobre as respetivas obrigações fiscais e aduaneiras e apoiá-los no cumprimento das mesmas;
- h) Assegurar o controlo da fronteira externa da União Europeia e o licenciamento do comércio externo dos produtos tipificados em legislação especial e gerir os regimes restritivos do respetivo comércio externo;
- i) Exercer a ação de justiça tributária e assegurar a representação da Fazenda Pública junto dos órgãos judiciais.

A Autoridade Tributária e Aduaneira é, por isso, o braço administrativo da política fiscal do Estado e da própria União Europeia. Isto porque, muito embora os Estados mantenham as suas competências e poderes de tributação – a soberania fiscal – existem impostos de matriz europeia, como o Imposto sobre o Valor Acrescentado, bem como existem ainda fortes *guidances* tributárias europeias em matéria de tributação sobretudo das pessoas coletivas.

É ainda de relevar a influência europeia em matéria de tributação no que concerne à prevenção ou proibição de Auxílios de Estado, não discriminação ou interferências nas liberdades de circulação de pessoas, bens e capitais. De qualquer forma, sendo um poder soberano, a tributação é ainda da competência absoluta e reservada da administração pública.

Assim, as normas tributárias, que têm características muito próprias no seu processo legislativo por especial relevância do princípio da legalidade e da igualdade, são depois aplicadas diretamente pela máquina administrativa do Estado, desta feita por via da clássica estrutura de “Direção-Geral”, hierarquizada e com ramificações territoriais.

Por outro lado, é de relevar que existe autonomia administrativa, no sentido de a Autoridade Tributária e Aduaneira ter autonomia nos atos de gestão corrente, na gestão do dia-a-dia da entidade, sem que se ultrapassem as linhas das decisões da competência de órgãos superiores. Nestes termos, a autonomia administrativa é limitada, quanto mais não seja pela ausência de autonomia financeira. E nem seria séria uma defesa de independência de serviços relacionados com a tributação, uma vez que seria um passo no sentido duma certa “privatização” da ação de tributação. Sendo um poder público, será a administração pública a proporcionar esse serviço.

Por outro lado, não é descurar a tremenda evolução dos serviços públicos de tributação nos últimos 30 anos. A Administração Tributária foi talvez o ramo dos serviços administrativos do

Estado que passaram por uma verdadeira revolução em termos de funcionamento que resultou num aumento significativo da eficiência na liquidação e cobrança de impostos. De facto, a tecnicidade que o sistema tributário atingiu estava a favorecer o contribuinte que aproveitava a ineficiência e ausência de meios da Administração Tributária para a fraude, elisão e fuga em geral ao pagamento de impostos, com resultados muito satisfatórios para os perpetradores.

A modernização tecnológica e técnica dos serviços, bem como a própria aposta em incentivos aos funcionários que passaram a ter uma parcela do seu vencimento anexada aos resultados da receita tributária efetivamente cobrada, levou a que a administração tributária seja um exemplo na modernização e eficiência. Mas foi um esforço do Estado dentro da sua administração. Isto porque existia um interesse muito enfatizado relativamente à melhoria na cobrança e combate à fuga e evasão fiscais.

A eficiência na cobrança seria o melhor indicador da aposta na modernização administrativa da máquina tributária. E de facto ocorreu uma substancial melhoria na liquidação e cobrança de tributos. Mas o reverso da medalha foi um aumento da litigiosidade para o qual o sistema não estava preparado.

Por um lado aumentaram os litígios administrativos, ainda de procedimento tributário a terem de ser tratados pelos órgãos hierarquicamente superiores da administração tributária. Neste ponto, a aposta foi na formação e integração de recursos humanos nos serviços com vista à resolução tão célere quanto possível de recursos hierárquicos ou reclamações graciosas.

O certo é que se a administração já teve mais dificuldades em se adaptar a esta vaga de litigiosidade pós incremento de eficiência na liquidação e cobrança de tributos. Mas sobretudo houve uma total inadequação do poder judicial a este boom litigioso.

Mesmo depois da reforma de 2002 que voltou a implementar os tribunais com competência fiscal, isso não resolveu o tremendo atraso nas decisões judiciais quer de 1ª instância mas sobretudo no que concerne às instâncias superiores.

Um passo importante para a resolução de alguns problemas judiciais relativamente a matéria tributária foi a criação da Arbitragem em Matéria Tributária, com a criação do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária.

Na Lei do Orçamento de Estado para 2010 foi dada autorização para o Governo legislar sobre a matéria, o que veio a suceder em 2011, com a criação deste novo Regime Jurídico através do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. De facto, a Arbitragem Tributária, um regime atípico de resolução de litígios tributários e que ainda era estranho mesmo para outras áreas jurídicas, acabou por se estabelecer e funcionar.

Contudo, não veio resolver o *backlog* existente nas decisões judiciais sobre matéria tributária. Apenas garantiu um acesso diferenciado à justiça para casos muito específicos, tendo sido um mecanismo aproveitado sobretudo por pessoas coletivas para resolução mais célere das contendas jurídicas com o Fisco.

Ora, claro se torna que embora a regulação e a tributação advenham de poderes públicos, a orgânica é substancialmente diferente, estando a Regulação organizada de forma multinível, com maior autonomia da Administração Central, enquanto a orgânica associada à tributação seja um exemplo típico de braço administrativo do Estado.

As exceções a esta situação são os casos de delegação de poderes tributários, relativamente a tributos que podem ser liquidados e cobrados por entidades públicas de base territorial, como o caso das taxas das autarquias locais ou por entidades de base não territorial, como o caso das entidades reguladoras que podem liquidar e cobrar tributos cuja receita esteja consignada ao seu financiamento.

Nestes casos, temos entidades administrativas com poderes que lhe foram delegados pelo legislador com vista à liquidação e cobrança de determinados tributos, mormente tributos comutativos que são fontes de financiamento dessas mesmas entidades.

No caso das Autarquias Locais, a orgânica associada à liquidação e cobrança são os serviços municipais que fazem parte integrante da administração local do Estado. Mantém-se, portanto, a matriz eminentemente pública.

No caso das entidades reguladoras, as mesmas detêm poderes tributários muito limitados, podendo liquidar e cobrar tributos associados à sua atividade, tributos esses que são aplicáveis aos regulados do sector regulado por essa mesma entidade.

No caso de não pagamento voluntário, já aqui escarpelizamos que os serviços administrativos da Autoridade Tributária podem vir a ser chamados para efetivarem a cobrança coerciva. Tal deve-se à natureza da dívida que torna imperativa a intromissão do Estado na sua cobrança com mecanismos próprios da execução fiscal.

Curiosamente, mesmo quando a receita não seja para cobertura de despesas gerais do Estado, como acontece na maioria dos impostos, o Estado mantém o interesse na execução da dívida tributária uma vez que está a coberto do interesse público subjacente ao próprio tributo.

De notar que qualquer tributo, como já aqui referimos, tem natureza de prestação pecuniária coativa, natureza essa que se traduz numa reivindicação imediata na sua cobrança.

Os créditos tributários têm privilégios creditícios, conforme dispõe, por exemplo, o artigo 50º da Lei Geral Tributária, entre outras normas específicas. Nestes termos, a sua cobrança por via de processo de execução é, por si só, um privilégio por se poder utilizar a máquina oleada da Administração Tributária.

7.1.1.3. Elemento normativo: os instrumentos

A Regulação e a Tributação são fenómenos jurídicos: o poder do Estado, legitimado pelo consenso social, estabelece regras ou normas de conduta, por via de normas jurídicas que têm como característica a sua “força”, no sentido de coercibilidade, imperatividade. O Estado emana as regras de comportamento, regras essas que são obrigatórias e por isso se distinguem das demais regras que se limitam a constatar fenómenos.

Conforme ensina Germano Marques da Silva¹⁶⁷⁷, *“As regras jurídicas caracterizam-se ainda por serem regras de dever ser e não do ser; não se limitam a constatar fenómenos, como sucede, por exemplo, com as regras da física, da química, da meteorologia, da mecânica; são normativas, estabelecem regras de comportamento que é dever observar.”*

¹⁶⁷⁷ Cfr. Germano Marques da Silva, “Introdução ao Estudo do Direito”, Universidade Católica Editora, 2015, p.178 e ss.

As normas jurídicas completas são compostas por uma previsão (antecedente) e uma estatuição (consequente). A previsão é o facto ou omissão ou comportamento que tem uma consequência. A estatuição da norma remete exatamente para a concreta consequência para quem tiver esse comportamento. E é a partir destes elementos que se forma o silogismo judiciário. Assim, a premissa maior é constituída pela norma, a premissa menor pela situação concreta da vida subsumível à previsão da norma e a conclusão é a consequência jurídica prescrita na estatuição da norma.

Mas esta estrutura é aplicável a normas puras ou autónomas. Isto porque nos ordenamentos jurídicos aparecem cada vez mais situações em que as normas só fazem sentido quando relacionadas com outras, que se completam, restringem ou esclarecem.

Sendo o Direito uma ciência eminentemente social, as normas jurídicas são bilaterais, no sentido de terem dois destinatários: o sujeito de um dever, por um lado, e o titular do correlativo direito, por outro. Deste modo distinguem-se das normas unilaterais como as normas morais.

A norma jurídica contém um comando, ou seja, tem como característica a sua imperatividade. Contudo, mesmo quando comandam comportamentos humanos, as normas são dirigidas a pessoas livres que podem optar por desobedecer às normas.

Por isso mesmo uma das características das normas jurídicas é a sua violabilidade. Quem violar a norma jurídica pode acarretar com as devidas consequências que são, inclusivamente, do conhecimento do perpetrador.

A norma jurídica é abstrata e geral. Abstração significa que a norma prevê a conduta necessária pela indicação dum padrão ou modelo de conduta, com características fundamentais mas não com todas as particularidades concretas de uma única conduta irrepetível¹⁶⁷⁸. E fá-lo pensando numa generalidade de destinatários (e não apenas numa pessoa concreta).

A generalidade significa que a norma é estabelecida para todos os destinatários que se encontrem ou se venham a encontrar na situação que a norma prevê.

Já dissemos que a norma jurídica pode ser violada, ou seja, nem sempre se impõe o seu cumprimento. Contudo, há o estabelecimento de sanções para quem a viola, bem como podem existir mecanismos que impeçam a sua violabilidade. Esta característica é a coercibilidade da norma jurídica.

Contudo, nem todas as normas são coercivas, ou seja, nem sempre são impostas sanções pelo não cumprimento de normas. A coercibilidade é uma característica muito marcante no que concerne aos tributos que, por natureza, são prestações pecuniárias coercivas.

Conforme bem sumariza Germano Marques da Silva¹⁶⁷⁹, *“A ordem jurídica ordena, proíbe ou permite e fá-lo através de normas perpectivas, de normas proibitivas e de normas permissivas, respetivamente.”*

Quando a ordem jurídica pretende ordenar ou proibir utiliza imposições, como por exemplo quando obrigam os contribuintes a pagar impostos ou obrigam os condutores a circular pela direita (normas perpectivas). Também são imposições as normas proibitivas como as que punem

¹⁶⁷⁸ Cfr. Germano Marques da Silva, “Introdução ao Estudo do Direito”, Universidade Católica Editora, 2015, p.183 e ss

¹⁶⁷⁹ Cfr. Germano Marques da Silva, “Introdução ao Estudo do Direito”, Universidade Católica Editora, 2015, p.186 e ss.

o homicídio, roubo ou furto. As normas permissivas permitem ou dão permissão a determinados comportamentos.

As normas jurídicas também podem ter amplitude territorial diversa, ou seja, normas aplicáveis a nível nacional, regional ou local. No caso dos tributos, os que são fixados pelas autarquias locais, por exemplo, têm essa delimitação devido à competência territorial limitada das autarquias. Também existem regras tributárias específicas para as regiões autónomas, aplicáveis apenas no território das mesmas.

As normas gerais constituem o regime regra sendo as normas excecionais as estabelecidas para uma parte restrita. As normas excecionais são um regime oposto ao regime regra. Por exemplo, a isenção de tributação é geralmente uma norma excecional.

De relevar que as normas excecionais não são passíveis de interpretação analógica exatamente pela sua natureza excecional.

Depois podemos ainda encontrar a classificação de normas jurídicas gerais e especiais, sendo que as normas especiais regulam factos que estariam a coberto da norma geral se a especial não existisse. O caso de crimes onde existem factores que podem causar especial censurabilidade e agravamento de pena.

A regra especial sobrepõe-se, em regra, à geral.

Atendendo ao critério da sanção aplicada pela violação da norma, temos:

- a) normas cuja sua violação acarreta nulidade e ainda outra sanção;
- b) normas cuja sua violação acarreta somente a nulidade do ato;
- c) normas cuja sua violação acarreta uma sanção diferente da nulidade do ato;
- d) Normas cuja violação não acarreta sanção.

Quando atendemos à autonomia privada, temos regras imperativas quando a conduta que estatuem é obrigatória; regras dispositivas quando a mesma pode ser afastada pela vontade dos interessados; normas interpretativas cuja função será determinar o alcance e sentido de certas expressões ou condutas.

De relevar que as normas podem ser codificadas, quando estão organizadas de forma sistemática, ou manter-se como legislação avulsa ou extravagante.

Ora, esta descrição sintética do tipo de normas jurídicas que podemos encontrar serve-nos para recordar que quer a Regulação como a Tributação têm na sua génese normas. Isto porque continua a ser o Estado a emanar as regras, por via normativa, relativamente às intervenções reguladoras ou tributação a ser feita.

Os instrumentos normativos é que podem ser relativamente diferenciados, até porque, como já aqui se escalpelizou, os tributos em particular têm especiais características, constitucionalmente previstas, inclusivamente no que concerne a questões de legalidade. Nestes termos, os impostos têm necessariamente de passar pelo crivo da Assembleia da República, pelo que há que atender às formalidades constitucionais relativamente às normas fiscais.

Mas não só. As normas fiscais têm obrigatoriamente de conter elementos constitucionalmente previstos, tais como a determinação de incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes. As normas fiscais também não podem, genericamente, ser retroativas.

Materialmente, as exigências das normas fiscais também advêm de normas constitucionais, prevendo-se funções para cada tipo de imposto, bem como garantias de aplicação do princípio da igualdade.

Muito embora as taxas e contribuições já não tenham limitações constitucionais tão específicas, o certo é que se mantém a necessidade de adequação das normas tributárias aos princípios da legalidade e igualdade. Até porque os tributos são prestações pecuniárias coercivas, o que se traduz em normas imperativas, dotadas de coercibilidade e cuja violação resulta numa sanção contraordenacional ou até penal.

Os benefícios tributários serão normas excepcionais uma vez que consagram uma exceção ao regime regra, sendo elas próprias específicas uma vez que violam o princípio da igualdade devendo invocar-se razão suficiente para tal.

Por outro lado, em termos normativos, sabemos ainda que na tributação podemos encontrar normas regionais e normas locais, muito devido aos poderes tributários atribuídos às regiões autónomas e às autarquias locais.

Depois temos a questão dos conceitos indeterminados que levam às normas regulamentares e normas interpretativas. Conforme já referimos anteriormente, e seguindo de perto Ana Paula Dourado¹⁶⁸⁰, o princípio da tipicidade fiscal não é violado caso a lei seja vaga.

A lei, relativamente aos impostos, tem de cumprir com os requisitos legais, ou seja, constando os elementos essenciais do imposto, em cumprimento com a orientação política dada pelo Parlamento ou de acordo com as autorizações parlamentares (no caso de legislação do Governo). Contudo, face à vaguidade de determinadas leis fiscais, pode ser necessário proceder-se à emissão de normas interpretativas. Por outro lado, é comum a concretização da lei fiscal com regulamentos, mais técnicos ou que concretizam os conceitos vagos ou indeterminados emanados pela lei fiscal.

De relevar ainda em matéria fiscal a especificidade das informações vinculativas, previstas no artigo 68º da Lei Geral Tributária e que, após emitidas vinculam a Administração Tributária à sua interpretação concreta relativa à situação tributária do sujeito passivo.

Nestes casos, a Administração Tributária faz a aplicação e interpretação das normas tributárias relativamente a uma situação concreta e vincula-se a essa interpretação, salvo alterações substanciais da situação tributária do sujeito passivo.

As informações vinculativas “caducam em caso de alteração superveniente dos pressupostos” em que assentaram (n.º 15 do artigo 68.º) e a lei prevê, ainda, a possibilidade de as informações vinculativas poderem ser revogadas, mas só com efeitos para o futuro, e sempre com a salvaguarda dos direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos (n.º 16 do artigo 68.º da Lei Geral Tributária). As informações vinculativas vinculam administração e sujeitos passivos relativamente à situação concreta em que foi emitida.

Por outro lado, temos ainda os ofícios-circulados e outras orientações genéricas da Administração Tributária que são instruções hierárquicas dadas aos serviços no sentido de uniformização de interpretação e aplicação de normas tributárias.

¹⁶⁸⁰ Cfr. Ana Paula Dourado, “O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, Almedina, 2015, p. 357 e ss.

Neste caso e conforme dispõe o artigo 68ºA da Lei Geral Tributária, a Administração Tributária está vinculada ao teor dessas instruções administrativas mas os contribuintes não. Assim, as decisões administrativas tomadas pela Administração Tributária tendo como fundamentação instruções administrativas são sindicáveis pelos contribuintes, mormente por via judicial. Contudo, há que relevar que estes ofícios, circulares, instruções são, de certa forma, uma manifestação de *soft law*, muito característica dum *novel* direito administrativo¹⁶⁸¹.

Ora, já no que concerne à Regulação, a mesma utiliza diferentes instrumentos jurídicos sendo de notar que se utilizam essencialmente instrumentos de Direito Administrativo com *nuances* ou alterações adequadas às funções deste Estado Regulador ou Estado Garantia.

Isto porque o Direito Administrativo foi “invadido” por figuras muito próximas do Direito Privado atendendo às alterações operadas pela própria Regulação.

Repare-se que o Estado Social vivia essencialmente de intromissões diretas do Estado na Economia. O Estado passava a agir diretamente como agente do mercado. A passagem para o Estado Regulador ou Estado Garantia provocou uma mitigação da utilização das estruturas administrativas públicas, bem como se reformularam as próprias figuras jurídicas. Houve, de facto, uma certa mitigação de figuras clássicas do Direito Administrativo com a introdução de características de direito privado.

O próprio modelo de regulação pode ser influenciador da utilização de novos instrumentos normativos. Na heterorregulação a utilização de instrumentos jurídicos tipicamente públicos são a regra. A própria Lei, os atos administrativos e os regulamentos são exemplos desses instrumentos jurídicos tipicamente públicos, mesmo quando reformulados à luz do novo Estado regulador. Mas assistiu-se à institucionalização de instrumentos jurídicos privados, porque proliferou também a autorregulação. Assim, os códigos de conduta, os regulamentos privados ou contratos privados passaram a ser também utilizados nesta autorregulação.

Ora, quando não são utilizados instrumentos jurídicos públicos na regulação e esta afete terceiros pode estar em causa a própria legitimidade dos atores privados. E por isso a independência das entidades reguladoras deve ser reforçada face aos próprios regulados para evitar a captura do regulador.

A regulação não se resume à aprovação de diplomas legislativos a aprovação de normas jurídicas. A regulação é uma atividade administrativa que foi confiada, primeiro, a órgãos da administração pública e, agora, às entidades administrativas independentes, as entidades reguladoras. Assim, para além da legislação, temos como instrumentos jurídicos de concretização da atividade de regulação os atos, contratos e regulamentos administrativos.

É certo que na tributação também existe esta ação administrativa por via de atos administrativos. Repare-se, por exemplo, no simples ato de liquidação de um tributo que é um ato administrativo, inclusivamente impugnável judicialmente.

Mas na regulação é muito clara a utilização destes mecanismos jurídicos. Pensemos na concessão de licenças ou autorizações que são atos administrativos comuns desencadeados pela administração pública ou entidades reguladoras. Contudo, sem dúvida que o Estado Regulador alterou substancialmente os instrumentos jurídicos.

¹⁶⁸¹ Adiante faremos uma abordagem mais concreta deste *soft law* do Direito Administrativo que assume especial relevância no âmbito da Regulação.

Por um lado houve um aligeiramento dos controlos públicos sobre a iniciativa económica privada com a chamada *soft law*, que engloba formas de regulação das condutas humanas mas cujo incumprimento não envolve sanção. Falamos, por exemplo, das recomendações, estudos técnicos, diretivas, muitas vezes produzidas pelas entidades reguladoras mas que são sobretudo uma forma de avaliação e indicação de caminhos a seguir. Estes instrumentos de *soft law* podem ter natureza pública por serem emanados por entidades administrativas mas também podem ser elaboradas e aprovadas por entidades privadas como as ordens profissionais.

Por outro lado, os “velhos” instrumentos jurídicos usados pelas entidades administrativas também sofreram alterações, sobretudo os regulamentos administrativos, atos administrativos e contratos. Uma das razões destas adaptações dos “velhos” instrumentos jurídicos prende-se com a concretização das obrigações de serviço público, serviço universal ou prestação de serviços de interesse geral que, constando em atos administrativos ou contratos, desvirtuaram a relação geralmente bilateral do direito administrativo (entre Estado e administrado) para interpor terceiro(s) nesta relação, passando a uma relação jurídica multilateral.

Acresce que, a gradual autonomização das entidades reguladoras transformou o Direito Administrativo no sentido de incorporar essa mesma autonomia e crescente tecnicidade, especificidade dos próprios atos.

Vejamos alguns pontos interessantes sobre os instrumentos normativos que a regulação passou a utilizar.

A regulação tradicionalmente usa instrumentos normativos de direito público, obrigatórios, injuntivos e coativos. Contudo, surgiram normas de *soft law*, um direito informal não coativo e que se baseia na flexibilidade e negociação, de base sobretudo técnica. Este *soft law* é um Direito não obrigatório, cujo incumprimento não é objeto de sanção.

As primeiras manifestações de *soft law* aparecem no Direito Internacional, onde o consenso não é fácil de encontrar e por isso mesmo se utilizaram estes instrumentos com vista a preparar a introdução de normas vinculativas posteriormente.

O próprio Direito da União Europeia tem sido pródigo na utilização deste tipo de metodologia, sobretudo em áreas políticas onde não é fácil chegar a consensos, como políticas fiscais. Até porque o *soft law* pode ser utilizado em vários domínios e independentemente das competências que as instituições tenham.

Assim, proliferam as recomendações e pareceres, sem carácter vinculativo mas que inferem uma pressão mediática e política sobre os comportamentos padrão a serem tomados.

As instituições europeias acabam por fazer uma pressão em cascata, ou seja, pressionam também as instituições nacionais a produzirem e adotarem instrumentos de *soft law*. Assim, o próprio Direito da União Europeia tem funcionado como motor de alterações do Direito Administrativo nos Direitos internos, impulsionando a utilização de diretivas não vinculativas, recomendações ou normas de orientação como instrumentos administrativos regulatórios.

Este *soft law* põe em causa o tradicional elenco das fontes de direito que consideram a ordem jurídica como uma ordem normativa imperativa e cujo incumprimento será sempre sancionado. De facto, autores como Freitas do Amaral¹⁶⁸², consideram que o *soft law* não é verdadeiro

¹⁶⁸² Cfr. Diogo Freitas do Amaral, “Manual de Introdução ao Direito”, Volume I, Coimbra-Almedina, 2004, p. 62 e ss.

Direito porque lhe falta o elemento sancionatório que é essencial ao conceito de Direito, sendo consideradas recomendações jurídicas.

Por outro lado, conforme refere Marisa Apolinário¹⁶⁸³, “(...) entendemos que o facto de se tratar de normas de conduta que não são obrigatórias e cuja violação não é punida, não impede as mesmas de produzirem, ainda assim, determinados efeitos jurídicos indirectos.”

Este tipo de instrumentos normativos podem assumir valor jurídico, nomeadamente como instrumento interpretativo de outros instrumentos jurídicos vinculativos ou como instrumento preparatório para a posterior adoção de outro que seja vinculativo.

Por outro lado, o facto de as normas de *soft law* não serem obrigatórias e não existir sanção para o seu incumprimento não significa necessariamente que as mesmas não sejam cumpridas até porque o seu processo de criação implica uma lógica de concertação, de negociação e por isso os seus destinatários anuíram com as mesmas. O que quer dizer que não sendo uma imposição mas antes uma negociação ou concertação, as normas de *soft law* são genericamente aceites e cumpridas voluntariamente.

Com o crescimento da neorregulação, as normas de *soft law* tiveram também um papel preponderante, passando a nelas contar uma espécie de princípios da regulação, repetidos em ocasiões que se tornam nas próprias normas naturais.

Como exemplos bastante consolidados da *soft law* no Direito Administrativo português, encontramos as circulares, instruções, comunicações internas que se destinam fundamentalmente à organização do funcionamento interno dos serviços. Mas temos, por exemplo, as entidades reguladoras a emanar *soft law* aplicável não apenas aos serviços administrativos mas aos agentes do mercado sectorial, por via de códigos de conduta, diretivas, normas de orientação ou diretivas. Aliás, os próprios operadores privados podem também emitir normas de *soft law*, sobretudo quando organizados, por exemplo, em associação (profissional, de consumidores, de produtores, etc..).

Não é incomum existirem, por exemplo, consultas públicas a partir das quais se conseguem organizar objetivos ou sugerir ações para colmatar falhas ou melhorar o funcionamento das instituições.

Por outro lado, a própria Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, prevê no n.º 2 do Artigo 40º a possibilidade destas entidades emitirem recomendações, pareceres, diretivas genéricas, códigos de conduta, etc. – Cfr. Artigo 40º n.º 2 alíneas b), c), d) e e) da Lei n.º 67/2013. Nestes termos, a emissão destas normas de *soft law* são uma forma de ordenação do mercado e de dar diretrizes, mesmo que sem coercibilidade, aos agentes.

Com o Estado Regulador ou Garantia, as intervenções estaduais na economia deixam de ser maioritariamente diretas. Mas, o Estado mantém a utilização dos “velhos” instrumentos do Direito Administrativo – regulamento, ato administrativo e contrato – como instrumentos jurídicos para exercer a regulação.

Deixámos de ter um “Estado empresário” que intervinha diretamente no mercado, como produtor de bens e prestador de serviços, para termos um Estado Regulador que entregou a privados essas tarefas e que agora tem de controlar e supervisionar a atividade destes.

¹⁶⁸³ Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 342 e ss

O Estado mantém o uso, sem que exista um critério específico para a utilização de cada instrumento jurídico a não ser de ordem prática, destes instrumentos já bem conhecidos do Direito Administrativo.

O legislador utiliza, no âmbito do seu poder de livre conformação e atendendo aos limites constitucionais vigentes, mas têm-no feito numa forma que pode colocar até em questão a própria natureza dos instrumentos. O exemplo típico é o uso dum contrato de concessão de serviço público para regular a atividade do privado que vai garantir esse serviço público.

Mas, até onde vai a liberalização destas atividades que estavam no âmbito da administração pública e agora são entregues a privados mas com extensas limitações.

No que respeita aos regulamentos administrativos, os mesmos constituem hoje uma fonte de direito autónoma em relação à Lei. Tal deve-se ao facto de se ter alargado a função do regulamento administrativo para além da sua função de, passe o pleonismo, de regulamentar a Lei. O regulamento administrativo teve substancial desenvolvimento com o Estado Social uma vez que passou a ser utilizado para colmatar tanto quanto possível as diversas situações que mereciam tutela jurídica mas que a Lei não conseguia antever.

Para além da sua tradicional função de concretização ou desenvolvimento do poder legislativo, o poder regulamentar passou a ser preponderante na emissão de normativos técnicos, por exemplo. Assim, o regulamento administrativo passa a ser importante instrumento normativo primário, comparável a Lei. Esta evolução trouxe naturalmente uma discussão em torno da própria legitimidade democrática do poder regulamentar.

Mas, independentemente da celeuma, o certo é que o poder regulamentar se desenvolveu na administração, mormente no que concerne às entidades reguladoras. Nos termos do já mencionado artigo 40º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras – Lei n.º 67/2013, podemos perceber que o n.º 2 alínea a) prevê exatamente esse poder de elaboração e implementação de regulamentos.

Continua, portanto, a ser um instrumento importante no âmbito da regulação, sobretudo no que concerne a normas mais técnicas. Aliás, a regulamentação emanada pelas entidades reguladoras surgiu exatamente devido à necessidade dum desenvolvimento técnico das Leis, tendo depois sucessivamente sido autonomizado esse poder regulamentar mas mantendo essencialmente a matriz técnica.

Geralmente estes regulamentos emitidos pelas entidades reguladoras são sobre matérias secundárias ou acessórias, ou seja, não versam sobre matéria de primordial relevância. Este aspeto é, aliás, um motivo de despreocupação relativamente à legitimidade dos regulamentos enquanto normativos primários uma vez que os mesmos são geralmente utilizados acessoriamente à Lei. De relevar que o poder regulamentar está naturalmente limitado pelos princípios constitucionais e pela Lei, não podendo, mesmo detendo um grau de autonomia, ser desconforme às matérias de reserva de lei da Assembleia da República.

Por outro lado, quanto mais vaga e imprecisa for a Lei mais espaço existe para que o regulamento administrativo passe a ocupar um lugar de maior preponderância. Com isto pretendemos dizer que o próprio poder político, quando legisla de forma vaga e indeterminada deixa ampla margem, sobretudo técnica, para o poder regulamentar.

E isto acontece quer na área da Regulação, onde os regulamentos administrativos podem assumir um poder normativo primário sobretudo em áreas técnicas ou até na tributação, quando a Lei deixa a tecnicidade dos procedimentos para a Administração decidir.

Assim, o regulamento administrativo pode ocupar um lugar deixado propositadamente pelo legislador, assumindo o mesmo que a administração está em melhores condições para colmatar essa necessidade de desenvolvimento técnico.

O certo é que o regulamento administrativo tem menor visibilidade do que a Lei e, pela sua tecnicidade, pode tornar-se mais opaco. Essa opacidade traz outro tipo de problemas, não associados a falta de legitimidade formal mas antes à técnica de legística e eventuais dúvidas materiais ou substantivas. Esta opacidade não pode colocar em causa os objetivos e finalidades das normas, mormente os fixados pela Lei.

A regulação, enquanto atividade, é uma forma de intervenção do Estado na atividade económica de forma a orientar, coordenar ou controlar comportamentos dos agentes económicos ou a condicionar a sua atividade.

Ora, o regulamento administrativo é um instrumento valioso no que concerne ao estabelecimento de regras de conduta social dos agentes económicos, consumidores, produtores e a própria administração pública.

Naturalmente, o regulamento administrativo prosseguirá os fins da regulação, ditados pela própria política regulatória, mas utiliza sobretudo uma técnica condicionadora, produzindo efeitos jurídicos em direitos, liberdades e garantias. Porque a própria regulação assim o prossegue!

A limitação destes direitos por regulamentação administrativa não passa duma espécie de efeito cascata, porque a Lei prevê objetivos e finalidades que naturalmente se estendem aos regulamentos administrativos e assim se vai afetando, por exemplo, a liberdade de iniciativa privada e o direito da propriedade.

Outro fenómeno ocorreu com a renovação da figura do regulamento administrativo que foi aplicar-se a ações entre privados. Tradicionalmente o regulamento administrativo continha normas jurídicas que se destinavam a disciplinar a organização interna dos serviços públicos e as relações entre administração pública e os particulares.

Contudo, os regulamentos administrativos emanados hoje, por exemplo por entidades reguladoras, aplicam-se, não poucas vezes, à própria atuação dos agentes do mercado, ou seja, a atividade dos privados e suas relações¹⁶⁸⁴. Tal sucede porque a regulação utiliza o direito administrativo como um direito para a satisfação de necessidades coletivas e abstrai-se da natureza jurídica dos sujeitos envolvidos. Assim, a finalidade supera os meios, dando-se uma invasão do direito público em áreas privadas¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸⁴ Aliás esta situação gerou alguma discussão na doutrina administrativista relativamente à natureza do regulamento público e regulamento privado, uma vez que pode fazer-se a distinção entre as duas figuras consoante os seus destinatários. Contudo, somos de opinião que não pode a natureza do regulamento definir-se exclusivamente pelos destinatários que visa mas também pelo tipo de órgão que o emana (critério formal) e o alcance material da norma (critério material).

¹⁶⁸⁵ A este propósito há que verificar as origens desta fuga para o direito privado do direito administrativo, tema extremamente bem analisado na tese de Doutoramento da Professora Doutora Maria João Estorninho, “A fuga para o Direito Privado”, Almedina, 2009.

O segundo instrumento jurídico mais utilizado pela regulação é o ato administrativo, cujo conceito, inicialmente muito associado à determinação do direito aplicável ao particular, de forma autoritária, tem vindo a amenizar-se com a introdução da prossecução dos interesses públicos através da satisfação de interesses privados, a quem presta bens e serviços.

Vasco Pereira da Silva¹⁶⁸⁶, reconhece que o ato administrativo sofreu alterações conforme o modelo de Estado vigente: “(...) o Estado Liberal, com a sua noção de administração agressiva, trouxe consigo um modelo de acto administrativo desfavorável ou autoritário; tal como o Estado Social, com o surgimento da administração prestadora, implicou a criação da figura do acto administrativo favorável; e o Estado pós-social, com a aparição da administração conformadora ou de infra-estruturas, fez surgir o acto administrativo multilateral ou de “eficácia em relação a terceiros”.

De facto, num contexto de liberalização e privatização de serviços públicos essenciais, o Estado passa a atuar como regulador e supervisiona os atos dos agentes no mercado, pelo que a sua função se transforma.

Certo é que mudando as funções, o Estado tem de agir com instrumentos condicentes, passando o ato administrativo a um papel de controlo público, em relação ao acesso ao mercado por parte dos agentes económicos e assume ainda um papel relevante na forma do exercício dessas atividades agora prestadas por privados.

O ato administrativo surge como o ato de atribuição ou reconhecimento de direitos dos particulares – como no caso das licenças para exercício de determinada atividade – mas também como instrumento de realização do interesse público. Este segundo aspeto é prosseguido quando o ato administrativo assegura que o privado tem condições para prestar uma atividade ou serviço de interesse geral e que o fará de acordo com determinados parâmetros impostos pela entidade pública.

Surgem, portanto, os atos administrativos autorizativos – autorizações ou licenças – contendo muitas vezes ainda encargos acessórios que impõem encargos ou deveres específicos ao privado. Estes atos administrativos distinguem-se dos tradicionais atos administrativos permissivos uma vez que acrescentam agora uma responsabilidade pública de assegurar, de garantir determinados serviços públicos com padrões pré-determinados. Ou seja, o ato administrativo não se limita a atribuir um direito ou a autorizar o exercício de determinada atividade, vai mais longe e determina também deveres por respeito a determinados valores que o Estado segue.

Tal deve-se ao facto da transferência para os privados da produção de bens ou prestação de serviços de interesse geral que tradicionalmente se encontravam na esfera do Estado. Assim, o Estado tem de garantir que tais bens ou serviços existem e são de acesso geral pelo que impõe aos privados determinados deveres.

O ato administrativo passa a ser dado não porque se põe em causa o interesse público mas porque o mesmo contribui para a realização desse interesse público¹⁶⁸⁷. É um ato de controlo da atividade dos particulares e, indiretamente, um mecanismo de intervenção do Estado na economia.

¹⁶⁸⁶ Cfr. Vasco Pereira da Silva, “Em Busca do Acto Administrativo Perdido”, Almedina, 1998, p. 100 e ss.

¹⁶⁸⁷ Cfr. Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 391 e ss.

Então será que voltamos a um ato administrativo autoritário e fiscalizador? Não propriamente. Temos antes novos atos administrativos de controlo de acesso e em relação ao exercício de atividades de interesse público.

Isto porque estas atividades de interesse público eram consideradas públicas por serem prestadas exclusivamente pelo Estado mas, durante as últimas três décadas, temos assistido a uma *despublicitização* destas atividades, passando as mesmas a encontrar-se em regime de mercado concorrencial. Mas isto não significa que estas atividades tenham passado a ser exercidas sem controlo público. Antes pelo contrário.

Assim, estes atos administrativos de controlo são atos jurídicos unilaterais, praticados por uma entidade administrativa com poderes de regulação sobre um determinado sector económico de interesse geral, que visam regular a atividade dos seus destinatários de forma a cumprir determinados objetivos que cumpre ao Estado assegurar.

Ora, estas mudanças obviamente trouxeram alterações substanciais nos critérios tradicionais de distinção e qualificação de atos administrativos como Autorizações, Licenças ou Concessões, em que se tiveram de incorporar estas novas funções subjacentes às alterações das funções do Estado Regulador.

Por último, outro instrumento jurídico que é utilizado é o contrato de concessão de serviços públicos que permite a transferência da responsabilidade pelo exercício duma atividade pública para um privado.

Num contexto de liberalização e privatização dos serviços económicos de interesse geral, o contrato de concessão de serviços públicos ainda permanece mas esta nova responsabilidade pública de garantia dá lugar ao aparecimento duma nova figura contratual que são os contratos regulatórios. Estes contratos surgem, fundamentalmente, como mecanismos de cumprimentos ou formas que a Administração Pública tem de garantir o cumprimento ou prossecução de interesses públicos. Este é o exemplo mais cabal da mudança substancial dum Estado prestador para um Estado regulador, em que assume a responsabilidade de garantia e não já de prestação direta ou execução.

A execução está entregue aos privados e o contrato regulatório surge como um dos instrumentos fundamentais na regulação das atividades económicas, sendo uma forma de regulação bilateral, que pressupõe uma certa concertação entre as entidades reguladoras e os regulados.

É um instrumento mais flexível podendo constituir uma alternativa a formas de regulação pública direta. Isto porque estes contratos regulatórios podem ser celebrados entre Administração e privado – como os tradicionais contratos de concessão – mas também entre privados, com a intervenção de indireta de entidades públicas e onde se estabelecem direitos e deveres das partes contratantes tendo em vista o bom funcionamento do mercado. Este instrumento pode, portanto, ser um instrumento de heterorregulação mas também de autorregulação.

Estes novos contratos não são os tradicionais contratos públicos mas também não se enquadram no direito privado, na aceção de liberdade e conciliação de vontades privadas. Existe neste caso uma forma de controlo das partes por estarem em causa o cumprimento de objetivos e tarefas ligadas à ordem pública. E esse facto implica a limitação da vontade dos contratantes.

Os contratos regulatórios são atos bilaterais, vinculativos, que se destinam a regular o exercício de atividades ligadas à prestação de serviços de interesse económico geral. Estes contratos disciplinam vários aspetos que têm interesse para a coletividade e que ultrapassam o mero interesse das partes, nomeadamente a promoção da concorrência, eliminação de assimetrias, proteção dos consumidores, etc..

Os contratos regulatórios incluem também, nomeadamente, condições de prestação de serviço universal, controlo de qualidade do serviço, deveres de informação, segurança de abastecimento, continuidade ou regularidade do serviço, condições de acesso a determinadas infraestruturas, condições de acesso por parte de consumidores em especial situação de vulnerabilidade, entre outras condições. Reparamos que são elementos essenciais do funcionamento do mercado enquanto um todo e por isso são aspetos que não devem ficar na disponibilidade das partes e devem existir especiais cautelas para não beliscar o interesse público.

O contrato enquanto novo instrumento jurídico para a regulação trouxe várias questões doutrinárias, incluindo sobre a sua diferenciação com figuras tradicionais como a concessão de serviços públicos, contratos privados sujeitos a regulação pública entre outras¹⁶⁸⁸. Ora, verificamos, pois que a tributação e a regulação utilizam mecanismos normativos diferenciados, mesmo que sejam figuras jurídicas da área do Direito Administrativo.

Enquanto que na tributação os instrumentos jurídicos não podem desviar-se para o Direito Privado¹⁶⁸⁹, no caso da regulação a mitigação dos instrumentos administrativos tradicionais com características privatísticas tornou-se a tendência.

No caso da tributação, sendo um poder no âmbito da soberania do Estado, mesmo quando estamos perante tributos regionais, municipais ou tributos de regulação liquidados e cobrados pelas entidades reguladoras, tem de existir por parte do Estado uma atribuição de poderes tributários que são exclusivos do Estado.

No caso da regulação, a privatização e crescente autonomia das entidades reguladoras tem levado a uma sucessiva adaptação dos instrumentos jurídicos mitigando-os com incursões pelo Direito Privado.

Por fim importa referir que os mecanismos que a regulação utiliza e que são concretizados pelos instrumentos normativos incluem os mecanismos tributários, mesmo que existam diferenças significativas no que concerne aos instrumentos jurídicos utilizados para a concretização desses mecanismos regulatórios.

7.1.1.4. Elemento jurisdicional: acesso à tutela jurídica efetiva

No que concerne à tutela jurisdicional, tanto a regulação como a tributação advêm duma base de direito público, sendo que há muito que o Direito Tributário se tem autonomizado atendendo às suas especificidades. De qualquer forma, a tutela jurídica relativamente a estas duas áreas,

¹⁶⁸⁸ Para maior aprofundamento deste aspeto sugerimos Marisa Apolinário, “O Estado Regulador: o novo papel do Estado”, Almedina, 2015, p. 431 e ss

¹⁶⁸⁹ Devido à evidente natureza pública dos tributos e exigências constitucionais de legalidade.

regulação e tributação, abrangem não apenas um processo judicial mas também – por vezes até prévio e obrigatório – um recurso administrativo com base num procedimento administrativo.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental previsto na Constituição da República Portuguesa que implica o direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos individuais, não podendo as normas que modelam este acesso ser um obstáculo ao ponto de o tornar impossível ou dificultá-lo de forma não objetivamente exigível.

O tribunal que julgue a causa deve ser independente (artigo 203.º e 216.º da CRP), a sua competência tem de estar previamente definida- princípio do juiz natural (artigo 32.º, n.º 9 da CRP) - não podendo ainda a justiça ser denegada por motivos económicos (artigo 20.º, n.º 1, 2.ª parte da CRP).

O princípio da tutela jurisdicional efetiva pressupõe ainda que as partes no processo possuam um arsenal de poderes processuais que lhes permita influir na decisão final da lide, poderes em relação aos quais o legislador ordinário possui uma razoável dose de discricionariedade de atribuição, tendo, este porém, em qualquer caso, de mover-se na órbita do direito a um processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4 da CRP), e no respeito pelo princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5, in fine, consagrado a propósito do processo penal, embora extensivo, por paridade de razões, a todas as formas de processo).

O princípio da tutela jurisdicional efetiva implica ainda que a sentença emanada pelo tribunal competente obtenha plena concretização, satisfazendo cabalmente os interesses materiais de quem obteve vencimento, nomeadamente que a decisão tenha sido tomada em prazo razoável (artigo 20.º, n.º 4 da CRP), que seja respeitado o caso julgado (artigo 282.º, n.º 3 da CRP) e que a sentença seja efetivamente executada (artigo 205.º, n.º 3 da CRP).

Ora, no que concerne então à defesa judicial dos interesses dos administrados/ contribuintes, embora ambas as áreas sejam do espectro público, seguem tramitação processual diferente, seguindo regras processuais diferenciadas.

Em termos sintéticos, no que concerne ao procedimento administrativo, a regulação segue os tramites que constam para a administração pública – com as devidas adaptações determinadas pela legislação especial – que constam no Código de Procedimento Administrativo.

E no que concerne ao processo judicial, segue as normas processuais do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, sendo ainda de relevar os normativos específicos relativamente à jurisdição do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Curiosamente, a matéria hoje sob alçada do TCRS estava sobretudo centrada no Tribunal de Comércio que é uma espécie de “agregador” de matérias sem jurisdição!

No que concerne à tributação, o procedimento administrativo está regulado sobretudo na Lei Geral Tributária e no Código do Procedimento e do Processo Tributário. Este segundo conjunto normativo detém ainda as normas processuais relativamente aos processos judiciais em matéria tributária. Como também já referimos, há ainda uma outra opção relativamente à matéria tributária que é o uso da Arbitragem Tributária.

De relevar que, em matéria de tributária, o que importa para a definição do procedimento e processo a seguir é a natureza do tributo. Pelo que, mesmo sendo um tributo de regulação, desde que tenha natureza de imposto, taxa ou contribuição o procedimento e processo a seguir será o tributário e não o administrativo.

Também é de relevar que, em matéria de regulação, dependendo do tipo de litígios a jurisdição pode não ser administrativa, passando a conflitos apreciados nos tribunais judiciais ou no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Nestes termos, e conforme já em 2010 bem referia Pedro Gonçalves Pereira¹⁶⁹⁰, *“É conhecida a dispersão do contencioso da regulação pública em Portugal: dependendo das matérias objecto de litígio, os conflitos relacionados com a actividade reguladora são apreciados pelos tribunais judiciais, por vezes, pelos tribunais de comércio, bem como pelos tribunais administrativos”*

Na época, ainda sem a constituição do TCRS, o contencioso existente poderia acabar no Tribunal de Comércio em caso de não se englobar numa jurisdição específica. De relevar que, atualmente, a competência do TCRS abarca (vide artigo 2º, n.º 2 da Lei n.º 46/2011, de 24 de junho):

“1 - Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação:

a) Da Autoridade da Concorrência (AdC);

b) Da Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM);

c) Do Banco de Portugal (BP);

d) Da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM);

e) Da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC);

f) Do Instituto de Seguros de Portugal (ISP);

g) Das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão.

2 - Compete ainda ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução:

a) Das decisões da AdC proferidas em procedimentos administrativos a que se refere o regime jurídico da concorrência, bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro;

b) Das demais decisões da AdC que admitam recurso, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência.”

Percebemos, portanto que passa o âmbito desta competência especializada uma série de processos que estavam anteriormente quer na jurisdição administrativa mas também sob alçada do Tribunal de Comércio¹⁶⁹¹.

O pressuposto do presente trabalho não será fazer uma extensa diferenciação entre o procedimento administrativo e o procedimento tributário, bem como não será necessariamente

¹⁶⁹⁰ Cfr. Pedro Gonçalves Pereira, Catarina Gouveia Alves e Ana Cláudia Guedes, “O Contencioso da Regulação em Portugal – Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública”, CEDIPRE online 1, novembro de 2010, p.11 e ss.

¹⁶⁹¹ De relevar ainda a criação, em agosto de 2019, duma seção especializada no Tribunal da Relação de Lisboa para apreciação dos recursos das ações do TCRS. Ora esta decisão demonstra a atipicidade da jurisdição da regulação uma vez que supostamente deveria seguir a jurisdição administrativa e não a judicial.

premente uma apreciação das naturais diferenças entre processos judiciais, meios de defesa e garantias dos administrados/ contribuintes.

O tratamento processual e judicial é diferenciado entre regulação e tributação.

Convém, contudo escarpelizar um pouco o tipo de contencioso existente, ou seja, onde existe maior animosidade entre as posições dos regulados e dos contribuintes e tentar perceber as razões subjacentes. Até porque, duma forma ou outra, ambas as áreas abarcam entidades com procedimentos muito específicos e jurisdição judicial especializada.

Em 2010 realizou-se uma análise sobre os 10 anos de contencioso de regulação¹⁶⁹² onde se avaliou o contencioso de 13 entidades reguladoras, incluindo Banco de Portugal, Autoridade da Concorrência e o INCI, tendo sido analisado um universo de 756 processos. Ora, já nessa altura, as entidades que detinham maior número de processos eram a Autoridade da Concorrência e a ANACOM, muito devido às suas amplas competências. Mas o tipo de processo que mais imperava eram as impugnações de coimas e sanções acessórias.

De facto, a supervisão é a atividade primordial das entidades reguladoras, principalmente de autoridades como o Banco de Portugal, com especial relevância para a supervisão, e a Autoridade da Concorrência.

Curiosamente, como já aqui tivemos oportunidade de referir as entidades reguladoras não têm propriamente um procedimento homogéneo no que concerne à aplicação de coimas e, sobretudo, no que concerne à execução das mesmas. De facto, o artigo 43º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, prevê a competência das entidades reguladoras para praticar os atos necessários ao processamento e punição das infrações às leis e regulamentos cuja implementação e supervisão lhes compete mas não contempla nenhum procedimento uniforme para a punição do ilícito.

No que concerne aos procedimentos, as entidades reguladoras geralmente seguem o Regime Geral das Contraordenações e, após um procedimento onde se garante a intervenção do arguido, com apresentação de prova e defesa, a entidade reguladora toma a decisão final sobre a aplicação ou não de sanção. Desta decisão, atualmente, existe recurso de impugnação para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que são, genericamente, os processos em maior número no TCRS.

Não se pense, por isso, que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão conseguiu agregar grande parte das matérias e implementar um verdadeiro cunho de especialização padronização jurisprudencial nestas matérias. Pelo contrário.

Em outubro de 2022, a Fundação Francisco Manuel dos Santos apresentou um estudo sobre o Estado Regulador em Portugal, coordenado por Ana Lourenço¹⁶⁹³, onde se faz precisamente uma apreciação sobre os 8 anos do TCRS

¹⁶⁹² Cfr. Pedro Gonçalves Pereira, Catarina Gouveia Alves e Ana Cláudia Guedes, “O Contencioso da Regulação em Portugal – Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública”, CEDIPRE online 1, novembro de 2010, p.183 e ss.

¹⁶⁹³ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 136 e ss.

A tabela 4.13 desse estudo aponta, sem ser exaustiva, os potenciais litígios envolvendo reguladores independentes. E verificamos a amálgama de cenários possíveis e de potencial legislação aplicável:

Tabela 4.13. Potenciais tipos de litígios envolvendo reguladores independentes

Tipo de contencioso	Tribunal competente (primeira instância)	
	Cenário de base	Cenário atual
Penal		
Processos contra o regulador e seus administradores	Trib. generalista ou penal da comarca do réu	Inalterado
Contraordenacional		
Recursos contra decisões do regulador	Trib. generalista ou penal da comarca; exceto AdC: TCL	TCRS
Contraordenações aplicadas ao regulador	Trib. penal da comarca	Inalterado
Administrativo		
Processos contra os reguladores (exceto contra AdC, ao abrigo da Lei da Concorrência)	Trib. administrativo da comarca	Inalterado
Processos contra a AdC, ao abrigo da Lei da Concorrência	TCL	TCRS
Cível		
Processos cíveis em que regulador independente é A. ou R.	Trib. cível da comarca	Inalterado
Laboral		
Contencioso laboral envolvendo trabalhadores de reguladores independentes (e.g., despedimentos e infrações disciplinares)	Trib. do trabalho da comarca	Inalterado
Tributário		
Tipo de contencioso	Tribunal competente (primeira instância)	
	Cenário de base	Cenário atual
Contencioso tributário envolvendo reguladores independentes (e.g., impugnação de taxas)	Trib. administrativo e fiscal da comarca	Inalterado
Financeiro		
Fiscalização dos reguladores independentes pelo Tribunal de Contas	Tribunal de Contas	Inalterado
Constitucional		
Recursos para o Tribunal Constitucional de processos envolvendo reguladores independentes	Tribunal Constitucional	Inalterado

Este cenário demonstra que apenas uma curtíssima parte dos processos foram transferidos efetivamente para a jurisdição do TCRS, mantendo-se ainda muito contencioso na jurisdição administrativa, cível e até, lá está, nos tribunais fiscais.

No que concerne aos processos de contraordenação, que são os que acarretam maiores preocupações, a teia de legislação aplicável é de imensa complexidade. No mesmo estudo já mencionado, podemos encontrar na tabela 4.14 as leis que podem ser aplicadas pelos reguladores em processo contraordenacional. A análise cingiu-se à AdC, ANACOM e ERSE.

Se relativamente à AdC apenas terá que ser acautelada a Lei da Concorrência – L19/2012, e os artigos 101º e 102 º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, no caso da ANACOM e ERSE estamos perante dezenas de regimes.

Vejamos:

Tabela 4.14. Leis que podem ser aplicadas pelos reguladores em processos contraordenacionais (análise no cenário atual)

AdC
Lei da Concorrência (L 19/2012) e artigos 101.º e 102.º do TFUE
ANACOM
Lei das comunicações eletrónicas (L 5/2004, rev. DL 92/2017)
Lei dos Serviços Postais (L 17/2012, rev. L 16/2014)
Regime do comércio eletrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais (DL 7/2004, rev. L 46/2012)
Lei que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações (L 91/97, rev. DL 35/2004)
Regime de livre circulação, colocação no mercado e colocação em serviço no território nacional dos equipamentos de rádio e equipamentos terminais de telecomunicações e da respetiva avaliação de conformidade e marcação (DL 192/2000)
Regulação da autorização municipal inerente à instalação das infraestruturas de suporte das estações de radiocomunicações e respetivos acessórios definidos no decreto-lei n.º 151-A/2000, e adota mecanismos para fixação dos níveis de referência relativos à exposição da população a campos eletromagnéticos (0 Hz — 300 GHz) (DL 11/2003)
Regime da construção, do acesso e da instalação de redes e infraestruturas de comunicações eletrónicas (DL 123/2009, rev. DL 92/2017)
Lei de criação do fundo de compensação do serviço universal de comunicações eletrónicas (L 35/2012, rev. 149/2015)
Lei da proteção de dados pessoais e privacidade nas telecomunicações (L 41/2004, rev. L 46/2012)
Regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores (DL 57/2008, rev. DL 205/2015)
Lei que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (L 14/2008)
Regulamento do serviço público de correios (DL 176/88)
Regime de utilização do espectro radioelétrico pelas estações de radiocomunicações afetas aos serviços móvel marítimo e móvel marítimo por satélite (DL 179/97)
Regime de instalação e operação do sistema de transmissão de dados em radiodifusão (DL 272/98, rev. DL 248/2015)
Regime de acesso e de exercício da atividade de prestador de serviços de audiotexto (DL 177/99)

ANACOM
Regime aplicável ao licenciamento de redes e estações de radiocomunicações e à fiscalização da instalação das referidas estações e da utilização do espectro radioelétrico, bem como a definição dos princípios aplicáveis às taxas radioelétricas, à proteção da exposição a radiações eletromagnéticas e à partilha de infraestruturas de radiocomunicações (DL 151-A/2000)
Regime do licenciamento de estações de radiodifusão (DL 126/2002)
Regime dos serviços de radiocomunicações de amador e de amador por satélite (DL 53/2009)
Regime da proteção contra a exposição aos campos elétricos e magnéticos derivados de linhas, de instalações e de equipamentos elétricos (L 30/2010, rev. L 20/2018)
Regime que estabelece as restrições básicas ou níveis de referência referentes à exposição humana a campos eletromagnéticos derivados de linhas, instalações e demais equipamentos de alta e muito alta tensão, regulamentando a lei n.º 30/2010, de 2 de setembro (DL 11/2018)
Regime do livro de reclamações (DL 156/2005, rev. DL 371/2007, DL 118/2009, DL 317/2009, DL 242/2012 e DL 74/2017)
Lei da prioridade no atendimento dos serviços públicos e privados (DL 58/2016)
Regime aplicável às cações nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (DL 195/99, rev. DL 100/2007 e DL 2/2015)
Regime quadro das contraordenações do setor das comunicações (L 99/2009, rev. L 46/2011)
Regulamento do serviço de recetáculos postais (Dec-Reg 8/90)
ERSE
Bases gerais da organização e funcionamento do setor elétrico (decreto-lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, rev. DL 104/2010, DL 78/2011, DL 75/2012, DL 112/2012, DL 215-A/2012, DL 178/2015, L 42/2016)
Bases gerais da organização e funcionamento do setor do gás natural (DL 30/2006, rev. DL 66/2010, DL 77/2011, DL 74/2012, DL 112/2012, DL 230/2012 e L 42/2016)
Regime que desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do sistema elétrico nacional (SEN), aprovados pelo decreto-lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade (DL 172/2006, rev. DL 237-B/2006, DL 199/2007, DL 264/2007, DL 23/2009, DL 104/2010, DL 215-B/2012, L 7-A/2016, DL 38/2017, DL 152-B/2017, L 114/2017 e DL 76/2019)
Regime que desenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural (DL 140/2006, rev. DL 65/2008, DL 66/2010, DL 231/2012, DL 38/2017)
ERSE
Regime de extinção das tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais com consumos em baixa tensão normal (BTN) e adota mecanismos de salvaguarda dos clientes finais economicamente vulneráveis, nomeadamente no que respeita ao relacionamento comercial e às tarifas e preços (DL 75/2012, rev. L 105/2017)
Crerios de sustentabilidade para a produo e utilizao de biocombustveis e biolquidos e define os limites de incorporao obrigatria de biocombustveis para os anos 2011 a 2020 (DL 117/2010, rev. DL 152-C/2017)
Regime aplicvel s prticas comerciais desleais das empresas nas relaes com os consumidores (DL 57/2008, rev. DL 205/2015)
Lei que proibe e sanciona a discriminao em funo do sexo no acesso a bens e servios e seu fornecimento (L 14/2008)
Regime das instalaes eltricas particulares (DL 96/2017, rev. L 61/2018)
Regime da receo, devoluo e troca de garrafas utilizadas de GPL (DL 5/2018)
Regime que cria o apoio social extraordinrio ao consumidor de energia (ASECE) (DL 102/2011, rev. DL 172/2014)
Regime que cria a tarifa social de fornecimento de gs natural a aplicar a clientes finais economicamente vulnerveis (DL 101/2011)
Regime de extinco das tarifas reguladas de venda de gs natural a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m3 e adota mecanismos de salvaguarda dos clientes finais economicamente vulnerveis, nomeadamente no que respeita ao relacionamento comercial e s tarifas e preos (DL 74/2012, rev. DL 15/2015)
Regime jurdico da mobilidade eltrica, aplicvel a organizao, acesso e exerccio das atividades relativas a mobilidade eltrica (DL 39/2010, rev. L 64-B/2011, DL 170/2012 e DL 90/2014)
Regime que estabelece disposies tendentes a assegurar condies de estabilidade tarifria no perodo inicial de implementao das medidas necessrias a garantir a sustentabilidade do Sistema Eltrico Nacional e permitir a operacionalizao, no sistema tarifrio, da deduo nos montantes de determinados sobrecustos do SEN de receitas legalmente afetas a sua compensao (DL 256/2012)
Regime sancionatrio do setor energtico (L 9/2013)
Regime que define as condies da cessao dos contratos de aquisio de energia (CAE) e a criao de medidas compensatrias relativamente a posio de cada naqueles contratos (DL 240/2004, rev. DL 199/2007, DL 264/2007 e DL 32/2013)
Regime da atividade de produo de energia eltrica por pessoas singulares ou por pessoas coletivas de direito pblico ou privado, incluindo regime remuneratrio aplicvel aos centros eletroprodutores (DL 189/88, rev. DL 313/95, DL 56/97, DL 168/99, DL 312/2001, DL 339-C/2001, DL 33-A/2005, DL 225/2007 e DL 35/2013)

ERSE
Regime jurídico aplicável à produção de eletricidade, destinada ao autoconsumo na instalação de utilização (UPAC) e o regime jurídico aplicável à produção de eletricidade, vendida na sua totalidade à rede elétrica de serviço público (RESP), por intermédio de instalações de pequena potência, a partir de recursos renováveis, adiante designadas por «Unidades de Pequena Produção» (UPP) (DL 153/2014)
Regime que cria a contribuição extraordinária sobre o setor energético (L 83-C/2013, artigo 228.º, rev. L 33/2015)
Regime jurídico aplicável à atividade de operador logístico de mudança de comercializador de eletricidade e gás (DL 38/2017)
Regime das instalações de gases combustíveis em edifícios (DL 97/2017, rev. L 59/2018)
Regime do projeto, construção, exploração e manutenção do sistema de abastecimento dos gases combustíveis canalizados referidos no artigo 1.º do decreto-lei n.º 374/89 (DL 232/90)
Regime aplicável à comunicação de preços e condições de venda, sistema de preços e estrutura dos consumos pelas empresas fornecedoras de gás canalizado e de energia elétrica aos consumidores finais da indústria (DL 104/92)
Regime das associações inspetoras de instalações elétricas (DL 272/92, rev. DL 101/2007)
Regime do livro de reclamações (DL 156/2005, rev. DL 371/2007, DL 118/2009, DL 317/2009, DL 242/2012 e DL 74/2017)
Lei da prioridade no atendimento dos serviços públicos e privados (DL 58/2016)
Regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (DL 195/99, rev. DL 100/2007 e DL 2/2015)
Regime de cumprimento do dever de informação do comercializador de energia ao consumidor (L 5/2019)
Estabelece o procedimento aplicável à extinção das tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais com consumos em muita alta tensão (MAT), alta tensão (AT), média tensão (MT) e baixa tensão especial (BTE) (DL 104/1010, rev. DL 13/2014)
Regime aplicável ao reconhecimento e transmissão dos ajustamentos tarifários regulares devidos às entidades reguladas do setor do gás natural (DL 87/2011)
Regime aplicável às cauções nos contratos de fornecimento aos consumidores dos serviços públicos essenciais (DL 195/99, rev. DL 100/2007 e DL 2/2015)

Sendo de relevar que, para além da abundante legislação aplicável, a mesma tem graus de complexidade diferentes. A legislação da concorrência, embora centralizada na Lei da Concorrência, assume um grau de complexidade mais elevada do que a regulamentação sectorial.

Assim, falamos de dificuldades com a quantidade de legislação mas também a sua complexidade. E nenhum destes factores melhorou com a criação do TCRS pois o mesmo acaba por ter de aplicar exatamente a mesma legislação que antes da sua constituição.

O TCRS foi criado por impulso do Memorando de Entendimento para as Condicionantes Económicas celebrado entre o Estado Português, a UE, BCE e FMI aquando da Ajuda Financeira de 2011.

Esta exigência adveio após uma primeira abordagem da *troika* sobre a situação existente nos tribunais administrativos e fiscais, bem como há elevada pendência no Tribunal de Comércio de Lisboa onde “caíam” uma grande parte dos problemas relacionados com entidades reguladoras.

A tecnicidade das matérias de concorrência e regulação, bem como as diretrizes sobre supervisão – mormente na área financeira – levavam a crer que seria melhor a existência dum tribunal especializado.

Assim, a criação do TCRS teve por pressupostos que iriam existir melhorias no sistema judicial na área regulatória:

- i) a especialização dos decisores ao nível do conhecimento e das competências gerariam melhores decisões;
- ii) redução de potenciais decisões judiciais erradas;
- iii) aumento da celeridade processual;
- iv) possibilidade de criação de procedimentos próprios, específicos e a aptados à área de especialização;
- v) maior grau de uniformização da jurisprudência;

- vi) menor grau de inversão das decisões pelas instâncias superiores;
- vii) maior eficiência na gestão dos recursos afetados aos tribunais;
- viii) maior sensibilidade à realidade regulada e maior conhecimento da vida económica e dos sujeitos de direito em questão (aproximação da justiça aos cidadãos).

Reconhece-se hoje, que no quadro geral não foram propriamente cumpridos estes objetivos. Mesmo que, conforme refere o estudo sobre o “O Estado Regulador em Portugal”¹⁶⁹⁴, *“Tal não significa que a criação do TCRS não tenha melhorado a situação da justiça em Portugal no que respeita ao controlo judicial dos reguladores independentes. Estamos convictos de que a situação da aplicação do direito da concorrência e da regulação em Portugal foi melhor no cenário atual do que no cenário de base. Mas a reforma ficou aquém do que seria expectável. Sobretudo porque vários dos pontos especialmente positivos resultaram de factores fortuitos, não sendo melhorias estruturais decorrentes das características da reforma legislativa.”*

Ora, o cenário do contencioso da regulação está, desta forma, em necessária transformação, quer no que concerne à estrutura orgânica judiciária mas também no aperfeiçoamento da especialização e maior eficiência.

No que concerne à jurisdição tributária, o cenário relativamente à especificidade da matéria não é melhor do que na regulação. Contudo, a organização orgânica está mais consolidada uma vez que os tribunais administrativos e fiscais advêm duma reforma anterior. De facto, estando em causa infrações tributárias – processos contraordenacionais – existe um regime específico aplicável às mesmas, o Regime-Geral das Infrações Tributárias (adiante RGIT). O qual é seguido genericamente em todas as situações de infrações tributárias.

Relativamente ao procedimento tributário, ou seja, recursos administrativos ainda decididos pela Administração Tributária, os regimes processuais estão genericamente previstos quer na Lei Geral Tributária como no Código do Procedimento e do Processo Tributários. Sendo certo que ainda podemos aqui incluir as normas do RGIT aplicável ao procedimento administrativo de aplicação de coima pela Administração Tributária.

No que toca ao controlo jurisdicional relativas a tributos, o mesmo faz-se na jurisdição tributária, nos tribunais tributários ou tribunais administrativos e fiscais da área da comarca que funcionam como primeira instância.

Os recursos das decisões de primeira instância serão para o Tribunal Central Administrativo caso esteja em causa matéria de facto. No caso de apenas estar em causa matéria exclusivamente de direito o recurso será para o Supremo Tribunal Administrativo.

Nos termos do artigo 156.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aplicável por força do artigo 7.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos tem de elaborar um relatório prestando contas sobre a atividade de gestão e disciplina dos juízes dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

O último relatório foi elaborado no decurso do ano de 2021¹⁶⁹⁵, o que envolveu descrever meios, recursos e resultados, bem como oferecer dados que permitam avaliar a eficiência alcançada nesse ano pelo sistema judicial de justiça administrativa e fiscal. Estes relatórios foram

¹⁶⁹⁴ Cfr. Ana Lourenço e outros, “O Estado Regulador em Portugal – Evolução e desempenho”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, outubro de 2022, p. 136 e ss.

¹⁶⁹⁵ Disponível em <http://www.cstaf.pt/documentos/RELAT%C3%93RIO%20DE%20ATIVIDADES%20-%202021.pdf>

essenciais, por exemplo, para a tomada de medidas excecionais relativamente à resolução de processos pendentes ou de especial dificuldade técnica.

A primeira nota de relevar é que os requerimentos dirigidos ao CSTAF são maioritariamente associados a queixas relativamente a morosidade: *“Dos 2.844 requerimentos e exposições que deram entrada na secretaria do Conselho durante o ano em causa, 107 exposições referem-se à morosidade processual e cerca de 23% prendem-se com ações de responsabilidade civil contra o Estado por atraso na administração da justiça.”*

Ora, de facto, a par – e talvez por consequência da mesma! – da especificidade das matérias tratadas, a morosidade nas decisões são um problema que tem envolvido a jurisdição administrativa e fiscal desde há muito.

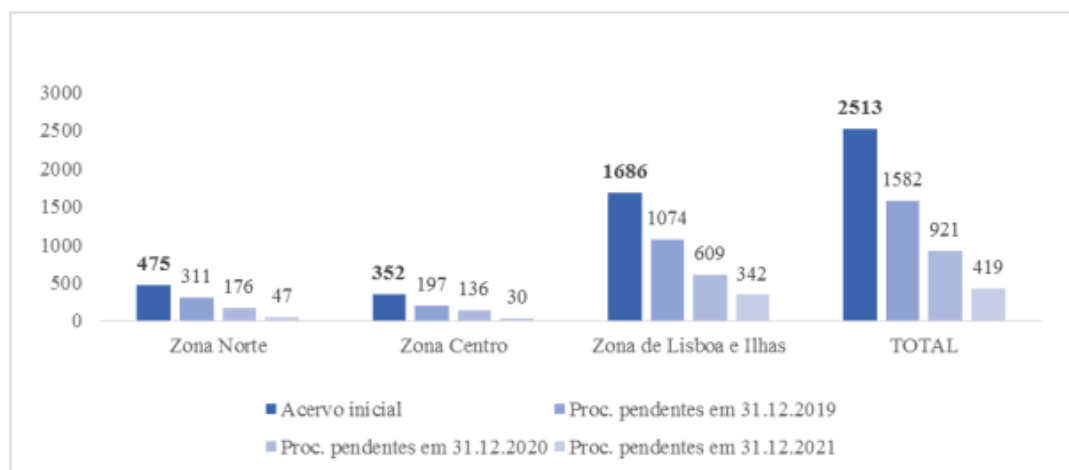
Não poucas vezes se assistem a decisões de primeira instância proferidas 7, 8, ou mais anos após a interposição da ação judicial. Esta situação traz grande reserva sobre a eficiência e o sentido de justiça gerado na comunidade. Aliás, este foi um dos grandes argumentos para a criação da Arbitragem Tributária, sendo substancialmente mais cara mas menos morosa.

De facto, a morosidade e falta de meios são a principal preocupação do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, sendo que desde 2018 que foram criadas equipas, com um quadro de 29 juízes alocado, para combate às pendências.

Esta equipa tem vindo a recuperar alguns dos atrasos sentidos mas atendendo ao facto de grandes áreas urbanas como Lisboa em que se concentram muitos casos, não terem o quadro de juízes preenchido, leva a que exista maior morosidade nas decisões.

Veja-se, contudo o resultado da intervenção destas Equipas de Recuperação de Pendências:

Gráfico n.º 5 - Evolução das ERP na área tributária no triénio 2019, 2020 e 2021



Fonte: Estatística CSTAF (dados remetidos, trimestralmente, pelos Presidentes da respetiva Zona).

Também fruto do Memorando de Entendimento, foi criada uma equipa especial para resolução de processos acima de 1 milhão de euros, equipa essa que entretanto foi extinta em 2016.

Contudo, o CSTAF mantém especial atenção a estes processos, tendo verificado em 2021 que existiu uma diminuição dos mesmos: *“(...) a pendência processual diminuiu de 1 612 para 1 438 processos, fruto de 518 processos entrados e de 692 processos findos, o que significa que no final do ano se encontravam pendentes menos 174 processos desta natureza.”*

Ora, percebemos portanto, que as preocupações relativamente à jurisdição tributária são deveras diferentes das que se passam na “jurisdição da regulação”.

De facto, em termos legislativos, as dificuldades sentidas relativamente à tributação prendem-se sobretudo com a maior complexidade do sistema tributário, as transformações jurídicas das figuras tributárias, os tributos híbridos e criados para finalidades específicas, a crescente tecnicidade e internacionalização das relações tributárias.

Mas relativamente à jurisdição e meios de tutela jurídica, as relações tributárias têm um conjunto normativo relativamente sólido. Mesmo que por vezes ainda conjugado ora com nuances do processo administrativo, ora com intervenções do processo civil.

A jurisdição tributária sofreu grande especialização após reformulação das seções tributárias nos TAF, por volta de 2002, pelo que a especialização já se faz sentir há mais tempo do que no caso da regulação. Contudo essa especialização trouxe consigo um largo espectro de morosidade, muito devido a uma ausência de quadros técnicos adequados.

A fuga para a Arbitragem Tributária funcionou maioritariamente para empresas ou contribuintes com maior capacidade económica, uma vez que as taxas de justiça se mantêm mais elevadas no CAAD.

Por outro lado, a arbitragem tributária está necessariamente limitada em termos de competência. Conforme dispõe o artigo 2º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro:

“Competência dos tribunais arbitrais e direito aplicável

1 - A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões:

a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta;

b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais;

2 - Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.”

Nestes termos, para além das diferenças inequívocas entre os corpos normativos que regulam o procedimento (administrativo) e processo (judicial) Tributário e da Regulação, as próprias jurisdições têm preocupações e objetivos diferenciados, sendo, por isso, um dos maiores elementos diferenciadores da regulação e tributação.

7.2. Factores de União

Antes de avançar para a avaliação do que une a Regulação e a Tributação, há que fazer um ponto de ordem, a síntese do essencial para aqui chegarmos.

A Regulação abarca um sistema constituído por instrumentos normativos que visam moldar ou corrigir o funcionamento dos mercados.

Os seus instrumentos são mecanismos para prosseguir a função de correção de distorções do mercado, distorções de eficiência ou distorções sociais. Podem ser instrumentos variados que passam por imposição de preços, privatização ou nacionalização de sectores ou empresas chave, imposição de barreiras aos agentes, especificações de produção ou características do produto, imposição de deveres de defesa de interesse geral, imposição de serviço universal ou serviços mínimos e ainda a manipulação dos mercados por via tributária, com criação de tributos com funções extrafiscais para moldar comportamentos ou interferir no preço equilíbrio do mercado.

A regulação é uma atividade eminentemente administrativa, com imposição normativa que pode ser ou não coerciva. Ou seja, os instrumentos utilizados nem sempre são coercivos, podendo utilizar-se a *soft law* para suggestionar comportamentos.

Verificámos ainda que a Regulação, sendo uma atividade eminentemente administrativa, deve prosseguir funções do Estado, bem como estar fundamentada. Tem necessariamente de prosseguir os intuitos do Direito Público, bem como a sua fundamentação deve basear-se na prossecução de tarefas do Estado.

Sendo uma intromissão na esfera privada, a regulação tem necessariamente de se fundamentar em motivos de aumento de eficiência e de justiça, com vista ao alcance de melhorias do bem-estar geral.

Mesmo quando se encara a regulação de forma meramente economicista, a prossecução do bem-estar é o fundamento natural da mesma. Qualquer distorção deste objetivo corresponde a uma falha, ora porque os objetivos prosseguidos geram benefícios privados mas provocando um desequilíbrio no bem-estar social ou simplesmente porque a medida é ineficaz.

De relevar ainda que os intuitos da regulação devem coadunar-se com as funções do Estado constitucionalmente balizadas, prosseguindo as finalidades que o Estado deve cumprir de acordo com os limites constitucional e legalmente estipulados.

O princípio da legalidade que a regulação deve seguir não está estipulado diretamente na constituição mas tal não implica a ausência de parâmetros e limites.

A tributação consubstancia um sistema constituído por instrumentos, os tributos, que têm características muito próprias e prossegue essencialmente a finalidade de angariação de receita para fazer face às despesas do Estado.

Os tributos são prestações pecuniárias coercivas, ou seja, ao contrário do que pode suceder na regulação, no caso da tributação os seus instrumentos têm a característica de serem coercivos.

Os tributos têm como finalidade primordial a angariação de receita. Pode ser a angariação de receita para despesas gerais do Estado ou para financiamento de despesas específicas – caso da consignação de receitas.

No caso dos tributos bilaterais, releva o princípio da equivalência, ou seja, deve existir uma equivalência entre as prestações.

De relevar que esta angariação de receita é que permite que o Estado cumpra as suas funções, designadamente as suas tarefas constitucionalmente previstas. Por isso, a receita tributária tem esta função de proporcionar a concretização de direitos fundamentais.

Nestes termos, a forma como a receita pública é gerida está balizada, ela própria, pela necessidade de prossecução de determinados deveres por parte do Estado. Deveres esses constitucional e legalmente previstos.

Paralelamente, os tributos podem ainda prosseguir finalidades extrafiscais. Aliás, é a própria constituição que abre esse caminho quando designa que os impostos devem prosseguir finalidades de correção de distorções sociais, mormente a redistribuição.

Nestes termos, os tributos podem prosseguir finalidades associadas à prossecução do bem-estar comum, ao interesse público. Para tal, o desenho do tributo deve adequar-se, da forma mais eficiente, à prossecução dessas finalidades.

Face a este panorama, quais são, afinal os pontos de união da regulação e da tributação?

Já aqui referimos que ambas as realidades advêm do mesmo ramo administrativista, pelo que a sua natureza terá, certamente, semelhanças. Isto porque são duas realidades criadas e proporcionadas pelo poder público, que prosseguem essencialmente o bem-comum mesmo que por meios e instrumentos díspares.

Uma das partilhas que regulação e tributação têm é que ambas são instrumentos para prosseguir funções essenciais do Estado.

Recordemos brevemente as três funções musgravianas do Estado: i) função de afetação eficiente dos recursos económicos; ii) função de redistribuição do rendimento; iii) Função de estabilização económica.

Num regime democrático, em que os cidadãos estão sujeitos a um nível de Governo, o Estado tem como funções económicas estas três vertentes. Assim, a política orçamental e tributária, consubstanciada na cobrança de receitas e na realização de despesas, é um dos instrumentos à disposição do Estado para prosseguir estas funções.

Contudo, os objetivos das funções económicas do Estado também podem ser atingidos com recurso a outros mecanismos diretos ou indiretos de intervenção do Estado como por exemplo a regulação económica que pode servir para delimitar o âmbito, os meios e os processos económicos.

Importa relevar que esta delimitação efetuada pela regulação deve estar consentida socialmente, de forma ao Governo estar legitimado a atuar na afetação dos recursos produtivos e na distribuição do rendimento nacional. Nestes termos, quer a regulação como a tributação são instrumentos de enorme valia para a prossecução das funções económicas do Estado.

No que concerne à afetação eficiente dos recursos económicos, pretende-se a maximização do nível de bem-estar das populações. Para tal, os recursos económicos, por norma escassos, têm de ser utilizados de forma eficiente.

Recorde-se que a maximização paretiana do bem estar requer alcançar a máxima eficiência em três condições: i) Eficiência nas trocas, verificando-se a maximização do excedente total resultante das trocas; ii) Eficiência na produção, ou seja, estarmos a funcionar num modelo de Fronteira de Possibilidades de Produção em que não existem factores que estejam em subutilização; iii) eficiência nas preferências, ou seja, o que se produz deve de ir ao encontro das preferências dos consumidores, sendo a taxa marginal de substituição igual à taxa marginal de transformação.

Equivale, neste caso, à soma zero, em que a eficiência é alcançada no ponto em que para melhorar a situação de alguém, a realocação dos recursos leva a que a situação de outrem piore.

De relevar ainda que a maximização do bem-estar pode implicar ainda a concretização de objetivos sociais, em que o benefício total, para a generalidade da comunidade é maior do que qualquer perda individual que possa decorrer das medidas adotadas.

No que concerne a esta função de afetação eficiente dos recursos económicos, o papel do Estado, em períodos de normalidade, é colmatar as ineficiências que decorram do funcionamento dos mercados.

Em casos excecionais, o Estado já terá de reafectar factores de produção entre os sectores de modo a acudir às necessidades urgentes.

Em termos simples, os factores económicos dividem-se em produção de bens públicos, semipúblicos ou bens públicos impuros e bens privados. Ora, o que se pretende dizer é que em tempos excecionais, por exemplo numa guerra, o Estado toma conta da reorganização da economia e geralmente faz a transmissão dos factores de produção dos bens privados para a produção de bens públicos. Esta atitude é justificada pelas necessidades específicas dos momentos excecionais que se vivem naquele momento.

O movimento contrário surge precisamente nos momentos pós conflitos ou pós situação excepcional, em que há novamente uma transferência de factores de produção para os bens privados.

Ora, em qualquer situação, o que o Estado deve garantir é que se está a funcionar numa Fronteira de Possibilidades de Produção, ou seja, todos os recursos estão a ser utilizados de forma eficiente.

No que concerne à produção de bens privados, e mesmo que se parta duma situação de perfeito equilíbrio de produção de bens públicos e privados, a quantidade transacionada no mercado (privado) será sempre condicionada pelo preço, sendo este influenciado pelo Estado, mormente pela via tributária.

Assim, de cada vez que o Estado impõe determinado tributo aos agentes do mercado, isso provocará um desequilíbrio nos custos de produção e no preço de mercado. Da mesma forma que a atribuição de benefícios fiscais também trazem distorções na formação do preço de mercado. E não apenas por via dos impostos há esta influência, a regulação é um mecanismo importante na influência desta afetação eficiente, designadamente porque influencia nas condições da produção, nos comportamentos dos agentes ou até nos preços praticados.

A principal justificação para a intervenção do Estado neste domínio da afetação eficiente de recursos, é no campo das falhas de mercado. Em termos mais abrangentes, é a intervenção com vista à promoção de soluções eficientes porque o mercado, sozinho, fracassou.

Assim, temos sobretudo intervenções aquando nas tradicionais falhas de mercado: Externalidades, Bens Público, Comuns ou semipúblicos, caso de mercados com manifestações de poderes que influenciam o funcionamento da concorrência perfeita e informação assimétrica.

A função do Estado será a de reafecção eficiente dos recursos, utilizando os instrumentos adequados, incluindo-se a regulação e a tributação.

A distorção na afetação dos recursos económicos traduz-se na produção de quantidades excessivas ou insuficientes de certos bens ou serviços. Quando o fracasso do mercado é total os bens não são pura e simplesmente produzidos. Tal acontece porque nos mercados privados os incentivos nem sempre se coadunam com a cooperação dos membros para satisfação das necessidades coletivas.

Portanto, nos mercados privados os comportamentos dos agentes revelam sobretudo as preferências individuais quanto ao consumo e não incorporam as escolhas individuais de terceiros. Ou seja, as externalidades não são incorporadas naturalmente nos mercados, pelo que há sempre uma falha do mercado não internalizada pela cooperação ou negociação.

Por outro lado, nos mercados puramente privados não há definição de direitos de propriedade ou respeito pelos mesmos e há uma distribuição assimétrica de custos e benefícios associados à utilização de determinados bens ou serviços. Ora, este último factor leva ainda a uma distribuição assimétrica de informação entre compradores e vendedores, o que cria mais uma falha de mercado. Assim, sempre que exista relevância económica suficiente ou significativa, que afete a comunidade em geral ou viole direitos comunitários que o Estado deve proteger, então a intervenção do mesmo na correção e alocação eficiente de recursos deve existir.

A concretização desta função, por parte do Estado, associa-se necessariamente à regulação e à tributação. A regulação tem instrumentos, com maior ou menor efetividade jurídica, para moldar o comportamento dos agentes, nomeadamente para correção de assimetrias informativas, esvaziamento de poderes de mercado, correção de distorções no acesso ao mercado ou qualidade do bem ou serviço.

A tributação, na sua vertente de extrafiscalidade, também consegue moldar comportamentos dos agentes, sendo muito utilizada na correção de externalidades no modelo pigouviano. De relevar que a tributação assume ainda outra função de recolha de receita pelo que ela própria deve ser eficiente e reguladora da afetação eficiente dos recursos, mormente dos recursos públicos.

A recolha eficiente de receita é que permite ao Estado escolher mecanismos de correção do mercado, dá-lhe a liberdade económica de decidir a sua intervenção, mesmo que tendo de o fazer sob determinados padrões¹⁶⁹⁶.

A ação do Estado, mesmo quando é uma ação eminentemente económica, prossegue o bem-estar coletivo, devendo, por isso, considerar a totalidade das variáveis que determinam a satisfação social.

Ora, essa satisfação social, como já sabemos, não é garantida pela distribuição primária. Isto quer dizer que mesmo que exista eficiência económica pode não estar atingida a satisfação social.

Aliás, por motivos sociais não poucas vezes se sacrifica alguma eficiência económica. E um dos factores de equilíbrio entre essa eficiência económica e a prossecução de intuítos de justiça social é feito por via da redistribuição.

Ora, a participação do Estado na redistribuição do rendimento funda-se na constatação de que o mercado, deixado no funcionamento livre, apenas efetua uma repartição incompatível com

¹⁶⁹⁶ Como adiante veremos, a forma como a despesa pública é efetuada requer a garantia de concretização das funções do Estado e o cumprimento de direitos económicos e sociais.

ditames de consciência social, políticas sociais ou até defesa de interesses comunitários de maior relevância (v.g. Saúde pública).

A ideia de redistribuição surge para combater a concentração de riqueza num número restrito de indivíduos que coexiste com uma grande massa de indivíduos com condições de miséria. Até porque esta miséria económica e social reconduz a uma menor probabilidade prossecução de ciclos de crescimento económico – “armadilha da pobreza” – com potenciais melhorias gerais, bem como promove ainda outros problemas relacionados com esta segregação económica, mormente de segurança, saúde e educação. Mais uma vez a regulação e a tributação são mecanismos para a prossecução desta função, sendo prevacente o sistema tributário no que concerne à eficiência da redistribuição.

No caso tributário, a própria constituição atribui funções de redistribuição de rendimento ao Impostos sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e aos Impostos sobre o Património. Este é um mecanismo direto de “nivelamento” de rendimento, uma vez que quem tem maior capacidade contributiva, verificado no rendimento de determinado nível ou património imobiliário acima de determinado valor, paga efetivamente mais impostos (prestação pecuniária coerciva).

Relativamente à regulação são mais visíveis outro tipo de medidas para inclusão no mercado de agentes que estariam excluídos do mesmo, nomeadamente com tarifas reduzidas, exigências de serviços mínimos e serviço universal, ou a tradicional subsidiação.

Nestes casos a intervenção do Estado funda-se em motivações de justiça e por isso os instrumentos que utiliza adequam-se a estes incentivos. Quer a regulação como a tributação podem ser utilizados para inculcar nuances de matriz social no funcionamento do mercado, com vista, desta feita, à correção de distorções sociais ao invés de distorções económicas.

Por último, a função de estabilização económica que o Estado pode prosseguir no sentido de amenização dos ciclos económicos, também acolhe a regulação e a tributação. A períodos de expansão económica, pleno emprego e pressão inflacionista seguem-se geralmente períodos de recessão, desemprego e eventualmente deflação. Ora, o Estado detém um importante papel na estabilização e amenização dos ciclos económicos, com a tomada de iniciativas de políticas económicas e sociais, utilizando instrumentos normativos adequados.

A instabilidade económica prejudica a formação de expectativas corretas dos agentes económicos e o Estado deve ser garante duma certa continuidade para trazer estabilidade aos agentes económicos, aos mercados e à própria sociedade.

Cabe, portanto, ao Estado tomar medidas para tornar a evolução dos ciclos económicos mais perceptíveis e previsíveis, pelo que para além de políticas monetárias e financeiras, bem como orçamentais, os Governos utilizam a regulação e a tributação como instrumentos das medidas necessárias para esta estabilização dos ciclos económicos.

A interferência no mecanismo dos preços é disso exemplo, que pode ser efetuada por via de regulação com estabelecimento de preços máximos e mínimos ou por via de tributação com o aumento ou diminuição dos impostos sobre o consumo.

Também os ajustes na oferta e procura do mercado podem ser efetuados com o auxílio de mecanismos de regulação, mormente impondo-se limites de produção ou incentivando-se a mesma, como por via de aumento ou diminuição dos impostos sobre o rendimento, alterando o rendimento disponível dos consumidores e, até, alterando os custos dos produtores.

Claro que, neste particular ponto, existem diversos outros mecanismos de estabilização macroeconómica que podem ser apontados. Mas mesmo nesses mecanismos de “floresta” não são de excluir a regulação e a tributação como mecanismos de concretização parcial ou sectorial de medidas económicas, financeiras ou orçamentais.

Recordadas as três funções musgravianas do Estado em matéria económica percebemos que apontámos sempre a regulação e a tributação como mecanismos para a prossecução destas funções. Assim, a regulação e a tributação não são elas próprias funções económicas do Estado mas antes mecanismos para a realização dessas funções.

Sucedem, porém, que também relevámos até agora que as funções do Estado seguem a realização de direitos económicos e sociais, ou seja, o Estado deve garantir a realização destes direitos económicos e sociais sob pena de os mesmos estarem constitucionalmente previstos mas serem ineficazes.

Há, portanto a necessidade de efetivação pública destes direitos económicos e sociais e culturais, efetivação essa que se dá com a utilização de instrumentos normativos, mormente a regulação e a tributação.

Vejam os regimes destes direitos económicos, sociais e culturais constitucionalmente previsto e as suas especificidades e concretização, advertindo desde já que relevaremos a sua concretização na vertente da despesa pública justa, ou seja, enquanto delimitação ou autorização constitucional para a despesa pública.

A par duma análise mais económica das funções do Estado, é necessário enquadrar as tarefas fundamentais que a Constituição atribui ao Estado, mormente no que concerne ao artigo 9º alínea d) da CRP onde se incumbe ao Estado, como tarefa fundamental, de efetivar os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais.

Conforme ensina Jorge Miranda¹⁶⁹⁷, quando a Constituição elenca no artigo 9º as tarefas fundamentais do Estado, o legislador constitucional designou *tarefas* no sentido de *fins* do Estado que se manifestavam num certo tempo político-constitucional, histórico e contexto social específico. O que o Douto Professor nos ensina é que entre essas *tarefas* e as funções ou atividades específicas ou típicas do poder situam-se as *incumbências*. Ora, as incumbências são “(...) metas e ações a que o Estado fica constitucionalmente adstrito – o mais das vezes através de normas programáticas – em face dos direitos, interesses ou instituições que lhe cabe garantir, promover ou tornar efetivos; e as incumbências traduzem-se em «imposições constitucionais», sobretudo (mas não só) em «imposições legiferantes»”¹⁶⁹⁸.

O que se pretende dizer é que efetivamente está prevista na constituição económica uma tarefa de efetivação dos direitos económicos e sociais, contudo, tal faz-se “mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”. Ou seja, há uma tarefa que é do Estado mas a mesma será encarada como uma meta, uma ação que o Estado deve prosseguir.

Aliás, esta ideia de incumbência está estritamente relacionada com a constituição económica, conforme se pode constatar em vários pontos:

- i) Veja-se o artigo 81º onde o próprio legislador constitucional faz a diferenciação – também linguística – apresentando as incumbências prioritárias do Estado, onde nas

¹⁶⁹⁷ Cfr. Jorge Miranda, “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017, p. 525 e ss.

¹⁶⁹⁸ Cfr. Jorge Miranda, “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017, p. 526.

alíneas a), b), d), e) e h) prevê que o Estado deve promover o aumento do bem-estar social e económico, da qualidade de vida das pessoas – em especial das mais desfavorecidas – promover a justiça social, assegurar igualdade de oportunidades e operar a correção de desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, eliminar progressivamente as diferenças económicas entre litoral e interior, promover a correção de desigualdades decorrentes da insularidade, eliminar os latifúndios e reordenar os minifúndios.

- ii) No plano da política agrícola, a Constituição foi profícua também na previsão de melhoria da situação económica, social e cultural dos trabalhadores rurais e agricultores e desenvolvimento do mundo rural. Tal deve-se, lá está, à situação particular que se vivia no contexto histórico pós 1976, aquando da elaboração e aprovação na Assembleia Constituinte da Constituição da República Portuguesa. Assim, houve necessidade de estipular incumbências do Estado para que fosse atingida uma certa igualdade entre trabalhadores agrícolas e os restantes (artigo 93º da CRP).
- iii) O artigo 90º e seguintes da CRP preveem ainda Planos de Desenvolvimento Económico e Social, onde se prossegue a incumbência de crescimento e desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, devendo existir uma repartição justa do produto nacional, coordenação de políticas económicas e sociais, defesa da qualidade de vida do povo português.
- iv) É no campo fiscal que se aposta muito mais diretamente e com maior especificidade nas incumbências do Estado previstas no artigo 81º da CRP. Isto porque o sistema fiscal, que se destina essencialmente à satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas, prevê ainda outras incumbências tais como a redistribuição da riqueza e de forma muito veemente, conforme previsto no artigo 103º da CRP. Acresce ainda o disposto sobre as finanças regionais – artigo 227º n.º a alínea j) da CRP - que prevê um princípio de solidariedade nacional e as finanças locais – artigo 238º n.º 2 da CRP – que visa uma justa repartição dos recursos públicos pelo Estado e Autarquias locais e necessária correção das desigualdades entre autarquias com o mesmo grau.

De relevar que para além do Estado central, as autarquias locais e regiões autónomas também desempenham um papel na efetivação dos direitos económicos e sociais dos cidadãos, por via dos seus poderes e atribuições legais.

Ora, as tarefas e incumbências do Estado devem concretizar-se, nomeadamente, por via de garantia de oportunidades entre cidadãos; previsão de prestações pecuniárias, incluindo subsídios e segurança social; criação de instituições, sistemas e serviços gerais, de interesse geral ou garantir que esses serviços são prestados; estabelecimentos de políticas de trabalho, saúde, habitação, ambiente, defesa da família, para a juventude, para cidadãos com deficiência, de educação, ensino e fruição cultural; previsão de condições como direitos dos trabalhadores e condições de trabalho, proteção da saúde, habitação condigna ou proporcionar condições para que os cidadãos portadores de deficiência possam exercer os seus direitos plenamente.

A efetivação destes direitos, que pode dar-se consoante os programas políticos, condições económicas do país, ou outras condições que priorizem outras necessidades essenciais do Estado, deve sempre preservar a reserva da dignidade da pessoa.

De relevar que a Constituição não considera que a concretização dos direitos económicos e sociais sejam um “monopólio” do Estado, ou seja, os mesmos podem ser concretizados por via

da iniciativa social. A iniciativa social tem inclusivamente algum espectro constitucional¹⁶⁹⁹ de acolhimento desta expressão da sociedade solidária que é, aliás, um dos intuitos previstos no artigo 1º da CRP.

O que a Constituição pretende é que haja uma efetivação destes direitos, promovida ou não pela mão do Estado. Isto porque mesmo que exista uma promoção pública de meios nem sempre os mesmos são condicentes com a concretização ou efetividades destes direitos económicos e sociais.

Por isso, a participação dos próprios interessados nas soluções é, de certa forma, desejável, bem como promove a própria democracia. Assim, na promoção destas tarefas e incumbências, o Estado deve envolver nas decisões os interessados. Esta é, aliás, a regra para a administração pública.

É certo que existem, depois, direitos de participação a diferentes níveis e com repercussões diferentes. Podem existir obrigações legal na audição de determinados órgãos ou associações de consumidores, por exemplo, bem como de outras entidades. Já aqui referimos, por exemplo, da necessidade de emissão de parecer ou audição das entidades reguladoras em determinadas matérias. Ou a participação dos destinatários apenas é uma forma de vinculação voluntária.

Se a participação é estipulada por normas, então a sua ausência pode gerar vários tipos de desvalorização, desde a invalidade até à mera irregularidade.

Outra vertente a ter em conta na avaliação destas tarefas e incumbências do Estado ao nível dos direitos económicos e sociais é a reserva do possível. Aliás, este aspeto assume especial relevância para a regulação e para a tributação. Por um lado, relativamente à regulação, as medidas interventivas têm, como já sabemos, custos associados que podem não ser suportáveis.

Por outro lado, a tributação é a fonte de receita que torna financeiramente suportável as opções tomadas para a efetivação dos direitos económicos e sociais.

A ideia da reserva do possível associa-se ao ajustamento socialmente desejável ao economicamente possível, a reserva financeiramente possível ou financiamento possível no sentido de existir uma sustentabilidade. A questão prende-se com o que está abrangido pela reserva do possível e aquilo que é obrigatório o Estado cumprir.

Esta decisão é, em primeira linha, do legislador que fixa. Sabemos que no que concerne aos direitos, liberdades e garantias, os mesmos estão assegurados em razão da sua força constitucional.

Assim, sempre se dirá que qualquer medida de efetivação dos direitos económicos não pode violar, por exemplo, o princípio da igualdade, solidariedade ou a dignidade da pessoa humana. E isso é um limite, tal qual a proporcionalidade.

Também já aqui abordámos o interessante ponto sobre se deve ou pode existir um retrocesso social. Recordamos que o retrocesso social estará relacionado com dois princípios, a saber a tutela de confiança e a reserva do possível. E que a doutrina tem sido profícua na discussão deste tema.

¹⁶⁹⁹ Veja-se a este respeito os artigos 54º n.º 5, 59º n.º 2 alínea d), 63º n.º 3, 64º n.º 3 alínea d), 65º n.º 2 alíneas c) e d), artigo 66º n.º 2 alínea c), artigo 69º nº1, artigo 70º n.º 3, 71º n.º 3, 78º n.º 2, entre outros todos da Constituição da República Portuguesa.

De facto, conforme resenha apresentada por Jorge Miranda¹⁷⁰⁰, a doutrina teve uma apreciação mais restrita para depois se mitigar a posição, culminando com algumas decisões do Tribunal Constitucional reveladoras duma maior adaptabilidade do princípio.

Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira, consideravam que as normas constitucionais que reconhecem direitos económicos, sociais e culturais teriam, pelo menos a função de garantia de satisfação adquirida por esses direitos implicando uma «proibição do retrocesso».

Posteriormente, esta posição foia amenizada, tendendo para uma defesa de impossibilidade de contrarrevolução, ou seja, determinados direitos, depois de passarem por uma determinada realização passariam a uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Esta posição assenta sobretudo na ideia de que alguns direitos, como direitos dos trabalhadores ou direito à educação ou direito à assistência não sofressem um retrocesso tal que passassem a uma espécie de “grau zero” ou anulação da evolução e realização.

Assim, face a uma crise económica, por exemplo, efetivamente o retrocesso social pode ser existir mas sem que haja a violação da proteção da confiança dos cidadãos e do núcleo essencial da existência mínima.

Jorge Reis Novais, por seu turno, considera que o retrocesso social, enquanto proibição de diminuição dos níveis outrora garantidos não tem acolhimento no direito constitucional positivo.

Poderia, em limite, existir uma proibição relativa no sentido de limitar o legislador, mas esses limites seriam a observância dos “*limites dos limites*” que são os limites constitucionais próprios do Estado de Direito que os poderes públicos têm de observar quando restringem direitos fundamentais.

Depois existem autores que, embora afastando ou rejeitando a ideia de proibição de retrocesso acabam por acolher uma qualquer ideia de salvaguarda de um grau maior ou menor de concretização legislativa de normas de direitos sociais.

E admitem que, embora não se aceite propriamente um princípio geral de proibição do retrocesso, existem normas que são positivadas em direito ordinário que têm conteúdo materialmente constitucional e por isso podem prevalecer sobre outras normas de direito ordinário.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 39/84, tomou posição a favor do princípio da proibição do retrocesso social. Contudo, em sucessivos arestos, tem vindo a moderar esta posição, sendo de relevar o acórdão 509/2002, onde se dá uma maior inflexão, sendo de notar dois pontos essenciais:

- i) Quando a constituição prevê uma ordem para legislar, suficientemente concreta e precisa para a exequibilidade dessa ordem, então a margem para o legislador retroceder no grau de proteção atingido é mínimo;
- ii) Noutras circunstâncias, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos limite, uma vez que a alternância democrática traz algumas alterações.

¹⁷⁰⁰ Cfr. Jorge Miranda, “Direitos Fundamentais”, Almedina, 2017, p. 537 e ss.

No Acórdão n.º 3/2010 o Tribunal Constitucional reverte a sua posição inicial e passa a não admitir o princípio do retrocesso social, sendo de excepcionar situações limite de parâmetros normativo-constitucionais de maior intensidade.

De relevar que os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, possuem um conteúdo essencial mesmo que menos determinado do que o dos direitos liberdades e garantias. E esse núcleo essencial tem de ser salvaguardado e por isso o tema do retrocesso social só pode ser debatido além desse conteúdo essencial e nunca sobre o mesmo. Assim, quando normas legais vêm concretizar normas constitucionais que não são exequíveis por si só, o legislador fica adstrito a não as suprir sob pena de reabrir uma omissão. Não quer com isso dizer-se que estas normas ordinárias não possam ser modificáveis. Podem ser modificadas porque não têm nenhum valor acrescido em relação às demais.

O que não pode acontecer é o legislador manter uma omissão, não criar ou organizar o sistema. E reconhece-se que, se ocorrerem condições económicas favoráveis deve-se retirar o máximo de satisfação das necessidades sociais e realização de todas as prestações, devendo as normas assim serem elaboradas. Caso contrário, em situações excepcionais, numa recessão financeira, há que adequar o sistema normativo à sustentabilidade do todo, podendo existir restrições ou eventuais limites. Em limite pode existir uma suspensão de normas legais mas as mesmas devem retomar a sua efetividade assim que as condições que levarem à suspensão sejam ultrapassadas.

O caso paradigmático desta última situação foi a crise financeira de 2008, com repercussões concretas em 2011 em Portugal, com o pedido de Assistência Financeira ao Fundo Monetário Internacional, União Europeia e Banco Central Europeu. Neste caso, foi notória a necessidade de redução de despesa pública o que levou à restrição temporária de alguns direitos económicos e sociais, restabelecidos¹⁷⁰¹ aquando da recuperação económica pós 2014.

Os direitos económicos e culturais são, num Estado de Direito Democrático, direitos universais e não direitos de classe. Contudo, por estribados numa ideia de igualdade real, a sua realização adequa-se muitas vezes às condições concretas dos seus titulares ou beneficiários.

No caso Português, a Constituição da República Portuguesa assume a linha do Estado Social, que aceita assumir os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não possam pagar as prestações os mesmos direitos a que têm acesso aqueles que podem pagar.

Assim, recai sobre o Estado assegurar, com as receitas tributárias, a assistência materno-infantil, os cuidados primários de saúde, os ensinamentos básicos e secundários obrigatórios, o apoio ao desemprego, a integração das pessoas com deficiência, o auxílio em caso de calamidades naturais, etc.

Contudo, as restantes necessidades que não afetam de forma idêntica todos os cidadãos, ou que sejam previsíveis, ou que não revestem para todos o mesmo significado, pode justificar-se a partilha dos custos da sua satisfação entre Estado e Privados. Neste caso, os que podem pagar, devem pagar, mormente por via de taxas e não propriamente impostos. Os que não podem pagar, não devem pagar ou recebem prestações pecuniárias como bolsas, pensões, subsídios para poderem pagar.

¹⁷⁰¹ Restabelecidos não na totalidade e em moldes, por vezes, diferentes. Contudo é factual que grande parte das medidas foram revertidas pós 2014.

Mas mesmo a fronteira entre as necessidades básicas e outras necessidades não é rígida e muito menos definitiva, dependendo do desenvolvimento económico, social e cultural de cada país e até das políticas sufragadas a cada ciclo governativo.

Relativamente à competência para a regulamentação dos direitos económicos e sociais, a mesma é uma competência legislativa concorrencial entre a Assembleia da República e o Governo.

Contudo, há matérias que são da reserva de competência da Assembleia da República tais como as bases do sistema de ensino, bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde, as bases do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural, bem como as bases do ordenamento do território e do urbanismo.

Face ao exposto, muito facilmente conseguimos perceber a importância que a regulação e a tributação assumem enquanto meios de concretização, efetivação dos direitos económicos e sociais.

Fruto da evolução do Estado Social para um Estado Regulador, de Garantia¹⁷⁰², assistimos à alteração e reformulação da organização do mercado, sobretudo no que concerne à prestação de serviços públicos.

Não se trata duma transferência de responsabilidades, sob critérios privados mas antes uma reorganização do espaço social, conforme reconhece Pedro Costa Gonçalves¹⁷⁰³: *“(...) o Estado pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo, além do mais, um dever institucional de assegurar ou de garantir a obtenção de determinados resultados e a realização de certas finalidades de interesse público. O interesse público mantém-se, pois, como critério orientador da state action, mesmo quando, em concreto, a produção das utilidades que satisfazem esse interesse se encontra em mãos de particulares.”*

O Estado passa a assegurar ou garantir que o funcionamento do mercado e a atuação das empresas privadas se desenvolvem de acordo com determinados objetivos e finalidades previamente definidos, incluindo finalidades de interesse público.

Como bem refere Pedro Costa Gonçalves¹⁷⁰⁴, deixa de existir uma incumbência pública de *production of results* mas antes uma tarefa de *assuring results*.

¹⁷⁰² De relevar que a ideia de Estado Garantia não é acolhida unanimemente, pois há quem considere que o Estado Regulador apenas trouxe uma desresponsabilização do Estado para a prestação de serviços públicos, uma vez que os mesmos passaram para a esfera privada. Nestes termos, o evento do Estado Regulador, muito inculcado pela ação da União Europeia, não passará duma variante do Estado Liberal, em que o que se pretende é a liberalização de todos os mercados, passando para a esfera privada mesmo aqueles mercados que, à partida, estavam adstritos à esfera pública. Não seguimos esta ideia, mesmo que se aceite que há uma certa transferência de responsabilidades entre público e privado no que concerne aos serviços públicos. No sentido de passar a ser o privado a executar efetivamente uma tarefa que estava no âmbito público. Contudo, não se pode considerar que se esteja numa economia liberal quando o Estado, por via da regulação, condiciona os agentes do mercado, alterando as condições de atonicidade, de fluidez e até mesmo de liberdade. Há, portanto, uma efetiva intervenção nos factores essenciais do mercado, pelo que não é de acolher que tivesse existido uma transição para um Estado Liberal.

¹⁷⁰³ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128

¹⁷⁰⁴ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128

Quando aqui falámos dos fins do Estado de Garantia¹⁷⁰⁵, relevámos quatro finalidades, a saber:

- i) Garantia do Fornecimento de Serviços Essenciais;
- ii) Garantia e Proteção dos Direitos dos Utilizadores desses serviços;
- iii) Garantia, Proteção e Promoção da Concorrência;
- iv) Garantia de outros bens jurídicos.

Ora, rapidamente percebemos que a regulação e a tributação são, de facto, mecanismos de concretização destas finalidades, tal qual prosseguem a concretização dos direitos económicos e sociais previstos na Constituição da República Portuguesa.

Após a privatização de grande parte dos serviços públicos, cabe aos instrumentos de regulação garantir e manter “na esfera pública” a prestação desses serviços. É por via de instrumentos de concessão pública, contrato público ou normas de regulação sectoriais que se preservaram serviços essenciais do dia-a-dia do cidadão.

Os serviços e atividades económicas como a produção e distribuição de energia, as telecomunicações, os transportes, a radiodifusão e os serviços postais, o abastecimento de água e a gestão de resíduos revelam-se “essenciais para o dia-a-dia dos cidadãos e empresas”, pelo são considerados serviços de interesse geral, cujo próprio Tratado da União Europeia estabelece como tal – vide artigo 14º TUE.

A produção, distribuição, fornecimento destes bens e serviços de interesse geral devem reger-se por determinados parâmetros, não apenas de acesso – predominantemente universal – mas também de qualidade. E mais uma vez é a Regulação que determina esses padrões, não apenas de serviço universal ou serviços mínimos, mas também de qualidade determinada na prestação desses serviços.

A defesa do cidadão-consumidor é uma larga fatia da regulação económica, prevalecendo condições de acesso, de qualidade e características do bem ou serviço, bem como segurança, acessibilidade de preços e igualdade de tratamento.

Ora, quer a garantia de fornecimento de serviços essenciais como a garantia e proteção dos direitos dos utilizadores são direitos que têm de estar garantidos, previstos e legislados. Fazem parte do núcleo essencial dos direitos económicos e sociais que referimos anteriormente e por isso devem estar assegurados e garantida a exequibilidade.

É certo que o nível de exequibilidade pode variar mas não pode deixar de se garantir a existência de fornecimento de bens essenciais nem pode deixar-se de garantir igualdade, continuidade e adaptação desses serviços aos cidadãos-consumidores.

Pedro Costa Gonçalves¹⁷⁰⁶ refere até que *“Porventura, fará sentido pensar-se mesmo na delineação de um direito subjectivo à regulação pública – um direito subjectivo como esse faz imediatamente sentido como posição jurídica das empresas reguladas que, num dado sistema regulatório, pagam taxas e contribuições, as quais, em certos termos, se podem conceber, como contrapartidas da regulação; mas, além disso, o direito subjectivo à regulação do Estado deve ainda reconhecer-se aos cidadãos em geral e, em particular, aos utilizadores de um determinado sistema regulatório: assim, além de poderem reivindicar a actuação reguladora, os utilizadores*

¹⁷⁰⁵ No Capítulo I e Capítulo II.

¹⁷⁰⁶ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, “Estado de Garantia e Mercado”, Revista da Faculdade de Direito do Porto, Vol. VII, 2010, p. 97-128

deverão ainda poder imputar o eventual funcionamento patológico de uma economia regulada, não só aos produtores directos do dano (as empresas reguladas), mas também, em segunda linha, ao Estado regulador, por “falhas na regulação” (gaps in regulation)”.

Por outro lado, o Estado Garantia deve promover e proteger a concorrência, sendo certo que este é sobretudo um caminho para a promoção do bem-estar que é, como sabemos, uma finalidade pública e uma incumbência do Estado (vide artigo 81º da CRP).

De qualquer forma, a própria concorrência é defendida pela regulação, sobretudo a defesa do funcionamento de mercado com regras *fair* para os agentes. Caberá à regulação ainda o sancionamento de posições que sejam contrárias à prevalência da concorrência. O Estado deve ainda garantir um equilíbrio eficiente e justo entre o interesse público e o interesse privado, pelo que novamente a regulação intervém como mecanismo de concretização desta finalidade.

Por outro lado, bem sabemos que os direitos económicos e sociais abrangem ainda outros valores de ordem geral como a segurança, a saúde, o trabalho ou o ensino.

Ora, a regulação assume papel fulcral na concretização destes direitos. Falamos da regulação administrativa, enquanto amplo conjunto normativo. Mas, de facto este conjunto normativo inclui regras de acesso, funcionamento, limitação, qualidade de serviço e modo de financiamento, que incluem normas de regulação e de tributação.

Os mecanismos de concretização dos direitos económicos e sociais não são necessariamente apenas económicos mas podendo ser normativos administrativos.

Por outro lado, cabe à tributação a adequação do financiamento da concretização destes direitos, mormente por via de tributos comutativos que aqui tanto falámos e que proliferam na nossa ordem jurídica tributária.

Tributos que pretendem exatamente cobrar àqueles que recebem utilidades, individualizáveis ou grupais, por parte do Estado ou entidades públicas e que devem, por isso mesmo, financiar essas utilidades individualizáveis ou meramente imputáveis.

No que concerne aos Tributos, atendendo ao facto dos mesmos serem sobretudo essenciais para a cobertura das despesas do Estado, incluindo o suporte financeiro das despesas geradas pela execução dos direitos económicos e sociais, há que aludir à conceção de despesa pública e sua correlação com o catálogo dos direitos económicos e sociais.

A receita colhida pelo sistema tributário tem duas vertentes: por um lado existem receitas que já têm “destino” pré-definido, seja pela via da consignação da receita ou por se tratar de tributos comutativos; por outro lado, a receita de parte substancial dos impostos é receita geral e que pode ser aplicada de forma indiferenciada pelo Estado a quaisquer despesas públicas.

Independentemente do destino das receitas estar ou não definido, o certo é que as mesmas servem para cobrir despesa pública. E é interessante verificar se a despesa pública, destino e fundamento para a criação dos tributos, tem ou não limites.

Será que, como um primeiro-ministro um dia referiu, a dívida pública não é para ser paga? Existirá ou não delimitação para a mesma.

Bem, certo é que atualmente os Estados-Membros da União Europeia se encontram vinculados a obrigações orçamentais, com indicadores designados no Pacto de Estabilidade e Crescimento e Pacto orçamental.

Mas tal são delimitações financeiras motivadas pela necessidade de estabilidade sobretudo na zona euro.

O que aqui falamos são de limites materiais, critérios materiais para a despesa pública, critérios esses que designem quais são as obrigações do Estado em matéria de despesa pública.

E o certo é que as normas relativas ao Orçamento e despesa pública não contêm tais delimitações materiais. Mas isso não significa que não se possa retirar, mormente da Constituição da República Portuguesa, uma orientação sobre o assunto.

Aliás, a Constituição parece aderir claramente a um paradigma moderno de distribuição pública de bens. Numa senda do que veio sucedendo durante o século XX, sendo que a intervenção do Estado foi sucessivamente aumentando.

Se essa intervenção parecia abrandar, a pandemia veio demonstrar que o Estado é sempre quem ocorre os cidadãos e esse (seu) propósito não tem desvanecido.

O facto é que com a Constituição da República de 1976 a matriz socializante leva a que se encarem os direitos sociais como armas de combate ao *status quo* existente anteriormente. Utilizam-se os direitos sociais como uma arma contra a desigualdade, exploração dos trabalhadores e pareciam ser direitos exclusivos de determinada classe trabalhadora, empobrecida e vulnerável.

A transição para o socialismo que a Constituição de 1976 parecia seguir este caminho de luta de classes e benefício dos trabalhadores, tendo sido amenizada por uma subordinação aos mecanismos democráticos.

Encontraríamos também, ao lado dos direitos, liberdades e garantias, o reconhecimento de uma certa solidariedade social. E por isso mesmo, como já aqui afirmámos, os direitos económicos e sociais não dependeriam apenas do Estado mas antes duma ação da sociedade enquanto um todo.

Graças à marcada veia marxista, a Constituição da República Portuguesa de 1976 veio a consagrar determinados direitos económicos e sociais, a saber (sem se pretender ser exaustivo): reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, favorecimento público da criação de cooperativas (seria para acabar com o trabalho assalariado), estímulo à formação de quadros científicos e técnicos originários das classes trabalhadoras, favorecimento no acesso às Universidades dos trabalhadores e seus filhos, apropriação coletiva dos meios de produção por via de nacionalizações e expropriações sem direito a indemnização, vedar determinados sectores à iniciativa privada, assunção de funções de planeamento e centralização da economia no Estado.

A própria ideia de propriedade privada estava muito matizada pela visão da sua função social que, curiosamente, veio novamente à toma recentemente com um pacote governamental de medidas para a Habitação onde se propõe, em certas situações, um arrendamento compulsivo com mediação do Estado¹⁷⁰⁷.

De qualquer forma, claro se torna que a Constituição tomou a decisão de acolher a intenção de atribuir ao Estado a incumbência de reconstruir ou transformar a sociedade, sendo certo que a matriz marxista foi claramente atenuada ao longo das revisões constitucionais.

¹⁷⁰⁷ Vide Proposta de Lei n.º 64/XXIII/2023 de 03.03.2023

Mesmo depois desta amenização da Constituição, retirando as referências da transição para o socialismo, conforme bem refere Maria d'Oliveira Martins¹⁷⁰⁸, *“O paradigma de despesa adoptado continua, porém, a ser, indubitavelmente, o moderno, mantendo-se “uma concepção «amiga» dos desfavorecidos «dirigida à eliminação das carências [...] que condicionam a promoção da dignidade humana e limitam a participação na vida política da colectividade”*

Claro que desde os finais da década de 80 com a transição do Estado Social para o Estado Regulador ou de garantia, a intervenção do Estado diminuiu. Já se ouviam vozes discordantes da excessiva intervenção do Estado e das suas ineficiências.

Com a revisão constitucional de 1997, a Constituição ficou diferente, proclama a liberdade da iniciativa e de organização empresarial, vincula o Estado ao incentivo à iniciativa privada, os sectores são abertos à iniciativa privada, mesmo os que estavam tradicionalmente na esfera pública e reduzem-se os privilégios do sector público.

Temos hoje, portanto, *“(...) a Lei Fundamental afirma claramente a existência de uma economia de mercado sujeita, quer à vontade da maioria, quer ao controlo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, fazendo valer os limites que ela própria prevê em relação à intervenção pública.”*¹⁷⁰⁹

Apesar desta viragem constitucional, o Estado não deixa de assumir a intervenção no mercado e em alguns sectores sociais. Aliás, reconhecem-se direitos económicos e sociais a par dos direitos, liberdades e garantias.

O Estado ainda se assume como promotor de bem-estar. Por isso mesmo, o Estado português, de acordo com as regras constitucionais não é um mero “supridor das falhas de mercado” e com isso vamos verificar a evolução da própria ideia de despesa pública. O Estado assume funções de alocação, redistribuição e estabilização e essas funções estão contempladas na Constituição da República Portuguesa.

O Estado deve prover as necessidades públicas, interferindo na esfera económica em caso de déficit de iniciativa privada ou casos de falhas de mercado. Afasta-se, de resto, a ideia de Estado mínimo promovendo-se a existência dum sector público, mesmo que com limites mais esbatidos.

A Constituição mantém a ideia duma iniciativa económica pública e o Estado pode tomar as providências e atos necessários para promover a satisfação de necessidades coletivas. Repare-se, por exemplo, que a constituição mantém obrigações de prestação de serviços que extravasam as “falhas de mercado”, como por exemplo a manutenção dum serviço público de rádio e televisão, o funcionamento de instituições particulares de solidariedade social, serviço nacional de saúde, ou até mesmo o sistema de ensino público. Não há, portanto, dúvidas de que o Estado não serve apenas para suprimir falhas de mercado mas tem um papel relevante no cumprimento dos direitos económicos e sociais, senão crucial.

De qualquer forma, há limites à intervenção do Estado, sendo o primeiro naturalmente a prossecução do interesse público e o segundo limite o acervo constitucional que dá corpo à

¹⁷⁰⁸ Cfr. Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 294 e ss.

¹⁷⁰⁹ Cfr. Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 295 e ss.

organização económica. Neste campo, a organização económica do Estado tem alguns limites da constituição, nomeadamente a coexistência dos sectores público, privado e cooperativo.

A influência da União Europeia também não permite aos Estados-Membros afastarem-se substancialmente duma economia de mercado, com a defesa de regras concorrenciais, regras essas que desde a revisão constitucional de 1989 também já estão plasmadas na Constituição da República Portuguesa.

As limitações a monopólios de natureza comercial (art.º 89º alínea f) e art.º 99º da CRP), a igualdade de tratamento das empresas privadas, as próprias regras de proibição de auxílios financeiros, arredar a planificação económica estatal, trata-se de limitações relevantes para a consideração dum modelo de *“economia social de mercado aberta e concorrencial”*¹⁷¹⁰.

Mas inexistente um quadro claro de limites ao sector público, bem como quais são as prestações do Estado. O que significa uma ampla margem de discricionariedade nas medidas e até na concretização dos objetivos – mesmo que amplos – da Constituição “económica”.

Já aqui referimos que assistimos em Portugal à passagem do Estado-empresário para o Estado-regulador. Mas há aqui uma função de alocação de bens que corresponde à segunda função musgraviana do Estado em matéria económica. De facto, entre o Estado paternalista, provedor direto, intervencionista para um Estado regulador, que apenas garante por via preventiva ou reativa, há um espetro amplo sobre a parte social associada à distribuição secundária ou redistribuição.

Porque se torna importante falar deste aspeto? Porque o maior instrumento à disposição desta função é a despesa pública. E, de facto, a despesa pública tem de ter cobertura com a cobrança de tributos. E como aqui já se referiu, a prossecução deste intuito de correções de distorções sociais é um fundamento quer para intervenções de regulação mas sobretudo pela via tributária.

Por outro lado, a regulação e a tributação implicam, como já sabemos, custos. Custos esses que são expressos não apenas pelos custos explícitos mas também pela despesa pública que geram.

E não falamos apenas da despesa fiscal provocada pelos benefícios tributários. Estamos aqui a incluir tarifas sociais, redução tabelada de serviços essenciais, os próprios custos associados a prestação de serviços universais e serviços essenciais.

Isto porque são situações em que os privados são coartados de cobrar o bem ou serviço a preço “normal”, a preço de mercado e são obrigados, por motivos de interesse público, à redução do preço ou a prestação de serviços com custos de produção acima do preço de mercado. Nesses casos, como sabemos, pode inclusivamente dar-se o caso de ser o Estado a ressarcir os privados por estes estarem a prestar serviços essenciais que seriam, à partida, da responsabilidade estatal.

É, portanto, de forma direta ou indireta, o erário público que suportam estas funções prosseguidas por instrumentos como a regulação e tributação. Nestes termos, a regulação e a tributação são mecanismos de prossecução desta finalidade de distribuição de riqueza, sendo veículos de concretização de desígnios constitucionais, mormente direitos fundamentais.

Conforme regista Maria d’Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 312 e ss., “*Não temos*

¹⁷¹⁰ Cfr. Maria d’Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 306 e ss.

dúvidas em dizer que a função de distribuição é objecto de reconhecimento e tratamento constitucional, atendendo, quer às origens socializantes da Constituição, quer à ideia de solidariedade que tem vindo a ser absorvida pelo texto constitucional”.

E é deste ponto que depois parte para a avaliação dos deveres da despesa pública na perspetiva da concretização desta função.

Por um lado, já sabemos que existem normas da constituição que efetivamente, para serem concretizáveis, requerem diretamente uma despesa pública. E essas normas, que são determináveis, tratam de deixar pouca ou nenhuma margem ao Estado para não cumprimento dessa despesa.

Por outro lado, existem normas indetermináveis onde já não resulta de forma direta uma determinação para despesa pública, passando por uma margem discricionária de legislação. E estas são normas mais difíceis de sindicar porque é necessário existir uma interposição do legislador ordinário para concretização das normas constitucionais.

Maria d’Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 316 e ss. refere, e bem, o seguinte: *“Da determinidade constitucional extrai-se a ideia de que os direitos cujos elementos já estão definidos pela Constituição geram para o decisor orçamental o dever de inscrição orçamental da despesa pública que a sua realização implique. Da indeterminidade ou indeterminabilidade dos direitos e do espaço que esta abre à intervenção legislativa resulta a necessidade de um confronto destes com a realidade orçamental. O legislador vai concretizando os direitos na medida do que vai sendo possível. Associada a esta dicotomia – sobretudo ao conceito de normas indetermináveis –, não podemos deixar de referir o tema da reserva do financeiramente possível, na medida em que o mesmo permite compreender um pouco melhor os deveres de despesa – surgidos sobretudo no campo dos direitos sociais – que deveriam ter tradução orçamental”*

Falamos aqui da limitação da reserva do possível que aqui já referimos a propósito de outras vertentes. De facto, a construção jurisprudencial, mormente da jurisprudência constitucional, da reserva do possível tem sido uma delimitação importante sobretudo para normas cuja concretização depende de certa discricionariedade do legislador ordinário.

Ora, conforme já aqui referimos, a reserva do possível atinge os direitos económicos e sociais por estes não deterem um grau de determinabilidade constitucional direta, pelo que é aqui que opera uma ampla discricionariedade legislativa e até uma certa omissão do Estado na concretização dos mencionados direitos.

Por outro lado, a reserva do possível pode ainda afetar um certo conforto económico e social em caso de insuficiência de meios ou escolhas diferenciadas na distribuição da despesa pública. Quer com isto dizer-se que a reserva do possível tem sido manancial utilizado para justificar um certo retrocesso social em áreas como, por exemplo, a saúde ou ensino.

Não pode, contudo, esta reserva do possível obstaculizar a fiscalização, judicial e política, da concretização de direitos económicos e sociais. Aliás, a teoria do custo dos direitos veio mitigar a ideia de que os direitos sociais deveriam ser tratados de forma diferenciada dos direitos fundamentais. Pelo contrário, esta teoria, que em Portugal teve como precursor Casalta Nabais, vem indicar que existem direitos que são económico-financeiramente neutros.

Com isto se pretende dizer que a concretização de direitos, sejam fundamentais, económicos ou sociais acarretam despesa pública, pelo que o Estado, caso não detenha recursos,

simplesmente não pode reconhecer de forma plena e efetiva qualquer direito fundamental ou outro.

Para que serve o Estado senão consegue garantir os direitos dos seus cidadãos, sendo que existe uma interligação entre direitos que remete a uma interligação necessária também em termos de custos. O exemplo típico é a ação justa enquanto defesa de direito. Ora, a concretização deste direito leva a uma catadupa de custos públicos, uma vez que envolve toda a mecânica do funcionamento dos tribunais, pagamento de eventuais defensores oficiosos, investigação e garantias dos direitos das partes, despesas com prisões e sua manutenção, bem como garantir que as mesmas detêm as condições necessárias aos direitos dos prisioneiros, formação e pagamento de juizes, agentes policiais e demais funcionários judiciais, enfim, um desenrolar de custos necessários para garantir o direito de ação.

Nestes termos, no âmbito da teoria dos custos, todos os direitos só o são se orçamentados. Não deve, portanto fazer-se qualquer diferenciação entre direitos sociais, económicos ou fundamentais porque a reserva do possível deve aplicar-se indiscriminadamente a todos.

Se não existe despesa pública disponível para esses direitos então os mesmos não estão a ser concretizados ou não são concretizáveis, pelo que, em bom rigor, deixariam de operar ou, fazendo-o, estão coartados de uma dimensão de liberdade.

Assim, a divisão entre direitos seria artificial. E, se olharmos pela perspetiva orçamental, de facto não há qualquer divisão entre direitos.

“De acordo com a teoria do custo dos direitos, os direitos fundamentais são entendidos numa lógica de trocas (social bargain): os direitos sociais assumidos pelo Estado em relação aos mais desfavorecidos surgem indissociáveis dos clássicos direitos de liberdade e em particular do direito de propriedade.

Os direitos sociais são apresentados como a contrapartida para a protecção dos direitos dos mais abastados. Do ponto de vista do gasto, os direitos sociais são pois encarados, a esta luz, como a outra face dos direitos de liberdade.”¹⁷¹¹

Nesta perspetiva, os direitos de liberdade e os direitos sociais serão assumidos como duas faces da mesma moeda. E esta perspetiva faz com que todos os direitos tenham, decerto, elevados custos a serem contabilizados. Delimitados por um entendimento da reserva do possível para todos os direitos.

Dogmática à parte, a certo ponto sente-se que a despesa pública não pode ser só um conjunto de movimentos contabilísticos guiados por uma conceção de eficiência. É necessário então prosseguir o conceito de despesa pública justa, conectando a despesa feita pelo Estado à concretização dos desígnios constitucionais mesmo que com limitações, mormente a reserva do possível.

Contudo, mesmo a reserva do possível tem, ela própria certos limites, mormente a dignidade da pessoa humana. Assim, a atuação do Estado em matéria de despesa pública tem naturalmente o limite do mínimo vital previsto no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁷¹¹ Cfr. Maria d'Oliveira Martins, “A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública”, Almedina, 2016, p. 330 e ss.

É curiosa esta delimitação assim vista uma vez que o Tribunal Constitucional tem tido muitas dificuldades em mensurar o que realmente é este mínimo vital, conectando – a nosso ver de forma errada – a um mínimo de existência relacionado com parâmetros métricos das prestações sociais.

Para Maria d'Oliveira Martins, a despesa justa divide-se em dois núcleos: um primeiro em que a despesa pública deve abarcar apenas os gastos para assegurar um mínimo de vida condigna para aqueles que não têm outros meios para o fazer (casos de pobreza absoluta) e este núcleo é inegociável, pelo que deve ser assegurado pelo Estado uma vez que advém do princípio da dignidade humana.

Um segundo núcleo, esse mais alargado e com contornos mais ténues. Para Maria d'Oliveira Martins, este segundo núcleo não se baseia apenas numa ideia subjetiva de direitos sociais mínimos muito pouco definíveis e dependentes de interpretações dispares.

*Assim, "(...) este mínimo de existência condigna de que aqui falamos, deve aferir-se a partir das necessidades das pessoas concretamente consideradas, não dependendo nem de uma avaliação das disponibilidades do Estado, nem de uma visão puramente legalista que se limita a partir dos deveres públicos de actuação que se extraem da interpretação de normas constitucionais. É isto que resulta da aceitação da dignidade humana enquanto valor fundante da nossa ordem jurídica. Seguimos, portanto, aqui as cautelas recomendadas por Jorge Pereira da Silva quando este explica que do conceito da dignidade de pessoa humana de que se parte para a compreensão dos direitos fundamentais não resulta sem mais a ideia do estabelecimento de um núcleo para todos os direitos fundamentais. Sufragamos pois a sua opinião no sentido de ver aqui um núcleo irredutível a se no cômputo dos direitos fundamentais"*¹⁷¹²

A despesa pública justa deve salvaguardar, portanto, um mínimo de vida condigna que tem de ser encarado pelo Estado como prioritário sobre outras despesas públicas que não têm tutela constitucional de todo.

Assim, o Estado deve acautelar e concretizar estes direitos económicos e sociais assumindo-os como hierarquicamente prioritários por terem cobertura constitucional. E só depois deve acautelar as restantes despesas, mormente com investimentos ou contratos que não estão constitucionalmente subjugados.

A ação do Estado relativamente à despesa pública, ao contrário do que parece ser praxe useira, não pode ser discricionária. O anúncio, por exemplo, da construção de mais duas travessias rodoviárias sobre o rio Tejo numa altura em que a pobreza estrutural aumenta, não se garante o acesso a serviços essenciais de saúde ou aumentam exponencialmente pedidos de prestações de alimentos não se trata de uma mera má política orçamental mas sim da constituição duma despesa pública verdadeiramente inconstitucional.

No que concerne em concreto aos direitos económicos e sociais, Maria d'Oliveira Martins defende que existe, lá está, um conteúdo mínimo dos mesmos que tem de ser acautelado¹⁷¹³: *"Que critérios podemos usar para encontrar o conteúdo mínimo dos direitos? Ligando o tema da promoção pública da igualdade com a ideia de "bem-estar reforçado", poderemos, desde logo,*

¹⁷¹² Cfr. Maria d'Oliveira Martins, "A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública", Almedina, 2016, p. 368 e ss.

¹⁷¹³ Cfr. Maria d'Oliveira Martins, "A despesa pública justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública", Almedina, 2016, p. 411 e ss.

dizer que neste conteúdo mínimo devem estar contemplados direitos que constituem pré-requisitos de outros direitos.”

Esta visão da autora acarreta até uma visão mais ampla do que a própria constituição, no sentido de se encontrar o mínimo de Justiça Social, conceito que gera claramente grande controvérsia.

Ora, claro se torna portanto que a despesa pública gerada pela regulação e pela tributação – ou ausência dela – tem de fundar-se na justeza dessa despesa, da sua relação com os direitos económicos e sociais. É inevitável que as duas figuras – regulação e tributação – não seja escrutinada enquanto mecanismos para a concretização de direitos económicos e sociais, sendo que apenas assim se pode considerar como justa a despesa pública gerada pelas mesmas.

Há ainda a salientar, como elemento fundamental de união entre regulação e tributação as finalidades semelhantes.

Ressalta do que até agora já aqui expusemos que a regulação e a tributação, enquanto mecanismos de intervenção do Estado, assumem finalidades de correção de eficiência ou correção de distorções sociais. E prosseguindo estas finalidades, certo se torna que a partilha de fundamentação sobressai também nestas duas figuras. Falamos não apenas da objetividade da fundamentação, bem como da necessidade da sua existência.

Ao longo do presente trabalho fomos fundamentando a intervenção do Estado na economia atendendo a duas vertentes: i) o Estado intervém na economia por motivos de eficiência; ii) o Estado intervém com o intuito corretor de distorções sociais, por razões de justiça social.

Por muito clássica que seja esta divisão, de facto tem sido a abordagem que aqui seguimos e sabemos que existem decisões públicas que, ainda, acolhem as duas vertentes por considerarem que a própria justiça faz parte dum conceito abrangente de eficiência do funcionamento do mercado.

Numa visão geral microeconómica, de análise da necessidade de intervenção do sector público no domínio da distribuição, primária e secundária, dos resultados do mercado tem em conta o funcionamento dos mesmos em concorrência, bem como a formação dos preços.

De qualquer forma há que voltar a recordar os dois teoremas fundamentais da economia de bem-estar: i) A eficiência de Pareto em que, sob certas condições, mercados competitivos em equilíbrio caracterizam-se por uma afetação de recursos eficiente, com uma combinação de eficiência de produção, eficiência nas trocas e eficiência nas preferências; ii) qualquer afetação de recursos, *à la* Pareto, pode ser alcançada como um equilíbrio competitivo de mercado após uma apropriada distribuição das dotações iniciais.

Bem, sabemos que a eficiência aplicada às questões de justiça social tem depois abordagens variadas, mormente que padrão de eficiência deve ser-lhes aplicável.

De qualquer forma, a maximização do bem-estar está na fundamentação de base das intervenções do Estado na economia, seja para alcançar maior eficiência no mercado, promovendo a concorrência e correção de falhas de mercado, seja inculcando uma matriz social de salvaguarda do interesse geral, justificando-se a correção de distorções na distribuição primária e, sobretudo, na redistribuição de riqueza.

Nesta segunda vertente, é essencial a delimitação do conceito de justiça social que seja condicente com a realidade socioeconómica.

Mesmo uma análise economicista acompanha, ainda hoje, a divisão não estanque destes dois fundamentos de base da intervenção do Estado no mercado. Primeiro porque, na essência, os mercados formam-se e funcionam de forma absolutamente livre, regendo-se pela “lei” dos comportamentos típicos dos agentes sendo desnecessária a intervenção de agentes externos para que haja um funcionamento espontâneo. Depois porque as funções do Estado obrigam à ação com base no interesse público e geral, pelo que a organização económica e social está intrinsecamente relacionada com as justificações de existência do próprio Estado.

A organização económica e social está intrinsecamente relacionada com as diretrizes culturais e sociais que, na ordem jurídica são transpostas, por exemplo, pela própria constituição. Aliás, a Constituição aparece como referência normativa hierarquicamente elevada que depois se espalha pela legislação ordinária.

No que concerne à métrica-tipo para o funcionamento do mercado, há quem indique um ótimo social em que, para além da maximização da eficiência – critério paretiano – atende-se ainda à maximização do bem-estar da sociedade¹⁷¹⁴.

No que concerne ao funcionamento do mercado, já sabemos também que o mesmo, mesmo funcionando sem quaisquer interferências da entidade Estado, pode apresentar fracassos. O mercado fracassa quando não provisiona bens ou serviços, ou seja, quando não existe mercado mesmo quando há procura. É o caso típico dos bens públicos.

Existem fracassos ainda quando a ação de certos agentes económicos afeta o bem-estar de outros sem que essa ação esteja refletida no sistema de preços. É o caso das externalidades.

O mercado também não se encontra a funcionar corretamente quando há falhas de atomicidade, fluidez ou liberdade, ou seja, são assumidos poderes de mercado que influenciam a formação do preço e as quantidades do mercado.

Quando a fluidez é afetada, mormente falha a informação perfeita, então existem agentes que detêm mais ou melhor informação aproveitando-se desse facto, influenciando, claro está, o preço de mercado. São os casos das Assimetrias Informativas.

Ora, tipicamente, no caso dos bens públicos, o Estado intervém prestando diretamente esses serviços ou produzindo os bens ou garante que algum privado o vai fazer com acesso universal¹⁷¹⁵. No caso da garantia, é inevitável a utilização de mecanismos de regulação, geralmente instrumentos administrativos.

Os instrumentos de regulação aqui utilizados podem passar pelos contratos, concessões ou parcerias, bem como atos normativos de exigência de prestação de determinados serviços essenciais com determinados padrões – de acesso ou qualidade.

O caso das *utilities* tradicionalmente asseguradas pelo Estado, passam agora para campo privado mitigado com delimitações regulatórias de prossecução de interesse público. Ou seja, o Estado garante a correção da falha de mercado, criando o mesmo, incentivando a produção do produto ou prestação de serviço. Isto porque a criação de despesa pública direta já caiu em desuso com o Estado Garantia.

¹⁷¹⁴ A crítica, como sabemos, reside na fraca possibilidade de se fazer comparações interpessoais de utilidade, caindo-se, por isso, numa ideia mais abstrata de eficiência de Kaldor-Hicks.

¹⁷¹⁵ Um bem público, economicamente caracterizado pela sua não exclusividade e não rivalidade de uso, tanto o é em Lisboa – onde há cerca de 545 mil habitantes - ou em Piódão que tem 70 habitantes.

Contudo, ao “privatizar” estas atividades o Estado não se livrou de despesa pública, por criação de determinadas características para o mercado, tendo de compensar os privados por privar os mesmos dum jogo de mercado inteiramente livre.

O Estado tem de assegurar determinados bens, incluindo muitas vezes bens públicos, não o fazendo diretamente utiliza os privados para prosseguirem uma ação de interesse público. Por isso, tem de os compensar por os coartar da liberdade de iniciativa privada.

No caso das externalidades positivas, as típicas medidas de correção são a subsidiação, com a criação direta de despesa pública. Muitas vezes esta despesa é tributária por acarretar medidas de isenção ou benefícios tributários.

Repare-se que sendo os benefícios tributários, por natureza, violadores do princípio da igualdade, a fundamentação destes incentivos é essencial. Somente com a fundamentação será possível apurar, jurídica, constitucional, judicial e até politicamente a bondade destas intervenções do Estado.

O caso das externalidades negativas é paradigmático na utilização quer da regulação mas também da tributação. Isto porque neste caso há a necessidade de correção de comportamentos de agentes que estão a provocar um custo social demasiado elevado em relação ao custo/ benefício privativo. Assim, a criação de medidas reguladoras tendentes à correção de comportamentos tem necessariamente de ser fundamentada uma vez que proíbe, limita a liberdade do agente privado.

O mesmo se pode aplicar às medidas tributárias desenhadas exatamente no sentido de aproximar o custo privado do custo social, preferencialmente obtendo um resultado de diminuição do custo social. Mas tais medidas são, por si só discriminatórias para quem tem este tipo de comportamentos, podendo até considerar-se sancionatórias de comportamentos indesejáveis. A fundamentação é, por isso notoriamente essencial.

E repare-se que estamos perante situações excecionais, corretoras de determinado desequilíbrio do mercado. Por isso, findando esse desequilíbrio o Estado não tem fundamentação para avançar mais nas medidas, apenas manter o resultado. E isto aplica-se tanto para as medidas de regulação mas, sobretudo, no caso dos tributos de regulação, cuja fundamentação é essencial para a manutenção do preenchimento dos requisitos de legalidade.

Relativamente às assimetrias de informação, a regulação parece ser o instrumento adequado para a resolução das mesmas e mais utilizado. Sobretudo se pensarmos na vertente da defesa do consumidor, área onde muitas assimetrias de informação são reportadas.

No caso dos poderes de mercado, é inevitável reconduzir às medidas de regulação, sobretudo porque a própria entidade reguladora da concorrência tem como atividade *core* a regulação dos mercados no sentido de fazer cumprir as suas regras.

A defesa da concorrência é tradicionalmente o objetivo maior da matriz europeia, pelo que é inevitável termos esta referência no combate à formação de poderes de mercado.

De qualquer forma, os poderes de mercado podem também ser combatidos com mecanismos tributários, mormente a tributação agravada de determinadas empresas. Contudo, mais uma vez, estas intervenções do Estado são em função duma correção de falha de mercado mas delimitam direitos de privados, fazem uma discriminação de agentes. Sem dúvida que a

fundamentação é essencial para a aferição da legalidade das medidas, sejam regulatórias ou tributárias. Aliás, como em qualquer ação normativa.

No que concerne às correções de distorções sociais ou implementação de medidas essencialmente de justiça social nos mercados, independentemente do mérito moral e social que as medidas detenham, o certo é que são concretizadas também por mecanismos de regulação e tributação.

A análise do bem-estar é incontornável na moderna economia e finanças públicas. E mesmo para quem apenas prefira critérios de eficiência há que ter em conta o financiamento dos bens públicos e os custos associados aos mecanismos de correção do mercado.

As despesas públicas geradas têm de ter um financiamento somente suportável pela fonte de receita primordial que é a receita tributária. E, como acabámos de analisar acima, a despesa pública não está dissociada da defesa e concretização de determinados direitos económicos e sociais.

Neste particular encontramos intervenções do Estado que são diferenciadas.

Existem intervenções do Estado no sentido de corrigir a distribuição primária, com intervenções ainda no mercado, alterando regras de funcionamento concorrencial no sentido de alcançar uma repartição de rendimento mais justa à luz das conceções de justiça social.

Essas intervenções incluem a formação de mercado inexistente, alteração de acesso aos mercados por agentes que estariam excluídos do mesmo, imposição de remunerações mínimas de factores, imposição de preços em determinados sectores e a determinados consumidores, entre outros.

Por outro lado, estas intervenções nem sempre alteram a repartição ou distribuição primária, sendo necessária uma redistribuição no sentido de distribuição secundária do rendimento para melhorar o bem-estar que resultaria do mero resultado do funcionamento do mercado. Ora, essas intervenções são sobretudo correções de distorções sociais que o mercado não resolveu ou as medidas de repartição impostas não foram eficientes ou suficientemente abrangentes.

A redistribuição opera por mecanismos de regulação também, incluindo os mecanismos tributários. Não esquecendo, contudo, que a distribuição, primária ou secundária, também é violadora ou intrusiva dos comportamentos livres dos agentes de mercado. São medidas que limitam a ação livre dos agentes de mercado e provocam, inclusivamente, situações de discriminação dos agentes.

Em termos jurídicos, as correções de mercado por motivos de justiça social provocam também questões de (des) igualdade que têm de estar legalmente justificadas.

Nestes termos, e concluindo esta primeira abordagem sobre os pontos de união da regulação e tributação, há que relevar três pontos fundamentais:

- 1) A eficiência e a justiça social são motivações fundamentadas para a intervenção do Estado nos mecanismos dos mercados concorrenciais. A correção de falhas de eficiência e de distorções sociais são fundamentais para a prossecução do aumento do bem-estar, seja este bem-estar entendido como mera eficiência paretiana ou um ótimo social;
- 2) O mercado funciona, na sua essência mais pura, de forma livre e de acordo com os comportamentos típicos dos agentes de mercado, pelo que a intervenção do Estado deve ser necessariamente fundamentada. Qualquer ação pública ou decisão pública

deve ser fundamentada, pelo que a regulação e a tributação, enquanto ações do poder público não podem deixar de estar fundamentadas. Somente com uma fundamentação adequada à finalidade pode o mecanismo de correção ser avaliado jurídica, constitucional, judicial, política e socialmente;

- 3) Nestes termos, os mecanismos de correção de mercado têm objetivos e fundamentos partilhados. É de relevar que os mecanismos de correção de mercado são, como já aqui se referiu, de várias espécies. Os mecanismos de regulação incluem mecanismos de regulação económica e os tributos enquanto mecanismos de correção.

7.2.1. Mecanismos de Regulação: os mecanismos tributários e os “outros”

Quando abordámos as distorções do mercado, indicámos os vários mecanismos de correção. No capítulo 3 e 4 pudemos analisar de forma mais aprofundada os mecanismos de que se socorre o Estado para efetivar as suas intervenções.

De referir que, depois da análise do mercado, identificação do problema económico e decisão de intervenção pública, há que analisar quais os instrumentos à disposição para que a intervenção seja bem-sucedida nos seus propósitos.

Ora, verificámos que a base para a análise destes instrumentos tem de ser balizada num conceito de regulação mais ou menos amplo para que consigamos identificar quais os mecanismos que podem ser identificados e juridicamente categorizados como instrumentos de regulação.

Conforme acima também ficou claro, para o presente trabalho acolhemos um sentido mais amplo de regulação uma vez que partimos essencialmente duma análise económica da mesma.

Também importa referir que os instrumentos a que o Estado recorre para realizar as suas tarefas de regulação não relevam para a definição do conceito que há-de abranger todas as medidas de condicionamento da atividade económica independentemente da sua execução ser por lei, regulamento, atos, contratos administrativos ou outros meios, incluindo judiciais.

De qualquer forma, abordámos os instrumentos a que o Estado recorre para realizar tarefas de regulação e fizemos uma distinção clara entre os mecanismos tributários e os restantes mecanismos de correção.

De relevar ainda que fizemos a distinção entre as técnicas de regulação e os instrumentos propriamente ditos que concretizam as medidas.

Assim, encontramos a técnica de “comando e controlo”, que é a mais tradicional e se traduz na elaboração de regras jurídicas que proíbem ou impõem determinado tipo de condutas. Quem não as cumprir fica sujeito a sanções.

Outra técnica são os incentivos e penalizações, que implicam instrumentos como subsídios ou taxas. O que acontece é que determinado comportamento apenas será permitido se o agente pagar um imposto ou taxa, ou então o agente recebe um incentivo para adequar o seu comportamento.

Estes instrumentos são geralmente de matriz económica, para encorajamento de determinados comportamentos, incentivos, alterações no mecanismo de preços, mecanismos de

internalização de externalidades, etc.. Neste caso incluímos os tributos em particular que detêm finalidades extrafiscais no sentido de moldar comportamentos.

A *soft law* tem, como sabemos, cabimento no âmbito da regulação, uma vez que esta técnica é muitas vezes utilizada, mormente pelas entidades reguladoras, como meio de guiar os comportamentos dos agentes do sector.

As recomendações são, portanto, outra técnica de regulação. Aqui podendo ainda incluir-se as comunicações, que são ainda mais leves, não vinculativas as também orientadoras de comportamentos dos agentes

Depois ainda temos a solução negocial, com cooperação e consenso, muitas vezes associada à autorregulação, em que os agentes se autovinculam a determinados comportamentos anteriormente acordados.

Ainda como técnicas de regulação assumimos a importância das outras formas de impedir ou moldar comportamentos, mormente com a arquitetura do modelo regulatório. São exemplos a cibersegurança, por exemplo, onde se pode controlar o acesso a conteúdos, por exemplo a menores de idade ou determinados grupos de pessoas ou agentes.

Os instrumentos de regulação são, como já aqui temos vindo a sublinhar maioritariamente normativos. Isto porque, como aqui já referimos, a decisão regulatória inicia-se numa decisão política e concretizada por via normativa.

A escolha dos instrumentos regulatórios pode, depois, ser feita de acordo com uma ideia de eficiência e consoante o objetivo que o poder público pretende prosseguir.

Bronwen Morgan e Karen Yeung, no capítulo 3 sobre Instrumentos e técnicas regulatórias, da obra “An Introduction to Law and Regulation”, referem vários estudos sobre esta escolha eficiente de instrumentos regulatórios, sendo de relevando a posição de R. Cooter com a qual tendemos a simpatizar¹⁷¹⁶: *“For Cooter, both viewpoints are characteristically blind to each other’s perspectives: lawyers are blind to the fact that officials cannot regulate the economy efficiently by giving orders, and economists are blind to the distinctively normative aspect of law, viewing a sanction as what is forbidden merely as the price for doing what is permitted. Hence he claims that the challenge is to combine both these approaches by developing a theory about the difference between the behavioural effects of prices and sanctions.”*

Ora, de facto há que diferenciar aquilo que são os incentivos provocados por determinado preço e a diferença destes para a aplicação de sanções. E essa informação assume relevância para os decisores públicos que vão optar pelas medidas regulatórias.

Os mencionados autores relevam ainda, em matéria de decisão entre preços e sanções, *“These observations point to a simple test for deciding whether a law creates a sanction or a price: Sanctions increase with the need for deterrence, as indicated by the actor’s state of mind, whereas prices increase with the amount of external harm caused by the act, which is invariant with respect to the actor’s state of mind.”*¹⁷¹⁷

¹⁷¹⁶ Cfr. Bronwen Morgan e Karen Yeung, “An Introduction to Law and Regulation”, Chapter 3: Regulatory Instruments and Techniques, Cambridge University Press, 2012, p. 117 e ss.

¹⁷¹⁷ Cfr. Bronwen Morgan e Karen Yeung, “An Introduction to Law and Regulation”, Chapter 3: Regulatory Instruments and Techniques, Cambridge University Press, 2012, p. 123 e ss.

Ora, as análises sobre as escolhas de instrumentos regulatórios são deveras interessantes porque o Estado não terá uma mas antes várias matrizes para a escolha desses instrumentos.

Basta existirem diferentes fundamentações, diferentes objetivos ou condições sociais a precaver. Contudo, os mesmos autores alertam para o facto de não ser de corroborar a ideia de que nenhum critério existe para a escolha de instrumentos.

“There are limits to government and private actor resources which necessitate a careful selection of the most cost-effective regulatory combinations. There are also limits to the administrative burden that can reasonably be placed on regulatees in satisfying the multiplicity of regulations.”¹⁷¹⁸

Há que distinguir três elementos essenciais no que concerne aos instrumentos de regulação:

- i) Por um lado, temos instrumentos de regulação que resultam diretamente de ação normativa, ou seja, um momento de *rule making* ou *rule setting* que representa a regulação em sentido estrito.
- ii) A regulação administrativa, a que utiliza instrumentos administrativos, é a que aplica e supervisiona se as normas regulatórias estão a ser cumpridas. É a chamada *rule implementation* e *rule supervision*, sobretudo pelas entidades administrativas com funções de regulação (entidades reguladoras).
- iii) Por último, a jusante, temos a aplicação de sanções pelo incumprimento de normas, a *rule enforcement*, que já trata duma fase contenciosa, podendo a mesma ainda ser um procedimento administrativo ou passando para o poder judicial.

Na primeira fase normativa, o que se pretende prosseguir é a criação duma matriz regulatória, com base normativa, que servirá de orientação para o modelo de regulação e tipo e finalidades a prosseguir. Falamos da matriz constitucional, que assume uma grande relevância quer no que concerne às delimitações mas também às finalidades a serem prosseguidas. De relevar que os direitos económicos e sociais previstos na Constituição, como já aqui se referiu, são muitas vezes concretizados normativamente por via da regulação mas estes princípios são, ainda, limites essenciais para a despesa pública justa.

De referir ainda que não apenas cabe à Constituição esta constituição de linhas mestras para o desenho regulatório mas também à legislação ordinária que concretiza – ainda no campo normativo – essa matriz regulatória.

Num sistema de heterorregulação é essencial a criação destas regras básicas cuja aplicação e supervisão é depois procedida pelas vias administrativas, mormente através das entidades reguladoras.

Ora, a legislação pode prever, desde logo, quais os instrumentos que devem ser utilizados para prosseguir os objetivos pretendidos. Como já aqui referimos, inclusivamente os preceitos constitucionais podem deter maior ou menos grau de concretização incluindo os mecanismos a serem seguidos. Assim, as normas de *command-and-control*, ou a regulação imperativa tem necessariamente de passar pelo cunho normativo para adquirir o *jus imperii* necessário para a sua concretização efetiva.

¹⁷¹⁸ Cfr. Bronwen Morgan e Karen Yeung, “An Introduction to Law and Regulation”, Chapter 3: Regulatory Instruments and Techniques, Cambridge University Press, 2012, p. 127 e ss.

Por outro lado, o legislador constitucional ou ordinário não detalha a concretização das medidas, os instrumentos a que a regulação se pode socorrer são, naturalmente, os instrumentos administrativos ao alcance da administração pública. Já aqui referimos os típicos instrumentos administrativos na área da regulação ato administrativo, contrato ou regulamentos administrativos.

Por fim, a fase sancionatória para os infratores. Sendo uma parte essencial destas medidas de carácter obrigatório, em caso de violação das normas de *comad-and-control* deve existir uma sanção. O processo sancionatório, que segue naturalmente exigências mais apertadas relativas à defesa e equilíbrio de “armas”, pode ter uma fase administrativa e/ou uma fase judicial.

Assim se completa o ciclo de criação, aplicação, fiscalização e injunção de comportamentos, terminando-se com a sanção dos comportamentos desconformes.

Num cenário de crescente criatividade relativamente aos instrumentos de regulação, não nos atrevemos a enumerar exaustivamente e de forma cabal todos os mecanismos que o Estado utiliza para condicionar, alterar ou moldar o comportamento dos agentes de mercado. Seria uma tarefa certamente infrutífera e necessariamente incompleta. Mas podemos dar exemplos dos instrumentos utilizados, sem grande preocupação de categorização.

Assim, temos técnicas de regulação que incluem a especificação de regras de qualidade. Ora, essa especificação técnica de regras de qualidade são limitações aos agentes do mercado.

Limitações que podem ser de qualidade relativamente à produção, qualidade de prestação do serviço ou qualidade a preservar (no caso ambiental, por exemplo).

Estas regras relativas à qualidade são, muitas vezes, também regras técnicas. As normas técnicas são instrumentos também de condicionamento do mercado, uma vez que emanam orientações técnicas sobre os agentes, os produtos ou serviços.

CrITÉRIOS técnicos são instrumentos utilizados sobretudo em mercados com maior complexidade, como o ambiente, energia ou telecomunicações. Os critérios técnicos são uma forma comum de aplicação de delimitações. Critérios técnicos mais pormenorizados ou apertados levam a uma maior restrição dos agentes de mercado, pelo que o mercado sofre necessariamente um ajuste consoante este balizamento normativo.

Podem criar-se barreiras à liberdade, com consequências na atonicidade simplesmente com especificações técnicas. Os agentes que não conseguirem cumprir tais padrões, sejam de qualidade do bem ou serviço, sejam condições específicas técnicas dos agentes ou características específicas dos bens ou serviços, o certo é que estes instrumentos levam ao condicionamento do mercado.

Outra técnica é a criação direta de restrições e impedimentos em determinados mercados, sendo que pode afetar os agentes ou até o preço do mercado. A imposição de barreiras à entrada ou saída de agentes é uma destas restrições, sendo de incluir ainda mecanismos que afetem, por exemplo, os preços do mercado. Incluímos aqui as medidas que banem determinadas matérias-primas, restrições às vendas ou uso de determinados produtos.

Associadas sobretudo a técnicas economicistas, muitas vezes são apresentados instrumentos de controlo administrativo do preço, impondo-se legalmente determinados limites a preços de mercado.

Paralelamente com uma nacionalização direta, a imposição de preços administrativamente fixados pode ser dos instrumentos mais intrusivos na liberdade de iniciativa privada, do natural mecanicismo do mercado.

Ou seja, os instrumentos de regulação acompanham os seus intuitos sendo mais ou menos intervencionistas, de cariz de defesa da eficiência ou correção de mercado ou de pendor socializante.

De qualquer forma, os mecanismos de regulação incluem os de matriz tributária que aqui amiúde temos vindo a escarpelizar.

Já aqui referimos os mecanismos tributários na vertente de tributos, com as suas naturezas diferenciadas. Mas neste momento, porque se trata de pontos de união da regulação e da tributação, importa refletir mais concretamente sobre os tributos enquanto instrumentos de regulação, a sua evolução e efeitos.

Isto porque a utilização dos tributos enquanto mecanismo de regulação não seria a tradicional função de coleta de receita para fazer face às despesas gerais do Estado.

A ortodoxia das Finanças Públicas Clássicas levava a que a doutrina considerasse que não deveriam existir tributos regulatórios, muito menos impostos que tivessem essa função.

Isto porque os impostos tradicionalmente apenas seriam cobrados para fazer face às despesas públicas. Ou seja, os impostos deveriam ser economicamente neutros e direcionados apenas para a cobertura de despesa pública.

Contudo, já em 1940 William Shultz¹⁷¹⁹ referia que, *“Deliberately or innocently, every tax is regulatory.”* E relativamente a esta afirmação, Shultz apontou vários efeitos de regulação “normais” resultantes da mera existência dos tributos (no caso, mais concretamente, impostos).

Assim, a imposição de impostos sobre determinadas mercadorias ou consumo leva a uma restrição na procura. Se a procura for inelástica, a aplicação de imposto sobre tal mercadoria pode levar a uma redução da procura mas menos que proporcional, ou seja, a quebra de procura será reduzida.

Se estivermos perante produtos em que a elasticidade-preço da procura for de larga amplitude, então qualquer imposto sobre o consumo levará a que o efeito de substituição ocorra em larga escala ou a que deixe de existir determinados mercados.

Por outro lado, se existirem impostos sobre determinados negócios ou produções, tal pode levar a um aumento dos custos associados à produção e consequente aumento do preço. Tais impostos podem ainda provocar um certo desincentivo para a produção desses produtos, provocando desequilíbrios momentâneos no mercado, mormente escassez enquanto a procura não se adapta às novas condições de mercado.

O imposto sobre pessoas coletivas, empresas, tem ainda o efeito de poder desincentivar o investimento ou reinvestimento.

Mesmo os impostos gerais acabam por ter efeitos regulatórios no sentido de alterarem ou condicionarem o funcionamento dos mercados. Isto porque qualquer imposto geral não é

¹⁷¹⁹ Cfr. William Shultz, “Taxation as an Instrument of Regulation”, National Tax Association, setembro de 1940, p. 126 a 136.

necessariamente uniforme. Não atinge todos da mesma forma, pelo que naturalmente altera as condições dos agentes que a ele estejam sujeitos.

Mais, um imposto geral sobre património vai levar a comportamentos de fuga a este imposto e por isso favorecer os rendimentos de trabalho. Se existir um imposto sobre os rendimentos do trabalho, então discriminam-se estes rendimentos face aos de capitais, por exemplo.

Ou seja, qualquer sistema fiscal mesmo que os mesmos tenham um carácter genérico de aplicação, atingem de forma diferenciada vários grupos de agentes. Nestes termos, as diferentes taxas de imposto aplicáveis, bem como a existência de diferentes tipos de base tributária, exceções ou isenções de tributação, leva a que sejam dados diferentes estímulos aos agentes económicos. A mera existência de vários impostos, mesmo que todos de base genérica, leva a que existam diferentes incentivos aos agentes impostos pelo sistema fiscal existente.

Se falarmos em carga fiscal, o que sobra depois de aplicada a carga fiscal e despesas essenciais da classe média e mais ricos, será o poder de compra, a procura agregada potencial de bens normais e bens superiores ou potencial de poupança/ investimento.

As medidas econométricas da análise da aplicação da carga fiscal revelam, em última instância para aferir do potencial de crescimento ou recessão económico.

A influência não é apenas individual mas de todo o sistema tributário. Conforme refere Schultz¹⁷²⁰, *“Not only is every tax, considered as a whole, regulatory as to commodity competition, business competition, or distribution of national income, but each and every variation of base or rate structure, introduced for revenue reasons or to further fiscal justice or to facilitate administration, exercises more or less economic regulatory effect.”*

Depois temos os tributos que são deliberadamente criados com intuitos de regulação económica. E, de facto, recordemos que Arthur Cecil Pigou, no início do Século XX já desenvolvia a tese dos impostos para correção de externalidades, no caso negativas.

Aliás, os impostos pigouvianos são ainda hoje bandeira das medidas de correção de mercado de cariz público. Mas a utilização dos impostos como mecanismos de regulação eram sobretudo reconhecidos pelos economistas pois a ortodoxia reinante na doutrina de Finanças Públicas não permitia que os impostos pudessem ter, como finalidade secundária e muito menos primária, a regulação de determinado mercado ou distorção de mercado.

Em 1940, Schultz refutava esta posição ortodoxa¹⁷²¹. Apresentou os argumentos que geralmente seriam apontados para o não uso de tributos de regulação e refutou-os.

O primeiro argumento prende-se com o facto de qualquer tributação com intuitos regulatórios iriam provocar uma alteração no Estado *laissez faire*, ou seja, iria provocar alterações à mecânica do mercado concorrencial livre, provocando maiores males do que benefícios.

Contudo, como já aqui referimos, qualquer imposto fará alterações à mecânica do mercado concorrencial. E não caberá ao Estado efetivamente regular determinadas situações para evitar o extremismo do Estado *laissez faire*? Até os economistas clássicos, como Adam Smith admitiam

¹⁷²⁰ Cfr. William Shultz, “Taxation as an Instrument of Regulation”, National Tax Association, setembro de 1940, p. 126 a 136.

¹⁷²¹ Cfr. William Shultz, “Taxation as an Instrument of Regulation”, National Tax Association, setembro de 1940, p. 126 a 136.

que o Estado teria de cumprir determinadas funções, mesmo que isso implicasse uma alteração do mecanicismo do mercado.

O segundo argumento contra a tributação de regulação prende-se com a violação dos princípios da justiça fiscal. Ora, a justiça fiscal tem padrões que se foram ajustando ao longo do tempo à realidade económica e social. Por um lado, os tributos pareciam ser justificados apenas para a cobertura das despesas do Estado mas com o evoluir da doutrina tributária, passámos a assistir à função socializante dos tributos, mormente na sua função de redistribuição de riqueza.

A questão é que a justiça tributária acaba por estar delimitada pelos princípios legais estipulados, mormente desígnios de direitos fundamentais, sociais e económicos, bem como os objetivos da política económica e social.

Se o Estado decidir ter mais despesa social é inevitável a alteração do sistema tributário e consequente ajuste das figuras tributárias adequadas. Mais, um imposto que pressupõe determinado intuito social pode ser tremendamente injusto para um sector ou determinado grupo de cidadãos.

Nestes termos, Schultz afirma que, podendo existir um leque variável de fundamentos para a tributação, então porque não se pode ter em conta as repercussões sociais e económicas do mesmo, atribuindo-lhe determinadas “missões” de correção de distorções de mercados, sejam de eficiência ou justiça.

Um outro argumento contra a tributação de regulação seria o facto da própria carga normativa pesada dos tributos. Ou seja, que os tributos, por se caracterizarem como prestações pecuniárias coercivas, seriam instrumentos mais evasivos para a regulação, sobretudo certos tipos de regulação mais *soft*.

Bem, a tributação não é o único instrumento de regulação, pelo que deve ser utilizada sobretudo quando é o método mais eficiente para combate de determinada situação irregular do mercado. Portanto, os tributos de regulação podem ser o mecanismo de regulação mais adequado e com a força normativa certa para determinadas situações, devendo o decisor público preocupar-se sobretudo com a adequabilidade da medida para as finalidades que se prosseguem com a ação interventiva.

O quarto argumento utilizado em desfavor dos tributos de regulação seria o facto de submeter à vontade de determinados grupos de interesse o sistema fiscal.

Bem, mas essa pressão sobre o sistema fiscal já existe mesmo quando não estamos perante tributos de regulação. Basta pensarmos na tributação sobre determinado tipo de empresas para percebermos que a “batalha” *lobbyista* inicia-se imediatamente para influenciar o decisor público.

Por outro lado, qualquer tipo de legislação sectorial acaba por provocar ondas de pressão de grupos de interesse. A legislação pretende regular determinada realidade económica e social e terá sempre um impacto de benefícios a uns mas prejuízos a outros, mesmo que, afinal, os benefícios sejam maioritários.

O quinto argumento prende-se com o facto de os tributos de regulação poderem sequer gerar receita, pelo que levaria à criação dum tributo que, em bom rigor, não geraria receita para cobertura, sequer, dos custos administrativos da sua implementação, agravando assim o problema de finanças públicas (maior despesa do que receita).

Este argumento rejeita uma avaliação dos benefícios resultantes da ação de regulação, tendo apenas em vista a cobertura dos custos diretos pela receita direta eventualmente gerada. Falta aqui a avaliação dos benefícios indiretos que são de mensuração difícil mas que é um dos objetivos primordiais da própria regulação.

Por último, os tributos de regulação não teriam cobertura constitucional, sendo um subterfugio para fugir à determinação cabal, sobretudo dos impostos, enquanto receita primordial para cobertura de despesas gerais do Estado.

Contudo, pelo menos na matriz europeia constitucional, o sistema fiscal incluiu algumas finalidades extrafiscais, sobretudo nas constituições dos Estados de Direito Democrático.

Não raras vezes encontramos finalidades sociais constitucionalmente adjudicadas a determinados impostos, mormente impostos sobre o rendimento e sobre o património em que se atribuem funções de redistribuição de rendimento.

Mesmo nos impostos sobre o consumo, também se podem encontrar casos em que se agrava a tributação do consumo de bens de luxo.

Os Estados Unidos da América, percussores duma regulação económica baseada na liberdade do mercado, foram estabelecendo legislação com tributos de regulação sobretudo em cinco campos: 1) impostos sobre determinados bens (bens de luxo), que pretendem delimitar o consumo de determinados bens; 2) tributos para promover ou desencorajar determinados comportamentos de agentes económicos; 3) tributos para controlar ou modificar determinadas práticas das empresas; 4) tributos com intuitos sociais, de promoção de mudanças nas condições económicas e sociais básicas; 5) tributos para defesa e guerra.

E, de facto, estes tributos têm sido desenvolvidos enquanto mecanismos, instrumentos de regulação, não apenas nos Estados Unidos mas nos mais diversos modelos regulatórios. A própria ação administrativa de regulação passou a ser “sustentada” por tributos comutativos.

As despesas resultantes da ação administrativa de regulação, bem como as próprias entidades reguladoras são hoje suportadas em grande parte por tributos comutativos criados para esse efeito.

Por outro lado, proliferam tributos com intuitos cada vez mais de regulação. A nível interno mas também no sistema multinível da União Europeia.

A tributação associada à regulação revelou-se um instrumento importante na crise financeira de 2008. Isto porque a regulação e a tributação, sendo instrumentos de política pública, foram ambos utilizados para debelar riscos sistémicos que são, no fundo, externalidades negativas¹⁷²².

Donato Masciandaro e Francesco Passarelli¹⁷²³, assinalam o problema e as soluções que vieram a lume: *“The possible failure of a financial intermediary can produce a generalized fear of counter-party credit risk, with potential domino effects spreading across markets. The externality arises because these potential effects are not completely internalized by the contracting parties. In a perfect Pigouvian world, taxation and regulation would be equivalent policy tools: both policies can achieve the first best outcome if well calibrated to deal with the externality. In the real world, dominated by uncertainty and asymmetric information, policymakers usually choose*

¹⁷²² No sentido de risco de contágio dos mercados financeiros.

¹⁷²³ Cfr. Donato Masciandaro e Francesco Passarelli, “Taxation and the Financial Crisis”, Chapter 11 – Regulation and Economics, Oxford University Press, February 2012, p. 257-269.

financial regulation to produce progressive effects in economic agents' risk taking (IMF), while taxation is used to produce proportional effects, using flat tax schemes (Goodhart)."

A decisão de correção da externalidade com regulação ou tributação passaria pela própria forma da externalidade e os custos associados.

Não é nova a ideia de ter tributos sobre determinados produtos financeiros que tenham maior risco, no sentido de moderar a utilização dos mesmos e diminuir o risco. Keynes propôs taxar os *security contracts* por considerar que seriam uma fonte de instabilidade financeira, bem como Stiglitz propôs a tributação de outros produtos financeiros também por se considerarem de maior risco.

De qualquer forma, há diferenças relativamente à forma como a regulação e a tributação tratam as externalidades, mesmo que partilhem das mesmas finalidades.

E conforme relevam Donato Masciandro e Franscesco Passarelli¹⁷²⁴, na perspetiva da análise política, estes dois instrumentos também são acolhidos de forma diferente: *"In the case of regulation, most sacrifices are made by top risk producers. Thus, even when the median voter produces an amount of risk that is above the average, the majority prefers regulation that is too restrictive. By contrast, with a tax, low-risk producers bear a significant burden. Thus, a low median is induced to prefer taxes that are too low. The two instruments are quite different in the political distortion: regulation is very likely to be too restrictive; taxation is likely to be too low."*

Na perspetiva dos autores citados, a regulação consegue resultados mais do que proporcionais na proibição de determinados instrumentos tóxicos. Mas nos restantes casos a regulação é encarada como um risco com um custo operacional muito elevado para os agentes.

Assim, no caso dos tributos, mesmo que sejam altos em determinadas atividades, se as mesmas derem elevados lucros os agentes mais facilmente pagam o imposto e mantêm a atividade até deixar de ter benefício.

Por outro lado, a tributação, podendo ser progressiva, pode atenuar estes custos e dar uma ideia de maior justiça.

No caso dos mercados financeiros, o que assistimos é a uma forte regulação, sendo a tributação um instrumento de regulação secundário.

O modelo de análise de Masciandro e Passarelli passa pela identificação dos portefólios de produtos financeiros e riscos associados, para depois se perceber se o Estado pode intervir e em que medida.

A primeira premissa a ter em conta é que cada investidor é um potencial votante, pelo que é certo que cada indivíduo pode fazer a sua escolha de instrumentos financeiros atendendo às suas pretensões egoístas e com determinado risco associado. Para o Estado temos um grupo de indivíduos que são potenciais votantes, pelo que toda a teoria da *public choice* pode influenciar a sua decisão, para além das motivações de correção de externalidades negativas.

O agrupamento destes investidores é feito pelo nível de toxicidade da sua carteira: há o grupo dos investidores de baixo risco e o grupo de investidores que preferem investimentos com maior

¹⁷²⁴ Cfr. Donato Masciandro e Francesco Passarelli, "Taxation and the Financial Crisis", Chapter 11 – Regulation and Economics, Oxford University Press, February 2012, p. 257-269.

toxicidade. Assim, quanto maior o grupo de investidores com mais produtos tóxicos, maior o risco sistémico.

Repare-se que, por definição, um investidor maximiza sua utilidade quando a sua escolha real de portfólio corresponde ao seu tipo.

A escolha de uma carteira com uma quantidade diferente de risco sistémico acarreta uma desutilidade que pode ser descrita como uma função de custo que aumenta na distância entre o tipo e a escolha real da carteira.

Se a escolha real de um investidor for uma carteira com menor risco associado à escolha de seu tipo, então ele gera um benefício social que se espalha pela população, mas carrega um ónus privado representado pelo custo de fazer uma escolha diferente da do seu tipo.

Ora, o que é que esta situação provoca? Como os indivíduos são infinitesimais na população, o benefício privado que um indivíduo obtém de sua própria redução de externalidade também é infinitesimal.

Assim, ninguém tem incentivo para reduzir unilateralmente o risco sistémico da sua carteira abaixo de seus tipos. Surge, assim um eventual problema de *free ride* como resultado da discrepância entre os benefícios privados e sociais das reduções de externalidades.

Os investidores fazem escolhas de portfólio elevado risco sistémico e isso leva a que haja espaço para intervenção do governo por meio de regulamentação ou taxação.

Ora, a regulação financeira veio sobretudo combater que as instituições financeiras emitam instrumentos financeiros com alto risco, levando a que os grandes investidores que tenham no seu portfólio financeiro este tipo de instrumentos tenham de alterar o seu padrão de investimento.

Claramente que este tipo de regulação tem grande impacto nos portefólios com maior carga de risco, pelo que a introdução de regulação contra instrumentos de alto risco leva a uma redução mais do que proporcional na produção de riscos sistémicos. Há, portanto, uma redução de produção de risco mais do que proporcional em relação ao risco antes da regulação.

Nestes termos, os investidores tipo com maior risco não querem a regulação porque a mesma provoca custos privados de maior amplitude. Mas os investidores de menor risco querem uma regulação forte porque tal leva a um menor custo individual.

A razão é simples. Os benefícios privados são os mesmos para todos mas o grupo de risco superior acarreta custos privados maiores. Como os custos privados aumentam, a utilidade de um indivíduo é maximizada com uma regra menos rígida. Aplica-se o teorema do eleitor mediano: na maioria simples, o resultado da votação é o ponto de êxtase do tipo mediano. A eficiência desse resultado político pode ser estudada comparando a escolha do eleitor mediano com a de alguém que pretende uma medida social que maximiza a utilidade total.

Assim, facilmente se conclui que se a regulação for decidida por votação é provável que a política regulatória seja mais restritiva, provocando maiores custos por atingir primordialmente o grande grupo de investidores com maior risco.

Já no que toca à tributação, esta vai pretender corrigir a externalidade decorrente do risco sistémico aumentando o custo privado, tal qual é usual nos impostos pigouvianos.

O objetivo desta tributação será aproximar o custo marginal privado ao custo marginal social, influenciando o aumento do custo privado por via da inclusão dum tributo. É a tentativa de otimização do bem-estar social.

No caso dos produtos financeiros, os tributos criados têm girado à volta das transações – impostos sobre transações de determinados produtos financeiros – ou atendendo ao risco sistémico.

O risco sistémico dum portefólio de investimento tem duas variantes: i) o número de instrumentos financeiros tóxicos; 2) o “tamanho” da carteira, ou seja, o número de transações feitas pelo investidor.

Ora, se só existir um tributo sobre as transações, então apenas um factor é combatido, ou seja, o número de transações, o que não resolve a externalidade negativa.

Conforme relevam Donato Masciandaro e Francesco Passarelli¹⁷²⁵, podemos assumir realisticamente que um imposto proporcional às transações financeiras é de facto regressivo em relação à externalidade produzida.

A aplicação de impostos dessa forma resulta num *second best*, num resultado que é o segundo melhor. Tributar as transações obriga o governo a adotar um imposto que é de facto regressivo na externalidade, enquanto o (primeiro) melhor instrumento seria um imposto proporcional.

Nestes termos, a tributação, para ser eficiente, deve abranger o risco sistémico por completo, incluindo o número de instrumentos financeiros tóxicos, o que apenas é possível com um imposto que esteja associado a essa característica dos instrumentos financeiros.

A questão prende-se depois com a legalidade e tipicidade deste tipo de tributos, se não serão, por exemplo, discriminatórios e se há fundamentação suficiente para a manutenção dos mesmos.

Também em matéria tributária, em caso de decisão pela maioria votante, temos uma distorção possível pois o votante médio não vai querer uma carga tributária suficiente para a correção da externalidade. Há, portanto um desvio significativo entre aquilo que seria economicamente eficiente, em termos de correção de externalidade, face à distorção provocada pela decisão política.

Mas, de qualquer forma, é mais provável uma regra regulatória ser mais restritiva do que um tributo criado por razões de regulação. Isto, claro está, no caso específico do mercado financeiro.

Em resumo:

Quando as políticas de redução do risco sistémico financeiro são feitas por votação, os aspetos políticos da decisão são bastante relevantes e podem causar distorções significativas. Essas distorções são substancialmente diferentes quando se trata de tributação ou de regulamentação.

¹⁷²⁵ Cfr. Donato Masciandaro e Francesco Passarelli, “Taxation and the Financial Crisis”, Chapter 11 – Regulation and Economics, Oxford University Press, February 2012, p. 257-269.

O contágio do risco sistêmico, como uma questão de externalidade, pode ser considerado como uma política de interesse geral e por isso alvo de intervenção dos poderes públicos.

De certo modo, todos estão interessados em reduzir o risco sistêmico e por isso, como consequência da política escolhida, todos os investidores devem reajustar sua carteira ou arcar com um custo.

Se for adotada uma solução de regulação, a maioria dos custos e ajustes são suportados por investidores de alto risco.

Com a tributação, os sacrifícios são distribuídos de maneira mais uniforme pela população.

As distorções políticas dependem da distribuição de sacrifícios para a redução da externalidade.

A maioria dos pequenos proprietários de portfólio com investimentos de baixo risco tenderá a escolher a regulamentação para concentrar os sacrifícios nos produtores de alto risco.

Mesmo uma mediana acima da média pode preferir a regulamentação, desde que tenha um efeito suficientemente progressivo nos ajustes de risco.

A regulação pode ser altamente ineficiente. Em particular, as maiorias tendem a escolher regras muito restritivas. Ou seja, se “o risco é devido a todos” e o custo de cumprimento das regras cresce rapidamente, concentrar a redução do risco nos produtores de alto risco não é socialmente ótimo.

Porém, se a maioria for feita por produtores de baixo risco, a decisão será de regulamentação dura.

Com um imposto, a distorção política é bem diferente. O risco sistêmico é reduzido pela tributação de medidas distorcidas de risco, como transações, lucros de intermediários ou seu volume de negócios.

O mais provável é que se produza um efeito regressivo: produtores de pequeno risco pagam proporcionalmente mais do que produtores de grande risco.

Como consequência, a maioria dos produtores de pequeno risco têm menos incentivo para escolher um imposto e se o fizer, escolhe uma alíquota muito baixa.

Este argumento de economia política é possivelmente útil para entender a realidade em que os impostos sobre instrumentos financeiros de risco são geralmente raros e baixos, enquanto a regulamentação financeira é muito mais frequente.

Nestes termos, é sem dúvida evidente que a regulação e a tributação são instrumentos complementares no que concerne à regulação financeira.

Por fim, abordemos como podemos considerar a tributação um mecanismo de regulação multinível. Este tema é-nos especialmente caro por consubstanciar uma parte da nossa inquietação inicial sobre os tributos e a sua interação com a regulação.

A literatura académica raramente junta estes dois temas, sendo grande parte dos textos divididos entre ciências políticas e administrativo onde se aborda a tributação e depois a regulação aparece como instrumento de *governance*.

Conforme referem Thomas Rixen e Brigitte Unger¹⁷²⁶, a Regulação é entendida como conjunto de regras sobre determinados comportamentos e que sanciona quem não as cumpre. É justificada pelo interesse público e assume normalmente a forma de Lei.

A tributação funciona com incentivos monetários, e molda o comportamento individual por meio de incentivos materiais, levando o indivíduo a ser guiado pela sua racionalidade egoísta, em que avalia a relação custo-benefício relativamente ao cumprimento ou não da regra tributária.

Mas esta distinção acaba por dissipar-se porque, tal como a regulação, a tributação também se baseia em Leis, padrões, princípios e normas. De recordar que os tributos são prestações pecuniárias coercivas, pelo que a lei tributária é sustentada também por sanções e o poder de autoridade do Estado.

Acresce que os tributos, embora devam ter como função primordial a recolha de receita para fazer face às despesas públicas, o certo é que qualquer tributo influencia, como já aqui referimos, o comportamento dos agentes de mercado, moldando, por isso, o comportamento dos indivíduos e empresas.

Da mesma forma, tal qual já ensina Posner, a própria regulação pode proibir certos comportamentos e ser, por isso, comparada com impostos implícitos.

Um ponto onde geralmente a regulação e a tributação são díspares, prende-se com o facto de a regulação ser um processo dinâmico, onde reguladores e regulados estão envolvidos num certo intercâmbio, para formarem um corpo mais ou menos coerente e consensual de normas de regulação.

No caso da conceção e aplicação dos tributos não há esta dinâmica entre Estado e contribuintes. Há um cenário em que o Estado impõe determinada prestação pecuniária e pronto!

Mas, de facto, o que agora se percebe é que os sistemas tributários são cada vez mais moldados por regras internacionais, moldadas por redes transnacionais e transgovernamentais. Ou seja, os sistemas tributários são cada vez mais, tal qual sucede com os sistemas de regulação, multiníveis.

A execução da política tributária nacional, face às complexas regras fiscais internacionais, tem de ser cada vez mais cooperativa em relação aos contribuintes. Mas, por outro lado, devido à complexidade do sistema fiscal internacional, encontramos os atores privados também a interferir tal qual sucede na regulação.

No caso da tributação contabilistas, advogados, instituições internacionais acabam por provocar ondas de influência no âmbito das questões de política tributária, bem como a própria forma de governança tributária está em plena alteração.

As consequências são uma globalização, liberalização mas também maior complexidade que é paralela na regulação e na tributação.

Muito embora a tributação tradicionalmente seja vista como uma área em que é muito difícil fazer mudanças de governança, o certo é que têm vindo a surgir novos paradigmas de regulação

¹⁷²⁶ Cfr. Thomas Rixen e Brigitte Unger, "Taxation: a Regulatory Multilevel Governance Perspective", Publicado na Revista Regulation & Governance n.º 16 - 2022, John Wiley & Sons, p. 621-633

financeira e de tributação também, sendo fulcral que as duas áreas sejam estudadas em conjunto.

Existem, pois aspetos em que ambas se podem auxiliar, complementar e até trocar experiências face a uma matriz pública muito vincada, partilha de funções e objetivos e agora até com processos muito semelhantes.

A introdução de conceitos como regulamentação responsiva, modos de governança, orquestração, *hard and soft law* ou arbitragem regulatória fornece uma nova perspetiva e promete novos *insights* sobre o assunto.

O campo da governança regulatória introduz aspetos institucionais e organizacionais muitas vezes marginais nos campos das finanças públicas, economia política e direito, bem como nas tradicionais formas de estudo da tributação.

Elevar, porém, que esta certa “equivalência” no estudo da tributação e regulação deve basear-se apenas na perspetiva dos regulados/ contribuintes. Porque da perspetiva do Estado, a diferença é gritante: enquanto que a tributação traz receitas e regulação não.

Por isso mesmo os Estados não abrem mão da sua soberania tributária, no sentido de manter a sua maior fonte de riqueza. E por isso existe tanta relutância na alteração da governança tributária¹⁷²⁷ (em especial fiscal).

Por outro lado, para os estudiosos da regulação, importam os temas da tributação até porque os impostos estão na interseção do Estado com o mercado e têm sido valiosos instrumentos de regulação ao longo dos tempos.

Os Estados devem ter um desenvolvimento económico próspero para gerarem receitas suficientes para que haja uma dinâmica concorrencial nos mercados que seja saudável. A tributação molda, depois, os resultados do próprio mercado concorrencial, sobretudo por via de distribuição de riqueza, mais concretamente redistribuição.

Ora, o equilíbrio entre intervenção pública e liberdade económica, latente nas políticas de tributação são também preocupações da regulação,

Existindo, como já aqui adiantámos, objetivos de justiça coincidentes entre regulação e tributação. Muito para além de correções de eficiência do mercado. Temos com maior pormenor ao que sucedeu em termos globais com a tributação e quais as marcas essenciais das alterações da governança fiscal.

Com a globalização do comércio e dos capitais, desde os anos 70 e 80 do Século XX que se assiste a uma concorrência fiscal feroz porque os factores móveis de produção, mormente capitais, puderam sair da alçada dos estados nacionais e passaram a deslocalizar-se para jurisdições fiscais mais atrativas.

Esta situação levou mudanças em várias dimensões. A saber:

¹⁷²⁷ Governança tributária é aqui utilizada, conforme referem Thomas Rixen e Brigitte Unger, „Taxation: a Regulatory Multilevel Governance Perspective”, Publicado na Revista Regulation & Governance n.º 16 - 2022, John Wiley & Sons, p. 621-633. A governança tributária tem a vertente de soberania dos Estados sobre a receita tributária (governança por tributação), bem como compreende as regras dos sistemas fiscais também (governança da tributação). Neste momento ainda não há discussão internacional sobre a primeira vertente.

Em primeiro lugar, face às constantes alterações das fontes de rendimento, os Estados-Nação passam a cooperar numa forma mais eficiente de a nível internacional com vista a se protegerem da evasão fiscal transfronteiriça.

A tributação deixa o espectro nacional para passar a funcionar em redes, sistemas, multinível – nacional, regional e internacional. Primeiro com uma rede de acordos multilaterais com vista a evitar a dupla tributação, mas desde o final dos anos 90 do século XX e sobretudo depois da crise financeira de 2008 que assistimos à luta internacional da evasão e elisão fiscal. E estes fóruns internacionais foram apertando as regras e harmonizando-as, de forma a que os Estados-Nação tenham uma ação relativamente padronizada.

Por outro lado, com a globalização financeira em pleno andamento, os consultores tributários tornaram-se cada vez mais importantes para explorar brechas no sistema tributário internacional para os seus clientes.

Em algumas jurisdições, surgiram parcerias público-privadas, nas quais consultores fiscais privados, atuando como intermediários, auditam contribuintes ou até mesmo elaboram regulamentação tributária.

A inclusão de atores privados na elaboração de regras não é inteiramente nova se comparando com o que se passou na regulação. E mesmo no seio da tributação internacional, é cada vez mais usual que esta intromissão.

Mas sobretudo na última onda de globalização, de facto torna-se mais saliente esta liberalização no sector da tributação.

Por último, como resposta à crescente complexidade das leis tributárias internacionais e domésticas, nas últimas décadas houve um movimento no sentido de incentivar os contribuintes a cooperar com as administrações tributárias na cobrança de impostos. Em vez de impor impostos de forma hierárquica e coercitiva, a execução fiscal depende cada vez mais de comunicação, cooperação e regulamentação reativa.

Vejamos graficamente estas mudanças:

Table 1 Changes in tax governance

Traditional tax governance	New tax governance
National	Multi-level (national and international)
Direct with public agents	Indirect with inclusion of private actors
Hierarchical and coercive	Cooperative and responsive

Fonte: Thomas Rixen e Brigitte Unger, „Taxation: a Regulatory Multilevel Governance Perspective”, Publicado na Revista Regulation & Governance n.º 16 - 2022, John Wiley & Sons, p. 621-633.

Façamos uma análise mais pormenorizada¹⁷²⁸.

a) Duma governação fiscal meramente nacional para uma governação multinível

Tradicionalmente, o sistema tributário e sua legislação é nacional, ou seja, decidida e produzida pelos órgãos de soberania de cada país. Aliás, a matéria fiscal tem sido um reduto dos poderes de soberania dos Estados.

¹⁷²⁸ Cfr. Thomas Rixen e Brigitte Unger, „Taxation: a Regulatory Multilevel Governance Perspective”, Publicado na Revista Regulation & Governance n.º 16 - 2022, John Wiley & Sons, p. 621-633

No entanto, já referimos que o comércio internacional e a globalização deixaram profundas marcas nas políticas económicas nacionais e em particular nos sistemas tributários.

Desde a década de 20 do século XX que se foi desenvolvendo a uma ordem internacional em matéria tributária. Nessa altura, o principal objetivo era desenvolver esforços cooperativos no sentido de se minimizarem os entraves ao comércio global mantendo a soberania tributária dos Estados.

A ideia foi a criação de acordos que facilitassem a resolução de litígios em matéria tributária. O Modelo de Convenção da OCDE, por exemplo, é um exemplo da tentativa de existir um modelo de convenção para evitar a dupla tributação que fosse harmonizado e coerente, utilizado internacionalmente.

Contudo, com a crescente liberalização financeira e consequente aumento da elisão e evasão fiscais internacionais, bem como a crise financeira de 2008, levou a que a OCDE tomasse medidas relativamente à governação fiscal.

A rede cada vez mais densa de cooperação internacional, principalmente transgovernamental, relevância não apenas para coordenar as interações dos sistemas tributários nacionais mas também desempenha um papel crucial na formulação de políticas tributárias nacionais.

Regras como a troca automática de informações do contribuinte ou relatórios país a país, tornaram a execução da política fiscal cada vez mais sujeita a regulamentações internacionais

Embora a política e parâmetros essenciais dos sistemas tributários permaneçam firmemente no nível nacional – até hoje não há impostos internacionais, ou seja, impostos arrecadados por organizações internacionais – a noção de tributação como um assunto puramente nacional está obsoleto.

Em vez disso, o poder de tributação de uma nação é expresso em regras e regulamentos internacionais. A governação tributária, no sentido de governança da tributação, tornou-se uma governação multinível.

Mas esta governação internacional a nível fiscal tem sido feita com muitas tensões com os sistemas domésticos, até porque a tributação internacional é altamente específica e complexo enquanto que os contribuintes domésticos apenas pretendem um sistema simples e compreensível.

Thomas Rixen e Brigitte Unger¹⁷²⁹, dão vários exemplos de autores que demonstram esta tensão entre regras internacionais e nacionais, em como as diferentes vertentes eu as normas internacionais têm-se focado.

A concorrência fiscal, por exemplo, com a atribuição de vistos dourados, legislação facilitada sobre *Trusts* anónimos ou as “companhias de fachada”, têm permitido alguma concorrência fiscal internacional, facilitando alguns privados no contorno ardiloso das normas.

Depois o tipo de normas internacionais tem variado substancialmente. No caso da União Europeia os avanços nestas matérias já são bastantes por existir um acervo considerável, sobretudo de jurisprudência europeia, sobre matérias tributárias que envolvam os princípios e normas dos tratados da EU.

¹⁷²⁹ Cfr. Thomas Rixen e Brigitte Unger, „Taxation: a Regulatory Multilevel Governance Perspective”, Publicado na Revista Regulation & Governance n.º 16 - 2022, John Wiley & Sons, p. 621-633

O combate ao branqueamento de capitais tem sido o foco mais visível atualmente, e a de informações tem tido consideráveis avanços funcionando de forma bastante eficiente para o combate à elisão e evasão fiscais dentro da União Europeia.

A aplicação de regimes muito semelhantes nas tributações dos privados, mormente dos relativamente aos rendimentos de não residentes, tem facilitado uma certa harmonização também nesta matéria. E de facto, estes avanços têm levado a um maior controlo da elisão e evasão fiscal, sendo notório o impacto positivo das normas internacionais, mormente de troca de informações.

Estes avanços levam a que haja mais ânimo para a progressão desta regulação tributária internacional. A própria política económica global tem permitido e favorecido este desenvolvimento a nível de governação tributária multinível.

Contudo, há ainda uma desconexão entre política tributária internacional e o interesse dos contribuintes nacionais – relevância política - que a consideram “silenciosa” mesmo quando é eficaz. Sendo certo que, apesar desta percepção os decisores nacionais prestam atenção às regras e tendências na tributação internacional¹⁷³⁰.

Esta governação multinível e mais coordenada pode ter um papel fundamental num reequilíbrio da globalização e luta contra a desigualdade em todo o mundo.

b) Duma governação fiscal direta e pública para uma governação indireta e com intervenção de privados

Tradicionalmente, a tributação arte dos poderes públicos da governação direta na medida em que a formulação de políticas tributárias é um processo público no qual parlamentares e entidades públicas detêm o poder de decisão e aplicação dos tributos. As normas tributárias são diretamente aplicáveis aos contribuintes e implementadas diretamente pelas administrações tributárias.

Hoje, embora os impostos permaneçam, por definição, um assunto do Estado e público, a governação tributária envolve cada vez mais intermediários privados que fazem a mediação entre o legislador (regulador) e o legislador (alvo).

Um exemplo são os sistemas de troca de informações fiscais, em que os bancos são obrigados a relatar o rendimento de seus clientes e, portanto, têm um papel ativo na aplicação da lei tributária. Ou a retenção na fonte de rendimentos do empregado, por parte do empregador, para fazerem face ao pagamento de impostos sobre o rendimento.

Embora esse envolvimento de atores privados na avaliação de impostos e na implementação da legislação tributária não seja inédito tais acordos aumentaram e assumiram relevância.

Da mesma forma, atores privados, como escritórios de advocacia, auditoria e contabilidade, que sempre foram influentes na formulação de políticas fiscais internacionais, assumem especial relevância por mobilizam conhecimento crítico suficiente para influenciar os decisores públicos na era atual da globalização.

¹⁷³⁰ O que quer dizer a política é de facto bem mais internacional porque pretende seguir-se as tendências e regras internacionais mesmo que para o eleitorado não haja grande conexão com as regras fiscais internacionais.

Os profissionais da área tributária tem sido uma influência também nesta mudança da governação pública porque a matéria tornou-se especialmente difícil, complexa e específica. A tendência das grandes empresas de auditoria e contabilidade ou dos escritórios de advogados especialistas internacionais, tem sido a de encontrar as brechas na legislação internacional mas também nas legislações nacionais.

Por isso mesmo estes profissionais têm trazido experiência e conhecimento para o mercado aproveitado – e bem! – pelas próprias administrações (tributárias) públicas. Primeiro aconselhando os seus clientes, depois criando um lobby junto das administrações tributárias para legislação. Funcionam ainda como “inspetores” quando auditam empresas e verificam da correção dos pagamentos de imposto.

Questão que aqui se coloca é muito semelhante à regulação. Os atores privados, neste caso as grandes auditoras e escritórios de advogados, com o seu conhecimento específico, tentam encontrar brechas que favoreçam os seus clientes.

É certo que trazem para o mercado maior conhecimento e especificidade técnica. Mas depois também fazem lobby junto dos poderes públicos – nacionais e internacionais – para que se mantenham as “brechas”, as falhas de regulação tributária que lhes permite manter o negócio profícuo. É uma espécie de captura do legislador tributário, semelhante a uma captura do regulador pelos regulados.

Mas estes atores privados já são incontornáveis. Não apenas por serem conhecedores e contribuidores da técnica tributária mas porque têm de ser envolvidos para a manutenção duma certa moralidade e justiça tributária.

A própria comunidade académica tem vindo a ser fundamental nesta necessidade de integração de atores privados na governação tributária internacional. Nomeadamente pelo facto de terem desenvolvido aprofundados estudos sobre as diversas jurisdições com parâmetros de comparação tais como sigilo tributário, sigilo bancário¹⁷³¹, sigilo financeiro e políticas tributárias.

Comparam ainda a vulnerabilidade e litigiosidade dos sistemas, bem como a previsibilidade e manutenção das regras tributárias.

Também passaram a ser integrados outros atores privados no auxílio à tributação e controlo de ações que possam relevar em termos tributários. Falamos dos bancos, por exemplo, ou outros intermediários privados que trocam informação preciosa com as autoridades tributárias.

O problema da inclusão de privados na governação fiscal é que os mesmos nem sempre têm como fito o interesse geral mas antes o interesse privado das suas instituições ou clientes. Tal qual sucede com os regulados sectoriais, por exemplo.

E este conflito de interesses pode colocar em causa a eficiência, honestidade e justiça do sistema tributário.

c) Duma tributação hierarquizada e coerciva para um sistema tributário cooperativo

¹⁷³¹ Janký, por exemplo, desenvolveu um índice de Sigilo Bancário Bilateral para 82 países em que quantificou 131 jurisdições com regimes de sigilo bancário. Cfr. Petr Janský, Markus Meinzer e Miroslav Palanský, “Is Panama really your tax haven? Secrecy jurisdictions and the countries they harm”, Regulation & Governance – 16, p. 673-704, 2022.

Tradicionalmente, a tributação é hierárquica, na medida em que o Estado e a administração tributária aplicam a sua legislação tributária de cima para baixo.

Dadas as complexidades das economias modernas, muitas vezes é mais eficiente avaliar, administrar e fazer cumprir os impostos em cooperação com os contribuintes, tendo as administrações tributárias começado a ser mais amigáveis para com os contribuintes.

O que sucede é que se envolvem e incentivam os contribuintes a cooperar com as administrações fiscais, incentivando a cooperação e transmitindo muita informação ao contribuinte que permite reduzir a litigiosidade.

Tal cooperação é muito típica também relativamente à regulação. Trazendo os vários *players* para as decisões acaba por ser mais fácil a aceitação de decisões e diminui o contencioso de partes.

Em resumo, a tributação sempre foi usada para influenciar o comportamento dos indivíduos e é um instrumento essencial da regulação. Dir-se-ia que a tributação é regulação, no sentido de influenciar, sempre que implementada, os agentes de mercado.

Qualquer tributação, aplicada aos bens ou produtos ou aos agentes, da procura ou oferta, será sempre um factor, direto ou indireto, de influência do mercado. Pior, de influência do factor mais importante do mercado que é o preço.

Conforme aqui referimos, a tendência é ainda a de a tributação seguir alguns padrões tipicamente associados à regulação, onde se podem aplicar teorias da regulação.

A influência do votante médio, a captura do próprio poder público muito semelhante à captura do regulador, a falha de governação por motivos de corrupção ou grupos de interesse, são tudo situações típicas e estudadas na regulação que podem e devem ser aplicadas também à regulação.

7.3. O Balanço da Simbiose

O caminho percorrido permite-nos fazer um balanço do desenvolvimento e percurso dos institutos da regulação e da tributação.

Este balanço divide-se essencialmente em três fases: a) A génese: O que foi; b) O presente: no que se tornou; c) O potencial futuro: o que pode ser.

Recorde-se que a simbiose é o processo onde seres de espécies distintas convivem, gerando benefícios – ou não – para ambas. Quando se geram benefícios os mesmos não têm de ser necessariamente simétricos.

Na biologia, podem distinguir-se vários tipos de simbiose, sendo muito discutível se todos estes tipos são efetivamente uma simbiose. Ora, que seria dum jurista sem uma belíssima discussão, troca de argumentos e defesa de opiniões fundamentadas dispares! Ao que parece, não estamos, felizmente, sozinhos nestas discórdias. Da dúvida até à certeza, já assim se regia Descartes!

A simbiose tipo comensalismo é a mais discutível. Porque se trata duma relação ecológica entre espécies distintas em que apenas uma espécie recebe benefícios enquanto que a outra não beneficia desta relação. Será, pois que existe uma verdadeira relação.

No caso do mutualismo, existe uma relação entre espécies distintas em que todos os organismos envolvidos recebem benefícios. Este mutualismo pode, inclusivamente, ser facultativo caso exista uma relação benéfica entre as espécies mas cada uma pode viver de forma independente.

Na biologia, dá-se o exemplo do caranguejo e as anémonas como mutualismo facultativo em que o caranguejo transporta as anémonas e estas protegem o crustáceo, sendo que cada uma das espécies pode perfeitamente sobreviver em separado. Mas esta simbiose beneficia ambas, cria um jogo de soma positiva, se assim quisermos concretizar.

O mutualismo obrigatório a separação pode ocorrer mas vai causar um dano a, pelo menos, um dos envolvidos. Ou seja, no caso do mutualismo obrigatório, a vivência em separado é possível mas a união efetivamente aumenta o bem-estar das espécies envolvidas que, em caso de desunião terão uma perda de bem-estar.

Por fim o parasitismo, outro tipo de simbiose. Neste caso há uma relação muito mais profunda entre os dois organismos, que pode implicar a própria sobrevivência. Um organismo vive dentro ou sobre outro, obtendo desse o que necessita para a sua sobrevivência.

Ou seja, o parasita é o que extrai de outro organismo os nutrientes que precisa, enquanto o hospedeiro passa a fornecedor. Devido a esta dependência, o parasita não pretende propriamente o mal do hospedeiro, uma vez que depende do mesmo para sobreviver.

De notar que a biologia tem desenvolvido abordagens amplas, incluindo da simbiose. E estas abordagens partem para uma perspetiva científica ampla onde se tenta verificar se o ambiente pode ou não gerar influências no desenvolvimento de determinados organismos e depois nas suas interações.

Com isto pretende-se dizer que muitas vezes a simbiose entre organismos surge por necessidades ambientais, uma adaptação ao envolvimento ecológico. Este ramo da biologia, a *Ecological Evolutionary Developmental Biology* aporta algo muito claro e simples: os organismos nascem, crescem e desenvolvem-se atendendo aos próprios desenvolvimentos do ambiente que os rodeia.

O que aqui se descreve, muito sinteticamente, é que a relação entre os dois organismos que se encontram numa simbiose resulta numa melhoria, sendo inclusivamente discutível se existe verdadeira simbiose em caso de não ganho para qualquer das partes.

Ora, neste trabalho propusemo-nos a analisar a simbiose entre dois institutos, no caso a regulação e a tributação. E esta relação simbiótica sofreu alterações ao longo do tempo, vislumbrando-se também caminhos de futuro.

De facto, estes dois institutos, que nascem com diferentes funções e fundamentos, desenvolveram pontos de união, existindo até situações em que a tributação passa a ser um instrumento de concretização de regulação económica.

Assistimos hoje, por exemplo, a uma instrumentalização da tributação, cada vez mais clara, para a prossecução de intuitos regulatórios. A tributação serve para o financiamento da atividade regulatória das entidades reguladoras mas serve ainda como meio de concretização das próprias medidas de regulação.

Os tributos atingiram uma complexidade sem precedente, em que deixam muitas vezes a sua tarefa financiamento do Estado num plano secundário face a uma finalidade extrafiscal dominante, de correção ou atenuação de distorções de mercado.

Em certa medida, a simbiose contribuiu para uma alteração significativa do próprio sistema tributário que é cada vez mais abrangente, multinível e complexo. Mesmo quando a Administração Tributária tem, hoje, os melhores meios que alguma vez teve à sua disposição.

A troca de informação entre instituições, as informações automatizadas, os meios quase imediatos de declaração, que resultam num maior controlo e possibilidade de fiscalização por parte das Administrações Tributárias, facilitam fortemente grande parte do trabalho na recolha de receita, reduz as fugas e evasão fiscal, mas aumenta a complexidade do sistema.

É cada vez menos perceptível para o cidadão comum as regras que lhe são aplicadas, a multiplicidade de tributos a que está sujeito, criando opacidade não apenas nos deveres dos contribuintes mas sobretudo relativamente aos seus direitos.

A complexidade e abrangência do sistema tributário está também associada ao acréscimo de utilização dos tributos de regulação, levando a maior desgaste dos rendimentos que são utilizados para pagar os tributos.

Enquanto que a lógica do sistema fiscal clássico era aplicar-se um imposto único sobre o rendimento, outro sobre o património e um terceiro sobre o consumo, distribuindo assim a tributação por factos facilmente reconhecíveis como geradores de pagamento de imposto, hoje em dia já não há um sistema em que o contribuinte consiga de forma simples e perceptível saber que está a pagar um tributo.

Pior. Grande parte dos tributos bilaterais são comparados com preços, preços excessivos porque se está muitas vezes a pagar por um serviço que, na perceção geral, seria público e por isso já suportado pelos impostos que se pagam.

Há um desfasamento entre aquilo que se paga ao Estado e a perceção do que se recebe do mesmo. Estando o Estado social tradicional em verdadeira falência, é muito difícil ao contribuinte fazer um comparativo entre o esforço do pagamento do imposto, que por si só já percecionado de forma negativa, e o benefício geral à sociedade proporcionada pela ação do Estado.

Quando a reforma é menor, o subsídio limitado, a saúde pública insuficiente, o ensino inalcançável, então o consumidor particular começa a ter dificuldade no vislumbre do benefício que retorna o seu sacrifício de despende de parte do seu rendimento para o Estado.

A nosso ver, o maior problema nem sempre é no que se paga mas sobretudo na perceção do que se recebe.

Para além desta alteração do sistema tributário, o próprio sistema de regulação foi-se montando de acordo com as circunstâncias e a evolução social.

Assim, o balanço da relação simbiótica faz-se analisando três fases diferentes, a génese, o presente e a perspetiva de futuro. É nesse desenvolvimento que nos vamos focar.

7.3.1. A génese: criação separada, união pelo caminho.

A este ponto, já aqui dissemos o essencial sobre o surgimento da instituição da Regulação e sobre como se criou o sistema tributário. Não mais se pretende do que sintetizar a história dos que nasceram separados mas que se uniram durante o caminho.

O imposto, essa velhíssima figura de encargo financeiro que recai sobre o cidadão, teve honras de menção bíblica, o que apenas reforça a sua antiguidade e presença nos primórdios das sociedades “organizadas”.

Este encargo foi criado por quem detinha poder sobre os cidadãos, tais como a Igreja ou o Estado, sendo encarado como um contributo primeiro para suporte de despesas de guerra, de defesa ou alargamento territorial ou para propagação de determinada fé ou ordem.

Passou a ter um papel preponderante aquando da constituição da ideia de Estado, mesmo que esse se circunscrevesse à figura do monarca. O monarca decidia o destino, num sistema de castas sociais, e precisava dos meios para concretização das decisões.

É certo que a hierarquização da sociedade tornava o sistema tributário também ele hierarquizado, com contribuições em cascata desde a burguesia e nobres até aos mais pobres da base da pirâmide social.

O sistema tributário seguiu muitas vezes dual por se contribuir não apenas para o Estado mas para o outro poder, o da Igreja.

Os abusos decorrentes dos sistemas monárquicos absolutos levaram a duas alterações substanciais: menor intervenção do Estado na vida dos cidadãos e por isso maior liberdade na gestão económica individual e a progressiva dissipação do dualismo tributário, desaparecendo progressivamente os impostos clérigos. O sistema tributário acompanhou, por isso, o desenvolvimento da sociedade, que progressivamente deixou de aceitar o absolutismo, pretendendo a libertação das amarras aos desejos proeminentes das castas hierarquizadas, para depois também amargar com um sistema de liberalismo absoluto.

No sistema liberal, em que o mercado se regia pela mão invisível smithsiana, a liberdade individual permitia que cada um governasse a sua renda. Mas isso não implicou o desaparecimento dos impostos que suportavam, na mesma, os esforços do Estado nomeadamente com a defesa nacional e progressivamente com infraestruturas que o mercado não conseguia prover.

É curioso que a primazia do Estado mínimo, que se desenvolveu exatamente nos países que conheceram a revolução industrial, foi impulsionada pela ideia do capitalismo liberal, de cada um poder tomar as rédeas da sua vivência. Mas se numa primeira fase se pretendeu separar o Estado e os privados, uma necessidade decorrente dum passado excessivamente intervencionista e manipulador das monarquias absolutas, esta ideia foi-se desvanecendo, tendo colapsado após as Guerras Mundiais.

O modelo liberal assentava sobretudo na divisão do público e do privado, devendo o sector privado abranger 80% a 90% do PIB e o Sector Público não ser maior do que cerca de 15% do PIB.

O liberalismo clássico, onde a ortodoxia económica imperava, pretendia que se as áreas de ação e as funções do público e do privado estivessem definidas e devidamente articuladas. O mercado funcionaria de forma livre promovendo assim o crescimento económico com base na liberdade

de empresa, dos consumidores e detentores de factores de produção. Era o modelo *laissez-faire, laissez-passer* imperava, numa completa antagónica com o modelo absolutista anterior.

E é neste modelo que a regulação surge, insipiente, uma vez que o mercado se conseguia governar sem ajuda do Estado, apenas com o mecanismo da mão invisível a funcionar.

Adam Smith considerava que o Estado era, por natureza, inadequado às funções económicas, devendo a sua intervenção cingir-se às situações de ausência de mercado, ou seja, quando os privados não se interessavam pela produção ou fornecimento de bem ou serviço mas existia procura do mesmo.

Em suma, o Estado deveria aparecer nas suas funções políticas e na economia cingir-se à eventual produção de bens públicos. Mas, mesmo com uma estrutura minimizada aos olhos dos liberais, o Estado mantinha a necessidade de financiamento via sistema tributário.

Por outro lado, a regulação era encarada como mera função administrativa, ou seja, no sentido de emissão de normas necessárias à regulação sobretudo social. Não se abria ainda a possibilidade de intervenções do Estado por motivos de eficiência económica mas o certo é que é pela justiça que mais facilmente se explica a mudança de paradigma da regulação económica.

O Estado tende a renovar-se quando passa a ser necessário regular outras vertentes económicas e sociais devido à complexidade trazida com a evolução industrial, no âmbito económico, laboral, infraestruturas, apoio social e alterações dos padrões de vida.

A neutralidade das finanças públicas era ainda outra característica do período liberal. É talvez por este motivo que também o sistema fiscal clássico era visto como neutro. As finanças públicas deveriam reduzir-se à pura satisfação das necessidades financeiras do Estado, pelo que nenhuma entidade pública estaria em posição de alterar, comandar, estimular ou dissuadir atividades económicas.

O equilíbrio do orçamento era até considerado uma espécie de barreira a intervenções desnecessárias, com gastos desregrados. Na égide da teoria das finanças clássicas inglesa, o défice orçamental era sinónimo de despesas sumptuárias e com efeitos catastróficos.

A despesa pública era aquela que se destina ao funcionamento do Estado, sendo que este apenas desempenhava o papel de supridor de produção de bens ou prestação de serviços que os particulares não forneciam.

A ideia era que o Estado é naturalmente improdutivo e incapaz de gerar utilidades superiores às que consome. Deste modo, seria essencial a boa gestão da “coisa pública”.

Eventualmente, era ainda aceite a intervenção do Estado em situações que mais tarde se vieram a compreender como externalidades, uma vez que se tratava de falhas que o mercado, por si só, não conseguia resolver.

Na era liberal, o sistema fiscal – tradicionalmente assente na figura do imposto – abrangia sobretudo as classes agrárias e os consumidores. Contudo, curiosamente, o sistema liberal assentava numa ideia de igualdade, sendo aplicável o imposto a todas as classes.

E com as novas formas de “capitalismo” desenvolvidas com a era industrial, facilmente pulularam novas figuras tributárias. Assim, embora o liberalismo rejeitasse a utilização do imposto como instrumento de redistribuição de riqueza, defendia a tributação justa e a igualdade formal perante a lei.

Por outro lado, manter um nível de tributação moderado e assegurar o cumprimento da legalidade leva a um ambiente tributário favorável à iniciativa privada.

Sucedendo que o Estado Liberal, confrontado com as evoluções resultantes da revolução industrial, acabou por não corresponder na provisão de infraestruturas e desenvolvimento dos mercados, nomeadamente intervindo na correção de falhas de mercado.

Isto porque a extrema ortodoxia das finanças públicas associadas ao extremismo ideológico, bem como a proibição dum envolvimento público na esfera económica, levaram à clivagem entre as necessidades efetivas da população e os idealismos reinantes.

Neste período prolifera ainda a concessão administrativa para colmatar as necessidades de infraestruturas, ou seja, o Estado “mínimo” estava coartado para prover estes serviços mas incentivava os privados a fazê-lo.

Ora, este é um sinal de que o liberalismo continha fraquezas no equilíbrio entre as finanças clássicas e o individualismo, tendo sido alvo de diversas críticas que sobrelevaram os valores sociais.

Assim, o Liberalismo, assente na ideia de intervenção mínima do Estado nos domínios da vida privada, incluindo da economia, criou:

- a) a ideia de autorregulação económica, em que o mercado funcionaria em concorrência perfeita, com a “regulação” da mão invisível que encaixa as atitudes típicas dos agentes económicos da oferta e procura;
- b) a receita tributária deve ser a suficiente para cobrir as despesas gerais do Estado, devendo este Estado ser “mínimo”, e não devem existir despesas sumptuosas tais como as decorrentes de atividades do Estado além do “mínimo”.

O Estado Liberal é uma teoria política e económica que emergiu na Europa no século XVIII e se tornou a ideologia predominante durante o século XIX. O sistema fiscal do Estado Liberal era caracterizado por uma ênfase na liberdade económica e na minimização do papel do Estado na economia.

Uma das principais características do sistema fiscal do Estado Liberal seria, portanto, a redução de impostos e a minimização do tamanho do Estado. Os liberais acreditavam que um Estado menor e com menos intervenção económica permitiria que a economia crescesse e os indivíduos tivessem mais liberdade para empreender e inovar.

Além disso, o Estado Liberal implementou políticas fiscais que procuravam promover a livre concorrência, com a eliminação de barreiras comerciais, no caso a defesa do livre-cambismo. Acreditava-se que a competição livre e justa estimulava o progresso e o desenvolvimento económico.

Atendendo a estas características, o liberalismo fica irremediavelmente ligado à arrecadação de impostos caracterizada pela utilização de impostos sobre o consumo e sobre as importações, em vez de impostos diretos sobre a renda ou a propriedade. Isto porque os liberais acreditam que os impostos sobre o consumo são menos prejudiciais à economia, uma vez que não desencorajam a produção e a criação de riqueza.

No que concerne à regulação, o Liberalismo fica associado aos princípios de livre mercado e concorrência.

A autorregulação e intervenção do Estado limitada, cingindo-se a garantir o cumprimento das leis e proteção da propriedade privada, são as características perenes do liberalismo.

O Estado Liberal procurava promover a liberdade económica e a livre concorrência, removendo barreiras comerciais e regulatórias que pudessem limitar a ação dos indivíduos no mercado.

Assim, é comum associar-se ao liberalismo a rejeição às regulamentações de preços e a defesa da negociação livre entre compradores e vendedores como forma de determinar o preço justo de um bem ou serviço.

No entanto, o Estado Liberal reconhecia que algumas formas de intervenção eram necessárias para garantir a estabilidade económica e prevenir abusos de poder por parte de empresas ou indivíduos. Nesse sentido, foram sendo toleradas algumas medidas regulatórias, tais como leis antitrust e de defesa do consumidor, que visam evitar a formação de poderes de mercado e garantir a livre concorrência.

As falhas do Liberalismo ficaram patentes sobretudo depois das duas Grandes Guerras, em que os Estados tiveram de ser os motores para a reconstrução e desenvolvimento económico.

Por um lado, a própria “economia de Guerra” não é tida às liberdades de mercado. A inflação, desemprego e demais carestia económica impelem ao intervencionismo do Estado.

Acresce ainda que em momentos de Guerra, os mercados reajustam-se às necessidades e por isso os agentes privados ajustam-se eles próprios às necessidades do mercado, alterando as suas produções e deixando outras.

Também o modelo tributário se altera nas “economias de Guerra”, uma vez que é necessário arrecadar mais fundos para fazer face ao aumento natural das despesas. As finanças públicas alteram-se substancialmente devido ao aumento das despesas do Estado com a defesa, motivo pelo qual nem mesmo os liberais se recusam a aceitar como intervenção justificada do Estado.

Em seguida de um período de guerra, há que tratar da reconstrução e reerguer da economia, pelo que a tendência é para uma maior intervenção do Estado que é o agente que detém maior poder financeiro, controla a moeda e tem poder de autoridade para condicionar comportamentos.

No pós primeira Guerra Mundial, a tendência económica na Europa foi o florescimento do protecionismo enquanto que os Estados Unidos da América aproveitaram a necessidade europeia de bens de consumo para deixar proliferar o capitalismo e consumismo¹⁷³².

¹⁷³² Recorde-se o que sucedeu no pós Segunda-Guerra Mundial, em que o estado da maioria das economias a nível mundial era caótico, fosse pela participação direta na guerra ou pelos efeitos colaterais que esta provocou mesmo nos territórios que não foram atingidos fisicamente. Tornou-se necessário instaurar um conjunto de normas que providenciassem uma recuperação rápida e eficaz, uma série de medidas reformistas, como a nacionalização de alguns ramos económicos fundamentais, entre os quais se encontravam o sistema bancário, os transportes e a produção de energia. Também a ordem internacional estava em ebulição com a assinatura, por Roosevelt e Churchill, da Carta do Atlântico, uma declaração de intenções que obrigava as Nações Unidas a estruturar um plano comercial a nível mundial, com características multilaterais. A Conferência Internacional de Bretton Woods, realizada em 1944, foi um marco importante na história da economia mundial. Nessa conferência, 44 nações se reuniram para estabelecer as bases que estruturariam a economia mundial nos trinta anos seguintes. Foram criados o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional, que

Mas, até o sistema capitalista experimenta, em 1929 a Grande Depressão¹⁷³³ que conduziu a uma crise no sector financeiro e na economia em geral.

Ora, estes acontecimentos só vieram demonstrar que o mercado a funcionar em concorrência perfeita também tinha falhas, falhas que não conseguia, sozinho, colmatar.

forneceram empréstimos para a recuperação dos países mais necessitados e gerenciaram as taxas de câmbio mundiais, além de financiarem desequilíbrios de longa duração da balança de pagamentos. Além disso, em 1947, foi assinado o GATT ("General Agreement on Tariffs and Trade"), que obrigava à não discriminação do comércio entre Estados mais e menos desenvolvidos, à eliminação das limitações de quantidade de produtos transacionados, à redução dos tarifários e a colocar qualquer plano radical de mudança política à discussão de todos os assinantes deste acordo, tendo em vista diminuir os obstáculos ao comércio.

A Conferência de Potsdam, realizada em 1945, concluiu que a produção alemã deveria ser restringida, entre outras medidas como as indemnizações por danos causados, mas que toda a Europa se ressentiria com essa restrição. Como resultado, foram tomadas medidas para incentivar a recuperação da economia europeia, incluindo a recuperação do marco alemão em 1948 e a criação da "Bizona" em 1946, uma unificação económica entre a Alemanha e a Inglaterra a que mais tarde se agregaria a França.

A UEP ou União Europeia de pagamentos, criada em 1950, abriu portas ao comércio multilateral no seio da Organização Europeia de Cooperação Económica, ao registar o comércio dentro da Europa, obrigando os países devedores a pagar as dívidas e pagando-as (em determinados casos) a Organização aos credores, incentivando igualmente o comércio intraeuropeu. O Plano Marshall, orquestrado a partir de 1947, foi um programa que fornecia ajuda financeira e económica aos países europeus afetados pela Segunda Guerra Mundial, e foi uma das principais medidas para a recuperação europeia até 1952.

Mas o Plano Marshall trouxe benefícios para os Estados Unidos. Em primeiro lugar, o Plano Marshall ajudou a estabelecer os Estados Unidos como líderes mundiais no campo da ajuda económica e financeira. Ao fornecer ajuda para a reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos demonstraram sua capacidade de liderança e sua disposição para assumir responsabilidades globais.

Além disso, o Plano Marshall gerou oportunidades para as empresas americanas expandirem seus negócios na Europa, uma vez que o financiamento era destinado a importações de bens americanos e a reconstrução de infraestruturas. Isso beneficiou a economia americana, gerando empregos e estimulando o crescimento económico.

Outro benefício foi a criação de uma rede de aliados políticos e económicos nos países beneficiados pela ajuda do Plano Marshall. Isso ajudou a promover a influência americana na Europa e a criar uma base para futuras cooperações bilaterais e multilaterais.

Por fim, o Plano Marshall ajudou a promover a estabilidade política e económica na Europa, o que por sua vez beneficiou os interesses dos Estados Unidos na região. Ao promover a estabilidade, o Plano Marshall contribuiu para a criação de um ambiente favorável aos negócios e ao comércio internacional, beneficiando tanto os Estados Unidos quanto a Europa.

¹⁷³³ A Grande Depressão foi uma crise económica mundial que teve início em 1929, nos Estados Unidos da América, e que se estendeu por vários anos, afetando também a Europa e outras partes do mundo. A crise teve origem na quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em outubro de 1929, que levou a uma queda acentuada nos preços das ações e a uma onda de falências de empresas.

A crise teve um impacto significativo na economia global, levando a uma queda na produção, no comércio internacional e no investimento. Milhões de pessoas ficaram desempregadas, empresas faliram, e muitas famílias perderam suas economias.

As causas da Grande Depressão são complexas e variadas, mas incluem factores como a especulação financeira, a superprodução, a falta de regulação adequada dos mercados financeiros, e políticas económicas equivocadas. O agravamento da crise foi causado também pela falta de coordenação entre os países para lidar com a crise e a manutenção de políticas protecionistas, o que dificultou a recuperação económica.

A Grande Depressão teve um impacto profundo na história mundial e contribuiu para o surgimento de políticas económicas e sociais que visavam reduzir a desigualdade e promover o bem-estar social. Alguns exemplos dessas políticas incluem o *New Deal*, implementado nos Estados Unidos

A viragem do Estado Liberal inicia-se quando é posto em causa o modelo económico clássico e se desenvolvem novas abordagens económicas.

Destacamos o John Maynard Keynes, um economista britânico que viveu entre os anos de 1883 e 1946, que é considerado um dos economistas mais influentes do século XX, tendo proposto ideias inovadoras que mudaram o pensamento económico da época.

A principal ideia de Keynes era a de que o Estado deveria ter um papel ativo na economia, através do uso de políticas fiscais e monetárias para estimular o crescimento económico e combater o desemprego. Argumentava que o mercado nem sempre era capaz de se autorregular, e que em momentos de crise era necessário que o Estado interviesse para evitar uma recessão prolongada.

Keynes também propunha a criação de empregos através de investimentos em obras públicas, como infraestrutura e habitação, para estimular a economia e ajudar a reduzir o desemprego. Ele defendia a ideia de que o Estado deveria controlar a oferta de moeda e as taxas de juros para manter a estabilidade económica.

Outra ideia importante de Keynes era a de que as expectativas e as emoções dos investidores influenciavam o comportamento do mercado, o que poderia levar a ciclos de expansão e recessão. Ele argumentava que as crises económicas poderiam ser evitadas ou mitigadas através de políticas governamentais que ajudassem a manter a confiança dos investidores e a estabilidade financeira.

Ora, prosseguindo estes ideais, surge o *New Deal* que foi um conjunto de políticas implementadas pelo presidente dos Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, durante a década de 1930, como resposta à Grande Depressão. As políticas do *New Deal* tiveram como objetivo principal revitalizar a economia americana e combater a pobreza e o desemprego.

Uma das principais medidas do *New Deal* foi a criação de programas de emprego, como o *Civilian Conservation Corps* (CCC), que empregou jovens em trabalhos de conservação e construção de infraestruturas. Além disso, o *New Deal* também criou o *Works Progress Administration* (WPA), que empregou milhões de pessoas em obras públicas, como a construção de estradas, pontes e edifícios públicos.

Outra medida importante do *New Deal* foi a criação da *Social Security Administration* (SSA), que instituiu um sistema de segurança social para proteger os idosos, os desempregados e as pessoas com deficiência. O *New Deal* também criou leis para proteger os trabalhadores, como o *Fair Labor Standards Act*, que estabeleceu o salário mínimo e a jornada de trabalho máxima de 40 horas por semana.

O *New Deal* também incluiu medidas para regulamentar o sistema financeiro e evitar outra crise como a de 1929. O governo criou a *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), que assegurou os depósitos bancários dos cidadãos e evitou a quebra de bancos. Além disso, o *New Deal* estabeleceu a *Securities and Exchange Commission* (SEC), que regulamentou o mercado de ações e evitou a manipulação de preços.

Ou seja, até mesmo no “berço” do capitalismo se percebeu que a viragem sobre a forma de atuar do Estado era uma necessidade face às alterações do panorama social.

Esta nova abordagem não era, contudo, condicente com a ortodoxia das finanças públicas clássicas, pelo que entrámos na era das “finanças públicas ativas”.

Estas caracterizam-se por considerarem que as Finanças Públicas são relevantes nos incentivos económicos. Assim, as Finanças Públicas ativas têm características como:

- i) Gastos públicos: aumentar os gastos do governo em projetos de infraestrutura, programas sociais e investimentos em áreas consideradas prioritárias para a economia;
- ii) Redução de impostos: reduzir a carga tributária para estimular o consumo e o investimento privado;
- iii) Política monetária: ações para controlar a oferta de dinheiro na economia, como reduzir as taxas de juros para incentivar o investimento e o consumo;
- iv) Regulação financeira: medidas para regulamentar o sector financeiro e evitar excessos especulativos e práticas abusivas.

A questão é que, para acompanhar estas alterações assiste-se a uma verdadeira implosão da regulação económica e uma revolução dos Sistemas Tributários.

Por um lado, os sistemas regulatórios passam a ter uma importância relativa nas áreas de intervenção direta do Estado mas passam a ter outras áreas – como a regulação Financeira – onde têm uma influência preponderante sobretudo na vigilância e prevenção de crises¹⁷³⁴.

Enquanto que os sistemas tributários passam a ser preponderantes para a arrecadação de receita suficiente para a cobertura das “novas” despesas do Estado associadas a funções sociais.

De relevar que no pós Segunda Guerra Mundial a necessidade de criação de Bem-estar social levou à implementação generalizada do Estado de Bem-Estar, um estado intervencionista em que passa a intervir em auxílio dos mais desfavorecido e providencia a produção e prestação de serviços essenciais.

As áreas sociais, conducentes à reconstrução e recuperação económica, passam a ser essenciais para os Estados, sendo este o principal impulsionador económico, participando nos meios produtivos.

O Estado Social é um modelo de Estado que tem como objetivo garantir a justiça social e promover a igualdade de oportunidades.

Promove a proteção Social, com o objetivo de garantir o bem-estar dos cidadãos, através de políticas de proteção social, como a segurança social, os subsídios de desemprego, a saúde pública e a educação.

Tem preocupações em redistribuir a riqueza através de políticas fiscais e tributárias progressivas, de forma a garantir que os recursos são utilizados para beneficiar todos os cidadãos.

O Estado Social procura, ainda, regular a economia para garantir que as empresas atuam de forma responsável e que a concorrência é livre e justa.

A defesa, valorização e promoção do serviço público é também uma característica do Estado Social, garantindo que as funções essenciais do Estado são prestadas de forma eficiente e eficaz, sendo o Estado o maior provedor direto dessas funções.

¹⁷³⁴ Curiosamente foi precisamente na área da regulação financeira que maiores alterações decorreram da Crise de 2008, novamente associada ao sector financeiro.

Assim, o sistema de regulação e o sistema fiscal do Estado Social seria exatamente para acompanhar estas características e promovê-las.

A regulação económica do Estado Social tem como principais características a intervenção do Estado na economia e o estabelecimento de normas e regras para garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores, a segurança do consumidor e a proteção do meio ambiente.

O Estado tem um papel ativo na economia, de tal forma que assume a posição de um verdadeiro empresário, tendo sido criado o maior sector empresarial público dependente direto do Estado. Assim, o Estado passou a ser produtor, agente da oferta, intervindo diretamente no mercado como um agente mas que tem, pelas suas características, preponderância no mercado.

Geraram-se, assim, verdadeiros monopólios estatais, mesmo que com benefícios associados por serem maioritariamente monopólios naturais.

Outra preocupação do Estado Social foi a regulação do mercado de trabalho, sobretudo a regulação das relações entre empregadores e trabalhadores, estabelecendo normas para garantir a proteção dos trabalhadores, com salários justos, horários de trabalho adequados e condições de trabalho seguras.

Outra área de regulação que se desenvolveu foi a segurança do consumidor ou defesa do consumidor, em que o Estado estabelece normas e regulamentos para garantir a segurança e a qualidade dos produtos e serviços oferecidos aos consumidores.

O Estado Social não descurou ainda a proteção do meio ambiente, regulando as atividades económicas que afetam o meio ambiente, estabelecendo normas e tributos ambientais para a proteção da natureza e dos recursos naturais.

Também foi ainda precursor da promoção da igualdade social, utilizando-se a regulamentação e regulação económica para promover a igualdade social, reduzindo as desigualdades económicas e garantindo o acesso aos serviços públicos essenciais para toda a população.

Quanto ao sistema tributário, o Estado Social marcou uma viragem, contribuindo definitivamente para que os tributos passassem a ser, eles próprios, instrumentos de regulação económica. A progressividade e a tributação ambiental são os derradeiros exemplos de como os tributos passam a ter motivações extrafiscais, de implementação de ideais de justiça, incluídos nas suas finalidades.

Passamos, pois, de um sistema verdadeiramente fiscal para um progressivo sistema tributário, onde impera o imposto mas onde os tributos bilaterais ganham importância substantiva e financeira.

As características mais significativas do sistema tributário do Estado Social são:

- i) Progressivo: Isso significa que os contribuintes com rendimentos mais altos pagam têm uma alíquota maior do que os contribuintes com rendimentos mais baixos. O objetivo é garantir que aqueles que têm mais recursos contribuam mais para financiar os serviços públicos e programas sociais.
- ii) Redistributivo: O sistema fiscal do Estado Social tem como objetivo redistribuir a riqueza e reduzir as desigualdades sociais. Isso é feito através de políticas fiscais que visam transferir recursos dos indivíduos mais ricos para aqueles com menos recursos. Isso pode ser feito através de programas de assistência social, educação gratuita e saúde pública.

- iii) Solidariedade social: O sistema fiscal do Estado Social baseia-se na ideia de que a sociedade como um todo deve cuidar dos seus membros mais vulneráveis. Isso é feito através da tributação e utilização dos recursos públicos para garantir que todos tenham acesso aos serviços e programas necessários para garantir uma vida digna.

Outra característica importante do sistema fiscal do Estado Social é a transparência e a equidade. Os impostos devem ser claros e justos, e os contribuintes devem ser capazes de ver como os seus impostos estão a ser utilizados para financiar serviços públicos e programas sociais.

Os Choques Petrolíferos dos anos 70 do século XX, levaram à primeira onda de críticas ao Estado Social, uma vez que grande parte das medidas dos Estados Sociais tinham em linha de conta premissas, como o crescimento económico, que o fariam sustentável.

Contudo, existindo choques assimétricos, exógenos, os Estados não estavam capacitados para lidar com os mesmos. E gera-se a contestação em torno do Estado Social, em especial do Estado previdência.

O Estado de Previdência é um modelo decorrente do Estado Social e que tem como objetivo garantir a proteção social dos cidadãos através da criação de sistemas de previdência social, como a segurança social, que visam garantir um rendimento mínimo aos cidadãos quando estes se encontram em situações de necessidade, como o desemprego, doença ou velhice.

Algumas das características do Estado de Previdência incluem a garantia de direitos sociais aos cidadãos, a criação de sistemas públicos de proteção social, a universalidade da proteção social e a solidariedade entre os membros da sociedade.

No entanto, o Estado de Previdência enfrenta dificuldades no seu financiamento, uma vez que foi desenhado atendendo a um modelo em que existiriam mais contribuintes ativos do que beneficiários. Esta situação conduziu a uma insustentabilidade financeira, com o aumento dos custos do sistema de previdência social e a diminuição da receita devido à redução da força de trabalho ativa.

Essa situação de insustentabilidade financeira podia levar à falência do sistema de previdência social e por isso estes sistemas têm vindo a ser objeto de reformas estruturais para tornar o sistema financeiramente viável. Algumas dessas reformas podem incluir a redução dos benefícios oferecidos, o aumento da idade de aposentação e a introdução de contribuições adicionais dos cidadãos para financiar o sistema, nomeadamente o financiamento via impostos.

A insustentabilidade do crescimento da máquina do Estado e da sua influência excessiva nos mercados, levou a uma profunda alteração do paradigma regulador, uma vez que as correntes neoliberais passaram a abordar as novas teorias da regulação económica, mormente a redução de influência intervencionista do Estado.

Na década de 90 do século XX, em Portugal, iniciou-se uma senda de privatizações com o intuito de retirar peso do Estado nos mercados mas sobretudo para reequilibrar as finanças públicas.

A “revolução” neoliberal iniciou-se paulatinamente nos anos 50 com as teorias monetaristas mas assumiu maior ênfase nos anos 80, com as evoluções das Escolas Austríaca e de Chicago. Ambas as escolas têm por base a teoria monetarista que enfatiza a importância da oferta de dinheiro na economia e argumenta que a política monetária deve ser a principal ferramenta utilizada para estabilizar a economia.

De acordo com os monetaristas, a oferta de dinheiro é o principal determinante dos níveis de preços e da atividade económica e mudanças na oferta de dinheiro têm um efeito direto sobre a inflação e o crescimento económico e estabilidade de preços em geral.

A escola austríaca e a Escola de Chicago, embora com diferenças substantivas, ambas acabam por influenciar de sobremaneira o pensamento económico vigente sendo correntes contrárias ao *Keynesianismo* vigente, defendendo uma intervenção mínima do Estado na Economia, bem como uma autorregulação dos mercados, deixando-os funcionar de forma menos intervencionada.

Assim, a “*supply-side economics*” inicia o seu périplo não apenas nos Estados Unidos da América mas ainda na Europa, com redução de impostos e alterações dos padrões de oferta pública¹⁷³⁵.

No caso europeu, a construção do mercado único obrigava a regras de concorrência uniformes, de forma a proporcionar a maior harmonização possível para que a liberdade de circulação de pessoas, bens e capitais fosse efetivamente possível.

A diminuição de barreiras no mercado único aparece como grande impulsionador dum ambiente concorrencial, com a menor intervenção do Estado no mercado, maior liberalização, desmantelamento dos monopólios do Estado e até desregulação protecionista.

Pretendia-se Menor Estado mas Melhor Estado.

O movimento de privatizações justifica-se sobretudo devido às preocupações com a eficiência e garantia de satisfação de necessidades públicas. Uma vez que o Estado deixa de prover diretamente determinados serviços, era necessário rever o regime dos serviços essenciais e garantir que os mesmos continuam a ser prestados à população em geral, com garantias de acesso e qualidade.

É assim que se desenha o Estado Garantia, aquele que, pós Estado Social, já não é quem proporciona diretamente os serviços públicos essenciais mas garante que os mesmos continuam a ser prestados em condições de acesso e qualidade.

É também este o ponto de viragem dos sistemas tributários e, sobretudo, do sistema de regulação económica.

O Estado Garantia ou pós Social, tem características neoliberais, defendendo, em limite, o Estado “mínimo”, com intervenções por motivos de eficiência económica, mormente a correção de falhas de mercado, e intervenções de elementar justiça social, sobretudo a defesa das franjas de população mais desfavorecida, pretendendo o acesso universal e com qualidade garantida a serviços essenciais.

Este tipo de Estado é propulsor de um sistema de regulação sectorial, sendo a regulação económica um instrumento fundamental para operar os objetivos de garantia de acesso e qualidade de determinados serviços. O Estado deixa de produzir ou prestar diretamente os serviços, privatizando os grandes monopólios, mas regula o acesso, obrigando a serviço universal, serviços mínimos, acesso e privilégios aos mais desfavorecidos.

¹⁷³⁵ De relevar a preponderância que dois líderes tiveram na disseminação destas políticas, mormente Ronald Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (RU), líderes propulsores de políticas neoliberais, de redução do peso do Estado nos mercados, reorganização e re-dimensão do Estado.

O sistema de regulação no Estado garantia evoluiu de forma evidente, sobretudo na Europa e, em particular, em Portugal enquanto Estado-Membro.

Estamos inseridos num sistema multinível, com preponderância das Diretivas Europeias que têm vindo a ser fundamentais para a coesão e harmonização do funcionamento do mercado único, a favor da concorrência e da ampla autonomia das entidades reguladoras.

O sistema multinível europeu caracteriza-se por ser sectorial e por prevalecer a ideia de cada vez maior independência entre os Reguladores e o Estado, sendo os Reguladores fundamentais na implementação e defesa da própria regulação.

A estrutura multinível levou à formação de entidades reguladoras muito independentes do Estado mas dependentes da política europeia, mormente da política monetária e financeira. O Eurossistema, constituído pelo Banco Central Europeu e os Bancos centrais de cada país são eles próprios o exemplo desta ambivalência: os bancos centrais nacionais têm ampla autonomia face ao poder político do país mas estão dependentes do Banco Central Europeu e suas regulações.

O sistema de regulação do Estado de Garantia está ainda moldado sob a égide dum neoliberalismo, onde se pretende que o Estado se intrometa de somenos nos mercados mas que, sob o comando regulatório, se criem regras que mitiguem o funcionamento concorrencial com correções de distorções sociais.

Há uma linha muito ténue e um equilíbrio arduo entre a eficiência económica e os ímpetus sociais de proteção dos desfavorecidos, de obrigações de serviço público ou prestação de serviços mínimos, defesa do consumidor ou qualidade do serviço prestado.

Curiosamente, quando muitas vezes se criam normas de proteção ou de acesso atendendo a motivações sociais criam-se desequilíbrios de eficiência, por isso o *big trade-off* faz, hoje tanto sentido.

No que concerne ao sistema tributário, o mesmo tornou-se complexo e pesado. A carga fiscal já se tornou bastante elevada, sendo que é desconhecida a efetiva carga tributária a que o cidadão médio está sujeito.

De facto, para além dos tradicionais impostos sobre Rendimento, consumo e património, desenvolveu-se uma teia de tributos comutativos, cuja natureza se torna híbrida, confusa e que tem características de recolha de receita mas ainda – se não de forma primordial! – finalidades extrafiscais de regulação de comportamentos dos agentes.

Atualmente, parte do sistema tributário serve intuitos de financiamento da atividade reguladora que é feita pelas entidades reguladoras e tributos com motivações extrafiscais de correção de falhas ou distorções sociais.

Curiosamente, o neoliberalismo pretendia reduzir a influência do Estado da Economia para tornar os mercados mais eficientes e reduzir a despesa pública, o que não se tem verificado. Muito por culpa, ainda, dos resquícios do Estado Social, que mantém larga influência do Estado na prestação de serviços essenciais e na previdência e Segurança Social.

A crise Económico-Financeira de 2008 veio ainda criar uma nova agenda da regulação da economia. A crise do *subprime* foi uma crise financeira global que se inicia em 2007 nos Estados Unidos da América e se espalhou para o mundo todo, causando a queda de grandes instituições financeiras e gerando recessão económica em diversos países.

A crise teve origem no mercado imobiliário americano, que durante anos apresentou um crescimento exponencial com a criação de hipotecas *subprime*, ou seja, hipotecas concedidas a pessoas com baixo *score* de crédito ou com dificuldades financeiras. Os bancos criavam produtos financeiros complexos, como os chamados *CDOs* (*Collateralized Debt Obligations*), que reuniam várias dessas hipotecas e eram vendidos a investidores em todo o mundo.

No entanto, quando muitos desses tomadores de empréstimos não conseguiram pagar suas hipotecas, os *CDOs* se tornaram tóxicos e muitos investidores perderam dinheiro.

Sucedeu que em 2007 a bolha imobiliária americana dá sinais de que poderia estourar, levando a que os próprios investidores deixassem de acreditar no produto e querendo o seu resgate. Com o não pagamento dos créditos, os bancos deixaram de ter liquidez para fazer face aos resgates solicitados.

Acresce que os bancos, quando começaram a acionar as hipotecas percebem que o valor dos bens hipotecados não será suficiente para cobrir as dívidas, pelo que tinham ativos imobiliários que estavam sobreavaliados a assegurar dívidas.

A perda de liquidez dos bancos levou, em limite, à falência de algumas instituições o que lançou o pânico no sector financeiro. A crise espalhou-se rapidamente para todo o mercado financeiro e muitos bancos e outras instituições financeiras tiveram grandes prejuízos.

Para tentar conter os efeitos da crise, governos e bancos centrais adotaram medidas de estímulo económico, como a injeção de dinheiro nos mercados e a redução das taxas de juros. Esta intervenção dos Estados provocou uma “segunda crise”, desta feita das dívidas soberanas, que atingiu sobretudo o continente europeu.

Os Estados endividaram-se para ajudar o sector financeiro a não colapsar, chegando os Estados a verdadeiras situações limite, como aconteceu em Portugal, e a pedirem ajuda financeira acionando mecanismos europeus de auxílio financeiro.

A crise financeira levou à criação dum novo paradigma da regulação financeira, que se desdobra em cuidados prudenciais e de fiscalização apertada das instituições nacionais.

Os bancos centrais, orquestrados pelo Banco Central Europeu desempenham um papel relevantíssimo de manutenção dum amplo esquema de regulação que se divide em prevenção, fiscalização e aplicação de sanções.

Foi uma viragem relevante no sistema europeu multinível de regulação económica.

Mas depois veio a Pandemia COVID 19, a Guerra na Ucrânia e a Crise inflacionista de 2022.

Será que este rebuliço influenciou os sistemas regulatórios e fiscais?

7.3.2. O presente: o que existe e o debate.

O movimento de privatizações em Portugal teve, em nossa opinião, duas fases distintas: uma primeira vaga, entre 1985 e 1995, numa primeira fase pós entrada na Comunidade Económica Europeia, em que se pretendia cumprir desígnios de integração europeia e de modernização da economia portuguesa no pós-revolução de 25 de abril de 1974.

Foi uma fase marcada por maior estabilidade governativa, depois dum período mais conturbado pós a Revolução de 25 de Abril de 1974 e a introdução da Constituição de 1976, já com o processo de adesão à Comunidade Económica Europeia (CEE) celebrado e as contribuições dos fundos comunitários de coesão começar a entrar nos cofres do Estado.

O processo de integração no mercado único foi de extrema relevância no desenvolvimento do mercado interno que até então tinha vivido um longo período de protecionismo estatal, muito dependente das exportações para as colónias, situação que rapidamente desapareceu com o processo de descolonização de 1974 e 1975.

O mercado interno português estava muito dependente da posição fundamental e prevalecente que o Estado ocupava em sectores chave. Acrescentando-se as nacionalizações entretanto feitas no pós 25 de Abril, numa primeira fase revolucionária ainda muito marcada pelo pendor socialista.

Ora, o que se pretendeu com a primeira fase de privatizações foi sobretudo adaptar o mercado interno português às exigências do mercado único, abrindo-o à concorrência e também, num pendor neoliberal que era dominante nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, introduzir alguma modernidade às práticas comerciais que estavam obsoletas após um largo período de um regime muito fechado em si próprio.

O plano estratégico após a adesão de Portugal à CEE, seria: a) preparar a economia para o choque da integração num mercado unificado de cerca de 370 milhões de consumidores com altos rendimentos e; b) encaminhar o país para se pôr a par dos seus parceiros da então CEE mais bem-sucedidos e mais ricos.

Uma convergência real, que anulasse a diferença de rendimentos entre Portugal e os seus parceiros, constituía um desafio para o país, que teria de aumentar a produtividade do trabalho e do capital a um ritmo mais rápido do que a média da CEE.

Com este objetivo, o governo português tomou medidas importantes para corrigir os obstáculos estruturais ao crescimento económico de longo prazo que incluíam a liberalização do regime comercial, a desregulamentação do sector financeiro, a descoletivização e modernização da agricultura, maior eficácia na gestão do investimento externo, reforma do sistema fiscal e desinvestimento nas empresas públicas.

Como parte desta reforma, o governo português privatizou as Bolsas de Lisboa e do Porto em 1991 e constituiu um organismo fiscalizador que as tutela. Deu prioridade ao sector financeiro no processo de reformas estruturais. Desde meados dos anos 80, quando os bancos comerciais e os seguros foram reabertos à iniciativa privada, o sistema financeiro português tinha evoluído para uma maior liberalização, diversificação e internacionalização.

Assim, a primeira vaga de privatizações, incluiu a banca, o sector financeiro e algumas indústrias, nomeadamente a privatização da Cimpor.

Manteve-se, contudo, importantes posições do Estado nos mercados das telecomunicações, energia, redes e transportes.

Entre 1996 e 2002 ocorreu uma segunda fase de privatizações, sobretudo parciais, que tinham duas motivações: ou porque se tornou obrigatória a liberalização do mercado por via de legislação europeia, como o caso das telecomunicações, ou era necessário colmatar o défice público com receitas extraordinárias.

Nesta fase, dá-se a privatização de empresas de grande porte e importância nacional, como o Portugal Telecom e da EDP.

Sucedem que, sob a égide da defesa do interesse público, foram mantidas ainda algumas *golden share's* em empresas de sectores estratégicos no sentido de manter algum controlo do Estado, mormente pela presença de administradores indicados pelo Estado.

A “terceira” fase de privatizações é, no fundo, uma inevitabilidade decorrente do Programa de Ajustamento Económico imposto em 2011 pela *Troika* de credores constituída pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional.

Desta feita, face a uma intervenção mais veemente destes credores, sobretudo a Comissão Europeia foi irredutível nas mudanças estruturais do mercado, não prescindindo de findar as *Golden Share's*, impor regras de concorrência que já deviam estar implementadas, obrigar à separação efetiva das redes dos distribuidores, pressionar a privatização dos sectores ainda nas mãos do Estado e não liberalizados – por exemplo, os serviços postais – e obrigar à reestruturação do sistema de regulação, promovendo a maior autonomia das entidades reguladoras.

Acresce que, devido à necessidade de reforço das receitas públicas, as privatizações seriam ainda uma forma de retirar da esfera do Estado alguma despesa e ainda receber receita extraordinária.

Privatizaram-se, por exemplo, a REN, CTT e a TAP, tendo esta última vindo a ser “renacionalizada” posteriormente.

Ora, se inicialmente as privatizações foram um sinal de modernização da administração pública, retirando do Estado algum peso em termos de despesa e dando mais espaço à iniciativa privada, as vagas seguintes de privatizações surgem ou por obrigações para com a União Europeia ou por necessidade de receita.

Nada de mal teria se os mercados se tivessem adequado e adaptado. Aliás, o Estado garantia pretende exatamente um equilíbrio entre um mercado forjado pela iniciativa privada, em concorrência mas com o Estado a fazer a intervenção necessária para assegurar o interesse público, o acesso universal a serviços essenciais, defesa dos consumidores e correção de distorções sociais, nomeadamente com imposição de tarifas sociais em serviços essenciais.

Assim, a convicção era que se entregariam aos privados, que serão naturalmente agentes com maior predisposição para uma gestão eficiente, os sectores de mercado, incluindo as *utilities* que estavam tradicionalmente nas mãos do Estado, com o objetivo de retirar despesa ao Estado e os bens e serviços serem prestados de forma eficiente.

Para regular os sectores estratégicos e os serviços essenciais, o sistema de regulação serviria para acautelar a sã concorrência, introduzir regras de funcionamento eficiente no mercado, normas de qualidade e defesa do consumidor, obrigações de prestação de serviços essenciais, acesso universal e condições de acesso mais benéficas para determinados grupos de consumidores menos favorecidos economicamente.

A estrutura do sistema de regulação seria tendencialmente autónoma dos poderes políticos, com vista a poder implementar, com independência relativamente ao Estado e Regulados, a regulação que melhor se adegue aos objetivos de eficiência mitigado com a garantia de prestação de serviços de interesse geral e correções de distorções sociais.

De facto, o sistema multinível com tendente independência das entidades reguladoras foi o modelo que a União Europeia veio a impor aos Estados-Membros, situação que se foi concretizando em Portugal também.

Com tradição na constituição de órgãos administrativos de coordenação económica sectorial, a transformação deu-se sobretudo ao nível da autonomia administrativa e financeira, bem como foram sendo alteradas as próprias funções em consonância com os objetivos de mercado pretendidos pela governação e/ ou impostos pela União Europeia.

O sistema tributário também foi sendo essencial nesta mutação do sistema de regulação.

A maior autonomia administrativa era seguida de perto por maior autonomia financeira, sendo necessário a criação de receita própria para “substituir” o financiamento direto do Estado. Em boa verdade, o financiamento mantém-se público no sentido de ser suportado também por figuras tributárias que são, necessariamente, instrumentos públicos.

O que passou a existir é a criação de tributos bilaterais, a favor destas entidades de base não territorial, que correspondem essencialmente a taxas, devidas pela prestação de determinado serviço, levantamento de obstáculo jurídico ou por utilização de bem público ou semipúblico cuja gestão esteja a cargo desta entidade.

Por outro lado, a própria atividade de regulação tem ainda em vista determinados comportamentos dos agentes, pelo que podem ainda ser criadas contribuições cujo intuito é o financiamento da atividade de regulação e/ou corrigir determinadas falhas operadas por ou a favor dum grupo de agentes determinado ou determinável.

Foram estas figuras tributárias que apresentaram maior crescimento e desenvolvimento com vista a acompanhar, nomeadamente, as necessidades de financiamento próprio das entidades reguladoras.

Mas estes tributos também se transformaram em importantes instrumentos de regulação, sendo que, nos últimos anos multiplicaram-se também os impostos com finalidades extrafiscais associados à regulação, no sentido de moldar ou corrigir comportamentos dos agentes, no sentido de correção de falhas de mercado.

Mas o sistema fiscal é, ele próprio um meio de correção de desequilíbrios socioeconómicos, mormente por via da redistribuição.

É inevitável, por isso, que estas normas tributárias, relativas a estes tributos de regulação, contenham elas próprias finalidades de justiça social.

Cresceu a teia de tributos em redor da regulação, multiplicando-se as figuras tributárias, muitas vezes de natureza questionável, sendo cada vez mais patente a complexidade, especificidade e sobreposição destes tributos para os agentes sectoriais.

Por outro lado, a carga tributária efetiva sobre os agentes cresceu, bem como cresceram os encargos diretos e indiretos deste tipo de regulação por via tributária, sobretudo para os contribuintes.

De relevar que a estes tributos acrescem, para os agentes do mercado, os demais, nomeadamente sobre o rendimento – lucro, no caso das entidades coletivas – património, derrama, consumo e, eventualmente, outros impostos especiais.

Falamos duma cascata de tributação que não apenas aumenta a carga tributária como naturalmente aumenta a densidade e complexidade do sistema de tributação, prejudicando ainda, a final, os consumidores finais que são, em último caso, quem arcam com o preço final do bem ou produto.

Nestes termos, parece-nos que é transversal o debate sobre este *trade-off* entre eficiência e justiça que envolve a decisão regulatória e que influencia o sistema tributário. O Estado de Garantia está nitidamente em crise: temos uma carga tributária mais elevada e complexa e a sensação de menor garantia na prestação de serviços essenciais tais como a saúde e educação.

O Estado mantém uma despesa sobredimensionada mesmo após diminuição da sua presença direta nos mercados de sectores de serviços essenciais. Independentemente da bondade dessa despesa, o facto é que se mantêm despesas públicas associadas às garantias de prestação de serviço universal ou serviços de interesse geral.

Mantemos despesa pública no financiamento de entidades reguladoras, não sendo as mesmas completamente autónomas financeiramente.

E estão em crise as garantias de prestação de determinados serviços, sendo já usual o próprio Estado reverter situações de concessões privadas ou parcerias público-privadas por não estarem a cumprir os desígnios dos serviços de interesse geral.

Este é um debate transversal. Mas façamos uma divisão de análise entre as principais questões de debate atual destas duas faces da simbiose.

Estado Regulador

O Estado Regulador está, enquanto Estado-Membro da UE, dependente das condições dos Tratados e da governação económica e financeira da União Europeia.

Neste momento, a governação económica rege-se por alguns preceitos fundamentais, a saber¹⁷³⁶:

- a) No artigo 3º do Tratado da União Europeia (adiante TUE) lê-se que a União «empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social [...]».
- b) Os artigos 2º, 5º e 119º do TFUE constituem a base da coordenação económica e obrigam os Estados-Membros a encarar as respetivas políticas económicas como matéria de interesse comum e a coordená-las em estreita colaboração. As áreas e as formas de coordenação encontram-se especificadas no artigo 121º, que define o procedimento relativo às recomendações políticas, tanto gerais (Orientações Gerais das Políticas Económicas) como específicas para os países, e no artigo 126º, que estabelece o procedimento a seguir em caso de défices públicos excessivos.
- c) Os artigos 136º a 138º estabelecem as disposições específicas para os Estados-Membros cuja moeda é o euro, exigindo-lhes o reforço da coordenação e da supervisão da disciplina orçamental e das políticas económicas.
- d) O Título IX relativo ao emprego obriga a que as políticas de emprego sejam coordenadas e coerentes com as políticas económicas definidas nas orientações gerais (artigo 146º).

¹⁷³⁶ Cfr. Fichas Temáticas sobre a União Europeia, disponível no site oficial do Parlamento Europeu, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/87/governacao-economica>

A governação económica sofreu grandes alterações com a crise das dívidas soberanas de 2011. Assim, a crise de 2008 trouxe a ideia de que os desequilíbrios financeiros, orçamentais e macroeconómicos estão interligados e têm influência não apenas nos territórios nacionais mas também na própria UE como um todo.

Até 2011, a coordenação das políticas económicas na UE baseava-se principalmente em consensos sem regras juridicamente vinculativas, exceto no quadro da política orçamental definido pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC).

A coordenação económica abrangia várias áreas e podia aplicar-se de diferentes formas, dependendo do acordo de cooperação em causa. Os dois exemplos de coordenação económica existentes até então seriam: a coordenação como instrumento de gestão de crises e a delegação de uma política a uma única instituição, nomeadamente Banco Central Europeu e Comissão.

A crise financeira e económica de 2008-2012, evidenciou a interdependência das economias da UE e levou à necessidade de uma maior coordenação das políticas económicas na UE.

Para isso, foram adotados vários atos legislativos e criadas novas instituições desde 2011. O reforço da governança económica abrange vários aspetos, como um novo modelo de trabalho sincronizado - o Semestre Europeu - para debater e coordenar as prioridades económicas e orçamentais, uma supervisão mais estrita das políticas orçamentais pela UE, novos instrumentos para corrigir desequilíbrios macroeconómicos e novos instrumentos para responder aos problemas dos Estados-Membros em situação financeira difícil.

O Semestre Europeu é um ciclo anual durante o qual as políticas orçamentais, macroeconómicas e estruturais dos Estados-Membros são coordenadas, com o objetivo de permitir que os Estados-Membros tenham em conta as considerações da UE numa fase precoce dos respetivos processos orçamentais nacionais e noutros aspetos da política económica.

De relevar ainda que o Semestre Europeu inclui várias fases, como a apresentação da estratégia anual para o crescimento sustentável pela Comissão, a apresentação dos programas de estabilidade ou de convergência pelos Estados-Membros, a avaliação dos programas pela Comissão e a adoção de recomendações específicas para cada país pelo Conselho.

Além disso, a UE estabeleceu novos instrumentos para corrigir desequilíbrios macroeconómicos, como o Procedimento relativo aos desequilíbrios macroeconómicos, que permite identificar e corrigir desequilíbrios macroeconómicos antes que se tornem graves.

A UE também criou novos instrumentos para responder aos problemas dos Estados-Membros em situação financeira difícil, como o Mecanismo Europeu de Estabilidade, que fornece assistência financeira aos Estados-Membros em crise, e o Semestre Europeu para a Cooperação e a Reforma (SECOR), que oferece apoio técnico e financeiro aos Estados-Membros que enfrentam desafios significativos em matéria de reformas estruturais.

Ora, a crise financeira, como sabemos, também teve impacto na regulação financeira e concorrência.

No que concerne à Política de concorrência, é essencial olhar para os seguintes normativos¹⁷³⁷:

¹⁷³⁷ Cfr. Fichas Temáticas sobre a União Europeia, disponível no site oficial do Parlamento Europeu, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/87/governacao-economica>

- a) Artigos 101.º a 109.º do TFUE, assim como o Protocolo n.º 27 relativo ao mercado interno e à concorrência, que especificam que um sistema de concorrência leal constitui parte integrante do mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia;
- b) Regulamento Concentrações (Regulamento (CE) n.º 139/2004) do Conselho e respetivas normas de execução (Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão);
- c) Artigos 37.º, 106.º e 345.º do TFUE para as empresas públicas, bem como os artigos 14.º, 59.º, 93.º, 106.º, 107.º, 108.º e 114.º do TFUE para os serviços públicos, os serviços de interesse geral e os serviços de interesse económico geral; Protocolo n.º 26 sobre os serviços de interesse geral; artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A política de concorrência da União Europeia tem como objetivo principal garantir o bom funcionamento do mercado interno, promovendo uma concorrência efetiva entre empresas em todos os Estados-Membros.

Isso incentiva as empresas a oferecerem produtos de qualidade a preços competitivos, impulsionando a inovação e o crescimento económico a longo prazo. A política de concorrência também se aplica a empresas de países terceiros que operam no mercado interno.

A revisão contínua das regras da UE em matéria de antitrust, concentrações e auxílios estatais, lançada pela Comissão, é necessária para garantir que os instrumentos da política de concorrência sejam eficazes em face de novos desafios sociais, económicos, geopolíticos e tecnológicos. A pandemia de COVID-19, em particular, apresentou desafios específicos que exigiram medidas no domínio da concorrência.

A Comunicação da Comissão sobre uma política de concorrência adaptada aos novos desafios, de novembro de 2021, destaca como a revisão das políticas ajuda a promover a recuperação pós-pandemia da UE e a criar um mercado interno mais resiliente, promovendo o Pacto Ecológico Europeu e acelerando a transição digital.

A economia digitalizada em constante evolução exige novas ferramentas para lidar com desafios emergentes e complementar as políticas existentes de concorrência. O novo Regulamento Mercados Digitais, de setembro de 2022, visa manter os mercados digitais equitativos e contestáveis e introduz regulamentação *ex ante* para as chamadas plataformas em linha consideradas controladores de acesso.

Além disso, várias outras iniciativas estão previstas para reforçar a autonomia estratégica da UE, como um novo regulamento destinado a combater potenciais efeitos de distorção das subvenções estrangeiras no mercado único e um mecanismo proposto de ajustamento carbónico fronteiriço da UE.

Estão, portanto, a ser alterados os instrumentos para fazer face aos novos desafios.

Tradicionalmente, a política de concorrência da UE abrange as regras em matéria de antitrust, controlo das concentrações, auxílios estatais e empresas e serviços públicos.

A vertente antitrust tem por objetivo restabelecer as condições de concorrência caso haja comportamento inadequado por parte das empresas.

Já a vertente preventiva abrange as regras em matéria de controlo das concentrações e auxílios estatais.

Os serviços de interesse económico geral estão sujeitos a regras específicas no contexto dos auxílios estatais para garantir a promoção da coesão social e territorial, um elevado nível de qualidade, a segurança e a acessibilidade dos preços, assim como a igualdade de tratamento.

O cumprimento rigoroso e efetivo das regras de concorrência da UE é fundamental para assegurar a concretização dos objetivos da política de concorrência. A Comissão é o principal organismo responsável por assegurar a correta aplicação destas regras e dispõe de amplos poderes de inspeção e de controlo do cumprimento.

Já no que concerne ao sistema de regulação financeira, a base jurídica assenta primordialmente no artigo 114.º e artigo 127.º, n.º 6 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A UE possui um quadro regulamentar e de supervisão rigoroso para o sector financeiro com o objetivo de promover a estabilidade financeira e proteger os clientes dos serviços financeiros.

A crise financeira de 2007-2008 revelou a necessidade de melhorar e reforçar a arquitetura regulamentar e de supervisão europeia, o que resultou em reformas e na criação do Sistema Europeu de Supervisão Financeira em 2010.

O SESF é composto pelo Comité Europeu do Risco Sistémico, pelas três autoridades europeias de supervisão (a Autoridade Bancária Europeia (EBA), a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA)), pelo Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão e pelos supervisores nacionais, tendo como objetivo principal assegurar que as regras aplicáveis ao sector financeiro sejam implementadas adequadamente em todos os Estados-Membros para preservar a estabilidade financeira, promover a confiança e proteger os consumidores.

Recorde-se que o SESF tem como objetivos desenvolver uma cultura de supervisão comum e facilitar a criação de um mercado financeiro único na Europa.

Combina a supervisão microprudencial e macroprudencial para proteger os clientes das instituições financeiras individuais e evitar perdas significativas na economia global.

Apenas este resumo muito breve sobre as políticas económicas, de concorrência e de regulação financeira demonstram que o sistema de regulação multinível existente na Europa está cada vez mais complexo e enredado numa teia de legislação europeia e, posteriormente, nacional.

Se numa primeira fase era notória a necessidade duma coordenação supranacional de políticas económicas e, consequentemente, do sistema de regulação hoje assistimos a importantes mutações.

Repare-se que a implementação de regras de harmonização económica, sobretudo para implementação do mercado único, tinha de ser coordenada por uma entidade supranacional. Só assim se conseguia uma verdadeira visão global.

Depois, os instrumentos legislativos europeus permitiam assegurar vários objetivos. Por um lado, a inclusão de normas nos tratados levou à vinculação dos Estados, sem necessidade de maiores formalidades para fornecer um carácter de obrigatoriedade para a implementação destas regras.

Por outro lado, as normas sendo emanadas pela União Europeia eram mais facilmente aceites pelos agentes nacionais que não tinham, desta forma, grandes meios para pressionar o Regulador ou até mesmo capturá-lo.

Acresce ainda que as Diretivas, instrumento legislativo geralmente utilizado para a implementação de regulação económica, devendo ser transpostas para a ordem jurídica nacional permitiam ainda adaptações e negociação de exceções, pelo que os Estados mantinham algum poder de decisão sobre a forma de implementação das regras de regulação.

Sucede que o sistema avançou de sobremaneira. E, conforme percebemos neste curto resumo, o enredo de instituições e normativo aplicável aos Estados deixou de ser meramente um caminho para prosseguir a integração e funcionamento do mercado único para ser uma verdadeira imposição de políticas económicas e financeiras sob o pretexto da necessária coesão de critérios para a União económica e monetária.

O que sucede hoje é que o sistema de regulação foi decidido pela União Europeia, a política económica, de regulação e supervisão é maioritariamente decidida pela União Europeia e até já existe, institucionalmente, uma cascata de instituições, ou seja, Autoridades Europeias que coordenam os reguladores nacionais.

Ora, sem desvalorizar quaisquer benefícios decorrentes deste sistema multinível, a questão é quanto se deixa de margem aos Estados-Membros e se essa margem é suficiente sobretudo para que os Estados possam cumprir os seus deveres – nomeadamente constitucionais – perante os seus cidadãos.

Por outro lado, o aumento substancial desta influência da União Europeia na área da regulação lança ainda a velha questão da legitimidade democrática. Será que o cidadão percebe a influência direta destas decisões europeias?

O déficit de interesse pelas instituições europeias e pelas próprias eleições europeias, levam a crer que o cidadão vê, com distanciamento, as decisões dos burocratas europeus. Por desinteresse, por não compreensão ou porque acha que nada se pode fazer.

Por outro lado, mesmo mantendo-se um processo de alguma negociação na transposição das diretivas, a influência multinível retira a decisão de proximidade, atendendo à realidade nacional.

De outro prisma, a criação dum sistema multinível de regulação que depois pode conter inúmeras exceções nacionais reduz a eficiência na prossecução do objetivo de harmonização, bem como cria a fricção de tratamento diferenciado entre Estados.

O equilíbrio é, mais uma vez ténue. É um difícil jogo entre equilíbrios nas decisões entre eficiência e justiça, das instituições e órgãos decisores e implementadores das decisões, a hierarquização legislativa e desígnios nacionais específicos, objetivos globais e exceções concedidas.

Para além desde debate sobre a própria perda de soberania, como se tem vindo a frisar, o sistema de regulação imposto pela União Europeia assenta necessariamente numa rede de entidades reguladoras independentes.

Ora, já aqui amiúde temos vindo a escarpelizar este aspeto. Não há independência administrativa nem pode existir uma verdadeira desvinculação da administração pública sob

pena de não poderem ser utilizados quaisquer instrumentos públicos para a prossecução das atividades das entidades reguladoras.

Para além disso, se as entidades reguladoras saírem definitivamente do espectro da administração pública não se vislumbra a possibilidade de manterem poderes tributários conforme atribuídos atualmente.

Nem serem financiados com receitas eminentemente públicas conforme sucede.

O que existe e pode ser aprimorada é uma autonomia administrativa e tendencialmente financeira, com um sistema de *checks and balances*, com mecanismos de submissão ao escrutínio público mas com autonomia que permita autonomia sobre o poder político.

Ora, este tipo de sistemas é ingrato em países cujos mercados são limitados, como em Portugal. Assim, para se terem competências adquiridas há que trabalhar no sector. E existindo um mercado pequeno, todos os *players* se conhecem, trabalharam, têm conhecimento semelhante naturalmente.

O que se pretende dizer é que a regulação é cada vez uma área mais específica e com um nível de especialização elevado, pelo que num mercado limitado – pela sua pequena dimensão – os agentes reguladores e regulados têm um *background* semelhante ou até comum o que faz aumentar o risco de captura do regulador e de formação de grupos de interesse.

Por outro lado, a exposição e escrutínio é de tal forma fácil de ser feita que o risco associado às funções de regulador é, de facto, elevado.

Portanto para além de não existir verdadeira independência administrativa e financeira, também não há independência de facto dos agentes que, por terem um mercado limitado, trespassam as fronteiras de regulado para regulador e de regulador para regulado de forma muito leve¹⁷³⁸.

Por fim, outro debate que se agravou desde 2020 com a Pandemia COVID-19 e que ainda não se esbateu perante a crise inflacionista que se iniciou em 2022, é o regresso do intervencionismo do Estado.

De facto, conforme já aqui tivemos oportunidade de referir, as intervenções diretas do Estado sobre os agentes durante o período de pandemia fizeram notar que as mais elementares regras de concorrência podem ser violadas sob o fundamento de defesa da saúde pública.

A questão relativamente à pandemia é que as medidas impostas, nomeadamente restrições ao comércio e até mesmo encerramento de determinadas atividades económicas, expôs o quanto a “independência” da regulação é inexistente. A regulação é pública e será por se concretizar por via de instrumentos públicos legislativos.

Por outro lado, as medidas para a pandemia criadas pela União Europeia só refletiram também essa senda de intervencionismo do Estado, dotando os Estados de fundos que os mesmos devem lançar na economia sob programas específicos de investimento.

¹⁷³⁸ Reconhecendo-se, contudo que existem algumas limitações, nomeadamente para quem desempenhe funções nos reguladores que têm limitações temporais para regressarem ao mercado em empresas reguladas

Ora, mais uma vez a solução foi a de utilização de dinheiro público que necessariamente terá de ser escrutinado e apenas gasto de acordo com a decisão pública.

Nesta fase de crise inflacionista, enquanto as instâncias europeias, mormente o Eurossistema liderado pelo Banco Central Europeu, estão a combater a inflação com a subida de taxas de juro, os Estados nacionais têm lançado medidas de atenuação dessa subida do custo de dinheiro, tentando atenuar os efeitos da subida generalizada de preços.

Medidas que são, até, antagónicas e que podem fazer prolongar os efeitos da inflação muito além do que o que seria esperado.

Assistimos a intervencionismo do Estado com medidas como atribuição generalizada à população de prestações pecuniárias sem regularidade, imposição de preços máximos, redução dos impostos sobre o consumo em bens essenciais, redução de impostos especiais sobre o consumo sobre produtos específicos – v.g. gasóleo – apoios diretos específicos.

O problema é que a inflação, sendo um aumento generalizado de preços, tradicionalmente não pode ser combatida com a introdução de mais dinheiro na economia do lado dos consumidores. Se o consumidor mantiver o nível de rendimento não vai fazer baixar a procura de produtos, logo não faz a Lei da Oferta e da Procura funcionar de forma a corrigir o mercado.

Então o que assistimos é a uma fase de maior pendor social a funcionar, sendo que o resultado destas medidas é ainda muito dúbio. Mais facilmente existem alterações devido a alterações exógenas do que com este tipo de medidas contraditórias para a economia.

Curiosamente, a União Europeia ainda não “vetou” estas medidas internas mas já as condenou por poderem interferir com a ação do Banco Central Europeu na tentativa de estabilização de preços via aumento de juros.

Contudo, a própria posição europeia, nomeadamente quanto à energia e auxílio aos sectores que mais utilizam energia, torna-se contraditória com uma necessidade de ajustamento do mercado à situação inflacionista.

De qualquer forma, todas as medidas foram de intervencionismo “multinível”, ou seja, o Banco Central Europeu reagiu com a subida das taxas de juro, a Comissão Europeia com medidas de apoio sectoriais e os Estados com medidas próprias de acordo com as suas condições particulares.

Porém, medidas de intervencionismo um tanto contraditórias em alguns aspetos.

Há, portanto, desde 2020, por motivações exógenas, uma tendência para um maior intervencionismo do Estado que tem vindo a mitigar a tendência que vinha a crescer desde o início do século de maior autonomização da regulação e de mercados liberalizados.

Estado Fiscal

É certo que o Estado mantém como maior fonte de receita o resultante da coleta de impostos.

Se verificarmos a evolução das receitas fiscais dos últimos 30 anos, verificamos que prevalece a receita proveniente dos impostos tradicionais¹⁷³⁹.

¹⁷³⁹ Veja-se, por exemplo os dados disponíveis no PORDATA, disponíveis em <https://www.pordata.pt/portugal/receitas+fiscais+e+contribuicoes+sociais+das+administracoes+públicas-3749-324903>

A maior fatia da receita tributária é composta pelos impostos sobre o rendimento (IRS e IRC juntos) logo seguido pelo Imposto sobre o valor acrescentado. Perante estes dados, é de concluir que mais de 80% da receita tributária – excluindo as comparticipações para a segurança social – são provenientes de Impostos.

Contudo, as receitas relativas a outros tributos estão em sentido crescente sendo que a análise destes “outros” tributos é um bolo relativamente impercetível, na dimensão e tipo de tributos em causa.

De qualquer forma, é perceptível que nos últimos 30 anos os tributos comutativos foram sendo cada vez mais usuais. É uma microtributação que tem vindo a tornar-se, em tamanho e receita, relevante.

Este tipo de tributação comutativa, taxas e contribuições, desenvolveu-se associado essencialmente a duas realidades:

- i) Autarquias Locais, que utilizando os seus poderes tributários já cobravam taxas relativamente aos serviços que efetuavam, nomeadamente autorizações ou licenças (levantamento de obstáculo jurídico), serviços administrativos ou utilização de bens ou espaços públicos. Contudo, com o alargamento dos poderes tributários das Autarquias e a necessidade de se financiarem para cumprimento das metas financeiras¹⁷⁴⁰, foram sendo criados diversos tributos, sem grande critério, com intuitos extrafiscais associados. Assim, surgiram diversos tributos comutativos que, por um lado se associavam a fins extrafiscais, como a proteção ambiental, mas que se tornaram muito relevantes no quadro do financiamento das autarquias por receitas próprias. Juridicamente, o percurso é ainda interessante, uma vez que se discutiu, na doutrina e jurisprudência, esta nova perspetiva da tributação autárquica, tendo sido desenvolvida a análise da natureza dos tributos e seu enquadramento. De relevar que o legislador deu um passo relevante para apaziguar uma série de questões sobre a natureza e regime destes tributos com a introdução do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais. Este Regime Geral veio confirmar a dificuldade em criar um normativo para realidades tributárias amplas, verificando-se que seria mais eficiente criar regimes sectoriais.
- ii) Atividade de regulação económica, em que indubitavelmente os mecanismos tributários se tornaram essenciais não apenas como meio de financiamento mas também como instrumentos de regulação. De facto, ainda durante o Estado Novo se constituíram várias corporações sectoriais, de influência económica, que mais tarde se transformaram nos institutos públicos com funções de regulação sectorial. Por isso, há muito que em Portugal se lida com tributos associados à atividade de regulação, mormente tributos criados para a cobertura das despesas resultantes da atividade de regulação. Com a sucessiva autonomização das entidades reguladoras os próprios tributos associados foram-se transmutando para cobrir as maiores necessidades financeiras decorrentes da alteração do sistema de regulação, cada vez mais abrangente e interventivo. Por último, assistimos na última década a um verdadeiro *boom* de tributos associados à regulação, com características muito além das tradicionais taxas para cobertura de despesas administrativas, para remoção de obstáculo jurídico ou utilização de bem público ou semipúblico. Estamos perante tributos sofisticados, muito associados aos seus fins extrafiscais, de correção de distorções, para moldar

¹⁷⁴⁰ Recorde-se que no Programa de Ajustamento de 2011 incluía-se uma espécie de saneamento das contas das Autarquias Locais, com controlo de endividamento.

comportamentos, compensatórios de externalidades. São tributos complexos pela sua multifuncionalidade: não perdem o fito de recolha de receita mas são criados com finalidades muito específicas associadas à regulação. De relevar ainda que se sedimentaram determinados tributos comutativos mas pululam novos tributos com características mais similares a impostos ou até mesmo impostos especiais criados com o objetivo específico, temporário ou não, de atingir determinado resultado de correção de distorção económica ou social.

Esta microtributação veio acrescentar complexidade ao sistema tributário em geral. Para além dos tributos tradicionais, sobre consumo, rendimento e património, os agentes/ contribuintes, estão a braços com microtributações variadas, cobradas por entidades de base territorial – como as autarquias – ou sem base territorial – como as entidades reguladoras. E, repita-se, estes tributos acrescem aos tradicionais sem que haja necessariamente alguma bilateralidade.

Outro elemento de complexidade é a coordenação transnacional da governação fiscal. Com a aceleração da globalização, assistiu-se a uma crescente necessidade de coordenação em política económica mas também política fiscal.

Em meados dos anos 50 do Século XX, a Organização para a Cooperação Económica Europeia (OECE), que depois deu azo à Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Europeu (OCDE), iniciou um percurso de convertibilidade de divisas e de cooperação económica e monetária.

As já aqui referidas influências neoliberais, quer dos Estados Unidos da América como do Reino Unido, promoviam uma desintervenção do Estado na Economia e maior liberdade dos agentes, proporcionada no âmbito europeu primeiro com a liberdade de circulação de capitais em 1988.

Com o Tratado de Maastricht (1994), o mercado único consolidava-se, com as liberdades de circulação de capitais, pessoas, bens e mercadorias e funcionar em pleno e a caminhar-se, para uma fase de integração numa união monetária plena.

Em termos mundiais, os desafios acentuam-se, conforme sintetiza Ana Paula Dourado¹⁷⁴¹, “(...) com a aceleração da globalização, com a emergência dos chamados BRICS, com a distinção entre países produtores de recursos naturais e os outros, com a crise financeira de 2008 (que teve início nos EUA, com repercussão mundial e foi muito acentuada na União Europeia, especialmente na União Económica e Monetária e nos países submetidos a programas de resgate financeiro, como foi o caso de Portugal), com o anunciado retorno aos protecionismos.”

Temos assistido sobretudo à intervenção do G20, que tem tomado atenção aos desafios da política económica mundial e tem envolvido organizações internacionais, supranacionais, na resposta jurídica aos desafios que vão surgindo.

Tem, por isso, representado o motor de ajustamento de diversas políticas económicas e fiscais também.

O Comité de Assuntos Fiscais da OCDE tem sido o órgão, pertencente a uma instituição supranacional, com maior produção de documentação, estudos e análises sobre políticas e medidas fiscais atendendo às exigências que vão surgindo.

¹⁷⁴¹ Cfr. Ana Paula Dourado, “Governação Fiscal Global”, Almedina, 2017, p. 9 e 10.

Embora representem *soft law*, bem sabemos que as recomendações são acolhidas e integradas progressivamente nas legislações nacionais dos países membros das instituições supranacionais.

De resto, a própria União Europeia, que tem feito um esforço de acompanhamento da OCDE relativamente às políticas fiscais, tem levado a cabo diversas harmonizações da política fiscal perpetradas sobretudo pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

As respostas internacionais são, neste momento, em duas grandes áreas: a necessidade de agilização de troca de informações, muito associada à “velha” batalha internacional de progressiva eliminação dos paraísos fiscais e implementação duma competitividade fiscal mais uniforme; e o combate à erosão das bases fiscais através da transferência interestadual de lucros (BEPS).

No que concerne à troca de informações, este movimento aparece sobretudo relacionado com a transparência fiscal e a colaboração internacional entre autoridades tributárias de forma a permitir o funcionamento da tributação do rendimento dos sujeitos passivos que atuam no plano transfronteiriço.

Atendendo à cada vez mais fácil movimentação de capitais de forma transfronteiriça, bem como o aumento gradual de circulação internacional de pessoas e bens, foi necessário apurar mecanismos de troca de informação que têm vindo a ser facilitados pela evolução tecnológica e das bases de dados internacionais.

Levanta, contudo, maiores questões sobre as garantias de tratamento de dados das pessoas coletivas e individuais, bem como ser um mecanismo que causa atrito à liberdade de entrada e saída de agentes dos mercados, bem como à própria liberdade de circulação.

De relevar que na União Europeia, tem existido um lastro muito relevante de harmonização relativamente às políticas fiscais e as normas dos Tratados, mormente as liberdades de circulação. Por isso mesmo, o sistema de troca de informações acompanha a necessidade de transparência para que seja assegurado o tratamento igual dos cidadãos europeus.

No que concerne *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS), entendida como erosão da base tributária e transferência de lucros, é uma iniciativa liderada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) para combater a evasão fiscal e a elisão fiscal por parte de empresas multinacionais.

O objetivo principal do BEPS é garantir que as empresas paguem impostos em conformidade com a substância económica das suas atividades e que os lucros sejam alocados de forma justa e adequada nos países em que são gerados.

O termo "erosão da base tributária" refere-se a estratégias utilizadas pelas empresas para reduzir os lucros tributáveis em um país, enquanto a "transferência de lucros" se refere à movimentação artificial de lucros entre jurisdições para aproveitar diferenças nos regimes fiscais.

O BEPS aborda práticas como a transferência de preços abusivos entre empresas relacionadas, a utilização de paraísos fiscais para evitar a tributação e a manipulação de tratados fiscais para obter benefícios indevidos.

Para combater essas práticas, a OCDE desenvolveu um plano de ação que inclui uma série de recomendações e diretrizes para os países membros implementarem em suas legislações fiscais.

Este plano de ação desenvolvido pela OCDE assenta em 15 ações e tem como foco uma ideia de maior justiça fiscal.

O plano de ação para combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros¹⁷⁴², assenta em várias ações, a saber: Abordar os desafios fiscais da economia digital; Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos; Reforçar as normas relativas às Sociedades Estrangeiras Controladas; Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras; Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância; Prevenir a utilização abusiva dos acordos para evitar a dupla tributação; Prevenir que o estatuto de Estabelecimento Permanente seja artificialmente evitado; Garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor para ativos intangíveis, riscos e capital, outras transações de alto risco; Estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenómenos económicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los; Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planeamento tributário agressivo; Reexaminar a documentação de preços de transferência; Tornar efetivos os instrumentos de resolução das disputas; desenvolver um instrumento multilateral.

De relevar que, em dezembro de 2022, a OCDE e o G20 fazem uma declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia¹⁷⁴³

O primeiro destes pilares consiste em medidas de realocação parcial dos direitos de tributação entre diferentes jurisdições, ao passo que o segundo pilar propõe a introdução de um nível de tributação efetiva mínimo sobre os grandes grupos multinacionais.

Na esteira das medidas previstas no segundo destes pilares, a Comissão Europeia apresentou, no dia 20 de dezembro de 2021, uma proposta de diretiva tendente à fixação, na Europa, de um nível mínimo de tributação efetiva para os grupos multinacionais (e para os grupos exclusivamente nacionais que operem no mercado único).

Essa proposta acabou por resultar na Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho, de 14 de dezembro de 2022, relativa à garantia de um nível mínimo mundial de tributação para grupos de empresas multinacionais e grandes grupos nacionais na União.

A Diretiva prevê que os grupos de empresas cujas receitas anuais consolidadas excedam os 750 milhões de euros tenham de assegurar que, em cada uma das jurisdições em que as suas entidades estejam estabelecidas, a sua taxa efetiva de imposto sobre o rendimento não fica abaixo dos 15%.

Caso tal suceda, a casa-mãe terá de pagar a diferença em imposto no seu país, a menos que a jurisdição das afiliadas passe a cobrar um imposto “complementar” nacional que empurre essa taxa efetiva para 15%.

Por outra via, mesmo nos casos em que a casa-mãe se encontre numa jurisdição que não aplique este regime, a Diretiva prevê que tal imposto compensatório relativo a todo o grupo terá ainda

¹⁷⁴² Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/plano-de-acao-para-o-combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros_9789264207790-pt#page33

¹⁷⁴³ Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf>

assim de ser pago e repartido por quaisquer das empresas do grupo localizadas na União Europeia (ou noutros países participantes).

Estas duas áreas que têm sido visadas no Direito Fiscal Internacional, de facto têm vindo a ser implementadas à velocidade sobretudo que os Estados Nacionais fazem o acolhimento das mesmas.

É de relevar que as tradicionais abordagens do Direito Fiscal Internacional partem do princípio de que existe uma soberania tributária limitada pelo Direito Internacional.

Conforme refere Ana Paula Dourado¹⁷⁴⁴, “(...) o ponto de partida mais ou menos explícito é a soberania tributária limitada pelo Direito internacional. Dado que a soberania tributária se traduz nos Estados da OCDE na (reserva de) lei fiscal, aceitemos, por razões de simplificação, que, em todos os casos, essa soberania recebe a sua legitimidade da representação democrática.

Por seu turno, as normas fiscais internacionais obedecem a objetivos supranacionais que visam eliminar obstáculos ao investimento transfronteiriço: por exemplo, a repartição de competências exclusiva e cumulativa entre fonte e residência pode ser justificada com o princípio da pertença económica (economic allegiance); o objetivo da eliminação da dupla tributação; o princípio da não discriminação.”

De facto, relativamente à “sujeição” dos Estados nacionais ao Direito Fiscal Internacional colocam-se aqui duas questões: por um lado, a complexidade que traz aos sistemas nacionais e por outro, questões sobre a soberania fiscal dos estados nacionais.

E ambos os casos acabam por se interligarem. Basta, por exemplo, pensar que passam a existir instâncias supranacionais de recurso judicial para questões tributárias por violação de normas internacionais com relevâncias tributária. É um exemplo de maior complexidade do sistema, incluindo na litigância, mas também de delimitação de competência judicial que extravasa o próprio Estado nacional.

Recordemos muito sinteticamente o caminho percorrido e as principais razões para a ascensão desta ordem fiscal internacional que está a provocar a mutação dos sistemas nacionais, tornando cada vez mais o sistema tributário num sistema multinível.

Nos anos 80 do século XX, o centro de atividades alterou-se da manufatura para a prestação de serviços e intangíveis, aumentando assim a possibilidade de operações multinacionais, com a necessária facilitação cambial necessária para esta proliferação de empresas e transações internacionais. A concorrência fiscal surgiu como modelo de atração destas grandes empresas, pressionando os Estados de Residência a abdicar da tributação universal para conseguirem manter em solo nacional as empresas multinacionais.

Os Estados residência abdicaram ainda da tributação na fonte de rendimentos como dividendos, juros, royalties ou mais-valias numa tentativa de melhorar a sua posição num mercado de concorrência fiscal, pretendendo não perder investimento ativo e atrair investimento passivo.

No caso dos Estados fonte, deixaram de o ser por não conseguirem tributar as atividades empresariais desenvolvidas no seu território, por não ser possível identificar estabelecimentos estáveis, pressuposto para efetuar a tributação no âmbito das convenções de dupla tributação.

¹⁷⁴⁴ Cfr. Ana Paula Dourado, “Governação Fiscal Global”, Almedina, 2017, p.19 e ss.

A abertura à livre circulação de capitais provocou ainda uma maior concorrência fiscal em que os Estados pretendiam atrair investimentos com ou sem estabelecimento estável, e residentes.

Não ajudou a este cenário a emergência de países em vias de desenvolvimento com recursos naturais e políticas fiscais unilaterais para potenciar o investimento, bem como a emergência dos paraísos fiscais para atração de investimento passivo.

Em 1998, a OCDE faz o relatório *“Harmful Tax Competition”* tendo iniciado a luta contra os territórios com baixa tributação e sigilo bancário. O relatório acaba por ser a génese do atual sistema de troca de informações a nível internacional.

A Comunidade Europeia junta-se a este movimento de luta contra estes paraísos fiscais com o Código de Conduta aplicável aos Estados-Membros aprovado em 1999. Mas apenas em 2009 surge definitivamente a declaração da OCDE de término dos paraísos fiscais com a implementação definitiva dum sistema internacional de troca de informações.

Ajudou ainda a alteração deste cenário a mudança para o multilateralismo das convenções que tornou possível a inclusão de cláusulas antiabuso com maior abrangência, eliminando-se algumas disparidades.

De qualquer forma, é interessante verificar que o sistema fiscal internacional se baseia, ainda, na concorrência fiscal, uma vez que a arrecadação de imposto sobre o rendimento das empresas é relevantíssima para o financiamento dos estados nacionais.

Acresce que não pode existir uma verdadeira harmonização quando a soberania fiscal é ainda reduto nacional, bem como a reserva de lei fiscal e a prossecução de princípios materiais constitucionais.

De qualquer forma, estes factores de “independência” dos sistemas nacionais têm vindo a ser rebatidos de forma simples.

Conforme nos ensina Ana Paula Dourado¹⁷⁴⁵, sendo a arrecadação do imposto sobre rendimento das pessoas coletivas essencial para o financiamento e cobertura das despesas gerais dos Estados nacionais, esta matéria nunca deixa de ser da competência nacional, dentro da sua “soberania fiscal”.

Por outro lado, as constituições nacionais mantêm a ideia do princípio da representação e de que é o povo, por via dos parlamentos ou órgãos representativos eleitos, que devem aprovar os impostos. Esta é uma lógica decorrente das democracias liberais, que combatiam um absolutismo, sendo hoje uma ideia ultrapassada pelos acontecimentos e desenvolvimentos internacionais. Vejamos:

Esta votação comunitária teria como fundamento o cumprimento dos desígnios constitucionais materiais a nível nacional tais como a tributação global do rendimento, proporcional e com finalidades de redistribuição e garantias de coesão da comunidade.

Contudo, a globalização e concorrência fiscal elevou estas necessidades a um nível multinacional. Ou seja, há uma crescente necessidade de aproximação das normas com vista à correção de desigualdades não apenas em termos nacionais mas globais.

¹⁷⁴⁵ Cfr. Ana Paula Dourado, “Governação Fiscal Global”, Almedina, 2017, p.19 e ss.

Por outro lado, a própria prossecução de princípios constitucionais diferenciados provoca maior desequilíbrio no sistema fiscal internacional.

A diferenciação entre países importadores e exportadores de capital levará, em limite, à constante necessidade de reequilíbrio de acordo com a força dos blocos. Assim, a unificação de modelos de convenção, por exemplo, foram mecanismos que levaram a uma maior harmonização.

Baseando-se na concorrência fiscal, o direito fiscal internacional observava as empresas multinacionais a planearem meticulosamente as suas poupanças fiscais por utilização estratégica de regimes tributários diferenciados.

O surgimento do BEPS é o combate direto a essa atitude. E por isso mesmo se chegou à possibilidade, outrora apresentada no relatório OCDE sobre *“Harmful Tax Competition”* mas rejeitada então, duma solução de tributação mínima das multinacionais.

A crise de 2008 colocou bem patente a necessidade de terminar definitivamente com os paraísos fiscais, pelo que esse tema foi determinante para que, desde 2013, se tenha concretizado um padrão internacional de troca automática de informações.

Este padrão trouxe uma maximização da transparência fiscal mas também trouxe uma intromissão direta nos padrões de política fiscal nacional.

Repare-se que o sistema de quebra de sigilo bancário e de troca de informações é, atualmente, obrigatório na União Europeia em muitas situações, bem como se preparam os países para ter de implementar uma taxa mínima obrigatória aplicável às multinacionais.

É inequívoca a intromissão do direito fiscal internacional na soberania fiscal nacional, independentemente dos motivos inerentes a essa ingerência.

Por outro lado, é inequívoco que a globalização por si só já havia trazido uma maior complexidade ao sistema, impondo mais um elemento de desigualdade: os que mais meios tinham para ludibriar as regras acabavam por ter vantagem competitiva.

Mas a complexidade introduzida pelo direito fiscal internacional resolve apenas parcialmente a questão: é verdade que impõe um tratamento mais igualitário, introduzindo um factor de desincentivo ao planeamento fiscal agressivo, tabelando um mínimo de tributação; mas implementa novos procedimentos e tarefas à administração e contribuintes, aumentando desta forma os custos diretos e indiretos dos Estados e cidadãos.

Não podemos também esquecer que a concorrência fiscal internacional introduz desajustamentos entre a vontade do Estado atrair investimento e residentes qualificados e a restante população. Em Portugal vive-se exatamente essa questão com regimes especiais para residentes não habituais ou com benefícios tributários relativamente a certo tipo de rendimentos.

O que acontece é que, se nos focarmos exclusivamente no regime de residente não habitual, em limite, um nacional residente, relativamente a rendimentos da mesma natureza, pode ter uma tributação efetiva diferenciada e mais penalizadora do que o residente não habitual.

Outros regimes de benefício, por exemplo, relativamente a lucros obtidos no exterior através de afiliadas ou sucursais também introduzem desigualdades.

Contudo, sem um orçamento supranacional a suportar as funções de financiamento público e redistribuição alargada interestadual, é inevitável que cada Estado nacional aproveite a margem que tem de soberania para manter atratividade fiscal.

A matéria fiscal é, no fundo, um mercado como outro qualquer, sendo que os agentes escolhem os agentes – no caso, Estados – com sistemas tributários que melhor se adequam às suas utilidades.

Face ao que temos vindo a apresentar e para o que nos interessa para o âmbito do presente trabalho, parece-nos que a discussão atual do Estado tributário prende-se com três vertentes:

- i) A primeira observação, evidente e factual, é que a tributação está a ser abundantemente utilizada como instrumento de regulação por parte dos Estados, mormente pelo Estado Português. E a utilização dos instrumentos tributários está a ser desenhada predominantemente pelo Estado Central, com intervenção lateral das entidades reguladoras e alguma intervenção dos grupos sectoriais regulados. Estão a ser criados instrumentos tributários com objetivos de regulação económica em que é utilizada a figura tributária para que exista maior coercibilidade e mantendo intuítos de recolha de receita adicional para despesas específicas. A disseminação destes tributos levanta diversas questões de futuro, nomeadamente sobre a sua natureza e processo de constituição. E esse futuro pode não estar assim tão longe face à decisão do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 101/2013, de 16 de março, relativamente à CESE, quando considera que deixa de existir equivalência de grupo relativamente por inexistência de conexão. Ora, esta decisão só vem reforçar a necessidade de uma clara e expressa fundamentação destes tributos, geralmente contribuições financeiras, relativamente às suas finalidades;
- ii) O Estado Fiscal multinível é cada vez mais uma realidade a nível dos Estados-Membros da União Europeia, existindo já harmonização relativamente ao IVA e uma veemente intervenção em matérias fiscais de tributação de empresas. Também ao nível da tributação individual o Tribunal de Justiça da União Europeia teve uma importante influência sobretudo no que diz respeito à não discriminação dos trabalhadores transfronteiriços. De relevar que a influência da União Europeia quer na tributação mas também na regulação é de caminhar para um sistema harmonizado em defesa dos princípios dos tratados, especificamente do mercado único, coesão, não discriminação, proporcionalidade. Também a nível internacional, a OCDE e G20 têm vindo a desenvolver importantes avanços na harmonização de regras, sendo o BEPS o último exemplo desse movimento. A influência do direito fiscal internacional, em particular do Direito Fiscal Europeu, leva à discussão sobre a soberania fiscal dos estados nacionais que é subjugada à vinculação dos Estados ao primado do Direito Europeu. É certo que ainda se mantém irredutível a soberania fiscal, inclusivamente com regras apertadas de decisão ao nível comunitário, mas tal não quer dizer que a sensação do cidadão é que a política económica, monetária, de finanças públicas e, por arrasto, a política fiscal nacional estão subjugadas às condições europeias;
- iii) É indubitável que os sistemas fiscais atingiram uma complexidade técnica de elevado nível. Por si só, esta complexidade prejudica o cidadão comum que está limitado nas suas apetências para conhecer e lidar com este sistema tributário relativamente à sua condição particular. Somente esta questão levanta questões de democraticidade, igualdade e acesso para o cidadão médio, quanto mais para as franjas de população com menor apetência para o tratamento destas matérias. Acresce ainda que o sistema

tributário é amplo, confuso, muitas vezes ambíguo, impercetível para os seus destinatários e ainda com um peso contributivo de elevada monta.

Ora, se verificarmos as discussões que hoje se colocam ao Estado Tributário e ao Estado Regulador, a questão que nos assombra é se o Estado Garantia é um modelo eficiente.

Isto porque é inevitável a sensação de que o Estado, por via de regulação económica e com os tentáculos da tributação atinge diretamente os mercados, numa intervenção *quasi* direta.

De outro prisma, a elevada carga tributária imposta aos cidadãos não se espelha nos serviços essenciais. Antes pelo contrário. A arrecadação de receita tributária atinge níveis consideráveis e temos sinais de degradação de serviços essenciais, dos quais a Saúde, segurança social e o ensino são exemplos paradigmáticos.

Embora pareça uma discussão meramente política, o facto é que as suas implicações nos modelos de regulação e nos modelos de tributação são determinantes para o caminho desta simbiose entre regulação e tributação.

Que futuro se vislumbra?

7.3.3. *Que Futuro?*

Já temos vindo a expor diversas preocupações que gostaríamos de ver desenvolvidas num curto prazo. Os caminhos de futuro dos sistemas de regulação e os sistemas tributários certamente se manterão em simbiose enquanto se mantiverem num espectro público.

A matriz da regulação e da tributação mantêm-se essencialmente pública, sendo que a sua relação existirá enquanto existir um fio condutor que seja minimamente comum. Tanto na tributação como na regulação, mesmo que existam distrações subjacentes, o fito do interesse público e do bem-estar comunitário tem guiado minimamente as decisões.

De qualquer forma, os modelos de regulação e de tributação estarão certamente em constante mutação por estarem conexos com os modelos de mercado, condições sociais e matriz política vigente.

É imprescindível que as duas áreas se adequem o mais possível às mudanças. Recorde-se que sempre assim foi.

Antes de 1870, os estados usavam mecanismos tributários simples para financiar suas operações, como taxas alfandegárias, impostos sobre transações e vários impostos como por exemplo, impostos sobre chaminés, janelas, chapéus, perucas, velas, espelhos, cães, sal e tijolos¹⁷⁴⁶.

Estes impostos, que serviam essencialmente para financiamento do Estado (mínimo), penalizavam diretamente o funcionamento dos mercados e do comércio. Mas existiam pouquíssimas preocupações de regulação por estarmos ainda numa fase de liberalismo, pós absolutismos, em que o Estado não tinha uma intervenção nos mercados salvo situações de

¹⁷⁴⁶ Veja-se a referência a Keen e Slemrod feita por Vitor Gaspar na sua intervenção no “EU Tax Symposium “Road to 2050: A Tax Mix for the Future””, a 28 de novembro de 2022, disponível em <https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/11/28/sp112822-eu-tax-symposium-road-to-2050>

defesa nacional, segurança interna e eventual produção de bens públicos, nomeadamente infraestruturas que passaram a ser necessárias no pós-revolução industrial e aumento das populações em redor dos aglomerados industriais.

O imposto sobre o rendimento moderno foi uma grande inovação do final do século XIX e início do século XX. Foi desenvolvido pela primeira vez na Grã-Bretanha, onde a revolução industrial teve maior impacto e com ela novas vivências económicas e sociais.

Os impostos sobre lucros corporativos vieram um pouco depois e serviram como um mecanismo eficaz de retenção para o imposto sobre o rendimento.

De relevar que as preocupações sociais que se agravam no pós Guerras Mundiais trazem a necessidade dum estado mais interventivo, com um papel mais proeminente na economia e consequentemente nos sistemas tributárias.

Conforme refere Vitor Gaspar¹⁷⁴⁷, as proporções de impostos em relação ao PIB subiram de pouco mais de 7% em 1870 para bem acima de 27% hoje. Isso coincidiu com o surgimento do moderno estado de bem-estar social. Mostrou-se que ao longo do século XX, deu-se os melhores 140 anos de crescimento económico da História.

O crescimento económico permitiu que as taxas de imposto sobre o rendimento singular e sobre as empresas se tenham elevado de forma até distorcida e insustentável, pelo que o sistema teve de ter reajustamentos inclusivamente para criação de incentivos à empresa.

Após a Segunda Guerra Mundial, a França inventou o Imposto sobre Valor Agregado que teve uma ampla aceitação na União Europeia nos anos 1970 para substituir vários impostos sobre vendas em cascata.

Desde então, temos visto uma "difusão global do IVA", enquanto Imposto sobre o valor acrescentado. Na Europa, o IVA é responsável agora por mais de um quarto da receita, sendo um verdadeiro imposto europeu, por ter sido criado e adotado por via de legislação europeia, a "famosa" sexta diretiva.

Nesta época pós-Guerras, o Estado Social desenvolvia-se em grande velocidade, com intervencionismos diretos ao nível de regulação da economia. Era necessário que este intervencionismo fosse financiado pelos impostos e tributos

Nos últimos 20 anos, o sistema fiscal tem também acolhido um papel corretivo, baseado nos princípios dos impostos pigovianos.

O caso do IVA tem sido utilizado também para corrigir os preços.

O derradeiro exemplo de impostos pigouvianos surge na Escandinávia, nos anos 90 do século XX, com os impostos sobre o carbono e outros tributos ambientais que desde então se espalharam para 45 países ao redor do mundo.

¹⁷⁴⁷ Cfr. Vitor Gaspar, em "EU Tax Symposium "Road to 2050: A Tax Mix for the Future"", a 28 de novembro de 2022, disponível em <https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/11/28/sp112822-eu-tax-symposium-road-to-2050>

Os tributos de regulação têm vindo gradualmente a ser utilizados pelos sistemas fiscais, sendo de notar que se tornaram um mecanismo de recolha de receita mas também de correção do mercado.

Curiosamente, as evoluções do sistema tributário apareceram maioritariamente na Europa e surgiram maioritariamente como resposta a distorções crescentes que tornaram o sistema anterior insustentável.

O crescendo dos tributos pigovianos são coincidentes com transição para um Estado Regulador ou de Garantia no que concerne à regulação económica. Assim, os tributos acompanharam este crescendo de normas reguladoras com a saída dos mercados do agente Estado.

Esta pequena resenha demonstra a coexistência e interligação dos sistemas de regulação e tributário, bem como as suas mutações atendendo às mudanças socioeconómicas.

E o futuro não se constrói sem olhar para os ensinamentos do passado.

Os maiores desafios que identificamos no futuro próximo estão entrelaçados com as dificuldades que as próprias democracias hoje vivem. E em paralelo emerge como uma evidência uma evolução alargada da Inteligência Artificial com naturais impactos nos sistemas de regulação e tributação.

Façamos uma breve análise a estes dois expoentes de problematização:

i) O Estado? Que Estado?

A simbiose entre a regulação e a tributação dependerá sempre de dois pressupostos: a) manutenção da sua matriz pública: se se mantém ou não no espectro do poder público; b) que tipo de Estado teremos, no sentido em que, esgotado o Estado Garantia, qual vai ser a solução.

No que concerne ao primeiro pressuposto, cremos que ambas as áreas se manterão no espectro dos poderes públicos, quanto mais não seja a sua génese estará sempre relacionada com o poder legislativo.

Porém, a tendência é o Estado delegar poderes tributários em entidades de base territorial ou não – caso das Autarquias e das Entidades Reguladoras – bem como delegou amplos poderes às entidades reguladoras relativamente à atividade de regulação.

Contudo, o Estado não se tem inibido de intervir diretamente caso considere necessário, sendo disso exemplo as medidas em tempo de Pandemia COVID -19 ou na presente¹⁷⁴⁸ crise inflacionista.

Aliás, estas intervenções mais “musculadas” dos Estados revelam apenas que podemos estar a iniciar a trajetória do encerramento dum ciclo de maior autonomia. Depois dum ciclo liberal, encontrámos a concretização dum estado social mais intervencionista, ciclo esse quebrado com a imposição das correntes neoliberais e concretização do Estado de Garantia.

A questão é que vários eventos, sociais, económicos e políticos, parecem querer inverter esta tendência de autonomia “mitigada”.

¹⁷⁴⁸ Que se iniciou nos Estados Unidos da América em 2022 e se tem sentido na Europa sobretudo após a invasão da Ucrânia pela Rússia.

O facto de termos vivido, desde o final da segunda guerra mundial, um círculo virtuoso de combinação de paz e crescimento económico, provocou dois fenómenos: i) primeiro a emersão do Estado Social em auxílio às populações desfavorecidas, baseando o crescimento económico no investimento público; ii) progressiva saída do Estado do âmbito económico por se viverem ciclos favoráveis ao crescimento e bem-estar.

Os Estados sociais ficaram demasiado pesados e, sobretudo, não fazia sentido, em ciclos económicos favoráveis, o Estado apostar numa intervenção direta. Bastava o incentivo e assegurar o cumprimento de objetivos e regras sectoriais. Foi a emergência dos próprios sistemas regulatórios, sendo que na europa se constituiu um sistema multinível e baseado em agências reguladoras à semelhança do sistema americano.

Recorde-se que o sistema americano criou-se e progrediu numa base de liberdade, do liberalismo subjacente à criação da própria nação americana, que havia aprendido com os absolutismos europeus e seus tremendos erros.

A progressão dos sistemas de regulação na europa baseou-se ainda na forte componente social enraizada na cultura europeia. Por isso, este Estado Garantia nunca perdeu de vista o respeito e as garantias dos cidadãos, sobretudo das franjas mais desfavorecidas.

A principal crise, a nosso ver, dos sistemas de regulação e de tributação prende-se com o *big trade-off*, as linhas limítrofes entre as decisões de eficiência e de justiça.

Isto porque a europa não quer perder a sua herança social, de apoio e auxílio às populações, sendo que esta vertente ganhou novamente força com o facto de o Estado Garantia não estar a funcionar de forma a colmatar as necessidades das populações.

Mas a linha de equilíbrio entre a eficiência e a justiça sempre foi muito instável. De facto, as perdas de eficiência sabemos que provocam perdas de bem-estar. Mas os desgastes da justiça social causam também perdas de bem-estar social, bem como provocam um descontentamento cujas democracias não têm sabido lidar.

O desgaste da justiça social tem conduzido as democracias aos ciclos populistas, onde deixam de imperar ideologias mas antes causas, com consequências para o próprio sistema, o equilíbrio entre a liberdade e responsabilização e funcionamento institucional.

Por outro lado, vivemos um tempo de “esquizofrenia tributária”: temos o nível de carga tributária mais elevado de sempre, com um asfixiamento sobretudo da classe média, que consegue uma alta taxa de receita fiscal mas sem que se sintam efeitos positivos dessa carga tributária.

O sentimento é que há mais carga fiscal mas menos serviços públicos, menos qualidade desses serviços e se colocam em causa os mecanismos de incentivo ao trabalho, à poupança, à própria autonomia financeira pessoal, independente do Estado.

Curiosamente, os movimentos que se apresentam não pretendem caminhos de diminuição de carga fiscal, antes preocupando-se com uma maior carga sobre os que mais ganham. A criação de impostos extraordinários sobre património ou rendimento têm levado à fuga de capitais da europa.

Acresce que se assiste, ao crescendo de fatias da população isenta ou não tributada, nomeadamente pelo imposto sobre rendimento de pessoas singulares, fazendo crer duas

realidades: i) mais de 50% da população não tem rendimentos de fonte privada suficientes; ii) eventual aumento da fuga ou evasão fiscal.

Ora, independentemente de qualquer avaliação político-social desta realidade, o certo é que o princípio que Peter Drucker nos ensina sobre gestão é que “as árvores não crescem até ao céu”.

Com isto pretendemos assinalar que, independentemente de todas as críticas à curva de Laffer, há de facto um princípio simples de que Laffer nos deixou e que se prende com a ineficiência associada a uma carga fiscal elevada.

Se considerarmos a carga tributária – que conjuga impostos e restantes tributos – o peso que o Estado representa para cada cidadão contribuinte efetivo torna-se insuportável. E contraditório uma vez que, para além das penosas entregas de avultados valores ao Estado, o acesso a prestação de serviços ou qualquer benefício efetivo está cada vez mais limitado.

É certo que há um benefício implícito neste sistema mas cuja contabilização se torna cada vez mais tortuosa de se fazer.

Não haverá, portanto, qualquer alteração do sistema tributário se o mesmo não for acompanhado por uma estratégia fundamental sobre o futuro do Estado. Que estado se pretende ter?

É essencial redefinir as prioridades e sistemas democráticos, acompanhado duma estratégia de funcionamento do Estado no âmbito da União Europeia. O que queremos do Estado ditará o futuro do sistema tributário.

O sistema atual dual, com tributos unilaterais aos quais acrescem os comutativos, provocam uma erosão da base de tributação com influência cada vez mais expressiva sobre a liberdade de estabelecimento, livre iniciativa privada e desincentivo ao rendimento/ lucro.

O problema da tributação múltipla afeta sobretudo os cidadãos que não conseguem ter múltiplas fontes de rendimento e por isso o seu rendimento (único) tem de fazer face aos diversos tributos.

Isto porque, com a proliferação dos tributos comutativos além dos tradicionais impostos, deixa de existir conexão esbata-se a conexão tributação/ fonte de rendimento. Enquanto que os impostos foram sendo desenhados para cobrir determinadas atitudes geradoras de rendimento ou resultantes de manifestação de determinado rendimento, os tributos comutativos apenas se relacionam com o sinalagma, mesmo que presumido.

Acresce que grande parte dos tributos especiais de regulação, que pretendem moldar o comportamento dos consumidores são completamente cegos relativamente ao rendimento dos cidadãos.

Estes tributos, que querem geralmente reduzir o consumo de determinado bem ou serviço na tentativa de correção duma sobreprodução – externalidade negativa – são tributos sobre o consumo indiferentes à situação financeira dos contribuintes.

Acresce ainda que ao sobrecarregar-se o cidadão com determinados tributos de regulação, o mesmo está a pagar por serviços que por si só são obrigações públicas, pelo que se transmite a sensação de dupla tributação pelo serviço em si: um tributo específico e um imposto geral.

Bem sabemos que a discussão jurídica se dirigiu para uma aceitação desta duplicidade. Mas a questão é a saturação, a erosão das bases tributárias e os incentivos/ desincentivos que se criam.

Queremos mesmo desincentivar os privados a receberem mais rendimento, a investir, a criar riqueza?

Não será antidemocrático criar um sistema tributário truncado, complexo, impercetível?

No âmbito do semestre europeu de 2023, a Comissão Europeia pública, no seu “pacote de primavera”, os Relatórios específicos por país, os quais analisam os principais desenvolvimentos económicos e os progressos na implementação das recomendações específicas do ano anterior para cada Estado-Membro.

Adicionalmente, no contexto deste “pacote de primavera”, a Comissão Europeia avalia os programas de estabilidade e os programas nacionais de reformas e emite as Recomendações Específicas por País. Estas recomendações devem ser refletidas nas políticas nacionais dos 12 meses subsequentes. O “pacote de primavera” baseia-se nas previsões económicas da Comissão Europeia da primavera.

A 24 de maio de 2023, a Comissão Europeia fez uma avaliação do sistema fiscal português como sendo complexo e pouco transparente. As despesas fiscais atingiram 6,4% do PIB em 2022 e devem aumentar ainda mais em 2023. A despesa fiscal muito associada às isenções e benefícios, são receitas que deixam de ser cobradas e representam sobretudo uma exceção ao princípio da igualdade. Esta distorção, por si só, já representa uma violação dos princípios à qual acresce o facto de a complexidade e opacidade do sistema ser, ela própria, também uma distorção do sistema com implicações na igualdade.

A Comissão Europeia dá ainda nota de que na tributação direta, os pré-pagamentos estão frequentemente acima da obrigação fiscal anual final dos contribuintes, resultando em custos crescentes para os contribuintes. O que quer dizer que há um desvirtuar do sistema a favor do Estado que se financia com receita tributária indevida.

Repare-se que os pagamentos por conta ou pré-pagamentos são pagamentos antecipados de imposto, sendo que o Estado se pode financiar com estas receitas sendo que no “encontro de contas” a final do ano é que devolve o imposto indevidamente pago antecipadamente.

Já a estrutura do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas de acordo com a Comissão Europeia o mesmo cria um ónus adicional para a administração tributária e para as empresas.

O reforço da eficiência da administração tributária portuguesa continua a ser fundamental para incentivar o cumprimento voluntário, enquanto ajuda a reduzir a evasão e a fraude fiscais e a melhorar o ambiente de negócios conclui a Comissão Europeia.

Acresce que o custo administrativo da cobrança de impostos em Portugal aumentou nos últimos anos, o que não se compreende uma vez que existiu um avanço considerável relativamente à introdução de meios tecnológicos e troca de informações.

Conclui-se que a eficiência económica do sistema tributário beneficiaria se fosse monitorizada e avaliada regularmente, o que não sucede hoje.

Quais são efetivamente os objetivos do sistema fiscal gizado na década de 80 em que não existia a globalização, a multiplicidade de entidades com responsabilidades tributárias ou uma tendência de sistemas multinível?

O sistema tributário está desajustado atendendo aos desafios que se colocam não apenas pela globalização mas ainda à evolução tecnológica.

A lógica das finanças públicas acompanhou as necessidades financeiras do Estado face à despesa gerada pela prossecução de motivos de justiça social. Mas falharam redondamente os escrutínios das finalidades dos impostos ou da despesa pública justa.

É manifestamente insuficiente os mecanismos de escrutínio e revisão, de forma autónoma relativamente ao financiamento do Estado. Não há clarividência nos objetivos salvo “tapar” as despesas resultantes de direitos adquiridos.

É um “cobertor” demasiado curto que está a ser remendado com acrescentos de tributos especiais, temporários ou definitivos, com fundamentações impercetíveis, de legalidade muito questionável e sobretudo com um peso insustentável para as populações.

Numa tentativa de verificação dos cenários possíveis para os sistemas tributários, podemos encontrar algumas ideias, sobretudo da União Europeia, OCDE e Fundo Monetário Internacional.

Vitor Gaspar¹⁷⁴⁹ fez uma análise que resume os principais pontos relativamente ao futuro dos sistemas fiscais dos próximos 20/25 anos.

Ora, a Comissão Europeia tem identificado 4 tendências que irão certamente influenciar o “mix tributário” do futuro, a saber; 1) Digitalização; 2) Dinâmica populacional; 3) Globalização e; 4) Bens Públicos Globais.

No que concerne à digitalização – Gaspar prefere chamar de revolução de informação – no caso do sistema tributário tal está associado ao movimento que existe globalmente há já bastante tempo relativamente à modernização das administrações Tributárias e a troca de informação.

A revolução de informação foi posta a descoberto sobretudo na pandemia. Não apenas resultante das novas formas de comércio desmaterializado, mas ainda novas formas de administração tributária trabalhar, alicerçada em alterações legislativas relevantes.

A própria evolução resultante da troca de informação entre sectores privado e público, permitem novas formas de cruzamento de dados, averiguação e fiscalização.

A nosso ver, a digitalização traz dois aspetos fundamentais: 1) os consumidores e produtores têm evoluções tecnológicas que estão à sua disposição para que haja mutações do próprio mercado, mormente a desmaterialização do mesmo; 2) a administração tributária pode usufruir deste avanço tecnológico para redução de custos administrativos associados à troca, recolha, verificação, fiscalização de informação.

Por um lado a digitalização traz desafios ao sistema de tributação pelas novas formas de mercado, de trocas, relações geradoras de aplicação de tributos e até mesmo de criação de novas formas de tributação.

De outro prisma, a digitalização ajuda ainda a administração sobretudo na recolha e tratamento de informação, reduzindo custos associados. Mas obriga a uma modernização de meios.

A dinâmica populacional assume um relevo extremo nos futuros dos sistemas tributários porque a sociedade enfrenta o declínio do modelo gizado nos anos 80 em que a pirâmide populacional estava ainda em crescimento.

¹⁷⁴⁹ Cfr. Vitor Gaspar, em “EU Tax Symposium “Road to 2050: A Tax Mix for the Future””, a 28 de novembro de 2022, disponível em <https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/11/28/sp112822-eu-tax-symposium-road-to-2050>

Nos últimos 40 anos, a natalidade decresceu e a longevidade temporal aumentou de sobremaneira. O resultado são sociedades envelhecidas não mais sustentadas pela força laboral dos países.

Assiste-se a um declínio das fontes de receita associadas à produtividade e idade laboral, e um aumento das despesas associadas à velhice, tanto relativamente à previdência – pensões de reforma – mas também as despesas públicas relacionadas com a saúde e apoio aos idosos.

É, por isso, insuportável a manutenção duma base dos sistemas tributários assentes nos tributos sobre o rendimento do trabalho, estando já a observar-se um desvio da tributação para os tributos associados ao consumo.

Acresce que a manutenção de alta carga tributária sobre o rendimento do trabalho desincentiva a poupança, criando um problema “futuro” com cidadãos que não conseguiram criar condições financeiras para uma independência do Estado.

A globalização há muito que se tornou uma realidade tornando cada vez mais acessível a mobilidade de factores de produção o que está progressivamente a levar à mudança da tributação para “*destination based taxes*” como sucede no primeiro pilar do BEPS.

O princípio do destino é mais adequado para a globalização porque depende dos consumidores que são menos móveis.

Por último, existe uma preocupação com os bens públicos globais, nomeadamente a correção de externalidades climáticas que podem levar à criação, um verdadeiro boom, de tributos de regulação.

Os impostos corretivos, de base pigouviana, parecem ser uma tendência para a correção de externalidades (ambientais ou do sistema financeiro, como por exemplo, a utilização de criptomoedas) mas ainda para o fornecimento de bens públicos (externalidades positivas extremas).

Os cenários possíveis são, claramente, muito vastos. O ponto fundamental do caminho futuro será a aceitação e regulação da digitalização.

Para que a digitalização e troca de informação seja pacificamente viável, a confiabilidade no Estado, nos Governos, tem necessariamente de existir. Com uma ampla obrigatoriedade de transparência e responsabilização.

Aqui a regulação tem um papel fortíssimo a desempenhar também.

Se o mundo desconfiar do Governo, os cidadãos vão exigir privacidade dos dados e a digitalização não avançará na reformulação dos sistemas tributários.

O problema é que se generalizou a ideia de que esta desconfiança sobre os governos acarreta maior opacidade dos sistemas tributários, exacerbando os poderes das multinacionais e o poder das elites.

Os sistemas tributários destes governos não confiáveis são confusos, incerteza na cobrança de impostos, amnistias injustificadas ou tributos extraordinários *ad hoc* e sem cooperação internacional.

Existindo confiança e cooperação internacional, os Estados podem explorar os ganhos da digitalização, responder aos problemas do envelhecimento e lidar com os desafios da internacionalização e concorrência fiscal.

Neste segundo cenário, a questão é que os países não irão resolver os seus problemas de forma isolada mas antes em cooperação. A tendência será, portanto, que os sistemas multinível proliferem.

Neste contexto hipotético, a situação da União Europeia será particularmente interessante. Por isso torna-se essencial a discussão da soberania fiscal dos Estados-Membros e o financiamento europeu, nacional e subnacional.

Recorde-se que a Europa tem sido pioneira nas inovações dos sistemas tributários e na defesa das questões sociais, pelo que pode agora ser também motor de alterações de elevada relevância neste âmbito.

A nossa preocupação é que um modelo de tributação global se torna menos adaptado às vicissitudes e características de cada país, bem como retira das mãos dos cidadãos a possibilidade de escolha de alterações ou diferenciações.

Um sistema global “harmonizado” não é necessariamente mais justo para o cidadão, com o risco de provocar problemas de solidariedade e intromissão na própria liberdade.

Já temos essa experiência com os apoios financeiros, por exemplo, em que vemos os países credores a exigir determinadas condições para o financiamento, condições essas que são limitadoras da soberania financeira e de decisão dos estados nacionais.

De facto, aquilo a que temos vindo a assistir, sobretudo no que concerne aos impostos sobre as empresas, é uma sucessiva atuação da União Europeia, pelo que não nos espantaria, pelo menos no que concerne aos tributos sobre pessoas coletivas, passasse a ser possível uma tributação de base europeia.

Se caminhamos para um sistema multinível em termos tributários, o sistema de regulação atual é cada vez mais multinível, com a União Europeia a assumir as rédeas de centralização e posterior repercussão nos sistemas nacionais.

Consideramos até que a regulação será um factor muito relevante na evolução dos sistemas tributários, uma vez que há razões para considerar que vai existir uma proliferação dos tributos de regulação, incluindo com finalidades amplas, com desígnios globais.

De qualquer forma, seja o sistema de tributação ou o sistema de regulação económica, a digitalização associada acarreta uma maior responsabilização, transparência e controlo.

Não conhecendo outro sistema político melhor do que a democracia, a mesma tem necessariamente de renovar-se, mormente no que concerne às suas instituições e funcionamento.

Os sistemas tributários e de regulação económica devem, portanto, ser transparentes nas suas finalidades e escrutínio.

Somente uma fundamentação clara, inequívoca e acessível poderá ser verdadeiramente democrática. Os Estados não podem acabrunhar os seus cidadãos com complexidades e ineficiências burocráticas. O Estado deve servir e não servir-se. E esse fito nunca deve ser desviado.

O financiamento do Estado deve ser escrupulosamente escrutinado, incluindo na vertente de eficiência, bem como nas vertentes das finalidades dos tributos e verificação da despesa pública justa.

As finalidades extrafiscais devem ser claras, transparentes e perceptíveis sob pena de o risco de incumprimento prevalecer, aumentando o contencioso.

Que Estado queremos é talvez a pergunta do passado que mais vai ecoar no futuro.

ii) A próxima revolução já chegou: a Inteligência Artificial.

As tecnologias e seus avanços têm dominado as condições económicas e sociais dos últimos 70 anos. No último século, os avanços relacionados com tecnologia foram mais e melhores do que em qualquer outra altura da história.

Trata-se duma revolução industrial 4.0, em permanente evolução e por isso transversal aos últimos 70 anos.

Há dois pontos de total viragem e surgiu recentemente um terceiro: 1) a utilização massificada de computadores, sobretudo para tarefas profissionais, realidade que se associou à já existente computação industrial que evoluiu de forma extraordinária; 2) o lançamento e utilização massiva da Internet, que revoluciona todo o mercado de informação e permitiu mais um salto tecnológico; 3) A recente explosão da Inteligência Artificial com acesso a sistemas de conversação habilitados por inteligência artificial sendo o mais recente conhecido por ChatGPT ou a Copilot uma versão da Microsoft empresarial que utiliza o mesmo modelo de linguagem, o GPT (*Generative Pre-trained Transformer*).

Nos dois primeiros momentos assistimos a uma espécie de segunda e terceira revolução industrial, pois com os saltos tecnológicos existentes os mercados alteraram-se de sobremaneira.

Estamos, cremos, a assistir a uma 4ª fase ou quarta revolução industrial com a introdução da inteligência artificial, de forma massificada, em vários mercados. E esta revolução provocará não apenas uma alteração dos mercados mas também alterações sociais. Basta pensar nos impactos desta massificação da IA no âmbito escolar da saúde ou no mercado laboral. O impacto económico e social é garantido.

Conscientes de que o tema é vasto, trataremos de delimitar a abordagem a algumas considerações genéricas, perspetivas sobre o impacto nos modelos de regulação e necessárias alterações aos sistemas fiscais. Manteremos o fito de que é um caminho que se inicia e irá certamente ser longo.

De facto, já aqui fomos revelando que as mudanças quer nos sistemas de regulação mas também dos sistemas tributários foram muitas vezes impulsionadas pelos avanços tecnológicos.

Por um lado esses avanços criaram a necessidade de regulação de novas realidades económicas, bem como também foram aproveitadas pela administração no sentido de modernização.

Os fenómenos decorrentes da evolução tecnológica também permitiram alterações relevantes da tributação, não apenas porque criaram mercados desmaterializados – o comércio eletrónico, por exemplo – mas como também levaram à proliferação da globalização, maior circulação de capitais e mobilidade laboral.

Em suma, a evolução tecnológica tem marcado o passo do progresso económico, alterações sociais e os sistemas democráticos tiveram de se adaptar às novas realidades.

O que a Inteligência Artificial (adiante IA) traz de novo é um novo patamar da utilização da tecnologia e, recentemente, o factor de massificação trará novos desafios.

Mas, afinal, do que falamos sem que pareça uma sequela dum filme de ficção científica, em que máquinas e humanos se digladiam.

As tecnologias de IA já existem há mais de 50 anos e têm sido desenvolvidas por via dos melhoramentos dos sistemas de processamento informático de dados, a disponibilidade crescente de dados disponíveis e os novos algoritmos, mais ágeis e com acesso a um número inquantificável de informação.

A IA é a capacidade de colocar uma máquina em condições de reproduzir competências semelhantes às humanas, como raciocínio, aprendizagem, planeamento e até a criatividade.

Hoje já é possível assistirmos a instrumentos de IA criarem músicas ou histórias. Aproxima-se até a produção de teses científicas!

Os sistemas de IA mais recentes conseguem perceber o ambiente que os rodeia, lidam com o que percebem e resolvem problemas atendendo a um objetivo específico. Veja-se o exemplo dos veículos que iniciaram a utilização da IA em mecanismos simples de sinais para auxiliar o estacionamento e hoje já existem mecanismos de condução sem intervenção humana.

Nos sistemas de IA, o hardware – computador ou outro – recebe dados, preparados ou recolhidos por sensores próprios, processa os dados e responde.

Ainda que com limitações, os sistemas de IA conseguem adaptar o seu comportamento até determinado ponto, sobretudo se tiver já um histórico de ações anteriores – utilizando um padrão recorrente – ou de trabalho autónomo.

A IA pode ser dividida em dois tipos principais: IA fraca (também conhecida como IA estreita) e IA forte. A IA fraca refere-se a sistemas projetados para executar tarefas específicas, como reconhecimento de voz, diagnóstico médico ou recomendação de produtos. Esses sistemas são altamente especializados e dependem de algoritmos e conjuntos de dados específicos para realizar suas tarefas.

Já a IA forte, por sua vez, é um conceito mais avançado, referindo-se a sistemas que possuem uma inteligência geral semelhante à humana. Esse tipo de IA teria a capacidade de realizar qualquer tarefa intelectual que um ser humano pode fazer. No entanto, a IA forte ainda é um campo de pesquisa em andamento e não foi alcançada plenamente até o momento.

As técnicas utilizadas na IA incluem aprendizagem de máquina (*machine learning*), que permite que os sistemas aprendam com dados e melhorem seu desempenho ao longo do tempo, e redes neurais artificiais, que são modelos computacionais inspirados pelo funcionamento do cérebro humano. Além disso, outras áreas relacionadas à IA incluem processamento de linguagem natural, visão computacional e robótica.

A IA já é considerada pela União Europeia como essencial na transição digital e transformação digital da sociedade, tendo-se tornado numa prioridade. Veremos mais à frente o que o Parlamento Europeu já propôs a propósito da regulação da IA.

A Comissão Europeia tem vindo a definir a IA como:

- a) Relativa a software: assistentes virtuais, software de análise de imagem, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de voz;
- b) Incorporada em hardware: robôs, carros autónomos, drones, ou aplicações no âmbito da Internet das Coisas

Atualmente, a IA já se encontra presente em variadíssimas áreas, tais como: i) compras e publicidade online, em que fazem, por exemplo, recomendações personalizadas com base nas pesquisas e comportamento online do consumidor; ii) motores de busca que também aprendem com os comportamentos dos usuários; iii) assistentes digitais dos *smartphones*, dos sites de vendas online, sites de empresas prestadoras de serviços, etc.; iv) Traduções automáticas; v) casas, cidades e infraestruturas inteligentes, que desenvolvem padrões de consumo e poupança energética controlo de tráfego, melhoramento de conectividade; vi) Veículos automóveis; vii) Cibersegurança em que a IA ajuda no combate a ataques informáticos, ou reconhecimento de padrões de comportamentos ilícitos; viii) combate à desinformação, tendo surgido diversos instrumentos de IA de *fact check*; ix) nas áreas da saúde sobretudo como apoio à investigação com o tratamento massivo de dados para encontrar padrões e vieses; x) transportes públicos, no sentido de melhorar a segurança e autonomia; xi) administração pública dando um precioso auxílio sobretudo no que concerne ao tratamento de informação e dados.

O Parlamento Europeu, em fevereiro de 2023 atualizou as suas propostas no sentido de garantir que a futura legislação da EU sobre a IA promova a inovação, garanta a segurança e proteja os direitos humanos.

A União Europeia, mais concretamente a Comissão Europeia, está a elaborar um roteiro com regras para gerir as oportunidades e desafios da IA, sendo o seu foco o aumento da confiança em relação à IA, incluindo a gestão do impacto potencial da IA nos indivíduos, na sociedade e na economia e criando simultaneamente um ambiente no qual os investigadores europeus, os responsáveis pelo desenvolvimento e as empresas possam prosperar.

O Parlamento Europeu já está a trabalhar nas propostas da Comissão e criou uma comissão especial sobre IA na era digital, que está a avaliar o impacto da IA na economia da EU.

No relatório final desta comissão, o fito é o de criar motivos de confiança na IA e encarar a mesma como impulsionador da digitalização. Contudo, as regras a serem criadas relativamente à regulação da IA devem centrar-se nos seres humanos.

Ou seja, há uma preocupação relativamente a aspetos éticos da IA, a robótica e tecnologias conexas que devem ter sempre preocupações de segurança, transparência e responsabilidade.

Há que assegurar o respeito pelos direitos fundamentais.

Outra vertente relevante é a regulação da utilização da IA para fins militares e de segurança. Esta vertente já vinha sendo discutida, por exemplo, no que concerne à utilização de videovigilância no espaço público e a necessidade de proteção de dados.

A OCDE, em 2020, também fez uma análise sobre o impacto das tecnologias emergentes nos reguladores económicos.

Encontrou, na altura, quatro grandes desafios para os reguladores económicos:

- i) Acompanhar as mudanças constantes, uma vez que os reguladores se encontram naturalmente desprovidos de mecanismos para lidar com a evoluções de larga escala e rápidas das novas tecnologias, sendo necessário dar condições às Entidades

- Reguladoras para conseguir acompanhar as alterações que provocam distorções nos mercados;
- ii) Desenhar novas leis-quadro ou regimes gerais que se adequem ao contexto e às novas tecnologias;
 - iii) Novos desafios à força e aplicação das normas de regulação, uma vez que a IA desafiam as noções tradicionais de responsabilização, nomeadamente em termos de indemnização dos que sofrem com os danos causados pelos novos instrumentos. Acresce que também a área dos direitos de propriedade e de autor se encontram em risco com estes novos instrumentos, pelo que a regulação deve adaptar-se e proteger a informação;
 - iv) Desafios transnacionais e multi-institucionais uma vez que as novas tecnologias extravasam uma região ou país, afetando o comércio global e também várias instituições. Acresce que são utilizadas em diversos sectores provocando questões transversais que englobam vários sectores, várias instituições e vários reguladores.

Contudo, estes trabalhos ainda não tinham em conta a maior evolução recente.

Em finais de 2022 deu-se um passo muito relevante relativamente à IA forte ou automação com a disseminação pela empresa Open AI do Chatgpt, primeiro instrumento de IA com acesso massificado.

Esta plataforma reúne a informação disponibilizada publicamente – de plataformas digitais ou livros – e responde a perguntas formuladas pelo utilizador com linguagem natural. Esta é a maior evolução: 1) não é um motor de busca tradicional pois trata a informação de acordo com os objetivos que o utilizador comanda; 2) fornece respostas “originais”, ou seja, da informação que tem elabora uma resposta original; 3) tudo utilizando uma linguagem natural, que na vertente de entendimento ou criação.

Mas nada melhor do que um exemplo do que esta plataforma pode fornecer. Perguntámos à plataforma o que é o Chatgpt:



O ChatGPT é um modelo de linguagem desenvolvido pela OpenAI, baseado na arquitetura GPT-3.5 (Generative Pre-trained Transformer 3.5). Ele é um exemplo de um sistema de conversação habilitado por inteligência artificial.



O GPT (Generative Pre-trained Transformer) é um modelo de linguagem que utiliza técnicas avançadas de aprendizado de máquina, mais especificamente o aprendizado de máquina baseado em transformadores. Ele foi treinado em uma grande quantidade de texto para aprender padrões e estruturas linguísticas.

O ChatGPT é treinado em uma ampla variedade de dados, incluindo textos da Internet, livros, artigos e outros recursos disponíveis publicamente. Isso permite que o modelo tenha conhecimento de diversos tópicos e contextos.

O objetivo do ChatGPT é responder a perguntas e fornecer informações relevantes com base no contexto fornecido. Ele pode gerar respostas completas, coerentes e gramaticalmente corretas. O modelo foi treinado em uma vasta quantidade de dados, o que lhe permite ter um conhecimento amplo, mas também possui algumas limitações. Ele pode gerar respostas que podem parecer plausíveis, mas nem sempre são precisas ou atualizadas, uma vez que seu treinamento tem um corte em setembro de 2021.

O ChatGPT e outros modelos de linguagem semelhantes têm sido aplicados em várias áreas, como assistentes virtuais, suporte ao cliente, geração de texto, tradução automática e muito mais. Eles proporcionam interações mais naturais e eficientes entre humanos e máquinas, tornando-se uma ferramenta útil para uma ampla gama de aplicações.

Fonte: Chatgpt, versão gratuita, acesso a 29.05.2023

A resposta foi fornecida em menos de 15 segundos.

Não estamos apenas perante um mero motor de busca mas antes um produtor de conteúdos, originais, em linguagem natural, com elevado grau de fiabilidade e que já está a ser adaptado para novas funções.

Recentemente a Microsoft adquiriu 50% da Open AI, ficando com a possibilidade de integrar a tecnologia GPT no seu produto *Azure*, essencialmente utilizado por empresas.

O *Azure* é uma plataforma de computação em nuvem fornecida pela Microsoft que oferece um conjunto abrangente de serviços e ferramentas para ajudar indivíduos e empresas a criar, implantar e gerenciar aplicativos e serviços na nuvem.

A nuvem do *Azure* permite que os utilizadores executem as suas aplicações e armazenem os seus dados em servidores remotos, acessíveis pela internet. Isso elimina a necessidade de infraestrutura física local, como servidores e *data centers*, além de permitir escalabilidade e flexibilidade, uma vez que os recursos podem ser facilmente dimensionados de acordo com as necessidades do utilizador.

Assim, a Microsoft já está a integrar esta tecnologia GPT em produtos comerciais, numa experiência primeiro com as empresas.

Mas rapidamente esta evolução chegará aos demais produtos Microsoft que são o software mais utilizado em todo o mundo, quer a nível pessoal como comercial.

Todo o sistema operativo Windows, conhecido de todos nós será invadido por esta ferramenta IA. As vantagens são múltiplas, tal qual as incertezas!

Este modelo de automação, pela primeira vez, “aprende” não apenas com a repetição de uso ou padrão do utilizador mas antes com a amplificação dos *inputs* gerados globalmente.

Até agora, a preocupação estava relacionada com os algoritmos que iam permitindo sugestões de consumos. Agora, a IA quer avançar e fornecer o consumidor mesmo antes de existir uma decisão.

Mas mesmo assim vale a pena pensar um pouco em como o comércio tem vindo a ser alterado pela IA. Não estamos só a falar da desmaterialização dos mercados – isso já é tema “requentado” – mas antes em como a IA influencia a dinâmica dos mercados intrometendo-se na concorrência.

O algoritmo é uma sequência lógica e bem definida de instruções e regras que descrevem, passo a passo, como resolver um problema ou executar determinada tarefa. Uma receita culinária bem definida é um típico exemplo de algoritmo.

A questão é que a evolução dos algoritmos permitiu que os passos computacionais transformassem os *inputs* (dados) em *outputs*, sendo que este resultado final pode ser enviesado.

De facto, uma série de dados relativos a comportamentos de grupos de utilizadores passaram a ser *inputs* que provocaram determinados *outputs*, sendo a publicidade um exemplo fortíssimo.

Ora, se o consumidor for invadido de publicidades a produtos que, por causa do seu comportamento *online*, lhe são sugeridos, o comportamento do consumidor está a ser enviesado comprometendo inclusivamente o sistema de preços.

Por outro lado, esta informação sobre o comportamento dos consumidores leva à adaptação dos produtores que, inclusivamente, se podem conluir numa tentativa de açambarcar o mercado.

Estamos, pois perante instrumentos potenciadores de cartelização que continua a não ser permitido pelas normas da concorrência.

E aqui inicia-se uma verdadeira “guerra” de estratégias e de formas de atuação dos produtores. Devem ou não as empresas implementar estratégias de coordenação explícita ou tácita. Sendo difícil que estas estratégias passem pelo crivo das normas de concorrência.

Foi neste sentido que se iniciou a regulação dos algoritmos, movimento que se encontra ainda em construção no sentido da utilização de dados de forma *fair*, sem enviesamento para o consumidor ou mecanismo potenciador de poderes de mercado.

A União Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia têm vindo a combater sobretudo as tentativas de cartelização digital. Veja-se o caso C-74/14, relativamente ao caso “Eturas”, que envolvia uma plataforma online de reservas de viagens em que uma parte das agências de viagens envolvidas se concertaram relativamente a produtos comerciais.

O próximo desafio para a regulação relativamente aos algoritmos está no fenómeno de coordenação algorítmica tácita.

Conforme refere Ricardo Oliveira¹⁷⁵⁰, *“Este reside no fenómeno conhecido por coordenação algorítmica tácita que pode ocorrer sem que haja qualquer intenção das empresas em formar entre si um cartel ou um outro tipo de acordo anticoncorrencial, ainda que se gerem por via desses mecanismos efeitos nefastos para a concorrência. Este uso crescente de algoritmos na formação dos preços, combinado com a crescente transparência do mercado em função do aumento de importância relativa do comércio eletrónico, resulta, pois, em fenómenos de coordenação tácita já explicitados, que acarretam os malefícios de uma estrutura de mercado oligopolista, mas agora abrangendo a todo o mercado.”*

Com o avanço dos sistemas de IA é inevitável que haja uma alteração dos modelos de regulação. Em primeiro lugar porque há que regular a própria IA – a utilização de dados, a disponibilização dos dados, o tipo e tratamento da informação disponibilizada, os algoritmos, etc. – e esse é, por si só um imenso campo de criação de normas que acarretam vertentes importantíssimas relativamente à forma de encarar a própria concorrência.

Estamos a falar de interferências automatizadas na própria dinâmica do mercado. Estaremos a caminhar para uma alteração dos comportamentos típicos dos agentes de mercado?

Isto porque a influência resultante da IA nas escolhas dos agentes poderá provocar distorções significativas nos movimentos das forças de mercado.

Por outro lado, a fluidez do mercado ficará cada vez mais influenciada pela IA que consegue fazer tratamento de dados muito apurado e de forma rápida. Com isto queremos dizer que, fazendo a IA uma triagem da informação fidedigna do mercado, podemos caminhar para dois cenários: i) informação perfeita dos agentes; ii) informação que a IA aceita como perfeita e remete aos agentes.

Uma das curiosidades que se levantou em Itália, por exemplo, foi a imediata proibição da plataforma Chatgpt por um motivo bastante relevante¹⁷⁵¹.

A autoridade italiana para a proteção de dados levantou questões sobre a privacidade dos dados utilizados pelo modelo.

O Regulador italiano proibiu de imediato e mandou investigar a Open AI, averiguando se cumpre o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados pois, de acordo com a autoridade, não há base legal que justifique a recolha e armazenamento em massa de dados pessoais para efeitos de treino de algoritmos subjacentes ao funcionamento da plataforma.

Recorde-se que o Chatgpt inicia-se como uma versão Beta, de *trial*, em que os utilizadores contribuíram para o aprimoramento do algoritmo.

Por outro lado, conforme alertou o Regulador italiano, como não há forma de verificar a idade dos utilizadores, a plataforma expõe os menores a respostas absolutamente inadequadas em comparação com o seu grau de desenvolvimento e consciencialização.

¹⁷⁵⁰ Cfr. Ricardo Oliveira, “Inteligência Artificial e Concorrência”, texto inserido na coletânea “Inteligência Artificial & Direito”, coordenação de Manuel Lopes Rocha, Almedina, 2019.

¹⁷⁵¹ A proibição foi levantada a 28 de abril de 2023

De relevar que as preocupações com a plataforma Chatgpt não ficaram por Itália, estando a comissão irlandesa de proteção de dados a acompanhar o regulador italiano para entender a base da sua ação e que vai coordenar com todas as autoridades de proteção de dados da UE.

Em breve a União Europeia tem de se encaminhar para uma harmonização da regulação deste tipo de plataformas.

A Open AI veio rapidamente afirmar o seu comprometimento em proteger a privacidade das pessoas e cumprimento do RGPD e outras leis de privacidade.

Não há, contudo, ainda quem fiscalize este tipo de atividade.

É certo que a organização disse que trabalhou para reduzir os dados pessoais no treino de sistemas de IA como o ChatGPT porque queria que os seus sistemas de IA aprendessem sobre o mundo, não sobre cada indivíduo. Mas o que é certo é que ninguém controla o tratamento dos dados.

Por outro lado, a Open AI mostrou-se disponível para encontrar a regulação de IA, considerando-a necessária. Curiosamente veio dizer que estava disponível para educar o Regulador sobre como funciona o sistema¹⁷⁵².

Nos Estados Unidos da América, em março 2023 iniciou-se uma consulta pública sobre a possibilidade de introdução de medidas de responsabilização para sistemas de IA, sobretudo vocacionadas para os efeitos que possam ter na educação e segurança nacional.

Em maio 2023, já com a Microsoft como proprietária de 50% da OpenAI, os Estados Unidos da América iniciaram um processo de regulação que envolve os reguladores, o governo e as empresas reguladas.

Em termos globais, relativamente à plataforma Chatgpt, os países dividem-se entre os que estão ainda a investigar possíveis infrações, os que estão à procura de contributos para elaboração dum regime de regulação e os que já estão a trabalhar na regulação da IA, mormente num modelo de divisão da responsabilidade pela gestão da IA entre os reguladores dos direitos humanos, da saúde, da segurança e da concorrência (caso do Reino Unido).

O que quer dizer que, pelo menos por enquanto, ainda não surgiu uma entidade reguladora específica para a IA, estando os Governos a trabalhar numa solução de disseminação do tema por sectores, ou seja, cada sector trata da regulação da IA que seja utilizada nesse sector.

De qualquer forma, existirão sempre áreas transversais como a privacidade e tratamento de dados.

Curiosamente, a empresa criadora do Chatgpt, a Open AI, tem sido grande defensora duma regulação urgente deste tipo de instrumentos uma vez que considera que os avanços estão a ser vertiginosos e por isso há risco de violação de direitos humanos caso não haja uma reação proactiva da parte dos Governos relativamente à Regulação.

Agora sobre as consequências da utilização massiva da IA há que atender a alguns aspetos que serão relevantes também para a reformulação do sistema tributário.

¹⁷⁵² Cfr. <https://www.itinsight.pt/news/seguranca/italia-proibe-chatgpt>

Um dos aspetos que mais se discute, e que nesta revolução 4.0 obviamente se coloca, são as mutações no campo laboral.

Já com a pandemia e a introdução do teletrabalho o mercado laboral experienciou uma mutação significativa. Os trabalhadores passaram a poder usufruir dum sistema híbrido, intercalando trabalho presencial com períodos laborais à distância.

Esta alteração deu-se obviamente no sector dos serviços, sendo que no sector industrial a mão de obra manteve a sua essencialidade presencial.

As questões que se levantaram com o trabalho remoto foi a maior flexibilidade de mutação territorial da mão-de-obra. Por um lado o mercado passou a ter a componente de poder contratar mão-de-obra à distância com menor custo associados e os trabalhadores passam a ter maior flexibilidade de alteração da residência fiscal.

Estes dois factores já levaram a regimes tributários especiais, como por exemplo os chamados regimes dos “nómadas digitais”, que são pessoas individuais, geralmente trabalhadores por conta de outrem ou prestadores de serviços de multinacionais, que têm contratos laborais sem necessidade de regime presencial obrigatório ou multilocalizado, que passam 180 dias do seu ano num território.

Ora, esses regimes excepcionais pretendem atrair esses nómadas digitais para o seu território oferecendo bonificação fiscal. É uma nova estratégia de concorrência fiscal.

Estes regimes já distorceram o mercado laboral tradicional, passando a ser mais um factor de fuga ou atração para os países: fuga dos que têm impostos sobre o rendimento com alíquotas mais altas ou atração pelos que criam regimes de não residentes vantajosos e com alíquotas mais baixa de imposto sobre o rendimento.

Este facto aumentou ainda a liberdade de circulação de trabalhadores ao nível global mas provocou distorções de igualdade nos regimes nacionais, flutuações de receita decorrentes do imposto de rendimento e flutuações nas contribuições para a segurança social.

Com a proliferação da IA, o que se espera é um impacto bastante mais amplo no mercado de trabalho porque a mesma vai afetar o sector dos serviços e da indústria.

Alguns exemplos que já se podem explorar são profissões como as que envolvam o tratamento de dados ou recolha dos mesmos porque a IA faz esse serviço de forma mais rápida e mais barato; áreas que envolvam transporte uma vez que a IA caminha para a possibilidade de desnecessidade de intervenção humana na condução de veículos e há um grande avanço na utilização de drones também autónomos; a manufatura tendencialmente será elaborada por máquinas e robots automatizadas com IA, sem necessidade de intervenção humana; o próprio atendimento ao público e *retail* em que cada vez mais existem lojas *self-service*, com sistemas autónomos de pagamento em que baixa a necessidade de funcionários para auxílio ao público ou apoio ao cliente mesmo em pós venda; o próprio sector financeiro estará à mercê da IA por esta detetar padrões de fraude de forma muito mais eficiente, bem como consegue tomar decisões de investimento com menor risco, faz análise financeira apurada e com grande grau de assertividade; quaisquer empregos relacionados com IT uma vez que a IA consegue resolver problemas de sistema de forma rápida e eficiente.

Os próprios trabalhos de produção intelectual estão muito auxiliados pelas ferramentas de IA, pelo que a adaptabilidade de advogados, contabilistas ou professores será uma realidade.

É certo que em todas as revoluções industriais se destruíram profissões¹⁷⁵³ mas também fizeram nascer outras oportunidades e novos trabalhos.

De qualquer forma, esta revolução laboral leva a duas preocupações: 1) num sistema tributário ainda muito dependente das receitas do imposto sobre rendimento, como reagir a uma potencial perda de receita e desemprego provocado pela introdução da IA no mercado laboral; 2) como reagir e adaptar o sistema de segurança social uma vez que falamos de duas realidades potenciais que afetam financeiramente o sistema, i) desemprego; ii) falta de contribuições para fazer face ao pagamento de prestações sociais e reformas.

No que concerne às distorções no mercado de trabalho, a introdução da IA neste âmbito deve também ser regulada. É certo que o mercado vai tender a equilibrar-se entre os empregos perdidos e os que surgirão de novo mas essa transição deve ser acompanhada com uma regulação do Estado, incluindo apoios.

Por outro lado, há que tratar do sistema tributário. É mais uma razão para uma verdadeira alteração do paradigma do sistema tributário ao invés de se criarem tributos *ad hoc* que apenas vão sobrecarregar ainda mais os contribuintes.

Há muito que as evoluções tecnológicas têm vindo a “atormentar” os sistemas tributários, isto porque, enquanto que a evolução tecnológica é muito rápida e desconcentrada, o Direito é baseado normalmente em modelos conhecidos.

A economia digital tem trazido diversos desafios para a fiscalidade. Desde o comércio online, às plataformas de *streaming*, a deslocalização dos vários factores físicos (sede, servidores, IP, etc.), levantam diversos problemas em matéria fiscal porque se torna muito complicada a existência dos chamados elementos de conexão, conhecidos também do direito internacional privado e essenciais para o direito fiscal internacional.

A questão é onde se localiza a transação de forma que seja possível encontrar o ordenamento fiscal aplicável. Isto porque, lá está, as transações tradicionais são físicas e por isso o sistema tributário assim estava gizado.

A tributação da economia digital não tem apenas o elemento não físico a desafiar as velhas regras da fiscalidade mas ainda as multinacionais que laboram com plataformas digitais e vão beneficiando das regras ora de alocação ora de localização para fazerem uma “jigajoga” fiscal com o propósito de pouco – ou nada! – pagarem de imposto.

Acresce que estas empresas acumulam grande parte das vezes avultados prejuízos no início da sua atividade enquanto implementam a “novidade”, pelo que se furtam ao pagamento de impostos empresariais escondendo-se atrás prejuízos operacionais.

O desafio que a IA nos traz agora concerne à substituição dos humanos. E estes humanos recebem um salário e são tributados. As máquinas, naturalmente, não serão tributadas.

Então como fazer uma vez que a IA vai trazer alterações de monta aos mercados, sobretudo laboral, com necessidade de adaptação do sistema tributário. Eventualmente pode tributar-se

¹⁷⁵³ Pense-se nas antigas dactilografias que viram as máquinas de escrever desaparecerem para dar lugar aos computadores.

as empresas que criem e utilizem a IA e *robots*, ou seja, os agentes provocadores das distorções¹⁷⁵⁴.

Ora, tal levaria à eventual constituição duma tributação especial ou extraordinária no sentido de corrigir as distorções provocadas, nomeadamente o desequilíbrio do desemprego e consequente ausência de receita.

Esta medida pode ainda ser útil para o financiamento da Segurança Social. Contudo, como já aqui afirmámos, não se trata duma reforma estrutural mas antes dum remendo para manter um sistema tributário e de segurança social que se tornará caduco.

Outra vertente que ainda aqui não referimos com alguma seriedade é encarar a IA como um instrumento para melhoria da administração pública e, em consequência, do sistema tributário.

A utilização destes mecanismos para a troca de informação e para o combate à fraude pode ser um instrumento valioso para a otimização dos sistemas tributários, incluindo os sistemas multinível que tanto se quer implementar.

Agora a maior crítica que neste momento nos assola é que este futuro está a engolir a realidade sem que esteja a ser tratada.

Existe neste momento uma tremenda assimetria de informação entre quem cria e desenvolve os instrumentos de IA e quem os regula ou pretende perceber.

É certo que a Open AI e Microsoft procuraram ser proativos na disponibilidade em “ensinar” os reguladores sobre a tecnologia e como são tratados os dados. Mas a informação e o ensinamento passado será, o que a fonte assim desejar!

Numa situação de clara assimetria de informação estaremos mais uma vez nos limites da regulação, como num fenómeno de Schumpeter, em que a “imitação” vai proliferar não só nos produtos mas também na regulação.

Quais são as reais consequências desta captura dos reguladores por via duma assimetria de informação?

A nova IA deixou de colecionar e organizar informação. Esse tipo de IA, a de “primeira geração ou IA fraca”, serviu sobretudo para a criação dos algoritmos das redes sociais, da publicidade e manipulação de dados decorrentes da comercialização dos dados dos utilizadores.

Com a proteção de dados, é certo que os utilizadores passaram a ceder, mesmo que de forma despreocupada e muitas vezes irresponsável, dados privados, preferências.

Com estes dados, a IA de primeira geração recolhia e analisava informação, a IA de segunda geração ou forte já pode substituir funções humanas, já cria narrativas próprias.

O ChatGPT, por exemplo, tem acesso a uma grande parte do conhecimento humano disponível e consegue fornecer narrativas complexas por estar muito aproximada da compreensão e expressão da linguagem natural.

¹⁷⁵⁴ A propósito veja-se João Taborda da Gama, “Inteligência artificial e fiscalidade”, texto inserido na coletânea “Inteligência Artificial & Direito”, coordenação de Manuel Lopes Rocha, Almedina, 2019, p. 234 e ss.

Se tomarmos esta “informação” da IA como “boa” então subjugamo-nos à narrativa que o programador, o algoritmo, quem decidiu o *viés*.

E esta questão é, sem dúvida, essencial. Bem sabemos que a cultura, a educação, a informação molda o ser e esta é uma fonte fortíssima de doutrinação.

E esta disseminação de informação, padronizada e “doutrinal” pode provocar, em limite uma distorção das próprias leis do mercado, ou seja, desfoca as atitudes típicas dos agentes de mercado.

Por outro lado, não há que ter medo do novo mas antes abraçá-lo, com a liberdade e crítica que se entender.

E é inegável que a IA será o próximo grande *it* cultural, social e cultural. A Regulação e a Tributação não podem perder este acontecimento, sendo que sobretudo a regulação terá uma forte palavra sobre o próprio desenvolvimento e aplicação da IA.

Looking forward to the future!

In Fine

E no final uma reflexão conclusiva.

Cada capítulo do presente trabalho foi criado com um propósito mesmo que se possam apreciar individualmente. Cada retalho tem uma função e todas as partes se unem num propósito.

A linha que une cada retalho foi muito cedo tecida: há uma simbiose entre a Regulação e a Tributação.

Não se trata duma simples ligação. Trata-se de algo diferente.

Simbiose, porque os institutos não se fundem. Porque se mantêm dois organismos de espécies diferentes, mesmo que pertençam a uma família de Direito Público.

A espécie será o conjunto de indivíduos que partilham o mesmo fundo génico, ou seja, a sua composição genética é idêntica. E de facto, a Regulação não tem a mesma “genética” da Tributação e vice-versa.

O encanto das taxonomias biológicas está na sua precisão. Na transposição para as ciências sociais, a biologia nem sempre se adequa. Contudo, neste caso, a metáfora aplica-se a “papel químico”.

O instituto da regulação nasce da necessidade do Estado intervir e criar normas para a vivência socioeconómica enquanto que os tributos são criados pela necessidade de angariação de receita para fazer face às despesas gerais do Estado.

Ambos os institutos mutaram ao longo do tempo, mas mantiveram, com maior ou menor proximidade da fonte, uma natureza pública. São, portanto, espécies duma família comum.

Convencemo-nos desde cedo que esta simbiose em concreto seria um jogo de soma positiva mesmo que os benefícios não fossem equivalentes. E assim nos parece, a final.

A simbiose entre os dois institutos traça-se pelas convivências sociais, económicas e até jurídicas dos institutos. O *bias* económico e social que se retrata é a viga de sustentação desta simbiose positiva.

Cada fase do processo desafia perguntas e respostas que baseiam o passo seguinte. Mesmo que cada capítulo, como aqui fomos referindo, possa parecer um retalho, até autonomizável, o fito foi sempre o de traçar a fundação para o passo seguinte.

Fomos, a cada fase, tomando caminhos. Partimos duma base alargada, praticamente dois ramos que se entroncaram. Metodologia clássica dum trabalho de ciências sociais, mas que agora, a final, requer um *términus*.

O que se retira deste passeio?

A análise da evolução dos modelos de intervenção do Estado na economia ensina-nos que existem ciclos muito próximos às ideologias ou estados da sociedade.

A intervenção do Estado é sobretudo reativa, acompanhando aquilo que é a vivência da comunidade. Por isso mesmo, a regulação acompanhou as evoluções das ideologias e desenvolvimentos sociais.

Repare-se que o liberalismo combateu o absolutismo, da mesma forma que o Estado Social foi uma resposta às distorções provocadas pelo *Laissez-faire*, *Laissez-passer*, o Estado Garantia foi montado completamente em reação à “falência do Estado Social”, expressão que se vulgarizou nos finais dos anos 90 do século XX.

Entretanto, o Estado Garantia teve o primeiro solavanco com a crise de 2008 e subsequente crise das dívidas soberanas, tendo recentemente sido posto novamente à prova pela Pandemia COVID 19 e a presente Crise Inflacionista.

Não podemos, portanto, ter outra opinião do que a constatação de que o ciclo do Estado Garantia estará a completar-se, sendo de notar que consideramos que as evoluções relativamente à introdução massiva da Inteligência Artificial farão com que o sistema de regulação económica tenha necessariamente de se alterar.

Constatámos ainda que a intervenção do Estado na Economia tem justificações e deve ter, uma vez que não parece ser função essencial do Estado agir como agente económico.

O Estado não tem sequer vocação nem é um agente económico qualquer, uma vez que dispõe de poderes diferenciados. É, portanto, um agente económico que naturalmente detém vantagem, poder.

Assim, o Estado deve agir em função de distorções que provocam perdas de bem-estar nas populações, porque esse sim, é um objetivo do Estado: a promoção do interesse comunitário, o aumento do bem-estar da comunidade.

A fundamentação para a intervenção do Estado na Economia tem sobretudo duas vertentes: i) Intervenção por motivos de eficiência, que inclui a correção de falhas de mercado e; ii) as intervenções por motivos de justiça social.

Verificámos que o *big trade-off* entre eficiência e justiça adensou-se nos dias de hoje. É cada vez mais difícil fazer o equilíbrio entre estes dois grandes propósitos uma vez que o nível de receitas e a forma de utilização de fundos públicos está cada vez mais degradada.

As intervenções do Estado na Economia concretizam-se via os mecanismos de correção. Foi aqui que encontramos a Regulação Económica em particular e onde abordámos pela primeira vez a tributação como um instrumento de correção.

Repare-se que o modo como a tributação foi abordada incluía já a análise económica: quais os problemas económicos que a tributação quer resolver.

No que concerne à tributação em particular, o que aqui foi salientado é que, existe uma realidade caótica de tributos associados à regulação. Por isso mesmo contribuímos, cremos, para a elaboração dum sistema simples de análise e taxonomia dos tributos que apelidámos de regulação.

Esses tributos de regulação – incluindo os benefícios tributários associados à regulação – devem, em nosso entender, ter uma fundamentação e delimitação atendendo aos fins que pretendem prosseguir, devendo acionar-se e criar-se mecanismos de responsabilização.

A ausência de fundamentação clara ou o esgotamento dos objetivos do tributo deve ser motivo para a sua ilicitude e responsabilização do Estado pelas consequências.

Concluímos ainda que o impacto da regulação e da tributação se faz sentir de forma veemente mas sem que existam ainda mecanismos de fiscalização e controlo que assegurem, em tempo útil, a correção sobretudo das falhas de intervenção.

Verificámos ainda que os principais custos associados à regulação e à tributação recaem sobre as empresas, sendo de relevar que estes custos, sendo incorporados no processo produtivo, terminam repercutidos nos preços finais dos mercados e, portanto, suportados, a final, pelo cidadão.

Por último, concluímos que existem necessariamente factores de diferenciação e de união dos dois institutos, ampliando a ideia de que a simbiose acaba por ser benéfica para ambos mesmo que, à partida, a regulação utilize a tributação como instrumento e daí retire uma vantagem diferente.

Os tributos aproveitaram as motivações extrafiscais de validade económica e de validade social que são fornecidas pelo *big trade-off* para assegurar a ampliação de possibilidade de receitas.

No fundo, a tributação permite o financiamento concreto da regulação, aproveitando-se da sua fundamentação e ação.

O contributo final e que maior incógnita apresenta serão os desafios dos próximos caminhos.

Cremos que é inevitável uma reação da Regulação – na vertente de regulamentação e de regulação económica – que será crucial para a evolução futura do próprio modelo regulatório.

Que garantias é que se vão dar aos cidadãos relativamente à manutenção da sua liberdade de ação e pensamento, sem que se caia na armadilha da doutrinação por existir uma assimetria informativa gigante entre criadores e fornecedores de IA e o Estado-Regulador.

E aqui, cremos, se fechará o ciclo do modelo de Estado Garantia como o conhecemos hoje.

Por outro lado, cremos ainda que, sem que exista intervenção do Estado nesta matéria, cairemos num maior desequilíbrio uma vez que os agentes detentores da informação terão uma vantagem dificilmente alcançável por grande maioria dos agentes.

A tendência será a massificação de opinião, com o doutrinamento geral e acrítico, obviamente desvirtuando a formação das atitudes típicas dos agentes de mercado. A fluidez do mercado poderá ser afetada por privação de acesso ou desvirtuamento da informação.

Por outro lado, os mercados assistirão a transformações significativas, mormente relativamente ao sector dos serviços.

Questiona-se ainda quais os reais impactos nos mercados que esta versão 2.0 da IA, massificada, trará ao mercado. Que desequilíbrios e falhas de mercado trará. Já aqui referimos a assimetria de informação, mas pode ainda questionar-se se podem surgir externalidades que necessariamente terão de ser alvo de internalização, mormente via tributação.

O sistema de tributação está assente no facto gerador e na imputação de responsabilidade a um sujeito passivo. Com a IA, quais serão os factos geradores – será na mesma a prestação de serviço por uma máquina? Ou a base de produção de IA? – e quais serão os sujeitos passivos – certamente não se tributará a “máquina” até que ela própria reivindique um salário!

O ciclo do Estado Regulador, suportado por um sistema tributário ainda assente essencialmente nos impostos – a trilogia rendimento, consumo e património – está a fechar-se.

Naturalmente que o Direito, como já aqui referimos, é sobretudo reativo no acompanhamento da evolução social, mantendo o fito de ordenar o comportamento social e económico.

Mas que Estado será o próximo Estado?

Creemos que os institutos da Regulação e da Tributação manterão a sua simbiose de “soma positiva” independentemente da resposta a que sistema e Estado teremos.

E o ciclo se fechará, renovando-se as esperanças e anseios dum novo devir:

“O devir é caracterizado pela ideia de que tudo está em constante transformação e que os seres e as coisas não têm uma essência fixa. Ele enfatiza a imprevisibilidade, a heterogeneidade e a singularidade de cada processo de transformação. O devir não segue uma progressão linear ou teleológica, mas envolve uma multiplicidade de possibilidades e direções.”¹⁷⁵⁵

¹⁷⁵⁵ Definição de “devir” fornecida pelo ChatGPT, produzida a 08.06.2023.

Bibliografia

- AAVV - Grupo de Trabalho (Despacho n.º 2774/2018, de 19 de março). *O Impacto do Imposto Especial sobre o Consumo de Bebidas Açucaradas e Adicionadas de Edulcorantes*. 2018.
- AAVV. *Recommendation of the council on Regulatory Policy and Governance*. OCDE, 2012.
- . *Regulação Económica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. Edirora 34, 2004.
- AAVV. *Relatório Síntese sobre a Temática da Regulação - Relatório n.º 18/2008 2ª Secção*. Tribunal de Contas, 2008.
- AAVV. *Shaping the Future of Regulators - The Impact of Emerging Technologies on Economic Regulators*. OCDE ILibrary, 2020.
- . "Thomas Piketty - The Adam Smith of The Twenty-First Century?" *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2015.
- . *The Encyclopedia of Public Choice*. Boston : Kluwer Academic Publishers - Springer, 2004.
- Abreu, Joana Covelo de. "O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional - a redefinição do serviço universal e do organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)." *UNIO - EU Law Journal - Vol. 4*, julho de 2018: 59-72.
- Akerlof, George A. "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism." *The Quarterly Journal of Economics - Volume 84 - Number 3*, August de 1970.
- Aldrighi, Dante Mendes. "Uma avaliação das contribuições de Stiglitz à Teoria dos Mercados Financeiros - Volume 26." *Revista Brasileira de Economia Política*, março de 2006.
- Almeida, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Almedina, 2000.
- Amaral, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo - Volume I*. Almedina - Coimbra, 1998.
- . *Direito Administrativo - Volume II*. AAFDL - Policopiado, 1988.
- . *Manual de Introdução ao Direito*. Coimbra-Almedina, 2004.
- Ana Lourenço, Miguel Ferro, Raquel Brízida Castro, Ricardo Gonçalves, Susana Coroado e Vasco Rodrigues. *O Estado Regulador em Portugal - Evolução e desempenho*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2022.
- Andrade, J. C. Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra, 2017.
- António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques. *Direito Económico*. Almedina, 2022.
- Antunes, Aquilino Paulo. *Contribuições Financeiras, Medicamentos e Dispositivos Médicos*. AAFDL, 2020.
- Apolinário, Marisa. *O Estado Regulador: o novo papel do Estado*. Almedina, 2015.

- Araújo, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*. Almedina, 2008.
- . *Adam Smith - O Conceito Mecanicista de Liberdade*. Almedina, 2001.
- . *Análise Económica do Direito*. Almedina, 2008.
- . *Introdução à Economia*. Almedina, 2018.
- Arrow, Kenneth J. "The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation." *Joint Economic Committee of Congress in 1969*. 1969.
- Ashley Brown, Jon Stern e Bernard Tenenbaum com Defne Gencer. *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*. Washington, D.C.: The World Bank, 2006.
- Azevedo, Maria Eduarda. *Direito da Regulação da Economia*. Quid Juris - Sociedade Editora, 2017.
- . *Temas de Direito da Economia*. Almedina, 2020.
- Barreni, Roque António Carrazza e Smith Robert. "Prohibition To The Confiscation Effects On Brazilian Tax Law." *Economic Analysis of Law Review*, 2019 - V. 10 n.º 3.
- Barton, Kate. "Reimagining the future of the tax system." *The Davos Agenda 2021*. World Economic Forum, jan 2021.
- Bauer, Paul W. "Don't Panic: A Primer on Airline Deregulation." *Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Review - 4th Quarter*, 1986.
- Bellinger, William K. *The Economic Analysis of Public Policy*. 2ª Edição. Routledge, 2016.
- Bilhim, Maria do Céu Colaço dos Santos e João Abreu Faria. "A Proposta da Qualidade nas Políticas Internacionais de Reforma Regulatória e nas Metodologias de Avaliação do seu Impacto." *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação - CEDIPRE Online* 43, junho de 2021: 1-22.
- Black, Julia. "Critical Reflections on Regulation." *ESRC - Center for Analysis of Risk and Regulation*, 2002.
- Blyth, Mark. *Austerity: The History of a Dangerous Idea*. Oxford University Press, 2013.
- Breger, Marshall J. "The Modern Independent Agency in the United States." Em *Direito Comparado - Perspectivas Luso-Americanas*, de AAVV. Almedina, 2010.
- Cabo, Sérgio Gonçalves do. "O Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral no Direito Comunitário." Em *Estudos em Homenagem do Professor Marcello Caetano - No centenário do seu nascimento*, de AAVV. Coimbra, 2006.
- Cabral, Nazaré Costa. *A Redistribuição Económica - Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas*. AAFDL, 2002.
- . "Short thematic guide to the study of current financial and economic crisis." *MPRA Paper No. 20743*, 15 de February de 2010: 1-37.

- . *Programação e decisão Orçamental - Da Racionalidade das decisões Orçamentais à Racionalidade Económica*. Almedina, 2008.
- . “O impacto económico da crise do COVID 19 e as medidas de recuperação a nível nacional e europeu.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Número 1 de 2020: 521-532.
- Caetano, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional - Tomo I*. Almedina - Coimbra, 1996.
- Calvete, Victor. “As semelhanças e as diferenças: Regulação, Concorrência e All that Jazz.” *Julgar* n.º 9, 2009: 73-95.
- Campos, Diogo Leite. “As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Jan de 2007.
- Cardona, Celeste. *Contributo para o conceito e a natureza das entidades administrativas independentes*. Almedina, 2019.
- Casalta Nabais, José, e Suzana Tavares da Silva. *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Almedina, 2011.
- Castilho, Serena Cabrita Neto e Luis. “O Sector das Telecomunicações e o Novo Regime das Taxas do Espectro Radioelétrico.” Em *Taxas e Contribuições Sectoriais*, de Sérgio Vasques. Almedina, 2013.
- Catarino, João Ricardo. *Redistribuição Tributária - Estado Social e Escolha Individual*. Almedina, 2008.
- Catarino, Luís Guilherme. *Regulação e Supervisão de Instrumentos Financeiros - Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Almedina, 2010.
- Cavallo, Laura. “Il Quadro Internazionale Ed Europeo.” *L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione - Annuario 2020*, 2020: 39-54.
- Chamberlain, Edward. “The Theory of Monopolistic Competition.” *The Economic Journal*, 1933: 661-666.
- Charles W. Calomiris, Harry Mamaysky e Ruoke Yang. “Measuring The Cost Of Regulation: A Text-Based Approach.” *NBER Working Paper Series - Working Paper 26856*, November de 2021.
- Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost.” *The Journal of Law and Economics - The University of Chicago*, October de 1960.
- . “O problema do custo social.” *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies - Vol 3, issue 1, article 9*, 2008.
- Coleman, Jules. *Market, Morals and the Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Confraria, João. “Estado Regulador, Regulação Independente e a Lei-Quadro.” Em *Estudos de Regulação Pública - II*, de Pedro Costa Gonçalves, 353-382. Coimbra Editora, 2015.
- Constâncio, Maria José. *Noções Básicas de Economia*. Dom Quixote, 1992.

- Correia, Carlos. “As Relações entre a Autoridade da Concorrência e os Reguladores Sectoriais.” Em *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, de Luis Morais e Gonçalo Anastásio Eduardo Paz Ferreira. Almedina, 2009.
- Correia, Carlos Pinto. “A Teoria da Escolha Pública: Sentido, Limites e Implicações.” *Boletim de Ciências Económicas* - Vol. XLII, 1999.
- Costa, Tiago Manuel de Sousa Freitas e. *Da Nova Arquitectura de Supervisão Bancária - considerações a propósito da Medida de Resolução*. Universidade de Coimbra, 2015.
- Cunha, Ernesto. *Contas Certas por Direito Certo e Poder Local - Cadernos do IDEFF n.º 16*. Almedina, 2014.
- Cunha, Paulo de Pitta e. “A União Europeia e a Concepção do Estado Regulador.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (Vol. XLVI), 2005.
- Cunha, Paulo Pitta e. *Integração Europeia - Estudos de Economia, Direito e Política Comunitários*. Almedina, 2004.
- Dourado, Ana Paula. *Direito Fiscal*. Almedina, 2016.
- . *Governança Fiscal Global*. Almedina, 2017.
- . *O Princípio da Legalidade Fiscal - Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*. Almedina, 2015.
- . “O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa.” *Perspectivas Constitucionais - Volume II*, 1997: 429-474.
- Dourado, Ana paula. “The Relationship between Primary and Secondary Law.” *Tax Law: The Legitimacy of Different Interpretation Criteria Applied to EU and National Legal Sources* - IBDF, 2010.
- Dourado, Ana Paula. “Tributos fora do Estado - ou o que fazer quando a Constituição não chega e o acto claro é ignorado.” Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. L. Sandanha Sanches*, de Vários. Coimbra Editora, 2011.
- Dray, Guilherme. *Equality, Welfare State & Democracy*. Almedina, 2018.
- Duarte, Maria Luísa. *União Europeia - Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*. Vol. I. Almedina, 2017.
- Eddy Wymeersch, Klaus J. Hopt, Guido Ferrarini. *Financial Regulation and Supervision : A post-crisis analysis*. Oxford University Press, 2012.
- Elliott, Heather. “Public Regulation in the United States: An Overview.” Em *Direito Comparado - Perspectivas Luso-Americanas*, de AAVV. Almedina, 2010.
- Ernest, John. *Whose utility? The social impact of public utility privatization and regulation in Britain*. Open University Press, Buckingham, 1994.
- Estorninho, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Almedina, 2009.
- . *Requiem pelo contrato administrativo*. Almedina, 2003.

- Europeia, Comissão. "Questions and Answers: Future-proof taxation – Commission proposes new, ambitious business tax agenda." 18 maio 2021.
- Feintuck, Mike. *The Public Interest' in Regulation*. Oxford University Press, 2004.
- Feitosa, Maria Luiza. *Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização*. Coimbra Editora, 2007.
- Feituck, Mike. *"The Public Interest" in Regulation*. Oxford Scholarship Online, 2012.
- Fernandes, Abel. L. Costa. *Economia Pública - Eficiência Económica e Teoria das Escolhas Colectivas*. 2ª Edição. Edições Sílabo, 2011.
- Fernandes, Filipe Vasconcelos. *A Contribuição Extraordinária sobre Fornecedores da Indústria de Dispositivos Médicos do SNS*. AAFDL Editora, 2021.
- . *A Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético - Regime Fiscal e Constitucional*. Gestlegal, 2019.
- . *As "Demais Contribuições Financeiras a Favor das Entidades Públicas" e a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. AAFDL Editora, 2022.
- . *Direito Fiscal Constitucional - Introdução e Princípios Fundamentais*. AAFDL Editora, 2020.
- Fernandes, Victor Oliveira. "Regulação dos Sectores em Rede para além dos Valores Económicos: uma análise das políticas de interconexão IP para suporte a serviços de voz na União Europeia a partir das Teorias do Interesse Público." *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, maio de 2017: 143-166.
- Fernandes, Vitctor. "Regulação dos Setores em rede para além dos valores económicos: uma análise das políticas de interconexão IP para suporte a serviços de voz na União Europeia a partir das Teorias de Interesse Público." *Revista de Direito eSctorial e Regulatório*, maio de 2017: 49-72.
- Ferrão, Marisa Caetano. "Entidades Administrativas Independentes com função de Regulação Económica e a dualidade de jurisdições." *O Direito*, 2007: 102-136.
- Ferreira, Eduardo Paz. *A Regulação Pública de Actividades Económicas em Portugal*. Vol. Vol. II, em *Direito Comparado. Perspectivas Luso-americanas*, de AAVV. Almedina, 2010.
- . "Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança." *Revista da Concorrência e Regulação*, Jan-Mar de 2010.
- Ferreira, Marco Capitão. "A Regulação Económica como instrumento de (des) intervenção do Estado na Economia ." *Dissertação de Mestrado*. 2004.
- . *Estado e Economia - Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a res publica?* <http://hdl.handle.net/10451/17746>, 2014.
- Fiani, Ronaldo. "Crescimento Económico e Liberdades: a economia política de Douglass North." *Economia e Sociedade - Volume 11, n.º 1*, jan/jun de 2002: 45-62.
- Ford, Gerald R. "The Costs and Benefits of Regulation." *WASHINGTON*, s.d.: 58-59.
- Foster, Chase. "Technocratic democracy and the politics of Cost-Benefits analysis." *CARR - Center of Analysis of Risk and Regulation*. London School of Economics , 2019.

- Franco, A. L. Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4ª Edição. Vol. II. Almedina, 1998.
- . *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4ª Edição. Vol. I. Almedina, 1998.
- Franco, António L. Sousa. *Noções de Direito da Economia*. Vol. 1º Volume. AAFDL, 1982-1983.
- Friedman, David. *Law's Orders - What Economics has to do with law and why it matters*. Princeton University Press, 2000.
- Friedman, Lee S. *The Microeconomics of Public Policy Analysis*. Princeton University Press, 2002.
- Friedman, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Actual Editora, 2018 (reempresão).
- Friedman, Milton Friedman e Rose. *Liberdade para escolher*. Lua de Papel, 2012.
- Fritsch, Claudio Radaelli e Oliver. *Measuring Regulatory Performance - Evaluating Regulatory Management Tools and Programmes*. OCDE, 2012.
- Fund, AAVV - International Monetary. "Policy Steps to Address the Corona Crisis." Paper, Março 2020.
- Gama, João Taborda da. "Inteligência Artificial e Fiscalidade." Em *Inteligência Artificial & Direito*, de Manuel Lopes Rocha, 234-248. 2019.
- Gaspar, Vitor. "Road to 2050: A Tax Mix for the Future." *EU Tax Symposium*. Nov. 2022.
- Glachant, Jean-Michel. "La Crise Californienne - Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité?" *Droit et économie de la régulation - 3 (Marie-Anne Frison-Roche)*, 2005: 29-42.
- Gonçalves, João Mendonça. "Da Independência das Autoridades Reguladoras Independentes." *Dissertação de Mestrado*. Repositório da UCP, 2014.
- Gonçalves, Pedro Costa. "Direito Administrativo da Regulação." Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, de AAVV, 535-574. Coimbra Editora, 2006.
- Gonçalves, Pedro Costa. "Regulação Administrativa e Contrato." Em *Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia*, de AAVV, 987-1023. Coimbra Editora, 2010.
- . "Estado de Garantia e Mercado." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto - Vol. VII*, 2010: 97-128.
- Gonçalves, Pedro. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra Editora, 2013.
- Gonçalves, Ricardo Miguel Pereira. "A Captura Regulatória – Uma Abordagem Introdutória." *Publicações CEDIPRE Online - 25*, Setembro de 2014.
- Gouveia, Rodrigo. "Os Serviços de Interesse Geral em Portugal." *CEDIPRE - Direito Público e Regulação*, 2001.
- . *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra Editora, 2001.
- Guerra, António Castro. *Ética e Economia*. GEPE - Gabinete de Estudos e Prospetiva Económica, 1997.

- Hayek, Friedrich. *A Constituição da Liberdade*. Edições 70, 2018.
- Hayek, Friedrich A. *Os fundamentos da Liberdade*. Editora Visão, 1983.
- Hayek, Friedrich. "Economics and Knowledge." *Economica - Volume 4 - n.º 13*, February de 1937: 33-54.
- . *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press, 1948.
- Helder Ferreira de Mendonça, Délio Galvão e Renato Loures. "Regulação e Transparência." *Scielo*, 2011.
- Hertog, Johan den. "Review of Economic Theories of Regulation." *Tjalling C. Koopmans Research Institute - Discussion Paper*, 2010.
- Herton, Johan den. "Review of Economic Theories of Regulation." *Discussion Papers Series n.º 10-18 - Tjalling C. Koopmans Research Institute*, december de 2010.
- J. Luis Guasch, Robert W. Hahn. "The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries." *The World Bank Research Observer*. Oxford University Press, Feb de 1999.
- Jeff Worsham, Evan J. Ringquist, Franchesca Nestor, Marc Allen Eisner. *Contemporary Regulatory Policy (3rd edition)*. Lynne Rienner Publishers, Inc., 2018.
- José Mário Bispo Santanna, Emanuel Rodrigues Junqueira de Matos, Luiz Fernando Dalmonech, Rodrigo Correa Kuyumjian, Eliseu Maria Junior. "A Teoria da Escolha Pública e o Custo Social da Decisão entre o Gasto Público e a Renúncia da Receita." *Espacios n.º 35*, 2016: 25.
- Joskow, Paul L. "California's Electricity Crisis." *National Bureau of Economic Research*, August de 2001.
- Kades, Eric. "Drawing the Line Between Takings and Taxation: The Continuous Burdens Principle, and Its Broader Application." *William and Mary Law School Documents*, 2002.
- Keynes, John Maynard. "The End of Laissez-Faire." *Hogarth Press*, Julho de 1926.
- Khamis, Renato Braz Mehanna. "O fundamento ético da regulação econômica e seus limites no âmbito do estado constitucional." *Opinião Jurídica Vol. 14 n.º 28*, july/ december de 2015.
- Kohlmeier, Louis M. *The Regulators - Watcdog Agencies and the Public Interest*. New York: Harper & Row, 1969.
- Kóscinski, Tadeusz. "Taxation Policy in UE." *The Future of Taxation in the UE: Tax Solidarity*. Bruegel, 2020.
- Krueger, Anne O. "The Political Economy of the Rent-Seeking Society." *American Economic Review* 64, 1974: 291-303.
- Ladeur, Karl-Heins. "The Financial Market Crisis—a Case of Network Failure?" Em *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, de Gunther Teubner, Alberto Febbrajo Poul f. Kjaer, 63-92. Hart Publishing, 2011.

- Laura Meneghel dos Santos, Antônio José Maristrello Porto e Rômulo Silveira da Rocha Sampaio. "Direitos de Propriedade e Instrumentos Económicos De Regulação Ambiental: Uma análise das atribuições implícitas." *Revista Brasileira de Políticas Públicas - Regularização Fundiária - Volume 7, n.º 2*, Agosto de 2017: 98-121.
- Lee, William J. Baumol e Kye Sik. "Contestable Markets, Trade and Development." *The World Bank Research Observer - Vol. 6, n.º 1*, janeiro de 1991: 1-17.
- Lobo, Carlos Baptista. *Finanças e Fiscalidade do Ambiente e da Energia*. Almedina, 2019.
- Lobo, Carlos Baptista. "Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas." Em *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco - Volume I*. Coimbra Editora, 2006.
- . *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência - Enquadramento Jurídico-económico das redes físicas (Telecomunicações, Energia e Transportes) e das redes virtuais*. Almedina, 2009.
- Lopes, Dulce. "O nome das coisas: Serviço Público, Serviços de Interesse Económico Geral e Serviço Universal no Direito Comunitário." *Temas de Integração n.º 15 e 16*, 2003: 147-227.
- Loureiro, João Carlos. "Adeus ao Estado Social?" *BFD - 83*, 2007: 99-182.
- Lourenço, João Carlos. "Adeus ao Estado Social? O Insustentável peso do Não-Ter." *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Volume LXXXIII*, 2007.
- Luis Siva Morais, Paulo Pardal, Nuno Cunha Rodrigues. *Direito da Economia*. AAFDL, 2014.
- Machado, Diogo Ortigão Ramos e Pedro Sousa. "As Taxas de Regulação Económica do Sector da Comunicação Social." Em *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, de Sérgio Vasques. Almedina, 2008.
- Machado, Paula Braz. *A Microtributação nas Autarquias Locais*. FDUL, 2017.
- . *A Microtributação nas Autarquias Locais*. Repositório da Universidade de Lisboa, 2017.
- Machete, Rui. "A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorização do utente." Em *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrakes*, de AAVV, 1011-1022. 2000.
- Magnus Bengtsson, Yasuhiko Hotta, Shiko Hayashi e Lewis Akenji. *The four main types of policy instruments*. Institute for Global Environmental Strategies, 2010.
- Mahoney, Paul G. "Adam Smith, Prophet of Law and Economics." *Journal of Legal Studies - The University of Chicago*, January de 2017: Vol. 46.
- Majone, António La Spina e Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Il Mulino, 2000.
- Majone, Giandomenico. *La Communauté européenne: un État régulateur*. Montchrestien, 1996.
- . *Regulating Europe*. Routledge, 1996.
- Manning, D. J. *Liberalism*. J.M. Dent & Sons Ltd., 1976.

- Marques, Paulo. *Elogio do Imposto - A Relação do Estado com os Contribuintes*. Coimbra Editora, 2011.
- Martínez, Soares. *Economia Política*. 6ª Edição. Almedina, 1995.
- Martins, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Almedina, 2018.
- Martins, António Sousa Franco e Guilherme de Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa - Ensaio interpretativo*. Coimbra - Almedina, 1993.
- Martins, Guilherme Waldemar d'Oliveira. *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Português*. Almedina, 2004.
- Martins, José António Costa Alves e Jesuino Alcântara. *Manual de Procedimento e de Processo Tributário*. Centro de Formação DGCI - Direção-Geral dos Impostos, 2008.
- Martins, Maria d'Oliveira. *A despesa pública justa - Uma Análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública*. Almedina, 2016.
- Martins, Nazaré da Costa Cabral e Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Finanças Públicas e Direito Financeiro - Noções Fundamentais*. AAFDL, 2018.
- Mateus, Abel. *A Regulação em Portugal*. Aletheia Editores, 2021.
- Matheus, Tiago. *O Novo Paradigma da Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro na União Europeia*. AAFDL, 2012.
- Matin Lodge, Karen Yeung. "Algorithmic regulation." *CARR - Center for Analysis of risk and regulation*. The London School of Economics and Political Science, September de 2017.
- Mattos, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil - Eficiência e Legitimidade*. Thomson Reuters, 2016.
- Max Beverton-Palmer, Pete Furlong, Rhea Subramanya. "Regulation for the Future: Why we need a Revolution in Rulemaking." Tony Blair Institute for Global Change, 2022.
- Melamed, Guido Calabresi e A. Douglas. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral." *Harvard Law Review* - Vol. 85, n.º 6, April de 1972: 1089-1128.
- Miceli, Thomas J. *Contemporary Issues in Law and Economics*. Routledge, 2018.
- . *Contemporary Issues in Law and Economics*. Routledge, 2018.
- Miranda, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. Almedina, 2017.
- . *Manual de Direito Constitucional - Actividade Constitucional do Estado - Tomo V*. Coimbra Editora, 1997.
- . *Manual de Direito Constitucional - Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais - Tomo I*. 6ª Edição. Coimbra Editora, 1997.
- Morais, Alfredo Copetti Neto e José Luis Bolzan de. "O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o censento do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: Ruptura ou (re)aproximação ao (Estado de) Direito Contemporâneo." *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* n.º 4, Jan-Jun de 2011: 56-76.

- Morais, Eduardo Paz Ferreira e Luis. *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?* Coimbra-Almedina, 2009.
- Morais, Luis Silva. "O Novo Direito da Economia e a Constituição Económica." Em *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Jorge Miranda - Vol II*, de AAVV, 453 e ss. Coimbra Editora, 2012.
- . "Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras - Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira." *Revista da Concorrência e Regulação*, Jan-Mar de 2014: 99 e ss.
- Moreira, J. J. Gomes Canotilho e Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. Volume II. Almedina, 1997.
- Moreira, Maria Manuel Leitão Marques e Vital. "Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos." *Economia & Prospectiva*, Outubro/Março de 98/99.
- Moreira, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- . *Provas de Agregação - Programa da Disciplina de "Direito Público da Regulação"*. Coimbra, 2002.
- . "A metamorfose da Constituição Económica." *Themis - Edição especial. 30 anos da Constituição Portuguesa*, 2006: 33-47.
- Morosini, Fabio. *Regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro*. Saraiva JUR, 2017.
- Mortágua, Francisco Louça e Mariana. *Manual de Economia Política*. Bertrand Editora, 2021.
- Mueller, Dennis C. *Public Choice III*. Cambridge University Press, 2003.
- Nabais, José Casalta. "Tarifas e questões fiscais: competência dos tribunais tributários." *Cadernos de Justiça Administrativa*, Nov-Dez de 1997: 45-52.
- . *Direito Fiscal*. Almedina, 2014.
- Nabais, José Casalta. "Direito Fiscal e a Tutela do Ambiente em Portugal ." Em *Por um Estado Fiscal Suportável*, de Vários - Coordenação de José Casalta Nabais. Almedina , 2005.
- . *O Dever Fundamental de Pagar Impostos - Contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo*. Almedina, 1998.
- . *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra, 2005.
- . "Tributos com fins ambientais." *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 4 do Ano I - 2008.
- Nascimento, Carlo Bruno Lopes do. *Dificuldades de Regulação Económica: Assimetrias Informativas e Mercados de Concorrência Imperfeita*. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26181/1/ulfd132665_tese.pdf, 2015.
- . "Dificuldades de Regulação Económica: Uma Leitura das Teorias de Regulação ." *Revista CIDP*, 2015 - n.º 4: 191-238.
- Nayar, P. "Essay on Independent Regulatory Commissions." *Political Science Notes*, 2017.

- Neves, João César das. *Introdução à Economia*. 11ª Edição. Verbo - Babel, 2017.
- Neves, Vitor. "O Problema dos Custos Sociais." Em *Valores em Conflito - Megaprojetos, ambiente e território*, de Laura Centemeri e José Castro Caldas. Almedina, 2016.
- Nogueira, João Felix Pinto. *Direito Fiscal Europeu - O paradigma da proporcionalidade*. Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.
- Noll, Roger. "The Political Foundations of Regulatory Policy ." *Social Science working paper 486, Division of Humanities and Social Sciences – California Institute of Technology*, July de 1983.
- Nordhaus, Paul Samuelson e William. *Economia*. 19ª Edição. McGraw-Hill, 2012.
- Novais, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Almedina, 2006.
- Nunes, António José Avelãs. "Do Estado Regulador ao Estado Garantidor." *Revista de Direito Público da Economia*, 2011.
- . "Breve Reflexão sobre o chamado estado regulador"." *Seqüência*, julho de 2007.
- Oliveira, Ricardo. "Inteligência Artificial e Concorrência." Em *Inteligência Artificial & Direito*, de Manuel Lopes Rocha, 248 - 260. 2019.
- Pardal, Paulo Alves. *A Redistribuição das Competências Orçamentais no seio da União Europeia*. Almedina, 2015.
- . "O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa." *Revista da Concorrência e Regulação*, 2015: 17-51.
- . "Nótulas sobre o impacto económico da COVID 19." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Número 1 de 2020: 571-587.
- Passarelli, Donato Masciandaro e Francesco. "Regulation and Taxation: Economics and Politics." Em *Taxation and Financial Crisis*, de Julian Alworth e Giampaolo Arachi, 257-269. Oxford University Press, 2012.
- Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuel Arcanjo, José Carlos Gomes Santos. *Economia e Finanças Públicas*. Escolar Editora, 2005.
- Peixe, Luis Guilherme Catarino e Manuela. "A Nova Regulamentação dos Mercados Financeiros -Um Tsunami Regulatório?" Em *Estudos de Regulação Pública - II*, de Pedro Costa Gonçalves, 227-334. Coimbra Editora, 2015.
- Peltzman, Sam. "Toward a More General Theory of Regulation." *Journal of Law and Economics* - 19, 1976: 211-240.
- Pereira, Diogo Barros. "O Sector da Distribuição e a Taxa de Segurança Alimentar." Em *Taxas e Contribuições Sectoriais*, de Sérgio Vasques. Almedina, 2013.
- Pereira, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Almedina, 2018.
- Pereira, Paula Rosado. *Princípios do Direito Fiscal Internacional - Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*. Almedina, 2010.

- Pereira, Paulo Trigo. "A Teoria da Escolha Pública (public choice): uma abordagem neoliberal?" *Análise Social - Volume XXXII*, 1997: 419-442.
- . *Portugal: Dívida Pública e Défice Demorcrático*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.
- Pereira, Ricardo Gonçalves. "A Captura Regulatória - Uma Abordagem Introdutória." *Publicações CEDIPRE Online* - 25, 2014.
- Petr Janský, Markus Meinzer e Miroslav Palanský. "Is Panama really your tax haven? Secrecy jurisdictions and the countries they harm." *Regulation & Governance* - 16, 2022: 673-704.
- Piketty, Thomas. *Capital e Ideologia*. Temas e Debates - Circulo dos Leitores, 2020.
- . *O Capital no Século XXI*. Temas e Debates - Circulo dos Leitores, 2014.
- Pirlot, Alice. "Taxes and Regulation." *Intertax Special Issue* 4, Maio de 2020.
- Porpora, Maria Sole. "The introduction of Regulatory Impact Assessment in American Independent Regulatory Commissions." *I Paper Dell'Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, Setembro de 2014.
- Posner, Matthew D. Adler e Eric A. "Rethinking Cost-Benefit Analysis." *Yale Law Journal* 109, 1999: 165-247.
- Posner, Richard A. "The Social Costs of Monopoly and Regulation." *NBER Working Papers - CENTER FOR ECONOMIC ANALYSIS OF HUMAN BEHAVIOR AND SOCIAL INSTITUTIONS*, Setembro de 1974.
- . "Taxation by Regulation." *The Bell Journal of Economics and Management Science* - Vol. 2, 1971: 22-50.
- Posner, Richard. "Theories of Economic Regulation." *The Bell Journal of Economics and Management Science* - Vol. V, n.º 2, 1974.
- Prodi, Paolo. *Uma História da Justiça - Do pluralismo dos tribunais ao moderno dualismo entre consciência e o direito*. Editorial Estampa, 2002.
- Rapoula, Conceição Gamito e João Riscado. "As Taxas de Regulação Económica no Sector das Comunicações Eletrónicas ." Em *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, de Sérgio Vasques. Almedina, 2008.
- Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça - 5ª Edição*. Editorial Presença, 2021.
- Renda, Andrea. "Assessing the Costs and Benefits of Regulation." A CEPS – ECONOMISTI ASSOCIATI STUDY FOR THE EUROPEAN COMMISSION, 2013.
- . *Law and Economics in the RIA World*. Erasmus - Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011.
- Ribeiro, João Sérgio. "Entidades Reguladoras Independentes, uma forma de Regulação ou de Tributação?" *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado* - Tomo LX, n.º 326, 2011: 236-257.
- Ribeiro, José Joaquim Teixeira. "A Política Financeira de Redistribuição." *Boletim de Ciências Económicas Volume XXV*, 1982: 197-.

- Rocha, Joaquim Freitas da. *Direito Financeiro Local*. Coimbra Editora, 2014.
- Rocha, Pedro Filipe Gonçalves da. “Autoridades Reguladoras Independentes: Entre a Legitimação democrática e a legitimação procedimental.” *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação - CEDIPRE Online* 38, junho de 2020: 1-54.
- Rodrigues, Nuno Cunha. “Regulação em Geral e regulação da saúde.” *Regulação da Saúde - Anais do IHMT*. 2017. 11-18.
- Rodrigues, Vasco. *Análise Económica do Direito*. Almedina, 2016.
- Roine, Jesper. *Pikkety para Todos - Uma Síntese de O Capital no Século XXI*. Editorial Presença, 2018.
- Saint-Amans, Pascal. “Tax in the time of COVID-19.” *Forum Network OECD*, March de 2020.
- Samuelson, Paul Anthony. *Fundamentos da Análise Económica*. Editora Nova Cultural, 1997.
- Sanches, J. L. Saldanha. “A Reforma Fiscal Portuguesa numa perspectiva constitucional.” *Ciência e Técnica Fiscal*, Abril-Junho de 1989: 40-73.
- . “A Regulação: História Breve de um Conceito.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60-2000: 5-22.
- Sanches, J.L. Saldanha. *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra Editora, 2002.
- Sanches, José Luis Saldanha. “A Regulação: Breve história de um conceito.” s.d.
- Santos, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Almedina, 2003.
- Santos, Jorge Costa. *Bem-estar Social e Decisão Financeira*. Almedina, 1993.
- Sen, Amartya. *A ideia de Justiça*. Almedina, 2019.
- Severino, Luis Miguel Fialho. *O Infarmed Como Entidade Reguladora do Medicamento à Luz da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37208/1/ulfd135738_tese.pdf, 2017.
- Shari Spiegel, Cornelia Kaldewei, Mario Huzel. “Corona crisis causes turmoil in financial markets.” *Policy Brief* 59, April de 2020.
- Shleifer, Edward Glaser e Andrei. “The Rise of the Regulatory State.” *NBER Working Paper No. 8650*, December de 2001.
- Shultz, William J. “Taxation as an Instrument of Regulation .” *Proceedings of the Annual Conference on Taxation under the Auspices of the National Tax Association*. National Tax Association, 1940. 126-136.
- Silva, Cláudia Dias Soares e Suzana Tavares da. *Direito das Energias Renováveis*. Almedina, 2014.
- Silva, Eusébio Pires da Silva e Ana Cristina Pires da. *SNS - Manual de Contabilidade*. 2ª Edição. Rei dos Livros, 2011.
- Silva, Germano Marques da. *Introdução ao Estudo do Direito*. Universidade Católica Editora, 2015.

- Silva, João Nuno Calvão da. *Agências de Regulação da União Europeia*. Gestlegal, 2019.
- . *Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral*. Almedina, 2008.
- Silva, João Nuno Calvão da. “Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e Cooperativo.” Em *Estudos de Regulação Pública - II*, de Pedro Costa Gonçalves, 383-416. Coimbra Editora, 2015.
- Silva, Joaquim Freitas Rocha e Hugo Flores da. *Teoria Geral da Relação Jurídica Tributária*. Almedina, 2017.
- Silva, José Casalta Nabais e Suzana Tavares da. “O Estado pós-moderno e a figura dos tributos.” Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, de Vários. Coimbra Editora, 2011.
- Silva, Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Geral*. Almedina, 2008.
- Silva, Suzana Tavares da. *As taxas e a Coerência dos Sistema Tributário*. Coimbra Editora - Coleção CEJUR, 2013.
- . *Direito da Energia*. Coimbra Editora - Wolters Kluwer, 2011.
- . “Regulação Económica e o Estado Fiscal - O Estranho caso duma relação difícil entre felicidade e garantia do bem-estar.” *Scientia Iuridica*, 2012.
- Silva, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina, 1998.
- . *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*. Almedina, 2005.
- Simões, Tânia Cardoso. *O Serviço Universal de Telecomunicações*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.
- . “O Serviço Universal de Telecomunicações.” *Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.
- Soares, Cláudia Dias. “Uma Revisão da Literatura sobre a Teoria da Escolha Pública.” Em *Estudos em Homenagem do Professor Manuel Mesquita*, de AAVV. Almedina, 2009.
- Sousa, Jorge Lopes de. *Código de Procedimento e de Processo Tributário - Anotado e Comentado - Volume III. Áreas Editora*, 2011.
- Sousa, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Almedina, 2012.
- Stigler, George J. “Private Vice and Public Virtue.” *The Journal of Law & Economics*, October de 1961.
- Stigler, George T. “The Theory of Economic Regulation.” *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, 1971: 3-21.
- Stigler, George. “The Economics of Information.” *The Journal of Political Economy - Volume LXIX - Number 3*, June de 1961.
- Stiglitz, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. W.W. Norton & Company, 2000.

- . “Equidade, eficiência e o quadro económico global.” *Conferência sobre “Globalização, desenvolvimento e equidade”, Fundação Calouste Gulbenkian*. Lisboa, 2000.
- . “Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation.” *Tobin Project’s Conference - “Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation”*. Yulee, Florida, 2008.
- . “Information and the Change in the Paradigm in Economics.” *Prize Lecture - The Nobel Prize in Economic Sciences*. Stockholm, 2001. 472-540.
- . *O mundo em queda livre - Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial*. Companhia das Letras, 2010.
- Stiglitz, Sanford Grossman e Joseph. “On the Impossibility of Informationally Efficient Markets.” *American Economic Review* - 70 , junho de 1980.
- Sunstein, Cass R. “Preferences and politics.” *Philosophy and Public Affairs Volume 20 n.º 1*, 1991.
- Sunstein, Cass. *The Cost-Benefit Revolution*. The MIT Press - Massachusetts Institute of Technology, 2018.
- . *The Second Bill of Rights: FDS’s Unfinished Revolution - And Why We Need It More Than Ever*. E-Book. Hachette UK, Março 2009.
- Tafari, Gabriele Mazzanti e Laura. “La Better Regulation Alla Prova Della Pandemia.” *L’analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regulatione*, Annuario 2020.
- Tavares, João Ricardo Catarino e José F. F. *Finanças Públicas da União Europeia*. Almedina, 2012.
- Teixeira, António Braz. *Sentido e Valor do Direito - Introdução à Filosofia Jurídica*. Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.
- Teske, Paul. *Regulation in the States*. Brookings Institution Press, 2004.
- . “The New Role and Politics of State Regulation.” *Regulation/ Fall*, 2004.
- Thomas, Douglass North e Robert. *The Rise of the Western World*. Cambridge University Press, 1973.
- Timothy Fitzgerald, Kevin Hassett, Cody Kallen, e Casey B. Mulligan. *An Analysis of Vice President Biden’s Economic Agenda: The Long Run Impacts of Its Regulation, Taxes, and Spending*. working paper n.º 2020, Becker Friedman Institute for Economics at UChicago, 2020.
- Tollison, Robert Ekelund e Robert. “The Interest-Group Theory of Government.” *The Elgar Companion to Public Choice*, 2001: Chapter 17.
- Tschirhart, John. “Partial Regulation of Natural Monopoly.” *The Political Economy of Government Regulation. Topics in Regulatory Economics and Policy Series, vol 4*, 1989.
- Tullock, Gordon. “The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft.” *Western Economic Journal*, june de 1967: 224-232.

- Tullock, James M. Buchanan e Gordon. *The Calculus Of Consent - Logical Foundations of Constitutional Democracy*. The Online Library of Liberty - Liberty Fund, Inc., 1962.
- Unger, Thomas Rixen e Brigitte. "Taxation: A regulatory Multilevel Governance Perspective." *Regulation And Governance* - 16, 2022: 621-633.
- Vasques, Sérgio. "As Taxas de Regulação Económica em Portugal: Uma Introdução." Em *As Taxas de Regulação Económica em Portugal*, de Sérgio Vasques. Almedina, 2008.
- . *Fiscalidade da Energia*. Almedina, 2017.
- . *Manual de Direito Fiscal*. Almedina, 2012.
- . *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*. Almedina, 2008.
- . *Regime das Taxas Locais - Introdução e Comentários*. Almedina, 2008.
- Vaz, Manuel Afonso. *Direito Económico (A Ordem Económica Portuguesa)*. Coimbra Editora, 1998.
- Vicente, Marta de Sousa Nunes. *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*. Coimbra Editora, 2012.
- Vitor Gaspar, Paolo Mauro. "Fiscal Policies to Protect People During the Coronavirus Outbreak." *Blog IMF - responses for Coronavirus*, Março de 2020.
- Vitorino, António. *As Autorizações Legislativas na Constituição Portuguesa*. Policopiado - Lisboa, 1986.
- Wagner, Richard E. *Knut Wicksell and Contemporary Political Economy*. paper, Department of Economics - George Mason University, 1998.
- Weber, Luc. *L'État, Acteur Économique*. 3ª Edição. Economica, 1997.
- Weingast, Barry. "The congressional-bureaucratic system: a principal agent perspective (with applications to the SEC)." *Public Choice* n.º 44, 1984.
- West, Edwin G. *Adam Smith into the Twenty-First Century*. Edward Elgar Publishing Limited, 1996.
- Winston, Clifford. *Government Failure versus Market Failure*. AEI - Brookings Joint Center of Regulatory Studies, 2006.
- Wren-Lewis, Liam. *Regulation of Utilities in Developing Countries*. Oxford University Research Archive - PhD Thesis, 2010.
- . *Regulatory Capture: Risk and Solutions*. University of Oxford Press, 2011.
- Wren-Lewis, Simon. "The Economic Effects of a Pandemic." *Social Europe*, 2020.
- Xavier, Alberto. *Manual de Direito Fiscal*. FDL, 1978.
- . *Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. Revista dos Tribunais - São Paulo, 1978.
- Xavier, Guilherme Xavier de Basto e António Lobo. "A Distinção entre Taxas e Impostos." *Fisco* n.º 35, 1993.

Yeung, Bronwen Morgan e Karen. *An Introduction to Law and Regulation*. Cambridge University Press, 2012.