

DOUTRINA

**A FACE OCULTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
OS DEVERES E OS CUSTOS DOS DIREITOS**

José Casalta Nabais*

1 Introdução: a face oculta dos direitos fundamentais

Estou seguro de que o objecto que escolhi para esta minha exposição não está na moda nos tempos que correm. A bem dizer não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica.

E todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo. Face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem.

É, por isso, importante, muito importante mesmo, que em conferências, seminários, congressos, encontros etc., sobre direitos fundamentais, se trate também desse outro lado dos direitos, desta outra face. Não que com isto pretendamos colocar os deveres em pé de igualdade e menos ainda à frente dos direitos, como de algum modo o faz, por exemplo, Joseph Rovin, no livro que escreveu em 1993 com o sugestivo título: *Como tornar-se cidadão da Europa. Primeiro os deveres, depois os direitos*.¹ Muito embora seja necessário acrescentar que este autor fez essa proposta no quadro da construção de uma cidadania europeia e no quadro do empe-

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Na tradução da editora Publicações Dom Quixote da obra publicada em Paris com o título: *Citoyen d'Europe -- Comment le devenir? Les devoirs avant les droits*. Para uma colocação dos deveres à frente dos direitos, muito embora tendo em conta apenas o direito dos impostos, v. Vítor Faveiro (2002, p. 779 et seq.).

nhamento nessa mesma construção. Um quadro em que os compromettimentos, os deveres dos cidadãos dos Estados-membros da agora União Europeia não podem deixar de vir antes dos direitos, dos direitos que um dia, que esperamos não esteja muito distante, suportará uma (verdadeira) cidadania europeia.

Naturalmente que nós não propomos semelhante coisa. Propomos antes e apenas que os direitos e os deveres sejam colocados no mesmo plano, no mesmo plano constitucional. Pois tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor, da pessoa. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar. Efectivamente, a constituição do indivíduo ou dos direitos fundamentais deve preceder as outras constituições, a saber: a constituição política ou da organização política e a constituição económica ou da organização económica.²

Mas falemos, então, dessa face oculta dos direitos fundamentais: primeiro dos deveres fundamentais e, depois, dos custos dos direitos.

2 Os deveres fundamentais

2.1 O esquecimento dos deveres

E uma primeira consideração a fazer a este respeito tem a ver com uma verificação, com o esquecimento dos deveres fundamentais. Na verdade, podemos afirmar que os deveres fundamentais constituem um assunto que não tem despertado grande entusiasmo na doutrina. Bem pelo contrário. Se tivermos em conta a doutrina europeia do segundo pós-guerra, constatamos mesmo que tanto os deveres em geral como os deveres fundamentais em particular foram objecto de um pacto de silêncio, de um verdadeiro desprezo.

Um desprezo que é visível sobretudo quando confrontado com a atenção constitucional e dogmática que, quer em termos extensivos, quer em termos intensivos, tem sido dispensada aos direitos fundamentais. Uma situação que arranca dos próprios textos constitucionais dessa época e que, no entendimento de alguns autores, outra coisa não exprime senão o momento culminante daquilo a que *Norberto Bobbio* chamou "a idade dos direitos".³

Uma idade que começou justamente com as declarações de direitos do século XVIII, entre as quais se destaca, por ser justamente a mais célebre, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26.08.1789. Uma declaração que, deve assinalar-se, rejeitou integrar uma declaração de deveres.

² Uma questão que, como é sabido, foi objecto de forte polémica na Assembleia Constituinte portuguesa de 1975/1976.

³ *L'età dei diritti*, na versão original.

E embora os textos constitucionais, que vimos de referir, não deixem de ser expressão duma evolução que começou justamente nessas declarações de direitos, somos de opinião que um tal esquecimento dos deveres fundamentais tem causas mais próximas. Entre estas contam-se certamente quer a conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra, quer o regresso a uma estrita visão liberal dos direitos fundamentais.

E quanto à primeira causa apontada, basta-nos recordar que a preocupação dominante nessa época, visando a instituição ou fundação de regimes constitucionais suficientemente fortes no respeitante à protecção dos direitos e liberdades fundamentais. Isto é, de regimes que se opusessem duma maneira plenamente eficaz a todas e quaisquer tentativas de regresso ao passado totalitário ou autoritário. Era, pois, necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos.

Foi isto o que aconteceu no século XX. Mais precisamente nos finais dos anos 40 em Itália e na então República Federal da Alemanha, depois nos anos 70 na Grécia, Portugal e Espanha, e já nos anos 80 no Brasil. E isto para não referirmos outros países, como os libertados do comunismo já na década de 90.

Particularmente significativo é, a este propósito, o que sucedeu na Alemanha. De um lado, a Lei Fundamental de Bonn não conhece em todo o seu texto a expressão dever ou deveres fundamentais. De outro lado, a doutrina alemã durante muito tempo, mais concretamente até aos finais dos anos 70 do século passado, fez do tema dos deveres fundamentais um verdadeiro tabu.

Por seu lado, relativamente à segunda causa próxima, ou seja, ao regresso a uma visão liberal estrita dos direitos fundamentais, podemos apontar a França, país em que é visível de algum modo o regresso a um entendimento liberal dos direitos fundamentais. O que tem expressão tanto na Constituição da IV República, de 1946, como na Constituição da V República, de 1958, pois ambas remetem, no que aos direitos e liberdades fundamentais diz respeito, para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Para uma declaração que, como já referimos, rejeitou integrar também uma declaração de direitos. Pois a proposta que foi feita na própria Assembleia Constituinte, no sentido de a declaração integrar também uma declaração de deveres, foi rejeitada com o argumento de que numa comunidade liberal os deveres se identificam com os direitos.

Estamos em crer que foi esta mesma ideia liberal a que esteve na base da omissão de qualquer previsão de deveres no tratado da União Europeia e, mais recentemente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Com efeito, tanto no Tratado de Maastricht, que instituiu o que vem sendo designado por cidadania da União,⁴ como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

⁴ V. arts. 17 a 31 do Tratado da Comunidade Europeia, após o Tratado de Amsterdão.

⁵ Que vai do art. 39 ao art. 46 da referida Carta de Direitos. Carta de Direitos que constitui, todavia, um instrumento desprovido de força vinculativa, embora em declaração constante do n. 3 da Resolução da Assembleia da República Portuguesa 69/2000, de 4 de outubro,

adoptada em 2000 e em que temos todo um capítulo sobre a cidadania europeia,⁵ não há qualquer referência aos deveres dos cidadãos europeus.⁶ E isto não obstante a cidadania implicar tanto direitos como deveres e de um autor como Joseph Rovan propor, justamente em sede da cidadania europeia *in fieri* ou em devir, colocar os deveres à frente dos direitos.

Mas é evidente que a argumentação liberal contra os deveres apenas é válida face aos deveres correlativos dos direitos fundamentais, face aos deveres que podemos designar por deveres de direitos fundamentais. Pois não atingem os verdadeiros deveres fundamentais os deveres fundamentais aqui tidos em consideração que constituem uma categoria ou figura jurídica autónoma. Com efeito, justamente porque aqueles deveres são deveres correlativos de direitos, compreende-se que eles dispensem a sua previsão constitucional direta ou expressa. Na verdade, constituindo a parte ou a face passiva de cada um dos direitos fundamentais, eles estão constitucionalmente previstos nas normas que consagram os direitos.

A nosso ver, o esquecimento da problemática dos deveres tem, nos dias de hoje, ainda um outro suporte, um apoio suplementar. Na verdade, **esse desprezo** pelos deveres está presentemente ancorado também naquilo que podemos designar por discurso quantitativo dos direitos fundamentais, um discurso que, convém dizê-lo, é mais amplo e perturba ou domina mesmo a nossa visão do estado, da sociedade e da vida.

Por tudo quanto vimos de dizer, não é de todo surpreendente o verdadeiro fundamentalismo pelo lado dos direitos fundamentais que tem dominado as constituições e a dogmática constitucional.⁷ Um fundamentalismo que, como facilmente se compreende, há de combater e combater em nome dos direitos fundamentais. Pois bem, nesse combate não pode prescindir-se da convocação da categoria, da figura dos deveres fundamentais.

2.2 Os deveres fundamentais como uma categoria autónoma

Naturalmente que, quando falamos de deveres fundamentais, pretendemos referir os deveres fundamentais como categoria autónoma. O que significa que a concepção mais ajustada dos deveres fundamentais recusa visões extremistas. Seja a do liberalismo, que não conhecia senão direitos, esquecendo a responsabilidade comunitária dos indivíduos, como foi a concepção dominante no século XIX, seja a de um comunitarismo que apenas conhece deveres, decompondo assim a

.....
o Parlamento Português se tenha pronunciado a favor de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como instrumento vinculativo – cf. Assembleia da República/Comissão de Assuntos Europeus (2000, p. 307).

⁵ V., todavia, o n. 5 da referida Resolução da Assembleia da República Portuguesa, em que o Parlamento Português considerou “que a Carta deveria também definir deveres e responsabilidades dos cidadãos perante a União Europeia”. No mesmo sentido v. a nossa participação no debate público promovido pela Assembleia da República que vem referida na obra citada na nota anterior, p. 231 et seq.

⁷ V. sobre as diversas manifestações desse fundamentalismo jusfundamental o nosso estudo (1998, p. 965 et seq., 980 et seq.). Por seu lado, quanto ao esquecimento dos deveres fundamentais, cf. o nosso livro (1998, p. 15 et seq.).

liberdade numa rede de deveres, ou melhor, de funções, como foi o caso dos regimes totalitários e autoritários que a Europa conheceu e viu cair no século XX.

Assim, no entendimento que temos por mais adequado, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (ativo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo. Indivíduo que não pode deixar de ser entendido como um ser simultaneamente livre e responsável, ou seja, como uma pessoa. Uma ideia que bem precisa ser reforçada na época atual, em que a afirmação do individualismo possessivo, apresentado aliás como um dos *apports* da pos-modernidade, é cada vez mais onipresente.

De resto as constituições, mesmo quando o não dizem, integram diversos deveres fundamentais. A este respeito, podemos mesmo considerar que historicamente se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos. E assim temos os deveres que vêm da época liberal, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; temos os deveres que são o contributo da “revolução” democrática, consubstanciada na conquista do sufrágio universal, que nos deixou os deveres políticos como os deveres de sufrágio e de participação política; temos, enfim, os deveres que constituem o *apport* do estado social, ou seja, os deveres económicos sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico etc. Deveres estes a que, hoje em dia, tende a acrescentar-se uma quarta camada de deveres formada pelos deveres ecológicos, de que são exemplos os deveres de defender um ambiente humano são e ecologicamente equilibrado, e o dever de cada um preservar, defender e valorizar o património cultural.⁸

2.3 Fundamento e noção dos deveres fundamentais

Mas qual é o fundamento dos deveres fundamentais? E será possível elaborar uma noção de deveres fundamentais? É o que vamos ver.

Quanto ao fundamento dos deveres fundamentais, podemos falar, de um lado, da questão da sua razão de ser lógica e, de outro, do seu fundamento jurídico. No que respeita ao primeiro aspecto, ao fundamento lógico, podemos afirmar que os deveres fundamentais são expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana. Pois os deveres fundamentais são expressão da soberania do estado,⁹ mas de um estado assente na primazia da pessoa humana. O que significa que o estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana.

⁸ Para maiores desenvolvimentos, v. o nosso livro (1998, p. 35 et seq.).

⁹ Naturalmente que falamos, por facilidade, de soberania do Estado, muito embora usando esta expressão com um sentido amplo de modo a integrar, seguindo a ordem histórica, a soberania do parlamento à inglesa, a soberania do povo à americana, a soberania da nação à francesa e a soberania do Estado à alemã. Sobre estas diversas configurações da soberania, v. o nosso livro (1998, p. 293 et seq.).

Daí que, ao contrário do que se passa com os direitos, os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do legislador constituinte. Nomeadamente este dispõe de uma margem de liberdade muito superior à de que dispõe em sede dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos, a bem dizer, não são objecto de criação pelo legislador constituinte como os deveres, mas apenas objecto do seu reconhecimento.

Por seu turno, quanto ao fundamento jurídico, podemos dizer que o fundamento dos deveres fundamentais reside na constituição, ou talvez melhor, na sua previsão constitucional. O que significa que na ausência de uma disposição constitucional a prever os deveres, obsta ao seu reconhecimento como deveres fundamentais, como deveres no plano constitucional. Daí que, na ausência de previsão constitucional, ainda que tais deveres possam ser considerados deveres fundamentais de um ponto de vista material ou substancial, isto é, ainda que congreguem em si as notas típicas de uma noção material ou substancial de deveres fundamentais, eles não podem ser tidos por deveres fundamentais. Uma conclusão que, naturalmente, não impede o legislador ordinário de os impor e sancionar, muito embora tais deveres não possam ser tidos por deveres fundamentais, mas apenas por deveres legais.

Donde decorre uma outra ideia que é preciso sublinhar, que é a ideia de tipicidade ou de lista fechada dos deveres fundamentais. Isto é, apenas podemos considerar como deveres fundamentais, entre os que o possam ser de um ponto de vista material ou substancial, aqueles que figurem, de maneira expressa ou implícita, na constituição.

Uma ideia que é válida mesmo face a constituições que, ao menos *prima facie*, parecem conter uma cláusula geral de deveres fundamentais. É o que acontece com a Constituição italiana, cujo art. 2.º dispõe:

A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem seja como indivíduo, seja nas formações sociais em que desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres imprescritíveis de solidariedade política, económica e social.

Por conseguinte, os deveres extraconstitucionais, idênticos na sua substância aos deveres constitucionais, devem ser considerados como deveres puramente legais. Em suma, não há outros direitos fundamentais para além dos previstos na Constituição.

Mas, como já deixámos subentendido, é possível elaborar uma noção material de deveres fundamentais. Uma noção que, não obstante o seu carácter aproximativo ou tipológico, isto é, válido para as situações normais do nosso tempo, nos permite sublinhar que os deveres fundamentais, enquanto deveres do homem e do cidadão que determinam o lugar fundamental do indivíduo na comunidade organizada no estado (moderno), têm uma importância muito grande.

Assim, tendo presente um certo paralelismo com as notas típicas ou características essenciais da noção constitucional de direitos fundamentais de que nos

dá conta a doutrina, podemos dizer que os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não activas), autónomas (face aos direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoas coletivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação).¹⁰

A partir destas notas torna-se relativamente fácil distinguir os deveres fundamentais de certas figuras próximas, que não raro aparecem confundidas com os deveres fundamentais. Podemos, assim, separar os deveres fundamentais: a) dos deveres constitucionais orgânicos ou organizatórios (que não passam de competências constitucionais de exercício vinculado quanto ao *an*); b) dos limites (máxime restrições) legislativos aos direitos fundamentais que, ao amputarem o conteúdo ou parte do conteúdo constitucional não essencial de cada direito, nos fornecem o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais que vale na prática; c) dos deveres correlativos dos direitos fundamentais (ou deveres de direitos fundamentais *tout court*) que mais não são do que a face passiva dos direitos; d) das garantias institucionais (como imprensa livre, a família, a propriedade, a autonomia das autarquias locais etc.) que são sobretudo figuras jurídicas de natureza objectiva; e) das tarefas constitucionais *stricto sensu*, que têm por destinatário exclusivamente o estado e visam a vincular os seus órgãos à produção de certos resultados em matéria de organização económica ou social, política ou administrativa (v., por exemplo, os arts. 9.º e 81.º da Constituição portuguesa).

É de salientar que, não obstante a noção subjectiva de deveres fundamentais que acabamos de formular e da conseqüente delimitação que a mesma nos oferece face a diversas figuras próximas, as normas constitucionais, que estabelecem a disciplina dos deveres fundamentais, não se esgotam, seja quanto aos valores que afirmam, seja quanto aos efeitos que desencadeiam, na esfera jurídica dos seus destinatários subjectivos. É que tais normas, ao lado de uma eficácia subjectiva principal, apresentam também uma eficácia objectiva acessória que é de mencionar.¹¹

2.4 O regime dos deveres fundamentais

E, a partir do que vimos de dizer, torna-se fácil assentar algumas ideias a respeito do regime dos deveres fundamentais. Um regime em relação ao qual podemos referir, designadamente, dois aspectos: o seu regime geral e a inaplicabilidade directa dos preceitos constitucionais que os prevêm.

No que ao seu regime geral diz respeito, os deveres fundamentais, não obstante a sua autonomia, a sua relativa independência face à figura ou categoria jurídi-

¹⁰ Sobre as características essenciais do conceito de direito subjectivo fundamental, v. J. C. Vieira de Andrade (2001, p. 112 et seq.).

¹¹ Quanto a estes e outros aspectos, v. o nosso livro (1998, p. 61 et seq.).

ca dos direitos fundamentais, participam do regime geral destes. Pois este é, na verdade, um regime relativo ao estatuto constitucional do indivíduo, isto é, relativo aos direitos e aos deveres. Daí que se apliquem aos deveres fundamentais, nomeadamente, os princípios: 1) da universalidade ou da aplicação categorial; 2) da igualdade enquanto proibição do arbítrio; 3) da não discriminação em razão de critérios subjectivos ou de critérios interditos pela constituição como os que constam da lista, aliás bastante completa, do art. 13, n. 2, da Constituição portuguesa;¹² 4) da proporcionalidade nos três aspectos conhecidos (ou seja, da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito) relativamente à sua concretização pelo legislador; 5) da aplicabilidade aos estrangeiros e apátridas; e 6) da tutela judicial.

Por seu lado, no que concerne à inaplicabilidade directa dos deveres fundamentais, é de salientar que, ao contrario do que ocorre em matéria de direitos, liberdades e garantias, as normas constitucionais relativas aos deveres não são directamente aplicáveis aos seus destinatários subjectivos. Desde logo porque os deveres fundamentais, por via de regra, não têm o seu conteúdo concretizado na Constituição, sendo, pois, deveres de concretização legal. Mas, mesmo quando a sua concretização se realiza ao nível da constituição, o legislador dispõe de uma ampla liberdade, nomeadamente para estabelecer as sanções aplicáveis no caso da sua não observância.

Um aspecto que, de algum modo, aproxima as disposições constitucionais sobre deveres às disposições constitucionais relativas aos direitos sociais, muito embora uma tal similitude esteja longe de ser completa. Pois, de um lado, há deveres que são objecto de disciplina constitucional e de uma disciplina constitucional que vai muito além da sua simples previsão constitucional. De outro lado, a previsão constitucional dos deveres, ao contrário da previsão constitucional dos direitos sociais, é sobretudo uma habilitação ao legislador e não uma imposição de legislação.

O que nos permite concluir que o primeiro destinatário das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais é o legislador ordinário. Este está, na verdade, vinculado quanto à existência e quanto ao conteúdo objecto de concretização na Constituição. Mas, excluídos estes aspectos, o legislador goza de toda uma margem de liberdade para conformar os deveres e para prever as sanções correspondentes à sua inobservância. Uma liberdade que, como já dissemos, não tem qualquer paralelismo em sede de direitos fundamentais, trate-se de direitos, liberdade e garantias, trate-se de direitos sociais.

Mas daqui não se conclua que as normas constitucionais sobre deveres são simples proclamações, meras normas programáticas, puras normas de natureza orgânica ou organizatória, pois elas integram a constituição dogmática, mais precisamente a constituição do indivíduo ou da pessoa humana. É certo que face aos operadores jurídicos concretos – face, nomeadamente, à administração pública e

¹² Que dispõe: "Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas, ideológicas, instrução, situação económica ou condição social".

aos juizes – os deveres fundamentais não operam diretamente, mas somente por via indirecta, por via da lei. O que significa que, para os operadores jurídicos concretos, os deveres fundamentais não têm uma eficácia nos termos da Constituição, mas uma eficácia apenas nos termos das leis que os concretizam e disciplinam.¹³

3 Os custos dos direitos

Voltando-nos agora para os custos dos direitos, podemos dizer que, como acabamos de ver, qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até ao momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente a realizar um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais.

Pois bem, num estado de direito democrático, como são ou pretendem ser presentemente os estados actuais, podemos dizer que encontramos basicamente três tipos de custos *lato sensu* que o suportam. Efectivamente aí encontramos custos ligados à própria existência e sobrevivência do estado, que se apresentam materializados no dever de defesa da pátria, integre este ou não um específico dever de defesa militar. Aí encontramos custos ligados ao funcionamento democrático do estado, que estão consubstanciados nos deveres de votar, seja de votar na eleição de representantes, seja de votar directamente questões submetidas a referendo. E aí encontramos, enfim, custos em sentido estrito ou custos financeiros públicos concretizados portanto no dever de pagar impostos.

3.1 Todos os direitos têm custos públicos

Mas deixemos de lado, até porque não temos tempo para isso, os custos pessoais traduzidos no cumprimento dos deveres fundamentais de defesa da pátria e de sufrágio. Centremo-nos, por isso, nos custos em sentido estrito, nos custos financeiros públicos, dos direitos.¹⁴

E uma primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente prote-

¹³ Para maiores desenvolvimentos, v. o nosso livro (1998, p. 139 et seq.).

¹⁴ V., sobre o problema dos custos dos direitos, Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000), um livro que, para além do notável e decisivo contributo para repensar o entendimento dos direitos fundamentais, servido aliás por uma argumentação cheia de elegância e simplicidade, apresenta, afinal de contas, uma outra visão, mais exactamente a visão anglo-americana, aberta naturalmente a uma razoável dose de pragmatismo, da estadualidade fiscal contemporânea.

gidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito.¹⁵

Não tem, por isso, o menor suporte a ideia, assente numa ficção de pendore libertário ou anarquista, de que a realização e protecção dos assim chamados direitos negativos, polarizados no direito de propriedade e na liberdade contratual, teriam apenas custos privados, sendo assim imunes a custos comunitários. Ou, dito de outro modo, não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. Pois, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.¹⁶

Mas se todos os direitos têm custos financeiros públicos, cabe então perguntar pela razão ou pelas razões de tão duradoura ficção. Uma pergunta cuja resposta parece passar pela distinção de custos em que assentam uns e outros, pois, enquanto os direitos sociais têm por suporte fundamentalmente custos financeiros públicos directos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros públicos indirectos, cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. Com efeito, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exacta medida dessas despesas. Uma individualização que torna tais custos particularmente visíveis tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do estado, ou melhor, dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles se beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais.

Já os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do estado com a sua realização e protecção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito. Despesas essas que, não obstante aproveitarem aos cidadãos na razão directa das

¹⁵ Cf. Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000, p. 20 et seq.).

¹⁶ Promessas piedosas têm permanecido em larga medida nos direitos e liberdades garantidos pelas declarações e convenções internacionais dos direitos humanos. Cf. Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000, p. 18 et seq.).

possibilidades de exercício desses direitos e liberdades, porque não se concretizam em custos individualizáveis junto de cada titular, mas em custos gerais ligados à sua realização e protecção, têm ficado na penumbra ou mesmo no esquecimento. Ou seja, pelo facto de os custos directos desses direitos e liberdades estarem a cargo dos respectivos titulares ou das formações sociais em que se inserem, constituindo portanto custos privados ou sociais, facilmente se chegou à conclusão da inexistência de custos financeiros públicos em relação a tais direitos.¹⁷

Uma visão das coisas que não tem, por conseguinte, o menor suporte na realidade. Por isso, todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indirectos nos clássicos direitos e liberdades, sejam custos directos nos direitos sociais. O que significa que todos os direitos têm custos financeiros públicos e sobretudo que os clássicos direitos e liberdades não têm apenas custos privados ou sociais, como uma visão menos atenta da realidade pretendeu fazer crer.¹⁸

Todos os direitos têm, assim, por suporte meios financeiros públicos ou, noutras palavras, atenta a natureza fiscal do estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos. Uma afirmação que reclama algumas considerações justamente sobre essa realidade que conhecemos pela designação de estado fiscal.

3.2 O estado fiscal

Pois bem, olhando para o suporte financeiro do estado contemporâneo, o que vemos é um estado fiscal, um estado que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro. O que atenta a razão de ser do estado, que é a realização da dignidade da pessoa humana, é que o estado fiscal não pode deixar de se configurar como um instrumento, porventura o instrumento que historicamente se revelou mais adequado à materialização desse desiderato.

¹⁷ Aliás, relativamente à (in)visibilidade dos custos directos e dos custos indirectos dos direitos bem podemos dizer que se passa algo de semelhante à (in)sensibilidade dos contribuintes face aos impostos directos e aos impostos indirectos. Pois, enquanto os impostos directos facilmente são sentidos, os impostos indirectos, em virtude da anestesia fiscal que revelam, são menos sentidos. Quanto ao fenómeno da anestesia fiscal, não podemos deixar de referir aqui o magistral contributo do padre António Vieira para a adopção pelas cortes portuguesas, em 1642, do primeiro imposto de um estado moderno – a décima militar. Contributo materializado num sermão, pregado perante o rei e as cortes em 14 de setembro desse ano, um sermão notável quer pela ideia de igualdade que suporta, ideia que só muito mais tarde triunfará com as revoluções liberais Inglesa, americana e francesa, quer pela técnica de anestesia fiscal que convoca. Uma técnica que só bastante mais tarde viria a ter o nome que tem, o qual, segundo nos informa Aníbal Almeida (2000, p. 75, nota 50), se terá ficado a dever ao financista francês Felix Esquirou Parieu, em meados do século XIX. Não resistimos, porém, a deixar aqui um pequeno naco da riquíssima prosa de Vieira sobre a anestesia fiscal: [...] “A costa de que se havia de formar Eva, tirou-a Deus a Adão dormindo e não acordado, para mostrar quão dificultosamente se tira aos homens, e com quanta suavidade se deve tirar, ainda o que é para seu proveito. Da criação e fábrica de Eva dependia não menos que a conservação e propagação do género humano; mas repugnam tanto os homens a deixar arrancar de si aquilo que se lhes tem convertido em carne e sangue, ainda que seja para bem de sua casa e de seus filhos, que por isso traçou Deus tirar a costa a Adão, não acordado, senão dormindo; adormeceu-lhe os sentidos, para lhe escusar o sentimento. Com tanta suavidade como isto, se há de tirar aos homens o que é necessário para sua conservação. Se é necessário para a conservação da Pátria, tire-se a carne, tire-se o sangue, tirem-se os ossos, que assim é razão que seja; mas tire-se com tal modo, com tal indústria, com tal suavidade, que os homens não o sintam, nem quase o vejam. Deus tirou a costa a Adão, mas ele não viu nem sentiu; e se o soube, foi por revelação. Assim aconteceu aos bem-governados vassallos do imperador Teodorico, dos quais por grande glória sua dizia ele: *Sentimus auctas illationes, vos addita tributa nescitis*: ‘Eu sei que há tributos, porque vejo as minhas rendas acrescentadas; vós não sabeis se os há, porque não sentis as vossas diminuídas’ [...]”.

3.2.1 A ideia de estado fiscal

Mas falar em estado fiscal é falar de impostos. Uma figura bem conhecida de todos, cuja compreensão tem despertado, ao longo dos tempos e desde as mais remotas épocas, dois tipos de sentimentos, a seu modo contraditórios.

Assim e limitando a nossa análise apenas ao período do estado moderno, de um lado, acentua-se a inevitabilidade dos impostos como na conhecida frase de *Benjamin Franklin*, “neste mundo nada está garantido, senão a morte e os impostos”¹⁹ ou o seu carácter gravoso para os cidadãos como na expressão de *John Marshall*,²⁰ “o poder de tributar envolve o poder de destruir”.²¹ De outro lado, chama-se a atenção para aquilo que os impostos representam para as liberdades das quais usufruímos, o que levou à conhecida frase de *Abraham Lincoln*, “acabem com os impostos e apoiem o livre-comércio e os nossos trabalhadores em todas as áreas da economia passarão a servos e pobres como na Europa”,²² e para o tipo de estado de que beneficiamos, o que está na base da célebre afirmação de *Olivier Wendell Holmes*, “os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada”.²³

O que significa que os actuais impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por ter a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro.²⁴

Por isso, não pode ser um preço qualquer, mormente um preço de montante muito elevado, pois, a ser assim, não vemos como possa ser preservada a liberdade que um tal preço é suposto servir. Nem pode ser um preço que se pretenda equiva-

¹⁹ V. Cf. *Stephen Holmes*; *Cass R. Sunstein* (cit., esp. p. 221 et seq.)

¹⁹ Uma confissão que, para quem inventou o pára-raios, não terá deixado de ter o sentido de uma verdadeira resignação. Afinal face aos impostos não há pára-raios que nos valha.

²⁰ O verdadeiro pai do primeiro tribunal constitucional moderno que conhecemos, a *Supreme Court* norte-americana.

²¹ V. o caso *McCulloch v. Maryland* (1819), do qual foi relator. No texto estamos perante uma afirmação de manifesto alcance geral, muito embora, neste caso, a mesma tenha tido por objectivo obstar a que a União viesse a ser considerada sujeito passivo de impostos estaduais, ficando assim à mercê do poder de destruição dos estados. Isto sobretudo num momento em que a União estava longe da sua afirmação face aos estados, uma afirmação que, é bom recordar, não se bastou com a importantíssima acção federalizante do *Supreme Court*, já que ela apenas foi lograda com a vitória federalista na Guerra Civil.

²² Uma frase que ganha especial acuidade nos tempos que correm, em que, por força da globalização económica, os estados se vêem compelidos a entrar numa concorrência fiscal prejudicial e, por conseguinte, a suportar a diminuição drástica das suas receitas fiscais.

²³ Para uma visão do que têm sido os impostos ao longo da história, v. a excelente obra de *Charles Adams* (1999), em que o autor, com grande profundidade e uma louvável dose de humor, procura demonstrar, contrariando não raro ideias feitas com centenas de anos, que os impostos estiveram presentes nos acontecimentos históricos, bons e maus, mais importantes e marcantes da nossa civilização, quer como sua causa decisiva, quer como instrumento intencionalmente utilizado para atingir os objectivos mais hediondos. Assim e quanto ao primeiro aspecto, o autor imputa, de um lado, a más soluções fiscais acontecimentos como o colapso de Rodes (a Suíça do Helenismo), a queda da República e do Império romanos (às mãos, respectivamente, das *societates publicanorum* e do despotismo fiscal imperial), o afundamento do colossal império espanhol (em que o sol jamais se punha), o declínio da Holanda (e a ascensão da Inglaterra), as guerras civis inglesa e americana, a derrota de Napoleão, a queda de Margaret Thatcher etc., e de outro lado, a boas soluções fiscais os sucessos da Grécia antiga, de Rodes, de César Augusto (o estratega fiscal), da Idade Média (em que, na sua expressão, os contribuintes tinham Deus do seu lado), de Isabel I de Inglaterra (a *Good Queen Bess*), da Suíça (que, tendo nascido da luta contra a tributação e domínio austríacos, dirigida por *Guilherme Tell*, chegou à situação actual fundada no segredo bancário, cujo herói é, assim, o “No-Tell”) etc. Por seu turno, no respeitante ao segundo aspecto, basta lembrar que a monstruosa “solução final” de Hitler foi, em larga medida, a continuação e o desenvolvimento de anteriores “soluções fiscais” para o problema judaico, pelas quais, de resto, Hitler começou com a sua reforma fiscal de 1934. V., sobre esta, *Reimer Boss* (1995, esp. p. 135 et seq.).

²⁴ Um preço que, estou certo, muitas das sociedades, que nos antecederam, gostariam de ter pago e algumas das actuais não enjeitariam suportar. Sobre este aspecto, v., por todos, *Gabriel Ardant* (1965 e 1972), e *Stephen Holmes*; *Cass R. Sunstein* (2000).

lente ao preço dos serviços públicos de que cada contribuinte usufrui. Pois, numa tal hipótese, ficaria arredada a ideia de solidariedade que está na base de um tal estado.

Ou, numa formulação negativa, a ideia de estado fiscal exclui tanto o estado patrimonial como o rejeita a falsa alternativa de um puro estado tributário. Na verdade, apenas perante um estado fiscal, cujo preço seja aceitável, podemos conceber os impostos como um indeclinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos nos deve honrar.²⁵

Mas o que vem a ser o estado fiscal? Pois bem, é hoje comum afirmar que o actual estado é, na generalidade dos países contemporâneos, e mormente nos desenvolvidos, um estado fiscal. Contudo, é de referir que nem a realidade que lhe está subjacente nem o conceito que tal expressão procura traduzir constituem uma novidade dos tempos que correm. Pois, sendo o estado fiscal o estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos, facilmente se compreende que ele tenha sido (e seja) a regra do estado moderno.

Todavia, o estado nem sempre se tem apresentado como um estado fiscal, havendo, pois, estados que claramente configuraram (ou configuram ainda) verdadeiros estados proprietários, produtores ou empresariais, assim como é possível, ao menos em abstracto, pensar na instituição de um estado basicamente tributário, isto é, assente em tributos de natureza bilateral ou taxas. Uma ideia sobre cada um destes aspectos.

3.2.2 A exclusão de um estado patrimonial

Um estado de tipo patrimonial consubstanciou, desde logo, a primeira forma de estado (moderno) – o estado absoluto do Iluminismo –, que foi predominantemente um estado não fiscal. Na verdade, o seu suporte financeiro era fundamentalmente, de um lado e em continuação das instituições que o precederam, as receitas do seu património ou propriedade e, de outro, os rendimentos da actividade comercial e industrial por ele assumida em tributo justamente ao ideário iluminista. Também os estados “socialistas” foram (ou são) estados não fiscais, pois, enquanto *productive states*, a sua base financeira assentava essencialmente nos rendimentos da actividade económica produtiva por eles monopolizada ou hegemónica, e não em impostos lançados sobre os seus cidadãos. Impostos a que faltava, ao fim e ao cabo, o seu próprio pressuposto económico. Finalmente, há certos estados que, em virtude do grande montante de receitas provenientes da exploração de matérias-primas (petróleo, gás natural, ouro, etc.) ou até da concessão do jogo (como o Mónaco ou Macau), podem dispensar os respectivos cidadãos de ser o seu principal suporte financeiro.

Tendo em conta, porém, que o estado absoluto foi ultrapassado com o triunfo do liberalismo e que têm carácter manifestamente excepcional tanto os estados

²⁵ Como já dissemos noutra lugar – v. o nosso (2000, p. 21).

“socialistas” (que ainda subsistem) como estados “petrolíferos” ou dependentes do jogo, podemos concluir que o estado fiscal tem sido a característica dominante do estado (moderno). Isto não obstante a sua evolução traduzida na passagem do estado liberal para o estado social. Por isso e ao contrário do que alguma doutrina actual afirma, recuperando ideias de Joseph Schumpeter, não se deve identificar o estado fiscal com o estado liberal, uma vez que o estado fiscal conheceu duas modalidades ou dois tipos ao longo da sua evolução: o estado fiscal liberal, movido pela preocupação de neutralidade económica e social, e o estado fiscal social economicamente interventor e socialmente conformador. O primeiro, pretendendo ser um estado mínimo, assentava numa tributação limitada – a necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do estado, que devia ser tão pequena quanto possível. O segundo, movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia, tem por base uma tributação alargada – a exigida pela estrutura estadual correspondente.

Não obstante o estado fiscal ser tanto o estado liberal como o estado social, o certo é que o apelo a tal conceito tem andado sempre associado à pretensão de limitar a actuação e a correspondente dimensão do estado. Assim aconteceu durante e imediatamente após a I Grande Guerra, em que era necessário pôr cobro à dimensão que o estado assumira por força do próprio conflito, dimensão a que, por via de regra, era imputada à crise financeira por que os estados então passaram, uma crise que, se julgava, só seria suplantável através do regresso ao estado liberal, que o intervencionismo de guerra havia destruído. E aconteceu em tempos mais recentes, em que o crescimento do estado (no sentido do que veio a ser designado por “estado providência” ou por “estado de bem-estar”) e do respectivo suporte fiscal veio colocar a questão de saber se ele não se estava a metamorfosear num estado proprietário encapuzado por via fiscal, assim se logrando uma “socialização a frio”.²⁶

Pois bem, a ideia de estado fiscal parte do pressuposto, freqüentemente considerado ultrapassado ou superado com a instauração do estado social, de que há uma separação essencial e irreduzível entre estado e sociedade. Não uma separação estanque ou absoluta (uma oposição total) como era característica do estado liberal oitocentista,²⁷ mas sim uma separação que imponha que o estado se preocupe fundamentalmente com a política e a sociedade (civil) se preocupe fundamentalmente com a economia

Isto possibilita uma zona de intersecção das esferas de acção do estado e da sociedade, uma zona que há-de ser necessariamente minoritária face a cada

²⁶ Na expressão de Albert Hensel: Uma situação a que não se chegou, pois, antes de atingido esse estágio, em que o referido limite jurídico interviria, actuaram limites de natureza política decorrentes quer da resposta democrática que conduziu à eleição de governos que apostaram na diminuição dos níveis da carga fiscal, como ocorreu na década de 80 do século passado com os governos dos Estados Unidos, da Inglaterra e da Suécia, quer da reacção estadual mais recente ao fenómeno da globalização que está a puxar a carga fiscal para baixo. Sobre a diminuição dos impostos levada a cabo por tais governos, v. Sven Steinmo (1993, esp. p. 156 et seq.).

²⁷ Seja na versão de defesa do estado face à sociedade (à maneira de Hegel), seja na versão de defesa da sociedade face ao estado (à maneira de A. Smith). Cf. o nosso estudo (1998, p. 968 et seq.).

uma delas. O que exprime o carácter normal da intervenção e acção económicas do estado no sentido do equilíbrio e orientação globais da economia, dando concretização nomeadamente ao princípio da subordinação do poder económico (ou dos poderes económicos) ao poder político, fazendo assim “prevaler o poder democraticamente legitimado sobre o poder fáctico proporcionado pela riqueza ou pelas posições de domínio económico”.²⁸

A “estadualidade fiscal” significa, pois, uma separação fundamental entre o estado e a economia e a consequente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto. Só essa separação permite que o estado e a economia actuem segundo critérios próprios ou autónomos. O estado está orientado pelo interesse geral ou comunitário da realização da justiça, critério que pode falhar, uma vez que nem sempre o mesmo é suficientemente claro, para além das vias para a sua efectivação não estarem totalmente isentas de conduzir a avaliações erradas ou mesmo a confusões do interesse geral com os interesses particulares.

A economia, por seu turno, é guiada pelo critério do lucro, ou seja, pela existência de uma relação positiva entre os proveitos ou benefícios, de um lado, e os custos ou perdas, de outro. Lucro que não tem de ser o maior possível nem tem necessariamente de se verificar todos os anos económicos, pois ao empresário, para manter a viabilidade da sua empresa, é indispensável apenas que, ao menos a longo prazo, os ganhos compensem as perdas ou prejuízos acumulados.

O estado fiscal é, assim, um estado limitado no que ao domínio económico concerne. O que, naturalmente, não significa que ele tenha de ser um estado económico, como a doutrina e a teoria de estado do século XIX qualificou o estado liberal, ou um estado económico negativo como por vezes se designa o estado oitocentista. Efectivamente, o estado fiscal não está impedido de se assumir como um estado económico positivo, como é o actual estado capitalista, reconhecido, de resto, tanto por keynesianos como por neoliberais, uma vez que o que distingue estas doutrinas económicas, quanto ao aspecto aqui em consideração, é tão-só a defesa de um maior ou menor grau de intervenção e acção económicas do estado contemporâneo.²⁹

3.2.3 A falsa alternativa de um estado tributário

Mas, se o estado fiscal exclui um estado patrimonial, a exclusão de um estado patrimonial não implica necessariamente um estado fiscal. Com efeito, idêntico deside-

²⁸ Como consta do art. 80.º, al. a), da Constituição portuguesa. Um princípio cuja observância é, hoje em dia, posta em causa pelo peso que o mercado vem assumindo no mundo contemporâneo. Um peso que é tanto mais grave quanto maior é o universo dos actuais adoradores do mercado, um universo objecto de crescente e preocupante unanimismo derivado sobretudo do facto de nele encontramos, ao lado daqueles que sempre adoraram com notória satisfação este Deus dos tempos modernos, muitos daqueles que, ainda há duas décadas, adoravam, com visível fervor fundamentalista, o estado. Cf. o nosso estudo (1999, p. 173).

²⁹ V., sobre o estado fiscal, entre nós, o nosso livro (1998, p. 191 et seq.), e o nosso estudo (2000, p. 363 et seq.). Na literatura alemã, à qual se deve, de resto, o tema, v., entre outros e por último, Chr. Gramm (1997, p. 267 et seq.); B. Hansjürgens (1999, p. 186 et seq.); R. Hendler (1999, p. 746 et seq.), e Von Erik Gawel (2000, p. 209 et seq.). Por seu lado, para uma visão anglo-americana da mesma realidade, glosada embora a partir dos direitos e liberdades fundamentais, v. o citado livro de Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000).

rato se pode conseguir através da instituição de um estado tributário (*fee state*), isto é, de um estado predominantemente assente em termos financeiros, não em tributos unilaterais (impostos), mas em tributos bilaterais (taxas).³⁰ Por outras palavras, um estado para respeitar o dualismo essencial estado/economia ou o sistema de economia privada não carece de estabelecer o primado e muito menos o exclusivismo dos impostos como contributo do cidadão para as despesas necessárias à realização das tarefas estaduais, podendo estas ser maioritariamente suportadas através de tributos bilaterais.

Todavia, uma tal possibilidade é mais aparente do que real. Com efeito, a generalidade dos estados actuais constitui estados fiscais e não estados tributários no sentido referido. Vários factores jogam nesse sentido. Por um lado, um bom número de tarefas do estado, que constituem o núcleo clássico da estadualidade, tem a natureza de “bens públicos”. É o que acontece com as tarefas estaduais relativas à polícia e às políticas externa, económica, de defesa, etc., as quais, porque satisfazem apenas necessidades colectivas, sendo insusceptíveis de individualização nas suas vantagens ou benefícios e de divisão dos correspondentes custos, têm de ser financiadas através de impostos.

Por outro lado, há tarefas estaduais que, embora satisfaçam necessidades individuais, sendo portanto os seus custos susceptíveis de ser divididos pelos cidadãos, por imperativas constitucionais, não podem, no todo ou em parte, ser financiadas senão por impostos. Assim ocorre na generalidade dos actuais estados sociais, em que a realização de um determinado nível dos direitos económicos, sociais e culturais tem por exclusivo suporte financeiro os impostos. Como exemplo podemos referir, tendo em conta a Constituição portuguesa, a gratuidade do ensino básico, dos serviços de saúde para os que não possam pagá-los, da segurança social relativamente àqueles que economicamente não podem contribuir para o sistema, dos serviços de justiça no respeitante aos que não podem suportar a respectiva taxa etc.

Pois bem, em casos deste tipo, que podemos considerar de “bens públicos” por imposição constitucional, nos deparamos com tarefas estaduais que não de ser financeiramente suportadas por impostos. Daí que seja fácil concluir que a grande maioria das tarefas do estado dos nossos dias tem de ser coberta por impostos. O que significa, nomeadamente, que a crise do actual estado fiscal, que agita a doutrina, não pode ser debelada através da suplantação do estado fiscal e da instauração de um estado tributário no sentido que vimos de referir.

É certo que o “mais estado” em extensão e intensidade, exigido pela sociedade tecnológica, na medida em que conduz à “ubiquidade” do imposto e à quase impossibilidade prática do aumento da carga fiscal, tem aliciado os autores para os tributos, especificamente para as taxas, a fim de nelas apoiar o financiamento de algumas tarefas públicas, sobretudo as de mais recente aquisição como, por exemplo, as ligadas à realização dos direitos ecológicos. Assim, no respeitante ao suporte financeiro da

³⁰ Cf. também Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000, p. 20 et seq.).

acção do estado em matéria de protecção do ambiente, há quem defenda a instituição de tributos ou taxas ambientais que, para além de constituírem um suporte financeiro da acção do estado nessa área, teriam também por objectivo a orientação dos comportamentos dos indivíduos e das empresas no sentido da defesa ambiental.

Com efeito, tem-se entendido que esta defesa não pode bastar-se com o modelo exclusivamente sancionatório, assente em proibições de comportamentos antiecológicos que ultrapassem certos valores limites. Antes requer a sua combinação e articulação com um modelo incentivador e desincentivador de comportamentos, traduzido, designadamente, na utilização da fiscalidade para incentivar, através da beneficiação fiscal, os comportamentos filoambientais e para desincentivar, através do estabelecimento e exigência de tributos ou taxas ambientais, os comportamentos antiambientais que, embora não proibidos, provoquem danos ecológicos.

Todavia, mesmo que este alargamento da figura das taxas (ou outros tributos) fosse de aceitar, não se pode olvidar que tal figura, por mais amplo que seja o seu entendimento, não é susceptível de nos fornecer uma solução alternativa para o problema do actual estado fiscal, expresso na simultânea sobrecarga das tarefas do estado e na estagnação das receitas provenientes dos impostos. Desde logo, uma tal solução atentaria contra o sentido essencial do estado social, pois, ao fazer apelo a um dominante sistema de taxas, corria o risco de cair numa situação a que Adolfo Wagner, tendo presente uma época em que o peso do estado estava longe do actual, designou por "comunismo a favor das classes possidentes".

Depois, é cada vez mais evidente que o problema da actual dimensão do estado apenas se pode solucionar (ou atenuar) através da moderação do intervencionismo estadual, moderação que implicará, quer o recuo na assunção das modernas tarefas sociais, traduzidas na realização dos direitos económicos, sociais e culturais, quer mesmo o abandono parcial de algumas tarefas tradicionais.³¹ Com efeito a crise do actual estado, diagnosticada e explicada sob as mais diversas teorias, passa sobretudo pela redefinição do papel e das funções do estado. Não com a pretensão de o fazer regredir ao estado mínimo do liberalismo oitocentista, mas para o compatibilizar com os princípios da liberdade dos indivíduos e da operacionalidade do sistema económico. Pois há que procurar evitar que o estado fiscal se agigante a ponto de não ser mais do que um puro invólucro de um estado em substância dono (absoluto) da economia e da sociedade pela via (pretensamente) fiscal. Ou, por outras palavras, há de obstar a que o estado subrepticamente se torne senhor da economia e da sociedade não tanto pelo que faz, como no estado patrimonial socialista, mas sobretudo pelo que não deixa fazer aos indivíduos e suas organizações económicas.³²

³¹ Sobre a necessidade de repensar o papel do estado social, pugnando pela necessidade de um ressurgimento do terceiro sector, de molde a abarcar todo um universo de iniciativas sociais desenvolvidas tanto à margem do estado como à margem do mercado, v. Ana Paula Santos Quelhas (2001).

³² Muito embora seja de acrescentar, a este propósito, que, ao contrário do que ocorria há alguns anos, a ideia de um estado absorvente pela via fiscal esteja hoje claramente em regressão e declínio. De um lado, a excessiva carga fiscal, atingida em alguns países, levou

4 Conclusão

Em conclusão, a outra face ou a face oculta dos direitos fundamentais revela-se nos deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos. Os deveres ou custos dos direitos outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no estado (moderno), o que faz dos indivíduos verdadeiras pessoas, ou seja, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis da sua comunidade.

O que não põe minimamente em causa o primado da liberdade, isto é, o primado dos direitos e liberdades fundamentais. Na verdade, os deveres fundamentais ou os custos dos direitos em sentido amplo não são senão um aspecto do estatuto constitucional do indivíduo, um estatuto polarizado obviamente nos direitos e liberdades fundamentais do homem.

Compreende-se, por isso, que essa componente passiva do conjunto dos direitos fundamentais integre a matéria dos direitos fundamentais. Como igualmente se compreende que o entendimento dos direitos fundamentais não possa ter-se por completo sem a consideração também dos correspondentes deveres fundamentais.

Uma conclusão que, por paradoxal que pareça nestes tempos aparentemente dominados pelo egoísmo irresponsável, está, todavia, de algum modo em sintonia com o momento presente em que se faz um apelo muito forte à solidariedade, à solidariedade simultaneamente universal e intergeracional. Uma ideia que, na opinião de alguns autores, suportaria mesmo uma nova forma de estado – o estado solidário, cuja marca residiria na solidariedade com todos os homens, sejam os homens de hoje, sejam os homens de ontem, sejam os homens de amanhã. Ou, numa outra fórmula, todos temos deveres no que respeita à humanidade presente, à humanidade passada e à humanidade futura.³³

Uma ideia que, transitando do plano geral dos deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos para o plano mais particular dos custos financeiros públicos dos direitos, nos conduz forçosamente à conclusão de que *todos* os direitos fundamentais têm custos financeiros públicos. Por isso, do ponto de vista dos custos comunitários, que o mesmo é dizer do ponto de vista dos custos para os contribuintes, a tradicional e arraigada distinção dicotómica, quando não mesmo maniqueísta, entre direitos negativos ou direitos de liberdade e direitos positivos ou direitos de prestações, não faz o menor sentido. Na verdade, não obstante o enorme poder de atracção que vem exercendo sobre a doutrina, em virtude do poten-

à eleição de governos claramente apostados na diminuição do peso do estado, como ocorreu na década de 80 do século passado nos EUA, Inglaterra e Suécia, onde foram levadas a cabo reformas fiscais que diminuiram significativamente a carga fiscal – v., sobre o problema e por todos, a análise de Sven Steinmo (1993, esp. p. 156 et seq.). De outro lado, a actual concorrência fiscal, imposta pelo fenómeno da globalização económica, não deixa aos estados espaço de manobra para elevadas cargas fiscais. Aliás, um sinal visível disto é, nomeadamente, a rejeição da onnipotência social do estado que, ainda há duas décadas, alimentava a esperança de absorver todo o imenso papel social da sociedade civil. Daí a aceitação e convocação estadual da mais ampla participação das diversas forças vivas da sociedade civil para a realização do estado social contemporâneo, como a que vem sendo concretizada no voluntariado social. V., sobre este último aspecto, o nosso estudo (1999, esp. p. 166 et seq.).

³³ Sobre a ideia de solidariedade e das suas relações com a cidadania, v. o nosso estudo (1999, esp. p. 162 et seq.).

cial de simplificação, que como linguagem dicotômica ou binária inevitavelmente contém, sobretudo face à actual realidade jusfundamental em expansão quase até ao infinito,³⁴ estamos frente a uma distinção praticamente inútil.³⁵

Por conseguinte, não há direitos fundamentais de borla. Efectivamente todos eles têm custos financeiros públicos. Sendo certo que, ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos.

Daí que uma qualquer teoria dos direitos fundamentais, que pretenda naturalmente espelhar a realidade jusfundamental com um mínimo de rigor, não possa prescindir dos deveres e dos custos dos direitos. Assim, parafraseando Ronald Dworkin, tomemos a sério os deveres fundamentais e, por conseguinte, tomemos a sério os custos orçamentais de todos os direitos fundamentais.³⁶

Pois somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos, poderemos lograr um estado em que as ideias de liberdade e de solidariedade não se excluam, antes se completem. Ou seja, poderemos desfrutar de um estado de liberdade e de um estado de liberdade a um preço moderado. Por isso, não podemos esquecer o que, com uma clarividência que ainda hoje impressiona, dizia Alexis de Tocqueville: "a reclamação de direitos e a sua realização não são suficientes; os cidadãos têm também deveres".

Referências

- ADAMS, Charles. *For Good and Evil. The impact of taxes on the course of civilization*. 2. ed. New York: Madison Books, Lanham, 1999.
- ALMEIDA, Aníbal. *Teoria pura da imposição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARDANT, Gabriel. *Théorie sociologique de l'impôt*. Paris: 1965. vols. I e II.
- . *Histoire de l'impôt*. Paris: Fayard, 1972. vols. I e II.
- ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA/Comissão de Assuntos Europeus. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Participação da Assembleia da República*. Lisboa: 2000. p. 307.
- BOSS, Reimer. *Steuern im Dritten Reich. Vom Recht zum Unrecht unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*. München: Verlag C. H. Beck, 1995.
- CHR. GRAMM. *Vom Steuerstaat zum gebührenfinanzierte Dienstleistungsstaat? Der Staat*, 1997.

³⁴ V. sobre o que designamos por "tendência para a panjusfundamentalização", o nosso estudo (1998, p. 980 et seq.).

³⁵ Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000, p. 37 et seq.).

³⁶ V. esta última expressão em Stephen Holmes; Cass R. Sunstein (2000, p. 220).

- FAVEIRO, Vitor. *O estatuto do contribuinte. A pessoa do contribuinte no estado social de direito*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.
- GAWEL, Von Erik. Das Steuerstaatgebot des Grundgesetzes, *Der Staat*, 39, 2000.
- HANSJÜRGENS, B. Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat? *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 14, 1999.
- HENDLER, R. Gebührenstaat statt Steuerstaat?. *Die öffentliche Verwaltung*, 1999.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York-London: W. W. Norton & Company, 2000.
- NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXV, 1999.
- . Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.
- . *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- . O princípio do estado fiscal. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao professor João Lumbrales*. Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2000.
- QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do estado nas políticas sociais*. Coimbra: Almedina, 2001.
- STEINMO, Sven. *Taxation and democracy. Swedish, British and american approaches to financing the modern state*. Yale: New Haven and London, 1993.