

# Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível

## J. J. Gomes Canotilho

Professor Catedrático Jubilado  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

---

### SUMÁRIO

#### § 1. Descodificação

#### § 2. A propósito dos impostos

1. Heterotopias
2. O direito constitucional organizatório: os “nervos financeiros” da república
  - 2.1. A função financeira
  - 2.2. O princípio da estabilidade tributária
  - 2.3. Princípio da equivalência e “estado de serviços”
  - 2.4. Taxas e igualdade fiscal

#### § 3. Modos discursivos

- I. Modo discursivo 1. – *Consensus* e dimensão comunicativa do discurso político
- II. Modo discursivo 2. – O que significa compromisso e consenso na constitucionalização da “regra de ouro” respeitante aos limites de endividamento do Estado?
- III. Modo discursivo 3. – A morfogénese da dívida
- IV. Modo discursivo 4. – *Consensus* e modo discursivo dominante: o problema do crescimento
- V. Modo discursivo 5. – O travão à dívida é também um travão ao Estado Social? Qual ou quais as causas da crise?
- VI. Modo discursivo 6. – O que significa compromisso e consenso na situação de “coalescência” provocada pela crise financeira?

VII. Modo discursivo 7. – O que significa compromisso e consenso relativamente ao indicador sintético da qualidade da despesa pública?

VIII. Modo discursivo 8. – Constitucionalização da dívida e garantias constitucionais de irrevisibilidade

#### **§ 4. Modos discursivos jurídico-constitucionais**

1. A constitucionalização dos travões ao endividamento
2. A literatura e o impacto da dívida
3. A responsabilidade pela tragédia do “*stress* financeiro”

## § 1. Descodificação

Perante um título tão presunçoso nada mais há a fazer que proceder à sua liminar descodificação. Começemos por *incomensurabilidade*. Dizem os dicionários que incomensurável é a qualidade, carácter ou condição do que é incomensurabilidade. Dentre os vários sentidos de incomensurabilidade, selecionaremos este: “que não tem medida comum com outro”. No texto falar-se-á de incomensurabilidade de *discursos*. Por discurso entender-se-á uma “série de enunciados significativos que expressam formalmente a maneira de pensar de um certo grupo sobre determinado assunto” (HOUBAIS, 2002). Uma das teses desenvolvidas na explanação subsequente incidirá precisamente sobre a incomensurabilidade dos discursos dos economistas (de alguns economistas) e dos juristas (de alguns juristas) em torno dos problemas suscitados pelas políticas de austeridade em vários países da União Europeia. O confronto das narrativas discursivas conduzir-nos-á a uma incontornável suspensão reflexiva acerca das fontes de direito nos sistemas jurídicos internormativos. A expressão *hierarquias entrelaçadas* mergulha as suas raízes nas “voltas estranhas” brilhantemente analisadas por Hofstadter (2013: 722-757). Em sistemas multinível onde confluem fenómenos de interjuridicidade, de internormatividade, de interconstitucionalidade, de interjusfundamentalidade, de interjurisdicionalidade, descobre-se que a hierarquia das fontes de direito deixou de ter uma lógica piramidal. Ela abre-se a fundamentos e justificações circulares assentes em regras construídas quer de cima para baixo (sistema clássico legicêntrico) quer de baixo para cima (sistema juricista-jurisprudencialista). O entrelaçamento que vai estar aqui em causa diz respeito às relações de superioridade normativa e de preferência de aplicação entre regras de um sistema estatal-constitucional e de um sistema transnacional. Tentaremos demonstrar que o entrelaçamento pode extravasar de uma “partitura normativa normal” para se estender a estranhas voltas desenvolvidas por esquemas normativos de excecionalidade. Estamos a referir-nos à problemática de hierarquias entrelaçadas entre normas – regras e princípios – desenvolvidas no cenário normativo do estado de direito constitucional democrático e “decisões de *governance*” precipitadas pela necessidade de resolver problemas coletivos urgentes (endividamento excessivo dos estados, políticas de desvalorização fiscal).

## § 2. A propósito dos impostos

### 1. Heterotopias

Como acabámos de assinalar, a nossa récita discursiva pretende abordar a incomensurabilidade dos discursos. Nos últimos tempos, temos dedicado alguma atenção aos problemas da estatalidade aberta, dos sistemas jurídicos interconstitucionais, do constitucionalismo supranacional e dos paradigmas transnacionais. Sobre estas questões é, hoje, incontornável o livro de Marcelo Neves sobre o transconstitucionalismo (NEVES, 2009). É indiscutível que os constitucionalistas, centrados nos objetos tradicionais da ciência de direito constitucional – Estado, Constituição, Democracia (DENQUIN, 2012: 39 ss.) –, não podem furtar-se a uma análise problematizadora dos fenómenos da *concorrência de ordenamentos jurídicos*, da *lex shopping*, do *forum shopping* e da *governance*. Assiste-se, em vários quadrantes jurídico-culturais, a uma verdadeira *translatio imperii* dos velhos para os novos detentores de poderes económicos e políticos, tornando obsoletos os esquemas políticos e conceituais do Estado, soberanias, representação, democracia e governo. Temos na mira sobretudo os discursos económicos e financeiros, as narrativas da dívida e os estados de necessidade financeira. Mas também dos discursos em torno das *heterotopias* e *distopias*. Para países como Portugal que, de forma não raro arrogante, invoca a abertura ao mundo como “dádiva de novos mundos ao mundo”, abrem-se buracos negros, não sabemos se cheios de antimatéria, mas irredutivelmente pertencentes ao mundo das instantaneidades globais. A nossa jangada de caravelas e de pedras parece ser uma navegação comandada a partir de múltiplos globais. Um autor que se tem dedicado a desafios intelectuais de utopias, atopias, distopias e heterotopias não tem dúvidas quanto à crise da ordenação e da ordem nas sociedades modernas. No fundo tudo é global: (i) *governance* imposta como ordem mundial simbólica; (ii) *direito global* produzido pela heteronomia das ordens de poder; (iii) *dinheiro global*, derivado da hierarquia das ordens dos números; (iv) *expertise global*, expressa na heterogenuidade das ordens de conhecimento; (v) *moral global*, revelada pela heterodoxia das ordens morais, das crenças e das religiões (WILLKE, 2003: 322 ss.).

Se vemos bem as coisas, do velho mundo das “várias ordens de poder, de vários estados, de vários dinheiros, de vários saberes e de várias religiões – outrora o mundo das identidades nacionais e estaduais –, transitar-se-ia para o mundo da *regressividade definitiva* do estado nacional. Mais do que isso: os dois mecanismos geniais de que ele dispõe para vencer incertezas e indecisões – a ética para os cidadãos e o direito para a política – revelam-se crescente-

mente imprestáveis para o exercício de direção no mundo global. Acrescente-se ainda: os fundamentos das estruturas democráticas do poder – a *legitimação* e a *legitimidade* – são sucessivamente substituídos por “derivados legitimatórios” como a *expertise*, a *governance* e a competência. Por outro lado, os poderes de decisão das *matrizes comunicativas anónimas* (os mercados, a comunicação social, a vigilância eletrónica), tão bem caracterizadas por Teubner (2012), impõem-se sem controlo e contrapesos. É neste contexto que nos propomos abordar os *modos discursivos* da contemporaneidade em torno de questões particularmente ásperas para os juristas, especialmente para os cultores do direito constitucional. De qualquer modo, e perante a progressiva erosão dos pressupostos materiais do estado de direito constitucional, democrático e social consideramos ser um imperativo categórico e uma imposição ético-republicana enfrentarmos a causa da dor. Os sábios acusam algumas instâncias judiciárias de ativismo, de “abuso ou usurpação de poderes”, de “instituições contra-maioritárias”. Noutros casos, políticos, economistas e juristas, deitam mão ao arsenal hiperpoliticado de Carl Schmit e, sem quaisquer dúvidas sobre a maldade dos seus tiques profundos de decisionismo, voltam às “culturas políticas emergenciais”, aos “estados de necessidade”, à “contextualização político-transnacional” para legitimar não só agressivas medidas contra justas posições jusfundamentais subjetivas, mas também para darem cobertura à mais escancarada erosão dos princípios básicos do estado de direito. Mas é precisamente neste mundo que a liderança económica e política clama a torto e a direito por *consenso*. De novo o *consensus* nas instâncias fractais! Começaremos por aqui a abordagem dos vários modos discursivos.

## 2. Direito constitucional organizatório: os “nervos financeiros” da república

### 2.1. A função financeira

1. Nas obras mais recentes dedicadas ao estudo sistemático de alguns ramos do direito público (direito constitucional, direito do Estado, direito administrativo), volta a ter centralidade o direito financeiro. A importância das “finanças” na análise dos esquemas organizatórios do Estado não é uma descoberta dos tempos contemporâneos da crise, da dívida pública ou do financiamento do Estado Social. Algumas sínteses do papel das finanças exprimem-se em fórmulas plásticas: “*Pecunia nervus rerum*”, “*les nerfs de la République*”. Mais recentemente, os cultores do direito constitucional financeiro avançam com outros enunciados linguísticos: “as finanças são a realidade de uma Constituição” (WALDHOFF, 2007: 814 ss.). Por sua vez, a ciência do direito administrativo (sobretudo a “nova ciência do novo direito administrativo”) não hesita em proclamar enfaticamente que

o “dinheiro é o meio universal mediante o qual o estado cria os pressupostos materiais para a realização das suas tarefas”. Compreende-se, assim, que, na esteira de J. Schumpeter, se estructure este encadeamento: o estado moderno é um estado de finanças (*Finanzstaat*), a teoria financeira é uma teoria do estado, as crises financeiras são crises do Estado (KOKOTT, s.d.).

2. Perante a relevância jurídico-constitucional das finanças na estruturação das *funções* do Estado, propõe alguma doutrina que a função financeira seja recortada autonomamente como uma função do Estado, ao lado da função legislativo-normativa da função de governo, de administração e da função jurisdicional. Se “as finanças são a realidade da constituição” parece teórica e dogmaticamente acertado que o direito constitucional não relegue para a “ciência das finanças”, tradicionalmente compreendida como uma ciência económica e não como ciência jurídica, alguns aspetos centrais da problemática financeira e tributária (enquadramento constitucional do direito financeiro, enquadramento constitucional do orçamento e do sistema fiscal, refrações políticas e jurídicas no direito constitucional dos novos problemas atinentes à dívida pública e o financiamento da segurança social). Explicitemos melhor algumas dimensões da estatalidade tributária.

## 2.2. O princípio da estatalidade tributária

Em primeiro lugar, o direito financeiro não se esgota nos esquemas organizatório-funcionais nem constitui uma “reserva de decisão política” imune a esquemas de *jusfundamentalidade* e de *cidadania*. A relação Estado-cidadão volta a ter centralidade na caracterização dos meios e formas do agir financeiro e tributário do Estado.

O direito financeiro e a constituição financeira assentam no *princípio de estatalidade tributária*. Este princípio estruturante do Estado tem sido crescentemente atacado. As controvérsias dizem respeito, em último termo, à questão fundamental de saber: (i) quais as tarefas públicas que devem ser financiadas por receitas financeiras gerais, ou seja, através de receitas sustentadas pela coleta de impostos e subordinadas ao *princípio da capacidade contributiva*, e (ii) quais as contribuições informadas pelo *princípio da equivalência*, constituindo uma contraprestação pelos benefícios concedidos aos particulares em determinados casos concretos. Em termos jurídico-financeiros, trata-se da distinção entre *encargos gerais* e *encargos especiais*. Mediante o critério dos custos chega-se à dimensão económica da conformação dos tributos unilateralmente impostos aos cidadãos. Os modos de financiamento relacionados com o *prin-*

*cípio da equivalência* tendem a configurar o cidadão como cliente, utente e consumidor.

É discutida a ligação entre tarefas do Estado, legitimação democrática e tarefas instrumentais de financiamento do Estado. O problema vai para além do direito financeiro, estando em causa a configuração democrático-parlamentar do Estado constitucional e, mesmo, a própria configuração do Estado. A separação entre receitas e despesas no âmbito do orçamento do Estado, a ausência de afetação de receitas, a faculdade de decisão política global assente no direito orçamental do parlamento, constituem pressupostos de uma participação igual dos cidadãos nas questões de financiamento do Estado. Mas não só: perfilam-se, também, como elementos incontornáveis da capacidade de ação do Estado e, consequentemente, da democracia constitucional.

### 2.3. Princípio da equivalência e “estado de serviços”

A dissolução da gestão financeira do Estado em relações de equivalência pontuais, e até ocasionais, perturba a função das instituições político-representativas e põe em risco a ideia jurídico-constitucional da igualdade democrática. Ao atrelar a questão das tarefas públicas à coleta de receitas, operando, consequentemente, a transmutação estrutural da filosofia da administração, abre-se o caminho para o chamado “estado de prestação de serviços” (*Dienstleistungsstaat*). A simples possibilidade de transmutar a decisão estrutural subjacente à constituição financeira no sentido de uma democracia orientada pelo princípio da equivalência, estendendo a equivalência financeira à equivalência política não pode ter acolhimento na constituição. Como afirma Christian Waldhoff a propósito da constituição financeira alemã, a *responsividade entre decisão de tarefas e a decisão de financiamento* eventualmente alcançada mediante o acoplamento de processos paralelos não corresponde ao esquema legitimatório-democrático da constituição financeira moderna (WALDHOFF, 2007: 817 ss.). A igualdade democrática liga-se ao estatuto de cidadão. Não tem como pressuposto apenas aquele que paga pelas prestações estatais, mas também aquele que codetermina a legitimação democrática do Estado. São, por isso, de rejeitar todas as tentativas destinadas a considerar o princípio da equivalência jurídico-financeira como correia de transmissão da influência participativa dos sujeitos pagantes na formação da vontade estadual. O *status* de cidadania financeira e fiscal traduzir-se-á em dar centralidade à conformação de âmbitos prestacionais cujo financiamento depende da respetiva contraprestação. No âmbito da estatalidade tributária, o princípio da equivalência pode orientar o montante de determinados tributos como taxas e contribuições fiscais, mas

só e na medida em que se mantenha a prevalência básica de financiamento através de impostos.

#### 2.4. Taxas e igualdade fiscal

O direito constitucional financeiro convoca também uma apurada compreensão jurídico-constitucional na conformação legislativa das taxas do imposto. Argumenta-se, a propósito da igualdade fiscal, que ela é obtida através de taxas baixas e do alargamento de incidência fiscal. Globalmente considerada, a *tributação justamente igual* é melhor alcançada quando o imposto sobre o rendimento respeita as necessidades existenciais, sem recorrer a regulações especiais ou de exceção. Em termos comparados, e não obstante a diversidade tributária, aponta-se para uma taxa módica de imposto sobre o rendimento – cerca de 25%. No âmbito internacional, manifesta-se, porém, uma tendência para diminuir a taxa do imposto sobre rendimentos de sociedades (IRC) e de rendimentos elevados. O resultado é o de que, a médio prazo, os rendimentos do trabalho são onerados (IRS), ao passo que, por esse mundo fora, os impostos sobre o capital beneficiam de redução de taxas. Neste contexto, coloca-se ao Estado constitucional o problema de saber se é aceitável uma diferenciação segundo factores de produção conducente a um sacrifício maior por parte dos rendimentos do trabalho. Transferindo estas considerações para o direito tributário alemão e tendo em conta a situação da economia alemã, Ch. Waldhof defende em termos incisivos: o princípio da igualdade proíbe o desfavorecimento dos rendimentos do trabalho. A tradição das receitas sustentadas (*“fundierte Einkommen”*) aproxima-se mais de uma tributação elevada para os rendimentos do capital, e, de todo o modo, não confirma uma tributação mais elevada dos rendimentos do trabalho. O modelo económico da Alemanha vive das suas inteligências – dos inventores, dos empresários, dos cientistas, dos artistas – que, através da utilização da sua propriedade intelectual, alavancam o capital, sendo esse modelo orientado, em termos fiscais, a favor do trabalho e não do capital. Todas as decisões fundamentais sobre a estruturação e conformação do sistema tributário são decisões constitucionais. Estas considerações não se podem transferir de plano para outras ordens constitucionais com diferentes condições económico-financeiras. De qualquer modo, perante a intrigante aceitação de “estabilizadores automáticos” no combate à dívida, assente primordialmente nos rendimentos do trabalho, deve questionar-se como e em que termos são razoáveis os diferentes modos discursivos correntes na literatura sobre este problema. A isso dedicaremos os desenvolvimentos subsequentes.

### § 3. Modos Discursivos

Os vários momentos discursivos que vamos desenvolver têm todos como pano de fundo quatro momentos estruturantes: (i) o momento *stasis* da República com as suas dificuldades e turbulências e o esforço para encontrar soluções político-sociais estabilizadoras; (ii) o momento deliberativo-constituente sempre esgrimido para legitimar revisões da própria lei fundamental; (iii) o momento de reforma ou da reestruturação do Estado com a problematização do “quanto-Estado” e “que Estado” para uma comunidade; (iv) momento comunicativo voltado para a captação das formas de diálogo e de dissenso entre “governantes” e “governados”. É óbvio que não se trata de momentos separados. Todos eles traduzem segmentos sistémicos inoculadores de irritações intra e intersistémicas.

Vejamos como.

#### I. Modo Discursivo 1.

##### **Consensus e dimensão comunicativa do discurso político**

Falar de “consensos” é quase um “*non sense*” ou “*antisensus*” no atual contexto político. Em vários colóquios temos lembrado o registo feito pelo historiador americano Tony Judt, no seu estimulante ensaio *Um Tratado sobre os nossos atuais descontentamentos* (Lisboa, 2012). Numa conferência por ele realizada em Nova Iorque, em outubro de 2009, a “primeira pergunta veio de um aluno de doze anos”. Este jovem foi “direito à questão”:

“OK, então, diariamente, se tivermos uma conversa ou mesmo um debate sobre alguns desses assuntos e se mencionar a palavra socialismo, às vezes é como se tivesse caído um tijolo na conversa e já não há maneira de o voltar a pôr onde estava. O que é que recomendaria para repor a conversa.”

Creio bem que na discussão do tema do “consenso e da reforma institucional” podem cair vários tijolos que acabarão definitivamente com qualquer reabertura de diálogo. O problema começa na própria intransparência e ambiguidade da dimensão comunicativa dos vários atores políticos, nacionais e internacionais, institucionais ou sociais. Vamos dar exemplos.

Exemplo 1: “a dívida, dada a falta de possibilidade de recorrer à ‘desvalorização monetária’, deve assentar na ‘desvalorização fiscal’”. Mas o que significa isto? Ficar mais pobre? Convergência de “regime da função pública e da atividade privada” no sentido de “mais baixos salários” e acarretar “mais baixos

direitos”? Uma revista alemã – *Der Spiegel* – tinha sintetizado a questão: Portugal sofrerá uma “depreciação” (empobrecimento) geral de 27%.

Exemplo 2: para solucionar o problema da dívida há que recorrer a “estabilizadores automáticos”. Saberão os contribuintes (o “povo fiscal”) o que são estabilizadores automáticos?

Exemplo 3: a dívida pressupõe “reformas estruturais” e a “reforma do Estado”. Já alguém explicou ao povo em que é que consistem estas reformas e esta reforma?

O *consensus* é invocado numa situação de *stasis* da República. Já os autores clássicos (Platão, Aristóteles, Cícero), ao falarem da “constituição dos antigos” como projeto político de “medida, ordem e pacificação”, acentuavam que, nos momentos de *stasis* – isto é, momentos de agitação social e de conflito político –, é indispensável uma composição pública dos conflitos e uma forma de governo orientada pela ideia de *demokratia*, capaz de responder às exigências de equilíbrio e unidade no seio da sociedade. Os momentos de *stasis* têm sido transmutados noutros nomes, como “momentos maquiavélicos” (ПОКОЦК), “momentos constitucionais” (ACKERMANN) ou “momentos de catástrofe” (TEUBNER). Como quer que seja, todos devemos ser convocados para dar solução aos “nossos atuais descontentamentos” (TONY JUDT) e à fratura que se vai transformando em “cisma” tanático de uma República Constitucional. Procuremos, então, o *consensus*.

## II. Modo Discursivo 2.

### O que significa compromisso e consenso na constitucionalização da “regra de ouro” respeitante aos limites de endividamento do Estado?

*Dívida pública* (ou endividamento): Ópio do orçamento do Estado?

No atual debate europeu relativamente à inclusão na lei constitucional de um limite-travão ao endividamento do Estado parece haver uma nova “cruzada” com laivos de diabolização. De um lado, perfilam-se os que defendem o rigor orçamental acima de tudo, condenando o sistemático endividamento do Estado (dívida e défice) como um pecado mortal. Como fórmulas lapidares desta corrente citam-se as palavras do ex-primeiro-ministro da Suécia (GÖRAN PERSSON) ao salientar que “quem deve não é livre” e o *slogan* de um professor universitário alemão (JOSEPH ISENSEE) que considera o endividamento do Estado como “ópio do povo”. O recurso aos “empréstimos” ou, se se preferir, ao crédito, torna cada vez mais sequiosos os consumidores, convertendo-os progressivamente a dependentes dos credores. Acrescenta-se também um argumento de inter-

geracionalidade: o sistemático e crescente recurso ao crédito conduz, a longo prazo, a injustiça geracional, considerando-se que os “empréstimos de hoje são impostos de amanhã”.

A questão também poderá colocar-se no plano democrático. Os princípios da democracia e da sociedade postulam a possibilidade de ação dos futuros órgãos representativos das futuras gerações não sobrecarregados com resgates de empréstimos e encargos de juros estruturalmente excessivos. Até porque, acrescenta-se, um estado superendividado conduz a quedas de crescimento, não só pela falta de investimento públicos mas também pela desconfiança de investidores privados (*crowding out*). O sinal de alerta para esta fuga de investimento é dado pelas agências de *rating* através da redução das notas de bonificação (KOEMI, 2011: 1 ss.). Temos assim, em resumo, vários argumentos justificativos da “diabolização da dívida” e da precaução perante “endividamento excessivo do estado”: (i) *argumento da liberdade* – um povo devedor não é um povo livre; (ii) *argumento da intergeracionalidade* – os empréstimos de hoje são os impostos de amanhã; (iii) *argumento de democracia* – o legislador democrático não pode ficar eternamente vinculado às mãos das políticas públicas dos seus antecessores; (iv) *argumento do crescimento e do investimento* – o Estado superendividado conduz a quedas de crescimento, não só pela falta de investimento público mas também pela desconfiança dos investidores privados (*crowding-out*); (v) *argumento da soberania* – a dependência dos credores tem um preço político elevadíssimo, pois o Estado só pode evitar a bancarrota mediante concessões políticas e sociais (ex.: deflação pela dívida).

### III. Modo Discursivo 3.

#### A morfogénese da dívida

Os argumentos atrás individualizados transportam um modo discursivo, ou, se se preferir, uma leitura da dívida pública, assim encadeada.

- a) Os cidadãos exigem ao Estado, simultaneamente, cada vez menos impostos e cada vez mais serviços e prestações.
- b) Perante a baixa de receitas para acorrer às despesas, sobretudo despesas sociais, os Estados recorrem:
  - ao endividamento público derivado do financiamento de tarefas e mesmo despesas correntes mediante o recurso ao crédito;
  - a geração futura deverá pagar a dívida com juros e juros de juros;
  - os contratos de empréstimos são decididos pelos governos e aprovados pelos parlamentos com o objetivo de satisfazer as demandas atuais

(da geração presente), fazendo recair os encargos sobre as gerações futuras.

- c) Os mercados financeiros, designadamente os bancos e as companhias de seguros, oferecem (ou ofereciam) sempre novos créditos, sobreendividando o Estado na qualidade de “sócio bem querido” do negócio.
- d) As partes do contrato estão cientes de que nos momentos de vencimento o Estado *não cumprirá* as suas obrigações de pagamento, embora cumpra religiosamente as suas obrigações quanto ao pagamento dos juros.
- e) Não tem, assim, segredos a morfogénese da dívida soberana: ela será uma dívida sempre contínua e permanente.
- f) A sobrecarga dos juros sobre os juros aumenta em tal proporção que, mesmo havendo crescimento económico, nunca se poderá saldar a dívida a não ser que haja “milagre” na taxa de crescimento.
- g) Os “porta-vozes” dos mercados financeiros e as agências de *rating* e outras instituições (supranacionais e internacionais) valoram a capacidade de crédito do Estado e determinam, por fim, os juros do Estado endividado (superendividado). Em último termo, decidem sobre as *margens de manobra* orçamentais e fiscais do Estado, operando a erosão progressiva da soberania do estado.
- h) Daí que os ajustamentos de financiamento impliquem a entrega aos mercados e instituições financeiras o juízo supremo sobre o êxito dos programas de poupança, de cortes nos salários e, por último, na redução do Estado Social a um Estado de mínimos (KIRCHHOF, 2011: 77).

#### IV. Modo Discursivo 4.

##### **Consensus e modo discursivo dominante: o problema do crescimento**

O discurso sobre a dívida enfrenta um outro modo argumentativo que vem desde L. V. Stein: “um Estado sem dívida pública ou faz demasiado pouco pelo seu futuro ou exige de mais ao passado”. Isto conduz a políticas de crescimento e a políticas de crédito consideradas como “boas políticas públicas”. Nestes termos (KIRCHHOF, 2011).

- a) A economia (também a economia privada) e o Estado pressionam a favor do crescimento, considerando o crédito como instrumento para aumentar a “produtividade e o bem-estar”;
- b) É certo que os princípios para a economia privada e para o Estado são diferentes: a economia satisfaz as necessidades dos produtores de mercadorias e serviços; o Estado garante a paz, a segurança e o direito;
- c) A *produtividade* do Estado não reside estruturalmente em prestações objetivas e serviços, mas na organização de uma sociedade pacífica sob o império

do direito, em que se garante a *liberdade*, a *igualdade* em termos de *status social básico*, a possibilidade de desenvolvimento da pessoa e a *segurança* no desenvolvimento. Nem mais, nem menos;

d) Contudo, a “realidade democrática”, o “devedor fiscal”, obrigam os decisores a um aumento de prestações do Estado, o que significa, muitas vezes, a antecipação de programas adicionais de pagamento e, por fim, aumento de impostos;

e) Por mais bondade que haja nos imperativos da socialidade, estes não podem perturbar a *regra de ouro* assente no *princípio de equilíbrio* orçamental material (i) a despesa pública deve financiar-se mediante impostos e rendimentos do património público; (ii) o que implica, a limitação da possibilidade de *equilíbrio formal* mediante o recurso ao crédito; (iii) o recurso ao crédito deve limitar-se a despesas de investimento capazes de gerar base tributária para financiamento do défice. Se os Estados revelam uma censurável indiferença perante esta “regra de ouro” isso significa que mais tarde ou mais cedo, de forma autónoma ou heterónoma, terão de optar pelo *travão à dívida* (KOEMI, 2011: 3 ss.). O que significa “travar a dívida”?

i) Desde logo, limitar o recurso a crédito;

ii) Limitar a legitimidade constitucional de recurso a crédito a casos de necessidade extraordinária;

iii) Vincular os empréstimos a despesas de financiamento – *investimento* de que poderão beneficiar as gerações futuras;

iv) Subordinar as políticas orçamentais a travões heteronomamente vinculantes quer porque estão definidos em pactos internacionais (ex.: Pacto para o Euro e reforço de coordenação da política económica para a competitividade e divergência; Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança da União Económica e Monetária, Tratado de Maastricht) ou em normas constitucionais parametricamente vinculativas dos limites do *défice* e da *dívida pública*. O “travão à dívida” assenta nesta ideia básica: o endividamento estatal não se autofinancia e por isso o rigor deste travão significa: (i) o equilíbrio orçamental é um “dever”, uma “obrigação”, uma “imposição constitucional”; (ii) o equilíbrio orçamental pressupõe limites quantitativos de endividamento máximo (3% do défice orçamental e 60% de dívida em relação ao PIB); (iii) esta opção por elementos quantitativos é preferível a fórmulas indeterminadas como “necessidades extraordinárias”, “vinculação de investimentos produtivos”, “reserva de conjuntura”; (iv) *convergência* do direito constitucional com o direito europeu.

## V. Modo Discursivo 5.

### O travão à dívida é também um travão ao Estado Social? Qual ou quais as causas da crise?

Creemos que o *consensus* – pelo menos social – é difícil de alcançar quando se pergunta pela causa da crise. Como é sabido, para uns a causa da crise é a dívida (superdívida) soberana, e, para outros, a causa da crise é a acumulação insustentável de dívidas do sector privado em certos países da zona euro (P. DE GRAUWE). Entre Lisboa e Dublin, as duas causas tornam-se responsáveis pela estratégia da *deflação pela dívida*: (i) a *tomada pelos governos* de dívida de privados (principalmente bancos); (ii) *estabilizadores automáticos*, em virtude da baixa de receitas originada pela recessão; (iii) políticas neutralizadoras de *rigidez estrutural* (mercado de trabalho, serviços de Estado) derivada de movimentos divergentes de competitividade da zona euro, conducentes à introdução de *reformas estruturais* (custos unitários de trabalho, proteção do emprego, despesas sociais) capazes de dar resposta às referidas divergências.

É neste preciso contexto que começamos com os “dissensos”, as “discordâncias” e os “cismas”. As reformas estruturais apontam para um *equilíbrio de subemprego* com despedimentos crescentes e inacessibilidade ao mercado de trabalho. Os destinatários das reformas estruturais perguntam se as políticas da dívida não significarão “socialismo de Estado para ricos e neoliberalismo para pobres” (U. BECK). Em vez de se obrigarem os agentes económicos à justa assunção de perdas financeiras pelas más escolhas (ex.: “bolha” do imobiliário e o “boom” de consumo), obrigam-se as autoridades políticas a socializar perdas, reportando-as sobre o Estado ou sobre os ativos dos bancos centrais. Mais do que isso: a “bola de neve” (KIRCHHOF, 2011: 79 ss.) move-se implacavelmente, as finanças públicas giram em torno delas próprias, em detrimento da economia. Por sua vez, os critérios de sustentabilidade subjacentes ao Tratado de Maastricht pressupunham (i) haver um volume de crescimento razoável dos vários países da zona euro (3%); (ii) uma inflação média de 2%; (iii) taxa de endividamento público estável (taxa de 60% do PIB da dívida e défice orçamental restringido a 3% do PIB). Ninguém, em *democracia*, pode ser “objeto” de medidas totalitárias. A dívida pública continua a crescer e os Estados endividados compelidos a reembolsar a curto prazo só o poderão fazer com uma recessão prolongada. Como falar, então, em *consensus* e reforma institucional?

## VI. Modo Discursivo 6.

### O que significa compromisso e consenso na situação de “coalescência” provocada pela crise financeira?

Muitos autores têm salientado, como já anotámos, que o problema da crise financeira não é, em primeiro lugar, uma questão a colocar do lado do Estado. Na situação atual, o problema dos limites à dívida pública relaciona-se com a ideologia fundamentalista do *neoliberalismo*. Este fundamentalismo, ao contrário dos totalitarismos político-ideológicos, é uma *ideologia de coalescência* que opera através de um acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema económico. No caso concreto, a solução da crise passa também pela variável intermediária do poder político, ou seja, uma ideologia como a do neoliberalismo que impõe a redução do espaço do sistema político, equilíbrio do subemprego e o Estado Social de mínimos. Trata-se de uma ideologia política na medida em que, na sua radicalidade, procura a submissão de toda a sociedade através de meios políticos e dentro da armação do universo político. A emergência de instituições regulatórias funcionalmente delineadoras (FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio, Banco Central Europeu) e os seus modos de atuação demonstram que as relações extrassistémicas – sobretudo do sistema económico – implicam esquemas de *governance* carecidos de pontes para as diferentes esferas da sociedade. Daí a insistência – nos sistemas democráticos – da necessidade de negociação, diálogo e compromisso que se revelem funcionalmente adaptáveis ao sistema económico.

Se outras considerações fossem necessárias o caso da amortização através de depósitos privados (Chipre) demonstra bem que a “coalescência” de operadores e reguladores económicos tende a alavancar uma nova forma do “constitucionalismo societal dentro do próprio sistema financeiro” (KJAER, TEUBNER e FEBRAJO, 2011: 418 ss.). Se compreendemos bem, o apelo a esquemas organizatório-funcionais politicamente neutrais e portadores de conhecimentos (económicos, financeiros, organizatórios) radica no facto de só eles serem considerados capazes de amortecer o “choque das confrontações políticas” mediante a positividade das análises empiricamente sustentadas (ex.: “comissão independente de finanças”, “comissão de análise das autonomias regionais e locais”). Não temos certeza da bondade política destes esquemas, correndo-se mesmo o risco de eles constituírem o “*lado obscuro da diferenciação* funcional dos sistemas”. Em último termo, o problema que nos é colocado entronca no significado do consenso relativamente ao indicador sintético da *qualidade da despesa pública*. A isso dedicaremos umas breves linhas que ajudarão a colocar mais algumas provocações.

## VI. Modo Discursivo 7.

### O que significa compromisso e consenso relativamente ao indicador sintético da qualidade da despesa pública?

Como é sabido, o indicador sintético da qualidade de despesa pública tem como referência as despesas suscetíveis, pela sua natureza, de sustentar objetivos estratégicos, particularmente o crescimento e o emprego. Nestas despesas incluem-se as despesas de educação, de saúde, de investigação. A regra do freio ao endividamento consagrada nos diplomas europeus e em algumas constituições coloca a questão debatida por alguns economistas alemães (PETER BOFUNGER/GUSTAV HORN: *Die Schuldenbremsei gesamtwirtschafts Stabilität und die Zukunft unserer Kinder*). E a questão é esta: como podem e devem os Estados financiar as despesas do futuro e as despesas de qualidade relativamente às quais os mercados financeiros não querem investir? Nesta pergunta está implicada uma outra: em que medida a regra do endividamento constitui uma cláusula travão do Estado Social considerado responsável pelos défices?

## VIII. Modo Discursivo 8.

### Constitucionalização da dívida e garantias constitucionais de irreversibilidade

A problemática do compromisso e do consenso pode atrair para o centro de gravitação da crise alguns princípios básicos da constituição como a independência nacional e a unidade do Estado, os direitos, liberdades e garantias, os direitos dos trabalhadores, os direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, a autonomia regional e local (CRP, art. 288.º). Para algumas correntes de opinião, estes princípios colocam entraves à “constitucionalização da dívida” se, através do travão, se pretender impedir revisões apócrifas da Constituição. É óbvio que não há qualquer “garantia de eternidade para o Estado devedor”. Mas o problema central subsiste. Qualquer travão normativo – constitucional ou não constitucional – nunca será uma declaração de amor. Acresce que uma novíssima fórmula matemática começa a revelar o profundo desamor do fundamentalismo neoliberal. J. Stiglitz acaba de lançar o alerta: se o índice de Gini (o indicador de desigualdade) aumenta, porque aumenta a desigualdade, e se o multiplicador de investimento diminui, isso implica a queda do produto interno bruto (PIB). Nem mais nem menos  $(m=1) / (1-C) K (1/1-G)$ . Numa notícia colhida em *Micrómega*, de 31 de maio de 2003: explica-se o teorema de Stiglitz sobre distribuição e multiplicador. Aí pode ler-se que segundo este teorema (i) se a distribuição do rendimento se torna desigual (ii) e se baixa a propensão marginal para o consumo e aumenta o índice de Gini; (iii) então

diminui o valor do multiplicador. A desigualdade e a pobreza são os verdadeiros assassinos do produto interno bruto.

## § 4. Modos discursivos jurídico-constitucionais

### 1. A constitucionalização dos travões ao endividamento

A discussão jurídico-constitucional sobre a “constitucionalização dos travões ao superendividamento” não é nova. Uma das tentativas mais publicitadas é da Constituição alemã. O quadro constitucional alemão autorizava o recurso aos empréstimos, mesmo em período de crescimento económico, discutindo-se a nível político e a nível jurídico-constitucional duas questões básicas: (i) se a bondade dos empréstimos devia orientar-se pelo carácter extraordinário das despesas; (ii) ou pela produtividade das mesmas despesas. De um modo geral, partia-se da Lei de Wagner e, de forma tendencial, considerava-se que o recurso ao crédito devia limitar-se a despesas extraordinárias de carácter *produtivo*, justificadas por investimentos que conservam, melhoram ou aumentam as capacidades de produção da economia (*Verbende Zweck*). Verificou-se, porém, que as despesas de investimento com as características assinaladas não implicavam automaticamente um efeito favorável ao crescimento (nós diríamos também desenvolvimento) e poderiam gerar mesmo custos futuros suplementares (ex.: obras públicas, parcerias público-privadas). Inversamente, certas despesas que não são *a priori* de investimento, como a educação e a saúde, poderiam ter efeitos favoravelmente reprodutivos no futuro. Eis aqui um ponto central, presente, direta ou indiretamente, em todas as discussões. As “despesas do futuro”, assentes em investimentos dinamizados pelo recurso ao crédito, deveriam caracterizar-se qualitativamente por duas notas: (1) despesas de crescimento; (2) efeitos duradouros. O critério qualitativo originava, porém, grandes incertezas, começando pelas diferentes consequências do investimento (favoráveis, negativas ou neutras) e acabando na legitimação de despesas justificadas pela excecionalidade das situações. Isto conduzia ao recurso de *indicador sintético da qualidade de despesa pública*. Esta pauta-se, inicialmente, pelo seguinte padrão: despesas suscetíveis, pela sua natureza, de sustentar os objetivos de uma estratégia centrada no crescimento e emprego, nelas se incluindo as despesas de educação, de saúde, de investigação e de investimento (era este o critério da chamada “estratégia de Lisboa”). O problema é que este critério corria o risco de não tomar em conta o nível de despesas e de não ter em consideração o impacto real sobre a economia. Não admira, por isso, que se acentuasse com mais rigor a margem de manobra orçamental, designa-

damente para os investimentos, e se estabelecessem *plafonds* quantitativos oriundos dos chamados “critérios de convergência” do Tratado de Maastricht. Ao mesmo tempo, estruturaram-se processos de sanções por défices públicos excessivos (art. 126.º do Tratado de Financiamento da União Europeia). Aqui surgem os dois limites ao endividamento: 0,5 do défice orçamental e 60% da dívida pública em relação ao produto interno bruto (PIB).

## 2. A literatura e o impacto da dívida

O “freio ao endividamento” coloca algumas das mais tormentosas questões do direito constitucional da nossa contemporaneidade. Basta ler alguns títulos recentes para intuímos de imediato a repercussão pública desta problemática. A *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger*, n.º 3, 2014, inseriu um artigo com este título de autoria de Jim Lapin: “L'équilibre des finances publiques: une exigence externe mutant en cause la souveraineté de l'État.” No n.º 4 de 2013 da *Kritische Vierteljahresschrift*, Joannis Katsaroumpas escreve sobre “EU bailout conditionality as a de facto mode of Government”. A Revista Europeia de Direito Público (*European Review of Public Law*), no n.º 4/2011, publica um artigo de Georgios Katrougalos/Giorgis Pavlidis (Professores de Direito Constitucional) com o sugestivo título: “La constitution nationale et les défenses juridiques d'un pays surendetté face à une situation de détresse financière: leçons tirées de la crise grecque” (2009-2011). Adriano Giovanelli publica nos *Quaderni Costituzionali* (4/2013) um informado trabalho com o título “Vincoli europei e decisione di bilancio”. Finalmente, a *Neue Juristische Wochenschrift* insere, nos n.ºs 1-2/2013, uma série de trabalhos sobre o “excesso de endividamento”: Paul Kirchhof, “Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union”; Martin Nettesheim, “Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus”; Thomas Oppermann, “Euro-Rettung und europäisches Recht”; A. Fischer Lescano, “Fiskal Vertrag und Unionsrecht. Unionsrechtliche Grenzen Völkervertraglicher Fiskalregulierung und Organleihe”. Se estivermos atentos à literatura monográfica mais recente, encontramos também trabalhos sugestivos incidentes sobre alguns dos problemas mais fractais suscitados pela “crise da dívida soberana”.

Desde logo, o impacto sobre o direito de trabalho. Numa obra coletiva editada por Niklas Bruun/Klaus Lörcher e Isabelle Schömann, com o título *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe* (Oxford and Portland, Oregon, 2014), submetem-se à publicidade crítica os seguintes problemas: (i) “Changes in the General European Legal Framework” (I. SCHÖMANN); (ii) “A New Economic Governance Through Secondary Legislation? Analysis and

Constitutional Assessment from New Constitutionalism, via Authoritarianism Constitutionalism to Progressive Constitutionalism” (LUCAS OBERNDORFER); (iii) “Competencies of the Troika: Legal limitations of the Institutions of the European Union” (ANDREAS FISCHER-LESCANO); (iv) “Social Policy, Economic Governance and EMU: alternatives to Austerity” (SIMON DEAKIN); (v) “Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU” (BRUNO VENEZIANI); (vi) “Collective Action Against Austerity Measures” (FILIP DORSEMENT); (vii) “Decentralisation of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis” (ANTOINE JACOBS); (viii) “Legal and Judicial International Avenues: The (Revised) European Social Charter” (KLAUS LÖRCHER); (ix) “International Litigation Possibilities in European Collective Labour Law: ECHR” (KEIT EWING/JOHN MENDY).

Se algumas publicações incidiam sobre os impactos do “combate ao endividamento” sobre a legislação laboral e as convenções coletivas de trabalho, outros debruçam-se sobre questões tipicamente constitucionais. É o caso de Peter M. Huber, *Verfassungsstaat und Finanzkrise* (Baden-Baden, 2014), juiz do Tribunal Constitucional alemão e Professor de Direito Público na Universidade de Munique, que, depois de aludir à “estabilidade aberta” no âmbito da União Europeia, analisa a “juridicização da política” (que considera como uma “especificidade” alemã).

### 3. A responsabilidade pela tragédia do “stress financeiro”

Regressemos ao *leitmotiv* centrado no “stress financeiro”. Como se deve ter apercebido, uma questão central ainda não foi respondida. O “superendividamento” e o “endividamento excessivo” não é obra do acaso. Quem é ou quem são os responsáveis pela tragédia do “stress” financeiro e respetivas consequências para a estabilidade do estado de direito, para a garantia dos direitos fundamentais e para a salvaguarda da liberdade dos “países devedores”? Uma possível resposta é esta: o “superendividamento” resultou ele próprio de ilegalidade (KIRCHHOF, 2013: pp. 1 ss., 3s.). Deriva diretamente do não cumprimento de “limites à dívida” estabelecidos em tratados (desde Maastricht), das opções orçamentais crivadas de ilicitudes jurídicas. Os cidadãos esperam dos orçamentos públicos altas prestações mas impostos reduzidos. Isso conduziu ao progressivo endividamento público e à progressiva dependência dos mercados financeiros. No plano jurídico-constitucional, são visíveis as devastações: redução dos parlamentos a instâncias de trânsito de políticas financeiras e fiscais. Aumentam os impostos e as taxas de impostos, mas a dívida pública continua a crescer. O cidadão transmuta-se em “devedor”. O que fazer, perguntar-se-á. O tema merecerá uma próxima suspensão reflexiva.

## Bibliografia

- DENQUIN, Jean-Marie, “L’object du droit constitutionnel: État, Constitution, Démocratie?”, in *Traité International de droit constitutionnel*, Michel Troper/ Dominique Chagnollaud, Vol. I, 2012, Dalloz, Paris.
- HOFSTADTER, Douglas R., 2013, *Gödel, Escher, Bach. Laços Eternos. Uma fuga metafórica sobre mentes e máquinas no espírito de Lewis Carrol*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Gradiva, Lisboa, 2013.
- HOUAISS, 2002, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Tomo III, Círculo de Leitores, Lisboa.
- KIRCHHOF, Paul, “La constitucionalización de la deuda soberana. Un diálogo con Antonio López Pina”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 93 (2011).
- KIRCHHOF, Paul, “Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union”, in *NJW*, 1-2 (2013).
- KJAER, Paul / TEUBNER, Gunther / FEBRAJO, Alberto, 2011, *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*.
- KOEMI, Maxi, 2011, *Eine Bremse für die Staatsverschuldung?*, Tübingen.
- KOKOTT, Stefan, “Finanzen”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, III, Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/A. Vosskühle (org.), München.
- NEVES, Marcelo, 2009, *Transconstitucionalismo*, São Paulo.
- TEUBNER, Gunther, 2012, *Verfassungsfragmente Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin.
- WALDHOFF, Ch., 2007, “Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes”, in J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. V, 3.<sup>a</sup> ed.
- WILLKE, Helmut, 2003, *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, Frankfurt/M.