

2 ESTUDOS SPES



A ECONOMIA SOCIAL e CIVIL: ESTUDOS DE FISCALIDADE

COORDENAÇÃO
Suzana Tavares da Silva

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

SPES - Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

PRINT BY

CreateSpace

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1424-3

ISBN DIGITAL

978-989-26-1425-0

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1425-0>

DEPÓSITO LEGAL

390373/15

A ECONOMIA SOCIAL e CIVIL
ESTUDOS DE FISCALIDADE

COORDENAÇÃO
SUZANA TAVARES DA SILVA

2017

(Página deixada propositadamente em branco)

NOTA PRÉVIA

Esta obra, intitulada *Economia Social e Fiscalidade – Estudos*, constitui uma selecção de trabalhos dos estudantes do curso de mestrado científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano lectivo de 2013/2014, na unidade curricular de *Direito Fiscal I*. Esse ano lectivo foi também o primeiro da vigência do *Projecto SPES*, um Projecto de Ensino, Investigação e Desenvolvimento sobre a temática Estado Social, Constituição e Pobreza, criado pelo grupo de investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias”, do recém reconstituído *Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Uma das primeiras iniciativas adoptadas no âmbito do projecto SPES foi a de associar algumas unidades curriculares dos cursos de formação avançada da Faculdade de Direito ao estudo das temáticas da socialidade, permitindo, deste modo, começar a explorar as diversas vertentes teóricas em que o problema se desdobra.

Assim, após um semestre de estudo desenvolvido dos fundamentos teóricos da fiscalidade do terceiro sector e respectiva dogmática aplicativa em Portugal¹, foi lançado o seguinte desafio aos estudantes: escolher um *caso de estudo* com o objectivo de através dele apurar se esta fiscalidade está ajustada aos actuais paradigmas

¹ O resultado desse estudo foi entretanto recolhido em Suzana TAVARES DA SILVA / Claudia DIAS SOARES, *Regime Fiscal das Entidades da Economia Social e da Economia Civil*, Vida Económica, 2015.

económicos e sociais, ou seja, se os incentivos fiscais ao terceiro sector produzem as externalidades positivas que fundamentam a sua atribuição. Os textos que integram o presente volume são aqueles que, a nosso ver, corresponderam positivamente ao desafio lançado, não obstante a heterogeneidade dos temas escolhidos e da abordagem problemática seguida.

Os dois primeiros trabalhos reportam-se ao problema da *liberdade de escolha* nas políticas da saúde e da educação. No caso do “cheque-dentista”, são apresentados os fundamentos teóricos dos modelos de “socialidade através de *vouchers*” e discutidas as razões do sucesso/insucesso do Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral em diversas dimensões; já no caso do “cheque-ensino”, após uma referência à evolução do ensino público em Portugal, esboça-se uma análise da política do “cheque-ensino” a partir dos ensinamentos da “análise económica do direito”.

Os dois textos seguintes reportam-se ao problema do regime fiscal das fundações. O primeiro procura traçar uma análise do regime fiscal das fundações em sede de IRC, sem olvidar a referência à relevância actual deste instituto no direito nacional e europeu, e tenta depois sintetizar as conclusões a que chegou o relatório sobre a avaliação das fundações, referindo-se a quatro casos concretos. O segundo texto aborda uma questão mais sensível, a das fundações criadas por empresas, apoiando-se também em alguns casos de estudo nacionais para procurar destacar certos aspectos problemáticos no plano do regime fiscal.

Os três últimos estudos são de alunos brasileiros, que aceitaram o repto de integrar este projecto. O primeiro centra-se no problema da *discricionarietà* do acto de reconhecimento da utilidade pública, do qual resulta o estatuto fiscal benéfico das fundações, e das iniquidades que daí podem resultar em termos de justiça fiscal; enquanto o segundo, partindo do estudo de uma questão jurídica típica do direito brasileiro, como é o “regime fiscal do acto cooperativo”, busca colher ensinamentos desta dogmática para o direito português, *maxime* para solucionar uma questão que vem gerando polémica na doutrina nacional a propósito do âmbito de aplicação do artigo 66.º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais, por não estender a isenção fiscal aos resultados das cooperativas provenientes de operações com terceiros.

A partir da leitura destes estudos é possível formular diversas questões interessantes sobre a organização e o funcionamento entre nós de algumas instituições do terceiro sector, em especial no que respeita ao regime fiscal que lhes é aplicável, designadamente: *i)* a forma como a colaboração entre o sector público e o sector social pode consubstanciar uma alternativa eficiente aos modelos de serviço público e de colaboração público-privada; *ii)* as vantagens ao nível da sustentabilidade social decorrentes da admissibilidade da dedução do IVA por parte das grandes empresas de distribuição alimentar dos donativos em espécie, quando a alternativa, caso a referida dedução não fosse admissível, seria a destruição dos bens e a impossibilidade da sua canalização para instituições que cuidam de pessoas em situação de vulnerabilidade; *iii)* o papel dos privados na promoção de fins culturais, salvaguardando as necessárias cautelas para evitar que institutos jurídicos como as fundações constituídas por empresas possam ser utilizados com o simples propósito de alcançar o aforro fiscal; *iv)* repensar os requisitos para o reconhecimento da utilidade pública a certas pessoas colectivas sem fins lucrativos, nomeadamente a vantagem ou não de se prever uma solução de continuidade para as verbas constituídas a partir das isenções tributárias em caso de extinção da personalidade jurídica; *v)* o futuro das cooperativas e a sua inserção na economia de mercado sustentável, a par de novas entidades, como as empresas sociais. *vi)* a relevância do microcrédito no contexto das acções de empreendedorismo social.

Trata-se de um tema complexo, importante e que conhece actualmente novos desenvolvimentos em resultado das alterações na política do mecenato cultural e do financiamento do conhecimento e da inovação, o que justificará a sua atenção em novas iniciativas a realizar no âmbito do Projecto SPES.

Coimbra, Março de 2015
Suzana Tavares da Silva

(Página deixada propositadamente em branco)

ABREVIATURAS

ANDC	Associação Nacional do Direito do Microcrédito
ARS	Administração Regional de Saúde
AT	Administração Tributária
CAdm	Código Administrativo
CC / CCiv	Código Civil Português
CF/88	Constituição Federal de 1988
(C)IMT	(Código do) Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis
(C)IRC	(Código do) Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas
(C)IRS	(Código do) Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
(C)IVA	(Código do) Imposto sobre o Valor Acrescentado
Co-op	Cooperativa
CPPT	Código do Procedimento e do Processo Tributário
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
ERS	Entidade Reguladora da Saúde
ESNL	Entidades do Sector Não Lucrativo
EUA	Estados Unidos da América

ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
EEF	Estatuto Europeu das Fundações
(E)IPSS	(Estatuto das) Instituições Particulares de Solidariedade Social
EM	Estado-Membro
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FCG	Fundação Calouste Gulbenkian
FUNPROGER	Fundo de Aval de Emprego e Renda
GCAP	Groupe Consultatif d'aide aux pauvres
IMF	Instituição de Microfinanças
IMI	Imposto Municipal sobre Imóveis
IMT	Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis
INATEL	Instituto Nacional de Aproveitamento dos Tempos Livres dos Trabalhadores
IR	Imposto de Renda
IS	Imposto do Selo
ISS	Imposto Sobre Serviço
LGT	Lei Geral Tributária
(L)OE	(Lei do) Orçamento Geral do Estado
LQF	Lei-Quadro das Fundações
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OMD	Ordem dos Médicos Dentistas
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONGD	Organizações Não Governamentais de Cooperação para o Desenvolvimento
ONU	Organização das Nações Unidas
PME's	Pequenas e Médias Empresas
PNMPO	Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado
PNPSO	Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral
PROGER	Programa de Geração de Emprego e Renda
PRONAF	Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar
RAF	Relatório de Avaliação das Fundações
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
RPCR	Registo de Pessoas Colectivas Religiosas

SIG	Serviços de Interesse Geral
SISO	Sistema de Informação para a Saúde Oral
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STA	Superior Tribunal Administrativo
TCA-S	Tribunal Central Administrativo Sul
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE/TJCE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UNO	União Nordestina de Assistência e Pequenas Organizações

(Página deixada propositadamente em branco)

CHEQUE-DENTISTA E FISCALIDADE

Uma escolha entre a eficiência e a política

Joana Raquel Pires Rebelo

Resumo: Em face das conjunturas que os vários Estados atravessaram e atravessam, a utilização de mecanismos racionais e eficientes, alternativos à provisão estatal, surge como um importante elemento de política pública, susceptível de permitir a manutenção do Estado em si mesmo, especialmente do Estado Social. Por conseguinte, é recorrente o recurso a medidas intermédias como a concessão de *vouchers*, cumprindo objectivos de cariz social, económico e/ou político.

Atenta a problemática da saúde oral, bem como as pressões de organismos internacionais e a inexistência de uma rede pública de cuidados médico-dentários, em 2005 foi aprovado o PNPSO, e em 2009 generalizou-se a concessão de cheques-dentista. No entanto, impera a reflexão sobre a eficiência da figura, as suas vantagens e desvantagens, tendo como pano de fundo a seguinte questão: justifica-se a manutenção de um sistema como o que está subjacente ao cheque-dentista?

Palavras-chave: saúde oral, *voucher*, cheque-dentista, eficiência, fiscalidade

Abstract: Due to the current state of affairs, the use of alternative mechanisms to state provision emerge as important element of an efficient public policy, which would allow the maintenance of the state itself, especially the welfare state. As such, intermediate measures in the form of vouchers are frequently used to fulfill social, economic and political needs.

Given the problems of oral health as well as the pressure of international organizations and the lack of a public network of dental care, the PNPSO was approved in 2005 and, in 2009, the assignment of dental checks became generalized. However, a reflection on both the efficiency and the advantages and disadvantages of this measure is needed, raising the following question: is the assignment of dental checks (as they are currently designed) justified?

Keywords: oral health; voucher; dental check; efficiency; taxation

I. NOTA INTRODUTÓRIA

Dubium sapientiae initium

[A dúvida é o início do conhecimento]

O presente estudo direcciona-se para a abordagem da figura do cheque-dentista, integrado no Plano Nacional de Promoção da Saúde Oral (PNPSO), do ponto de vista da sua eficiência. Por conseguinte, a reflexão divide-se em três momentos: i) consideração da figura do *voucher* atentas as suas características gerais; ii) análise do regime do cheque-dentista actualmente em vigor; iii) abordagem da figura do ponto de vista fiscal.

Não obstante, antes de ser dado o devido enfoque a estes três pontos, vamos tecer algumas considerações prévias relevantes para a compreensão da temática que nos propomos abordar.

Primo, estamos a navegar nas águas pouco calmas do Estado Social, que visa uma ideia de amparo, expressão de solidariedade comunitária, ancorada, directa ou indirectamente, na figura do Estado¹. Contudo, o tema sobre o qual nos vamos deter integra-se na *outra socialidade*, i.e., socialidade fora do âmbito típico das entidades do terceiro sector, envolvendo os privados, com fins lucrativos, e

¹ Em face do exposto devemos ter presente a seguinte premissa que nos vai mover ao longo do estudo “*A primeira tarefa a levar a cabo em nome da sua sustentabilidade [do Estado Social] – e, porventura, decisiva – é a de desinfestação ideológica*”, SANTOS, António Carlos dos, “Vida, Morte e Ressurreição do Estado Social?”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 6, n.º 1 (2013), pp. 54. Veja-se também GOMES, Carla Amado, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 19, onde se pode ler que “*O Estado Social, por referência ao seu antecessor, o Estado Liberal, é um pólo de acção, de acção positiva no sentido da realização da justiça distributiva no seio da comunidade que serve*”, e, a propósito dos vários modelos, RUTGERS, Jacobien, “Introduction”, in *European contract law and the welfare state*, ed. Jacobien Rutgers, European studies in private law (4), Europa Law Publishing, Groningen, 2012, pp. 3-12.

associando-os à concretização do Estado Social, *in casu*, à efectivação de um direito consagrado constitucionalmente².

Secundo, temos de atender ao sector em que nos vamos mover: o domínio da saúde, em especial da saúde oral. Por conseguinte, impera, em primeiro lugar, a referência ao artigo 64.º da CRP, que, no seu número 1, dispõe “*Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*”. Mais se acrescenta que, por imposição constitucional, este direito de protecção é realizado através de um Serviço Nacional de Saúde³ que tem de ser universal e geral, além de tendencialmente gratuito⁴.

² O advento do Estado Social obrigou a uma modificação do *status quo ante*, e teve repercussões, desde logo, ao nível do controlo das despesas públicas, implicando a adopção de novas soluções jurídicas. Vide NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do Estado Fiscal”, in *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 29 e, do mesmo Autor, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 51-83.

³ Nas palavras de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, “*o serviço nacional de saúde deve considerar-se como serviço público obrigatório de activação necessária e de existência irreversível*”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 826 ss. Para uma caracterização do Serviço Nacional de Saúde, bem como do seu percurso legislativo, vide Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 39/84, de 11 de Abril.

⁴ Vide artigo 64.º, número 2, alínea a) da CRP e, a propósito da *lógica de caridade pública*, NUNES, António José Avelãs/Fernando Facury SCARFF, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Livraria do Advogado Editora, Estado e Constituição, Porto Alegre, 2011, pp. 11-24. O Autor refere-se a esta questão a propósito da imposição de taxas moderadoras no recurso aos serviços do SNS e à correspondente possibilidade de os mais pobres ficarem isentos das mesmas, mediante prova de rendimentos. Consequentemente, a *política de caridade pública* manifesta-se no facto de se verificarem diferenciações entre os pobres, que têm direito a um SNS gratuito, e os que têm mais rendimentos disponíveis e que, desta forma, se vêm obrigados a pagar. O Autor afirma mesmo que, nestes termos, o SNS poderá “*ficar reduzido a uma espécie de sopa dos pobres*”, o que “*viola gravemente o princípio da universalidade dos direitos sociais*”. Ademais, tal lógica não tem acento na CRP, pelo que a gratuidade dos serviços, quando consagrada, tem de ser para todos. Cf. *op. cit.*, pp. 20. Acresce o quadro comparativo realizado com o Brasil a propósito das competências do poder judicial perante as omissões, especialmente do poder executivo, que não permitem a garantia de cumprimento dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Neste ensejo, a propósito do artigo 196.º da Constituição Brasileira, onde

Ademais, este direito encerra duas componentes importantes, uma negativa, que reside no direito de exigir a abstenção de actos lesivos desse direito, e uma positiva que se concebe como um direito a exigir uma prestação por parte do Estado⁵.

Desta feita, em nome da defesa do direito à protecção da saúde, cabe ao Estado, nomeadamente, garantir um acesso igualitário a uma rede de saúde, distribuída de forma racional e eficiente⁶, bem como “*Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade*”⁷. Neste ensejo, uma primeira conclusão se impõe, a de que a exigência desta obrigação constitucional na génese do SNS não implica a proibição de constituição de entes privados na área da saúde, o que culmina num importante papel do Estado como regulador e fiscalizador⁸.

De facto, para alcançar tal conclusão basta atentar na Lei de Bases da Saúde⁹, mais concretamente, na Base I relativa aos princípios gerais, onde além de se estabelecer a protecção da saúde como um direito dos indivíduos e da comunidade, implicando uma responsabilidade conjunta dos cidadãos, da sociedade e do Estado, vem-se referir que “*Os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabe-*

se encontra consagrado o direito à saúde, o Autor critica o facto do Supremo Tribunal Federal o conceber como direito individual, admitindo-se a exigência directa do seu cumprimento através de acção judicial, e não como um direito colectivo. Cf. *op. cit.*, pp. 27 ss.

⁵ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes/ Vítal MOREIRA, *op. cit.*, pp. 825; CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.^a reimp. da 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 408 e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/84, de 11 de Abril.

⁶ Vide artigo 64.º, número 3 da CRP.

⁷ Cf. artigo 64.º, número 3, alínea d) da CRP.

⁸ Vide TAVARES DA SILVA, Suzana, “Sustentabilidade e Solidariedade no financiamento do bem-estar: o fim das ‘boleias’?”, in *Estudos de Home-nagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, org. Marcelo Rebelo de Sousa, et al., Vol. V, Coimbra Editora, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, pp. 819-842. Ainda neste ponto veja-se, em termos mais genéricos, GONÇALVES, Pedro Costa, “Estado de Garantia e Mercado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 106 ss.

⁹ Aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto e alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

*lecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos*¹⁰. A este ponto deve ainda associar-se o apoio ao desenvolvimento do sector privado na área da saúde¹¹ em concorrência com o sector público¹².

Do que foi sendo referido resulta que a rede nacional de prestação de cuidados de saúde é integrada pelo SNS e demais entidades públicas que se dediquem a actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como pelas entidades privadas e profissionais livres que acordem com o Estado a prestação dessas actividades¹³. Por esta via, é prerrogativa do Ministério da Saúde e das ARS a efectivação dessas contratações “*sempre que tal se afigure vantajoso, nomeadamente face à consideração do binómio qualidade-custos, e desde que esteja garantido o direito de acesso*”¹⁴.

Deve acrescentar-se que na nossa Lei de Bases da Saúde se faz referência à igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados

¹⁰ Vide princípio 4 da Base I da citada Lei de Bases da Saúde e o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, que se refere ao sistema misto do serviço de saúde.

¹¹ Especialmente as iniciativas das IPSS. Cf. número 1, alínea f) da Base II e número 2 da Base IV da Lei de Bases da Saúde, bem como a sua Base XXXVII, que além de firmar o apoio do Estado ao desenvolvimento do sector privado de prestação de cuidados de saúde em face das vantagens sociais decorrentes dessas iniciativas, discorre sobre as formas que esse apoio pode assumir.

¹² Cf. Acórdão do STA, processo n.º 0548/07, de 17 de Abril de 2008, que se refere à lógica subjacente à celebração de convenções com o Ministério da Saúde, no caso trata-se de uma situação em que, apesar de existir uma convenção para a prestação de análises clínicas e exames, parte destes passaram, também, a ser prestados pelo SNS. Vide ainda Decreto-Lei n.º 13/93, de 15 de Janeiro e Acórdão do TJUE, processo n.º C-169/07, de 10 de Março de 2009, relativo à rejeição do pedido apresentado por uma sociedade com sede na Alemanha, para a criação de um estabelecimento de saúde privado sob a forma de uma policlínica dentária em Viena, e sua associação com a liberdade de estabelecimento.

¹³ Tanto ao nível de cuidados de saúde primários como de cuidados diferenciados. Vide número 1 da Base XLI, Base XII e Base XL da Lei de Bases da Saúde.

¹⁴ Vide número 3 da Base XII e número 3, alínea e) da Base XXVII da Lei de Bases da Saúde. No caso da saúde oral, a constatação da necessidade de alargamento dos cuidados dentários prestados, associada ao aumento do número de médicos dentistas estiveram na génese da contratualização verificada no sector. Neste sentido, conferir Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março.

de saúde como um objectivo fundamental, admitindo-se expressamente a possibilidade de serem tomadas medidas especiais em relação a grupos de maior risco¹⁵.

Por último, a actual conjuntura económica, financeira e social que o país atravessa veio aguçar a temática, especialmente em face das várias acusações de desagregação do SNS¹⁶, integradas num contexto generalizado de luta em face da (des) construção do Estado Social¹⁷. Devendo associar-se também as disparidades que permanecem no território nacional em termos de acesso à saúde¹⁸, pelo que, além de se impor uma necessária articulação dos serviços existentes a nível nacional, regional e local, deviam igualmente adoptar-se medidas adequadas que visem solucionar ou, em todo o caso, atenuar essas falhas¹⁹.

¹⁵ Cf. número 1, alíneas b) e c) da Base II da Lei de Bases da Saúde.

¹⁶ Também por força destas acusações se revela da maior importância o desenvolvimento de um sistema eficiente, em relação ao qual esteja subjacente uma lógica de gastos públicos controlados e adequados. A propósito do desenvolvimento de um sistema fiscal eficiente que permita ultrapassar os *sentimentos de descrédito*, vide SANTOS, Marta Costa, “Novos paradigmas no controlo do sistema fiscal”, in *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, cit., pp. 207.

¹⁷ Cf. CAUPERS, João, “A Agonia do Estado Social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 45-49; GREVE, Bent, “Introduction: The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States”, in *The Future of the Welfare State. European and Global Perspectives*, ed. Bent Greve, Alternative Voices in Contemporary Economics, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 1-7; HEMERIJCK, Anton, “Two or three waves of welfare state transformation?”, in *Towards a social investment welfare state? : ideas, policies and challenges*, ed. Nathalie Morel, et al., 1st ed., Policy Press, Bristol, 2012, pp. 33-60, e JESPERSEN, Jesper, “Welfare State and Uncertainty – Two Different Views”, in *The Future of the Welfare State. European and the Global Perspectives*, cit., pp. 76-78. Veja-se ainda a crise financeira, ideológica e filosófica, MENESES DO VALE, Luís, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I, Coimbra, 2007, pp. 17 ss.

¹⁸ Embora se devam também referir as disparidades externas.

¹⁹ No mesmo sentido, PINHO, Joana da Costa *Cheque-Dentista: Uma Análise de Eficiência para Portugal*, Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial da Universidade de Aveiro, 2012, pp. 2.

II. DA CONCESSÃO DE *VOUCHERS*

*“Put another way, a voucher is simply a means of subsidy or payment, it can be designed in an almost infinite (although bounded) number of ways, and it is always a means to an end, not an end in itself”*²⁰

1. Considerações gerais

Ao longo dos anos tem-se notado um interesse crescente dos Estados no recurso a diversos tipos de mecanismos que gerem maior eficiência e, conseqüentemente, diminuam os gastos públicos²¹, visando não só uma melhor gestão dos meios disponíveis, mas também o cumprimento das garantias de universalidade de acesso²².

Neste âmbito é admissível a opção por instrumentos intermédios, enquanto formas alternativas à provisão estatal²³, como

²⁰ STEUERLE, C. Eugene, “Common Issues for Voucher Programs”, in *Vouchers and the provision of public services*, ed. C. Eugene Steuerle, et al., Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000, pp. 3.

²¹ Cf. SANTOS, Marta Costa, “Novos paradigmas...”, *cit.*, pp. 207, segundo a Autora, os conceitos de eficiência, eficácia, rentabilidade e sustentabilidade estão hoje presentes na ordem do dia, motivados, é certo, pela concorrência fiscal e comercial internacional, o que exige dos Estados modernos maior controlo e rigor na *gestão financeira pública*.

²² Os problemas com que os Estados se deparam hoje resultam da conjugação de duas premissas, por um lado, diminuição da receita fiscal e, por outro lado, o facto de o Estado Social ter crescido de forma desmesurada, assente na *promessa de bem-estar vitalício*, que transformou o Estado num *Santa Claus State*, dependente de elevados níveis de receita pública. Vide GOMES, Carla Amado, *op. cit.*, pp. 21 e NABAIS, José Casalta, “Reflexões sobre quem...”, *cit.*, pp. 51. Por esta via, “*Para evitar a previsível falência do Estado, só há um remédio: reduzir o Estado (‘so wenig Staat, wie möglich!’)*”, cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 8.

²³ De que são exemplo os acordos com as IPSS. Cf. Decreto-lei n.º 138/2013 e Decreto-Lei n.º 139/2013, ambos de 9 de Outubro, bem como o Acórdão do TCA-S, processo n.º 03721/08, de 12 de Fevereiro de 2009, que se refere à adjudicação da gestão, através de contrato de gestão, do Hospital Professor Doutor Fernando Fonseca à sociedade Hospital Amadora/Sintra, Sociedade Gestora SA, e posterior celebração de contrato de prestação de serviços de alimentação a doentes e demais pessoal do Hospital.

subsídios directos²⁴, contratação com privados, parcerias público-privadas²⁵ ou concessão de *vouchers*²⁶.

Apesar destas considerações, deve enfatizar-se logo de início que a escolha de vias alternativas pode coexistir com a prestação directa pelo Estado. Veja-se precisamente o caso da saúde, em que ao lado do SNS surge a contratação com privados, seja no intuito de garantir a existência de cuidados não prestados pelo sistema público, seja em concorrência com esses mesmos prestadores públicos no âmbito de cuidados já abrangidos pela rede nacional²⁷.

Atentas estas possibilidades, a opção a fazer depende de uma avaliação concreta e metódica, tendo à cabeça os interesses do Governo, em especial interesses político-económicos e orçamentais, mas também as necessidades específicas da sociedade, recorrendo a instrumentos susceptíveis de reduzir as assimetrias²⁸ e eliminar falhas que se verifiquem na provisão de serviços básicos²⁹.

Por esta via, a escolha pode consistir num programa de atribuição de *vouchers*³⁰, a ter lugar, especialmente, em áreas de maior vulnerabilidade social, que tradicionalmente correspondiam a núcleos de actuação estatal, de que são exemplo a alimentação, os transportes, a saúde, a educação e a habitação.

²⁴ Em relação à possibilidade de um *voucher* ser considerado como equivalente a dinheiro *vide* BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, “The Economics of Vouchers”, in *Vouchers and the provision of public services*, *cit.*, pp. 40 ss.; BESHAROV, Douglas J./ Nazanin SAMARI, “Child-Care Vouchers and Cash Payments”, in *Vouchers and the Provision of Public services*, *cit.*, pp. 210 ss.

²⁵ A propósito da contratação com privados e do recurso a parcerias público-privadas, *vide* BLÖNDAL, Jón R., “Market-type Mechanisms and the Provision of Public Services”, *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 5, n.º 1(2005), pp. 82-96. Cf. ainda GONÇALVES, Pedro Costa, *A concessão de...*, *cit.*, pp. 165 ss.

²⁶ Veja-se também a referência ao *voucher implícito*: cf. BRADFORD, David/ SHAVIRO Daniel, *op. cit.*, pp. 61.

²⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 51.

²⁸ *Vide* BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 52 e BLÖNDAL, Jón R., *op. cit.*, pp. 80.

²⁹ No mesmo sentido conferir PINHO, Joana da Costa, *op. cit.*, pp. 2.

³⁰ Seguindo de perto Burdett LOOMIS, os defensores dos *vouchers* cresceram consistentemente em número e visibilidade desde meados dos anos 80, em especial com a acção da administração Reagan, bem como de diversos governadores que ajudaram a trazer a questão dos *vouchers* para a agenda política. Cf. LOOMIS, Burdett, “The Politics of Vouchers”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, *cit.*, pp. 103.

A título de ilustração relevam as opções tomadas em concreto nos Estados Unidos da América, onde os *vouchers* obtiveram um papel de destaque, como se pode ver com os *food stamps*³¹ e os *householding vouchers*³². Mais se acrescenta que a aposta nestes programas se difundiu amplamente englobando, exemplificativamente, os *vouchers* escolares, os *vouchers* na área da formação técnica, os *vouchers* relativos a transporte de deficientes e ainda os *vouchers* relativos a programas de planeamento familiar³³.

No entanto, devemos referir que os programas são diferenciados entre si, desde logo nos critérios de selecção dos beneficiários e no modo de atribuição do *voucher*.

2. Delimitação do conceito de *voucher*

Perante estas considerações gerais, é importante analisar o conceito de *voucher*, tentando delimitar as fronteiras da figura. Não obstante, antes mesmo de atentarmos numa ideia mais precisa do que é que pode ser considerado como tal, é necessário uma ressalva: temos de ter presente que nos vamos dedicar apenas ao *voucher* no âmbito do sector público e não já aos mecanismos deste género que frequentemente são adoptados no sector privado³⁴. Ademais,

³¹ O mais amplo e antigo programa de *vouchers* explícito nos países membros da OCDE, iniciou-se em 1961 e hoje é designado como Supplemental Nutrition Assistance Program (SNAP). Cf. BLÖNDAL, Jón R., *op cit.*, pp. 97.

³² Vide POSNER, Paul, *et al.*, “A Survey of Voucher Use: Variations and Common Elements”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, *cit.*, pp. 504 ss.; REISCHAUER, Robert D., “Medicare Vouchers”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, *cit.*, pp. 407-411 e 421 ss.

³³ Atente-se nos vários exemplos apresentados por PINHO, Joana da Costa, *op. cit.*, pp. 9 ss.

³⁴ Que podemos identificar como *vouchers* de teor comercial. Apesar de não constituírem objecto do nosso trabalho, vide FERREIRA, Ricardo M. Fernandes, *et al.*, “Do Regime dos *vouchers* no IVA”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 4, n.º 2 (2011), pp. 128, onde se pode colher o conceito deste tipo de *vouchers*, bem como a terminologia adoptada pela Comissão Europeia que os divide em *free voucher*, *single purpose voucher* e *multi purpose voucher*. Em relação à uniformização das regras aplicáveis neste domínio no direito da União Europeia, conferir MACHADO DE ALMEIDA, Marta, “O IVA nos Vouchers”, in *Cadernos IVA: 2013*, coord. Sérgio Vasques,

presente o foco do nosso trabalho – cheque-dentista – esse mesmo *voucher* visa a prestação de um serviço que, como veremos, não implica nenhum co-pagamento por parte do beneficiário.

Posto isto, podemos referir que várias são as aproximações ao conceito³⁵, no entanto, simplificando essa definição, diremos que se trata de um instrumento concedido a uma pessoa para que possa usufruir de um serviço ou bem³⁶, previamente determinado, que é prestado por uma entidade diferente da que financia essa fruição. Por conseguinte, em termos geométricos estamos a aludir a uma verdadeira relação triangular, na qual podemos identificar três elementos relevantes para a efectivação do programa: beneficiário, prestador e financiador.

Colecção Católica tax, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 293-306. Veja-se ainda o Processo do Centro de Arbitragem Administrativa n.º 06/2011-T, de 2 de Julho de 2012, relativo a um pedido de anulação dos actos tributários de liquidação de imposto de IVA, bem como os respectivos juros compensatórios, referentes aos anos de 2008, 2009 e 2010, devido à distribuição de 110625 bilhetes qualificados como *vouchers*.

³⁵ A título de exemplo, “*a voucher is a subsidy that grants limited purchasing power to an individual to choose among a restricted set of goods and services*” [Cf. Random House Dictionary of the English Language, 2d edition, New York; Random House, 1987, *apud* C. Eugene STEUERLE, *op. cit.*, pp. 4], bem como a noção apresentada por C. Eugene STEUERLE segundo a qual, “*vouchers can be considered a hybrid or compromise between cash and complete government determination of how money will be spent*” [Cf. STEUERLE, C. Eugene *op. cit.*, pp. 14], ou ainda, a referência de Jón R. BLÖNDAL, em que, apesar de não identificar uma noção de *voucher*, reúne 4 elementos a ter em conta quando nos referimos à sua concessão: “*First, the vouchers are for the use of specific services only; they are not in the form of cash. Second, the voucher can equal the total or part of the cost of the service. Third, the eligibility for the voucher may extend to the whole population or may be limited to certain groups or be means-tested. Fourth, the suppliers can be both government bodies and private bodies, or private bodies only*”, no mesmo texto é realizada uma referência à tipologia dos *vouchers* que podem assumir pelo menos três formas: *explicit voucher*, *implicit voucher*, *the government reimburses the user for expenditure on qualifying services from approved suppliers* [Cf. BLÖNDAL, Jón R., *op. cit.*, pp. 96]. Por último, a noção de *voucher* como “*Any assistance that allows program participants to choose a service provider within a limited set of choices and within limited total costs is considered a voucher, even if no formal certificate is used or no formal reference to ‘voucher’ is used in the program*” [Cf. POSNER, Paul, *et al.*, *op. cit.*, pp. 503].

³⁶ Ou um conjunto restrito de bens ou serviços.

3. Da visão tridimensional do *voucher*

Pese embora a delimitação conceitual levada a cabo, e assumindo os riscos que sem dúvida estão subjacentes a uma tentativa de estabelecimento de limites, o que realmente importa são os efeitos que o programa pode alcançar, tendo em conta as suas características³⁷. Desta forma, a presente afirmação remete-nos para as três dimensões que pretendemos associar à concessão de um *voucher*: dimensão social, dimensão económica e dimensão política.

3.1. *Voucher enquanto instrumento social*

Começando pela *componente social*³⁸, é apanágio da doutrina a consideração de que estes programas conferem liberdade de escolha ao seu beneficiário³⁹. Não obstante, essa liberdade é relativa, uma vez que se encontra restringida não só em face da existência de uma lista pré-determinada de prestadores acreditados, mas também em face do serviço ou bem que é financiado. Mais se acrescenta que essa restrição pode ser mais ou menos ampla consoante o maior ou menor número de prestadores ou bens/serviços disponíveis⁴⁰.

Por sua vez, a incessante referência a essa liberdade de escolha funciona como um fenómeno encadeado, pois vê-se o papel mais proactivo do beneficiário como preponderante para o desenvolvimento da concorrência entre prestadores. Neste ensejo, digamos que as credenciais de qualidade passam a ser essenciais para o

³⁷ Neste sentido BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 43.

³⁸ Seguimos de perto o pensamento de STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 3 ss.

³⁹ *Vide*, por todos, LERMAN, Robert/ C. Eugene STEUERLE, “Structured Choice versus Fragmented Choice: Bundling of Vouchers”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, *cit.*, pp. 471. Contudo, as vantagens conferidas aos *vouchers* têm de ser ponderadas no caso de um Estado recorrer a vários programas, *ibidem*, pp. 472 ss. Cf. ainda LOOMIS, Burdett, *op. cit.*, pp. 97, que refere a possibilidade de essa liberdade se manifestar mais em símbolo do que em substância, ou ser utilizada para mascarar uma falta de escolha real.

⁴⁰ C. Eugene STEUERLE explicita que os *vouchers* devem promover um nível intermédio de escolha: cf. STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 5 e BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 61.

prestador conseguir que a escolha do beneficiário recaia sobre si⁴¹.

Dir-se-á então que são as exigências dos consumidores⁴² em relação às características do produto ou serviço as principais impulsionadoras da busca por maior qualidade, pelo que o círculo estará fechado com a consideração de que a concorrência é não só um elemento que permite alcançar maior qualidade, mas que concorre para uma maior eficiência.

Contudo, será que este fenómeno teórico de mais-valia associado à liberdade de escolha deve ser visto acriticamente? A resposta tem de ser negativa, desde logo porque podemos não ter um efectivo desenvolvimento de concorrência no mercado, bastando para tal que a lista de prestadores acreditados seja reduzida e as suas áreas de actuação não se sobreponham⁴³.

Por último, a concessão de liberdade de escolha também se pode associar à obtenção de equidade⁴⁴, que, por sua vez, está

⁴¹ Em teoria, quando se verifica uma maior liberdade conferida ao titular do *voucher* tal acarreta uma crescente exigência do mercado. Não obstante, tal pode ter repercussões também para o prestador público, pois, nos casos em que tanto o operador público como o privado podem efectuar a prestação e se verifica uma maior liberdade de escolha do consumidor, o ente público terá de desenvolver estratégias que permitam ir ao encontro das exigências do mercado.

⁴² Pode dizer-se, com Suzana TAVARES DA SILVA, que os cidadãos que procuravam “*um acesso igual a prestações e serviços públicos*” são superados por “*clientes e utentes informados (...) que reclamam qualidade e possibilidade de escolha*”: cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 543 e 544.

⁴³ Relembre-se, mais uma vez, as zonas recônditas do país em que não obstante a possibilidade de beneficiar do programa de *vouchers*, a oferta é inexistente ou única, ao que se associa a impossibilidade de mobilidade, nomeadamente por razões económicas. Nesses casos, a existência do programa dificilmente vai promover a concorrência, apesar da existência de liberdade de escolha. Cf. PINHO, Joana da Costa, *op. cit.*, pp. 8 e REISCHAUER, Robert D., *op. cit.*, pp. 415 ss.

⁴⁴ A propósito do entendimento dos conceitos de *equidade* no âmbito da saúde e de *acesso aos cuidados de saúde*, enquanto dimensão da equidade, *vide* Direcção-Geral da Saúde, *Plano Nacional de Saúde 2012-2016*, 3.2. Eixo Estratégico – *Equidade e Acesso aos Cuidados de Saúde*, pp. 2. Ainda neste ponto, veja-se CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, pp. 348; MENESES DO VALE, Luís, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de

relacionada com a definição prévia dos critérios de selecção do beneficiário do programa. No entanto, a consagração deste tipo de mecanismos não é em si suficiente para assegurar o cumprimento desse objectivo, especialmente devido à assimetria de informações de que as pessoas dispõem. Daqui resulta a necessidade de prestação de informações adequadas tendentes à realização de escolhas mais racionais, implicando também uma regulação⁴⁵⁻⁴⁶.

É facto que se poderá objectar que, mesmo esta solução, não garante que as escolhas passem a ser as mais correctas. Todavia, a nossa posição é a de que, nesse caso, uma escolha menos racional já não resulta de disparidade das informações disponíveis, mas sim de escolhas pessoais informadas⁴⁷, que, no entanto, não foram as mais consentâneas com as exigências concretas *in casu*.

Coimbra, Vol. III, Coimbra, 2007, pp. 66-67, e WHITE, Stuart, “Ethics”, in *The Oxford Handbook of the Welfare State*, ed. Francis J. Castles, et al., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 19-31.

⁴⁵ Regulação como via de combate à assimetria informativa, vide TAVARES DA SILVA, Suzana, “Sustentabilidade e Solidariedade...”, pp. 827. No mesmo sentido C. Eugene STEUERLE que acrescenta “*Government may produce or require production of consumer reports, specify formats for information provided to consumers, or serve as an adviser*”: cf. STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 5 e 21.

⁴⁶ Impõe-se, de igual veste, uma regulação em geral do programa por parte de quem o financia, i. e., o Estado, em especial através da ERS e das ARS. Neste caso, a regulação assume uma dupla faceta, uma vez que, por um lado, se exige uma regulação dos próprios beneficiários através da consideração dos critérios de elegibilidade, bem como do produto ou serviço que é adquirido através daquele *voucher*, e, por outro lado, se impõe a regulação dos prestadores através da determinação das regras de acesso ao programa e da delimitação dos serviços ou produtos que podem ser prestados. Apesar destas considerações, não ignoramos que a existência de regulação acarreta mais gastos administrativos, pois, se a eficiência dispensa o Estado de proceder à prestação, não o dispensa de regular, vide TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direitos fundamentais na arena global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 111. Sobre o aparecimento do direito administrativo da regulação, *Idem*, *Um novo direito administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 43 e 44.

Ainda sobre o mesmo tópico, AMADOR, Olívio Mota, “Desafios da Regulação da Saúde em Portugal nos tempos de crise”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, ano 3, n.º 10 (2012), pp. 143-157 e STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 5 e 31. A propósito do Estado Social enquanto *Estado Regulador de serviços públicos essenciais*, CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, pp. 351 ss.

⁴⁷ No mesmo sentido, STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 7.

De tudo o que foi sendo dito depreende-se que a criação destes programas não é neutra, até porque a delimitação dos produtos ou serviços abrangidos demonstra a manifestação de paternalismo, visando-se a educação de comportamentos. Ademais, deve acrescentar-se que esse paternalismo⁴⁸ é bicéfalo, pois impera um necessário equilíbrio entre os interesses de quem é beneficiado e os interesses de quem financia, *maxime*, o interesse dos contribuintes que, através do pagamento dos seus impostos, geram receita para o Estado⁴⁹⁻⁵⁰. Por conseguinte, o acesso apenas a certos bens ou serviços pode ser determinado em função do próprio interesse do beneficiário consoante a sua vulnerabilidade, atendendo claramente a uma ideia de índole redistributiva, mas diz também respeito aos interesses de uma comunidade e ao que esta está disposta a financiar.

3.2. *Voucher enquanto instrumento económico*

O *voucher* pode também seguir um objectivo relacionado com as exigências orçamentais⁵¹ enquanto forma de controlo de

⁴⁸ Vide BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op cit.*, pp. 65 e, sobre a associação entre paternalismo e externalidades, *ibidem*, pp. 50 e 61.

⁴⁹ Acrescentamos que a possível educação de comportamentos, associada ao surgimento destes programas em áreas de maior necessidade social é um dos argumentos contra a mera concessão directa de um subsídio. Cf. STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 9 e, com algumas ressalvas, GOMES, Carla Amado, *op. cit.*, pp. 31 e 32.

⁵⁰ Não restam dúvidas de que hoje os Estados são, em grande medida, financiados através dos impostos, o que no caso destes direitos é ainda mais premente. Veja-se José Casalta NABAIS que nos diz que “*temos no Estado Social ancorado nas constituições actuais, um conjunto de bens públicos que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, ou seja, os relativos aos direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, esses direitos devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmo àqueles que não tenham condições de os realizar através do funcionamento do mercado. (...) Todo um conjunto de bens que não constituem bens públicos por natureza, antes se apresentam como bens públicos por imposição constitucional. Assim, é, por força de uma estrita exigência constitucional, que os custos com esses bens têm de ser suportados por todos os contribuintes?*”: cf. NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do...”, *cit.*, pp. 15.

⁵¹ Associa-se aqui a ideia de que existe um preço máximo integrado no *voucher* concedido, pelo que, pode verificar-se um melhor controlo no caso de aumento do número de beneficiários, desde logo no que toca à projecção do valor global a dispendar com o programa. Cf. STEUERLE, C.

despesa, o que será de elementar importância para as contas públicas dos Estados, em especial para os que integram a União Económica e Monetária e estão, por esta via, sujeitos aos procedimentos comunitários de controlo de défice público e de dívida pública⁵².

Do exposto resulta que não se pode menosprezar a importância do *voucher* em termos económico-financeiros⁵³. Numa clara alusão a esta questão, Bradford e Shaviro⁵⁴, defendem que a melhor maneira de reter aquilo que um *voucher* é em termos de política pública é através da descrição da sua substância económica apresentando 4 pontos relevantes: concessão aos consumidores com base em critérios de elegibilidade, possibilidade de escolha intermédia, concorrência entre prestadores e declínio da taxa marginal de reembolso.

Não obstante, tendo presente que o recurso a esta ferramenta pode ter subjacente uma ideologia de controlo de gastos, a verdade é que não podemos ver estas afirmações de forma absoluta, nomeadamente no caso de se verificar um crescimento exponencial da procura, o que acarretará um consequente aumento dos custos⁵⁵. Além disso, no caso de existir possibilidade de escolha entre prestador privado e prestador público, pode acontecer que grande parte dos beneficiários optem pelo privado, o que gerará aumento de despesa e desconsideração pelos investimentos públicos eventualmente levados a cabo⁵⁶.

Eugene, *op. cit.*, pp. 10. No entanto, *vide* BESHAROV, Douglas J./ Nazanin SAMARI, *op. cit.*, pp. 199.

⁵² Referimo-nos às *binding rules* do Pacto de Estabilidade e Crescimento. No mesmo sentido, LOOMIS, Burdett, *op. cit.*, pp. 97.

⁵³ A verdade é que através destes programas o Governo intervém na economia em relação a uma transacção particular dos consumidores. Cf. BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 49.

⁵⁴ Cf. BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 44.

⁵⁵ Deve ter-se aqui presente a actual conjuntura que o país atravessa. Cf. STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 11.

⁵⁶ Cf. BRADFORD, David/ Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 75 ss., e PINHO, Joana da Costa, *op. cit.*, pp. 9. Por tudo isto, e apesar de não constituir a nossa área de análise, este será, sem dúvida, um dos argumentos a referir no caso do recentemente aprovado cheque-ensino. A título de exemplo, *vide* LADD, Helen F., "School Vouchers: a Critical View", *The Journal of economic perspectives*, Vol. 16, n.º 4, Nashville, n.º 4 (2002), pp. 3-24.

3.3. *Voucher enquanto instrumento político*

Apesar das importantes considerações de cariz social e económico, vale a pena reter um outro ponto de análise: a visão dos *vouchers* como instrumento político⁵⁷.

Ora, como foi já sendo ditado, os programas de *vouchers* não são neutros, sendo que tal afirmação é também válida no que subjaz à política. Por conseguinte, a opção por um mecanismo deste género em determinada área serve interesses não só do Estado, mas também de destacados grupos económicos⁵⁸.

De facto, apesar de a realidade demonstrar que os *vouchers* constituem uma relevante ferramenta para a resolução de um conjunto de problemas como os que se colocam nas tradicionais áreas de provisão estatal⁵⁹, à adopção de um programa deste género pode estar subjacente meramente uma ideia de vantagem política. Tal ocorrerá porque a margem de escolha política é uma importante mais-valia, em especial na área da quase política social onde se desenvolvem os programas de *vouchers*⁶⁰.

Em face do exposto, o facto de oferecer contenção de custos, alguma possibilidade de escolha efectiva e baixas despesas administrativas, constitui uma combinação que permite a obtenção de apoio, pelo que a figura aparece como uma *tried-and-true policy tool*⁶¹. Consequentemente, este *tríplice conjunto teórico de vantagens práticas* dos *vouchers* permitirá a adopção do mecanismo como possível ferramenta nas mais variadas áreas, em especial de conteúdo social⁶².

⁵⁷ Independentemente da validade que possa estar subjacente à opção pela concessão de um programa de *vouchers* baseado em objectivos de pendor político.

⁵⁸ LOOMIS, Burdett, *op. cit.*, pp. 111.

⁵⁹ No mesmo sentido, LOOMIS, Burdett, *op. cit.*, pp. 95 e 96.

⁶⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 97.

⁶¹ LOOMIS, Burdett, *op. cit.*, pp. 111.

⁶² *Ibidem*, pp. 112. O mesmo Autor acrescenta que, no entanto, mesmo neste contexto político, questões de responsabilidade e de ideologia podem obstaculizar a uma maior adopção de programas deste género, especialmente nas áreas em que os grandes interesses conservam a sua influência política. Cf. BRADFORD, David/ Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 76.

III. UM EXEMPLO DE *VOUCHER* EM PORTUGAL: O CHEQUE-DENTISTA

1. Considerações gerais

Um claro exemplo da utilização destes instrumentos é-nos dado pelo chamado cheque-dentista, que consiste num *voucher* no sector da saúde oral destinado a grupos mais vulneráveis, tendo por base uma ideia de prevenção, diagnóstico e tratamento⁶³.

Posto isto, uma primeira questão se impõe: o porquê de se ter criado este programa para a saúde oral. Com o intuito de delinear uma resposta, diremos que várias razões podem estar subjacentes. Em primeiro lugar, o sector da saúde oral foi mais fustigado por uma constante falta de interesse por parte da comunidade que manifesta tendência para não se dirigir ao dentista em termos preventivos, especialmente no caso da faixa populacional com menores recursos económicos⁶⁴. Em segundo lugar, desde há muito tempo que se vinham desenvolvendo iniciativas no âmbito da saúde oral, nomeadamente desde 1986, com a criação do Programa de Saúde Oral em Saúde Escolar⁶⁵, o qual foi revisto em 1999⁶⁶. Em terceiro lugar, as doenças orais são consideradas como um problema de

⁶³ Em relação ao sector da saúde em geral, *vide* o panorama traçado por FREEMAN, Richard/ Heinz ROTHGANG, “Health”, in *The Oxford Handbook of the Welfare State*, *cit.*, pp. 367-377 e, para um estudo comparativo, *vide* WIDSTRÖM, Eeva, *et al.*, “Oral health care and dental treatment needs in the Barents region”, *International Journal of Circumpolar Health*, 69:5, 2010, pp. 486-499. Por último, deve ainda referir-se o compromisso firmado a 8 de Setembro de 2000, por parte dos Estados-Membros da ONU que se comprometeram a atingir 8 objectivos específicos conhecidos como os *Objectivos do Milénio*, tendo por base a erradicação da pobreza e o desenvolvimento sustentado até 2015.

⁶⁴ É de referir que no relatório da OMD de 2006, se escreveu que 40% da população não tinha capacidade económica para aceder ao dentista no sector privado, o que é ainda mais relevante em face da inexistência de oferta por parte do SNS ao nível da medicina dentária. Cf. Ordem dos Médicos Dentistas, *Os Números da Ordem*, Estatísticas, 2006, pp. 15.

⁶⁵ Cf. Direcção-Geral da Saúde, *Estudo Nacional de Prevalência da Cárie Dentária na População Escolarizada*, Lisboa, 2000, *Idem*, *Estudo Nacional de Prevalência das doenças orais*, 2005.

⁶⁶ *Vide* Circulares Normativas da Direcção-Geral de Saúde, n.º 6, de 20 de Maio de 1999 e n.º 1, de 8 de Janeiro de 2002.

saúde pública⁶⁷ e, em quarto lugar, a OMS estabeleceu, nas suas metas para 2020, a redução da prevalência da cárie dentária para 80% das crianças com 6 anos de idade livres de cáries. Em quinto e último lugar acrescentamos o facto de não existir uma rede pública nacional de prestação de cuidados médico-dentários.

2. Da evolução do PNPSO

No seguimento destas primeiras iniciativas, foi aprovado, através do Despacho n.º 153/2005, de 5 de Janeiro, o Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral (PNPSO), que, numa primeira fase, abrangia apenas a população infantil e juvenil, visando a prevenção e tratamento de cáries e doenças periodontais⁶⁸.

Deve acrescentar-se que o citado Despacho faz menção às metas definidas pela OMS para 2020 e especifica os objectivos que visa atingir: *“reduzir a incidência e a prevalência das doenças orais nas crianças e adolescentes; melhorar conhecimentos e comportamentos sobre saúde oral; promover a equidade na prestação de cuidados de saúde oral às crianças e jovens com necessidades de saúde especiais”*.

Ademais, o PNPSO assenta numa lógica de contratualização com o sector privado, mormente com os profissionais de estomatologia e medicina dentária⁶⁹, de todos os cuidados médico-dentários que não podem ser prestados no SNS⁷⁰.

Perante o funcionalismo do programa, cedo se percebeu a necessidade de proceder ao alargamento a outros grupos considerados como grupos de risco. Assim, pelo Despacho n.º 4324/2008, de 19 de Fevereiro, ocorreu o primeiro alargamento, no caso, às grávidas seguidas no SNS e aos idosos que, enquanto utentes do SNS,

⁶⁷ Cf. Despacho n.º 4324/2008, de 19 de Fevereiro.

⁶⁸ Foi integrado no Plano Nacional de Saúde 2004/2010 e, actualmente, faz parte do Plano Nacional de Saúde 2012/2016.

⁶⁹ Em relação aos critérios de contratualização iniciais, vide Despacho n.º 787/2007, de 16 de Janeiro. Actualmente, vigora um sistema de adesão ao contrato disponível *on-line*, como veremos *infra*.

⁷⁰ Vide Circular Normativa da Direcção-Geral da Saúde, n.º 1, de 18 de Janeiro de 2005.

fossem beneficiários do complemento solidário para idosos⁷¹⁻⁷².

Um segundo alargamento do programa deu-se com o Despacho n.º 16159/2010, de 26 de Outubro, que considerou de *particular necessidade* a disponibilização deste tipo de cuidados também a utentes infectados com o vírus VIH/SIDA, devido aos riscos de desenvolvimento de doenças orais.

Recentemente, por força do Despacho n.º 686/2014, de 15 de Janeiro, verificou-se um novo alargamento do programa em estudo, passando este a incluir a intervenção precoce no cancro oral⁷³.

Neste ensejo, em termos genéricos, os projectos actualmente abrangidos pelo PNPSO e, conseqüentemente, beneficiários do cheque-dentista são: Saúde Oral nas Grávidas (SOG), Saúde Oral na Saúde Infantil (SOSI), Saúde Oral em Pessoas Idosas (SOPI), Saúde Oral nas Crianças e Jovens (SOCJ – 7, 10 e 13 anos), Saúde Oral nas Crianças e Jovens com Idades Intermédias (SOCJI – 8, 9, 11, 12, 14, 15 anos), Saúde Oral em Portadores de HIV (SOHIV) e Projecto de Intervenção Precoce no Cancro Oral (PIPCO).

No entanto, duas ressalvas devem ser aqui feitas. Por um lado, não se pode descurar a possibilidade conferida pelo artigo 12.º da Portaria n.º 301/2009⁷⁴, de 24 de Março, que admite alargamentos do PNPSO, não só a outros grupos, mas também dos cuidados a serem prestados aos grupos já abrangidos através de protocolos com autarquias locais, ainda que com a necessária homologação por Despacho do Ministro da Saúde. Por outro lado, a OMD, defende igualmente um alargamento do programa abrangendo outros grupos, como os diabéticos e as pessoas portadoras de deficiência⁷⁵.

⁷¹ Cf. Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de Dezembro

⁷² Antes mesmo desta integração no PNPSO, através do Decreto-Lei n.º 252/2007, de 5 de Julho, o Governo já tinha definido uma participação financeira em 75% na despesa com a aquisição e reparação de próteses dentárias removíveis até um limite de 250 euros, para os beneficiários do complemento solidário para idosos.

⁷³ *Vide* Circular Normativa da Direcção-Geral da Saúde, n.º 2, de 25 de Fevereiro de 2014.

⁷⁴ Esta Portaria veio regular o funcionamento do PNPSO, nomeadamente devido à abrangência considerável que o programa alcançou na prestação de cuidados primários

⁷⁵ Ordem dos Médicos Dentistas, *Plano Nacional de Saúde 2011-2016, Estratégia de saúde oral em Portugal – um conceito de transversalidade que urge implementar (proposta conceptual)*, Porto, 2010, pp. 18.

3. Regime do cheque-dentista

3.1. Funcionamento em concreto

O PNPSO é hoje regido pela Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março⁷⁶, que visou responder à necessidade de um enquadramento normativo mais adequado em face da crescente dimensão e complexidade dos procedimentos, nomeadamente através do desenvolvimento do SISO⁷⁷, relevante em termos de adesão dos prestadores e realização de pagamentos. Além disso, nele encontramos a definição das finalidades e objectivos subjacentes à atribuição deste tipo de instrumentos a cada um dos grupos integrados no sistema, bem como a disponibilização de dados relevantes, como a rede discriminada de prestadores existente e as condições de acesso dos beneficiários⁷⁸.

No que tange aos cuidados a prestar, a mesma Portaria disciplina que estes têm de ser ministrados por profissionais que cum-

⁷⁶ Vide Circular Normativa da Direcção-Geral da Saúde n.º 7, de 15 de Abril de 2008, bem como a Circular Informativa n.º 7, de 26 de Março de 2009 e a Circular Informativa n.º 15, de 27 de Abril de 2009, relativas à actividade de triagem dos higienistas orais.

⁷⁷ De facto, a monitorização do acesso a cuidados de saúde em áreas específicas a nível nacional assenta em sistemas de informação como é o caso do SISO, ou Sistema de Informação para a Saúde Oral. Para aderir, os médicos interessados têm de subscrever o contrato de adesão disponível em <www.saudeoral.min-saude.pt>. Após o preenchimento do formulário electrónico em causa, devem remeter à ARS competente a Declaração de Compromisso de Honra, garantindo aos utentes a qualidade da prestação dos cuidados e a observância das exigências e condições higinio-sanitárias das instalações e equipamentos, bem como cópia da Cédula Profissional. Com o cumprimento deste procedimento, passa a constar da lista de médicos aderentes, disponível no sítio *supra* citado. Cf. Artigo 10.º da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março; Ministério da Saúde, *Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde no SNS* (2011), Maio de 2012, pp. 19, e Entidade Reguladora da Saúde, *Avaliação do Modelo de Celebração de Convenções pelo SNS*, Novembro de 2006, em especial pp. 81 ss.

⁷⁸ Em relação à forma como se processa o acesso dos beneficiários *vide* artigos 5.º e 6.º da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março. Veja-se também o artigo 4.º do Despacho n.º 7402/2013, de 7 de Junho onde se disciplina que após o primeiro cheque-dentista, a emissão dos posteriores fica dependente da necessidade de proceder a ulteriores intervenções preventivas ou curativas, estabelecidas na primeira consulta pelo médico no respectivo plano de tratamento e desde que devidamente fundamentado.

pram as disposições legais⁷⁹. Mais se acrescenta que o programa em causa se caracteriza por um aproveitamento da rede privada disponibilizada⁸⁰ pelo que cabe a esses profissionais aderentes garantir o efectivo cumprimento das condições higieno-sanitárias não só das instalações, mas também dos equipamentos, de acordo com o propugnado pela legislação em vigor e pelas normas de boas práticas profissionais aplicáveis⁸¹.

Ademais, para que se possa proceder ao pagamento, o beneficiário tem de assinar o cheque-dentista, o que atesta os cuidados prestados, para que o prestador possa depois proceder ao seu envio para a ARS respectiva⁸². Esse envio é feito mensalmente de forma a realizar a validação e processamento do pagamento, que ocorrerá no prazo máximo de 30 dias após a validação.

Em relação à coordenação, diremos que, a nível nacional, está a cargo da Direcção-Geral da Saúde, a quem cabe definir as regras de aplicação dos procedimentos através de circular normativa. Já a coordenação a nível regional cabe à respectiva Administração Regional de Saúde⁸³. Apesar do cariz nacional do programa, não podemos deixar de enfatizar o relevo da opção por uma monitorização descentralizada, com ganhos, nomeadamente, em sede regulativa.

3.2. Valor e número de cheques a atribuir

Foi a Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março, que procedeu ao alargamento da prestação de cheques-dentista aos vários beneficiários. De facto, de acordo com o regime anterior, disciplinado pelo Despacho n.º 719/2006, de 11 de Janeiro, a lógica vigente era a de contratação com os privados assente no recurso à contratação pública e a ajustes directos, sendo depois celebrado o contrato de

⁷⁹ Cf. artigos 1.º, 8.º e 9.º da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março.

⁸⁰ Desde logo a necessária inscrição nas respectivas ordens profissionais.

⁸¹ *Vide* Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de Outubro e Portaria n.º 268/2010, de 12 de Maio relativas ao licenciamento e funcionamento das clínicas e consultórios dentários.

⁸² Cf. artigo 11 da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março.

⁸³ *Vide* artigo 4.º e, em relação à monitorização e avaliação, artigo 13 da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março.

prestação de serviços. Nesse caso, o valor pago era de 75 euros por cada criança tratada⁸⁴.

Não obstante, por força do alargamento do PNPSO às grávidas e idosos, nos termos antes mencionados, previu-se, pela primeira vez, a concessão de cheques-dentista, que, mais tarde, por força da Portaria n.º 301/2009, foi alargada a todos os grupos abrangidos.

Em face disto, cabe hoje ao Ministro da Saúde, através de Despacho, determinar qual o valor do cheque-dentista para cada um dos grupos, bem como o número de cheques que podem ser atribuídos por beneficiário⁸⁵.

Nos termos do Despacho n.º 9550/2009, de 6 de Abril, o valor de cada cheque-dentista foi, inicialmente, fixado em 40 euros. Recentemente, segundo o estipulado no Despacho n.º 7402/2013, de 7 de Junho, este valor diminuiu para 35 euros por cada cheque, uma alteração à qual está subjacente uma lógica de que a conjuntura económico-financeira atravessada pelo país implica a realização de esforços que devem ser repartidos por todos.

Por sua vez, em relação ao número de cheques-dentista que podem ser emitidos por grupo, rege o Despacho n.º 7402/2013, de 7 de Junho, segundo o qual esse número varia entre: 1 cheque-dentista por cada ano lectivo às crianças e jovens com idade igual ou inferior a 6 anos ou com 8, 9, 11, 12, 14 e 15 anos, integradas na rede escolar pública ou em IPSS e desde que cumpram os demais requisitos previstos no Despacho; até 2 cheques-dentista no caso de crianças com 7 e 10 anos⁸⁶, bem como no caso dos idosos⁸⁷; até 3 cheques-dentista no caso de crianças com 13⁸⁸ anos e grávidas⁸⁹; até 6 cheques-dentista no caso de doentes infectados com VIH-SIDA⁹⁰.

⁸⁴ Valor referente ao pacote de serviço anual.

⁸⁵ Cf. artigo 7.º, n.º 3 da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março.

⁸⁶ Por cada ano lectivo e desde que pertencentes à rede escolar pública ou IPSS.

⁸⁷ Dentro de um período de 12 meses.

⁸⁸ A periodização é a mesma que as anteriores correspondendo ao ano lectivo e desde que também pertencentes à rede escolar pública ou IPSS.

⁸⁹ Por gravidez, podendo ser emitidos até 60 dias após o parto de acordo com o artigo 7.º, n.º 2 da Portaria n.º 301/2009, de 24 de Março.

⁹⁰ No caso o Despacho não estabelece a periodização pelo que, no

No que diz respeito ao alargamento à intervenção precoce no cancro oral ditado pelo Despacho n.º 686/2014, de 15 de Janeiro, o valor do cheque-dentista varia. Assim, o valor do cheque-diagnóstico é de 15 euros e o do cheque-biópsia é de 50 euros, sendo que o número de cheques a atribuir no âmbito desta intervenção é de 2 cheques-diagnóstico e 2 cheques-biópsia por ano.

3.3 Dados de aplicação do programa

Igualmente relevante é a apresentação de alguns dados divulgados pelas várias entidades que nos ajudam a considerar em termos mais concretos a aplicação do programa. Desde logo relevam os dados da OMD, segundo os quais, em 2012, o número de associados activos era de 7779 profissionais. Ademais, no que tange à relação proporcional entre população e dentistas nos países europeus, Portugal encontra-se na nona posição⁹¹, em que a *ratio* população/dentistas corresponde a cerca de um dentista⁹² por cada 1155 habitantes. Por sua vez, a mediana nacional é de 2257 pessoas por médico dentista^{93,94}.

Por outro lado, de acordo com um estudo desenvolvido pela ERS, em 2009, a oferta total de serviços de saúde oral ascendia a 3378 estabelecimentos e uma consulta de saúde oral a título particular custava, em média, 34,38 euros aos utentes⁹⁵.

Em relação ao número de cheques-dentista emitidos durante o programa, desde Maio de 2008 até 31 de Dezembro de 2012, vemos que o valor foi de 2.083.327 cheques-dentista, embora a correspondente taxa de utilização tenha sido de 72,3% na considera-

nosso entender, deve ser visto como um valor absoluto.

⁹¹ É, por isso, o nono país com menos dentistas dos países considerados.

⁹² Aqui a denominação como dentista engloba não só os médicos dentistas, mas também estomatologistas e odontologistas. Atentos estes valores, é de acrescentar que a OMS define como *ratio*, para a região da Europa Ocidental, um dentista por cada 2000 habitantes. *Vide* Ordem dos Médicos Dentistas, *Os Números da Ordem*, Estatísticas, 2013, pp. 19.

⁹³ A OMD estima que em 2017 o número de médicos dentistas ascenderá a 10410 profissionais, *ibidem*, pp. 5, 19 e 34.

⁹⁴ Neste ponto a consideração já é apenas em relação a médicos dentistas em sentido estrito. *Vide ibidem*, pp. 30.

⁹⁵ Cf. Entidade Reguladora da Saúde, *Estudo sobre a concorrência no sector da prestação de serviços de saúde oral*, Dezembro de 2009, pp. 26 e 27.

ção do período. Mais se acrescenta que o ano em que se verificou a maior taxa de utilização foi em 2012, num valor de 92%, apesar de nesse ano terem sido emitidos menos cheques-dentista⁹⁶.

Em face dos números publicados podemos dizer que, em termos monetários, no triénio 2010/2012⁹⁷ foram emitidos 1.562.442 cheques-dentista num valor global de 62.497.680 euros, não obstante, apenas foram efectivamente utilizados 1.215.982 cheques-dentista, num total de 48.639.280 euros⁹⁸.

Por último vamos considerar a rede de distribuição de prestadores acreditados, ou seja, os prestadores integrados no PNPSO. De acordo com dados de 29 de Maio do corrente ano, a rede é constituída por 5092 prestadores⁹⁹, sendo o distrito do Porto o que tem maior concentração de prestadores, com uma taxa de 23.76%. Por sua vez, os distritos com menor número de prestadores aderentes ao programa situam-se no Alentejo, e são Beja, Portalegre e Évora com 0.84%, 0.90% e 0.96% respectivamente¹⁰⁰.

IV. CHEQUE-DENTISTA E A EFICIÊNCIA NO CONTEXTO DE REDUÇÃO DA DESPESA FISCAL

1. Considerações gerais

A terceira parte deste estudo visa proceder à análise do *vou-*

⁹⁶ Cf. Ministério da Saúde, *Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde no SNS* (2012), Junho de 2013, pp. 31 e 32.

⁹⁷ O cálculo apenas pode abranger os anos de 2010, 2011 e 2012, uma vez que, não obstante a divulgação de dados relativos aos cheques-dentista emitidos e efectivamente utilizados, em 2008 o cheque-dentista apenas vigorava para grávidas e idosos, estando então vigente o Despacho n.º 719/2006, de 11 de Janeiro, que compreendia, como vimos *supra*, um pacote de 75 euros a pagar ao prestador por cada criança tratada; e, em relação a 2009, a generalização do cheque-dentista a todos os grupos só ocorreu por força do Despacho n.º 9550/2009, de 6 de Abril.

⁹⁸ Cf. Ministério da Saúde, *Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde no SNS* (2012), *cit.*, pp. 31 e 32.

⁹⁹ Dados retirados do sítio electrónico <www.saudeoral.min-saude.pt>. Por inviabilidade do mesmo os dados agora a considerar não incluem, no distrito do Porto, o concelho de Marco de Canaveses e, no distrito de Viseu, os concelhos de Moimenta da Beira, São João da Pesqueira, Vila Nova de Paiva e Viseu.

¹⁰⁰ As percentagens apresentadas foram calculadas por nós em face dos dados disponíveis.

cher do ponto de vista da sua eficiência, enquanto mecanismo alternativo à provisão estatal directa¹⁰¹.

No entanto, antes de nos determos nessas considerações, vamos, ainda que a breve trecho, atentar na tributação da actividade de medicina dentária exercida através de pessoas colectivas sob a égide do consumo e do rendimento, ou seja, tributação em sede de IVA e de IRC.

2. Tributação da actividade de medicina dentária exercida através de pessoas colectivas

Começando pelo IVA, não há dúvida que estamos no âmbito da prestação de serviços¹⁰², pelo que, por força da alínea a), do número 1, do artigo 1.º do CIVA, que regula a incidência objectiva do imposto, a actividade estaria sujeita a tributação. Deve ainda acrescer a referência ao artigo 2.º, n.º 1, alínea a) do CIVA que disciplina a incidência subjectiva do imposto¹⁰³. De acordo com esta alínea, são sujeitos passivos de IVA, “*as pessoas singulares ou colectivas que, de um modo independente e com carácter de habitualidade*” prestem serviços, pelo que, também por esta norma se concluiria pela tributação da actividade em sede de IVA.

Não obstante, facto é que essas normas se dirigem à generalidade do regime, sendo relevante considerar a consagração de isenções. Por conseguinte, consistindo num imposto tendencialmente neutro, que *deve operar através dos mecanismos da liquidação e dedução*¹⁰⁴, as isenções, em especial as isenções nas operações internas, à tributação em sede de IVA devem ser vistas como excepções ao normal funcionamento do imposto, o que impõe a sua interpreta-

¹⁰¹ Não esquecendo, contudo, a possibilidade de o programa de *von-chers* envolver provisão por entes públicos e por entes privados de um mesmo bem ou serviço.

¹⁰² *Vide* artigo 4.º do CIVA

¹⁰³ Cf. artigo 16.º do CIVA, relativo ao valor tributável nas operações internas, bem como o artigo 18.º referente às taxas do imposto e o artigo 29.º do mesmo diploma, que rege as obrigações em geral dos contribuintes.

¹⁰⁴ NEVES, Filipe Duarte, *Código do IVA: comentado e anotado*, 2.ª ed., Vida Económica, Porto, 2012, pp. 178.

ção e aplicação de forma restrita¹⁰⁵. Nesta veste, são de importante consideração os números 1 e 2 do artigo 9.º do CIVA.

De acordo com o vertido no artigo 9.º, n.º 1, são isentas do imposto de IVA “*As prestações de serviços efectuadas no exercício das profissões de médico, odontologista, parteiro, enfermeiro e outras profissões paramédicas*”¹⁰⁶, sem prejuízo da possibilidade de renúncia a essa isenção nos termos do artigo 12.º, n.º 1, alínea b) do CIVA. Por esta via, em caso de verificação de renúncia, a taxa de IVA a aplicar é de 6% de acordo com o estabelecido no ponto 2.7 da lista 1 do CIVA.

Deve ainda acrescentar-se que as isenções aqui consagradas são incompletas, pelo que não existe a possibilidade de dedução do IVA suportado na aquisição de bens e serviços que se manifestavam como necessários à realização da actividade sobre a qual incide a isenção, i. e., o IVA “*suportado nos inputs da operação isenta*”¹⁰⁷.

Em sede de IRC, o artigo 2.º do CIRC estabelece quais os sujeitos passivos do imposto onde, naturalmente, se inserem as clínicas de prestação de cuidados médico-dentários¹⁰⁸, às quais se deve associar o artigo 3.º, n.º 1, alínea a) do CIRC¹⁰⁹. Todavia, e no caso

¹⁰⁵ Vide BÓBOŞ-RADU, Daniel, “Os conceitos autónomos de direito da União Europeia na interpretação das normas de isenção do IVA”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, org. Eduardo Paz Ferreira, et al., Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 291, que nos diz que uma vez que o IVA constitui um imposto de base alargada que detém um âmbito de aplicação muito vasto, são as normas de isenção, sobretudo na sua interpretação, que definem a amplitude da base de incidência do imposto. Sobre os fundamentos que podem estar subjacentes às isenções no quadro da *Directiva IVA*, bem como a interpretação das normas de isenção que tem sido levada a cabo pelo TJUE, cf. *ibidem* p. 296 ss., e Acórdão do TCA-S, processo n.º 00017/03, de 7 de Outubro de 2003, referente à isenção de IVA nos medicamentos e à amplitude da mesma. Veja-se ainda MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira / Isabel Vieira dos REIS, “A posição do Estado nos impostos: estudo preliminar”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, cit., pp. 551 e 552, bem como o catálogo de isenções nas operações internas previsto nos artigos 132.º a 136.º da *Directiva IVA*.

¹⁰⁶ Vide artigo 132.º, número 1, alínea c) da *Directiva IVA* e Informação Vinculativa da Direcção-Geral dos Impostos, processo n.º 3366, de 17 de Julho de 2012, sobre o enquadramento em sede de IVA da actividade em causa.

¹⁰⁷ BÓBOŞ-RADU, Daniel, *op. cit.*, pp. 295.

¹⁰⁸ Vide artigo 2.º, n.º 1, alínea a) do CIRC.

¹⁰⁹ Ver também n.ºs 2 e 4 do mesmo artigo, artigo 4.º, n.º 1 e artigo 15.º ss. do CIRC em relação à determinação da matéria colectável.

de estarmos a falar de pessoa colectiva, podem verificar-se os requisitos subjacentes ao artigo 6.º do CIRC relativo à transparência fiscal, em especial a alínea b) do número 1 referente às sociedades de profissionais¹¹⁰. Neste caso, o lucro é imputado aos sócios na sua quota-parte em sede de IRS, pelo que, verificando-se a tributação de acordo com o regime da transparência fiscal, essas entidades não são tributadas em sede de IRC, com excepção das tributações autónomas¹¹¹.

Outra referência relevante prende-se com a possibilidade de opção por um regime simplificado de determinação de matéria colectável¹¹² previsto nos termos do artigo 86.º-A ss. do CIRC. Para que seja admissível a escolha por este regime é necessário o cumprimento de um conjunto de requisitos elencados na própria lei, desde logo, não se pode tratar de um sujeito passivo isento ou sujeito a um regime especial de tributação¹¹³, tem de exercer a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola e tem de ter obtido, no período de tributação imediatamente anterior, um

¹¹⁰ Neste caso, e nos termos do número 3 do artigo 6.º, essa imputação é feita aos sócios ou membros nos termos definidos no acto constitutivo da entidade ou, na falta de elementos, em partes iguais. Mais se acrescenta que, de acordo com o artigo 6.º, número 4, alínea a) é considerada sociedade de profissionais: 1) “*A sociedade constituída para o exercício de uma actividade profissional especificamente prevista na lista de actividades a que se refere o artigo 151.º do Código do IRS, na qual todos os sócios pessoas singulares sejam profissionais dessa actividade; ou*”, 2) “*A sociedade cujos rendimentos provenham, em mais de 75%, do exercício conjunto ou isolado de actividades profissionais especificamente prevista na lista constante do artigo 151.º do Código do IRS, desde que, cumulativamente, em qualquer dia do período de tributação, o número de sócios não seja superior a cinco, nenhum deles seja pessoa colectiva de direito público, e pelo menos 75% do capital social seja detido por profissionais que exercem as referidas actividades, total ou parcialmente, através da sociedade*”. Vide número 7 do Anexo I ao CIRS. A interpretação do artigo 6.º, n.º 4, alínea a), ponto 2 tem levantado algumas dúvidas, nomeadamente devido à exigência da verificação cumulativa dos requisitos “*em qualquer dia do período de tributação*”, sendo relevante a informação da Autoridade Tributária e Aduaneira n.º 313/2014, de 4 de Fevereiro.

¹¹¹ Vide artigo 12.º do CIRC. Repare-se que o regime da transparência fiscal consiste num regime opcional, pelo que, mesmo verificando-se os requisitos previstos na lei, é necessária a manifestação da preferência por parte do sujeito passivo de imposto.

¹¹² Criado com a Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro.

¹¹³ Pelo que se estiver abrangido pelo regime da transparência fiscal já não pode optar por este regime simplificado.

montante anual ilíquido de rendimentos não superior a 200.000 euros¹¹⁴. No caso da medicina dentária, a matéria colectável relevante para a aplicação do regime obtém-se através do coeficiente: 0,75 dos rendimentos da actividade profissional¹¹⁵.

3. Eficiência e o cheque-dentista

Vista que está a tributação da actividade de medicina dentária exercida através de pessoas colectivas, segue-se a análise da eficiência do cheque-dentista¹¹⁶, conceito para o qual em muito contribuíram as ciências económicas¹¹⁷.

De facto, enquanto mecanismo alternativo à provisão directa pelo Estado¹¹⁸, a solução, como vimos, numa primeira

¹¹⁴ Consultar os restantes requisitos presentes na norma.

¹¹⁵ Cf. Circular da Autoridade Tributária e Aduaneira n.º 6/2014, de 28 de Março.

¹¹⁶ Uma primeira referência deve ser feita: a aferição da eficiência de uma determinada medida não pode degenerar em um controlo de eficácia ou controlo político. *Vide* TAVARES DA SILVA, Suzana, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, *cit.*, pp. 524. Cf. Olívio Mota AMADOR, que refere a existência de vários movimentos reformistas assentes na “*busca de maior eficiência na gestão dos recursos no setor da saúde*”, o que no caso português é enfatizado pelo facto de em Maio de 2011 termos assinado o programa de assistência financeira do qual constava a contenção de despesa e procura de eficiência no domínio da saúde: AMADOR, Olívio Mota, *op. cit.*, pp. 148. Veja-se ainda, no que diz respeito às várias acepções e manifestações de eficiência no direito público, bem como à distinção entre eficiência, eficácia e economia, SANTOS, Marta Costa, “Eficiência fiscal e *governance* por indicadores”, in *Trajectórias de sustentabilidade – tributação e investimento*, coord. Suzana Tavares da Silva e Maria de Fátima Ribeiro, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 292 ss., e VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 137 ss.

¹¹⁷ Relembre-se, por exemplo, o movimento *Law and Economics*.

¹¹⁸ Veja-se neste ponto, a referência ao *social expenditures development*, com a apresentação de dados de vários países incluindo Portugal, NIKOLAI, Rita, “Towards social investment? Patterns of public policy in the OECD world”, in *Towards a social investment welfare state?: ideas, policies and challenges*, *cit.*, pp. 94 ss, 111-112; PESTIEAU, Pierre, *The Welfare State in the European Union: Economic and Social Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 21-30 e, em relação aos gastos com cuidados de saúde, *ibidem*, pp. 116-124. Cf. ainda ADEMA, Willem/Peter WHITEFORD, “Public and Private Social Wel-

veste assentou na contratualização com o sector privado e, desde 2009, com a adesão do prestador ao sistema de concessão de cheques-dentista.

Tendo presente estas constatações, referimos *supra* que o financiamento dos Estados assenta, em grande medida, nos impostos, contudo, atentando nas palavras de Casalta Nabais “*ao problema fiscal do século XX, centrado na questão do excessivo peso dos impostos ou da excessiva carga fiscal, ou seja, na definição do ‘limite superior’ da tributação, acresça actualmente um outro mais preocupante: o da eventual insuficiência das receitas fiscais para o Estado poder desempenhar as suas funções, sejam estas as do Estado tout court, sejam sobretudo as mais exigentes do Estado Social*”¹¹⁹. Neste ensejo, a questão do financiamento ganha especial enfoque no âmbito dos direitos sociais, vistos como *liberdades privadas com custos públicos*¹²⁰, em relação aos quais cabe aos Estados *assegurar um nível mínimo* de cumprimento, visando-se a salvaguarda da dignidade humana¹²¹.

fare”, in *The Oxford Handbook of the Welfare State*, *cit.*, pp. 121-138.

¹¹⁹ NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do...”, *cit.*, pp. 22. Do mesmo Autor, “Reflexões sobre quem...”, pp. 70. Ainda a propósito do financiamento do Estado com base em impostos, *vide* TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito Fiscal: Teoria Geral*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 17-19, “É que o Estado Fiscal não é apenas um Estado que se sustenta através de impostos, e nessa medida se opõe ao Estado patrimonial ou industrial, ele representa também, na expressão de Stuart Mill, ‘o neoliberalismo na produção com intervencionismo na distribuição’, impondo, assim, que a discussão não se limite ao nível adequado de intervencionismo e respectiva eficiência, mas se estenda, simultaneamente, ao tema da justiça fiscal”.

¹²⁰ Expressão de NABAIS, José Casalta, “Reflexões sobre quem...”, pp. 52.

¹²¹ *Idem*, “Da sustentabilidade do...”, *cit.*, pp. 26. Não obstante, o problema pode estar na aferição desse mínimo, *vide* FIGUEIREDO, Sarah Timotheo, *Construção de um mínimo existencial em matéria de prestações à saúde: uma ótica luso-brasileira*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 107 ss., e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02, de 19 de Dezembro. No caso estava em causa a inconstitucionalidade de uma norma relativa ao rendimento social de inserção, devido a violação do direito a um mínimo de existência condigna, integrado no princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana. Ainda a este propósito, veja-se a anotação ao citado acórdão da autoria de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, que critica a decisão final do Tribunal Constitucional. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “O ‘direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02,

Por esta via, as questões relativas à sustentabilidade do Estado Social fazem parte do quotidiano, pelo que se exigem soluções duradouras¹²², susceptíveis de garantir financiamento em níveis que possibilitem a concretização destes direitos.

Consequentemente, ao constituir ímpeto da presente prolação a tentativa de escrutinar se, tal e qual como está concebido, este instrumento é ou não eficiente¹²³, tal remete-nos, para a necessária conceitualização do preceito¹²⁴.

Ora, um mecanismo é eficiente quando se consegue obter o mesmo resultado com menos custos ou quando se obtém um melhor resultado com os mesmos custos, devendo tal raciocínio

Jurisprudência Constitucional, n.º 1 (2004), pp. 4-29, em especial pp. 23 ss.

¹²² Em face desta conjuntura, Casalta NABAIS interroga-se sobre a viabilidade do *estabelecimento de alguma regulação no plano internacional*, susceptível de permitir a manutenção do Estado social, ou, na formulação europeia, do modelo social europeu, ainda que seja necessária *alguma cura de emagrecimento*. Cf. NABAIS, José Casalta, “Reflexões sobre quem...”, *cit.*, pp. 70 e MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira, “O Estado Social no contexto internacional e europeu”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 85-95.

¹²³ Perante a vigência de um programa com estas características além de questionar a sua eficiência, colocamos uma outra questão: seria melhor a provisão estatal do serviço em causa, mesmo tendo presente os custos de criação e manutenção de uma rede pública de cuidados médico-dentários?

¹²⁴ No que tange à nossa Lei Fundamental, a eficiência apenas é referida em termos expressos no artigo 81.º/c) e f) da CRP, sem prejuízo da referência, ainda que indirecta, nos termos do artigo 267.º, n.º 5 da CRP, ganhando relevo neste ponto o *plano transconstitucional*. Contudo tal não significa que o princípio da eficiência não deva ser considerado como princípio fundamental que “*apenas pode ser operativo como medida da actividade administrativa prosseguida, enquanto critério de avaliação dos meios escolhidos*”, vide TAVARES DA SILVA, Suzana, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, *cit.*, pp. 525 ss., e pp. 536. Em relação à eficiência das entidades é relevante o estudo realizado por Joana PINHO em relação à emissão de cheques-dentista pelas ARS: cf. PINHO, Joana da Costa, *op. cit.*, pp. 27 ss., em especial pp. 36. Veja-se neste ponto, a título de exemplo, os Decretos-Lei n.ºs 212/2006, de 27 de Outubro e 124/2011, de 29 de Dezembro, relativos à aprovação do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE) e Plano de Redução e Melhoria da Administração Central (PREMAC), respectivamente, bem como os Despachos n.ºs 10429/2011 e 10430/2011, de 1 de Agosto.

nortear as escolhas que se fazem¹²⁵⁻¹²⁶. De facto, transferindo esta noção para o âmbito da saúde oral, o que se pretende é o maior número de tratamentos ao mais baixo custo, não descurando, no entanto, o binómio custo/qualidade do serviço.

Posto isto, se existem dificuldades de angariação de receita suficiente para prover às necessidades dos Estados, não é de estranhar o facto de se discutir amplamente a necessidade de reformulação dos serviços, seja colocando-os na esfera do mercado, seja modificando-os com o intuito de os tornar mais adequados às necessidades efectivas da comunidade¹²⁷. Ainda mais, no que tange à relação entre direito financeiro e Estado Social, o controlo do princípio da legalidade fiscal foi ultrapassado pelo princípio da eficiência do sistema financeiro¹²⁸.

Neste ponto é relevante a referência à auditoria que o Tribunal de Contas realizou ao PNPSO em 2009, englobando o triénio 2006/2008 e o 1.º semestre de 2009, em que visou “*avaliar a*

¹²⁵ Vide PESTIEAU, Pierre, *op. cit.*, pp. 83 ss.

¹²⁶ Pretende-se prosseguir o interesse público através de uma utilização racional dos recursos disponíveis, *vide* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Interesse Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 275 ss., e, em termos mais amplos, SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955. Seguindo de perto o raciocínio de Suzana TAVARES DA SILVA, diremos que genericamente “*o conceito de eficiência designa a característica dos elementos (pessoas, coisas, organizações) que alcançam o melhor resultado (não é apenas uma relação de grandeza, neste caso procurar-se-ia o maior rendimento, mas sim de quantidade/qualidade) com o menor dispêndio de recursos (tempo, trabalho, energia, matérias primas)*”: cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, *cit.*, pp. 519. Veja-se ainda CALVÃO, Filipa Urbano, “Princípio da Eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, cit.*, pp. 329, onde se pode ler que “*questão central da ciência económica é a da utilização pela sociedade dos bens disponíveis, de tal modo que se obtenha o maior grau de satisfação possível das necessidades, ou seja, a eficiência no uso dos recursos escassos*”.

¹²⁷ Cf. NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do...”, *cit.*, pp. 23. De acordo com o mesmo Autor, tal deu azo a várias propostas no sentido da modificação de alguns dos pressupostos da socialidade, de entre os quais se pode referir a tentativa de descoberta de *soluções alternativas ao imposto* enquanto meio susceptível de garantir o financiamento do Estado, *num quadro de adequada sustentabilidade*.

¹²⁸ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direitos Fundamentais na arena global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 110.

*execução física e financeira, analisar os controlos instituídos e os resultados obtidos em ganhos em saúde*¹²⁹.

De entre as suas conclusões destacam-se: a referência ao financiamento que, no entender do Tribunal, não era transparente o que prejudicava a avaliação externa dos montantes utilizados anualmente na previsão e execução financeira das actividades¹³⁰; os problemas ao nível da contratualização, que se baseava em concursos públicos e ajustes directos não coincidentes com os calendários lectivos¹³¹; a violação dos princípios de equidade e de universalidade de acesso pela não abrangência de todas as crianças e jovens entre os 3 e os 16 anos¹³².

Uma outra questão de relevo considerada na auditoria foi a relativa aos higienistas orais. Vejamos, de acordo com dados relatados no citado documento, em 2009 existiam 111 higienistas orais para 353 centros de saúde, revelando uma distribuição assimétrica¹³³. Em face disto, o Tribunal procedeu à realização de uma estimativa sobre a valorização da aplicação de selantes por um higienista oral, identificando uma diferença considerável entre o custo de 17,08 euros na aplicação de dois selantes por estes profissionais e o custo de 40 euros do primeiro cheque-dentista. Por esta via, estimou uma poupança de 1,7 milhões de euros para 2009, considerando como hipótese o mesmo número de selantes aplicado em 2008¹³⁴.

Perante estes dados, defendeu o alargamento da prestação a outros técnicos de saúde, em especial aos licenciados em higiene oral redenominando o cheque-dentista para *cheque de saúde oral*, e que todos os Agrupamentos de Centros de Saúde deviam ser dotados de higienistas orais.

¹²⁹ Tribunal de Contas, *Auditoria ao Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral*, Relatório n.º 44/09 – 2.ª S, Processo n.º 06/09.

¹³⁰ Questionava o facto de as verbas destinadas à contratualização de médicos dentistas e estomatologistas para a realização do tratamento das doenças orais e sua avaliação provirem de programas específicos, enquanto as verbas destinadas à actividade de promoção e prevenção da saúde oral desenvolvida nas agora denominadas Unidades de Saúde Familiar provirem dos orçamentos das ARS.

¹³¹ Os quais, como vimos, são importantes para a consideração de atribuição de cheques-dentista a crianças e jovens.

¹³² Vide Tribunal de Contas, *cit.*, pp. 7 ss.

¹³³ Integram as (escassas) alternativas ao nível da rede pública.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 10 e 11.

Ademais, o Tribunal de Contas deixou algumas críticas, de entre as quais se assinala o risco de uma não verificação e fiscalização periódicas dos estabelecimentos, bem como da inexistência de auditorias aos cuidados prestados, o que se associa aos riscos de os prestadores utilizarem todos os cheques-dentistas “*sem garantias de melhorias qualitativas no estado de saúde oral*” dos doentes. Acrescentou ainda a falta de análise do custo/benefício da aplicação do programa¹³⁵.

Em face do exposto, devemos expressar a nossa posição. É claro que não possuímos dados que nos permitam responder quanto custaria a criação de uma rede nacional de prestação de cuidados médico-dentários, muito menos a sua manutenção. Sabemos tão-somente que, segundo dados recentes, a 31 de Dezembro de 2012, o número de Unidades de Saúde Familiar era de 357 unidades em actividade¹³⁶, e que, também em 2012, existiam 214 hospitais no nosso país, dos quais 104 eram hospitais privados¹³⁷. Contudo, o facto de estarmos perante o sector público não nos permite calcular qual seria o custo de implementação em cada uma dessas unidades de um profissional de medicina dentária, uma vez que, nomeadamente, obstaculizam razões relacionadas com os ditames da contratação pública.

Acrescentamos também que, apesar das reflexões aqui vertidas, permitimo-nos discordar sobre a consideração do papel dos higienistas orais em termos financeiros. Por um lado, é verdade que a distribuição de higienistas orais nas várias unidades funcionais, em especial nas zonas mais recônditas do país, pode ter um importante papel ao nível da prevenção, evitando que se verifique a emissão do primeiro cheque-dentista sem que a pessoa padeça efectivamente de uma maleita. Consequentemente, evita-se o desperdício de dinheiros públicos. Todavia, por outro lado, a existência de um maior número de higienistas orais também implica gastos acrescidos, impondo-se por isso uma análise comparativa de custos¹³⁸.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 12 e 13.

¹³⁶ *Vide* Ministério da Saúde, *Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde no SNS* (2012), *cit.*, pp. 15.

¹³⁷ Informação à Comunicação Social, Instituto Nacional de Estatística, 4 de Abril de 2014, pp. 1.

¹³⁸ Cf. PINHO, Joana da Costa, *op. cit.*, pp. 44.

Ademais, na atribuição do cheque-dentista, está em causa apenas um encargo de 35 euros por cheque, o que é relevante mesmo em termos de risco, uma vez que este não vai correr por conta do Estado. Além disso, o Estado aproveita a rede de cuidados privados previamente instalada sem ter com isso, custos de criação e manutenção da rede e evita o risco de aumento desmesurado da procura do serviço, e consequentes gastos, pelo simples facto de este passar a estar disponível na rede pública.

No entanto, um contra-argumento deve ser considerado, o de que a aferição da eficiência de um programa de *vouchers* tem de ter sempre subjacente uma análise do mercado em que esse programa vai ser inserido. Por esta via, devem considerar-se elementos como a concorrência entre prestadores, que, por sua vez, está dependente de vários factores como a extensão do mercado; a capacidade de mobilidade dos consumidores/beneficiários do programa¹³⁹ ou a atracção de prestadores do serviço¹⁴⁰.

Tendo presentes os vários *prós e contras* que fomos referindo, vemos que não é fácil fazer a avaliação da eficiência deste programa, dizendo de forma categórica que é preferível a prestação do serviço pelos entes privados nos termos actualmente vigentes.

Apesar desta impossibilidade, voltamos à posição já implicitamente firmada, a de que os recursos existentes são escassos, pelo que devem ser geridos da melhor maneira e distribuídos por quem efectivamente deles necessita. Tal é também válido porque a eficiência deve ser associada à necessidade de garantia dos direitos das gerações futuras, nomeadamente no que diz respeito ao âmbito financeiro, sendo de especial importância garantir estas gerações “*perante o hiper-endividamento das mesmas pelas gerações actuais*”, pelo que, tal implica “*um enforcement do princípio da eficiência e dos instrumentos normativos do controlo da racionalidade económica dos meios adoptados na imple-*

¹³⁹ Mesmo sendo detentores das melhores informações, por vezes, os gastos acrescidos de transporte para outra zona onde possa ser prestado aquele serviço ou fornecido aquele bem impossibilitam a mobilidade, o que inviabiliza uma manifestação de liberdade de escolha na sua plenitude, bem como uma verdadeira concorrência. Por esta via voltamos à visão tecida *supra* em relação à dimensão social do *voucher* e as suas implicações em sede de eficiência. Cf. STEUERLE, C. Eugene, *op. cit.*, pp. 17 ss.

¹⁴⁰ BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 78 e 88.

*mentação das decisões públicas*¹⁴¹. Por conseguinte, deve referir-se que os últimos Governos Constitucionais têm expressamente integrado nos seus programas o critério da eficiência¹⁴².

Seguindo este raciocínio¹⁴³, entendemos que o cheque-dentista é eficiente, no entanto, defendemos que a consideração das condições socioeconómicas por parte de quem é abrangido por este programa, o que de resto já acontece no caso dos idosos com exigência de que sejam simultaneamente beneficiários do complemento solidário para idosos, deveria ser alargada à totalidade dos grupos beneficiários.

Neste ensejo, se vivemos num Estado Fiscal e do mesmo não podemos prescindir, tal não deve dispensar “*a reconstrução da socialidade reclamada por um novo equilíbrio do Estado Social que, simultaneamente, assegure a sustentabilidade da economia de mercado e a adequada cobertura das despesas públicas e seja suportável para os membros da comunidade estadual que são chamados a suportá-la, isto é, para os contribuintes. (...) Daí que a sustentabilidade do Estado fiscal actual não disponha de outra alternativa efectiva senão a da redução muito significativa das despesas públicas de modo a restabelecer um equilíbrio adequado às forças da nossa economia de mercado para gerar resultados tributáveis, como à capacidade contributiva dos contribuintes no quadro de um Estado que possa ainda ser tido por Estado social*”¹⁴⁴.

Por último, a análise deste instrumento do ponto de vista fiscal não estaria encerrada sem que se procedesse a uma consideração para efeitos de IVA e IRC. Neste ponto são válidas as reflexões

¹⁴¹ Cf. TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 102.

¹⁴² Neste ponto pode questionar se não será também o problema da escassez de recursos que está subjacente às taxas moderadoras.

¹⁴³ E tendo presente os valores relativos à aplicação do programa que, como vimos, não são muito elevados.

¹⁴⁴ NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do...”, *cit.*, pp. 55; TAVARES DA SILVA, Suzana, “Sustentabilidade e Solidariedade em tempos de crise”, in *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, *cit.*, pp. 72 ss. A propósito do modelo de socialidade plasmado na Constituição, a mesma Autora acrescenta “*Não se trata apenas de saber se os preceitos da lei fundamental que hoje consagram a saúde ou a educação como bens tendencialmente gratuitos podem permanecer com esta redação ou devem ser alterados. A discussão deve ser mais profunda e começar pelo sentido actual do constitucionalismo, ou seja, com o sopesamento entre igualdade, democracia e constituição perante o contexto económico globalizado*”: *op. cit.*, pp. 80 e 81.

tecidas *supra*, pelo que, em sede de IVA, verifica-se a existência da isenção consagrada no artigo 9.º, número 1 do CIVA, com a correspondente possibilidade de renúncia à isenção nos termos do artigo 12.º, número 1, alínea b) do mesmo diploma. Em sede de IRC, o cheque-dentista é considerado, nos termos normais, como uma receita para efeito de cálculo do lucro e conseqüente taxaço.

V. NOTAS CONCLUSIVAS

Em jeito de conclusão deve-se, ainda que sinteticamente, enfatizar algumas considerações resultantes já, implícita ou explicitamente, do texto. Ao longo destas várias linhas fomos analisando a concessão de um programa de *vouchers*, em especial de acordo com a trilogia social, económica e política, numa tentativa de reunir argumentos susceptíveis de serem invocados na análise em específico do cheque-dentista enquanto exemplo desse mesmo tipo de programas.

Claro está que, como vimos, hoje este é um programa de cariz amplo, voltado para os grupos mais vulneráveis e para os problemas da realidade social, sendo importante o alargamento que se verificou no início do ano à prevenção do cancro oral.

De igual forma, fomos demonstrando os vários problemas que se podem colocar na aferição da eficiência do programa, envolvendo variáveis instáveis.

Não obstante, uma conclusão tem de ficar explicitamente referida, a de que, a nosso ver, e por ora, o mecanismo é ainda eficiente e merece continuar a traçar o seu caminho, sem prejuízo de desenvolvimentos posteriores poderem vir a tornar necessária a inversão desta premissa. Desde logo, porque, independentemente dos méritos que possamos reconhecer ao programa, este tem de ser reavaliado com a passagem do tempo.

Terminada a exposição, não podemos encerrar trabalhos sem trazer à colação duas visões complementares e aglutinadoras das referências que fomos fazendo ao longo da nossa exposição:

“A dor e o sofrimento humanos provocados pela miséria e pela privação não se resolvem com uma deserção do Estado, embora também não se solu-

cionem pondo no Estado todo o enlevo e toda a esperança”¹⁴⁵. Tal impõe uma análise do Estado Social no sentido de que “a defesa de privilégios e conquistas sociais’ por agentes que não dominem a variável económica quando a comunidade em um determinado momento histórico os não consiga suportar financeiramente, porque o patamar de desenvolvimento económico não produz rendimento suficiente para o efeito, corre o risco de se transmutar num sistema social que compromete justiça, igualdade, soberanias e gerações futuras”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ LOUREIRO, João Carlos, *Adens ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a Medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, 1.ª ed., Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Lisboa, 2010, pp. 11.

¹⁴⁶ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direitos Fundamentais na arena global*, *cit.*, pp. 111.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEMA, Willem/Peter WHITEFORD, “Public and Private Social Welfare”, in *The Oxford Handbook of the Welfare State*, ed. Francis G. Castles, *et al.*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- AMADOR, Olívio Mota, “Desafios da Regulação da Saúde em Portugal nos tempos de crise”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, ano 3, n.º 10 (2012), pp. 143-157.
- BESHAROV, Douglas J./ Nazanin SAMARI, , “Child-Care Vouchers and Cash Payments”, in *Vouchers and the Provision of Public services*, ed. C. Eugene Steuerle, *et al.*, Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.
- BLÓNDAL, Jón R., “Market-type Mechanisms and the Provision of Public Services”, *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 5, n.º 1 (2005), pp. 79-106, disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/market-type-mechanisms-and-the-provision-of-public-services_budget-5-519n6d3f718r>.
- BÓBOŞ-RADU, Daniel, “Os conceitos autónomos de direito da União Europeia na interpretação das normas de isenção do IVA”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, org. Eduardo Paz Ferreira, *et al.*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 291-313.
- BRADFORD, David/Daniel SHAVIRO, “The Economics of Vouchers”, in *Vouchers and the provision of public services*, ed. C. Eugene Steuerle, *et al.*, Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.
- CALVÃO, Filipa Urbano, “Princípio da Eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 329-341.
- CANOTILHO, J.J. Gomes/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª reimp. da 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CAUPERS, João, “A Agonia do Estado Social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 45-49.
- FERREIRA, Ricardo M. Fernandes, *et al.*, “Do Regime dos vouchers no IVA”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 4, n.º 2 (2011), pp. 125-138.

- FIGUEIREDO, Sarah Timotheo, *Construção de um mínimo existencial em matéria de prestações à saúde: uma ótica luso-brasileira*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- FREEMAN, Richard/ Heinz ROTHGANG, “Health”, in *The Oxford Handbook of the Welfare State*, ed. Francis G. Castles, et al., Oxford University Press, Oxford, 2010.
- GOMES, Carla Amado, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 19-34.
- GONÇALVES, Pedro Costa, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999.
- “Estado de Garantia e Mercado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 97-128.
- GREVE, Bent, “Introduction: The Social, Political and Economic Future of the European Welfare States”, in *The Future of the Welfare State. European and Global Perspectives*, ed. Bent Greve, Alternative Voices in Contemporary Economics, Ashgate, Aldershot, 2006.
- HEMERIJCK, Anton, “Two or three waves of welfare state transformation?”, in *Towards a social investment welfare state? : ideas, policies and challenges*, ed. Nathalie Morel, et al., 1st ed., Policy Press, Bristol, 2012.
- JESPERSEN, Jesper, “Welfare State and Uncertainty – Two Different Views”, in *The Future of the Welfare State. European and the Global Perspectives*, ed. Bent Greve, Alternative Voices in Contemporary Economics, Ashgate, Aldershot, 2006.
- LADD, Helen F., “School Vouchers: a Critical View”, *The Journal of economic perspectives*, Vol. 16, n.º 4 (2002), Nashville, pp. 3-24.
- LERMAN, Robert/ C. Eugene STEUERLE, “Structured Choice versus Fragmented Choice: Bundling of Vouchers”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, ed. C. Eugene Steuerle, et al., Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.
- LOOMIS, Burdett, “The Politics of Vouchers”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, ed. C. Eugene Steuerle, et al., Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.
- LOUREIRO, JOÃO Carlos, *Adens ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a Medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, 1.ª ed., Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Lisboa, 2010.

- MACHADO DE ALMEIDA, Marta, “O IVA nos Vouchers”, *Cadernos IVA: 2013*, coord. Sérgio Vasques, Coleção Católica tax, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 293-306.
- MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira/Isabel Vieira dos REIS, “A posição do Estado nos impostos: estudo preliminar”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, org. Eduardo Paz Ferreira, et al., Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 547-565.
- MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira, “O Estado Social no contexto internacional e europeu”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 85-95.
- MENESES DO VALE, Luís, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I, Coimbra, 2007.
- *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. III, Coimbra, 2007.
- NABAIS, José Casalta, “Da sustentabilidade do Estado Fiscal”, in *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 11-59.
- “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 51-83.
- NEVES, Filipe Duarte, *Código do IVA : comentado e anotado*, 2.^a ed., Vida Económica, Porto, 2012.
- NIKOLAI, Rita, “Towards social investment? Patterns of public policy in the OECD world”, in *Towards a social investment welfare state?: ideas, policies and challenges*, ed. Nathalie Morel, et al., 1st ed., Policy Press, Bristol, 2012.
- NUNES, António José Avelãs/Fernando Facury SCAFF, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Livraria do Advogado Editora, Estado e Constituição, Porto Alegre, 2011.
- PESTIEAU, Pierre, *The welfare state in the European Union: economic and social perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- PINHO, Joana da Costa, *Cheque-Dentista: Uma Análise de Eficiência para Portugal*, Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial da Universidade de Aveiro, 2012 disponível em: <http://ria.ua.pt/bitstream/10773/10119/1/tese_Joana%20Pinho.pdf> .

- PORTUGAL, Direcção-Geral da Saúde, *Estudo Nacional de Prevalência da Cárie Dentária na População Escolarizada*, Lisboa, 2000, disponível em: <<https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/estudo-nacional-de-prevalencia-da-carie-dentaria-na-populacao-escolarizada.aspx>>.
- PORTUGAL, Direcção-Geral da Saúde, *Estudo Nacional de Prevalência das doenças orais*, 2005, disponível em: <<https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/estudo-nacional-de-prevalencia-das-doencas-orais.aspx>>.
- PORTUGAL, Direcção-Geral da Saúde, *Plano Nacional de Saúde 2012-2016, 3.2. Eixo Estratégico – Equidade e Acesso aos Cuidados de Saúde*, disponível em: <<http://pns.dgs.pt/pns-versao-completa/>>.
- PORTUGAL, Entidade Reguladora da Saúde, *Avaliação do Modelo de Celebração de Convenções pelo SNS*, Novembro de 2006, disponível em: <https://www.ers.pt/pages/18?news_id=70>.
- PORTUGAL, Entidade Reguladora da Saúde, *Estudo sobre a concorrência no sector da prestação de serviços de saúde oral*, Dezembro de 2009, disponível em: <https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/72/Relatorio_Concorrenca_Prestacao_de_Servicos_de_Saude_Oral.pdf>.
- PORTUGAL, Ministério da Saúde, *Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde no SNS (2011)*, Maio de 2012, disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/7E9EAFB1-D986-4C2D-A01F-190434F9AFBA/0/RA_Acesso_2012_25_jun_2012.pdf>.
- PORTUGAL, Ministério da Saúde, *Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde no SNS (2012)*, Junho de 2013, disponível em: <http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/5FB93D71-8674-4061-8A-22-5156F0A6214E/0/12072013_RA_Acesso_2012.pdf>.
- PORTUGAL, Ordem dos Médicos Dentistas, *Os Números da Ordem*, Estatísticas, 2006, disponível em: <<http://www.ond.pt/numeros/2006>>.
- PORTUGAL, Ordem dos Médicos Dentistas, *Plano Nacional de Saúde 2011-2016, Estratégia de saúde oral em Portugal – um conceito de transversalidade que urge implementar (proposta conceptual)*, Porto, 2010, disponível em: <<http://pns.dgs.pt/files/2010/06/ond.pdf>>.
- PORTUGAL, Ordem dos Médicos Dentistas, *Os Números da Ordem*, Estatísticas, 2013, disponível em: <<http://www.ond.pt/numeros/2013>>.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas, *Auditoria ao Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral*, Relatório n.º 44/09 – 2.ª S, Processo n.º 06/09, disponível em: <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2009/audit-dgtc-rel044-2009-2s.pdf>.
- POSNER, Paul, *et al.*, “A Survey of Voucher Use: Variations and Common Elements”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, ed. C. Eugene Steuerle, *et al.*, Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.

- REISCHAUER, Robert D., “Medicare Vouchers”, in *Vouchers and the Provision of Public Services*, ed. C. Eugene Steuerle, et al., Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.
- RUTGERS, Jacobien, “Introduction”, in *European contract law and the welfare state*, ed. Jacobien Rutgers, European studies in private law (4), Europa Law Publishing, Groningen, 2012.
- SANTOS, António Carlos dos, “Vida, Morte e Ressurreição do Estado Social?”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 6, n.º 1 (2013), pp. 37-65.
- SANTOS, Marta Costa “Novos paradigmas no controlo do sistema fiscal”, in *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 205-250.
- “Eficiência fiscal e *governance* por indicadores”, in *Trajectórias de sustentabilidade – tributação e investimento*, coord. Suzana Tavares da Silva e Maria de Fátima Ribeiro, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 287-334.
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955.
- STEUERLE, C. Eugene, “Common Issues for Voucher Programs”, in *Vouchers and the provision of public services*, ed. C. Eugene Steuerle, et al., Brookings Institution Press, Committee for Economic Development Urban Institute Press, Washington D.C., 2000.
- TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- “O Princípio (Fundamental) da Eficiência”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 7, número especial (2010), pp. 519-544.
- *Um novo direito administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- *Direitos fundamentais na arena global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- “Sustentabilidade e Solidariedade em tempos de crise”, in *Sustentabilidade Fiscal em tempos de crise*, coord. José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 61-91.
- “Sustentabilidade e Solidariedade no financiamento do bem-estar: o fim das ‘boleias’?”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, org. Marcelo Rebelo de Sousa, et al., Vol. V, Coimbra Editora, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, pp. 819-842.
- *Direito Fiscal: Teoria Geral*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

- VICENTE, Marta de Sousa Nunes, *A quebra da legalidade material na actividade normativa de regulação económica*, 1.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Interesse Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 275-282.
- “O ‘direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 (2004), pp. 4-29.
- WHITE, Stuart, “Ethics”, in *The Oxford Handbook of the Welfare State*, ed. Francis J. Castles, et al., Oxford University Press, Oxford, 2010.
- WIDSTRÖM, Eeva, et al., “Oral health care and dental treatment needs in the Barents region”, *International Journal of Circumpolar Health*, 69:5, 2010, pp. 486-499, disponível em: <<http://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/5662/article.pdf?sequence=1>>.

LIBERDADE DE ESCOLHA DE ESCOLA E O CONTRIBUINTE

Uma breve reflexão

Ricardo Miguel Pereira Gonçalves

Resumo: Pode um sistema de *cheque ensino* ser uma alternativa a um *monopólio estatal* da educação? A aprovação do Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de Novembro, veio abrir portas à adopção de um sistema de *cheque ensino*, pretendendo-se integrar gradualmente as escolas privadas na rede de oferta pública de educação, potenciando-se assim a *liberdade de escolha de escola*. Para sabermos se faz sentido a aplicação de um sistema deste género, decidimos apurar qual deve ser o papel do Estado na Educação, tendo concluído que este deve limitar-se a impor uma determinada quantidade de *ensino mínimo obrigatório* e proceder ao seu *financiamento* de modo a garantir a sua *frequência universal*. Um sistema de *cheque* é uma opção válida para atingir a separação entre o financiamento e a provisão da educação sendo, em abstracto, socialmente justo numa óptica Rawlsiana e podendo trazer significativos ganhos de *eficiência* ao sistema de ensino, dando origem tanto a melhorias nos resultados dos alunos, como a reduções nos custos de educação suportados pelos contribuintes através da via fiscal.

Palavras-chave: *cheque ensino; liberdade de escolha de escola; papel do Estado na educação; justiça social; eficiência.*

Abstract: Can a school voucher system be an alternative to the state monopoly of education? The approval of the Decree-Law no. 152/2013, of 4 November, has opened the doors for a school voucher system, with the government intending to gradually incorporate the private schools in the public education network, so as to enhance freedom of school choice.

In order to assess the convenience of this system, we undertook an inquiry into the role of government in education, having concluded that its duty should be that of providing compulsory public education and of financing it for the sake of ensuring universal attendance.

A school voucher system is a valid option to separate public financing from the provision of education, and a socially fair instrument from a Rawlsian standpoint. In addition, it clearly fuels efficiency gains in the education system, by improving students' performance and decreasing the financial burden of education on tax payers.

Keywords: school voucher; school choice; role of Government in education; social justice; efficiency

INTRODUÇÃO

Vivemos actualmente num período da nossa história em que, afirma-se, uma crise económico-financeira avassala o Estado Português, bem como outros países do «Velho Continente» que é a Europa. Em virtude desta crise económica, evidencia-se a insustentabilidade das finanças públicas do Estado Português, dos seus serviços públicos financiados através de uma monumental dívida pública aparentemente contraída, ao longo dos anos, sem se olhar a qualquer critério de eficiência e de receitas obtidas através dos vários tributos suportados pelo contribuinte.

Neste contexto de crise, tem-se assistido a um progressivo aumento da carga tributária que o contribuinte é chamado a suportar, com vista a possibilitar o pagamento da elevadíssima dívida contraída e manter o funcionamento da «máquina» que é o Estado¹. Olhando, por questões de simplicidade, apenas à despesa dos Serviços Integrados (deixando fora desta observação os Serviços e Fundos Autónomos do Estado) prevista no Orçamento de Estado para 2014², pode ver-se que para um total geral de despesa de 172.054.989.466€, o valor de 110.984.000.000€ corresponde a despesas de capital em passivos financeiros, ou seja, ao reembolso ou pagamento de empréstimos contraídos³. Obtendo uma relação entre estes dois números, apura-se que aproximadamente 65% da

¹ Recorre-se à sistematização de FREITAS DO AMARAL, que apresenta as três mais importantes acepções da palavra “Estado”. Segundo o autor, na acepção administrativa, aquela que aqui importa, «o Estado é a pessoa colectiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob a direcção do governo, a actividade administrativa». Ver AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 220.

² Conferir a Lei n.º 83-C/2013 de 31 de Dezembro, que aprova o Orçamento de Estado para 2014.

³ Para uma noção de despesas de capital, ver RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 74 e p. 84.

despesa do Estado é feita no reembolso de empréstimos contraídos, sobrando apenas 35% desse valor para o seu funcionamento normal. Olhando ao mapa das receitas, obtém-se para as receitas correntes (que, na sua maioria, correspondem às taxas e impostos) o valor de 39.782.590.743€. Ora, esta quantia não corresponde nem a metade do que será dispendido em reembolso de empréstimos. Não sendo igualmente suficiente para o financiamento da restante despesa autorizada, não chega sequer para aquilo que é o funcionamento do Estado, excluído o reembolso de empréstimos. Tal situação parece ser, no mínimo, absurda...

Como solução para o problema da crise, e como forma de o prevenir, evitando que se repita no futuro, «fala» o XIX Governo Constitucional numa reforma do Estado, até na sua «refundação⁴», levantando várias questões: que tipo de Estado pretendemos ter? Um interventivo na economia? Ou um que fique fora dela? Que serviços públicos devem continuar a ser prestados? Devem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos dos cidadãos portugueses ser reduzidos? Como deve ser financiado o Estado? Estas questões são aqui enunciadas com a consciência de que irão ser deixadas sem resposta, não sendo abarcadas no âmbito deste trabalho.

Neste *paper* apenas irá ser abordada uma ínfima parte destas questões – que tipo de sistema educativo se quer em Portugal? Deve o serviço público de educação existente manter-se nos seus moldes actuais? Ou deve ser reformulado? Esta é uma questão que tratámos no âmbito de uma Cadeira de Direito Fiscal cujo núcleo temático de investigação consistia nas relações entre o Direito Fiscal e o Terceiro Sector.

Um dos temas que surge no contexto desta vontade de transformação do Estado é, precisamente, a modificação do sistema de ensino nacional, abrindo-se portas, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo de nível não superior, a um sis-

⁴ Pode definir-se «refundação» como: «tornar a criar, estabelecer algo; fundar novamente». Definição retirada do Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, <www.priberam.pt>.

tema de *cheque ensino*, pretendendo-se integrar gradualmente as escolas privadas na rede de oferta pública de educação permitindo-se a sua frequência de forma gratuita, passando estas a ser financiadas pelo Estado, potenciando-se assim a *liberdade de escolha* das famílias no que toca à escola que pretendem que os seus filhos frequentem.

O tema que irá ser abordado neste *paper* será, precisamente, a perspectiva financeira e tributária da *liberdade de ensino*. Mas o que é a *liberdade de ensino*? Segundo Sousa Franco⁵, esta pode dividir-se em quatro dimensões: (i) a liberdade de ensino dos docentes; (ii) a liberdade de exercer o ensino, dentro das regras do sistema nacional de ensino; (iii) a liberdade de plena determinação dos conteúdos do ensino; (iv) a liberdade de aprender, por parte dos alunos ou das famílias, incluindo a escolha do tipo e espécie de ensino que pretendem. É esta última dimensão que irá ser aqui abordada: a liberdade de as famílias escolherem o tipo de escola e de ensino que pretendem que os seus filhos frequentem, público, privado, religioso, laico, *etc.*, sem constrangimentos de ordem económica, aquilo que designarei, de ora em diante, por *liberdade de escolha de escola*.

No que toca à *liberdade de escolha de escola*, esta pode ser defendida por dois motivos⁶: por se acreditar que ela é boa em si mesma, permitindo aos pais que escolham a escola que acreditam ser melhor para os seus filhos; ou por se acreditar que, ao permitir que os pais escolham qualquer escola para os seus filhos, sem qualquer constrangimento de ordem económica, se cria um ambiente de verdadeira concorrência entre as escolas, dando origem a uma melhoria dos resultados dos alunos e da qualidade do ensino, tanto em escolas públicas como privadas, ao mesmo tempo que se mantêm, ou mesmo reduzem, os custos suportados pelo contribuinte em educação ou seja, dando origem a um aumento

⁵ FRANCO, António Sousa, «Liberdade de Educação: Reflexões sobre um Combate Civilizacional», in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009. Note-se, desde já, que não é seguida a ordem da sistematização apresentada pelo Autor.

⁶ SUGARMAN, Stephen D., «Tax Credit School Scholarship Plans», *Journal of Law and Education*, Vol. 43, Issue 1 (Jan 2014), p. 100-159.

da *eficiência financeira*⁷ do sistema de ensino⁸.

É neste sentido – a *liberdade de escolha de escola* pode levar a um aumento da eficiência financeira do sistema de ensino, permitindo que os seus resultados melhorem, isto com um custo semelhante ou menor para o contribuinte que o financia através dos impostos – que a *liberdade de escolha de escola* irá ser abordada neste trabalho, tomando a afirmação feita, pelo menos nesta fase introdutória, como verdadeira, mas não como um axioma, não lhe conferindo um estatuto de verdade absoluta. Assim, serão relacionados dois temas: *liberdade de escolha de escola* e *fiscalidade*.

Para tal, há que percorrer um caminho que se iniciará por uma breve introdução histórica, falando-se da origem do sistema de ensino público, sendo a educação financiada e «produzida» pelo Estado, no nosso país. De seguida, tomando-se a produção pública da educação como ponto de partida, esta irá ser posta em causa, colocando-se a seguinte questão: justifica-se a produção pública da educação? Ou apenas o seu financiamento? Tentar-se-á responder a estas questões. Por fim, será apresentado um meio que pode ser utilizado para fomentar a *liberdade de escolha de escola*, com o aumento de eficiência que esta pode trazer ao sistema de ensino: o modelo de *cheque ensino*. Este será abordado tendo em vista duas perspectivas: uma filosófica ou ideológica; e uma económica na qual iremos abordar a questão da *eficiência*.

Há agora, após esta longa, embora necessária, introdução, que começar a percorrer o caminho traçado que, como disse António Machado⁹, apenas se fará caminhando.

⁷ O conceito de eficiência é aqui utilizado como «o melhor resultado para uma mesma estrutura de custos». Ver SILVA, Suzana Tavares da, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010) p. 521.

⁸ Esta ideia é apresentada pela primeira vez por MILTON FRIEDMAN, em 1955, quando defende a criação de um sistema de «*school vouchers*» no sistema de ensino Norte-Americano. Este sistema é aquele a que comumente se chama «*cheque ensino*» e irá ser abordado mais adiante neste *paper*. Ver FRIEDMAN, Milton, «The Role of Government in education», in *Economics and the Public Interest*, ed. Robert A. Solo, Rutgers University Press, New Jersey, 1955.

⁹ MACHADO, António, «Proverbios y cantares XXIX», in *Campos de Castilla*, 1912.

I – BREVE HISTÓRIA DO ENSINO PÚBLICO EM PORTUGAL

Inicia-se esta exposição com uma breve nota histórica sobre o ensino público em Portugal, de modo a que se possa compreender como se chegou ao ponto em que nos encontramos no que ao sistema de ensino concerne, ou seja, a um sistema em que predomina o fornecimento do ensino pelo Estado.

Muitos consideram que a história deve ser encarada como uma «propedêutica» ao estudo de qualquer matéria ou assunto, de modo a se conseguir ter uma melhor abordagem da mesma, sendo ela o gigante aos ombros do qual nos sentamos permitindo-nos ver mais longe. É com esta perspectiva em mente que se decidiu iniciar este *paper* com uma abordagem histórica do sistema de ensino em Portugal.

Sendo que estudar toda a história do ensino em Portugal não se coadunaria com a economia deste texto, a exposição que agora se inicia será bastante simplificada, tentando no entanto nunca perder a fidelidade à realidade Histórica.

Note-se que este capítulo irá incidir de forma ligeiramente mais aprofundada sobre o período que se inicia com o Marquês de Pombal e que termina com a Primeira República, pois foi durante este espectro temporal que surgiu em Portugal o ensino público, obrigatório e gratuito, mantendo-se até aos dias de hoje um sistema de ensino com estas características. No que toca aos períodos do Estado Novo e «pós-25 de Abril», estes irão ser abordados de forma mais sintética.

1. O nascimento do Ensino Público em Portugal: do Marquês de Pombal à Primeira República

Durante grande parte da História, o ensino em Portugal esteve confiado sobretudo à Igreja, sendo ministrado em escolas episcopais e monásticas¹⁰. Obviamente, havia exceções a esta «regra»,

¹⁰ Ver MENDONÇA, Alice, «Evolução da Política Educativa em Portugal», p. 3.

como por exemplo o recurso por parte das famílias mais nobres a preceptores, algo que se tornou usual a partir de meados do século XV¹¹. Este panorama de ensino não estatal apenas veio a ser alterado em meados do século XVIII¹² graças às reformas operadas por Sebastião José de Carvalho e Melo, muitas vezes referido apenas como Marquês de Pombal. Apenas com Pombal se quebra o panorama existente até então de um ensino concentrado nas mãos da Igreja Católica, para se iniciar a sua transferência para as mãos do Estado.

Chegados ao Século XVIII, o ministro do ensino em Portugal era dominado pela chamada Companhia de Jesus. Criada em 1534 por Inácio de Loyola para combater o Protestantismo, rapidamente se instalou em Portugal devido à crença de que os seus missionários seriam capazes de converter a Índia e o Brasil.

Ora, na época de setecentos, durante a qual floresceu o Iluminismo¹³ na Europa, levantavam-se as vozes de alguns dos mais «célebres» iluministas portugueses como Luís António Verney, Frei Manuel do Cenáculo e do próprio Marquês de Pombal, afirmando que o país se encontrava mergulhado numa «crise» e decadência cultural, estando atrasado relativamente ao resto da Europa, preso

¹¹ *Idem*, p. 3-4.

¹² Apesar de o ensino se encontrar controlado maioritariamente pela Igreja, especialmente pela Companhia de Jesus, assiste-se já, antes do século XVIII, à existência de um «proto-ensino público», sendo este ministrado pelos Mestres-Escola, indivíduos que apesar de normalmente se dedicarem às profissões artesanais, paralelamente ensinavam a ler e a escrever. Quando o ensino consistia na sua actividade exclusiva, estes eram remunerados pelos Concelhos, através de sobras das Sisas ou de colectas efectuadas especialmente para esse efeito. Apesar de remunerados com dinheiros públicos, a sua acção educativa era globalmente supervisionada pela Igreja.

Acerca desta questão, refere Joaquim Ferreira GOMES que até ao século XVIII, é difícil distinguir a acção do Estado e da Igreja no âmbito da educação afirmando, no entanto, que esta função cabia em primeira instância à família e à Igreja, só supletivamente ao Estado.

Idem, p. 5-6 e ainda Joaquim Ferreira GOMES, «O Marquês de Pombal Criador do Ensino Primário Oficial», *Revista de História das Ideias*, Vol. 4 – Tomo II (1982), p. 25 – 41, p. 30-31.

¹³ Para um estudo aprofundado do Iluminismo em Portugal, nas suas mais variadas vertentes, desde a filosofia económica, jurídica, política, à ética, e à lógica, ver CALAFATE, Pedro, *História do Pensamento Filosófico Português*, Vol. III, Caminho, Lisboa, 2007.

na época de seiscentos. Havendo necessidade de procurar os culpados pela dita crise e de a reparar, de modo a se voltar a acompanhar a restante Europa no seu caminho para um fim racional e universal, foi unânime a atribuição da referida culpa aos jesuítas e à Companhia de Jesus. Sendo estes os principais responsáveis pelo ministro do ensino no país e, acreditando-se que grande parte do atraso se devia a deficiências nos métodos e conteúdos deste, estando a ser ensinada uma verdade que não seria a verdadeira, pois desprovida de razão, seria apenas lógico que os principais culpados pela referida crise fossem os jesuítas¹⁴.

Na sequência deste «processo» de identificação dos culpados pela referida crise, uma das medidas tomadas pelo Marquês de Pombal enquanto Secretário de Estado do Reino de Portugal foi, como bem se sabe, a expulsão dos Jesuítas¹⁵, levada a cabo por sentença da Junta de Inconfidência de 12 de Janeiro de 1759¹⁶. De seguida, por Alvará de 28 de Junho de 1759, foram estes privados do ensino e extintas todas as escolas que lhes estavam confiadas. Este Alvará ordenou também uma «geral reforma» do ensino, que consistiu, principalmente, na criação do cargo de Director Geral

¹⁴ Defendia-se que o ensino havia de ser reformulado com vista a transformar o Homem num ser empírico, como era defendido por John LOCKE e David HUME, sendo o eclectismo a orientação para a aquisição do saber, que deveria ser multifacetado, e o experimentalismo, presente nas «ciências duras» que são a Física e a Matemática, a base estável para a obtenção de um resultado natural, desprezando-se qualquer linha de teor metafísico como a cartesiana. Os métodos de ensino adoptados pelo ensino jesuíta não correspondiam a estas exigências, encontrando-se obsoletos, necessitando, então, de ser reformulados. Conferir, a este propósito, e relativamente à «crise» que se referiu, PINTO, Miguel, «O Iluminismo Português sob os desígnios da Filosofia e da Ética», trabalho apresentado no âmbito da cadeira de Temas de História Moderna de Portugal, da Licenciatura em História da Universidade de Coimbra, no ano lectivo de 2010/2011.

¹⁵ Os jesuítas foram expulsos, não devido à responsabilidade que lhes era imputada pela crise em que o país se encontrava, mas antes pelo seu alegado envolvimento no atentado contra D. José que teve lugar a 3 de Setembro de 1758, atribuído na altura a «uma vasta conspiração de fidalgos, organizada em torno dos Távora e inspirada pelos directores espirituais jesuítas». RAMOS, Rui, *et alii*, *História de Portugal*, 6.^a ed., A Esfera dos Livros, Lisboa, 2006, p. 369.

¹⁶ Joaquim Ferreira GOMES, *op. cit.*, p. 26.

dos Estudos e de vários lugares de professores de Grego, Gramática Latina e Retórica¹⁷.

Assim, na sequência da expulsão dos jesuítas, deixou o ensino de estar nas mãos da Igreja para se aliar ao Estado, tendo sido desenvolvido entre 1759 e 1772, pelo governo de Pombal, um Sistema Nacional de Ensino, que se concretizou com a Carta de Lei de 6 de Novembro de 1772, que tornou estatal o ensino primário, criando o chamado ensino primário oficial¹⁸.

Esta estatização do ensino primário ocorre devido à crença que surge nos Estados católicos no período do Iluminismo de que a responsabilidade pelo ensino deveria caber ao Estado, competindo a este a ilustração dos seus súbditos. Mas de todos os seus súbditos? Não, apenas de alguns, pois no século XVIII não se encontravam reunidas as condições económicas e ideológicas que permitissem o alargamento da instrução a todos, sendo que a generalidade dos intelectuais da época via mais desvantagens que benefícios neste alargamento¹⁹.

É assim, por motivos de necessidade – a expulsão dos jesuítas e a extinção de todos os seus colégios determinou uma enorme redução da oferta de educação no país – e ideológicos – a crença de que a responsabilidade pela instrução dos sujeitos haveria de caber ao Estado e não à Igreja – que a produção do ensino é tomada pelo Estado em Portugal, com a criação de um sistema de ensino primário público, ainda que não obrigatório e sem pretensões de abranger toda a população, ou seja, sem pretensões de universalidade.

No que toca ao conceito de obrigatoriedade do ensino, este surge no século XIX com a Carta Constitucional de 1826, onde se consagrava a frequência do ensino primário entre os direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses. Tendo em conta os ideais liberais defendidos à época, segundo os quais os povos aspirariam ao conhecimento, e sendo o ensino obrigatório, considerava-se que

¹⁷ *Colecção das leis, decretos e alvarás que compreende o feliz reinado Del Rei Fidelíssimo D. José o I, Nosso Senhor. Desde o ano de 1750 até o de 1760 e a Pragmática do Senhor Rei D. João o V do ano de 1749.* Tomo I, Lisboa, na Oficina de Miguel Rodrigues, Impressor do Eminentíssimo Cardeal Patriarca, MDCCCLXXI, *apud* Joaquim Ferreira GOMES, *op. cit.*, p. 26, n.º 6.

¹⁸ MENDONÇA, Alice, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹ Joaquim Ferreira GOMES, *op. cit.*, p. 31-32.

o único impedimento à sua frequência universal seria o seu custo. Assim, a gratuidade do ensino foi expressa no campo legislativo como forma de efectivar a sua frequência, nomeadamente na Constituição de 1838²⁰.

No que toca à Primeira República²¹, é sabido que a educação foi uma das suas grandes «bandeiras», afirmando os ideais republicanos que «o homem vale sobretudo pela educação que possui, porque só ela é capaz de desenvolver harmonicamente as suas faculdades de maneira a elevarem-se ao máximo em proveito dele e dos outros»²². A educação era de tal modo importante para a Primeira República que, de forma completamente paradoxal, os analfabetos deixaram de poder participar nela, sendo-lhes retirado o direito de voto com a lei eleitoral de 3 de Julho de 1913²³ – a República seria apenas dos «educados», chegando Afonso Costa a afirmar que «indivíduos que não têm ideias nítidas e exactas de coisa nenhuma, nem de nenhuma pessoa, não devem ir à urna, para não se dizer que foi com carneiros que confirmámos a república»²⁴.

Durante este período tentou-se alargar a frequência da educação à totalidade da população infantil, prevendo-se a existência de pelo menos uma escola primária para cada sexo em cada freguesia do Continente e Ilhas. No entanto, verificava-se um desinteresse pela educação por parte da população, especialmente a rural, tendo este sido imputado à influência exercida pela Igreja sobre o povo. Assim, retiraram os republicanos toda a influência da religião sobre o ensino, inclusive nas escolas privadas²⁵.

Deve ainda salientar-se que o âmbito da obrigatoriedade do ensino foi ampliado durante a Primeira República. No seu início, apenas era obrigatório o ensino primário elementar (primeiro ciclo do ensino primário com uma duração de três anos). Ora, no ano de 1919, a obrigatoriedade de frequência do ensino primário foi es-

²⁰ MENDONÇA, Alice, *op. cit.*, p. 7-8.

²¹ Período demarcado pela revolução de 5 de Outubro de 1910 e pelo golpe de Estado de 28 de Maio de 1926.

²² ROCHA, Filipe, «Fins e Objectivos do Sistema Escolar Português, 1.º período de 1820 a 1826», Paisagem Editora, Porto, 1984 *apud* Alice MENDONÇA, *op. cit.*, p. 10, n.º 42.

²³ RAMOS, Rui, *op. cit.*, p. 588.

²⁴ *Idem*, p. 589.

²⁵ MENDONÇA, Alice, *op. cit.*, p. 10.

tendida ao seu segundo ciclo (ensino primário complementar, ciclo com uma duração de dois anos).

Chega-se assim ao fim do período histórico comumente designado como Primeira República com um sistema de ensino primário gratuito, obrigatório, com pretensões de universalidade²⁶ e fornecido pelo Estado através da escola pública., encontrando-se criadas as bases do sistema que ainda hoje se encontra implantado no nosso país.

2. O Estado Novo

No quase meio século²⁷ durante o qual durou, no nosso país, o regime que ficou conhecido como Estado Novo, foram operadas inúmeras alterações no sistema de ensino nacional. O estudo do ensino em Portugal neste período poderia dar azo a inúmeras questões, das quais apenas uma será abordada: a da responsabilidade do Estado na educação dos seus cidadãos.

Como se viu, até ao final da Primeira República assiste-se a um «primado do Estado» na educação, cabendo-lhe em primeira linha a responsabilidade de educar os seus cidadãos. Este propunha-se a montar um sistema de ensino primário público, obrigatório e gratuito que pretendia abranger a universalidade das crianças em idade escolar. Ora, com a Constituição de 1933, este quadro é alterado, verificando-se um recuo da posição do Estado no que toca à educação. Por um lado, a obrigatoriedade do ensino foi reduzida ao primeiro ciclo do ensino primário, tal como no início da Primeira República. Por outro, a responsabilidade pela educação passou a ser atribuída, em primeira linha, à família e, aos estabelecimentos de ensino (tanto «oficiais» como particulares) apenas em cooperação com ela. Deixa de existir uma responsabilidade principal do Estado

²⁶ A gratuidade e obrigatoriedade do ensino encontravam-se consagradas na Constituição de 1911, mais precisamente no seu art. 3.º, n.º 11.

²⁷ Mais precisamente quarenta e oito anos. Toma-se como referência para o seu início o golpe de Estado de 28 de Maio de 1926 que impôs a Ditadura Militar encabeçada por Mendes Cabeçadas e, depois, por Óscar Carmona, e não a entrada em vigor da Constituição de 1933 – Constituição do Estado Novo – com a qual o Estado Novo surge formalmente.

pela educação, passando esta a ser meramente subsidiária²⁸.

Apesar de, formalmente, se assistir a um distanciamento do Estado relativamente à educação, materialmente, tal não aconteceu. Apesar de a Constituição de 1933 remeter a responsabilidade pela educação para a família, o Estado, preocupado com o elevado nível de analfabetismo existente no país, manteve-se interventivo neste domínio, apostando na criação de escolas públicas e na implementação de sanções destinadas a efectivar a frequência da escolaridade obrigatória²⁹.

Cabe ainda salientar que também o conceito da gratuitidade do ensino sofreu alterações. Enquanto que, antes, o ensino (primário) era concebido como gratuito para todos os que o frequentassem, passou a determinar-se que seria inteiramente gratuito apenas para os «pobres», sendo que os restantes pagariam uma «propina ou taxa moderada, variável consoante a situação económica e os encargos da família»^{30,31}.

Note-se que, apesar das mencionadas mudanças de paradigma no que toca ao papel do Estado na educação, no ano de 1964, com o Decreto-Lei n.º 45 810, de 9 de Julho, a frequência da escolaridade obrigatória foi aumentada para seis anos, sendo ministrada gratuitamente na escola pública³². Mais tarde, com Veiga Simão como Ministro da Educação e já perto da queda do regime, foram operadas mais reformas no sentido de um aumento da escolarida-

²⁸ *Idem*, p. 11.

²⁹ *Idem*, p. 12-14.

³⁰ MEDEIROS, Maria Teresa Pires de, «Bases da Reforma do Ensino Primário» in *Insucesso Escolar e a Clínica do Desenvolvimento: Uma Contribuição Psicossocial do Insucesso Escolar no 1.º Ciclo do Ensino Básico*, Tese de Doutoramento em Ciências da Educação, Universidade dos Açores, Ponta Delgada, 1993. (policopiada) *apud* Alice MENDONÇA, *op. cit.*, p. 13, n.º 55.

³¹ Quanto a esta propina variável em função dos encargos e situação económica da família, parece-nos que se tratava de um «co-pagamento» através do qual os custos do serviço da educação eram partilhados entre o Estado e as famílias que dele usufruíam.

Quanto aos co-pagamentos, mas no sistema de saúde, ver FLOOD, Colleen M., STABILE, Mark, TUOHY, Carolyn Hughes, «Introduction: Seeking the Grail: Financing for Quality, Accessibility, and Sustainability in the Health Care System», in *Exploring Social Insurance: Can a Dose of Europe Cure Canadian Health Care Finance?*, McGill-Queen's University Press, 2008.

³² MENDONÇA, Alice, *op. cit.*, p. 14.

de obrigatória para oito anos e da efetivação da sua frequência, nomeadamente através da criação de apoios sociais para os mais carenciados.

Voltou-se, então, ao paradigma anterior à Constituição de 1933 que relegara para a família a principal responsabilidade pela educação – a responsabilidade principal do Estado na educação, sendo esta obrigatória, gratuita, e fornecida em princípio por escolas públicas.

Como conclusão desta passagem pela educação no Estado Novo, convém ainda referir que este se revestia de uma forte componente ideológica, sendo os seus conteúdos fortemente controlados pelo Estado. O ensino era visto, não só como uma forma de alfabetizar a população, mas também como uma forma de veiculação da ideologia defendida como, de resto, se passou historicamente em múltiplos regimes fascistas como o Estado Novo.

3. Após o 25 de Abril

A «Revolução dos Cravos» que teve lugar a 25 de Abril de 1974 fez cair o regime ditatorial do Estado Novo, permitindo a instauração em Portugal um regime político democrático. Perante esta alteração do paradigma político e social do país, exigia-se que a educação fosse reformulada de acordo com as novas ideologias em vigor. Procedeu-se a uma democratização do ensino, sendo este encarado como um meio tanto de construção como de legitimação da jovem democracia portuguesa e, defendendo-se um princípio de igualdade de oportunidades no acesso à escola, foi construído um serviço de ensino básico público universal e gratuito³³, marcado por uma intervenção uniformizadora do Estado na escola como forma de suprir as desigualdades sociais existentes.

Esta visão da educação como forma de construção da democracia vem a ser progressivamente substituída por uma outra, a da educação como formação para o trabalho e como um meio a ser utilizado para a modernização da economia do país. Foi esta segunda visão, mais economicista, da educação, que predominou

³³ A criação deste sistema resulta mesmo de uma imposição constitucional, presente no artigo 74.º, n.º 2, al. b) da Constituição de 1976.

durante os anos oitenta e noventa do século passado, substituindo paulatinamente a educação como forma de construção da democracia, uma visão mais social da educação, que predominou nos anos setenta após o 25 de Abril.

Já mais recentemente, nos anos dois mil, entram para o debate da educação questões como a inclusão e exclusão sociais, bem como o aumento da autonomia da escola e da intervenção dos pais na instituição escolar.

Apesar das várias alterações no que toca à forma de encarar a educação, nota-se neste período algo que foi constante e continua até aos dias de hoje, uma forte intervenção do Estado na educação, determinando os seus conteúdos, bem como a acção lectiva dos docentes.

4. Conclusões

Nesta breve excursão pela história do ensino em Portugal percorreu-se um caminho que se iniciou com o Estado numa posição de subsidiariedade relativamente à prestação da educação, cabendo esta, em primeira linha, à família e à Igreja. No século XVIII, vivendo-se o período do chamado «despotismo iluminado», a sua posição face às matérias da educação muda radicalmente. Crendo-se que apenas ele estaria na posição indicada para iluminar os seus súbditos, inicia-se nessa época um processo pelo qual se apodera do fornecimento da educação (nunca erradicando, contudo, a provisão privada da mesma) sendo que desde então nunca recuou nesse fornecimento, antes o expandiu, criando um serviço público de educação, gratuito, e sendo esta obrigatória³⁴.

Deste caminho percorrido pode também retirar-se a conclusão de que as grandes reformas e alterações no sistema de ensino foram sempre movidas por modificações ideológicas, políticas, económicas, do próprio conceito do que deve ser a educação... será uma alteração num destes campos necessária para que se possa aumentar a *liberdade de escolha de escola* através da adopção de um sistema de *cheque ensino*? Não parece que tal seja necessário mas, ainda

³⁴ Obrigatória a educação mínima, podendo esta ser fornecida tanto por escolas públicas como por escolas privadas.

que fosse, a adopção de um sistema desse género nunca se poderia fundar, a nosso ver, numa concepção ideológica ou política vigente em determinado momento, pois as ideologias, como as vontades políticas, voam ao sabor dos ventos, encontrando-se em constante mutação. Assim, a força motriz a puxar por uma tal reforma apenas se poderá identificar no aumento de eficiência que um sistema de *cheque*, capaz de potenciar a *liberdade de escolha de escola*, possa trazer ao sistema educativo nacional.

II – FINANCIAMENTO? PROVISÃO PÚBLICA? O PAPEL DO ESTADO NA EDUCAÇÃO

Como se tem vindo a referir ao longo deste trabalho, deparamo-nos hoje com um modelo no qual o Estado é o principal prestador da educação na maioria dos países desenvolvidos, sendo que Portugal não é excepção a esta regra. Nem mesmo os Estados Unidos da América escapam sendo que, mesmo nesse país historicamente tão avesso à prestação de grandes serviços públicos financiados pelo contribuinte, o ensino é prestado principalmente pelo Estado (pelo menos, o ensino primário e secundário). No capítulo anterior já se apresentou, ainda que apenas de um modo bastante geral, o processo histórico que vem desembocar num monopólio estatal da educação³⁵, num modelo de, usando as palavras

³⁵ Entre nós existe um *monopólio estatal* da educação. Como nos mostra Mário PINTO, este é um monopólio de facto criado pelo fornecimento gratuito da educação pelo Estado e pela falta de financiamento das escolas privadas. Este fornecimento gratuito dificulta a competição da concorrência das escolas privadas com as públicas, limitando assim, também, a quantidade de oferta de educação privada. É verdade que existe entre nós o instituto do contrato de associação através do qual o Estado financia algumas escolas privadas. No entanto, esse mecanismo apenas serve para casos em que, havendo uma oferta pública de educação deficitária, a educação seja fornecida por uma escola privada de modo a evitar a criação de uma escola pública na área relevante. Não sendo os contratos de associação o objecto de estudo deste *paper*, não nos iremos mais sobre eles pronunciar, não sendo aqui também abordada a grande polémica que têm levantado, tanto pelo seu uso incorrecto para financiar oferta educativa privada em áreas geográficas com oferta pública mais que excedentária, como pelo anúncio da sua extinção.

de Mário Pinto, «Estado Educador»³⁶.

Assim sendo, o objectivo do presente capítulo será questionar essa realidade. Será que se justifica a intervenção do Estado neste domínio? Se sim, que tipo de intervenção e porquê? Se não, porque não?

1. A Educação como Actividade Geradora de Externalidades Positivas

É ponto praticamente unânime na doutrina económica que a educação, como bem de mérito que é³⁷, é uma actividade geradora de externalidades positivas, sendo até usada como exemplo de escola de uma actividade geradora de tais externalidades.

O que são externalidades positivas? Estas ocorrem quando determinada actividade gera benefícios não só para o seu produtor (ou consumidor)³⁸, mas também para outros indivíduos, indivíduos estes que não é possível identificar nem, consequentemente, fazer pagar pelo benefício obtido – os chamados *freeriders*³⁹. Quando nos encontramos na presença de externalidades positivas, o *custo marginal social* da actividade que as gera é inferior ao seu *custo marginal privado* ou, dito de outro modo, o *benefício marginal* que a sociedade obtém devido à prática dessa actividade é superior ao obtido

Quanto à questão do monopólio, conferir PINTO, Mário, «Sobre os Direitos Fundamentais de Educação: Crítica ao Monopólio Estatal na Rede Escolar» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.

³⁶ PINTO, Mário, *op. cit.*, p. 50.

³⁷ ARAÚJO, Fernando, *Introdução à Economia*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 589.

³⁸ Por motivos de comodidade referir-nos-emos às externalidades como se elas ocorressem sempre na produção. No entanto, elas podem ocorrer tanto na produção como no consumo. Conferir ARAÚJO, Fernando, *op. cit.*, p. 544.

³⁹ Designamo-los aqui *freeriders* pois as externalidades positivas criam efeitos semelhantes aos observados nos *bens públicos puros* – criam uma utilidade para terceiros sem que estes paguem o respectivo preço, fruindo passivamente das actividades. Conferir ANDRADE, Fernando Rocha, «Sumários Desenvolvidos de Finanças Públicas I», 2.^a Turma, 2012/2013.

pelo seu produtor⁴⁰. Não havendo um mercado através do qual seja possível cobrar aos *freeriders* um preço por esse benefício, estamos perante uma falha de mercado.

O problema que a inexistência de um mercado através do qual seja possível cobrar aos *freeriders* um preço pelo benefício obtido levanta, é a produção em quantidades não socialmente óptimas do bem em questão. O livre funcionamento dos mercados permite alcançar a maximização do bem-estar social potenciado pelas trocas. Ora, numa situação de externalidades positivas, sendo o custo privado da actividade superior ao seu custo social, esta irá ser «subproduzida», pois quanto maior o seu custo, menor a sua oferta. Sendo a actividade «subproduzida», o bem-estar social não está a ser maximizado.

Afirmámos que a educação é uma actividade geradora de externalidades positivas. No entanto, não explicámos porquê, nem os corolários que daí advêm. Procederemos agora, então, a essa explicação.

Para o fazer, recorreremos ao raciocínio que Milton Friedman nos apresenta em *The Role of Government in Education*⁴¹. Para tal, há que se partir, com o Autor, do pressuposto de que uma sociedade *estável* e *democrática* não é possível sem um núcleo mínimo de valores e um nível mínimo de conhecimento e literacia por parte da sua população.

Sem grande necessidade de fundamentação, é possível afirmar que a educação contribui para ambos estes «vectores», pois permite a difusão desse núcleo mínimo de valores e fornece conhecimento às crianças educadas. Neste sentido pode afirmar-se que um cidadão mais letrado será um votante mais informado e mais activo, contribuindo para a democraticidade da sociedade. Assim, a educação de uma criança gera benefícios não apenas para ela própria e para a sua família, mas também para os outros membros da sociedade, pois contribui para uma sociedade mais estável e democrática, aumentando o seu bem-estar, o bem-estar social. No entanto, não é possível identificar os concretos terceiros beneficiados por esta actividade de modo a poder fazê-los pagar pelo benefício obtido.

⁴⁰ ARAÚJO, Fernando, *op. cit.*, p. 549.

⁴¹ FRIEDMAN, Milton, *op. cit.*

Ainda que se possa utilizar este argumento – o de que ela contribui para uma sociedade mais estável e democrática – para afirmar que a educação é uma actividade geradora de externalidades positivas, há mais razões para se opor nesse sentido, nomeadamente o facto de que indivíduos mais letrados são, em regra, trabalhadores mais produtivos, contribuindo para uma economia mais produtiva e, conseqüentemente, geradora de mais valor⁴².

Estando mostrada a existência de externalidades positivas decorrentes da educação, ainda que de forma muito breve e sucinta, é mister referir que a existência de externalidades – tanto positivas como negativas – é um dos casos que justifica a intervenção do Estado numa economia de mercado. Assim sendo, qual será o tipo de intervenção estatal que estas externalidades implicam?

2. O Papel do Estado na Educação Segundo uma Racionalidade Económica

Perante a existência de externalidades, cabe ao Estado auxiliar o mercado a atingir a sua eficiência social. Para o fazer dispõe de três vias possíveis, incompatíveis, em abstracto, entre si⁴³:

- α) A provisão, por ele mesmo, da actividade externalizadora, de modo a fornecer directamente o nível de actividade a que corresponde o ponto óptimo social;
- β) A regulação das actividades externalizadoras, impondo-lhes limites mínimos ou máximos de actividade, estabelecendo directrizes para a sua execução e submetendo-as a uma constante supervisão;

⁴² Apesar de ser quase unânime a consideração da educação como uma actividade geradora de externalidades positivas, há autores que adoptam uma posição divergente. Neste sentido Joshua HALL, que afirma não ser certa a relação entre educação e participação cívica. No que toca aos benefícios económicos para a sociedade gerados pela educação, afirma não ser certa a sua existência, baseando-se para o efeito em vários estudos que concluem não ser possível provar a existência de «*spillovers* de capital humano» decorrentes da educação que contribuam para o crescimento económico e, ainda que existam, são internalizados através dos salários mais elevados que são pagos aos trabalhadores mais qualificados. Conferir Joshua C. HALL, «Positive Externalities and Government Involvement in Education», *Journal of Private Enterprise*, Vol. XXI, Number 2, Spring 2006.

⁴³ ARAÚJO, Fernando, *op. cit.*, p. 569.

- γ) A criação de incentivos ou desincentivos económicos às actividades externalizadoras, preservando a liberdade de iniciativa económica, mas encorajando-a ou desencorajando-a.

Tendo em conta estas três hipóteses, a resposta mais óbvia à pergunta formulada no final do ponto anterior passaria pela segunda via e seria a seguinte: o Estado deveria impor que todas as crianças frequentassem uma quantidade mínima de educação, quantidade essa que seria determinada pelo ponto em que ocorresse uma maximização do bem-estar social decorrente da actividade – tal acontece quando o *custo marginal privado* da educação igualar o *custo marginal social* da mesma.

Tal exigência poderia ser imposta sem mais, tal como é exigido, por exemplo, aos donos de automóveis que os mantenham em condições de segurança para circular na via pública, suportando estes os encargos daí decorrentes. No entanto, se o dono de um automóvel não auferir rendimentos suficientes para o manter em condições de segurança não pode circular com ele na via pública ou, em última instância, livrar-se dele para se libertar do ónus que lhe é imposto. Ora, tal não é possível no caso de uma família não dispor de rendimentos suficientes para suportar as despesas inerentes à frequência do ensino obrigatório pelos seus filhos⁴⁴.

Olhando às disparidades existentes no que toca aos rendimentos e às dimensões das famílias, disparidades essas que tornariam impossível por parte de muitas famílias suportar os custos da educação dos seus filhos, o Estado deveria dar um passo mais, não só impondo um determinado nível de ensino obrigatório, mas procedendo também ao seu financiamento.

Apenas procedendo ao seu financiamento conseguiria o Estado efectivar a frequência do ensino obrigatório por parte de todas as crianças, sendo esta intervenção justificada pelas externalidades positivas que decorrem da educação. Note-se que o argumento das externalidades positivas apenas permite fundamentar a imposição do ensino mínimo obrigatório e o seu financiamento por parte do

⁴⁴ Este exemplo aqui fornecido em que se compara a imposição do ensino mínimo obrigatório à existência de ónus ou obrigações reais adstritas a determinados bens não é nosso, sendo fornecido por FRIEDMAN no artigo que já múltiplas vezes citámos. Cfr. FRIEDMAN, Milton, *op. cit.*, p. 2.

Estado, já não o tipo de ensino a financiar nem a própria provisão pública desse bem.

No entanto, e agora referindo-nos à realidade das coisas, não apenas à teoria, o Estado deu ainda um terceiro passo⁴⁵ na sua intervenção nesta área – a provisão pública do ensino, através de escolas públicas. O que justifica este terceiro avanço dado pelo Estado neste domínio? Mais uma vez acompanhando o raciocínio de Friedman, parece não haver argumentos (economicamente fundados, claro) para o defender. Quando no início deste ponto apresentámos as três vias pelas quais o Estado poderia lidar com as externalidades positivas na produção da educação, dissemos que elas seriam, em abstracto, incompatíveis entre si. Ora, no que toca a uma intervenção estatal na educação, não o são – a imposição de ensino mínimo obrigatório, o seu financiamento público e a sua provisão pública são perfeitamente compatíveis entre si. No entanto, a imposição do ensino mínimo obrigatório e o seu financiamento seriam suficientes para assegurar a produção óptima da educação de um ponto de vista social. Se a poderia apenas financiar, ao invés de a produzir ele próprio, porque tomou o Estado para si a tarefa de fornecer a educação aos seus cidadãos? Numa tentativa de explicar o porquê desta provisão pública, Friedman⁴⁶ apresenta várias justificações possíveis. São elas:

⁴⁵ Quando nos referimos aqui a um «terceiro passo», não queremos com isso afirmar que o Estado tenha iniciado o seu percurso nesta área com a instituição do ensino público obrigatório, passando depois a financiá-lo e, finalmente, a fornece-lo ele próprio. Como tivemos oportunidade de ver durante o breve trilha que percorremos na história do ensino público em Portugal, tal não foi assim, sendo que o Estado optou logo, em primeira linha, pela própria provisão pública do ensino, financiando-o através da sua produção directa e fornecimento gratuito. Nunca o nosso sistema passou por uma fase, diríamos, intermédia na qual o Estado apenas financiaria a educação, deixando o seu fornecimento aberto ao mercado. A ideia que pretendemos transmitir com a utilização da referida expressão é a de que, olhando à intensidade da intervenção na economia que as várias soluções apresentadas representam, a imposição do ensino mínimo obrigatório seria um «primeiro passo», ou seja, uma solução pouco interventiva na economia, o financiamento público do ensino seria uma solução de intensidade interventiva intermédia e, finalmente, a provisão pública da educação corresponderia ao grau máximo de intervenção pública na área.

⁴⁶ *Idem*, p. 4 ss.

- α) A crença de que o Estado seria a única entidade em condições de, através da escola pública, fornecer o núcleo mínimo de valores necessário à sociedade estável e democrática para a qual a educação contribui. Noutras palavras, o Estado seria a única entidade com capacidade para «educar para a democracia». O fornecimento privado da educação poderia dar origem a uma situação em que escolas diferentes transmitiriam diferentes crenças e valores aos seus alunos, incompatíveis entre si, tornando a educação numa força desagregadora da sociedade – isto poderia ocorrer principalmente no caso do ensino ministrado nas escolas religiosas.

No entanto, isto nunca foi provado verdadeiro. Além disso, a ser tido como tal e a ser levado ao extremo, o seu corolário seria a frequência obrigatória do ensino estatal, no qual seria veiculada uma determinada ideologia considerada como adequada à manutenção de uma sociedade estável. Como uma última crítica a este argumento resta referir que esta suposta necessidade de impregnação ideológica parece algo apenas passível de ser defendido num Estado totalitário...

- β) Uma versão especial do argumento apresentado imediatamente acima seria a de que a educação fornecida por escolas privadas tenderia a exacerbar as distinções entre classes. Aumento a liberdade de escolher a educação privada, pais de determinado «tipo» tenderiam a juntar os seus filhos nas mesmas escolas, não permitindo um convívio saudável de crianças com várias origens e de diferentes estratos sociais. Assim, a educação seria um factor de desagregação e não o inverso.

Em crítica a este argumento, remetemos para o que foi dito face ao primeiro apresentado.

- γ) O *monopólio natural* que pode existir nos casos de pequenas comunidades cuja dimensão e o reduzido número de crianças não justifique a criação de mais de uma escola ou mesmo a criação de uma escola. Nestes casos, um sistema no qual o Estado apenas financiasse a frequência do ensino, deixando o seu fornecimento aberto ao mercado e à livre iniciativa económica privada não protegeria os interesses das crianças e dessas comunidades de menor dimensão. Das duas uma, ou o número de alunos seria demasiado reduzido para justificar a criação de uma escola privada, pois esta não iria estar em condições de gerar lucros para os seus proprietários, ou o número de alunos, ainda que reduzido, apenas justificaria a criação de uma única

escola, gerando uma situação de monopólio. Numa situação deste género há que escolher entre o menor de três males: um *monopólio privado não regulado*; um *monopólio privado regulado*; ou um *monopólio estatal*. Assim sendo, o monopólio estatal seria uma opção válida para resolver este problema.

Em jeito de crítica a este argumento do *monopólio natural* pode referir-se que já foi mais forte do que nos dias de hoje, devido aos actuais meios e rede de transporte e à tendência para a agregação das populações em grandes centros urbanos. No entanto, é impossível afirmar que já não existem casos de *monopólio natural* na educação. Esta questão voltará a ser abordada mais adiante.

Olhando a estes três argumentos, e às críticas apresentadas em resposta a eles, é difícil conceber uma justificação de pendor económico para a provisão pública da educação, chegando-se à conclusão de que no que à intervenção do Estado neste domínio concerne, a imposição do ensino mínimo obrigatório e o seu financiamento, deixando a sua produção ao cargo do mercado, são suficientes. Assim sendo, podemos concluir que a intervenção do Estado na educação segundo uma racionalidade económica deve cingir-se à imposição de uma determinada quantidade de ensino obrigatório, a ser frequentado por todas as crianças em idades escolares e, adicionalmente, proceder ao seu financiamento – de modo a garantir a sua universalidade – deixando o seu fornecimento ao mercado. Num sistema deste género, o ensino seria fornecido por escolas privadas em regime de concorrência, sendo que o seu financiamento público daria aos pais a liberdade de escolherem a escola que considerassem melhor para os seus filhos, potenciando a *Liberdade de Escolha de Escola* que referimos logo na Introdução deste *paper*.

Chegando à conclusão de que a intervenção do Estado no ensino se deveria bastar pela imposição do ensino mínimo obrigatório e pelo seu financiamento, sendo este necessário para atingir a sua universalidade, Friedman⁴⁷ tenta também explicar porque é que os sistemas de ensino, tendo-se iniciado nacionalizados, nunca evoluíram neste sentido, sendo para tal «privatizados», deixados ao mercado. Esse facto pode ter várias explicações, sendo que o autor

⁴⁷ FRIEDMAN, Milton, *op. cit.*, p. 6 ss.

critica todas elas:

- α) A grande força, em tempos mais antigos, do argumento do monopólio natural. Tendo em conta a inexistência de infra-estruturas e de meios de transporte que permitissem a deslocação das crianças de comunidades mais pequenas, nas quais apenas se justificaria a existência de uma escola (se é que se justificaria, de todo, a existência de uma escola!), nestas comunidades pelo menos, apenas faria sentido ter o Estado como o único provedor da educação. Quanto a esta explicação, remetemos para o que se escreveu *supra* a propósito do argumento dos *monopólios naturais*.
- β) A falta de uma máquina administrativa eficiente que permitisse a distribuição do financiamento pelas famílias com crianças em idade escolar, de modo a permitir-lhes a frequência da escola que bem entendessem frequentar. De um ponto de vista organizacional, na falta de uma máquina administrativa com capacidade para acreditar os colégios privados, distribuir o financiamento às famílias e verificar que este estaria a ser efectivamente utilizado em educação, seria muito mais fácil o próprio Estado a fornecer a educação através de escolas públicas, por ele criadas, geridas e directamente financiadas.

No entanto, hoje temos uma máquina administrativa com capacidade para tal, sendo que esta se desenvolveu substancialmente com a criação dos sistemas de segurança social no pós Segunda Guerra e com o advento da tributação pelo rendimento. Além disso, juntamos aos argumentos do autor o facto de que hoje, com os níveis de desenvolvimento existentes ao nível das tecnologias de informação e comunicação, é muito mais fácil a criação de um tal sistema de financiamento às famílias e o cruzamento dos dados que permitiria aferir se esse financiamento estaria a ser utilizado para os propósitos com que havia sido concedido.

- γ) A mudança de um sistema de provisão pública para um sistema de financiamento público e provisão privada daria origem a vários problemas de difícil, mas não impossível resolução. A arguição de dificuldades na implementação e gestão de medidas é uma defesa normal do *status quo* contra alterações propostas.

Apresentadas estas possíveis justificações, parece não haver nada (pelo menos economicamente fundado) que obrigue

um determinado sistema de educação a ser dominado pelo Estado através da provisão pública. Assim sendo, tendo-se chegado à conclusão de que o *monopólio estatal* da educação não é uma inevitabilidade, o próximo passo deste trabalho passará por apresentar o modelo de financiamento do sistema educativo no qual consiste o *cheque ensino*.

III. CHEQUE-ENSINO – UMA ALTERNATIVA PARA O FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO?

1. Conceito

Após concluir que as tarefas do financiamento e produção da educação podem ser autonomizadas, Friedman⁴⁸ apresenta-nos o *cheque ensino* (*school voucher*) como um meio para atingir essa autonomização. Para o autor, esta autonomização seria conseguida através de um sistema no qual seria fornecido pelo Estado, a todas as famílias⁴⁹ com crianças em idade escolar (*cheque ensino universal*), um *cheque* de determinado valor por criança a ser aplicado na educação das mesmas, podendo as famílias escolher a escola que considerassem mais adequada para o efeito, desde que acreditada pelo Estado, podendo esta ser tanto pública como privada, religiosa, *etc.*

Podemos dizer que o *cheque ensino* pode ser caracterizado por três notas essenciais:

- α) Financiamento público da educação;
- β) Através do fornecimento às famílias com crianças em idade escolar de um cheque de determinado montante por criança;
- γ) A ser utilizado para o pagamento da educação, que pode ser fornecida tanto por escolas públicas como por escolas privadas.

Ao contrário do que se poderia pensar de um «liberal» como Friedman, o autor não deseja um completo afastamento do Estado da educação, sendo que defende uma intervenção reguladora do

⁴⁸ *Idem*, p. 3 ss.

⁴⁹ Não às escolas, note-se.

mesmo no mercado, através da exigência de acreditação estatal das escolas privadas para que estas possam laborar. Além disso, não exige uma completa privatização da provisão da educação, prevenindo a existência de escola pública nos casos de *monopólio natural*⁵⁰ que referimos anteriormente e, também, a existência de oferta educativa pública para ser frequentada por quem o desejar.

O que se pretende, com o sistema de *cheque ensino*, é a criação de um verdadeiro mercado na educação através do fomento da *liberdade de escolha de escola*. Como referimos logo no início deste trabalho, esta liberdade pode ser vista com diferentes olhos: acreditando-se que ela é intrinsecamente boa ao permitir que todas as famílias, independentemente da respectiva condição económica ou social, tenham a possibilidade de escolher a escola que acreditam ser melhor para os seus filhos; ou como algo que pode trazer consigo um ambiente de concorrência entre as escolas, com todos os ganhos de eficiência que daí podem decorrer. Friedman defende o *school voucher* pelos dois motivos.

Quanto a nós, já afirmámos que uma qualquer alteração no sistema de ensino que fomente a *liberdade de escolha de escola* apenas se poderia guiar por motivos de eficiência, sendo que encaramos essa preocupação como a única força motriz susceptível de puxar por uma tal reforma. Mas faria sentido a alteração para um modelo mais eficiente – gerador de melhores resultados a um mais baixo custo – que o modelo do *monopólio estatal*, ainda que fosse socialmente menos justo que este? Julgamos que não... Com esta questão introduzimos o próximo ponto do presente estudo...

2. *Cheque Ensino e Liberdade de Escolha de Escola* – Uma Perspectiva de Justiça Social

Para aferirmos da justiça de um modelo de *cheque ensino* recorreremos aos dois princípios de justiça formulados por John Rawls, considerado por muitos como o maior filósofo político do Século XX.

⁵⁰ Nestes casos, diz-nos o Autor, é preferível a provisão pública do bem à entrega de um monopólio, ainda que regulado, a um privado. Cfr. *Idem*, p. 5.

Na sua *magnum opus*, *A Theory of Justice*, considerada hoje uma das principais obras da filosofia política⁵¹, Rawls afirma que um sistema de justiça deve ser avaliado com base no facto de se alguém sob um «véu da ignorância», completamente imparcial, e ignorante da sua posição na vida e na sociedade, o escolheria para governar o seu mundo⁵². Segundo o autor, qualquer pessoa nesta «posição original» escolheria princípios de justiça mais benéficos para os menos favorecidos numa sociedade. Uma vez que cada pessoa não saberia quem iria ser na sociedade para a qual estava a criar um sistema de justiça, iria escolher princípios justos, de modo a minimizar os seus riscos caso fosse um dos membros mais desfavorecidos da sociedade em questão⁵³. Assim, escolheria os dois princípios de justiça que Rawls formula:

- α) O seu primeiro princípio de justiça afirma que uma sociedade justa estabelece e defende um catálogo de direitos e liberdades individuais e universais o mais extenso possível⁵⁴;
- β) O seu segundo princípio afirma que numa sociedade justa, desigualdades sociais e económicas, de poder e riqueza, só se justificam se existirem em benefício de toda a sociedade e sejam atingíveis por membros de todos os grupos sociais – trata-se aqui de igualdade de oportunidades⁵⁵.

Para sabermos se todos os grupos sociais beneficiam de determinada desigualdade é necessário verificar se ela contribui ou não para os seus membros mais desfavorecidos – o chamado «princípio da diferença»⁵⁶.

Expostos os dois princípios de justiça defendidos por Rawls, há agora que analisar o modelo de *cheque ensino*, sendo que ele irá ser socialmente justo de um ponto de vista Rawlsiano se satisfizer um dos dois princípios expostos – se aumentar o catálogo de direitos e liberdades individuais, ou se criar uma desigualdade da qual beneficie toda a sociedade através de um aumento da igualda-

⁵¹ *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, ed. Robert Audi, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 774 – 775.

⁵² RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press, Cambridge, 1971, p. 12.

⁵³ *Idem*, p. 153 – 157.

⁵⁴ *Idem*, p. 60.

⁵⁵ *Idem*, p. 60 – 61.

⁵⁶ *Idem*, p. 73 – 75.

de de oportunidades para todos, ou ainda se criar uma desigualdade que beneficie principalmente os membros menos favorecidos da sociedade. Será que o *cheque ensino* preenche algum destes requisitos? Vejamos.

Um sistema de *cheque ensino* pode ser tanto *universal* como «direccionado». Será *universal* se com ele se pretender financiar a educação de todas as crianças, independentemente da respectiva origem, recursos económicos, estatuto social, *et alia*. Será «*direccionado*» se a sua utilização estiver subordinada a determinados requisitos, normalmente de capacidade económica, sendo usualmente vocacionado para a utilização por crianças de agregados com menores rendimentos, crianças deficientes, residentes em áreas com oferta educativa deficitária... Apenas dizendo isto, rapidamente nos podemos aperceber que as duas modalidades de *cheque* podem não preencher os mesmos requisitos da justiça rawlsiana.

Um *cheque ensino universal* claramente satisfaz o primeiro princípio de justiça, na medida em que estabelece um direito susceptível de ser exercido por todos os cidadãos, fornecendo-lhes os recursos necessários a escolherem a escola que considerarem ser melhor para os seus filhos. Além disso, apesar de não criar uma desigualdade, contribui também para a igualdade de oportunidades defendida por Rawls no seu segundo princípio de justiça, permitindo que crianças de famílias desfavorecidas acedam a escolas que, de outro modo, não poderiam frequentar.

Por outro lado, um *cheque «direccionado»* já não preencherá o primeiro princípio – não estabelece um direito universal que possa ser exercido por todos os membros da sociedade – mas apenas o segundo em ambas as suas vertentes – pois cria uma desigualdade que potencia a igualdade de oportunidades, ao permitir a escolha de escola publicamente financiada a crianças de agregados desfavorecidos, mas já não por crianças de agregados favorecidos que têm a capacidade para escolher independentemente de tal sistema e, também, porque esta diferença surge a beneficiar, precisamente, os membros mais desfavorecidos da sociedade.

Comparando o *cheque ensino* a um modelo como aquele em que vivemos actualmente, no qual apenas quem tem recursos económicos suficientes para suportar os custos do ensino privado

pode efectivamente optar entre este e o público, fácil é concluir qual seria o sistema socialmente mais justo...

No que toca ao primeiro princípio de justiça, o actual sistema não o preenche como um sistema de *cheque*, pois mesmo contendo um direito universal à educação, não permite a escolha do tipo de ensino a frequentar por todos os cidadãos.

Relativamente ao segundo princípio, é manifestamente inferior ao *cheque ensino* no seu preenchimento, uma vez que cria uma desigualdade mas não uma que aumente a igualdade de oportunidades entre todos os membros da sociedade nem sequer uma que seja benéfica principalmente para os membros mais desfavorecidos da mesma – na verdade, é uma desigualdade que beneficia os membros mais favorecidos, pois apenas estes podem escolher o tipo de ensino que pretendem que os seus filhos frequentem.

Já vimos que o modelo actual de ensino público gratuito e ensino privado pago pelos seus consumidores e o modelo de *voucher* não se enquadram do mesmo modo nos princípios rawlsianos, mas recorrendo agora a um outro exercício mental, vejamos qual deles seria preferível para uma pessoa colocada na «posição original», por trás de um «véu da ignorância»⁵⁷.

Qual dos dois sistemas escolheria um indivíduo colocado na «posição original»?

Na «posição original», o indivíduo iria preferir um modelo em que houvesse a possibilidade de escolha, de modo a minimizar os seus riscos caso viesse a ser um dos membros mais desfavorecidos da sociedade. Basta que se imagine numa posição em que apenas teria à sua disposição uma escola pública de fraca qualidade⁵⁸

⁵⁷ Apesar de o principal objectivo da «posição original» ser mostrar que uma pessoa nessa posição escolheria os princípios de justiça formulados por RAWLS, este diz-nos também que esta posição é útil para fazer juízos acerca da justiça de políticas concretas, uma vez que estabelece certas condições sobre cuja utilidade para a tomada racional de decisões há consenso. Cfr. *Idem*, p. 21.

⁵⁸ Não queremos com isto dizer que a escola pública em geral é de fraca qualidade, aliás, somos adeptos da afirmação oposta. Quando nos referimos a uma escola pública de fraca qualidade queremos referir-nos a uma escola concreta, no caso, a única escola pública existente na zona de residência do indivíduo. Apenas dispondo na sua residência de uma escola pública com pouca qualidade e não possuindo rendimentos para escolher

e não dispusesse de rendimentos para poder optar por outro tipo de oferta educativa para que prefira um modelo que lhe permita escolher livremente qualquer escola independentemente dos seus recursos económicos. Não sabendo os desafios educacionais que irá enfrentar, o indivíduo na posição original preferirá um modelo no qual tenha a maior possibilidade de escolha possível.

Finda esta breve excursão por uma ideia de justiça rawlsiana, chegamos à conclusão de que um modelo de *cheque ensino* pode ser socialmente mais justo do que o modelo de *monopólio estatal* da educação. Ao contribuir para um mais vasto leque de direitos e liberdades fundamentais e, também, para um aumento da igualdade de oportunidades de todos os membros da sociedade, um modelo de *cheque ensino* parece ser socialmente mais justo do que um modelo de escola pública gratuita e escola privada onerosa, sendo que no primeiro todos podem escolher a escola que pretendem frequentar e no segundo apenas os com alguma capacidade económica o poderão fazer.

Não havendo então impedimentos decorrentes de questões de justiça que possam contrariar um modelo como o de *cheque ensino*, passemos então ao ponto chave deste *paper*, no qual trataremos à colação, finalmente, a *eficiência* que pode resultar deste sistema.

3. *Cheque Ensino*, Eficiência e o Contribuinte

Como já tivemos oportunidade de referir ao longo deste trabalho, um dos motivos pelos quais se pode defender a *liberdade de escolha de escola* é o aumento de eficiência que dela pode resultar. Como forma de dar azo a esta *liberdade de escolha* e ao aumento de *eficiência* que é seu corolário, trouxemos a este estudo o modelo de *cheque ensino*, não passando este de um meio para atingir esse objetivo através da criação de um verdadeiro mercado educativo. Como então, seria levado a cabo este aumento de *eficiência* de que tanto falamos?

Ao poderem escolher qualquer escola para os seus filhos frequentarem, a tendência dos pais seria a de escolherem as melhores escolas, aquelas que dessem uma maior garantia de bons

uma outra escola, privada, está condenado à sua frequência.

resultados educativos. Por sua vez, as piores escolas, aquelas cuja garantia de resultados fosse mais baixa, tenderiam a desertificar-se, uma vez que poucos alunos escolheriam frequentá-las. A consequência destes dois movimentos diametralmente opostos seria que as escolas, numa tentativa de obter mais financiamento – fornecido pelo Estado em função do número de alunos nelas inscrito – iriam esforçar-se para melhorar a qualidade do ensino por elas ministrado, conseguindo assim atrair mais alunos e, conseqüentemente, mais financiamento. Mesmo as escolas com piores resultados, com o receio de ficarem desertas e conseqüentemente serem obrigadas a encerrar, iriam melhorar os seus resultados⁵⁹. Uma vez que o financiamento por aluno seria fixo, não variando em função dos resultados obtidos pelo mesmo, com uma melhoria dos resultados obter-se-ia um aumento da *eficiência* – ou produtividade se lhe quisermos assim chamar – medida em unidade de resultado por Euro gasto (resultado/€), sendo que quanto maior for o valor obtido da referida divisão, maior será o nível de *eficiência* do sistema.

Além deste factor de aumento de resultados, pode também haver lugar a uma redução dos custos. Na medida em que o valor do financiamento por aluno é decidido pelo Estado e as escolas não recebem «nem mais um tostão», pode este estipular um valor que seja inferior ao custo que actualmente tem com os alunos nas escolas públicas. Há muito que se afirma que o custo por aluno nas escolas privadas é inferior à mesma grandeza nas escolas públicas. Tendo isso em conta, o Estado poderia fixar um valor do financiamento ajustado ao custo por aluno médio no sector privado, sendo que as escolas públicas iriam receber também esse valor por cada aluno que, através da utilização do seu *voucher*, escolhesse frequentá-las. Tendo em conta o aumento da concorrência que mencionámos no parágrafo anterior, as escolas públicas teriam de fazer mais, com menos, esforçando-se por melhorarem os seus resultados mas agora com um custo mais baixo.

Do ponto de vista do contribuinte, tudo aquilo que exibimos até agora sobre o *cheque ensino* parece fantástico! Com ele

⁵⁹ WOLF, Patrick J., “*The Washington, DC, School Voucher Program: Differential Achievement Impacts and Their Implications for Social Justice*”, *International Seminar on Education Markets*, Geneva, March 12-14, 2009, p. 9.

parece ser possível melhorar os resultados da educação ao mesmo tempo que se reduzem os seus custos e se dá a todos a possibilidade de escolherem a melhor escola para educarem os seus filhos. No entanto, tudo aquilo que vimos dizendo até agora não passa de afirmações no campo teórico, sendo necessário ancorá-las numa efectiva realização prática.

No que toca a esta realização prática, apesar de nunca ter sido experimentado entre nós um modelo de *cheque ensino*, este já foi implementado em várias zonas dos Estados Unidos da América⁶⁰, nalguns países da América Latina⁶¹ e mesmo entre nós, Europeus, na Suécia⁶²⁻⁶³. Sobre os resultados dos sistemas de *cheque* implementados nestes países foram já realizadas largas dezenas de estudos que nos permitem saber se existe ou não este ganho de *eficiência* de que temos vindo a falar.

Uma vez que analisar as dezenas de estudos já realizados sobre este tema seria uma tarefa para que não se coaduna com a economia deste texto, recorreremos aqui a estudos de dois autores que nos apresentam já uma compilação dos diversos resultados obtidos nos estudos originários.

Começemos pelo trabalho elaborado por Andrew Coulson, que nos apresenta uma compilação dos resultados de cinquenta e cinco estudos que analisam os resultados práticos de sistemas de

⁶⁰ Mais precisamente nos Estados de Vermont, Maine, Florida, Ohio, Utah, Arizona e Georgia. Também nas cidades de Washington D.C., Cleveland e Milwaukee. Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 8.

⁶¹ Chile e Colômbia. Cfr. COULSON, Andrew J., «Markets versus Monopolies in Education – Global Review of the Evidence», *Policy Analysis*, No. 620, September 10, 2008, p. 6.

⁶² *Ibidem.*

⁶³ O sistema de *cheque* adoptado na Suécia (na década de 90 do século passado) tem sido alvo de duras críticas, sendo-lhe atribuída, por muitos, a responsabilidade pelo decréscimo observado nos resultados do país em testes internacionais relativos ao ensino – a Suécia baixou da sétima posição, alcançada no ano 2000 para a vigésima-terceira posição do ranking no ano de 2012. No entanto, é controverso se este decréscimo nos resultados do país se deve ao sistema de *cheque* implementado ou antes à experimentação que tem vindo a ser feita nos últimos anos pelas escolas suecas de abordagens pedagógicas radicalmente inovadoras. Quanto a estas questões, ver Tino SANANDAJI, «Sweden Has an Educational Crisis, But it Wasn't Caused by School Choice», *National Review Online*, 2014.

cheque adoptados em mais de 20 países⁶⁴. Para filtrar a sua «bibliografia», o autor decidiu analisar apenas estudos que tivessem em conta pelo menos um de determinados critérios na sua avaliação dos *voucher*. Entre os vários critérios⁶⁵ definidos pelo autor, encontramos logo em primeiro lugar os resultados dos alunos e, em segundo, a *eficiência*. Sendo estes dois os critérios que mais nos interessam, apresentaremos apenas os resultados dos estudos que os têm em consideração.

Para apresentar os resultados o autor adopta a sistematização de *Market School* versus *Monopoly School*⁶⁶, dizendo-nos em quantos dos estudos que analisou houve resultados positivos para cada um dos sistemas. Ora, dos 18 estudos analisados pelo autor que continham o critério dos resultados dos alunos, 15 deles mostram uma clara vantagem de um regime de mercado sobre um regime de monopólio, 1 deles não mostra qualquer diferença estatisticamente relevante entre os dois sistemas e apenas dois deles mostram uma vantagem do modelo de monopólio estatal sobre o modelo de mercado em que o *voucher* se insere⁶⁷.

No que toca à *eficiência*, os resultados são ainda mais claros. Dos 14 estudos analisados pelo autor que incluíam este critério, todos eles mostram uma vantagem de *eficiência* do modelo de mercado sobre o modelo de monopólio⁶⁸. Fica por saber, no entanto, se este aumento de *eficiência* se deve a uma simultânea melhoria dos resultados e redução dos custos, ou apenas à melhoria dos resultados mantendo-se a mesma estrutura de custos, ou ainda a uma melhoria dos resultados superior ao aumento dos custos.

Assim, o estudo realizado por Coulson mostra-nos que os programas com vista à implementação de um mercado na educação através do fomento da *liberdade de escolha de escola* são claramente vantajosos relativamente a um modelo de *monopólio estatal*, revelando os vários estudos ganhos nos resultados dos alunos e ganhos de

⁶⁴ *Idem*, p. 3.

⁶⁵ O Autor estabelece os seguintes critérios: resultados dos alunos, eficiência, satisfação parental, ordem nas salas de aula, manutenção das infra-estruturas das escolas, posteriores rendimentos dos graduados, níveis de conclusão no ensino, efeitos na inteligência mensuráveis. *Ibidem*.

⁶⁶ *Idem*, p. 8 ss.

⁶⁷ *Idem*, p. 9, Table 3.

⁶⁸ *Ibidem*.

eficiência que levam a uma poupança para o contribuinte.

Outro autor que nos apresenta um trabalho similar é Greg Foster, num *paper* designado *A Win-Win Solution – the Empirical Evidence on School Choice*⁶⁹. De entre os critérios de análise escolhidos pelo autor, interessam-nos aqui os seguintes: resultados académicos dos participantes em programas de escolha de escola; resultados da escola pública em função de programas de escolha de escola; impacto fiscal nos contribuintes⁷⁰.

No que toca aos resultados dos alunos que participaram em programas de *school choice*, 11 de 12 estudos mostram que houve uma melhoria dos resultados dos mesmos, sendo que no restante estudo não surgiram alterações relevantes dos resultados⁷¹.

Quanto às modificações dos resultados da escola pública em função da concorrência gerada por programas de *escolha*, 22 de 23 estudos mostram ter havido uma melhoria dos resultados dos alunos inscritos na escola pública, mostrando o estudo sobrance alterações dos resultados sem significado estatístico⁷².

Finalmente, quanto ao impacto fiscal para os contribuintes revelado através de poupança fiscal, mostram os 6 estudos analisados que os programas de escolha de escola geram, efectivamente, uma poupança para os contribuintes.⁷³ Note-se que alguns destes estudos foram realizados por entidades governamentais por motivos de avaliação do desempenho de implementação de políticas e de *accountability*⁷⁴.

Ao contrário dos resultados que Coulson nos apresenta, que não nos permitem saber se o aumento da *eficiência* foi conseguido através de um aumento do numerador ou de uma redução do denominador da divisão «resultados/custo», Foster, ao analisar não a *eficiência* do sistema directamente, mas apenas as suas componentes – resultados e custo – mostra-nos que esta aumenta pelas duas vias – através de uma melhoria dos resultados e de uma redução dos custos de educação suportados pelo contribuinte.

⁶⁹ FOSTER, Greg, *A Win-Win Solution – The Empirical Evidence on School Choice*, The Milton Foundation for School Choice, 3.ª ed., April 2013.

⁷⁰ *Idem*, p. 1.

⁷¹ *Idem*, p. 2.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Idem*, p. 17.

4. Problemas Possíveis na Aplicação Prática do Modelo

Já vimos que um sistema como o de *cheque ensino*, potenciador da *liberdade de escolha de escola* pode ser socialmente justo e, além disso, trazer significativas vantagens relativamente a um modelo de monopólio estatal no que toca aos resultados e aos custos da educação. No entanto, nem tudo é um mar de rosas e, como tal, apontamos como crítica a um modelo deste género o facto de ser extremamente difícil de implementar de modo correcto na realidade. Para que este modelo seja socialmente justo e dê origem a um aumento da eficiência é necessário garantir a existência de uma série de condições basilares que passaremos agora a expor.

4.1. *Garantia de uma Concorrência Efectiva Entre as Escolas*

Para que um modelo de *cheque ensino* possa funcionar correctamente, há que assegurar as condições para que as escolas, públicas e privadas, possam efectivamente concorrer entre si, sendo que para tal é necessário que estas se encontrem em igualdade de condições.

Esta igualdade de condições exige que todas as escolas sejam autónomas, no entanto, tal não acontece hoje com as escolas públicas, pois enquanto as escolas privadas podem funcionar nos moldes em que pretenderem e disponibilizar a oferta educativa que bem pretenderem – dentro de certos parâmetros estatalmente definidos, claro – as escolas públicas estão sujeitas a um controlo estatal, sendo actualmente entidades relativamente rígidas nos seus moldes de funcionamento e oferta educativa.

Assim sendo, uma das exigências de um modelo de cheque ensino seria a concessão de uma total autonomia às escolas públicas no que à sua gestão e administração diz respeito, passando por uma maior liberdade na sua oferta educativa e na gestão do seu corpo docente, que teria de ser sujeito ao regime normal do Direito do Trabalho como acontece nos organismos privados. De certo modo, trata-se de uma aproximação das escolas públicas ao modelo

privado, como já ocorre nas chamadas Entidades Públicas Empresariais. Só assim poderiam as escolas públicas aparecer no mercado a apresentar a sua oferta educativa própria e concorrer com escolas privadas, chamando a si os alunos que as queiram pela sua oferta educativa própria.

Outra exigência imposta pela necessidade de garantir a concorrência passaria por um controlo dos resultados educativos das escolas, impedindo-as de fabricar resultados de modo a atrair mais alunos e, conseqüentemente, mais financiamento. Para tal, uma boa ideia, seria a criação de exames nacionais anuais de frequência obrigatória por parte de todos os alunos, pelo menos num determinado núcleo de cadeiras que todas as escolas deveriam oferecer, sendo estas o núcleo mínimo comum aos programas educativos escolares. Os resultados desses exames seriam publicados anualmente, bem como um ranking das escolas, dando assim aos pais uma maior quantidade de informação relativamente aos resultados das várias escolas. Um sistema deste género já existe na Flórida, com excelentes resultados⁷⁵.

4.2. A Selecção dos Alunos por Parte das Escolas

Para haver lugar a uma efectiva *liberdade de escolha de escola* por parte dos pais, as escolas teriam de ser impedidas de seleccionar os

⁷⁵ Referimo-nos aos *Florida Comprehensive Assessment Tests* (FCAT), aplicados aos alunos do 3.º até ao 10.º ano, em matemática e literacia, e aos alunos do 5.º, 8.º e 11.º anos em ciências. Estes exames utilizam uma escala contínua que permite avaliar o desempenho e o progresso dos alunos de ano para ano, sendo utilizados tanto para os avaliar a eles, como às escolas que frequentam. Dependendo dos resultados dos alunos, as escolas são avaliadas numa escala de A a F, segundo o *A+ Plan*. De acordo com este plano, as escolas com melhores resultados (classificadas com A) e as escolas que subam pelo menos um nível de um ano para o outro têm direito a um bónus de \$100 por aluno, cabendo o seu destino inteiramente às escolas, sendo muitas vezes utilizado como prémio ao pessoal docente.

Relativamente a estes dois programas, os FCAT e o *A+ Plan*, cfr. SOUSA, Francisco Vieira e, «Reformas Educativas de Sucesso» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009, pp. 131-135.

alunos que as iriam frequentar. Caso fosse dada às escolas a possibilidade de seleccionar alunos, estas iriam tentar escolher aqueles que, à partida, lhes dessem maiores hipóteses de mostrar bons resultados educativos. No entanto, ao comportarem-se dessa maneira, estariam a eliminar a *liberdade* de os pais escolherem a escola que pretendiam que os seus filhos frequentassem. Outra consequência possível de as escolas poderem seleccionar alunos seria a segregação nas escolas, podendo criar-se casos de exclusões de alunos por motivos racionais, de religião, situação económica, *etc.* Assim, voltamos mais uma vez a afirmar, impedir as escolas de seleccionarem alunos resolveria estes problemas.

No entanto, não somos utópicos ao ponto de crer que todas as escolas teriam espaço suficiente para todos os alunos que as pretendessem escolher. Assim, em casos de excesso de procura de determinada escola, não havendo vagas suficientes para todos os alunos a pretenderem matricular-se, utilizar-se-ia um sistema de sorteio para decidir quais seriam aqueles a frequentá-la, parecendo-nos o processo mais justo de selecção dos alunos em casos de excesso de procura.

4.3. A Existência de Escolas Independentes

Outra questão de extrema importância é a de saber se seria ou não admissível a existência de *escolas independentes*, fora do sistema de *voucher* e que, como tal, pudessem cobrar aos alunos uma propina que reflectisse os custos do ensino por elas ministrado.

Quando reflectimos pela primeira vez sobre o assunto, afastámos por completo a sua admissibilidade, uma vez que tal iria contra o propósito de criar uma total *liberdade de escolha de escola* e daria origem à mesma patologia da qual padece o actual modelo – apenas as famílias com alguma capacidade económica poderiam escolher livremente a melhor escola para os seus filhos, tornando-se as *escolas independentes* numa espécie de escolas de elite, apenas passíveis de serem frequentadas por quem dispusesse de recursos para tal. De certo modo, as escolas abrangidas pelo sistema de *cheque* (tanto públicas como privadas) seriam as novas escolas públicas, sendo as *escolas independentes* as novas escolas privadas no modelo.

No entanto, após uma mais longa reflexão sobre o assunto,

chegámos à conclusão de que elas poderiam ser admitidas, desde que respeitando certos critérios de admissibilidade:

- a) A sua existência teria de ser justificada através de meios objectivos, nomeadamente o da excepcional qualidade das infra-estruturas, oferta educativa de especial mérito – pense-se, por exemplo, nas escolas musicais – especial qualidade do corpo docente, *et alia*.
- b) Estando autorizadas a cobrar uma propina pelo serviço prestado, teriam no entanto de estar sujeitas à admissão obrigatória, livre de qualquer custo, de uma determinada quota de alunos sem capacidade de suportar o seu custo normal, sendo que em casos de excesso de procura por parte destes alunos, a sua admissão seria sorteada tal como ocorreria nas escolas «comuns», abrangidas pelo sistema de *voucher*. Parece-nos que através desta exigência se pode admitir a criação de *escolas independentes*, pois estas já não constituiriam, assim, uma fonte de injustiças sociais, mantendo-se presente no modelo os requisitos impostos pelos princípios de justiça de Rawls⁷⁶.

4.4. A Sustentabilidade dos Investimentos Recentemente Realizados no Parque Escolar Público

Finalmente, deixamos uma última questão que deveria ser acautelada caso fosse adoptado um sistema de *cheque*. Nos últimos tempos, foram realizados investimentos avultados na reabilitação do parque escolar público, sendo que a rentabilização dos mesmos poderia ser um grave problema caso fosse adoptado um sistema de *cheque* e as escolas públicas intervencionadas se vissem subitamente sem procura. Quanto a esta questão admitimos a nossa falta de soluções, ficando, no entanto, com a consciência de que a colocámos.

⁷⁶ Cfr. *Supra*, Parte III, Ponto 2.

POSFÁCIO

Propusemo-nos a relacionar dois conceitos, a *liberdade de escolha de escola* e a *fiscalidade*, tentando para tal aferir se a primeira poderia dar origem a algum aumento da *eficiência* no sistema de ensino, proporcionando melhores resultados educativos por um mais baixo custo, influenciando assim a segunda.

Para o fazer, percorremos um longo caminho que se iniciou pela exploração da história do ensino público em Portugal, tendo-nos esse primeiro passo permitido concluir que as alterações e reformas no sistema de ensino sempre tiveram por base motivos ideológicos. No entanto, afirmámos que a implementação de um sistema que tivesse como objectivo aumentar a *liberdade de escolha de escola* não poderia ser fundada em motivos tais, mas apenas num eventual aumento da *eficiência* que poderia trazer ao sistema de ensino.

De seguida, não crendo que um sistema de *monopólio estatal da educação* fosse uma inevitabilidade, procedemos à análise do papel do Estado na educação, seguindo para tal o raciocínio apresentado por Milton Friedman acerca desse tema, e concluindo com o autor que a intervenção do Estado neste domínio se poderia restringir à *imposição do ensino mínimo obrigatório* e ao seu *financiamento*, já não à própria provisão pública da educação.

Não sendo então, o *monopólio*, uma imposição, partimos para a apresentação do modelo de *cheque ensino* como um meio para dar origem a uma *liberdade de escolha de escola* entre nós.

Analisámo-lo de um ponto de vista de justiça social, à luz dos princípios de justiça formulados por John Rawls e concluímos que seria uma alternativa socialmente justa ao modelo implementado actualmente. No que toca ao aumento da eficiência que poderia trazer para o sistema de ensino, vimos que vários estudos apontam nesse sentido, parecendo que a concorrência gerada leva a uma melhoria dos resultados mesmo nas piores escolas, ao mesmo tempo que origina uma redução dos custos de ensino suportados pelo contribuinte.

Por fim, e como nem tudo pode ser positivo, levantámos vários problemas que um sistema de *cheque ensino* levanta, sendo necessário proceder à sua resolução para que um tal sistema funcione correctamente.

Em suma, um modelo de *cheque*, desde que devidamente implementado, poderia ser uma alternativa ao actual modelo de *monopólio*, potenciando ganhos tanto para as crianças como para o contribuinte.

Terminamos esta conclusão admitindo que mais questões poderiam ter sido levantadas e que, mesmo as respostas para as que formulámos não passam de uma possibilidade entre muitas, tratando-se de uma matéria extremamente controversa sobre a qual já inúmeros rios de tinta correram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Aníbal, «Sobre a Racionalidade do “Estado” ou “Governo” como Operador Económico», *Separata do Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2000.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- ANDRADE, Fernando Rocha, «Sumários Desenvolvidos de Finanças Públicas I 2.^a Turma», Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano Lectivo 2012/2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Educação: Liberdade Fundamental e Direito Social» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.
- ARAÚJO, Fernando, *Introdução à Economia*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005.
- AUDI, Robert, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- BOLICK, Clint, «School Choice: Legal Obstacles to Expanded Educational Opportunities». Recurso on-line disponível em <http://www.hks.harvard.edu/pepg/PDF/events/BrownConf/PEPG_04-11Bolicck.pdf> Data de Acesso: 23/06/2014.
- CALAFATE, Pedro, *História do Pensamento Filosófico Português*, Vol. III, Caminho, Lisboa, 2007.
- COLEMAN, James S., «Rawls, Nozick, and Educational Equality», *National Affairs*, Issue 43, Spring 1976. Recurso on-line disponível em <http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527_197604307rawlsnozickandeducationalequalityjamescoleman.pdf> Data de Acesso: 23/06/2014.
- COSTRELL, Robert M., «Who Gains, Who Loses? The Fiscal Impact of the Milwaukee Parental choice Program», *Education Next*, Vol. 9, n.º 1, Winter 2009. Recurso on-line disponível em <http://educationnext.org/files/ednext_20091_62.pdf> Data de Acesso: 23/06/2014.
- COULSON, Andrew J., «Markets versus Monopolies in Education – Global Review of the Evidence», *Policy Analysis*, No. 620, September 10, 2008.
- Recurso on-line disponível em <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa620.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.

- EXLEY, Sonia, «A Note on Social justice and Education», Institute of Education, London, 2010. Recurso on-line disponível em <<http://www.thersa.org/action-research-centre/learning,-cognition-and-creativity/education/social-justice/a-note-on-social-justice-and-education>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- FLOOD, Colleen M., STABILE, Mark, TUOHY, Carolyn Hughes, «Introduction: Seeking the Grail: Financing for Quality, Accessibility, and Sustainability in the Health Care System», in *Exploring Social Insurance: Can a Dose of Europe Cure Canadian Health Care Finance?*, McGill-Queen's University Press, 2008. Recurso on-line disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1151289> Data de Acesso: 15/08/2014.
- FOSTER, Greg, *A Win-Win Solution – The Empirical Evidence on School Choice*, The Milton Foundation for School Choice, 3.^a ed., Abril 2013. Recurso on-line disponível em <<http://www.edchoice.org/CMSModules/EdChoice/FileLibrary/994/A-Win-Win-Solution--The-Empirical-Evidence-on-School-Choice.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- FRANCO, António Sousa, «Liberdade de Educação: Reflexões sobre um Combate Civilizacional», in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.
- FRIEDMAN, Milton, «Public Schools: Make Them Private», *Washington Post*, Washington, February 19, 1995. Recurso on-line disponível em <<http://www.cato.org/pubs/briefs/bp-023.html>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- FRIEDMAN, Milton, «The Role of Government in education», in *Economics and the Public Interest*, ed. Robert A. Solo, Rutgers University Press, New Jersey, 1955. Recurso on-line disponível em <<http://faculty.smu.edu/millimet/classes/eco4361/readings/friedman%201955.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- GLENN, Charles Leslie, «A Liberdade de Educação e os seus Críticos» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.
- GOMES, Joaquim Ferreira, «O Marquês de Pombal Criador do Ensino Primário Oficial», *Revista de História das Ideias*, Vol. 4 – Tomo II (1982), p. 25 – 41.
- HALL, Joshua C., «Positive Externalities and Government Involvement in Education», *Journal of Private Enterprise*, Vol. XXI, Number 2, Spring 2006.

- HOXBY, Caroline M., “Does Competition among Public Schools Benefit Students and Taxpayers?”, *The American Economic Review*, Vol. 90, No. 5 (Dec., 2000). Recurso on-line disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2677848>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- JOHNSON, Kirk A., «How School Choice Programs Can Save Money». Recurso on-line disponível em <<http://www.heritage.org/research/reports/2005/04/how-school-choice-programs-can-save-money>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- MENDONÇA, Alice, «Evolução da Política Educativa em Portugal». Recurso on-line disponível em <<http://www3.uma.pt/alicemendonca/politicaeducativaalicemendonca.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES, «Fiscal Impact of School Vouchers and Scholarship Tax Credits», Washington, D.C., 2013. Recurso on-line disponível em <<http://www.ncsl.org/documents/educ/FiscalImpactOfPrivateSchoolChoice.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- NEA EDUCATION POLICY AND PRACTICE DEPARTMENT, «Subsidizing Private Education at Taxpayer Expense», Washington, D.C., 2011. Recurso on-line disponível em <<http://www.nea.org/assets/docs/PB-37subsidizingprivateed2011.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- NOVAS, José Manuel Otero, «Modelos de Financiamento do Sistema de Ensino» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.
- NSBA VOUCHER STRATEGY CENTER, «The Case Against Private School Vouchers». Recurso on-line disponível em <<http://www.nsb.org/Archived-Content/Vouchers/The-Case-Against-Private-School-Vouchers.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- PINTO, Mário, «Sobre os Direitos Fundamentais de Educação: Crítica ao Monopólio Estatal na Rede Escolar» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.
- PINTO, Miguel Marques, «O Iluminismo Português sob os desígnios da Filosofia e da Ética», trabalho apresentado no âmbito da cadeira de Temas de História Moderna de Portugal, da Licenciatura em História da Universidade de Coimbra, no ano lectivo de 2010/2011.
- RAMOS, Rui (coordenador.), SOUSA, Bernardo Vasconcelos e, MONTEIRO, Nuno Gonçalo, *História de Portugal*, 6.^a ed., A Esfera dos Livros, Lisboa, 2006.

- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press, Cambridge, 1971.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- SANANDAJI, Tino, «Sweden Has an Educational Crisis, But it Wasn't Caused by School Choice», *National Review Online*, 2014, Recurso on-line disponível em <<http://www.nationalreview.com/agenda/383304/sweden-has-education-crisis-it-wasnt-caused-school-choice-tino-sanandaji>> Data de Acesso: 23/06/2014.
- SANDEL, Michael J., *Justiça – Fazemos o que Devemos?*, Editorial Presença, Lisboa, 2011.
- SILVA, Suzana Tavares da, «O Princípio (Fundamental) da Eficiência», *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (2010).
- SOUSA, Francisco Vieira e, «Reformas Educativas de Sucesso» in *Educação, Estado e Sociedade: Que Estratégia de Ensino em Portugal?*, Organização e revisão de Francisco Vieira e Sousa, Fundação Manuel Leão, 2009.
- SUGARMAN, Stephen D., «Tax Credit School Scholarship Plans», *Journal of Law and Education*, Vol. 43, Issue 1 (Jan 2014), Recurso on-line disponível em <http://www.law.berkeley.edu/files/Tax_Credit_School_Scholarship_Plans_FormattedFinal.pdf> Data de Acesso: 23/06/2014.
- WOLF, Patrick J., «The Washington, DC, School Voucher Program: Differential Achievement Impacts and Their Implications for Social Justice», *International Seminar on Education Markets*, Geneva, March 12-14, 2009, Recurso on-line disponível em <<http://www.unige.ch/fapse/ggape/seminaire/programme/progvendredi13/Wolf2.pdf>> Data de Acesso: 23/06/2014.

O REGIME FISCAL DAS FUNDAÇÕES, EM ESPECIAL EM SEDE DE IRC

Inês Helena Martins Lopes

Resumo: As Fundações são pessoas colectivas, sem fins lucrativos, dotadas de património afecto à prossecução dos seus fins de interesse social, que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, nas mais diversas áreas. Visando as fundações fins de interesse social, podem ver-lhes reconhecido o estatuto de utilidade pública com o qual lhes são concedidas diversas regalias fiscais.

Em Janeiro de 2013 foi elaborado o Relatório final sobre a Avaliação das Fundações em Portugal, onde se analisaram, entre outros, os benefícios públicos que receberam as fundações entre os anos de 2010 e 2012, bem como os valores das isenções fiscais de que beneficiaram.

Face a estes dados, pretendemos aqui analisar o regime tributário das fundações, especialmente em sede de IRC.

Palavras-chave: economia social; fundações; tributação; imposto sobre o rendimento

Abstract: Foundations are non-profitable legal entities, whose heritage is pointed to social interest achievements in distinct areas, and whose activity should be beneficial to one or more categories of people distinct from its founder. Because foundations promote social interest, they can apply for a public utility status, and therefore being granted various tax benefits.

In January 2013, Portugal enacted the Final Report on the Evaluation of Foundations, which analyzed, among other features, the public benefits that foundations have taken advantage of between 2010 and 2012, such as tax exemptions.

Given this data, we aim at analyzing the tax regime applicable to foundations, especially with regard to the income tax.

Keywords: social economy; foundations; taxation; income tax

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“(...) a economia social tem por base um paradigma social que está em consonância com os princípios fundamentais do modelo social e de bem-estar europeu, e (...) desempenha ainda hoje um papel fundamental na manutenção e no reforço deste modelo, regulando a produção e a oferta de muitos serviços sociais e de interesse geral”¹.

As organizações do Terceiro Setor pautam-se por princípios proximidade e solidariedade, conseguindo desta forma dar respostas aos problemas sociais locais, incluindo “quem é excluído dos respetivos processos de transação económica”². Desta forma, assumem uma função económica essencial ao garantirem a coesão social, gerando confiança nos locais da sua actuação, uma vez que não têm por objecto a consecução de lucros. Antes geram “capital social, isto é, geram relações entre as diversas partes interessadas direta ou indiretamente na sua atividade”, e contribuem para o desenvolvimento económico-social, “na medida em que a sua intervenção é integradora e capacitadora, promovendo o aparecimento de novos modelos de governo locais, criando mais emprego (por ser uma atividade trabalho-intensiva) e formando cidadãos mais preparados e participativos”³.

É o próprio Parlamento Europeu, na Resolução (2008/2250(INI)), que reconhece que a economia social «ao aliar rentabilidade e solidariedade, desempenha um papel essencial na economia europeia, criando empregos de elevada qualidade, reforçando a coesão social, económica e regional, gerando capital social, promovendo a cidadania activa, a solidariedade e um tipo de economia com valores democráticos que põe as pessoas em primeiro lugar, para além de apoiar o desenvolvimento sustentável

¹ *Resolução do Parlamento Europeu sobre economia social (2008/2250(INI))*, considerando B.

² Código de Governo das entidades do terceiro sector, Preâmbulo.

³ *Idem*, Preâmbulo.

e a inovação social, ambiental e tecnológica⁴», pelo que entende haver a necessidade de “valorizar os modelos da economia social para atingir os objectivos de crescimento económico, empregabilidade, formação e serviços pessoais que caracterizam todas as políticas europeias”⁵.

A economia social evidencia um modelo empresarial que se pauta pelo respeito de valores comuns, como a primazia da democracia, a sobreposição dos objectivos sociais sobre o lucro pessoal, os princípios da solidariedade e da responsabilidade, a conjugação dos interesses dos membros utilizadores com o interesse geral, a autonomia de gestão e a independência relativamente aos poderes públicos, a afectação dos excedentes com vista ao desenvolvimento sustentável e a predominância do interesse geral nos serviços prestados aos seus beneficiários⁶.

De acordo com dados da Resolução, a economia social representa 10% do conjunto das empresas europeias, ou seja, cerca de 2 milhões de empresas (o que equivale a cerca de 6% do emprego total) estáveis⁷.

Entre nós, a Lei de Bases da Economia Social⁸, vem no seguimento da Resolução e do previsto na Constituição quanto ao sector social, estabelecer as bases gerais do regime jurídico da economia social (art. 1.º) e as medidas de incentivo a este sector, para além de reconhecer como uma das entidades da economia social, as fundações (al.d) do art. 4.º, tal como o faz a Resolução⁹.

Em Portugal, no ano de 2010, a economia social representava 5,5% do emprego remunerado, quase o dobro do setor financeiro/segurador (2,2%) e pouco mais que o setor da saúde (4,8%)¹⁰.

⁴ Resolução (2008/2250(INI)), *Considerações gerais*, n.º 1.

⁵ *Idem*, considerando C.

⁶ Neste sentido, o considerando J da Resolução (2008/2250(INI)).

⁷ Tendo em conta a sua natureza, não são susceptíveis de serem deslocalizadas.

⁸ Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio.

⁹ v. Resolução (2008/2250(INI)), n.º 9. Considera que a UE e os Estados Membros devem reconhecer a economia social e os seus interesses (cooperativas, sociedades mútuas, associações e fundações)

¹⁰ Segundo dados disponíveis pelo INE em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=150318107&DESTAQUESmodo=2>

Dentro deste sector, as fundações representavam 1% do total de entidades sociais, 4,7% do emprego gerado, 8,5% do VAB¹¹ do sector e 5,4% da remuneração.

São estas entidades que nos propomos estudar aqui, sobretudo no que ao seu regime fiscal diz respeito. Tal justifica-se face ao que nas últimas décadas Sousa Ribeiro denomina por *boom fundacional*¹², tanto em Portugal como na restante Europa, onde a maioria das fundações foram criadas a partir da década de 90. Para tanto, contribuem a crise financeira, e a crise de legitimidade do Estado Social¹³, conjugadas com uma nova compreensão da cidadania e das relações entre a sociedade civil.

II. NOTAS GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES

*“as fundações (...) protagonistas do processo de desenvolvimento humano, particularmente interessantes por se organizarem como um corpo de ordenações privadas identificando problemas de natureza pública, estabelecendo fins e prioridades e aplicando recursos e fundos à resolução daqueles problemas e fins de carácter público geral”*¹⁴.

Vítor de Sá Machado

Muitos entendem que as fundações, não juridicamente figuradas, tiveram a sua origem na antiguidade oriental e clássica, mais precisamente no antigo Egipto, na Grécia Antiga e em Roma, e como exemplos apontam a biblioteca de Alexandre e a Academia

¹¹ O Valor Acrescentado Bruto é o resultado final da actividade produtiva no decurso de um determinado período. Resulta da diferença entre o valor da produção e o valor do consumo intermédio, originando excedentes.

¹² RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «Fundações: uma espécie em vias de extensão?», *Separata das Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 251.

¹³ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra Editora, Lisboa, 2010.

¹⁴ MACHADO, Vítor de Sá, “*As fundações, a opinião pública e a sociedade civil*”, *Separata BFDUC*, Vol. LXXIX, 1998, p. 158.

de Platão¹⁵. De facto, desde o direito romano que as pessoas sentem a necessidade de afectar bens ou patrimónios à satisfação de fins duradouros de utilidade pública¹⁶.

A partir do século V, foram as ideias cristãs de caridade que levaram muitas pessoas a afectar os seus patrimónios à criação e manutenção de hospitais e asilos, com a transferência desses bens para a Igreja que se obrigava a destiná-los aos fins piedosos ou benéficos que o fundador pretendia. Estava aqui bem patente a *vontade do fundador*. No fundo é a igreja fundamental e responsável pela proliferação do movimento fundacional, tal como sublinha Vital Moreira¹⁷, ao referir que a “fundação de direito privado é fruto da extensão da figura do instituto canónico para fora do campo eclesiástico”.

Em Portugal as fundações surgiram por volta do século XII, como instituições de natureza jurídica privada, mas não como verdadeiros entes jurídicos privados. E ao longo da nossa história legislativa foram sendo previstas, quer nas Ordenações Manuelinas, quer nas Ordenações Filipinas, no Código Administrativo de 1836 e na Constituição da República Portuguesa de 1933, no Código de Seabra e no seguimento deste, também no Código Civil de 1966¹⁸.

Actualmente, a nossa Constituição não consagra genérica e expressamente o direito ou liberdade de criar fundações¹⁹. Contudo, encontramos expressamente consagrado para as associações e cooperativas, um direito ou liberdade fundamental de organização colectiva (arts. 46.º e 61.º, n.º 2, respectivamente) dos indivíduos como direito ou liberdade fundamental mais amplo, e ainda, no âmbito empresarial, prevê-se o direito ou liberdade de iniciativa e organização empresarial (art. 80.º, al. c)). Não obstante o facto de não consagrar expressamente este direito, as fundações são

¹⁵ BAPTISTA, Cristina Paula Casal, *As fundações no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 15-16.

¹⁶ JUSTO, António Santos, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, 2010, p. 72-74.

¹⁷ MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

¹⁸ BAPTISTA, Cristina Paula Casal, *ob. cit.*, 15 ss.

¹⁹ Diferentemente, a Constituição da República Espanhola consagra no seu art. 34.º, n.º 1 o direito de fundação – “Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley”.

indirectamente referenciadas no texto constitucional, mormente no art. 70.º, n.º 3²⁰ e no art. 73.º, n.º 3²¹ em que se fala de fundações de fins culturais, e no art. 165.º, n.º 1, al.u) em que se diz que é exclusiva competência da Assembleia da República, salvo autorização do Governo, legislar sobre as bases gerais das fundações públicas.

Estimava-se que existissem em Portugal, no ano de 1996, 350 fundações²². Actualmente estima-se que existam cerca de 800, apesar de apenas 558 fundações terem respondido ao censo realizado em 2010²³.

1. Regime jurídico

O CCiv regula as fundações, enquanto espécie de pessoa colectiva, contendo nos seus arts. 157.º a 166.º as disposições gerais e, nos arts. 185.º a 194.º as disposições específicas. Para além do CCiv, o regime jurídico das fundações está consagrado na Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, que alterou certos artigos do CCiv e aprovou a Lei-Quadro das Fundações, que se aplica a todas as fundações portuguesas e às fundações estrangeiras que desenvolvam a sua atividade em território nacional, com exceção das instituídas por confissões religiosas.

As fundações caracterizam-se por serem entes autónomos, distintas das pessoas dos seus instituidores, administradores e dos que beneficiam das suas actividades. São entidades governadas de

²⁰ Diz o artigo: “O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e *fundações de fins culturais* e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude”.

²¹ “O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e *fundações de fins culturais*, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais”.

²² NUNES, FRANCISCO; RETO, LUÍS; CARNEIRO, MIGUEL, *O terceiro sector em Portugal: delimitação, caracterização e potencialidades*, INSCOOP, Lisboa, 2001, p. 93-94.

²³ Relatório final sobre a Avaliação das Fundações, elaborado nos termos da Lei n.º 1/2012, de 3 de Janeiro, p. 5.

fora²⁴, pela vontade do fundador formalizada no acto de instituição e nos estatutos²⁵, prosseguindo um interesse alheio, estranho às pessoas que entram na organização fundacional, visto se tratar do interesse social do fundador, manifestado na sua vontade, as quais não têm por objectivo a obtenção de qualquer lucro²⁶.

Enquanto pessoas colectivas²⁷, têm no seu substracto, seguindo as palavras de Manuel de Andrade, “um complexo patrimonial afecto por um indivíduo – o fundador – a um certo escopo, tipicamente altruístico”²⁸ e são resultado da sequência de dois actos: o acto de instituição e o acto de reconhecimento, que enquanto acto administrativo, de acordo com Marcello Caetano, mais não é que “mera atribuição da personalidade jurídica a um substracto que se reputa existente e digno de actuar como sujeito de direito”²⁹.

O reconhecimento de uma fundação depende do fim de interesse social, enquanto acto administrativo discricionário³⁰. Este reconhecimento inicia-se, em regra, a requerimento dos fundadores (art. 20.º,

²⁴ CORREIA, Ferrer; SÁ, Almeno de, «Algumas notas sobre as fundações», *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, p. 335, referem que “a fundação é governada de fora, em conformidade com a vontade do fundador, corporizada no acto de instituição e nos estatutos”.

²⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 270.

²⁶ ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, 1974, p. 69.

²⁷ Entendemos por pessoas colectivas, seguindo Manuel de Andrade, as “organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial (massa de bens), tendo em vista a prossecução dum interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é, reconhece como centros autónomos de relações jurídicas”. V. Andrade, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, 1974, p. 45.

²⁸ ANDRADE, Manuel de, *ob. cit.*, p. 55.

²⁹ CAETANO, Marcello, *Das fundações: subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Ática, 1961, p. 71-72.

³⁰ V. MARTINS, Afonso D’Oliveira, «As fundações privadas: aspectos do seu regime jurídico», *Revista Ciência e Cultura*, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 273, quando refere que o acto de reconhecimento “pressupõe um poder discricionário da Administração. A autoridade administrativa competente goza de liberdade na emissão do juízo sobre o carácter social do interesse a prosseguir pelas fundações e sobre a suficiência dos bens a elas afectados”.

n.º 2 da Lei n.º 24/2012), e encontra-se sujeito, fundamentalmente, à verificação cumulativa de prossecução, pela fundação, de um interesse socialmente relevante, da suficiência do património para a prossecução do fim visado³¹ e da conformidade dos seus estatutos com a lei, por força do art. 188.º, n.º 3 do CCiv.

As fundações podem ser instituídas, com base na vontade do fundador, por acto *inter vivos* ou *mortis causa* (art. 185.º, n.º 1 do CCiv). Se a fundação for instituída por acto *inter vivos*, deve revestir a forma de escritura pública (art. 185.º, n.º 2 do CCiv). Caso se trate de fundações instituídas por acto *mortis causa*, o acto de instituição ocorre com a celebração do testamento. Em ambos os casos, do acto de instituição é obrigatório constar o fim da fundação e os bens que lhe são destinados (património). No fundo, são estes, património e fim, os elementos essenciais e as bases da fundação. Pode ainda o instituidor, no acto de instituição ou nos estatutos, prever sobre a sede, organização e funcionamento da fundação, regular os termos da sua transformação ou extinção e fixar o destino dos respectivos bens (art. 186.º, n.º 2 do CCiv).

O património é colocado ao serviço do fim da fundação, que funciona como o “critério rector da sua gestão funcionalizada (...) que polariza e unifica, não só a estrutura, como a dinâmica operativa da fundação, para ele tendendo toda a sua actividade”³². Por isso, a fim de serem reconhecidas como pessoas colectivas, as fundações devem ter por fim a realização de um interesse social e altruístico, que tem de ser comum a uma pluralidade de pessoas, mas não necessariamente de todas as pessoas³³. No fundo, trata-se de um conceito indeterminado, que a Lei n.º 24/2012 elenca exemplificativamente no seu art. 3.º, n.º 2. O fim da fundação pode ser alterado, ou pode ser-lhe atribuído um fim diferente do inicial, nos termos do art. 190.º CCiv, desde que não deixe de prosseguir interesse social.

³¹ O art. 2.º da Portaria n.º 75/2013 refere que o valor mínimo da dotação patrimonial inicial referida no art. 22.º n.º 3 da Lei n.º 24/2012, é de €250.000.

³² RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «As fundações no código civil: regime actual e projecto de reforma», *Revista Ciência e Cultura*, Separata n.º 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 65.

³³ RIBEIRO, *ult. ob. cit.*, p. 66.

Não se pense que todas as fundações são constituídas *ad eternum*. O fundador pode programar no acto da instituição, o período de vida da fundação, extinguindo-se esta pelo decurso do prazo estabelecido (art. 192.º, n.º 1 al. a) do CCiv). Contudo, outras situações existem, que podem ditar a extinção da fundação, como em casos de processos de insolvência onde não é admissível a continuidade da fundação (192.º, n.º 1 al.c) do CCiv), ou também pela impossibilidade do fim, ou pela não coincidência do fim real com o fim estatutário, podendo ainda ser extintas por decisão judicial³⁴. Quando tais situações se verificarem, a administração da fundação comunica o facto à entidade competente para o reconhecimento, para que esta declare a extinção da fundação (art. 193.º do CCiv).

Para concretizar, seguimos a noção de fundação que nos é dada pelo art. 3.º, n.º 2 da Lei n.º 24/2012, segundo o qual uma fundação é uma pessoa colectiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afectado à prossecução de um fim de interesse social.

2. Tipos de fundações

Diz-nos o art. 4.º da Lei n.º 24/2012 que as fundações podem ser de três tipos: privadas, públicas de direito público e públicas de direito privado. Existem ainda fundações público-privadas.

De acordo com os artigos 4.º, n.º 1 al. a) e 15.º, n.º 1 da Lei, as fundações privadas são aquelas “criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, em conjunto ou não com pessoas colectivas públicas, desde que esta isolada ou conjuntamente, não detenham sobre a fundação uma influência dominante”³⁵. Em suma, são pessoas colectivas de direito privado, sem fins lucrativos, com património necessário à prossecução do seu fim de interesse social (art. 14.º da Lei n.º 24/2012). Dentro das fundações privadas encontramos as fundações de solidariedade social (IPSS- arts. 39.º a 41.º), as fun-

³⁴ V. Art. 192.º n.º 3 do CCiv.

³⁵ V. sobre o conceito de influência dominante, o n.º 2 do art. 4.º da Lei n.º 24/2012. Para um estudo mais lato da influência dominante, v. ANTUNES, Engrácia, *Os grupos de Sociedades – Estrutura e organização da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 454 ss.

dações de cooperação para o desenvolvimento (arts. 42.º a 44.º, às quais se aplica a Lei n.º 66/98 de 14 de Outubro das ONGD) e as fundações para a criação de estabelecimentos de ensino superior privados (arts. 45.º a 47.º).

São fundações públicas de direito público, as “criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas, bem como os fundos personalizados criados exclusivamente por pessoas coletivas públicas nos termos da lei quadro dos institutos públicos”. São pessoas colectivas de direito público, sem fins lucrativos, administrativa e financeiramente autónomas (art. 49.º).

E fundações públicas de direito privado, “as fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação”. Contudo, para esta categoria o art. 57.º da Lei n.º 24/2012 refere que o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, as outras pessoas coletivas da administração autónoma e as demais pessoas coletivas públicas *estão impedidos de criar ou participar em novas* fundações públicas de direito privado”, aplicando-se às já existentes o regime das fundações públicas com as especificidades dos arts. 58.º a 61.º.

3. As fundações enquanto instituições de utilidade pública

A obtenção do estatuto de utilidade pública é um processo administrativo da competência do Primeiro-Ministro (art. 3.º do DL n.º 460/77 de 7 de Novembro³⁶ que regula o reconhecimento de utilidade pública), devendo ser iniciado com a apresentação de um requerimento da fundação interessada junto da secretaria da presidência do conselho de ministros.

Obtido o reconhecimento e cumpridas as demais obrigações legais e fiscais³⁷, as fundações poderão requerer o estatuto de

³⁶ Alterado pelo DL n.º 391/2007 de 13 de Dezembro.

³⁷ Os elementos necessários para dar início ao requerimento do estatuto constam de informação disponibilizada no portal do Governo: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministro-da-presiden>

pessoa colectiva de utilidade pública³⁸. Para tal têm de prosseguir “fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a administração central ou a administração local, em termos de merecerem da parte desta administração a declaração de utilidade pública”, nos termos do art. 1.º do DL n.º 460/77. Assim, devem preencher, cumulativamente, os requisitos taxativos do art. 2.º do DL: desenvolverem a sua actividade sem fins lucrativos a favor da comunidade em áreas de relevo social (al.a), estarem regularmente constituídas e regerem-se por estatutos conformes com a lei (al.b), não desenvolverem a título principal e em concorrência com outras entidades que não possam beneficiar deste estatuto, actividades económicas (al.c), não se enquadrarem em regimes jurídicos especiais que lhes reconheçam a natureza ou o gozo de prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública (al.d), possuírem meios humanos e materiais adequados à prossecução do fim (al.e), e não exercerem a sua actividade exclusivamente em prol dos interesses privados dos fundadores (al.f).

Em princípio, por força do art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 460/71, as fundações apenas podem ser declaradas de utilidade pública ao fim de 3 anos de efectivo e relevante funcionamento. Contudo se desenvolverem atividades de âmbito nacional e evidenciarem, face às razões da sua existência ou aos fins que visam prosseguir, manifesta relevância social, veem o prazo de 3 anos dispensado (art. 4.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 460/71). O mesmo prazo não se aplica se as fundações em causa prosseguirem os fins do art. 416.º do CAAdm³⁹, em que podem ver-lhes reconhecido o esta-

cia-e-dos-assuntos-parlamentares/quero-saber-mais/preciso-de-uma-informacao/pessoas-colectivas-de-utilidade-publica.aspx>.

³⁸ “as pessoas coletivas podem ser classificadas segundo diferentes critérios. Quanto à natureza do substracto dividem-se em associações e fundações.(...) quanto aos fins que prosseguem e ao regime jurídico a que estão sujeitas, há três espécies de pessoas colectivas de utilidade pública a considerar: a) As pessoas colectivas de mera utilidade pública (...), b) As instituições particulares de solidariedade social (...), c) as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa”, em AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1988, p. 566-567.

³⁹ Art. 416.º do Código Administrativo “Consideram-se pessoas colectivas de utilidade pública administrativa as associações beneficentes

tuto de utilidade pública administrativa logo no momento da sua constituição (art. 4.º, n.º 1 do DL).

Esta declaração de utilidade pública interessa-nos particularmente pelo facto de com ela se atribuir um conjunto de deveres específicos desta categoria, previstos no art. 12.º, mas principalmente por beneficiarem de um conjunto de regalias e isenções de natureza fiscal⁴⁰, as quais mais à frente estudaremos.

4. As fundações na UE: a proposta de um Estatuto Europeu das Fundações

Atendendo ao *boom fundacional* em toda a Europa, com a proliferação do número de fundações e de legislações nacionais reguladoras destas pessoas colectivas, há muito que se reclama um estatuto europeu das fundações, com vista a facilitar as actividades transfronteiriças no espaço europeu, bem como a operacionalização dos direitos consagrados no Tratado sobre o Funcionamento da UE, como a livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais. Defendem Emílio Vilar e Rui Gonçalves, que este estatuto europeu “poderia ter a virtualidade de funcionar como manifestação de uma cidadania verdadeiramente europeia”⁴¹. Em 2011, num Parecer⁴² do Comité Económico e Social Europeu sobre o Estatuto da Fundação Europeia, reconhecesse que um estatuto deste tipo trará efi-

ou humanitárias e os institutos de assistência ou educação, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas piás, creches, lactários, albergues dispensários, sanatórios,, bibliotecas e estabelecimentos análogos, fundados por particulares, desde que umas e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo”.

⁴⁰ Autores há que consideram que tais benefícios não constituem “regimes de favor, mas antes uma consideração adequada da situação complexa no quadro da qual tais entidades contribuem para as despesas públicas” in NABAIS, José Casalta, “O Regime Fiscal das Fundações”, *Boletim de Ciência Técnica e Fiscal*, Abril-Junho de 2002, p. 133.

⁴¹ VILAR, Emílio Rui; GONÇALVES, Rui Hermenegildo, «Fundações e Direito da União Europeia: perspectivas de evolução», *Separata de “Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”*, vol. II, Almedina, 2008, p. 152.

⁴² Parecer (2011/C 18/06) do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Estatuto da Fundação Europeia” (parecer de iniciativa).

ciência e simplificação, através do reconhecimento pelos restantes Estados-membros de uma fundação criada num Estado-membro, responsabilização (ao esclarecer o conceito de fundação de utilidade pública em toda a EU), benefícios económicos (reduzindo-se custos nas actividades transfronteiriças que desenvolvam) e benefícios políticos e para os cidadãos.

No que à matéria fiscal nos importa, esclarece o parecer que as fundações europeias “devem também poder usufruir dos benefícios fiscais que os legisladores nacionais concedem às fundações residentes, incluindo isenção do imposto sobre o rendimento, do imposto sobre donativos e heranças e dos impostos sobre o valor/ as transferências dos seus activos”⁴³, uma vez que a liberdade de circulação de capitais é “fundamental para a progressiva eliminação das normas tributárias discriminatórias das fundações”⁴⁴.

A proposta de Estatuto⁴⁵ vem no seguimento do Parecer, reconhecendo que as fundações “contribuem de forma substancial para se alcançar o ambicioso objetivo de um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, tal como estabelecido na estratégia Europa 2020⁴⁶”, as quais “prestam um contributo para os valores e os objetivos fundamentais da União Europeia, como, por exemplo, o respeito dos direitos humanos, a proteção das minorias, o emprego e o progresso social, a preservação e a melhoria do ambiente ou a promoção do progresso científico e tecnológico.

III. A TRIBUTAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

“Não é infrequente, aliás, o risco de utilização abusiva dos mecanismos fundacionais, nomeadamente em vista da fuga a normas ou regras administrativas e financeiras, e correspondentes controlos.”

Rui de Alarcão⁴⁷

⁴³ Parecer (2011/C 18/06), ponto 4.1.7.

⁴⁴ VILAR, Emílio Rui, *ob. cit.*, p. 170.

⁴⁵ Comunicação (2012)35 final -2012/0022 (APP).

⁴⁶ Comunicação da Comissão (2010)2020 sobre a *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*.

⁴⁷ ALARCÃO, Rui, “*Fundações que reforma?*”, *Separata de Scientia iuridi-*

As fundações não lhes vêm consagrado um regime fiscal único, e muito menos uniforme. O tratamento fiscal mais favorável de que podem beneficiar depende do seu reconhecimento como pessoas colectivas de utilidade pública, consoante a natureza do fim estatutário que prossigam.

Tendo por base um fim social de natureza altruística, as mais das vezes, as fundações substituem o Estado, tornando-se no fundo suas parceiras⁴⁸, ficando este mais liberto das suas obrigações de natureza caritativa. É por isto que o Estado consagrou um regime fiscal mais favorável, valorizando os benefícios que da sua existência e actividades podem advir quer para a sociedade, quer para si próprio.

Contudo, não é um regime unitário, encontrando-se disperso por vários códigos e legislação avulsa. Aqui apenas nos dedicaremos à legislação avulsa e ao imposto sobre o rendimento colectivo (IRC).

1. Isenções e Regalias (fora do CIRC)

Na sequência da declaração do estatuto de utilidade pública, o DL n.º 460/77 prevê, relativamente às regalias concedidas com a atribuição deste estatuto⁴⁹, no seu art. 10.º, que as pessoas colectivas com tal estatuto ficam isentas de taxas de televisão, rádio e das demais taxas previstas na lei sobre espectáculos e divertimentos públicos. Quanto à energia eléctrica ficam ainda sujeitas à tarifa dos consumos domésticos, para além de beneficiarem de publicação gratuita no Diário da República das alterações aos seus estatutos (benefícios hoje sem qualquer sentido).

A este artigo 10.º há ainda que juntar o previsto no art. 9.º do mesmo DL, que remete para as demais isenção fiscais previstas na lei. Assim há também que ter em conta o art. 1.º do Regime de regalias e isenções fiscais das pessoas colectivas de utilidade públi-

ca, Tomo LI, n.º 294, 2002, p. 507.

⁴⁸ Neste sentido v. DUARTE, Feliciano Barreiras, *Regime jurídico e fiscal das fundações: com apêndice legislativo*, Âncora Editora, Lisboa, 2008 p. 58.

⁴⁹ Assim, também, DUARTE, Feliciano Barreiras, *ob. cit.*, p. 17.

ca⁵⁰ e também para o regime previsto do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.

O art. 1.º da Lei n.º 151/99 prevê poderem ser concedidas às pessoas colectivas de utilidade pública as isenções de imposto do selo, de imposto municipal de sisa pela aquisição dos imóveis, de imposto sobre as sucessões e doações relativo à transmissão de imóveis e da contribuição autárquica de prédios urbanos, desde que os prédios em ambos os casos sejam destinados à realização dos seus fins estatutários. Prevê ainda a isenção de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, a ser reconhecida nos termos e condições do CIRC, de imposto sobre veículos, imposto de circulação e imposto automóvel⁵¹.

Mas há que ter em conta as alterações introduzidas com o DL n.º 287/2003. Assim, deve entender-se que o imposto municipal de sisa é o agora imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMI), o imposto sobre as sucessões e as doações relativo à transmissão de imóveis respeita agora ao imposto de selo (IS) e a contribuição autárquica é agora o imposto municipal sobre imóveis (IMI)⁵², devendo o art. 1.º da Lei ler-se neste sentido.

Não obstante tais alterações à denominação dos impostos, as alíneas d) e e) do art. 6.º do CIMT consideram que ficam (continuam) isentas de IMT, as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e as de mera utilidade pública, bem como as instituições particulares de solidariedade social e entidades a estas legalmente equiparadas, relativamente aos bens destinados, directa e imediatamente, à prossecução dos seus fins estatutários. Quanto ao

⁵⁰ Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro.

⁵¹ A alínea g) que previa a isenção de custas foi revogada pelo DL n.º 34/2008 de 26 de Fevereiro.

⁵² Diz-nos o art. 28.º do DL que “1 - Todos os textos legais que mencionam Código da Contribuição Autárquica ou contribuição autárquica consideram-se referidos ao Código do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI) ou ao imposto municipal sobre imóveis (IMI).

2 - Todos os textos legais que mencionem Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, imposto municipal de sisa ou imposto sobre as sucessões e doações consideram-se referidos ao Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (CIMT), ao Código do Imposto do Selo, ao imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT) e ao imposto do selo, respectivamente”.

IMI, antiga contribuição autárquica, e ao imposto municipal de sisa, agora IMT, o art. 31.º/6, do DL 287/2003, prevê que se mantêm em vigor os benefícios fiscais a estes relativos.

Para além destas disposições, o art. 11.º do CIMI prevê ainda que o Estado, as Regiões Autónomas e qualquer dos seus serviços, estabelecimentos e organismos, ainda que personalizados, compreendendo os institutos públicos, bem como as autarquias locais e as suas associações e federações de municípios de direito público estão isentos de IMI, exceptuando os organismos estatais que tenham carácter empresarial (mas não os hospitais e unidades de saúde que sejam empresas públicas).

A ter em conta quanto à Lei n.º 151/99, por considerarmos relevante, é a opinião de Casalta Nabais, que considera ser “um diploma praticamente inútil”, uma vez que “se limita a estabelecer que podem ser concedidas a estas pessoas colectivas isenções que já constam da disciplina específica de cada imposto”⁵³.

2. Tributação em sede de IRC

O IRC é um imposto sobre os rendimentos que incide sobre o lucro⁵⁴ das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, das cooperativas e das empresas públicas e das demais pessoas coletivas ou que exerçam a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, e sobre o rendimento global das pessoas coletivas ou que não exerçam, a título principal, uma atividade daquela natureza (art. 3.º do CIRC).

Enquanto nas sociedades vigora a presunção de que todos os seus rendimentos são potencialmente tributáveis, valendo a dedutibilidade plena dos seus custos, nas entidades sem fins lucrativos vale o princípio de que é da natureza dos rendimentos que decorre a sua tributação ou não tributação com a sede da decisão situada no IRC⁵⁵. Os rendimentos que provenham de actividades que não têm como ob-

⁵³ NABAIS, José Casalta, *ob. cit.*, p. 139.

⁵⁴ N.º 2 art. 3.º - “o lucro consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correções estabelecidas neste Código”.

⁵⁵ SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 359.

jectivo a obtenção de um lucro económico gozam de isenção de IRC.

As fundações são entidades sem fins lucrativos⁵⁶, mas tal não impede que sejam tributadas, em sede de IRC (art. 2.º/1 al.a) do CIRC), pelo seu rendimento global, correspondente à soma algébrica dos rendimentos das diversas categorias do IRS e, bem assim, dos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito (art. 3.º, n.º 1 al.b) do CIRC⁵⁷).

Nestas entidades começam por ser tributados os seus rendimentos para efeitos de IRS e sobre estes se faz incidir o IRC, procedendo-se a uma distinção entre rendimentos associativos (ex. as quotas) e rendimentos comerciais (ex. os provenientes da venda de serviços), sendo apenas tributados os rendimentos comerciais⁵⁸.

Tendo em conta que as fundações não têm rendimentos provenientes, nem de trabalho dependente nem de pensões, não se consideram as categorias A e H, tal como também não se considera a categoria B, uma vez que as fundações, entidades sem fim lucrativo, não obtêm rendimentos empresariais. Excepção ao que foi dito acontece quando as fundações também exerçam actividades comerciais a título acessório, às quais não se aplica a isenção (art. 10.º, n.º 3 do CIRC). Desta forma, para efeitos de cálculo do rendimento global de uma fundação apenas se consideram as categorias E (rendimentos de capitais), F (rendimentos prediais) e G (incrementos patrimoniais) do IRS⁵⁹.

Uma vez que as fundações são tributadas sobre o rendimento global, o valor da taxa de IRC que lhes será aplicável é de 21,5 % (tendo sede ou direcção efectiva em território português), *ex vi* art. 87.º, n.º 5 do CIRC. A reter que este valor é mais favorável para as fundações do que para as empresas, em que a taxa é de 23% (art. 87.º, n.º 1 do CIRC). A não esquecer que às fundações não se aplica a sobretaxa da derrama estadual (art. 87.º-A do CIRC) nem a derrama municipal (art. 18.º da Lei 73/2013).

Se as fundações exercerem actividade acessória que seja

⁵⁶ As fundações que sejam entidades empresariais e que exerçam a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola são tributadas pelo seu lucro (art. 3.º/1 al.a) CIRC) a uma taxa de 23% (art. 87.º/1 CIRC).

⁵⁷ V. também o art. 53.º CIRC.

⁵⁸ SANCHES, Saldanha, *ob. cit.*, p. 359.

⁵⁹ Assim, NABAIS, José Casalta, *ob. cit.*, p. 141, nota 37.

de carácter comercial, industrial ou agrícola, pode o lucro que resultar dessas actividades ser tributado à taxa de 23% (art. 87.º, n.º 1 do CIRC).

2.1 As Isenções

No CIRC as isenções, diferentemente do que acontece no CIRS, vêm previstas nos arts 9.º a 14.º. As isenções podem ser subjectivas, como as previstas no art. 9.º para o Estado, regiões autónomas, autarquias locais, suas associações de direito público e federações e instituições de segurança social, onde podemos incluir também os institutos públicos (as fundações públicas de direito público dão consideradas institutos públicos- art. 4.º da lei 24/2012) e no art. 10.º, para as pessoas colectivas de utilidade pública. E podem ainda ser objectivas, nos casos das previstas no art. 11.º para as entidades que prossigam actividades culturais, recreativas e desportivas⁶⁰. Para estas últimas, quando não tenham estatuto de utilidade pública, encontramos algumas regras destinadas a evitar que as isenções sejam utilizadas para obter vantagens fiscais indevidas, por exemplo através da exploração empresarial das actividades, no n.º 2 do art. 11.º.

Quando se constituem, as fundações gozam automaticamente de uma não sujeição a IRC dos rendimentos provenientes das quotas pagas pelos associados em conformidade com os Estatutos (se estes tal facto previrem) e de subsídios destinados a financiar a prossecução dos fins estatutários (art. 54.º/3 do CIRC)

Sendo as fundações reconhecidas como pessoas colectivas de utilidade pública (DL 460/77), passam a beneficiar da isenção de IRC, no termos do art. 10.º do CIRC, a qual carece de reconhecimento⁶¹ pelo membro do governo responsável pela área das finanças (n.º 2 do art. 10.º), a requerimento dos interessados, sendo depois publicada em despacho no Diário da Republica, onde é defi-

⁶⁰ Adoptando a terminologia de isenções objectivas e subjectivas, v. PIRES, Manuel; PIRES, Rita, *Direito Fiscal*, 5.ª ed, Almedina, Coimbra, 2012, p. 568-571.

⁶¹ É no reconhecimento da utilidade que o Ministro das Finanças delimita a amplitude da isenção, a qual vale caso a caso, consoante os fins estatutários a que se destinam.

nida a amplitude do benefício de acordo com os fins das entidades requerentes e as actividades realizadas com vista à prossecução destes.

Mas tal isenção não vale para os rendimentos obtidos do exercício de actividades comerciais ou industriais desenvolvidas fora do fim social, nem para os rendimentos de títulos ao portador, não registados nem depositados conforme a legislação em vigor, ex vi art. 10.º, n.º 3 do CIRC. Este n.º 3 é mais exigente, condicionando ainda a isenção à observância continuada do exercício efetivo, a título exclusivo ou predominante, de actividades dirigidas à prossecução dos fins que justificaram o respetivo reconhecimento da qualidade de utilidade pública ou dos fins que justificaram a isenção, da afetação aos fins referidos de, pelo menos, 50 % do rendimento global líquido que seria sujeito a tributação nos termos gerais, até ao fim do 4.º período de tributação posterior àquele em que tenha sido obtido, salvo em caso de justo impedimento no cumprimento do prazo de afetação e da inexistência de qualquer interesse direto ou indireto dos membros dos órgãos estatutários, por si mesmos ou por interposta pessoa, nos resultados da exploração das actividades económicas por elas prosseguidas.

De igual isenção gozam as fundações públicas de direito público, por força do art. 9.º CIRC que prevê a isenção de IRC para o Estado, regiões autónomas, autarquias locais, suas associações de direitos público e federações e instituições de segurança social, uma vez que estas fundações são consideradas institutos públicos.

Quanto aos rendimentos da categoria G há ainda que ressaltar o previsto no art. 54.º, n.º 4 do CIRC: apenas ficam isentos de tributação os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito, vulgo doações, que se destinem directa e imediatamente à realização dos fins estatutários. Assim, exemplificando, no caso de doação de três imóveis (A, B e C), em que A é destinado à prossecução do fim social e B e C são para arrendar, o valor destes é tributado à taxa de 21,5%, ficando isento de tributação o imóvel A.

Em suma, podemos dizer que as fundações que desenvolvem actividades de cariz empresarial, são tributadas em sede de IRC pelo lucro à taxa de 23%, e que as fundações sem declaração de utilidade pública, são tributadas pelo rendimento global calculado pelas cate-

gorias E, F e G do IRS, à taxa de 21,5%. Por seu turno, as fundações que tenham sido declaradas de utilidade pública, beneficiam da isenção do artigo 10.º do CIRC e as fundações públicas de direito público gozam da isenção do Estado, prevista no artigo 9.º do CIRC.

3. O regime tributário das fundações à luz da proposta de Estatuto da Fundação Europeia (breves notas)

Têm surgido questões problemáticas⁶² ao nível da tributação dos donativos recebidos de entidades estrangeiras, melhor dizendo, de entidades de outros Estados-membros. Havendo um tratamento fiscal desigual para donativos internos e donativos externos (do Estado-membro) desincentiva-se estes a prática destes actos caritativos. Face a tais problemas Sigrid Hemels entende que de modo a se encontrar uma boa solução, não se devem apenas eliminar as barreiras fiscais para os donativos a estas entidades (*be effective*), mas também requerer um mínimo de investimento extra⁶³ das *charities* e dos governos (*be eficiente*), sendo a solução passível de ser adoptada por todos os Estados-membros (*be feasible*)⁶⁴.

Face a isto, o Parlamento Europeu considerou que em relação à tributação deve ter-se sempre em conta o princípio de não discriminação, reconhecendo que “a proposta de conceder automaticamente a aplicação da igualdade de tratamento fiscal iria aumentar a atratividade do estatuto da Fundação Europeia, ao reduzir substancialmente a carga fiscal e administrativa e fazendo dela mais do que um mero instrumento de Direito civil”⁶⁵.

Ponto importante no EEF é a utilidade pública das actividades desenvolvidas pelas fundações, apesar de ser omissa quanto ao que entende serem essas actividades. Para além disto, o art. 7.º da

⁶² V. o Acórdão C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer v. Finanzamt Munchen fur Körperschaften* (2006), em que a Alemanha aplicava uma isenção de IRC a uma charity residente mas não a uma não-residente.

⁶³ Investimento extra em recursos como o tempo, dinheiro e trabalho.

⁶⁴ HEMELS, Sigrid, «The european Foundation proposal analysed from a tax point of view», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, 2013, p. 258.

⁶⁵ Com (2010) 35 final, 2012/0022 (APP), ponto U.

proposta contempla que a fundação tem de ter, no mínimo, activos no valor de €25 000. Contudo, não estabelece um limite máximo, abrindo porta a que se possa haver lugar a abusos fiscais, ao ser usada como meio de fuga aos impostos.

Quanto à tributação, especificamente, o art. 49.º da proposta refere que “No que diz respeito aos impostos sobre o rendimento e as mais-valias, aos impostos sobre as sucessões e doações, aos impostos sobre bens fundiários, aos impostos de transações, aos impostos de registo, aos impostos de selo e impostos similares, o Estado-Membro em que a FE tem a sua sede social aplica à FE o mesmo regime fiscal que é aplicável às entidades de utilidade pública nele estabelecidas”(n.º 1). Por sua vez “os Estados-Membros que não aquele em que a FE tem a sua sede social aplicam à FE o mesmo regime fiscal que é aplicável às entidades de utilidade pública neles estabelecidas”(n.º 2).

Prevê-se ainda que as autoridades fiscais dos EM cooperem entre si na fiscalização de possíveis irregularidades que possam acontecer nas fundações, como prevê o art. 48.º da proposta.

Apesar destas previsões, uma vez que a proposta não prevê limite máximo de activos nem limite mínimo de gastos, nem a remuneração máxima dos membros do conselho e da proporção de custos administrativos face aos gastos, deixa assim aberta a porta a possíveis abusos fiscais⁶⁶. A acrescentar a isto os EM terão de ter elevados níveis de confiança entre eles, uma vez que terão de permitir incentivos fiscais a entidades que não estão sob a sua alçada. Realça a autora as palavras de Jorge Carrera⁶⁷, que considera que cada um dos países tem reservas sobre a Fundação Europeia e existe um clima de cepticismo, especialmente devido aos aspectos tributários aí previstos. Porque conceder benefícios fiscais sem depois os poder controlar é um grande passo para a UE.

⁶⁶ HEMELS, Sigrid, *ob. cit.*, p. 282.

⁶⁷ Consultor jurídico espanhol em Bruxelas.

IV. O RELATÓRIO DAS FUNDAÇÕES

*“... o Governo considera que a grande maioria das fundações que existem em Portugal prossegue fins altamente meritórios para a sociedade, em amplos e diversificados domínios”*⁶⁸.

Em 2013, no seguimento da Lei-Quadro das Fundações e do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro, houve a necessidade de tomar conhecimento da real situação destas entidades, através da avaliação do custo/benefício e viabilidade financeira, a fim de serem tomadas decisões relativamente aos apoios públicos que lhes vinham sendo prestados. Para isso baseou-se em critérios de pertinência e relevância, que valiam uma ponderação de 20%, de eficácia a 30%, e de sustentabilidade a 50%, tendo em conta a dependência que a fundação tem do Estado, ou não estivesse o país, à data, em plena crise económico-financeira.

Se serviu para tomar um conhecimento da realidade ficam as dúvidas, uma vez que, e tal facto é reconhecido no próprio relatório, responderam ao censo 558 fundações, estimando-se que existam mais de 800⁶⁹, e apenas 230 foram consideradas para o estudo⁷⁰.

De realçar é o facto de as IPSS não serem objecto deste Relatório, tendo sido analisadas em relatório autónomo, bem como as fundações de natureza religiosa e as fundações criadas (ou com actividade iniciada) depois de 1 de Janeiro de 2011⁷¹.

Diz-nos o relatório que com a Lei 24/2012 se passaram a estabelecer regras claras com o fim de evitar abusos na utilização da instituição fundacional, criando para além de mecanismos de controlo mais rigorosos, também um regime mais exigente para quando esteja em causa quer a utilização de dinheiros públicos, quer o gozo

⁶⁸ Pág. 2, 3.º parágrafo do Relatório final sobre a Avaliação das Fundações.

⁶⁹ Embora muitas sem actividade.

⁷⁰ Relatório final sobre a Avaliação das Fundações, p. 5.

⁷¹ Pois estão fora do período de análise definido pela Lei n.º 1/2012, de 3 de Janeiro, nos termos da qual foi elaborado o Relatório.

dos benefícios decorrentes do reconhecimento de utilidade pública.

Deste estudo retiramos que a maioria das fundações existentes em Portugal é de natureza privada: 147 das 230 analisadas são privadas, 72 são públicas de direito privado e as restantes 11 são público-privadas, das quais 128 têm estatuto de utilidade pública.

Importante é ter em atenção os dados referentes aos apoios financeiros públicos de que as fundações beneficiaram do triénio 2010-2012. Nestes três anos o Estado despendeu 825 milhões de euros em apoios, sendo que desses, 299 milhões de euros se destinaram a fundações públicas de direito privado, perto de 540 milhões para fundações privadas e perto de 22 milhões para fundações público-privadas.

No ponto 9 do Relatório foram analisados os benefícios e regalias fiscais concedidos às Fundações, entre os anos de 2008 e 2010, os quais atingiram o valor de 2,26 milhões de euros.

Quanto aos valores das isenções em sede de IRC no triénio em estudo foram um total de € 1.708.947,97⁷². Em 2008, as seis fundações privadas em estudo gozaram de uma isenção de €114.765,13, as três fundações públicas de direito privado de uma isenção de €40.499,74 e a fundação público-privada de um valor de €337.341,96. No ano de 2009, as cinco fundações privadas analisadas tiveram um valor de isenção de €108.107,16, as três públicas de direito privado de um valor de €449.308,86 e a fundação público-privada de €193.047,09. No ano de 2010, foram 7 as fundações privadas em estudo, com uma isenção de €318.981,22, as três de direito privado gozaram de uma isenção de €186.977,45 e a única fundação público-privada de um valor de €115.226,50. Assim, nos três anos, as fundações privadas analisadas gozaram de um total de isenção de €541.883,51, as fundações públicas de direito privado de um total de €676.786,05 e a fundação público-privada € 490.278,42. Destes dados retiramos ainda que nos três anos em estudo, a única fundação público-privada beneficiou de uma valor bem mais elevado de isenção do que as restantes fundações em avaliação.

É de realçar que, tendo em conta os dados do Relatório

⁷² Em 2008 o valor foi de € 337.341,96, em 2009 de € 750.420,85 e em 2010 de €621.185,16. V. quadros 13, 14 e 15 do Relatório, p. 20-21.

relativos a outras isenções, são as isenções ao nível do IRC que apresentam sempre o valor mais elevado no total dos três anos considerados (€1.708.947,97 em contraposição a € 19.863,99 para o IUC, €130.655,01 para o IVA (restituição), €356.950,16 para o IMT e €43.932,31 para o IS).

Da análise dos dados do relatório e fichas de avaliação das fundações⁷³ destacamos as 10 fundações que mais benefícios públicos receberam. A Fundação para as Comunicações Móveis, fundação privada, foi a que mais recebeu €454.477.313, seguiram-se-lhe oito fundações públicas de direito privado: a Universidade de Aveiro com 218.664.841 €, a Universidade do Porto com 205.821.010 €, a Fundação para a Computação Científica Nacional com 54.022.878 €, a Fundação do INATEL com 38.913.358 €, a Fundação Casa da Música com 37.984.970 €, o ISCTE com 33.187.937 €, a Fundação do Centro Cultural de Belém com 24.669.615 €, e a Fundação da Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa com 20.151.607 €. A fechar o grupo, a Fundação de Serralves com 14.305.848 €.

Daqui é interessante verificar que dos 1.285 milhões de euros distribuídos, estas dez Fundações representam cerca de 86% desse valor.

Não terão sido estes valores, tanto os de isenções como os de apoios públicos, demasiado elevados atendendo à situação económico-financeira do país? Justificar-se-ão tendo em conta os fins estatutários das fundações (recorde-se que as IPSS não constam deste estudo) e o número de beneficiários de tais fins? Fica a questão⁷⁴...

⁷³ Consultados em <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/mantenha-se-atualizado/20120802-relatorio-fundacoes.aspx>>.

⁷⁴ Das 230 fundações avaliadas, 98 (maioritariamente privadas) não sofreram alterações.

V. ANÁLISE DE QUATRO CASOS PARTICULARES FACE AO RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO

“As fundações são, a um tempo, veículo precioso para a concretização do espírito criativo da sociedade civil e pedra de toque da importância e respeito tributados pelo ordenamento jurídico-político à pessoa humana e à sua autonomia”

Rui Chancerelle Machete⁷⁵

1. Fundação de Serralves

A fundação de Serralves é uma fundação público-privada⁷⁶, de âmbito europeu, ao serviço da comunidade nacional, com sede no Porto, que foi instituída a 27 de Julho de 1989, pelo DL n.º 240-A/89, por iniciativa do Estado Português, que dotou a fundação com a Quinta de Serralves e com a atribuição de subsídio anual⁷⁷. É o art. 4.º, n.º 1 dos seus estatutos que nos diz que a fundação “tem como fins a promoção de actividades culturais no domínio de todas as artes”. Viu-lhe ser reconhecido o estatuto de utilidade pública em despacho de 11 de Junho de 1990, publicado no Diário da República n.º 195, III Série.

A sua missão passa pela sensibilização do público para a arte contemporânea e o ambiente, através do Museu de Arte Contemporânea como centro pluridisciplinar, do Parque como património natural vocacionado para a educação e a animação ambientais e do Auditório como centro de reflexão e debate sobre a sociedade contemporânea, tendo vindo a desenvolver a sua atividade em torno de

⁷⁵ MACHETE, Rui Chancerelle, *Sobre as fundações e Azeredo Perdigão*, FLAD, 1993, p. 5.

⁷⁶ Sobre a temática mais aprofundadamente v. FARINHO, Domingos Soares, «Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas», *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 357-370.

⁷⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *ob. cit.*, p. 69.

cinco eixos estratégicos: as artes, o ambiente, a educação, a reflexão e indústrias criativas⁷⁸.

Da análise do relatório de avaliação das fundações e dados conexos disponibilizados pelo governo⁷⁹, podemos retirar que nos três anos estudados, a Fundação de Serralves recebeu apoios financeiros públicos no valor de € 14.305.848, valor que representa cerca de 48,5% do total de proveitos que a fundação teve nesses anos, sendo que beneficiam desta instituição cerca de 1.221.723 de pessoas.

Quanto ao Imposto sobre o rendimento, no despacho que lhe reconheceu o estatuto de utilidade pública viu-lhe também reconhecida a isenção de IRC, no que respeita à categoria B⁸⁰, quanto aos rendimentos comerciais e industriais diretamente derivados do exercício das atividades desenvolvidas no âmbito da realização dos seus fins estatutários, à categoria E, relativa aos rendimentos de capitais, com exceção dos de quaisquer títulos ao portador não registados nem depositados, nos termos da legislação em vigor, à categoria F dos rendimentos prediais e, por fim, à categoria G de ganhos de mais-valias.

Da ficha de avaliação da fundação consta ainda que no ano 2010, o valor patrimonial tributário isento foi de € 11.023.345. Pela análise dos dados do relatório quanto ao valor das isenções de IRC, podemos verificar que nos três anos estudados apenas uma fundação público-privada beneficiou de isenção de IRC, sendo que a fundação em questão é a de Serralves, uma vez que é a única público-privada a que o despacho de utilidade pública consagrou a isenção de IRC dos termos do art. 10.º do CIRC. Assim, entre 2008 e 2010, a fundação beneficiou de isenção de IRC no valor de €409.278,42.

Por fim, dizer que na avaliação obteve a nota de 56,7% em 100% possíveis, sendo que nos critérios de pertinência e relevância

⁷⁸ Relatório e Contas de 2013 da Fundação de Serralves, p. 168, disponível em <<http://www.serralves.pt/pt/fundacao/a-fundacao/estudos-documentos-estatisticas/#tabs1-html>>.

⁷⁹ Na página <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/mantenha-se-atualizado/20120802-relatorio-fundacoes.aspx>>.

⁸⁰ À data do despacho a actual categoria B era identificada como Categoria C.

obteve 14% (em 20%), na eficácia 18,3% (em 30%) e na sustentabilidade 24,4% (em 50%).

Em resultado desta avaliação, através de Resolução do Conselho de ministros n.º 13-A/2013, n.º 1, al.e), subalínea viii), no âmbito da Presidência do Conselho de Ministros, determinou-se a redução em 30% do total de apoios financeiros públicos à fundação de Serralves⁸¹.

2. Fundação Gulbenkian

A fundação Calouste Gulbenkian foi instituída por acto *mortis causa*, no testamento de 18 de Junho de 1953 de Calouste Sarkis Gulbenkian, que faleceu a 20 de Julho de 1955. Gulbenkian era um milionário e filantropo de nacionalidade originária otomana⁸², que dispôs no seu testamento, a criação nos termos da lei portuguesa da fundação Gulbenkian, a qual seria portuguesa, perpétua, com sede em Lisboa, sendo os seus fins de caridade, artísticos, educativos e científicos⁸³. Deixou ainda escrito que a fundação seria dirigida e administrada pelos trustees⁸⁴ Lord Radcliffe of Wermeth, Doutor Azeredo Perdigão e Kevork Loris Essayan⁸⁵.

Conforme reitera o art. 1.º dos seus estatutos, a fundação Calouste Gulbenkian, é uma fundação privada, de direito privado, “de utilidade pública geral, dotada de personalidade jurídica”, tendo os seus estatutos sido aprovados pelo Estado Português a 18 de Julho de 1956, com o DL n.º 40 690⁸⁶. A ação da Fundação exercer-se

⁸¹ Sobre este corte, manifesta-se a Fundação na p. 230 do Relatório e Contas de 2013.

⁸² Adquiriu também a nacionalidade inglesa em 1902. V. CORREIA, Ferrer, «Contribuição para uma história da Fundação Calouste Gulbenkian», *RLJ*, ano 134, n.º 3927 e 3928, 2001, p. 162.

⁸³ Art. 4.º dos estatutos da Fundação - “Os fins da Fundação são caritativos, artísticos, educativos e científicos”.

⁸⁴ Quanto a esta figura e aos Trusts, equivalentes das fundações no direito anglo-saxónico, v. CAMPOS, Leite de; VAZ, Maria João, *A propriedade fiduciária trust: estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999 e também ALMEIDA, Verónica Scriptore Freire e Almeida, *A tributação dos trusts*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁸⁵ CORREIA, Ferrer, *últ. ob. cit.*, p. 162.

⁸⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *ob. cit.*, p. 72.

não só em Portugal, mas também em qualquer outro país onde os seus administradores julguem conveniente exercê-la⁸⁷.

Pertence à administração da Fundação escolher, de entre os fins da instituição, não só aquele ou aqueles que em cada lugar devem ser especialmente realizados, mas também a forma e o processo dessa realização.

Além dos fins gerais acima mencionados, a fundação tem ainda os fins especiais⁸⁸ de satisfazer todos os subsídios, que o testador, à data da sua morte, vinha dando regularmente, a quaisquer pessoas singulares ou a instituições de caridade, artísticas, religiosas ou científicas, seja qual for o lugar da sua sede ou onde exerçam a sua atividade, bem como satisfazer os subsídios que à data da feitura do testamento eram concedidos ao Hospital de Yedi-Kule, em Istambul, e à Biblioteca Gulbenkian, de Jerusalém, satisfazer as rendas vitalícias e pensões de reforma instituídas no testamento e demais encargos, e ainda dar execução a todas as determinações do testamento que os executores, por qualquer circunstância, não tenham podido efetivar.

Na ficha de avaliação da fundação Calouste Gulbenkian consta que esta recebeu apoios financeiros públicos, entre 2008 e 2010, no valor de €13.483.00, o qual apenas representa 0,7% dos seus proveitos totais⁸⁹ para os anos em causa, tendo no ano de 2010 teve valor patrimonial isento de €59.512.706. Diz-se na Resolução do Conselho de Ministros n.º 13-A/2013 que estes apoios financeiros públicos se destinaram, essencialmente, a programas de investigação.

Quanto ao imposto sobre o rendimento, a Fundação Calouste Gulbenkian encontra-se isenta, por força do despacho do Ministro das Finanças, de 18 de julho de 1989. Contudo tal isenção não vale para as suas subsidiárias, pelo que os valores que encontramos nos relatórios e contas anuais a estas se reportam. Assim,

⁸⁷ V. art. 5.º dos Estatutos- “A acção da Fundação exercer-se-á, não só em Portugal, mas também em qualquer outro país onde os seus administradores julguem conveniente exercê-la”.

⁸⁸ Art 7.º dos estatutos.

⁸⁹ Parte significativa das suas receitas provém da Partex, empresa petrolífera controlada a 100% pela FCG e de participações financeiras da FCG em diversas carteiras de investimento, como se refere no Relatório e Contas de 2012 da instituição.

as subsidiárias da Fundação com sede em Portugal estão sujeitas a tributação em sede de IRC e correspondente derrama. O cálculo do imposto corrente do exercício findo em 31 de dezembro de 2012 foi apurado com base numa taxa nominal de IRC e Derrama Municipal de 26,5%, de acordo com a Lei n.º 107-B/2003, de 31 de dezembro, a Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro (que aprovou a Lei das Finanças Locais), acrescida de uma taxa adicional até 5% referente à Derrama Estadual que incide sobre lucros tributáveis acima dos € 10 milhões, nos termos previstos na Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2012)⁹⁰.

A título exemplificativo o valor de IRC em 2012 foi de €15.957 (€ 865 de imposto corrente⁹¹ e €15.092 de imposto diferido⁹²).

Na avaliação feita pelo Relatório a Fundação Calouste Gulbenkian foi classificada com a nota total de 59,3%, tendo obtido 15,3% nos critérios de pertinência, 13,9% na eficácia e 30% na sustentabilidade. Desta avaliação não surgiram alterações na Resolução do Conselho de ministros n.º 13-A/2013 para a Fundação.

3. Fundação Alter Real

A fundação Alter Real foi instituída a 1 de Março de 2007, por força da extinção, pelo Decreto-Lei n.º 48/2007 de 27 de Fevereiro, do Serviço Nacional Coudélico. Foi criada como fundação pública de direito privado, cujos fins passam principalmente pela manutenção e desenvolvimento do património genético animal das raças de cavalo Lusitana, Sorraia e Garrano, da Escola Portuguesa

⁹⁰ Relatório e Contas de 2012, p. 350-351, disponível em <<http://www.gulbenkian.pt/Institucional/pt/Fundacao/RelatoriosEContas?a=4211>>. O relatório de 2013 ainda não se encontra disponível na página online da Fundação.

⁹¹ Os impostos correntes são os que se esperam que sejam pagos com base no resultado tributável apurado de acordo com as regras fiscais em vigor e utilizando a taxa de imposto aprovada ou substancialmente aprovada em cada jurisdição.

⁹² Os impostos diferidos são calculados, de acordo com o método do passivo com base no balanço, sobre as diferenças temporárias entre os valores contabilísticos dos ativos e passivos e a sua base fiscal, utilizando as taxas de imposto aprovadas ou substancialmente aprovadas à data de balanço em cada jurisdição e que se espera virem a ser aplicadas quando as diferenças temporárias se reverterem.

de Arte Equestre, bem como do Laboratório de Genética Molecular, tendo sido declarada instituição de utilidade pública⁹³.

Da sua ficha de avaliação consta que recebeu do Estado apoios financeiros, no triénio em estudo, de €3.469.211, valor que representa 53% dos seus proveitos nesse período, e das suas actividades beneficiam cerca de 184.018 pessoas.

Obteve a classificação de 12,3% no critério de pertinência e relevância, 26,5% na eficácia e 16,9% na sustentabilidade, o que perfaz a nota final de 55,7%. Em resultado desta avaliação, o Governo, no n.º 5 do Anexo I da Resolução do Conselho de Ministros n.º 13-A/2013, no âmbito da tutela do Ministério da Agricultura, do Mar, Do Ambiente e do Ordenamento do território determinou a extinção da Fundação Alter Real, passando as atribuições para a Direcção-Geral de Alimentação e Veterinária e para a Companhia das Lezírias, S.A..

A fundação foi extinta pelo Decreto-Lei n.º 109/2013 de 1 de Agosto, tendo sido transferido o património mobiliário e imobiliário da Coudelaria de Alter, assim como a sua manutenção, preservação e exploração para a Companhia das Lezírias, SA., que passou a reunir as Coudelarias de Alter, Nacional e da Companhia das Lezírias, facilitando a implementação e o desenvolvimento de uma política única equina. Estas entidades não podem ser desligadas da História de Portugal e representam um património cultural que importa preservar e divulgar.

De salientar ainda que com o Decreto-Lei n.º 109/2013 de 1 de Agosto, que altera o Decreto Regulamentar n.º 31/2012, de 13 de Março, se transferiu para a DGAV as competências relativas ao Laboratório de Genética Molecular na Coudelaria de Alter, ao Registo Nacional de Equinos e à gestão dos livros genealógicos.

4. Fundação para as Comunicações Móveis (a Fundação do Magalhães)

A Fundação para as Comunicações Móveis é uma fundação portuguesa privada, constituída a 11 de Setembro de 2008, que

⁹³ Dados consultados na página da Coudelaria de Alter : <<http://www.alterreal.pt/?q=a-instituicao/apresentacao>>.

pelos Operadores Móveis Sonaecom – Serviços de Comunicações, S.A., TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. e Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. Em 31 de Outubro de 2008, a FCM foi objecto de acto de reconhecimento administrativo, por Despacho n.º 28305-A/2008, do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, publicado na 2.ª Série do Diário da República, de 4 de Novembro de 2008 (rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 667/2009, publicada na 2.ª Série do Diário da República, de 3 de Março de 2009), tendo assim adquirido personalidade jurídica.

Os seus fins passam pela promoção, desenvolvimento, generalização e consolidação do acesso às comunicações, em particular móveis, e bem, assim, garantir a ampla utilização das novas tecnologias de informação e comunicação, contribuindo para o desenvolvimento económico, social e tecnológico de Portugal⁹⁴. Assim, as suas principais áreas de actuação são a colaboração europeia e internacional, o desenvolvimento social ou económico e a educação.

Foi da sua responsabilidade a gestão do Programa e-escola, sem prejuízo do acompanhamento e fiscalização da sua actividade pelo Governo, através do Ministério da Economia, e pelas demais entidades competentes, daí se ter tornado conhecida como a fundação do Magalhães.

Salta à vista na sua ficha de avaliação o montante de apoios públicos recebidos entre 2008 e 2010, no valor de €454.477.313, que representam a (módica) percentagem de 99,1% do total dos seus proveitos nesse período, beneficiando da fundação cerca de 3.014.400 pessoas.

Em termos de tributação, como a fundação não é detentora do estatuto de utilidade pública, está enquadrada no regime geral de tributação. Desta forma é tributada em sede de IRC à taxa de 23% (art. 87.º do CIRC), está sujeita a derrama e nos termos do art. 88.º do CIRC encontra-se ainda sujeita a uma tributação autónoma sobre um conjunto de encargos às taxas previstas no artigo.

⁹⁴ V. art. 2.º/1 dos estatutos. Os estatutos da fundação foram elaborados no quadro da legislação em vigor, constando de documento complementar que faz parte integrante da escritura pública de constituição da FCM, publicada em: <<http://www.fpcm.pt/downloads/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20FCM.pdf>>

No ano de 2012 o resultado do exercício antes de imposto foi de €215.187. A taxa nominal de imposto de 25%+1,5% daria um valor de €13.039 que com os ajustamentos à colecta tributação autónoma, se fixou num valor de imposto de €6.457⁹⁵.

No final da avaliação obteve a nota final de 66,5%, sendo que no critério de pertinência e relevância obteve 16,5%, na eficácia 30% em 30% possíveis, ou seja revelou-se 100% eficaz, e na sustentabilidade apenas 20% em 50% possíveis, valor que deixa dúvidas, uma vez que os benefícios estatais que receberam representaram 99,1% dos seus proveitos.

Na resolução do Conselho de ministros n.º 13-A/2013, n.º 4 do anexo I determinou-se, no âmbito da tutela do Ministério da Economia e do Emprego (MEE) a cessação total de apoios financeiros públicos a esta fundação.

VI. EM JEITO DE CONCLUSÃO, ESTAREMOS NO CAMINHO CERTO?

Na Resolução do Parlamento Europeu sobre economia social, sugeriu-se que entre as medidas de promoção das entidades da economia social se incluisse o acesso fácil ao crédito e benefícios fiscais, o desenvolvimento de microcréditos, a elaboração de estatutos europeus para as associações, as fundações e as sociedades mútuas, bem como financiamentos comunitários adaptados às necessidades e incentivos para prestar um maior apoio a estas organizações.

Como se vê, Portugal foi um fiel seguidor de tais conselhos. Mas será que também assim continuou quanto à recomendação para “estabelecer regras claras para determinar quais as entidades que podem legalmente funcionar como empresas da economia social e a instaurar barreiras jurídicas à entrada eficazes, de modo a que nenhuma organização estranha à economia social possa beneficiar de financiamentos destinados a empresas da economia social ou de políticas públicas concebidas para incentivar as empresas da economia social”?

No entender do Governo a Lei n.º 24/2012 veio estabelecer regras claras com vista a evitar abusos na utilização das funda-

⁹⁵ Relatório e Contas 2012, disponível em: <http://www.fpcm.pt/downloads/FCM_Relat%C3%B3rio%20e%20Contas%202012.pdf>.

ções, criando mecanismos de controlo rigorosos e um regime mais exigente para as situações em que estejam em causa a utilização de apoios financeiros públicos. Contudo, não é do relatório de avaliação que conseguimos chegar a essa conclusão, uma vez que este apenas estudou um número reduzido de fundações, não abrangendo as IPSS nem as fundações criadas depois de 1 de Janeiro de 2011, nem as fundações de origem canónica ou de outras confissões religiosas, grupos que têm algum peso entre nós.

Assim, pensamos que seria frutífero realizar-se no espaço de um a dois anos, um novo relatório de avaliação, de modo a verificar se realmente a Lei-Quadro das Fundações se revelou profícua.

Da nossa análise do relatório, consideramos exagerados os valores de apoios financeiros públicos concedidos às fundações, principalmente o valor de que beneficiou a Fundação para as Comunicações Móveis, atendendo ao número de beneficiários das instituições em causa e à situação económico-financeira do país.

Resta saber se continuaremos a ter fundações criadas apenas para beneficiarem dos apoios públicos, ou para fugir aos impostos, revelando pouco úteis ao interesse social, ou se pelo contrário estamos no caminho certo para a realização do propugnado pelo Parlamento.

Não podemos estar mais de acordo com Saldanha Sanches quando o autor referiu que há “fundações que parecem ter sido criadas apenas para fugir aos impostos”⁹⁶.

⁹⁶ Em artigo escrito para o Jornal Público, consultado aqui: <<http://expresso.sapo.pt/o-buraco-das-fundacoes=f573020#ixzz2qOrc8bBe>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÃO, Rui, «Fundações que reforma?», *Separata de Sciencia Iuridica*, Tomo LI, n.º 294, 2002, p. 507-514.
- ALMEIDA, Verónica Scriptore Freire e Almeida, *A tributação dos trusts*, Almedina, Coimbra, 2009.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1988.
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Almedina, 1974.
- ANTUNES, Engrácia, *Os grupos de Sociedades – Estrutura e organização da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002.
- BAPTISTA, Cristina Paula Casal, *As fundações no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2006.
- BARROS, Carlos Pestana; SANTOS, Gomes, *As fundações portuguesas*, Vulgata, Lisboa, 2000.
- CAETANO, Marcello, «As pessoas colectivas no novo Código Civil», *Separata de “O Direito”*, ano 99, n.º 2, 1967, p. 85-110.
- *Das fundações: subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Ática, 1961.
- CAMPOS, Leite de; VAZ, Maria João, *A propriedade fiduciária trust: estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999.
- CORREIA, Ferrer, «Contribuição para uma história da Fundação Calouste Gulbenkian», *RLJ*, ano 134, n.º 3927 e 3928, 2001, p. 162-182.
- CORREIA, Ferrer; SÁ, Almeno de, «Algumas notas sobre as fundações», *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, p. 331-346.
- CORREIA, José Sérvulo; MEDEIROS, Rui, «Restrições aos poderes do governo em matéria de reconhecimento e de alterações dos estatutos das fundações de direito privado», *ROA*, ano 62, Vol. II Abril, 2002, págs. 347-382.
- DUARTE, Feliciano Barreiras, *Regime jurídico e fiscal das fundações: com apêndice legislativo*, Âncora Editora, Lisboa, 2008.
- FARINHO, Domingos Soares, «Para além do bem e do mal: as fundações público-privadas», *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 339-370.

- HEMELS, Sigrid, «The European Foundation Proposal analysed from a tax point of view», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 3, 2013, p. 253-286.
- JUSTO, António Santos, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, 2010, p. 72-74.
- LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao estado social? : a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra Editora, Lisboa, 2010.
- MACEDO, Adalberto José Barbosa Monteiro, *Sobre as fundações públicas e privadas*, Vislis, Lisboa, 2001.
- MACHADO, Vítor de Sá, «As fundações, a opinião pública e a sociedade civil», *Separata do BFDUC*, Coimbra, 1998, p. 157-171.
- MACHETE, Rui Chancerelle de; ANTUNES, Henrique Sousa, *As fundações na Europa: aspectos jurídicos*, FLAD, Lisboa, 2005.
- MACHETE, Rui Chancerelle de, *Sobre as fundações e Azevedo Perdigão*, FLAD, Lisboa, 1993.
- MACHETE, Rui; ANTUNES, Henrique Sousa, *Direito das Fundações: propostas de reforma*, FLAD, Lisboa, 2004.
- MARTINS, Afonso D’Oliveira, «As fundações privadas: aspectos do seu regime jurídico», *Revista Ciência e Cultura*, n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 269-281.
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- MORNA, Mariana Pereira Francisco de Freitas, *Associações e fundações: um tertium genus*, Dissertação do 2.º ciclo de Estudos em Direito da FDUC em Ciências Jurídico-Civilísticas, Coimbra, 2011.
- NABAIS, José Casalta, «O regime fiscal das fundações», *Boletim de Ciência e Técnica Fiscal*, Abril-Junho 2002, p. 127-154.
- *Introdução ao direito fiscal das empresas*, Almedina, Coimbra, 2013.
- *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998.
- NUNES, Francisco; RETO, Luís; CARNEIRO, Miguel, *O terceiro sector em Portugal: delimitação, caracterização e potencialidades*, INSCOOP, Lisboa, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- PIRES, Manuel; PIRES, Rita, *Direito Fiscal*, 5.^a ed, Almedina, Coimbra, 2012.
- PIRES, Miguel Lucas, *Regime Jurídico aplicável às fundações de direito privado e utilidade pública*, Publicações CEDIPRE Online-7, <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>, Coimbra, Maio de 2011.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «As fundações no código civil: regime actual e projecto de reforma», *Revista Ciência e Cultura*, Separata n.º 1 e 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 59-85.
- «Fundações: uma espécie em vias de extensão?», *Separata das Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 251-270.
- SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2012.
- VILAR, Emílio Rui; GONÇALVES, Rui Hermenegildo, «Fundações e Direito da União Europeia: perspectivas de evolução», *Separata de "Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa"*, Vol. II, Almedina, 2008, p. 151-182.

(Página deixada propositadamente em branco)

AS FUNDAÇÕES CRIADAS POR EMPRESAS

José Francisco Bigotte da Veiga

Resumo: O presente estudo cuida das fundações criadas por empresas. O tema assume relevância quando nos apercebemos que não só em Portugal, mas um pouco pelo mundo têm surgido fundações deste tipo. No nosso país não existe um regime legal específico para estas fundações. Procuramos, assim, perceber que tipos de fundações existem (bem como caracterizá-las sob diferentes ópticas) e reflectir um pouco acerca das fundações de utilidade pública. De seguida, com dados actuais, debruçamo-nos sobre a Fundação EDP e indagamo-nos acerca da possibilidade de se criar um regime específico para estas fundações, atentas as suas especificidades.

Palavras-chave: *Fundações, Empresas, Utilidade Pública, Interesse Público.*

Abstract: This paper is about foundations created by companies, a very important topic not only in Portugal but also all over the world. Since in Portugal these foundations do not benefit from a specific legal framework, some research will be made concerning how foundations are treated in our legal system, especially public utility ones, in order to understand whether foundations created by companies should be granted a distinct legal regime. Further research will be carried out regarding the EDP foundation, envisaged as a Portuguese case-study in this area.

Keywords: foundations; companies; public utility; public interest

I. INTRODUÇÃO

Quando falamos em fundações, falamos em Economia Social¹. Numa altura em que o Estado Social nos aparece em *refundação*, importa reflectir acerca do papel que estas instituições podem ter na Comunidade. Neste contexto, será importante definir a realidade de que cuidamos, abordar os principais tipos existentes e perceber o respectivo enquadramento jurídico. Assim, devemos começar por ter em conta o enquadramento administrativo, de modo a reflectirmos, nomeadamente, nas exigências legais em matéria de constituição. Por outro lado, será importante atentarmos no regime fiscal das fundações. Efectivamente, estas entidades começam a assumir um papel preponderante na nossa organização colectiva, substituindo-se, muitas vezes, ao Estado. Assim, será importante estar atento aos benefícios fiscais concedidos, de modo a procurar o retorno na Comunidade. Devemos ter em conta que se estas entidades – ou outras que lhes concedem donativos – usufruem de benefícios fiscais, então devem mobilizar esses montantes em prol da Comunidade, de um modo particularmente exigente.

O âmago do nosso estudo terá que ver com as fundações criadas por empresas. De uma forma geral, vamos assistindo à *expansão* destas fundações (que não se encontram autonomizadas no nosso ordenamento jurídico). Ainda assim, o seu estudo individualizado assume uma maior importância, tanto mais se considerarmos que as mesmas têm especificidades próprias. Propomo-nos, então, abordar as realidades acabadas de referir, efectuando um estudo de caso com o papel da Fundação EDP e apresentando alguns dados para análise e discussão.

¹ Ou *terceiro sector*. Acompanhando FREITAS DO AMARAL, dizemos que estas entidades, a par das associações, correspondem a um sector diferente do público e do privado: “... um sector não lucrativo, de fins altruístas, que se entrega a actividades humanitárias, culturais e de solidariedade social.”. Sobre a natureza jurídica (no caso, especificamente das pessoas colectivas de utilidade pública), cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 744-748.

II. DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

1. Definição e algumas distinções: quanto ao tipo público ou privado, quanto ao regime jurídico, quanto aos instituidores e à origem do património e quanto aos fins

O presente estudo versa sobre as fundações criadas por empresas, procurando ilustrar a problemática com um caso real. Todavia, antes de nos debruçarmos sobre essas matérias do ponto de vista fiscal, importa rever certas noções básicas acerca das fundações e seu regime jurídico². Para tal, será necessário ter presente que no âmbito das fundações são várias as distinções que se podem promover³ e que não se esgotam no objecto deste estudo.

De acordo com Rui Machete e Henrique Sousa Antunes, as fundações são “entidades *independentes, constituídas separadamente, sem fins lucrativos, com os seus próprios órgãos de administração e a sua própria fonte de rendimentos, proveniente de modo exclusivo, ou não, de uma dotação*.”⁴.

² Para uma contextualização deste tema no Direito Português, cf. BAPTISTA, Cristina Paula Casal, *As Fundações no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006. Ter, no entanto, presente que a obra não se encontra totalmente actualizada, já que, entretanto, com a Lei n.º 24/2012, se criou uma regulamentação das fundações.

³ Leia-se, a este propósito, JOSÉ CASALTA NABAIS acerca da diversidade de organizações que podem integrar o universo das fundações: “Uma diversidade que pode resultar de diversos factores, a saber: do seu regime jurídico, (...); da sua titularidade, (...); da sua finalidade ou escopo, que pode ser de interesse social ou de interesse empresarial (ainda que instrumental do interesse social) [podendo as fundações consubstanciar-se em] pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, instituições particulares de solidariedade social, pessoas colectivas de mera utilidade pública ou fundações *tout court*...”. Cf. NABAIS, José Casalta, “O regime fiscal das fundações”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Boletim da Direcção Geral de Contribuições e Impostos, N.º 406, 2002, pp. 133.

⁴ Os itálicos estão no texto original. Quanto à definição que apresentam, os autores comentam que a mesma exclui as fundações de fins privados. Os autores chamam ainda a atenção para o facto de não existir, à data da publicação do seu estudo, uma definição estabilizada de fundação ao nível europeu. Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de; ANTUNES, Henrique Sousa, *Direito das Fundações – Propostas de Reforma*, Fundação Luso-Ameri-

Para a constituição de uma fundação devem observar-se certos requisitos⁵:

- O objecto deve ser física e legalmente possível e não deve ser contrário à lei, nem à ordem pública, nem ofensivo dos bons costumes (art. 280.º CC);
- Os estatutos da Fundação não devem ser contrários à lei (art. 188.º, n.º 3, alínea c) CC);
- O fim deve ser de *interesse social*⁶, o que compreende, nomeadamente, fins culturais, desportivos, ambientais, de solidariedade social e assistência;
- Deve possuir um património suficiente para prosseguir o fim proposto⁷.

Para que uma fundação passe a ser sujeito de direito e, portanto, centro autónomo de direitos e deveres jurídicos deve ser reconhecida pela Administração. No caso do 1.º requisito de que demos conta, podemos afirmar que a acção da Administração se encontra vinculada à lei (apesar de “ordem pública” e “bons costu-

cana, Lisboa, 2004, pp. 42-43. Entretanto, em Fevereiro de 2012, foi elaborada uma proposta de regulamento europeu que trata das fundações. A proposta encontra-se *online*: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0035:FIN:pt:PDF>> [Última consulta a 21-06-2014]. Ainda quanto às diferentes noções de fundação, DOMINGOS SOARES FARINHO apresenta as posições de diversos autores. Cf. FARINHO, Domingos Soares, “Empresa e fundações: uma união mais forte?” in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, N.º 4, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 807-808, nota 2. Por fim, referir que LQF define no art. 3.º, n.º 1 uma fundação nos seguintes termos: “A fundação é uma pessoa coletiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social.”

⁵ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 34-38; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 313-314.

⁶ De acordo com a LQF, “são fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios.” (art. 3.º, n.º 2).

⁷ Património distingue-se de dotação inicial em capital, na medida em que o primeiro é um elemento essencial do substrato e o segundo não é. Tal distinção mostra-se mais importante nas “fundações de empresa” em que a empresa-mãe se compromete a transferir os montantes necessários para a actividade da fundação. Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 37-38.

mes” nos remeter para conceitos indeterminados). Já relativamente aos demais requisitos é a acção discricionária que está em causa⁸. Daí que o reconhecimento seja por concessão e não normativo.

Em Portugal, com a aprovação da LQF, passou a ser competência do Primeiro-Ministro, com possibilidade de delegação, o reconhecimento das fundações (art. 6.º). Após o reconhecimento, nos termos do art. 8.º, devem as fundações promover o seu registo. O Instituto Português dos Registo e Notariado, I.P. deve manter para consulta pública uma base de dados das fundações.

Quanto aos critérios de distinção, dizemos que as fundações podem ser públicas ou privadas. Como ensina Freitas do Amaral, as fundações públicas são uma espécie dos institutos públicos, que integram a Administração Estadual Indirecta. São “...pessoas colectivas públicas, reguladas pelo Direito Administrativo. Trata-se, portanto de patrimónios que são afectos à realização de fins públicos especiais.”⁹. Cristina Baptista acrescenta ainda que “...são instituídas por um acto de soberania estadual, (...), para a atribuição de interesses públicos, no âmbito da pessoa colectiva pública que as instituiu...”¹⁰. Relativamente às fundações privadas, importa esclarecer que foi com a LQF que se introduziu um conceito legal de fundação privada. O legislador define, no art. 4.º, n.º 1, alínea a), este tipo de fundação como: “as fundações criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, em conjunto ou não com pessoas coletivas públicas, desde que estas, isolada ou conjuntamente, não detenham sobre a fundação uma influência dominante”. De acordo com os art. 185.º a 188.º CC percebemos as características essenciais destas fundações. Com Cristina Baptista, falamos de “... organismos sociais privados, dotados de vida própria, devotados ao cumprimento de uma tarefa de interesse social (...) [.] possuindo os meios mínimos necessários à prossecução desses objectivos e dispondo de administração própria.”. Mais adiante, a mesma autora aponta como critério de distinção a *qualidade dos instituidores*¹¹. É

⁸ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 38.

⁹ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 370. Sobre a Administração Indirecta, *idem*, pp. 347-361.

¹⁰ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 23-24.

¹¹ *Idem*, pp. 29, 45.

também este o sentido da Lei n.º 1/2012¹², que refere, no seu artigo 2.º, alínea e) que são fundações privadas aquelas que são criadas “por uma ou mais pessoas de direito privado”.

No que concerne ao regime jurídico, identificamos fundações de direito público e fundações de direito privado. O critério de distinção tem que ver com uma nota de soberania, com o *ius imperium*, consubstanciando-se o exercício das pessoas colectivas de direito público em funções próprias da autoridade estadual, isto é quando se encontram numa posição de soberania em face de outras pessoas colectivas¹³.

Naturalmente, não se pode fazer uma correspondência entre o tipo de fundação e o seu regime jurídico. Note-se, por exemplo, que existem fundações públicas que estão sujeitas a um regime de direito privado, como é o caso da Fundação Serralves ou de algumas fundações municipais. Inversamente, temos fundações privadas que nalgumas circunstâncias estão sujeitas a um regime de direito público, sem que se possam considerar como organismos públicos. Tal resulta dos fins a que as mesmas se encontram sujeitas, como os resultantes da actividade social¹⁴. Neste mesmo sentido, se encontra a Lei n.º 1/2012, de 3 de Janeiro, que, no seu artigo 2.º, define *fundações públicas de direito público* como “as fundações criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas, bem como os fundos personalizados criados exclusivamente por pessoas coletivas públicas nos termos da Lei-Quadro dos institutos públicos...” e *fundações públicas de direito privado* como “as fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas ou com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação”.

Devemos agora tecer algumas considerações sobre os instituidores e a origem do património das fundações. De acordo com

¹² Esta lei determina um censo a todas as fundações nacionais e estrangeiras que operem no território português, com vista a avaliar o custo-benefício e a sua viabilidade financeira, a fim de determinar a sua manutenção ou extinção.

¹³ É este o critério que MOTA PINTO acolhe, na esteira de MANUEL DE ANDRADE. Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral ...*, *ob. cit.*, pp. 282 ss.

¹⁴ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 25-26, 45-46.

este critério, as fundações podem ser agrupadas em fundações pessoais ou individuais, fundações de empresa, fundações de origem pública e ainda fundações de solidariedade social.

No dizer de Cristina Baptista, as fundações pessoais ou individuais “São fundações em que uma pessoa, ou grupo de pessoas ou uma família afecta uma parte ou a totalidade do seu património pessoal à instituição de uma fundação.”. Estas fundações gozam de ampla liberdade de actuação, estando apenas adstritas ao cumprimento da vontade do instituidor e às obrigações decorrentes do estatuto de utilidade pública, como sejam, nomeadamente, ter de enviar anualmente à Presidência do Conselho de Ministros o relatório de contas do exercício, prestar à Administração Pública as informações solicitadas e colaborar com o Estado e as autarquias locais¹⁵.

No caso das fundações de empresa¹⁶, a instituição é feita pela empresa e com ela estabelecem-se laços estreitos do ponto de vista financeiro e da administração. Muitas vezes estas fundações não têm sede, nem funcionários próprios, estando integradas na sede e usando-se dos serviços da empresa-mãe. Não existe lei específica em Portugal para regular estas fundações, sendo aplicado o Código Civil¹⁷ e a parte geral da LQF¹⁸.

As fundações de origem pública foram criadas por um ente público (através de dotações públicas) e estão sujeitas ao regime de direito privado, embora dependam das transferências do sector público para financiarem as suas iniciativas e projectos¹⁹.

¹⁵ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 39-40, 67 ss.

¹⁶ Será importante clarificar que fundação de empresa distingue-se de fundação-empresa. Neste último caso, podemos estar perante uma fundação participante em empresas, uma fundação suporte de uma empresa, ou uma fundação-empresa em sentido estrito. Trata-se da utilização da forma jurídica fundacional na área empresarial. Para maiores desenvolvimentos, cf. FARINHO, Domingos Soares, *Fundações e Interesse Público*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 314-316; FARINHO, Domingos Soares, “Empresa...”, *ob. cit.*, pp. 816-825; SERRANO CHAMORRO, Maria Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pp. 235 ss.

¹⁷ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 39-40.

¹⁸ A LQF apenas consagra o regime especial das seguintes fundações privadas: fundações de solidariedade social (art. 39.º-41.º), fundações de cooperação para o desenvolvimento (42.º-44.º) e fundações para a criação de estabelecimentos de ensino superior privados (art. 45.º-47.º).

¹⁹ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 39-40.

Por fim, as fundações de solidariedade social são aquelas que se encontram reguladas no Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social. Podem ser instituídas por indivíduos ou pela Igreja Católica (ao abrigo da Concordata), ou por outras Igrejas. Estas fundações celebram protocolos com o Estado nas mais diversas áreas, o que significa que muitas vezes são pagas com dinheiros públicos²⁰.

As fundações podem ainda distinguir-se quanto aos fins entre fundações de interesse social, fundações de interesse social e utilidade pública, fundações de solidariedade social (IPSS) e ainda as fundações de interesse geral e estatuto de solidariedade social²¹.

Por último²², distinguimos ainda fundações operativas de fundações garante²³. Enquanto as primeiras prosseguem os seus fins, desenvolvendo as suas actividades definidas pela vontade do instituidor, as segundas garantem e atribuem bolsas e donativos a projectos específicos, desenvolvidos por outras entidades. Existem ainda estruturas que compreendem características de ambos os tipos.

2. As fundações de utilidade pública

Pode dar-se o caso de as fundações serem objecto de um reconhecimento adicional²⁴ por parte do Estado, atestando o *interesse geral* das mesmas²⁵. Nestas situações, a fundação mantém a

²⁰ *Ibidem*

²¹ Para maiores desenvolvimentos, cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 47 ss.

²² Não procurámos ser exaustivos nas várias distinções ao nível das fundações. No entanto, podemos ainda remeter para o pensamento de DOMINGOS SOARES FARINHO se refere e desenvolve várias espécies fundacionais. Cf. FARINHO, Domingos Soares, *Fundações...*, *ob. cit.*, pp. 277-320.

²³ Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 84 ss.

²⁴ Como vimos *supra*, todas as fundações estão sujeitas a um reconhecimento constitutivo, isto é, as fundações apenas se tornam sujeitos jurídicos e centros autónomos de relações jurídicas após o reconhecimento. Depois deste poderá existir um outro reconhecimento – o do estatuto de utilidade pública. Enquanto que para a constituição das fundações se exige um *interesse social*, para o reconhecimento de utilidade pública é necessário um *interesse geral*.

²⁵ Sendo algumas fundações classificadas como “fundações de utilidade pública”, surge a questão de saber se existirão fundações de utilidade particular. De acordo com FREITAS DO AMARAL, “São de utilidade

sua independência organizativa, funcional, administrativa e financeira, atendendo à vontade originária do seu instituidor e que lhes permitem levar a cabo os fins de interesse público. Falamos, a este propósito, do reconhecimento do estatuto de utilidade pública. O seu regime jurídico encontra-se estabelecido no DL n.º 460/77, de 7 de Novembro, de acordo com as alterações provocadas pelo DL n.º 391/2007, de 13 de Dezembro (embora algumas das suas disposições tenham sido revogadas pela LQF). No artigo 1.º, n.º 1 começa o legislador por definir este conceito: “São pessoas colectivas de utilidade pública as associações ou fundações que prossigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a administração central ou a administração local, em termos de merecerem da parte desta administração a declaração de utilidade pública.”. De seguida, prossegue, elencando as características que deverão estar presentes para que o estatuto possa ser reconhecido (art. 2.º):

- a. Desenvolverem, sem fins lucrativos, a sua intervenção em favor da comunidade em áreas de relevo social tais como a promo-

particular as pessoas colectivas privadas que, embora de fim não lucrativo, desenvolvam actividades que não interessem primacialmente à comunidade nacional ou a qualquer região autónoma ou autarquia local, mas apenas a grupos privados; e as pessoas colectivas privadas e de fim não lucrativo que, embora visando objectivos de interesse geral, não aceitem cooperar com a Administração Pública, central ou local.”. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *ob. cit.*, p. 734. Diversamente, CRISTINA BAPTISTA entende que se deve proceder a uma alteração legislativa, no sentido de classificar como detentoras de utilidade pública todas as fundações. Neste caso, deixaria de vigorar o duplo reconhecimento das fundações – para a sua constituição e para a declaração de utilidade pública. A autora sustenta a sua posição na dificuldade de distinção entre *interesse social* e *interesse geral*. Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 64-67. Esta questão é também desenvolvida na tese de doutoramento de DOMINGOS SOARES FARINHO, recentemente publicada. Cf. FARINHO, Domingos Soares, *Fundações...*, *ob. cit.* pp. 321 ss.

Questão diferente seria, como vimos *supra*, a de saber se seriam admissíveis no nosso ordenamento jurídico fundações que prosseguissem *fins de interesse particular*. Neste caso, não há dúvidas que a constituição de tais fundações se encontra vedada pelo legislador. Apenas através de liberalidades ou de encargos modais se poderão alcançar os objectivos que presidiriam à constituição de tais fundações. Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral...*, *ob. cit.*, p. 293.

ção da cidadania e dos direitos humanos, a educação, a cultura, a ciência, o desporto, o associativismo jovem, a protecção de crianças, jovens, pessoas idosas, pessoas desfavorecidas, bem como de cidadãos com necessidades especiais, a protecção do consumidor, a protecção do meio ambiente e do património natural, o combate à discriminação baseada no género, raça, etnia, religião ou em qualquer outra forma de discriminação legalmente proibida, a erradicação da pobreza, a promoção da saúde ou do bem-estar físico, a protecção da saúde, a prevenção e controlo da doença, o empreendedorismo, a inovação e o desenvolvimento económico, a preservação do património cultural;

- b. Estarem regularmente constituídas e regerem-se por estatutos elaborados em conformidade com a lei;
- c. Não desenvolverem, a título principal, actividades económicas em concorrência com outras entidades que não possam beneficiar do estatuto de utilidade pública;
- d. Não serem enquadráveis em regimes jurídicos especiais que lhes reconheçam a natureza ou, em alternativa, o gozo das prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública;
- e. Possuírem os meios humanos e materiais adequados ao cumprimento dos objectivos estatutários;
- f. Não exercerem a sua actividade, de forma exclusiva, em benefício dos interesses privados quer dos próprios associados, quer dos fundadores, conforme os casos.

Para Freitas do Amaral²⁶, há um conjunto de 4 requisitos para que se possa reconhecer uma pessoa colectiva²⁷ como detentora de utilidade pública: devemos estar perante pessoas colectivas privadas, que prossigam fins não lucrativos de interesse geral e cooperem com a Administração no desenvolvimento de tais fins. Devem ainda ser reconhecidas como tais pela Administração.

O pedido de reconhecimento do estatuto de utilidade pública é efectuado via *internet*. (art. 5.º DL n.º 460/77 e 25.º, n.º 2 LQF). É o primeiro-ministro que tem competência para proceder à

²⁶ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso..., ob. cit.*, pp. 736.

²⁷ Note-se que no geral o diploma (e assim a análise de FREITAS DO AMARAL) consubstancia-se na declaração de utilidade pública de pessoas colectivas. Todavia, no presente estudo apenas nos referimos às fundações, apesar do dispositivo ser o mesmo para as associações.

declaração do estatuto de utilidade pública²⁸ (art. 3.º DL n.º 460/77 e 25.º, n.º 1 LQF).

De acordo com Freitas do Amaral²⁹, quando não estejam em causa IPSS³⁰, nem pessoas colectivas de utilidade pública administrativa³¹, falamos em pessoas colectivas de *mera utilidade pública*. Neste

²⁸ O Primeiro-Ministro actualmente em funções, através do Despacho n.º 6990/2013, delega no Ministro da Presidência e dos Assuntos Parlamentares a competência para reconhecer o estatuto de utilidade pública.

²⁹ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 737 ss..

³⁰ As IPSS acabam por prestar serviços que poderiam caber ao Estado. É nesse contexto que são celebrados acordos de cooperação entre a Segurança Social e estas entidades. Compreendem, nomeadamente, fins de apoio a crianças e jovens, apoio à família, integração social e comunitária e protecção na velhice e na invalidez. O regime jurídico destas instituições encontra-se presente no DL n.º 119/83 (Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social), que, no seu artigo 77.º, define fundações de solidariedade social como “... as instituídas nos termos do presente diploma e que prossigam alguns dos objectivos enumerados no art. 1.º”. O Estatuto a que acabámos de aludir prevê que as IPSS possam assumir uma das seguintes formas: associações de solidariedade social, misericórdias, fundações de solidariedade social, associações de voluntários de acção social e uniões e federações de IPSS. Cf. BAPTISTA, Cristina, *As fundações...*, *ob. cit.*, pp. 70 ss. e AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 738. Especialmente LICÍNIO LOPES aprofundou esta temática na sua dissertação de mestrado. Sobre o conceito de IPSS, inserção destas instituições no terceiro sector e desenvolvimento do regime jurídico, cf. LOPES, Licínio, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 89-153, 209-234.

³¹ O Código Administrativo Português de 1940, no art. 416.º, define pessoas colectivas de utilidade pública administrativa: “Consideram-se pessoas colectivas de utilidade pública administrativa as associações beneficentes ou humanitárias e os institutos de assistência ou educação, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas pias, creches, lactários, albergues, dispensários, sanatórios, bibliotecas e estabelecimentos análogos, fundados por particulares, desde que umas e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo.” No entanto, não é unânime na doutrina que o preceito esteja em vigor. DOMINGOS SOARES FARINHO diz-nos que “..., é duvidoso que, no que toca às fundações, este regime jurídico esteja ainda em vigor ou, num cenário mais brando, tenha aplicabilidade prática possível.” Mais adiante, a propósito da fundação privada de solidariedade social, o mesmo autor afirma que este tipo de fundação sucedeu à fundação privada de utilidade pública administrativa, atendendo ao critério finalístico: “No caso da Fundação Privada de Utilidade Pública Administrativa esses fins eram de assistência e de educação (...); o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, continuou esta

caso, os fins de interesse geral prosseguidos são aqueles que não são específicos de nenhuma das demais categorias. O seu regime consta igualmente do DL n.º 460/77. Freitas do Amaral entende que a intervenção da Administração é mínima nas pessoas colectivas de mera utilidade pública, porque os fins de interesse geral que estas prosseguem não interferem com as funções da Administração; é intermédia nas IPSS, porque os fins coincidem com os da Administração e esta favorece e fiscaliza as suas actividades; e é máxima nas pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, porque estas entidades privadas vêm suprir uma omissão ou lacuna dos poderes públicos³².

Relativamente às regalias das fundações, não nos vamos referir ao *dever fundamental de pagar impostos*, aceitando que elas têm capacidade contributiva, ajudando duplamente nos encargos públi-

tradição, com poucas inovações, (...). Assim, pode dizer-se que o legislador do EIPSS manteve a distinção entre fins de assistência e de educação, previsto no Código Administrativo, tendo, contudo, alterado a sua formulação, ...”. E conclui: “Não se vê, no caso fundacional, como pode sobrar, o amplo catálogo de fins de solidariedade, enquanto assistência e educação, algum fim que, estando previsto na segunda parte do art. 416.º do CA, não o esteja no n.º 1 do art. 1.º do EIPSS. Como consequência, por força do n.º 1 do art. 94.º EIPSS, no caso fundacional, todas as fundações privadas de utilidade pública administrativa devem ser consideradas fundações privadas de solidariedade social.” Cf. FARINHO, Domingos Soares, *Fundações...*, *ob. cit.*, pp. 218, 866-867, incluindo as notas 1882 e 1884. Também JORGE MIRANDA entende que “... as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa (...) desapareceram com a Constituição de 1976 e legislação subsequente (...), se bem que, por lapso, ainda venham mencionadas (...). Presentemente, não há senão as «instituições particulares de solidariedade social»...”. Cf. MIRANDA, Jorge, “As Associações Públicas no Direito Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXVII, 1986, pp. 63. Freitas do Amaral, inversamente, entende que o preceito vigora: “... [a tese de Jorge Miranda] não nos parece conforme ao direito positivo. (...) Quer dizer: a introdução no nosso direito da categoria das instituições particulares de solidariedade social arrancou muitas espécies à categoria das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, mas não esvaziou esta de conteúdo útil. Nomeadamente, continuam a dever ser qualificadas como pessoas colectivas de utilidade pública administrativa todas aquelas que já o eram à face do art. 416.º CA e não passaram a instituições particulares de solidariedade social, nos termos do DL n.º 119/83,...”. Exemplifica com as *associações* (e não fundações) de bombeiros voluntários. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 720-723.

³² Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 738-739.

cos: por um lado, pela satisfação de interesses gerais ou sociais, suportando as despesas; e, por outro lado, pela sujeição aos impostos³³. No entanto, será necessário esclarecer que no nosso país não existe um regime fiscal específico para as fundações, estando este dependente do reconhecimento do estatuto de utilidade pública, das fundações de interesse social, dos institutos públicos, ou das IPSS. Nesta sede, referir-nos-emos, esquematicamente, a alguns aspectos³⁴ do regime fiscal das pessoas colectivas com utilidade pública. Devemos, igualmente, referir que as isenções estão, geralmente, dependentes de reconhecimento.

- DL n.º 460/77 – Art. 10.º:
 - a. *Isenção de taxas de televisão e de rádio;*
 - b. *Sujeição à tarifa aplicável aos consumos domésticos de energia eléctrica;*
 - c. *Isenção das taxas previstas na legislação sobre espectáculos e divertimentos públicos;*
 - d. *Publicação gratuita das alterações dos estatutos nos termos legalmente previstos para os actos das sociedades comerciais.*
- Lei n.º 151/99 – Art. 1.º – prevê as seguintes isenções:
 - a. *Imposto do selo;*
 - b. *Imposto municipal de sisa pela aquisição dos imóveis destinados à realização dos seus fins estatutários;*
 - c. *Imposto sobre as sucessões e doações relativo à transmissão de imóveis destinados à realização dos seus fins estatutários;*
 - d. *Contribuição autárquica de prédios urbanos destinados à realização dos seus fins estatutários;*
 - e. *Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, a ser reconhecida nos termos e condições do respectivo Código;*
 - f. *Imposto sobre veículos, imposto de circulação e imposto automóvel...*
- CIRC:
 - Art. 10.º – consagra a isenção fiscal de pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, de mera utilidade pública e de IPSS e entidades equiparadas.

³³ Cf. NABAIS, José Casalta, “O regime fiscal . . . , *ob. cit.*, pp. 130-133.

³⁴ Não pretendemos ser exaustivos neste tratamento. Assim, fica excluída a referência a vários impostos, como o IVA, o IMI, ...

- Quando não é este o caso:
 - Art. 3.º, n.º 1, alínea b) e art. 53.º – As fundações são tributadas pelo seu rendimento global, correspondente à soma algébrica das categorias E (rendimentos de capitais), F (rendimentos prediais) e G (incrementos patrimoniais)³⁵.
 - Art. 87.º – Coloca a taxa de tributação em 21,5% (as entidades empresariais e as fundações que desenvolvem actividades empresariais estão, em regra, sujeitas a uma taxa de 23%)³⁶.
- Art. 23.º – Com a Lei n.º 2/2014, alterou-se a definição de gastos. Anteriormente falava-se em 3 requisitos para gastos: a comprovação, a indispensabilidade e a ligação aos rendimentos. Hoje a definição do legislador refere-se a “todos os gastos ou perdas”, embora venha depois excluir alguns gastos (hoje num artigo autónomo: 23.ºA).

III. AS FUNDAÇÕES CRIADAS POR EMPRESAS (FUNDAÇÕES DE EMPRESA)

As fundações que nos interessam no presente estudo são as fundações privadas de direito privado, criadas por empresas³⁷. Concretamente, pretendemos perceber quais as vantagens de se agir em *socialidade* através destas pessoas colectivas e se existem ou

³⁵ Como bem lembra JOSÉ CASALTA NABAIS, não será possível a tributação das categorias A e H (trabalho dependente e pensões), uma vez que esses pressupõem personalidade física, nem da categoria B, porque esta categoria se refere a rendimentos empresariais, integrando a tributação pelo lucro. Cf. NABAIS, Casalta, “O Regime...”, *ob. cit.*, pp. 141, nota 37.

³⁶ Não devemos esquecer que às fundações não se aplica a sobretaxa da derrama estadual (art. 87.º-A CIRC) nem a derrama municipal (art. 18.º da Lei n.º 73/2013). Cf. LOPES, Inês Helena Martins, *O regime fiscal das fundações (em especial em sede de IRC)*, Coimbra, 2014 (em publicação).

³⁷ A doutrina portuguesa não é unânime quanto à definição de empresa. Não é este o momento para avançar uma definição jurídica rigorosa, nem ilustrar as diversas opções doutrinárias. Assim, adoptamos o conceito presente na Lei n.º 19/2012 que refere que a empresa “... é qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.”.

não vantagens em promover e incentivar acções por parte destes agentes, ao invés de ser o próprio Estado a agir ou as empresas, através das suas políticas de responsabilidade social, sem que para tal tenham de criar pessoas jurídicas distintas.

Temos assistido em Portugal à criação de diversas fundações ao longo dos anos. Muitas destas fundações são públicas e outras são privadas que, para sobreviverem, necessitam de lhes serem atribuídas várias subvenções públicas^{38,39}, ou isenções fiscais⁴⁰.

Aqui preocupar-nos-emos sobretudo em atentar nas fundações criadas por empresas. Assim, tentaremos perceber se existe um escopo relacionado com a defesa de um interesse público relevante ou se essa defesa surge encadeada, como forma de o grupo empresarial promover uma *poupança fiscal*.

Sousa Ribeiro refere-se a estas fundações do seguinte modo: “O termo designa fundações criadas por uma empresa (ou, no caso das empresas familiares, por um titular de uma empresa, e em conexão com esta), para levar a cabo, de forma autonomamente institucionalizada, actividades de interesse social. Quanto aos fins, (...) actuam nos campos tradicionais das fundações – a beneficência, a arte e cultura, a investigação científica, designadamente. Não deixam, por isso, de se inserir na estratégia global de afirmação da empresa instituidora ...”⁴¹. Outros autores, apesar de reconhecerem

³⁸ Foi este aliás um dos factores que levou à realização do Relatório de Avaliação das Fundações, elaborado na sequência da Lei n.º 1/2012, de 3 de Janeiro. No relatório refere-se claramente que a sugestão de elaboração do relatório partiu da *troika*, no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira. O objectivo primordial é actuar, com vista à redução do “Estado-paralelo” (pp. 8) e dos custos a ele inerentes. Para tal, são indicadas algumas medidas, como a extinção de fundações públicas, diminuição ou suspensão do pagamento das subvenções e ainda retirada do estatuto de utilidade pública para as fundações privadas (pp. 5). O relatório encontra-se online: <http://www.portugal.gov.pt/media/673521/relat_rio_de_avaliao_o.pdf> [Consultado em 21-06-2014].

³⁹ O mesmo relatório refere que no triénio 2008-2010 foram atribuídos pelo Estado mais 1,4 milhões de euros às fundações (incluindo as transferências para as fundações públicas de direito privado, onde se incluem as abrangidas pelo regime jurídico das instituições de Ensino Superior. Cf. RAF, pp. 23, nota 14.

⁴⁰ *Idem*, pp. 25 ss.

⁴¹ Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Fundações: Uma espécie em vias de extensão?”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos*

que o fenómeno atinge uma dimensão considerável, entendem que o mesmo não causa problemas acrescidos. A este propósito leia-se Maria Eugenia Serrano Chamorro: “... o [sentido] da fundação criada por uma empresa, não gera nenhum problema, dado que qualquer pessoa colectiva pode criar uma fundação, que terá a sua própria personalidade jurídica e autonomia.”(tradução nossa)⁴².

Em França, o legislador decidiu regulamentar este tipo de fundações (*fondation d'entreprise*), num diploma autónomo: a Lei n.º 90-559, de 4 de Julho de 1990. Apesar de a criação deste tipo de fundação se ter devido, sobretudo, “à exigência e rigidez dos processos de reconhecimento [de fundações reconhecidas de utilidade pública] (...) naquele país.”⁴³, não deixa de ser verdade que algumas soluções encontradas pelo legislador francês de 1990 merecem a nossa atenção.

No dizer de Charles Debbasch, “A *fondation d'entreprise* é uma pessoa colectiva, sem fins lucrativos, criada com vista à realização de um fim de interesse geral. Sabemos que está condição se encontra satisfeita se a actividade não é lucrativa, se a gestão é desinteressada e se nenhuma vantagem é procurada pelos seus membros.” (tradução nossa)⁴⁴. Ou seja, assumindo que à partida a fundação e a empresa não parecem *compatíveis*⁴⁵, revela-se necessário pensar as

da *Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 258-259.

⁴² Ainda assim, a autora admite que hoje grande parte das fundações que surgem e que movimentam um maior volume económico são criadas e mantidas por empresas. Cf. SERRANO CHAMORRO, Maria Eugenia, *Las fundaciones...*, *ob. cit.*, pp. 237.

⁴³ Cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Fundações...”, *ob. cit.*, pp. 259. CHARLES DEBBASCH é ainda mais claro, ao referir que o procedimento de criação de fundações e reconhecimento de utilidade pública em França não era encorajador para os gestores das empresas: “La procédure de demande d'utilité publique, qui prend souvent plusieurs années, était apparue trop lourde et décourageante pour les chefs d'entreprises. C'est-pourquoi la loi actuelle a prévu un mécanisme beaucoup plus souple et beaucoup plus rapide.” Cf. DEBBASCH, Charles, “Le nouveau statut juridique des fondations: Fondations d'entreprise et fondations classiques”, in *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 1990, pp. 271.

⁴⁴ Cf. DEBBASCH, Charles, “Le nouveau ...”, *ob. cit.*, pp. 270.

⁴⁵ A expressão é de MARIA EUGÉNIA SERRANO CHAMORRO que justifica: “... la primera [fundación] persigue un fin altruista que supone un beneficio para el conjunto de la sociedad, la segunda [empresa] atiende un fin egoísta que deriva en un beneficio para unas personas en concreto.” Cf. SERRANO CHAMORRO, Maria Eugenia, *Las fundaciones...*, *ob. cit.*, pp. 236.

condições em que o interesse geral é assegurado. Entende a lei francesa que a fundação não deverá ter actividades ou fins lucrativos, deverá ser promovida uma gestão desinteressada e não deverão ser distribuídos benefícios aos seus membros⁴⁶.

Ao mesmo tempo, estabelecem-se várias diferenças ao nível do regime jurídico, sobretudo para facilitar a criação deste tipo de fundações. A título exemplificativo⁴⁷, reparam-se a obrigação destes entes adoptarem na sua designação a expressão “*fondation d’entreprise*” e não unicamente “*fondation*”, a não representação do Estado nos órgãos de administração, ou a não existência de estatutos-tipo, propostos pelo *Conseil d’État*.

Quanto à duração da *fondation d’entreprise*, será importante realçar que a mesma é constituída por tempo determinado, nunca inferior a 5 anos⁴⁸ (art. 19-2). Percebe-se, então, que um modo de extinção deste tipo de fundação alcançar-se-á pelo decurso do prazo determinado para a duração da mesma, não havendo vontade de o prorrogar. Além deste modo, também podem os fundadores acordar amigavelmente extinguir a fundação, desde que tenham transferido os montantes a que se comprometeram, e ainda pode a Administração retirar a autorização que havia concedido (art. 19-11). O art. 19-12 impede que os bens doados pelos fundadores à fun-

⁴⁶ De resto, a Lei n.º 90-559, de 4 de Julho de 1990, no seu art. 4.º (que altera o art. 19 da Lei n.º 87-571, de 23 de Julho de 1987) define este tipo de fundação: “Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d’une oeuvre d’intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée *fondation d’entreprise*.”

⁴⁷ Para uma breve sùmula das principais diferenças, cf. FARINHO, Domingos Soares, *Fundações...*, *ob. cit.*, pp. 166.

⁴⁸ A este propósito, CHARLES DEBBASCH chama-nos a atenção para algumas diferenças existentes entre o regime geral e este tipo de fundação, relacionando a criação das fundações com uma estratégia das próprias empresas: “L’intention, en effet, n’est pas la même selon qu’il s’agit ou non d’une *fondation d’entreprise*. Celui qui crée une *fondation reconnue d’utilité publique* dispose au départ d’une somme importante qu’il désire affecter irrévocablement à une oeuvre dont la perpétuité est ainsi assurée. Il n’es as de même pour ne *entreprise*; cell-ci, le plus souvent, souhaite se lancer dans des actions de mécénat beaucoup plus pour des raisons diverses tenant à la stratégie de l’*entreprise* que pour rechercher la survie de ce soutien à tel o tel projet qui peut d’ailleurs se situer à plus ou moins long term.” Cf. DEBBASCH, Charles, “Le nouveau...”, *ob. cit.*, pp. 272.

dação de empresa regressem à sua esfera jurídica, com a extinção da fundação. Assim, os bens⁴⁹ deverão ser deixados, por exemplo a *fondations reconnu d'utilité publique*⁵⁰ que prossigam fins idênticos.

Em Portugal, não existe uma lei específica para regular este tipo de fundações (a recente LQF não o aborda), o que significa que se aplica o regime geral.

Em primeiro lugar, no que concerne aos elementos constitutivos, existe um *fim* a que a fundação terá de obedecer e que terá de ter em conta o interesse social; há um *património* que deve dotar a fundação para a prossecução do seu fim (pode o fundador optar por dotar a fundação com um património inicial suficiente, ou garantir contribuições patrimoniais periódicas); e, por fim, quanto à *organização*, existe uma personalidade jurídica própria e pode o instituidor, pelos estatutos, provocar um controlo orgânico da fundação, sem prejuízo da prossecução do fim da fundação.

Em segundo lugar, poderá existir um problema quanto à *autonomia* da fundação em relação ao seu fundador. Domingos Soares Farinho entende que as competências dos órgãos deverão ser respeitadas, embora não encontre objecções quanto à participação do fundador em órgãos de administração, deliberação estratégica ou fiscalização, desde que tal esteja previsto nos estatutos⁵¹. Aliás, o mesmo autor refere que a autonomia deve ser entendida como a libertação da fundação da influência dos accionistas e dos sócios, mas não do controlo da empresa sobre a fundação. Admite que pode gerar-se um conflito de interesses, mas não o considera “um mal maior ou um obstáculo intransponível”⁵², na medida em que a fundação pode criar valor para a empresa.

Na opinião de Domingos Soares Farinho, do ponto de vista administrativo “... não se vislumbram argumentos que justifiquem

⁴⁹ O art. 19-8§1-4 indica-nos os bens que fazem parte da *fondation d'entreprise*: “Les versements des fondateurs à l'exception de la dotation initiale; Les subventions de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics; Le produit des rétributions pour services rendus; Les revenus de la dotation initiale et des ressources ...”.

⁵⁰ Sobre este regime, cf. FARINHO, Domingos Soares, *Fundações...*, *ob. cit.*, pp. 159-163.

⁵¹ Cf. FARINHO, Domingos Soares, “Empresa...”, *ob. cit.*, pp. 813.

⁵² *Idem*, pp. 814.

um regime distinto para as fundações de empresa, quer quanto aos requisitos, quer quanto ao regime jurídico em vida.”⁵³. Não podemos concordar com o autor, na medida em que encontramos especificidades que não devem ser ignoradas. Relativamente à autonomia da fundação, cremos que seria saudável garantir a liberdade de actuação dos órgãos, unicamente condicionada em função da vontade inicial do fundador que, pelas especificidades que apresenta, deveria manter-se impedido de fazer parte dos órgãos⁵⁴. De facto, a empresa cria valor no mercado com a instituição de uma fundação, o que significa que se deve assegurar que o interesse social que preside à sua criação não deve ser instrumentalizado.

Atentemos, agora, no regime fiscal de uma empresa que decide criar uma fundação. Nessas circunstâncias, não raras vezes, a empresa efectua donativos⁵⁵ para a nova pessoa colectiva que criou:

⁵³ *Idem*, pp. 815.

⁵⁴ CHRISTOPH MECKING aborda a questão geral da influência do fundador, quando este ainda é vivo (obviamente a perspectiva é de um fundador que seja uma pessoa singular, mas cremos que as conclusões podem ser as mesmas para o caso de o fundador ser uma pessoa colectiva). O autor entende que este é um tema controverso, porque o fundador merece um agradecimento pessoal pela instituição da fundação, embora esta seja criada de forma independente. De qualquer forma, o perigo persiste: «..., during his life, the founder still considers the foundation his “property”. That (...) can lead to major conflicts with the bodies, or even within the bodies of the foundation, if the founded has reserved this position to himself.». Mais adiante, aborda-se a questão da influência das empresas nas fundações de empresa: “..., the will of the founder (...) is based on the will of the decisions made by the officials who are expressing the interests of their company and want to keep them subject to the approval of of their shareholders.”. Conclui o autor, referindo que pode a empresa decidir nomear a maioria dos administradores dos órgãos da fundação (que também estará dependente das doações da própria empresa), o que provocará um conflito de lealdades. Cf. MECKING, Christoph, “Good and not so good governance of non profit organizations: factual observations of foundations in Germany” in HOPT, Klaus J.; HIPPEL, Thomas von, *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 53-54.

⁵⁵ O EBF prevê no seu artigo 61.º a noção de donativo, identificando algumas características, como sejam 1) a entrega em dinheiro ou em espécie, 2) sem contrapartidas que configurem obrigações de carácter pecuniário ou comercial, 3) a certas entidades públicas ou privadas, 4) cuja actividade esteja relacionada com iniciativas na área social, cultural, ambiental, desportiva ou educacional.

- *Art. 62.º, n.º 1, alínea d), n.º 2 e n.º 9 EBF e art. 10.º CIRC* – os donativos que concorram para a dotação inicial de uma fundação que prossiga fins de natureza predominantemente social ou cultural, serão considerados como custos ou perdas do exercício em valor correspondente a 140 %, 130 %, ou 120 % do respectivo total, consoante a fundação se destine exclusivamente à prossecução de fins de carácter social; sejam atribuídos ao abrigo de contratos plurianuais, celebrados para fins específicos, que fixem objectivos a prosseguir pelas entidades beneficiárias, e os montantes a atingir pelo sujeito passivo; ou se destinem exclusivamente a fins de carácter cultural, ambiental, desportivo e educacional, respectivamente. Para tal, deverá haver um reconhecimento por parte dos Ministros das Finanças e da tutela, através de despacho, desde que:
 - Se verifique a prossecução dos fins predominantemente sociais e culturais;
 - Os estatutos prevejam que em caso de extinção os bens reverterem em favor do Estado ou de pessoas colectivas de utilidade pública ou de instituições particulares de solidariedade social (e entidades anexas, bem como aquelas que a elas se equiparem legalmente) ou ainda de pessoas colectivas de mera utilidade pública que prossigam predominantemente fins científicos ou culturais, de caridade, de assistência, de beneficência, solidariedade social e defesa do meio ambiente (art. 10.º CIRC).
- Posteriormente, já com a fundação criada, podem ainda ser efectuados donativos, usufruindo a empresa de certos benefícios. Atentemos neles:
 - *Art. 62.º, n.º 3 EBF* – são considerados como custos ou perdas do exercício, até um limite de 8/1000 do volume de vendas ou de serviços os donativos prestados a certas entidades ou fundações de carácter beneficente, de assistência e de solidariedade social, etc. Estes custos podem ainda ser elevados a 130 % do respectivo total ou 140% nos casos do n.º 4 ou a 150 % nos casos do n.º 5.
 - *Art. 62.º, n.º 6 EBF* – são considerados como custas ou perdas do exercício, até um limite de 6/1000 do volume de vendas ou de serviços os donativos atribuídos a várias entidades (onde se incluem fundações) de carácter cultural, artístico, etc. Uma vez mais, estes custos podem ser elevados a 120 %, 130 % ou 140 % do respectivo total nas situações previstas no n.º 7.

IV. ESTUDO DE CASO – A FUNDAÇÃO EDP

Procedemos, agora, à análise do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 29 de Janeiro de 2013, referente ao Processo n.º 03139/09.

A questão que se coloca neste caso tem que ver com um benefício fiscal que a EDP, S.A. tinha solicitado e que lhe foi negado pela Autoridade Tributária. Concretamente, a EDP, S.A. transmitiu, como dotação inicial da Fundação EDP, prédios no valor de 22 351 847,00 EUR. e pretendia ver esse valor reconhecido como custos ou perdas do exercício. O Tribunal Central Administrativo do Sul decidiu a questão.

Como vimos anteriormente, a atribuição do benefício fiscal resultante da criação de uma Fundação e da composição da sua dotação inicial está dependente de despacho conjunto do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela (no caso, o Ministério da Cultura). Para tal, a Fundação EDP deveria prosseguir maioritariamente fins culturais e, em caso de extinção da fundação, os bens deveriam reverter em favor do Estado ou em favor de uma das entidades previstas no artigo 10.º CIRC. No entanto, no caso em concreto coloca-se, por um lado, uma questão de aplicação da lei fiscal no tempo⁵⁶ e, por outro lado, outras questões relativas aos requisitos para a satisfação dos benefícios fiscais, a saber:

- A) A falta de previsão expressa nos estatutos da reversão dos bens a favor do Estado ou de uma das entidades previstas no art. 10.º CIRC impede o reconhecimento dos benefícios fiscais?
- B) Exigindo a lei um despacho conjunto, existe uma incompetência material se o despacho for efectuado unicamente por um dos Ministérios?

⁵⁶ Embora no caso *sub judice* esta tenha sido uma questão importante a resolver, ela não é especialmente relevante quanto aos requisitos que se pretendem aferir e que se encontram no artigo 62.º EBF.

Quanto à 1.^a questão, importa esclarecer que os estatutos da Fundação EDP não previam uma reversão dos bens nem para a EDP, S.A., nem para o Estado ou qualquer uma das entidades referidas no art. 10.^o CIRC⁵⁷. O Exacto teor do preceito nos estatutos constava do artigo 19.^o.

A modificação dos estatutos, assim como a transformação ou extinção da Fundação e destino dos respectivos bens, dependem de autorização prévia da autoridade competente para o reconhecimento, dada sob proposta do conselho de administração, deliberada com o voto favorável de um mínimo de dois terços dos respectivos membros em reunião expressamente convocada para o efeito.

Quanto ao Conselho de Administração, prevê-se nos estatutos (artigo 9.^o) que o mesmo será nomeado trienalmente pelo Conselho de Administração da EDP.

O Tribunal evoca a teoria de Manuel de Andrade, sobre a interpretação e integração dos negócios jurídicos⁵⁸, para concluir

⁵⁷ Entretanto, os estatutos da Fundação EDP sofreram alterações. Hoje, é o artigo 23.^o que trata da extinção da fundação. De qualquer forma, continuam os estatutos a não prever o destino dos bens da fundação, em caso de extinção, sendo certo que agora a mesma não se poderá dar sem parecer prévio favorável do instituidor: “O Conselho de Administração pode aprovar, com voto favorável de um mínimo de dois terços dos respectivos membros, em reunião expressamente convocada para o efeito, com parecer prévio favorável do Conselho de Curadores e do Conselho de Administração Executivo da fundadora EDP, proposta de declaração ou decisão de extinção a submeter à autoridade competente para o reconhecimento.”. Ainda assim, desde 2012, a LQF parece resolver o problema do destino dos bens em caso de extinção da fundação, ao referir no seu art. 12.^o que quando o instituidor não o refere expressamente, no acto de instituição, o remanescente após a liquidação é entregue a uma associação ou fundação de fins análogos. Devem os órgãos da fundação que está a ser extinta pronunciar-se acerca do critério de escolha da associação ou fundação. Se tal não ocorrer, o critério será determinado pela entidade responsável pelo reconhecimento das fundações. Os novos estatutos da Fundação EDP encontram-se disponíveis online: <http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/126_ESTATUTOS%20FUNDA%C3%83%E2%80%A1%C3%83%C6%92O%20EDP_oyeorpjknr.pdf> [Última consulta: 29-07-2014]

⁵⁸ Quanto à interpretação dos negócios jurídicos, diz-nos MANUEL DE ANDRADE: “Segundo nos parece, o declaratório deve naturalmente perguntar-se, quando se trata de fixar o sentido da respectiva declaração negocial, o que quis dizer o declarante. Mas para obter a resposta não deve ser obrigado a empenhar toda a diligência e inteligência possível, mas só a de uma pessoa razoável – isto é, mediana, normal –, que estivesse na

que não se verificou uma vontade do instituidor da Fundação EDP, a EDP, S.A., de fazer reverter os bens da fundação para o Estado ou uma das entidades do art. 10.º CIRC. Ademais, tendo a empresa mantido parte do controlo sobre o Conselho de Administração da Fundação EDP, percebe-se que indirectamente existe uma influência da empresa sobre a fundação que a mesma criou (respeitando, obviamente, os limite impostos pela vontade do instituidor). O Acórdão refere:

Olhando para Estatutos da Autora é patente que a entidade instituidora pretendeu manter na sua esfera de influência e de domínio a fundação, não obstante lhe outorgar o gozo de autonomia financeira (cláusula 5.ª); fê-lo através da cláusula que estabelece que o seu Conselho de Administração é designado pelo próprio Conselho de Administração da EDP, consagrando assim o domínio (indirecto) desta sobre aquela. Neste contexto, não é aceitável que se veja na cláusula 19.ª a consagração da reversão dos bens da Fundação a favor do Estado, porque em tal caso prevalecerão, necessariamente, os interesses da entidade instituidora.

Quanto à 2.ª questão, importa saber se existe uma incompetência material do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. O Acórdão refere que quando se exige um despacho conjunto uma de três situações pode ocorrer: ou os órgãos acordam em promover o despacho, ou o recusam, ou têm entendimentos diversos. É este o caso. Nestas circunstâncias, cada órgão poderá colher para si as consequências do seu acto, não sendo legítimo que as imponha ao outro órgão. Tal não significa que o acto emitido não tenha validade, ou que o seu autor seja incompetente para a sua emissão.

Por todos estes motivos, a acção foi julgada improcedente e o benefício fiscal não foi concedido à EDP.

posição concreta em que ele próprio está.”. Todavia, neste ponto devemos preocupar-nos sobretudo com a integração, já que não existe um artigo claro nos Estatutos da Fundação EDP sobre o destino dos bens. Apesar de interpretação e integração dos negócios jurídicos ter “pontos de contacto”, a “diferença conceitual [entre a interpretação e a integração] é evidente.”. Assim, no que diz respeito à integração de lacunas, diz-nos MANUEL DE ANDRADE que caso não exista norma supletiva a ser aplicada (ainda que por analogia) e caso seja necessário resolver a omissão (como resulta do caso que analisamos), deve atentar-se na “vontade hipotética ou conjectural das partes”. Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “Trata-se da vontade que presumivelmente elas teriam tido se tivessem previsto o ponto omissivo; do modo como elas o teriam regulado se o ponto não tivesse ficado estranho às suas previsões.”. Itálicos no original. Cf. ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 4.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1974, pp. 311-326.

Atentemos, agora, no relatório de contas de 2013 da Fundação EDP⁵⁹. De acordo com os dados disponibilizados, compreendemos que a maior parte das receitas da Fundação advêm do grupo EDP:

	Valor Absoluto (EUR) ⁶⁰	Valor Relativo
EDP, S.A.	7 200 000	49,00%
EDP Produção	3 800 000	26,00%
EDP Distribuição	3, 000 000	20,00%
Outras Receitas ⁶¹	740 953	5,00%
TOTAL	14 745 375	100,00%

Quadro I – Origem das receitas da Fundação EDP, no ano 2013.

Fonte: Relatório de Contas da Fundação EDP, p. 147.

No que diz respeito às despesas da Fundação EDP⁶², podemos constatar que a maior parte das despesas têm que ver com projectos de inovação, com pouco mais de 4 milhões de euros (cuja lista se encontra numa lista do relatório de contas – pp. 27 ss.), onde se enquadram, *n.g.*, os projectos das Orquestras Geração. Seguem-se os gastos com a estrutura (órgãos dirigentes, pessoal e prémios), com um valor que ascende aos 3,3 milhões de euros, projectos culturais (sobretudo relacionados com exposições – pp. 82 ss.), com cerca de 2,7 milhões de euros e gastos com o museu, a rondar os 1,8 milhões de euros.

⁵⁹ Encontra-se *online*: <http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/26_R&C_FundacaEDP_%202013_ybmyxvlbas.pdf> [Última consulta: 23-06-2014]

⁶⁰ Os valores do grupo EDP encontram-se aproximados, uma vez que não constam do relatórios dados exactos. Cf. Relatório de Contas, pp. 146. Disponível on-line: <http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/26_R&C_FundacaEDP_%202013_ybmyxvlbas.pdf> [Última consulta: 23-06-2014].

⁶¹ *Idem, ibidem*. Incluem-se, nomeadamente, receitas da exploração da cafetaria, de vendas na loja do Museu, publicações, realização de eventos, etc.

⁶² *Idem*, pp. 147.

Áreas	Valores Absolutos (EUR)	Valores Relativos
Inovação Social	4 071 096	29,09%
Cultura	2 789 406	19,93%
Museu, Ciência e Energia	1 835 095	13,11%
A2E, Energia para o Desenvolvimento	263 392	1,88%
Comunicação Institucional	554 840	3,97%
Campus	1 011 895	7,23%
Relações Internacionais	110 068	0,79%
Órgãos Dirigentes, Pessoal e Prémios	2 615 136	18,68%
Encargos Gerais	741 998	5,30%
TOTAL	13 992 926	100,00%

Quadro II – Origem das despesas da Fundação EDP, no ano 2013.

Fonte: Relatório de Contas da Fundação EDP, p. 147.

O art. 15.º-A EBF prevê que “A DGCI deve, até ao fim do mês de Setembro de cada ano, divulgar os sujeitos passivos de IRC que utilizaram benefícios fiscais, individualizando o tipo e o montante do benefício utilizado.”. Tendo em conta este preceito, podemos analisar os dados relativos à EDP, S.A. E à EDP Gestão da Produção de Energia, S.A.⁶³. Assim, estas 2 entidades obtiveram, no ano 2012, um benefício fiscal, ao abrigo do art. 62.º e 65.º EBF e da Lei n.º 26/2004, do Mecenato Científico, de quase 4 milhões de euros (2 569 149 euros para a primeira e 1 414 781,53 euros para a segunda). O valor total concedido pelo Estado nesse ano, para esse agregado foi 21 120 632,84 euros. O valor global de benefícios fiscais atribuído pelo Estado aos sujeitos passivos de IRC foi 887 941 488,95 euros.

A Fundação EDP, porque goza do estatuto de utilidade pública, obteve uma isenção fiscal, nos termos do art. 10.º CIRC de 31 533,66 euros.

⁶³ Os dados encontram-se disponíveis *online*, organizados por despesa fiscal agregada de benefício e por beneficiário: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2012.htm> [Última consulta: 23-06-2014].

Vejam, agora o quadro que nos mostra a evolução dos benefícios⁶⁴, desde que o art. 15.º A EFB determinou a divulgação dos mesmos:

Ano	A) Benefício – Art. 62.º e 65.º EFB e Mecenato (EUR)	B) Total de Benefícios Fiscais (EUR)	C) Relação entre A e B	D) Relação entre A e o PIB	E) Relação entre B e o PIB
2010	6 733 602,35	1 377 435 105,18	0,49%	0,0041%	0,8453%
2011	18 836 042,42	1 237 195 018,45	1,52%	0,0117%	0,7688%
2012	21 120 632,84	887 941 488,95	2,38%	0,0136%	0,5702%

Quadro III – Benefícios fiscais concedidos e relação com o PIB.

Fonte: Consulta dos dados para realização dos cálculos no *sítio* da DGCI e da Pordata.

Os dados que mostrámos permitem-nos concluir que o valor dos benefícios dos art. 62.º e 65.º EFB e do Mecenato têm aumentado ao longo dos anos, sendo particularmente notório o aumento de 2010 para 2011. No entanto, o valor total de benefícios atribuídos aos sujeitos passivos de IRC tem vindo a diminuir, o que implica um considerável aumento na relação percentual e na relação com o PIB destes benefícios. Deve fazer-se notar, contudo, que estes valores não dizem respeito unicamente às transferências das empresas para as fundações que criaram, mas de qualquer empresa, para qualquer entidade (fundação ou não) que obedeça aos requisitos analisados *supra*.

⁶⁴ A informação relativa ao ano de 2010 encontra-se disponível neste *sítio*: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2010.htm> [Última consulta: 23-06-2014]. A do ano 2011 também se encontra disponível *online*: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/estatisticas_ir/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2011.htm> [Última consulta: 23-06-2014]. Finalmente, a do ano 2012 pode ser consultada no seguinte *sítio*: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2012.htm> [Última consulta: 23-06-2014].

V. CONCLUSÃO

Conseguimos compreender que não existe em Portugal um regime administrativo e fiscal diferente para as fundações criadas por empresas. Em França – o regime que analisámos – o legislador optou por introduzir certas prescrições. Em verdade, tal ocorreu como forma de favorecer as fundações criadas por empresas. No nosso caso, entendemos que também em Portugal, deveríamos ter regimes distintos. De modo a tratarmos estas fundações com a diferença que elas efectivamente têm, exigir-se-ia desde logo um regime fiscal distinto, mas também um regime administrativo com especificidades. Concretamente, julgamos inadequada a possibilidade que o fundador tem de interferir na vida, na gestão corrente e até nas opções da fundação. Entenda-se que o que criticamos é esta interferência quando ela é feita *a posteriori*, ou seja quando a fundação já é um sujeito de direitos que actua no ordenamento jurídico e que não se deve sentir constrangida na sua acção. Diferentes serão as situações em as “interferências” existem no momento da criação da fundação. Aí, já não será legítimo falarmos em “interferências”, uma vez que o que está em causa é a *vontade originária* do fundador. Esta vontade deve, no entanto, ter limites. Neste contexto, será importante salientar que uma entidade do terceiro sector dá muito à Comunidade. Pode dar muito – e certamente dá – ao seu fundador, mas esse objectivo deverá ser sempre incidental. É por esse motivo que defendemos que devem existir limites na vontade inicial do fundador (desde logo deve ser vedado ao fundador o controlo sobre a fundação, na medida em que estamos perante um novo sujeito de direito) e na gestão da fundação. A autonomia deve, portanto, ser absolutamente assegurada. Por outro lado, a Administração Fiscal deve estar atenta, para que a Comunidade efectivamente *ganhe mais* com a criação da Fundação. Quer isto dizer que pode ser defensável a constituição de um limite de benefício fiscal a ser utilizável. Uma última nota, para referir que em certos casos expressivos será legítimo mobilizar a cláusula anti-abuso⁶⁵.

⁶⁵ Os diversos ordenamentos jurídicos têm introduzido cláusulas anti-abuso, ou seja “... disposições destinadas a prevenir e a reprimir as crescentes práticas de evasão e fraude fiscais...”. Alguns, como o nosso, introduzem cláusulas especiais, isto é, cláusulas em sectores mais expostos

Em conclusão, as fundações têm muito para oferecer à Comunidade. Devemos garantir que aquilo que oferecem à Comunidade não é inferior àquilo não ofereceriam se não existissem, transformando-se assim em fundações cujo principal beneficiário seja o seu instituidor, através, *v.g.*, da melhoria da sua *imagem institucional*. Para evitar este perigo, justifica-se um regime distinto no nosso ordenamento jurídico.

ao fenómenos referidos *supra*) e introduzem ainda uma cláusula geral. O art. 38.º, n.º 2 LGT consagra esta cláusula: “São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”. Para JOSÉ CASALTA NABAIS, deve dar-se poder à Administração Tributária, mas os poderes não devem ser excessivamente amplos, sob pena de a própria administração não os usar, ou liquidar a liberdade de conformação dos contribuintes. Deve referir-se que a liquidação de um imposto com base nesta cláusula exige a abertura de um procedimento próprio, a constar do art. 63.º CPPT. Cf. NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 211-214. Ainda quanto a este tema, será importante salientar que o nosso ordenamento jurídico nem sempre consagrou a redacção que se indicou. Na verdade, a primeira redacção acabou por ser polémica, daí que o legislador tenha optado por alterar o artigo, tendo a doutrina delimitado os seus “contornos essenciais”: o elemento *meio* (forma utilizada), o elemento *resultado* (vantagem fiscal e equivalência económica obtidas), o elemento intelectual (a motivação do contribuinte), o elemento normativo (a reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida) e o elemento sancionatório (a efectivação da Cláusula). Para maiores desenvolvimentos acerca dos elementos e para uma análise do ponto de vista do direito comparado, cf. COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 27-77, 163-202.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 4.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1974.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- BAPTISTA, Cristina Paula Casal, *As Fundações no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*, Almedina, Coimbra, 2004.
- DEBBASCH, Charles, “Le nouveau statut juridique des fondations: Fondations d’entreprise et fondations classiques”, in *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 1990.
- FARINHO, Domingos Soares, “Empresa e fundações: uma união mais forte?” *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, N.º 4, Almedina, Coimbra, 2012
— *Fundações e Interesse Público*, Almedina, Coimbra, 2014.
- LOPES, Inês Helena Martins, *O regime fiscal das fundações (em especial em sede de IRC)*, Coimbra, 2014 (em publicação).
- LOPES, Licínio, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- MACHETE, Rui Chancerellede; ANTUNES, Henrique Sousa, *Direito das Fundações – Propostas de Reforma*, Fundação Luso-Americana, Lisboa, 2004.
- MECKING, Christoph, “Good and not so good governance of non profit organizations: factual observations of foundations in Germany” in HOPI, Klaus J.; HIPPEL, Thomas von, *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- MIRANDA, Jorge, “As Associações Públicas no Direito Português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXVII, 1986.
- NABAIS, José Casalta, “O regime fiscal das fundações” in *Ciência e Técnica Fiscal*, Boletim da Direcção Geral de Contribuições e Impostos, N.º 406, 2002
— *Direito Fiscal*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Fundações: Uma espécie em vias de extensão?”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

RECURSOS DISPONÍVEIS *ONLINE*:

- Comissão Europeia, Proposta Regulamento Europeu de Fundações: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0035:FIN:pt:PDF>> [Última consulta: 21-06-2014].
- DGCI – Estatísticas dos benefícios fiscais concedidos no 2010 aos sujeitos passivos de IRC <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2010.htm> [Última consulta: 23-06-2014].
- DGCI – Estatísticas dos benefícios fiscais concedidos no 2011 aos sujeitos passivos de IRC <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/estatisticas_ir/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2011.htm> [Última consulta: 23-06-2014].
- DGCI, Estatísticas dos benefícios fiscais concedidos no 2012 aos sujeitos passivos de IRC <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/Estatisticas+-+contribuintes+com+benef%C3%ADcios+fiscais_2012.htm> [Última consulta: 23-06-2014].
- Fundação EDP – Estatutos – <http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/126_ESTATUTOS%20FUNDA%C3%83%E2%80%A1-%C3%83%C6%92O%20EDP_oyeorpiknr.pdf> [Última consulta: 29-07-2014].
- Fundação EDP, Relatório de Contas 2013 – <http://www.fundacaoedp.pt/folder/galeria/ficheiro/26_R&C_FundacaEDP_%202013_ybmyxvibas.pdf> [Última consulta: 23-06-2014].
- Governo de Portugal, Relatório das Fundações, elaborado na sequência da Lei n.º 1/2012: <http://www.portugal.gov.pt/media/673521/relat_rio_de_avaliao.pdf> [Consultado em 21-06-2014].
- Pordata – Estatísticas PIB – <<http://www.pordata.pt/Portugal/Quadro+Resumo/Portugal-4418>> [Última consulta: 23-06-2014].

(Página deixada propositadamente em branco)

REGIME FISCAL DAS FUNDAÇÕES DE UTILIDADE PÚBLICA: INDETERMINABILIDADE CONCEI- TUAL E DISCRICIONARIEDADE

Renan Nascimento de Oliveira

Resumo: Apenas recentemente em Portugal as fundações adquiriram uma legislação própria. Todavia, tal legislação ainda não trouxe às fundações um regime fiscal unificado propriamente dito. As fundações hoje podem, ou não, adquirir o estatuto de utilidade pública cuja concessão depende de ato administrativo do Governo. O presente trabalho pretende estudar o regime jurídico das fundações em Portugal, além do seu regime fiscal e os benefícios fiscais que contemplam esse tipo de pessoa coletiva. Pretende ainda discutir qual a natureza do ato administrativo que concede o estatuto de utilidade pública, se o conceito “utilidade pública” é um conceito indeterminado ou se sua definição depende apenas de um ato discricionário da administração, e, finalmente, se essa decisão administrativa pode ser revista pelos tribunais.

Palavras-chave: Fundações, estatuto de utilidade pública, conceitos indeterminados, discricionarietà administrativa, sindicabilidade do ato administrativo.

Abstract: Foundations have been recently given specific legislation in Portugal. However, this legislation did not allow them a unified tax scheme. Currently, foundations can acquire a public interest status, the recognition of which depends on an administrative act of the government. This work intends to study the legal framework of foundations in Portugal as well as the tax scheme and the tax benefits applied to them. It also enquires into the nature of the administrative act that grants the public interest status, by aiming to define whether “public interest” is a vague concept or a discretionary act of government and, finally, to what extent can this decision be reviewed by the courts.

Keywords: foundations; public interest status; vague concepts; administrative discretion; judicial review of administrative acts

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o regime fiscal das fundações detentoras do estatuto de utilidade pública. Para isso será estudado o regime jurídico das fundações em geral e o regime fiscal a elas aplicado. Posteriormente, o estatuto da utilidade pública será confrontado com a teoria da legalidade tributária, com o objetivo de descobrir se o estatuto da utilidade pública tal como é concebido hoje em Portugal fere ou não o princípio da legalidade e outros princípios clássicos de Direito Tributário, além de garantias constitucionais. Pretende-se analisar ainda até que ponto o Ministro das Finanças pode decidir de forma discricionária acerca da concessão do estatuto de utilidade pública e em que medida os tribunais podem discutir essa decisão administrativa.

É importante conhecer os regimes jurídico e fiscal aplicáveis às fundações, para que se conheça o objeto a ser estudado. É igualmente importante realizar o confronto da forma de reconhecimento do estatuto da utilidade pública com os princípios clássicos de Direito Tributário, nomeadamente o da legalidade tributária, ao passo que se pretende responder se a decisão administrativa trata de definir um conceito indeterminado ou de pura discricionariedade. Ainda será estudado em que medida e sob qual justificativa poderia um tribunal rediscutir o mérito da decisão administrativa, considerando sua natureza de decisão acerca de um conceito indeterminado ou de decisão discricionária.

Portugal vive atualmente um cenário de crise econômica e, por fazer parte da União Europeia, viu-se obrigado a cumprir algumas determinações deste bloco para reduzir o *déficit* público. Nesse cenário, é importante que o país busque não somente cumprir as medidas impostas pelo bloco de que faz parte, nomeadamente pelo grupo formado pela Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional – a *troika* –, mas também que busque por si próprio medidas que visem a redução do gasto público ou o incremento de receitas.

A concessão de benefícios fiscais às fundações é importante por dois motivos principais. Em primeiro, lugar à medida que o Estado concede um benefício fiscal a uma entidade sem fim lucrativo que persegue um objetivo de ordem pública, está descentralizando sua própria atuação para entidades que promoverão atividades de interesse da sociedade. Em segundo lugar, é medida de justiça fiscal uma vez que, se a fundação promove uma atividade de interesse público o Estado deixa de assumir uma despesa e, se o Estado deixa de assumir uma despesa em razão dessa atividade, é razoável também que não queira exigir uma receita (tributária) dessa mesma atividade. Ocorre que sempre é necessário se perguntar: será que abrir mão dessa receita vale mais a pena do que assumir a atividade? Será que distribuir isenções integrais de impostos está sendo mais eficiente para o Estado?

No cenário econômico vivenciado por Portugal atualmente essa pergunta ganha altíssima relevância. Afinal não há dúvidas de que a atividade de tributar é a fonte primária de receitas do Estado, portanto abrir mão de uma receita nestas situações se torna muito mais uma tarefa de gestão do que unicamente de promoção do bem-estar social. E se entende que é justamente nesse ímpeto de fugir da crise ou incrementar os cofres públicos que o administrador pode resvalar, negando benefícios fiscais de forma arbitrária com o intuito de criar situações tributárias mais gravosas ao contribuinte.

II. REGIME JURÍDICO E FISCAL DAS FUNDAÇÕES

O regime jurídico das fundações em Portugal atualmente está regulado na Lei-Quadro das Fundações (Lei n.º 24/2012), que também altera o Código Civil português de acordo com as novas disposições. A referida lei se aplica às fundações portuguesas ou estrangeiras que desenvolvam seus fins em território português (n.º 1, artigo 2.º, da Lei-Quadro das Fundações) e às fundações de solidariedade social abrangidas pelo Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, as IPSS (n.º 2, artigo 2.º, da Lei-Quadro das Fundações). O n.º 3, do artigo 2.º, da Lei-Quadro das Fundações retira do âmbito de sua aplicação as fundações cria-

das por confissões religiosas, subscrevendo-as no âmbito da Lei da Liberdade Religiosa.

No artigo 3.º, da Lei-Quadro das Fundações é possível extrair cinco elementos da natureza da fundação: *a)* ser uma pessoa coletiva, *b)* não ter fins lucrativos, *c)* ter património suficiente à persecução da sua finalidade, *d)* afetação do património para a persecução da sua finalidade e, finalmente, *e)* que essa finalidade se revista de interesse social. De acordo com tais elementos, se torna comum de encontrar na doutrina que as fundações *são pessoas colectivas formadas por um património vinculado a um fim*¹. RIBEIRO² aponta que esse é o traço característico que mais diferencia as fundações de outros tipos societários. A exemplo das associações, que são *uma pluralidade de pessoas, que se agregam para a realização de um interesse comum*, as fundações *assentam num conjunto de bens ou de activos patrimoniais adstrito a um determinado escopo*. De todos os elementos citados, o que guarda maior relevância com o presente trabalho é o *fim de interesse social*, como se verá nos tópicos mais adiante.

Entretanto, é oportuno salientar aqui no estudo do seu regime jurídico, que o fim de interesse social de uma fundação resta caracterizado quando se traduz no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios (n.º 2, artigo 3.º, da Lei-Quadro das Fundações). Isso é interesse social. RIBEIRO³ já caracterizava *interesse social*, com alguma dificuldade natural na definição de um conceito indeterminado, como algo dotado de *uma finalidade altruística*. Em rol exemplificativo, no entanto, o citado dispositivo traz 25 exemplos de interesse social⁴. É perceptível a intenção

¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *As Fundações no Código Civil Português: regime actual e Projecto de Reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 60.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, p. 66.

⁴ Artigo 3.º Conceitos [...] 2 – São considerados fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios, designadamente: a) A assistência a pessoas com deficiência; b) A assistência a refugiados e emigrantes; c) A assistência às vítimas de violência; d) A cooperação para o desenvolvimento; e) A educação e formação profissional dos cidadãos;

do legislador em não encerrar esse rol nos itens citados ao usar o termo *designadamente*.

A lei encerra ainda três tipos de fundação: fundações privadas, fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado.

São fundações privadas (alínea “a”, n.º 1, artigo 4.º, da Lei-Quadro das Fundações) aquelas criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, ainda que em conjunto com pessoas coletivas públicas, desde que estas últimas não exerçam em conjunto ou separadamente uma influência dominante sobre a fundação. São fundações públicas de direito público (alínea “b”, n.º 1, artigo 4.º, da Lei-Quadro das Fundações) aquelas criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas ou por fundos personalizados criados exclusivamente por pessoas coletivas públicas. São fundações públicas de direito privado (alínea “c”, n.º 1, artigo 4.º, da Lei-Quadro das Fundações) aquelas criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, ainda que em conjunto com pessoas coletivas privadas, desde que as pessoas coletivas públicas exerçam em conjunto ou separadamente influência dominante na fundação.

Nos chama atenção o termo *influência dominante* a que a lei diz respeito. O n.º 2, do artigo 4.º, da Lei-Quadro das Fundações, determina que exerce *influência dominante* a instituição que afetou exclusiva ou maioritariamente os bens que integram o património inicial da fundação. Exerce ainda *influência dominante* quem tem o

f) A preservação do património histórico, artístico ou cultural; g) A prevenção e erradicação da pobreza; h) A promoção da cidadania e a proteção dos direitos do homem; i) A promoção da cultura; j) A promoção da integração social e comunitária; k) A promoção da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico; l) A promoção das artes; m) A promoção de ações de apoio humanitário; n) A promoção do desporto ou do bem-estar físico; o) A promoção do diálogo europeu e internacional; p) A promoção do empreendedorismo, da inovação ou do desenvolvimento económico, social e cultural; q) A promoção do emprego; r) A promoção e proteção da saúde e a prevenção e controlo da doença; s) A proteção do ambiente ou do património natural; t) A proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; u) A proteção dos consumidores; v) A proteção e apoio à família; w) A proteção e apoio às crianças e jovens; x) A resolução dos problemas habitacionais das populações; y) O combate a qualquer forma de discriminação ilegal.

direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de administração da fundação. Ou seja, ainda que o termo *influência dominante* pudesse ser um conceito absolutamente aberto, parece-nos que o legislador optou por acertadamente encerrá-lo em critérios objetivos de aferição, quais sejam: um critério econômico e um critério jurídico.

A fundação adquire personalidade jurídica pelo reconhecimento (n.º 1, do artigo 6.º, da Lei-Quadro das Fundações), que compete ao Primeiro-Ministro ou a quem ele delegar essa função no caso das fundações privadas (n.º 2, do artigo 6.º, da Lei-Quadro das Fundações), ou diretamente do ato de criação no caso das fundações públicas. O ato de reconhecimento, como se verá no tópico seguinte, é um ato meramente declaratório uma vez que o direito de criar fundações é um direito fundamental subjetivo dos indivíduos, não podendo a Administração negar-lhes vigência uma vez cumpridos os eventuais requisitos.

Só poderá usar o termo *fundação* na sua denominação, a instituição que assim for reconhecida (n.º 1, do artigo 8.º, da Lei-Quadro das Fundações) e a concessão de apoio financeiro pela administração direta ou indireta dos entes públicos depende do registro prévio da fundação (n.º 5, do artigo 8.º, da Lei-Quadro das Fundações).

A Lei-Quadro das Fundações traz ainda uma série de deveres às fundações para conferir-lhes um razoável grau de transparência (n.º 1, artigo 9.º), ficando a fundação impossibilitada de receber qualquer apoio financeiro durante o ano económico seguinte em caso de incumprimento. Parece-nos acertado, uma vez que a fundação deve ter um funcionamento socialmente relevante, além de contar, por vezes, com apoio financeiro do Estado. Uma vez que coloca-se na verdadeira função de Estado, ainda que de forma delegada e descentralizada, deve arcar com as mesmas responsabilidades do próprio Estado, no que toca especialmente à prestação de contas quando lida diretamente com dinheiro público.

No caso de extinção da fundação, o seu património é direcionado para uma instituição de fim análogo (n.º 1, artigo 12.º, da Lei-Quadro das Fundações), salvo caso exista expressa disposição acerca do destino no Estatuto, e, caso essa instituição não aceite tais

bens, é indicado outra para recebe-los seguindo a mesma sistemática (n.º 2, artigo 12.º, da Lei-Quadro das Fundações). Ao final, caso não existam instituições para receber os bens, estes são transferidos ao Estado (n.º 3, artigo 12.º, da Lei-Quadro das Fundações)⁵.

Não é tarefa do presente trabalho esgotar o regime jurídico das fundações, todavia parece-nos relevante os itens aqui tratados até o momento e, principalmente, os que trataremos no tópico seguinte: o estatuto da utilidade pública. Passemos agora, no entanto, ao regime fiscal das fundações.

Não existe um regime fiscal específico para as fundações. Como regra, as fundações são submetidas ao mesmo regime fiscal das demais pessoas coletivas, sendo que os próprios códigos é que determinam tributos, benefícios ou situações tributárias específicas.

Esses benefícios fiscais são concedidos uma vez que as fundações normalmente atuam na substituição do Estado em determinada atividade. São instituições altruístas cuja atividade principal é sempre no sentido de promover uma característica de interesse público ou social. Nesse aspecto, ao conceder um benefício fiscal à uma fundação de utilidade pública, o Estado está ao mesmo tempo abrindo mão de uma receita (o tributo), mas também abrindo mão de uma despesa pública que será suportada pela fundação. A concessão de um benefício fiscal à uma instituição que persegue uma atividade de interesse público é na verdade uma via de mão dupla, em que dispensar uma receita se justifica quando, ao mesmo tempo, se dispensa uma despesa.

As fundações cuja utilidade pública é reconhecida podem gozar de dispensa ao pagamento das seguintes rubricas: *a*) Imposto sobre o Valor Acrescentado – IVA (n.ºs 6, 7, 8, 12, 13, 14, 19, 34 e alíneas a), b) e c), do n.º 35, todos do artigo 9.º, n.ºs 1, 2 e 3, do artigo 10.º, todos do CIVA); *b*) Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – IRC (alíneas b) e c), do n.º 1, n.º 2 e n.º 3, do artigo 10.º, do CIRC); *c*) Imposto do Selo – IS (alíneas c) e d), do ar-

⁵ Muito embora não seja tema do trabalho, há polêmica acerca dessa transferência para outra instituição ou para o Estado, uma vez que criar uma fundação se trata de um direito fundamental subjetivo e destinar os bens para a persecução desse fim é uma consequência do exercício desse direito. Sobre o direito fundamental à criação de fundações ver LOPES, Licínio, *As instituições particulares de solidariedade social*, Almedina, Coimbra, 2009.

tigo 6.º, alínea p), do artigo 7.º, todos do CIS); *d*) Imposto municipal sobre transmissão onerosa de imóveis – IMT (alíneas d) e e), do artigo 6.º, do CIMT); *e*) Imposto Único de Circulação – IUC (alínea b), do n.º 2 e n.º 7, do artigo 5.º, do CIUC); *f*) custas judiciais (alínea f), n.º 1, do artigo 4.º, Regulamento das Custas Processuais); *g*) contribuição para o audiovisual; *h*) tarifa de energia elétrica qualificada como uso doméstico; *i*) taxas sobre espetáculos e diversões públicas; *j*) publicação no Diário da República das alterações relativas aos respectivos estatutos. Nos interessam aqui as isenções tributárias.

No que se refere ao IVA⁶, estão isentas as seguintes atividades: *a*) as transmissões de bens e as prestações de serviços ligadas à segurança e assistência sociais e as transmissões de bens com elas conexas, efectuadas pelo sistema de segurança social, incluindo as instituições particulares de solidariedade social (n.º 6, artigo 9.º, CIVA); *b*) as prestações de serviços e as transmissões de bens estreitamente conexas, efectuadas no exercício da sua actividade habitual, por creches, jardins-de-infância, centros de actividade de tempos livres, estabelecimentos para crianças e jovens desprovidos de meio familiar normal, lares residenciais, casas de trabalho, estabelecimentos para crianças e jovens deficientes, centros de reabilitação de inválidos, lares de idosos, centros de dia e centros de convívio para idosos, colónias de férias, albergues de juventude ou outros equipamentos sociais, pertencentes a pessoas colectivas de direito público ou instituições particulares de solidariedade social ou cuja utilidade social seja, em qualquer caso, reconhecida pelas autoridades competentes. (n.º 7, artigo 9.º, CIVA); *c*) as prestações de serviços efectuadas por organismos sem finalidade lucrativa que explorem estabelecimentos ou instalações destinados à prática de actividades artísticas, desportivas, recreativas e de educação física a pessoas que pratiquem essas atividades (n.º 8, artigo 9.º, CIVA); *d*) as locações de livros e outras publicações, partituras musicais, discos, bandas magnéticas e outros suportes de cultura, e, em geral, as prestações de serviços e transmissões de bens com aquelas

⁶ Cf. sumários desenvolvidos no curso de Direito Fiscal I, do Mestrado em Direito com menção em Direito Fiscal, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, lecionado pela Prof. Dr.ª SUZANA TAVARES DA SILVA.

estritamente conexas, desde que efectuadas por organismos sem finalidade lucrativa (n.º 12, artigo 9.º, CIVA); *e*) as prestações de serviços que consistam em proporcionar a visita, guiada ou não, a museus, galerias de arte, castelos, palácios, monumentos, parques, perímetros florestais, jardins botânicos, zoológicos e semelhantes, pertencentes ao Estado, outras pessoas colectivas de direito público ou organismo sem finalidade lucrativa, desde que efectuadas única e exclusivamente por intermédio dos seus próprios agentes (n.º 13, artigo 9.º, CIVA); *f*) as prestações de serviços e as transmissões de bens com elas conexas, efectuadas por pessoas colectivas de direito público e organismos sem finalidade lucrativa, relativas a congressos, colóquios, conferências, seminários, cursos e manifestações análogas de natureza científica, cultural, educativa ou técnica (n.º 14, artigo 9.º, CIVA); *g*) as prestações de serviços e as transmissões de bens com elas conexas efectuadas no interesse colectivo dos seus associados por organismos sem finalidade lucrativa, desde que esses organismos prossigam objectivos de natureza política, sindical, religiosa, humanitária, filantrópica, recreativa, desportiva, cultural, cívica ou de representação de interesses económicos e a única contraprestação seja uma quota fixada nos termos dos estatutos (n.º 19, artigo 9.º, CIVA); *h*) as prestações de serviços efectuadas por cooperativas que, não sendo de produção agrícola, desenvolvam uma actividade de prestação de serviços aos seus associados agricultores (n.º 34, artigo 9.º, CIVA); *i*) as prestações de serviços de cedência de bandas de música, sessões de teatro e ensino de *ballet* e de música, quando levadas a cabo por organismos sem finalidade lucrativa que sejam associações de cultura e recreio (alíneas a), b) e c), do n.º 35, artigo 9.º, CIVA). Essas isenções ficam condicionadas a não distribuição de lucros e que os gerentes ou interposta pessoa não tenham interesses directos ou indirectos na exploração das actividades (n.º 1, artigo 10.º, CIVA); existência de escrituração que abranja todas as actividades da fundação (n.º 2, artigo 10.º, CIVA), pratiquem preços homologados pelas autoridades públicas ou, na impossibilidade, pratiquem preços inferiores aos preços usuais do mercado sujeito ao imposto (n.º 3, artigo 10.º, CIVA); e finalmente, não entrem em concorrência directa aos demais sujeitos passivos do imposto.

No que se refere ao IRC, estão isentas do pagamento do imposto as fundações equiparadas às instituições particulares de solidariedade social (alínea b), n.º 1, do artigo 10.º, do CIRC) e as fundações que prossigam exclusiva ou predominantemente fins científicos ou culturais, de caridade, assistência, beneficência, solidariedade social ou defesa do meio ambiente (alínea c), n.º 1, do artigo 10.º, do CIRC). Esta última isenção necessita do reconhecimento do Ministro das Finanças (n.º 2, do artigo 10.º, do CIRC). Estão sujeitos à isenção somente os rendimentos derivados das atividades previstas no estatuto da fundação (n.º 3, do artigo 10.º, do CIRC).

No que se refere ao imposto do selo, estão isentas do pagamento do imposto as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e de mera utilidade pública (alínea c), do artigo 6.º, do CIS) e as instituições particulares de solidariedade social e entidades a estas legalmente equiparadas (alínea d), do artigo 6.º, do CIS) e a exploração de jogos organizados por instituições de solidariedade social, pessoas coletivas legalmente equiparadas ou pessoas coletivas de utilidade pública que desempenhem única e, exclusiva ou predominantemente, fins de caridade, de assistência ou de beneficência, quando a receita se destine aos seus fins estatutários ou, nos termos da lei, reverta obrigatoriamente a favor de outras entidades (alínea p), do artigo 7.º, do CIS).

No que se refere ao IMT, estão isentas do pagamento do imposto as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e de mera utilidade pública, quanto aos bens destinados, direta e imediatamente, à realização dos seus fins estatutários (alínea d), do artigo 6.º, do CIMT). Estão ainda isentas as instituições particulares de solidariedade social e entidades a estas legalmente equiparadas, quanto aos bens destinados, direta e imediatamente, à realização dos seus fins estatutários (alínea e), do artigo 6.º, do CIMT).

No que se refere ao IUC, estão isentas do pagamento do imposto as instituições particulares de solidariedade social, mediante reconhecimento no serviço de finanças da área da sede da entidade interessada (alínea b), do n.º 2 e n.º 7, do artigo 5.º, do CIUC).

Como se viu, os benefícios fiscais concedidos às fundações o são em razão de cada código de cada tributo específico, não havendo um regime fiscal único que as favoreça. Ademais, ora os có-

digos preveem que instituições particulares de solidariedade social estão dispensadas do pagamento do tributo, ora preveem entidades com utilidade pública, ora preveem que são apenas instituições que exerçam determinadas atividades. Portanto, além de não haver um regime único, sequer há uma harmonização mínima no regime dos benefícios fiscais em relação às pessoas coletivas do terceiro setor.

III. A CONSTITUIÇÃO DAS FUNDAÇÕES COM ESTATUTO DE UTILIDADE PÚBLICA

As fundações podem ou não ter o estatuto de utilidade pública, isso não impede seu funcionamento (o que impede é a falta de reconhecimento da própria fundação). O estatuto de utilidade pública é uma qualidade atribuída quando se verifica uma fundação que desenvolve, sem fins lucrativos, atividades importantes em área de relevo social (artigo 24, da Lei-Quadro das Fundações):

[...] tais como a promoção da cidadania e dos direitos humanos, a educação, a cultura, a ciência, o desporto, o associativismo jovem, a proteção de crianças, jovens, pessoas idosas, pessoas desfavorecidas, bem como de cidadãos com necessidades especiais, a proteção dos consumidores, a proteção do meio ambiente e do património natural, o combate à discriminação baseada no género, raça, etnia, religião ou em qualquer outra forma de discriminação legalmente proibida, a erradicação da pobreza, a promoção da saúde ou do bem-estar físico, a proteção da saúde, a prevenção e controlo da doença, o empreendedorismo, a inovação e o desenvolvimento económico e a preservação do património cultural (artigo 24, 1, a, da Lei-Quadro das Fundações)

As atividades acima, uma vez que o dispositivo traz o termo “tais como”, denotam um rol exemplificativo, podendo variar entre outras atividades não listadas, desde que sejam atividades *relevantes em favor da comunidade em área de relevo social*. O conceito de utilidade pública revela-se portanto como um conceito indeterminado.

Devem ainda as fundações estar regularmente constituídas e regerem-se por estatutos elaborados em conformidade com a lei.

Não podem desenvolver atividades econômicas em concorrência com outras entidades que não possam beneficiar-se do estatuto da utilidade pública. E, finalmente, devem dispor dos meios humanos e materiais adequados para a persecução e cumprimento dos seus objetivos. Todos esses requisitos devem ser preenchidos de forma cumulativa. Cumpridos tais requisitos, ao final de três anos de efetivo e relevante funcionamento o estatuto poderá ser solicitado.

Há grande polêmica, todavia, no processo de reconhecimento do estatuto de utilidade pública. Maioritariamente, a doutrina e a jurisprudência portuguesa entendem se tratar de verdadeiro ato administrativo discricionário, onde serão avaliadas condições de oportunidade e conveniência no momento do deferimento ou não do estatuto. Preferimos nos filiar à outra corrente. Será exposto no tópico seguinte razões de dogmática jurídica para preferirmos pensar que não se trata de um ato discricionário. Entretanto aqui neste tópico pensamos ser importante trazer alguns outros fundamentos.

O artigo 63, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa determina que o Estado apoiará e fiscalizará a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem caráter lucrativo. A Constituição determina que são objetivos de solidariedade social aqueles entabulados no próprio artigo 63.º, na alínea b), do n.º 2, do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e), do n.º 1, do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º, todos da Constituição da República Portuguesa.

No artigo 63.º, lê-se que todos tem direito à segurança social (n.º 1), à proteção dos cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade, desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios e subsistência ou de capacidade laborativa (n.º 2).

No artigo 67.º, n.º 2, alínea b), lê-se que é dever do Estado (apoiando, de acordo com o artigo 63.º, a atividade das instituições particulares de solidariedade social) promover a criação e garantir o acesso a creches e outros equipamentos sociais de apoio à família, inclusive uma política de terceira idade.

No artigo 69.º, lê-se que é Estado e sociedade devem proteger as crianças, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra o abandono, discriminação e opressão e contra o abuso do poder familiar (*pátrio poder*) e nas demais instituições

(n.º 1). Lê-se ainda que é dever do Estado proteger os órfãos, abandonados ou privados por qualquer circunstância de um ambiente familiar normal (n.º 2), além de prevenir de qualquer forma o trabalho de menores em idade escolar (n.º 3).

No artigo 70.º, n.º 1, alínea e), lê-se que os jovens podem exercer e promover seus direitos econômicos, sociais e culturais no aproveitamento de seu tempo livre.

No artigo 71.º, lê-se que os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam de todos os direitos e estão sujeitos a todos os deveres encartados na Constituição da República Portuguesa, salvo os que fiquem impossibilitados de cumprir em razão da deficiência (n.º 1). O Estado ainda se vê obrigado por força deste artigo a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência, ainda que indiretamente por meio das instituições particulares de solidariedade social, além do apoio à suas famílias e de educar a população de modo a prevenir a discriminação dessas pessoas (n.º 2). Deve, ainda, apoiar as organizações de cidadãos portadores de deficiência (n.º 3).

Finalmente, no artigo 72.º, lê-se que o Estado deve adotar medidas de caráter econômico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal (n.º 2), garantindo o direito destas à segurança econômica e habitacional, além do convívio familiar e comunitário respeitando sua autonomia pessoal, com o objetivo de superar o isolamento ou a marginalização social (n.º 1).

Esses elementos caracterizadores de *solidariedade social* vem protegidos na Constituição da República Portuguesa⁷. Cabe então

⁷ Como afirmou João Carlos LOUREIRO, (LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? O Insustentável peso do não-ter*, separata Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXIII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, p. 123-125), *diríamos que o Estado social é aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidade que se conexionam com bens básicos ou fundamentais (v.g., saúde, segurança social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço.* O

dirimir a seguinte questão: por estarem previstos constitucionalmente e não apenas em lei, o direito de constituir fundação e tê-la devidamente reconhecida, com esses objetivos constitucionalmente previstos, pode ser concebido como um direito fundamental subjetivo?

Aproveitando as lições de LOPES⁸, pensamos que sim. O autor relata que *na medida em que as fundações constituem uma expressão directa da vontade, de uma vontade que pretende ser socialmente útil, é legítimo defender-se um direito fundamental de constituição de fundações, de dignidade constitucional*. Vai ainda mais longe quando afirma que o ato administrativo de reconhecimento das fundações não lhe tiram o carácter de direito fundamental. E prossegue:

Escolhido, pelo fundador, um dos fins expressamente catalogados no direito positivo constitucional ou legal, não vemos razões para a Administração recusar, por este motivo, o reconhecimento de uma fundação de solidariedade social. O fim de solidariedade social encontra-se expressamente previsto. A Administração encontra-se diretamente vinculada à Constituição (princípio da constitucionalidade dos actos dos poderes públicos), assim como se encontra directamente vinculada à lei (princípio da legalidade em sentido estrito). Se os fins escolhidos pelo fundador se subsumem claramente à hipótese normativa (fins de apoio a crianças, a idosos, a grupos social e economicamente carenciados, etc.), não há qualquer margem de liberdade da Administração para recusar a prática do acto de reconhecimento.⁹

Na Espanha, conforme ensina Enterria, o caminho seguido parece ter sido o mesmo, uma vez que:

conceito redigido pelo autor nos chama a atenção, para o desenvolvimento do presente trabalho, especialmente quando explica a potencial produção de bem-estar por terceiros, quando o *social do Estado passa por assumir, como mínimo, uma posição de garante que não deve ser lida em termos de monopólio de “produção de bem-estar” social. Com efeito, há uma pluralidade de actores que operam nesse domínio, desde as famílias às igrejas, de instituições públicas a privadas, passando por associações de setor social ou terceiro sector; a par dos modos formais, relevam os informais*.

⁸ LOPES, Licínio, *As instituições particulares de solidariedade social*, Alameda, Coimbra, 2009, p. 177-179.

⁹ *Ibidem*, p. 178.

Esta qualificação do direito de fundação como um direito fundamental e como um direito de liberdade, precisamente, não é gratuita; implica consequências próprias do mais alto interesse. É um direito faculdade, um direito subjetivo, um poder reconhecido a todos os cidadãos. Ademais, segundo a própria jurisprudência, muito reiterada, do Tribunal Constitucional, todos os direitos fundamentais produzem em si mesmos um efeito direto, de modo que alteram sem necessidade de alterar o regime jurídico existente pré-constitucional em tudo o que resulte necessário para o desenvolvimento pleno deste direito fundamental. Por conseguinte, quando o artigo 34 da Constituição diz que o direito se reconhece “nos termos que se estabeleçam as leis” não há que entender, de nenhuma maneira, que está efetuando uma remissão em branco ao legislador para que configure o direito de fundação e para que o regule na maneira que, em cada momento, entenda oportuna. (tradução nossa)¹⁰

Discordamos, no entanto, de Licínio Lopes apenas no que se refere à atribuir uma ampla margem de livre apreciação ao administrador no que se refere ao reconhecimento do caráter de utilidade pública. Entendemos que não há essa discricionariedade ampla defendida pela doutrina na concessão do estatuto da utilidade pública, conforme veremos no tópico a seguir à luz dos princípios de Direito Tributário.

IV. A UTILIDADE PÚBLICA, A DISCRICIONARIEDADE, OS CONCEITOS INDETERMINADOS EM DIREITO TRIBUTÁRIO E A NATUREZA DO ATO QUE CONCEDE O ESTATUTO DA UTILIDADE PÚBLICA

Como se demonstrou, o estatuto da utilidade pública é concedido pelo Ministro das Finanças, de forma absolutamente discricionária e de acordo com a vontade do Governo. Se determinada fundação persegue uma atividade social e, no entender do Governo, possui certa relevância para fins de utilidade pública, concede-se o estatuto e, automaticamente, os benefícios tributários a que faz jus.

¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Constitucion, Fundaciones y Sociedad Civil”, *Revista de Administracion Publica*, Madrid, n.º 122, 1990, p. 238.

Entretanto cumpre verificar algumas questões. O ato que concede o estatuto é um ato discricionário do administrador público ou um ato de interpretação jurídica de conceitos indeterminados? Se for um ato discricionário, tal procedimento não viola os princípios clássicos do Direito Tributário, nomeadamente o princípio da legalidade? Pois é plenamente possível que determinada fundação cumpra todos os requisitos legais e, mesmo assim, seja-lhe vedado o estatuto e conseqüentemente os benefícios tributários a que teria direito. E mais, considerando-se que o ato é discricionário, abre-se margem ao cometimento de verdadeiros ataques à igualdade tributária. Até que ponto portanto a abertura do conceito *utilidade pública* permite ao Ministro das Finanças conceder ou deixar de conceder o estatuto, sem violar as garantias dos contribuintes? Se for um ato interpretativo de conceito indeterminado, em que medida o administrador público é livre para decidir? E até que ponto pode o Poder Judiciário ingressar na discussão para alterar a decisão administrativa, seja ela discricionária, seja ela um ato de interpretação jurídica?

É oportuno trazer essas possibilidades ao debate jurídico uma vez que o ato de concessão do estatuto traz relevantes alterações na vida fiscal dessas pessoas coletivas. Isso porque a partir desse pronunciamento determinada fundação pode, ou não, receber isenções fiscais importantes para sua atividade. Da mesma forma uma fundação pode receber o estatuto e outra com praticamente a mesma atividade, estrutura e modo de funcionamento, pode não recebe-lo. Como já se viu, o que é uma fundação de utilidade pública, resta apresentar o que é o princípio da legalidade tributária e como a decisão do Ministro das Finanças pode apresentar verdadeiras distorções em matéria fiscal, especialmente quando interfere no alcance de um conceito indeterminado.

O artigo 103, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa determina que os *impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes*. Ou seja, além de somente a lei poder criar os impostos, ela deve ainda determinar suas hipóteses de incidência, taxas (alíquotas), os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. É importante aqui anotar que o termo *criar impostos* deve ser compreendido de forma mais ampla,

como *criar situações tributárias mais gravosas ao contribuinte*. Isso porque se depende de uma lei a criação de um imposto, para proteger o contribuinte do Estado Fiscal, do mesmo modo se deve compreender a situação em que um imposto já existe mas é majorado, ou em que um benefício fiscal é revogado. Todas essas situações expostas são situações criadoras de novos cenários tributários mais gravosos ao contribuinte, que deixará de pagar um determinado valor (ou nada) para pagar mais (ou alguma coisa)¹¹.

De forma bastante sintética, é possível dividir a atuação do princípio da legalidade no âmbito formal e no âmbito material¹². O primeiro diz respeito à atribuição que a Constituição da República Portuguesa entrega à Assembleia da República *prima facie* para criar impostos. A segunda, de uma análise bem mais profunda, diz respeito ao alcance material das disposições previstas na lei, pois de nada adianta uma lei que não pode ser entendida ou aplicada (certamente padecerá de inconstitucionalidade por indeterminabilidade). E é nesse aspecto que se fixa o estudo do uso dos conceitos indeterminados em Direito Tributário.

Os conceitos indeterminados podem servir ao Direito de forma muito positiva, mas também extremamente negativa. No cenário em que o Direito não é uma ciência dinâmica e que leva tempo para absorver as mudanças sociais, os conceitos indeterminados dão ao intérprete a chance de adaptar imediatamente o *dever ser* ao *ser*, o espírito à realidade. Além disso os conceitos indeterminados possibilitam prever um sem número de situações em poucos dispositivos legais abertos (determinação conceitual), hipótese improvável de acontecer se se pretendesse regular exaustivamente todos os atos jurídicos da vida (tipicidade cerrada). Entretanto, os conceitos indeterminados representam um grande risco para a segurança jurídica, garantias gerais e específicas. Haverá sempre uma dicotomia latente na análise da relevância dos conceitos indeterminados em direito tributário, pois se está sempre a caminhar ora no terreno das garantias dos contribuintes, ora no terreno da eficácia da fiscalidade¹³.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo, *Direito tributário*. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 279-282.

¹² SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Fiscal: teoria geral*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 58.

¹³ ROGÉRIO SOARES levanta importante questionamento nesse as-

Enquanto o sistema positivo rígido, exaustivo e bem determinado, concede mais segurança ao contribuinte pois os atos potencialmente tributáveis poderão ser planejados antes de sua ocorrência, entrega pouca eficácia à fiscalidade, uma vez que também permite ao contribuinte abusar das formas jurídicas, optando por determinada forma apenas para fugir de determinada tributação. Por outro lado um sistema permeado por conceitos indeterminados entrega máxima eficácia à fiscalidade pois o administrador poderá analisar a ocorrência de um ato potencialmente tributável à luz da finalidade da lei e da carga econômica aplicável à sua própria interpretação, mas justamente por isso entrega pouca segurança ao contribuinte uma vez que só conhecerá a potencialidade de tributação de determinado ato quando houver a análise pelo administrador.

Nesse aspecto, nos parece relevante um sistema que seja o mais rígido e bem determinado, tanto quanto possível e, na medida em que não for possível ou que for relevante conceder-se certa margem de apreciação ao administrador, que se empreguem conceitos indeterminados¹⁴. A discricionariedade, no entanto, não nos parece ser a ferramenta mais acertada para a tomada de decisões que acarretem efeitos na esfera tributária, a uma pela baixíssima carga de segurança que entrega aos contribuintes, a duas pela resis-

pecto: *Daqui surge a primeira dificuldade: toda a construção do direito administrativo estava proposta a regulamentar a ação do velho Estado do modelo liberal e custa encaixar agora nos quadros tradicionais uma ação em que o Estado não age como Estado, como sujeito da esfera do político, mas como figura do mundo do económico. Como será aceitável que aquela máquina que se constituiu e desenvolveu com rigorosa segregação da esfera em que ditam leis os interesses egoísticos, possa agora tornar-se também um dos protagonistas dessa luta que transpira necessidade? As construções mais ou menos artificiosas que então se tentam exprimem a dificuldade de adaptação às mudanças que a coisa pública acaba de conhecer.* (SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito público e sociedade técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008, p. 86)

¹⁴ Conforme já anunciara CASTANHEIRA NEVES, atentando que não se trata de casuismo, *a norma, com sua normatividade que a interpretação determine como critério normativo-jurídico judicativo, não é uma entidade de sentido normativo absoluto e invariável, sempre e em todos os casos o mesmo, mas antes uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca, a interroga problemáticamente e a vai determinando na sua normatividade judicativamente assimilada.* (NEVES, A. Castanheira, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 345)

tência dos tribunais em sindicarem tais atos. A partir do momento em que o administrador pode decidir de forma discricionária como aplicará determinado dispositivo legal aberto, corre o risco (ou o desejo) de ofender garantias individuais. Entre conceitos indeterminados e discricionariedade a doutrina traça relevantes teorias que não podem deixar de ser analisadas no presente estudo.

Laun e Jellinek¹⁵ desenvolveram o que se pode chamar de *teoria monista* da discricionariedade do administrador público. Sempre que se estivesse diante de um conceito indeterminado, entendia-se que o administrador poderia discricionariamente preencher essa lacuna deixada propositadamente ou não pelo legislador. Laun dissertava que ao administrador público competia a “discricionariedade vinculada”, quando lhe era atribuída a tarefa de decidir um caso concreto definindo um conceito aberto conforme a vontade do legislador, e a “discricionariedade livre”, quando o legislador não limitava a atuação do administrador e este poderia decidir conforme sua vontade orientada pelos deveres funcionais. Jellinek, em sentido semelhante mas de forma mais simples, dissertava que a existência de um conceito indeterminado era uma autorização do legislador ao administrador que preenchesse a indeterminabilidade desse conceito de forma livre. Seria uma delegação do legislador ao administrador da tarefa de completar o que a lei determinou. Este último autor era *muito influenciado pelas correntes positivista e da jurisprudência dos conceitos, as quais, sempre que a lei fosse menos clara, lacunar ou indeterminada, caracterizavam a atividade administrativa como discricionária e de criação jurídica*¹⁶.

Tal teoria nos parece um tanto quanto perigosa especialmente ao analisa-la à luz da separação dos poderes, afinal, a intenção dessa ótica seria de considerar o administrador praticamente um “legislador complementar”. Isso porque, se ao administrador passa a tarefa de dizer o que o legislador determinou, a uma se usurpa a competência do judiciário de intérprete natural da lei, a duas se entrega verdadeira tarefa de legislar ao administrador. Palavras escritas em um documento só ganham relevância quando lhe são atribuídas sen-

¹⁵ MOREIRA, Fernando Azevedo, «Conceitos indeterminados: Sua sindicabilidade contenciosa em direito administrativo», *Revista de Direito Público*, Lisboa, ano 1, n.º 1, nov. 1985, p. 42-46.

¹⁶ DOURADO, Ana Paula, *O princípio da legalidade...*, p. 382.

tido, e o poder de legislar existe quando o governado compreende e aceita o sentido que o legislador quis empregar naquela determinada palavra. Se a definição desse sentido é dada pelo poder executivo, o poder legislativo passa a ser um mero redator.

Na tentativa de superar esse problema, desenvolveu-se a *teoria dualista*, que encontra Bachof como um de seus expoentes. Por esta via, discricionariedade e interpretação de conceitos indeterminados são duas coisas distintas. A primeira permanece sendo uma liberdade de agir outorgada pela lei à Administração, entretanto a segunda não é uma liberdade, mas sim uma tentativa de encontrar a *única solução correta* que foi desejada pelo legislador¹⁷. Bachof foi ainda mais além criticando os termos “discricionariedade livre” e “discricionariedade vinculada”, entendendo que *a lei concede à Administração uma liberdade de agir ou lhe reconhece uma margem de liberdade na apreciação dos pressupostos desse agir*¹⁸. Nasce nesse ponto o termo *margem de livre apreciação* cunhado por Bachof.

Sabe-se, portanto, que discricionariedade e interpretação de conceitos indeterminados são coisas completamente diferentes. É possível dizer que os conceitos indeterminados formam a zona cinzenta situada entre a discricionariedade (como fator mínimo de segurança) e os conceitos determinados (como fator máximo de segurança)¹⁹. Enquanto na discricionariedade a intromissão do judiciário é mínima, restando ao administrador definir os fatos que cruzam essa fronteira, nos conceitos determinados o legislador já traz de forma bem definida os fatos ali constantes, cabendo ao administrador buscar o objetivo querido pelo conceito indeterminado. Todavia, cumpre definir a quem compete elencar e definir os fatos constantes na zona cinzenta dos conceitos indeterminados. Nos parece mais adequado que caiba ao judiciário, como interprete da lei²⁰, dar a palavra final, quanto mais em se tratando de matéria fiscal.

¹⁷ MOREIRA, Fernando Azevedo. «Conceitos indeterminados...». p. 46-50.

¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹ DOURADO, Ana Paula, *O princípio da legalidade...*, p. 435-436.

²⁰ Ou como prefere CASTANHEIRA NEVES, *se a evolução do sentido da lei, de que nos damos conta, é forçosa, ela própria convoca e com o mesmo caráter forçoso um contrapeso, um poder chamado a garantir o respeito pelos valores fundamentais da ordem jurídica e do direito. Poder este que só poderá ser, evidentemente, o poder judicial, através do exercício da sua função jurisdicional numa intenção autónoma e exclusiva*

No que toca ao princípio do acesso à justiça, o judiciário como regra não pode deixar de se pronunciar sobre os temas levados ao seu conhecimento. Se há incorreto emprego da definição de um conceito indeterminado, que cause prejuízo ao jurisdicionado, então compete ao judiciário esclarecer a questão. Se o emprego de definição do conceito indeterminado ofende princípios específicos ou garantias constitucionais, também cabe ao judiciário, como guardião da lei e da constituição, reconduzir a interpretação dada de forma a preservar as garantias ofendidas. Pires, à partir da Constituição brasileira, ensina que:

Como sexto fundamento, sendo a inafastabilidade da apreciação de uma causa pelo Judiciário um direito fundamental (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal), todo e qualquer conceito, insistimos, é passível de apreciação judicial porque com este pronunciamento *determina-se* (leia-se: encerra-se qualquer “indeterminação” do conceito) para o *caso concreto* qual deve ser a *unidade de solução justa*. O art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal é imperativo: não pode o Judiciário furtar-se a apreciar a possível lesão ou ameaça de direito. A cláusula constitucional não excepcionou o afastamento da tutela jurisdicional em caso de conceitos vagos. Não se lê, neste dispositivo, que em caso de conceitos jurídicos indeterminados em questões envolvendo o Estado não pode o Judiciário prescrever uma ordem como concreção do próprio direito.²¹

É oportuno lembrar que a Constituição da República Portuguesa traz preceito semelhante no seu artigo 20.º.

ao direito. E intenção que, nesse sentido, imputará a esse poder, pela própria realização autónoma do direito que lhe compete, um controle jurídico da legislação, pelos três modos que sabemos: ajuizando da constitucionalidade das leis, sobretudo da constitucionalidade juridicamente material, que se traduz no respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídico-constitucionais informadores da ordem jurídica; acentuando a dimensão jurídica que as leis, como preceitos jurídico-políticos, em si também manifestam — acentuação essa que sobretudo competirá à histórico-concreta realização jurisprudencial do direito e enquanto esta assimila hermenêutico-constitutivamente as leis à intenção normativamente autónoma da juridicidade; impondo à normatividade legal um limite crítico de validade pela referência aos valores e princípios fundamentais e últimos do direito, enquanto tal. (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983, p. 605-606).

²¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 107.

No que toca ao princípio da separação dos poderes, pensamos que não cabe ao administrador (como última instância), salvo quando o legislador expressamente permitir, definir o alcance da norma tributária ou dos símbolos empregados pelo legislador, ainda que de forma indeterminada ou aberta. A uma porque essa função de delimitar o alcance da norma é originariamente do judiciário. PIRES lembra que cabe ao Judiciário *conhecer e pronunciar-se a respeito de todo e qualquer conceito jurídico, seja determinado ou indeterminado*²². A duas porque o administrador carece de neutralidade na sua atuação, pois a mesma pessoa que deve agir sob o império da lei não pode definir a medida do alcance dessa lei²³.

No que toca ao princípio da estrita legalidade tributária, a Constituição expressamente determina que as situações tributárias mais gravosas ao contribuinte só podem criadas pela lei, da mesma forma como a criação dos benefícios fiscais. Schoueri, sintetizando os estudos de Eros Roberto Grau, em que a discricionariedade tra-

²² *Ibidem*, p. 110.

²³ SALDANHA SANCHES já criticava a falta de zelo do Tribunal Constitucional, quando este rejeitou a concepção de tipicidade fechada e permitiu ao legislador o emprego de tipos suficientemente abertos para neutralizar a fraude fiscal, no momento em que a Corte deixou de acompanhar as decisões da Administração Fiscal no que se refere ao suposto abuso da lei fiscal pelo contribuinte, ou seja, no que se refere à limitação desse novo poder da Administração. Diferente do que fez, no entanto, o TJCE no caso *Halifax*, quando ao mesmo tempo em que legitimava a censura aos comportamentos fiscalmente abusivos, definia ainda assim os limites dos poderes administrativos, *sublinhando a existência de um direito ao planeamento fiscal legítimo e a inexistência da obrigação, quando existe a possibilidade de escolha criada por uma falha de neutralidade do sistema, de escolher a via que maximiza a receita pública*. (SANCHES, J. L. Saldanha, “As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 40-41)

CASALTA NABAIS, sobre a possibilidade de atuar da Administração aberta pelo Tribunal Constitucional, comenta que *estão ultrapassados os pre-conceitos de outras épocas, como o da odiosidade do fisco e o do carácter excepcional das normas impositivas, que serviram de suporte a específicas teorias de interpretação das normas jurídico-fiscais, como a que preconizava para casos duvidosos uma interpretação mais favorável ao contribuinte, ou a que pugnava por uma interpretação meramente literal, e, de outro, é visível o relevo de princípios constitucionais, mormente do princípio da igualdade tributária, que não podem deixar de ser chamados à colação na luta contra a fraude e evasão fiscais*. (NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 384-385)

ta de juízo de oportunidade e os conceitos indeterminados tratam de juízo de legalidade; de Satta para quem os conceitos indeterminados exigem da Administração que se determine o significado jurídico exato, adaptado ao caso; de Hartmann para quem apesar da indeterminação os conceitos indeterminados conduzem a um resultado determinado, passíveis de exame judicial; de Engisch para quem na discricionariedade o próprio legislador decide deixar para o aplicador a decisão no caso concreto; de Garcia de Enteria e Fernandez para quem a aplicação de conceitos indeterminados só permitem uma unidade de solução justa em cada caso; e de Ottmar Bühler para quem a aplicação dos conceitos indeterminados era um problema de interpretação jurídica²⁴.

Nesse aspecto, a atribuição discricionária de determinado sentido a uma norma tributária pelo administrador pode conduzir a criação de uma situação tributária mais gravosa antes inexistente, sem previsão legal. E nem se diga que o administrador, como interprete, cumpre a lei a seu modo quando define uma situação tributária de acordo com a discricionariedade. Tal decisão, como se disse anteriormente, carece de neutralidade. Se o direito tributário serve também para proteger os contribuintes da *fome financeira* do Estado-fiscal, não se pode permitir que esse próprio Estado-fiscal defina discricionariamente (ou arbitrariamente?) o que tributar. Parece-nos mais adequado que o judiciário exerça a função de dar o sentido final aos conceitos indeterminados por ser tarefa de interpretação jurídica, ainda que, claro, o ideal fosse que o próprio legislador trouxesse o real sentido dos tipos empregados²⁵.

Passemos então ao conceito indeterminado *utilidade pública* para fins de concessão do estatuto e consequências fiscais. É preciso responder nesse ponto se o termo “utilidade pública” é um conceito indeterminado ou conceito cujo alcance depende do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

²⁴ SCHOUEIRI, Luís Eduardo, *Direito tributário*. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 292-293.

²⁵ Entendemos que sempre que possível o legislador deve definir na própria lei o mais extensivamente possível os tipos que emprega, buscando a determinação máxima dos conceitos. Todavia, sabendo se tratar de uma impossibilidade jurídico-normativa em alguns casos, a colocamos no campo *ideal*. Não pensamos ser adequado, entretanto, como regra, que o legislador afaste-se desse ideal quando há plena possibilidade de o buscar.

O artigo 25.º, 1, da Lei-Quadro das Fundações, dispõe que: *A concessão do estatuto de utilidade pública, bem como o seu cancelamento, é da competência do Primeiro-Ministro, com a faculdade de delegação. A norma em comento determina que a concessão ... é da competência do Primeiro-Ministro.* Nesse aspecto, nos parece que o termo *competência* foi utilizado meramente para definir a autoridade responsável pelo despacho que concede ou indefere o pedido do estatuto. Não nos parece ser intenção da lei nesse caso outorgar um grau de discricionariedade ao ato de concessão. Portanto, se determinada fundação preenche os requisitos do estatuto de utilidade pública, a autoridade não tem o poder de conceder mas sim o dever. É um ato vinculado. Tanto é assim que a alínea c), do número 6, do mesmo artigo, determina que a fundação pode perder o estatuto *por decisão da entidade competente para a concessão, se tiver deixado de se verificar algum dos pressupostos dessa.* Se o Primeiro-Ministro tivesse o poder de conceder, também deveria ter o poder de cassar o estatuto de forma discricionária e não somente quando deixar de se verificar algum dos requisitos do estatuto. Isso não ocorre justamente porque não há uma discricionariedade na concessão, razão pela qual também não deve haver discricionariedade na cassação. Se a concessão é feita ao abrigo da lei apenas, a cassação também deveria seguir o mesmo procedimento. O dispositivo em comento não concede ao juízo de conveniência e oportunidade o poder de cassar o estatuto de utilidade pública de uma fundação, isso só pode ocorrer se os elementos legais deixarem de ser preenchidos.

Engisch já definia os conceitos indeterminados como aqueles *cujos conteúdo e extensão são em larga medida incertos*²⁶. Por utilidade pública deve se entender toda a atividade exercida sem contrapartida, que seja importante em um cenário coletivo, cuja natureza seja assistencial, social, educacional, ambiental ou cultural. Como se viu no tópico III a Lei-Quadro das Fundações traz um rol exemplificativo de atividades que se entende por utilidade pública. O termo *tais como* empregado no artigo 24.º, n.º 1, alínea a), ao listar algumas

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo, «O princípio da tipicidade no direito tributário», *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.º 5, fev-abr 2006, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>>, Acesso em: 28 mar. 2014.

atividades de relevo social, denota essa qualidade. Se a expressão fosse um conceito determinado, em primeiro lugar, a lei não precisaria elencar um rol de atividades, em segundo lugar, caso optasse pelo rol taxativo, utilizaria o termo “são”, ao invés de “tais como”. A expressão “tais como” abre o conceito para outras definições. A expressão não é, portanto, um conceito determinado, uma cláusula fechada ou encerrada, bem definida.

Também não parece ser uma expressão cuja interpretação possa ser inserida no âmbito de discricionariedade da administração. Se a própria lei traz um rol exemplificativo, é porque o legislador não tinha interesse de deixar sua definição ser preenchida pela livre vontade do administrador. Os conceitos cuja definição possa ser atribuída pela discricionariedade da Administração Pública se referem aos conceitos que dependem exclusivamente de elementos próprios da gestão pública. Não quer dizer que um tribunal não poderia preencher sua definição, mas sim que um tribunal não teria condições para tanto²⁷. Aqui porém, no âmbito dos conceitos indeterminados em direito fiscal, os tribunais tem plenas condições de alimentar o conceito de utilidade pública com elementos essencialmente jurídicos, não se tratando, dessa forma, de uma prerrogativa exclusiva da Administração Pública.

Se o conceito não é determinado, tampouco é um conceito a ser definido pela margem de discricionariedade do administrador público, então é um conceito situado na zona cinzenta, em larga medida incerto para usar a expressão de Engisch. Por ser um conceito indeterminado, o administrador público deve posicionar-se ao ser chamado por expressa previsão legal. Todavia, essa decisão não pode ser considerada como discricionária do ponto de vista da sindicabilidade dos tribunais, uma vez que é conceito indeterminado cujo preenchimento depende de uma análise essencialmente jurídica e não técnica. Nesse aspecto, o entendimento provido pela Administração Pública acerca do que é utilidade pública no caso concreto, pode e deve ser sindicada pelos tribunais sempre que fo-

²⁷ Exemplo clássico disso é a discricionariedade do administrador público na seleção de candidatos em concursos públicos. Somente a Administração Pública tem os elementos necessários para decidir acerca da aprovação de determinado candidato.

rem acionados por violação de garantias constitucionais no ato de concessão, violação de garantias fiscais do contribuinte, ou ainda por ter sido empregada uma interpretação equivocada do conceito pelo administrador. Isso porque *o caso concreto confere elementos suficientes, sempre, para que o Judiciário, quando provocado, pronuncie-se a respeito de qualquer causa pouco importando se a atuação da Administração Pública fundamenta-se em algum conceito jurídico determinado ou indeterminado*²⁸.

É importante salientar que a concessão do estatuto traz consequências na esfera tributária do contribuinte. Por ser um fator para concessão de benefícios fiscais, que extingue situações tributárias mais gravosas, não se pode deixar sua definição final ao Poder Executivo. Do mesmo modo como pagar impostos é um dever do contribuinte, receber benefícios fiscais é um direito. Da mesma forma como o Poder Executivo não pode decidir quais impostos o contribuinte deverá pagar (mas sim a lei, como regra), também não pode decidir deliberadamente quais benefícios determinado contribuinte receberá. Tal situação pode criar desigualdades entre contribuintes que se encontrem na mesma situação.

Aliás, a desconstrução da isenção tributária em etapas destacará que a hipótese de incidência do tributo prevista na lei ocorre, existe a concretização do fato gerador do tributo, todavia a isenção deita sobre esse fato gerador dispensando o contribuinte do pagamento (ocorre como um *facto impeditivo*²⁹). Se a hipótese de incidência ocorre concretamente conforme previsto, somente a lei poderá prever e definir uma hipótese de não pagamento desse tributo. Também por essa razão é que as formas de isenção devem ser bem delimitadas legalmente e não devem ficar na margem discricionária de decisão do administrador.

Esse procedimento no que toca às instituições de utilidade pública se assemelham de certa maneira ao que ocorre no Brasil. Lá, o Supremo Tribunal Federal – STF, responsável pelo julgamento em última instância das matérias de direito que violem dispositivo constitucional, delimitou de forma bastante pedagógica a respeito do ato declaratório que reconhece a utilidade pública de uma

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da...*, p. 113.

²⁹ XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1974, p. 281-284.

instituição. Por ocasião do julgamento ao Recurso Extraordinário n.º 115.540/RJ³⁰, julgado em 18 de outubro de 1988, o STF reconheceu que o ato que concede o certificado de utilidade pública é mero ato declaratório, que declara uma situação já existente. Ou seja, para a concessão do certificado de utilidade pública, a instituição deveria estar funcionando já há algum tempo, período esse em que seria analisado o caráter de utilidade pública. Portanto, a natureza do ato administrativo restou configurada como natureza declaratória e não constitutiva, pois declarava uma situação já em curso com efeitos retroativos. Essa declaração rompia a obrigação do Estado em conceder os benefícios fiscais dela decorrentes.

Por ter natureza declaratória, é imperioso que tal decisão possa ser sindicável pelos Tribunais, isso porque declara uma situação tributária existente. Se a situação tributária existe e é válida, mas a Administração Tributária a declara inexistente, comete verdadeiro ato ilegal que deve ser submetido ao Poder Judiciário para sindicância.

Aliás, no que se refere ao ato de concessão do benefício fiscal, da isenção, Machado ensina que:

Na verdade, o direito à isenção decorre do atendimento das condições ou requisitos legalmente exigidos para esse fim. O ato administrativo é simplesmente declaratório desse direito.

O ato administrativo que defere o pedido de isenção tributária apenas reconhece que a norma isentiva incidu, ou que as condições de fato, anunciadas para futura ocorrência, configuram sua hipótese de incidência, e que, portanto, uma vez concretizadas, ela incidirá. Esse ato administrativo tem, assim, natureza simplesmente declaratória, tal como ocorre com o lançamento tributário. Por isto, se uma norma isentiva incidu, fez nascer o direito à isenção,

³⁰ Certificado de filantropia. Isenção da contribuição patronal a previdência patronal. A expedição do certificado de filantropia tem caráter declaratório e como tal gera efeitos *ex-tunc*. Se a entidade requereu o certificado antes da determinação administrativa que arquivou os processos respectivos, mas veio tê-lo deferido anos depois, quando revogada a medida, o seu direito as vantagens conferidas pela lei retrotraem a data do requerimento, inclusive o da isenção da quota patronal da contribuição previdenciária. Recurso conhecido e provido. (RE 115510, Relator(a): Min. Carlos Madeira, Segunda Turma, julgado em 18/10/1988, DJ 11-11-1988 PP-29311 EMENT VOL-01523-03 PP-00634)

de sorte que haverá de ser aplicada aos fatos contemporâneos à sua vigência, ainda que posteriormente modificada ou revogada.³¹

Conforme ensina o autor, se está diante de mera declaração de que a hipótese de incidência prevista na norma, o fato gerador em abstrato, ocorreu no mundo fático (fato gerador em concreto). Como bem salienta o Professor brasileiro, o ato declaratório que defere o pedido de isenção tributária *não cria direito*, mas antes o declara. O que importa aqui destacar é que a utilidade pública da fundação não nasce a partir da declaração da Autoridade Administrativa, mas antes disso, nasce no momento em que passa a cumprir as exigências legais e constitucionais. Entendemos portanto que o ato que concede o estatuto de utilidade pública (de onde nascem os benefícios fiscais) possui mera natureza declaratória de um direito adquirido pela fundação.

Portanto, se o contribuinte preenche os requisitos do estatuto da utilidade pública, goza de pleno direito à recebe-lo e, conseqüentemente, as isenções previstas na legislação tributária. Se o ato de concessão do estatuto é declaratório, declara uma situação já existente e, nesse tocante, não se está diante de situação de avaliação de conveniência e oportunidade. Se o ato declara a existência de um direito, não pode declarar sua inexistência caso esse direito ainda assim exista. É dizer, é defeso à Administração Tributária negar um direito que existe por força de lei. Se a lei confere o direito propriamente dito, não pode a Administração excusar-se a concedê-lo na prática. Se a Administração Tributária não concede o estatuto de utilidade pública quando a fundação preenche os requisitos legais, entendemos que é plenamente possível que essa questão seja dirimida pelos Tribunais, uma vez que se está diante de um ato absolutamente ilegal cometido pela Administração. Partilhamos da lição de PIRES, uma vez que:

Os conceitos jurídicos indeterminados aninham-se na seara da *interpretação jurídica*. Por ingente que seja a dificuldade de *determinação*, ainda assim, trata-se, sempre e em toda situação, de *interpretação jurídica*, de busca da *unidade de solução justa*, de uma ponderação de um juízo *disjuntivo*. Não há, em suma, uma pluralidade de deci-

³¹ MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, 31.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2010, p. 246.

sões legítimas *ao mesmo* intérprete, não pode o intérprete dizer que é conveniente e oportuno, naquele contexto, entender que boa-fé é representada por tal comportamento, e depois voltar atrás e dizer que não é mais conveniente entender assim, ou que diante de outro fato, de estrutura fática similar, deixar de qualifica-lo juridicamente como na véspera foi qualificado porque não é oportuno tal entendimento.³²

Mas por se admitir se tratar de um conceito indeterminado sindicável pelos tribunais, isso exime a lei de conferir maior determinabilidade ao conceito? Em se tratando de direito tributário a resposta deve ser sempre negativa. Em matéria fiscal, quanto maior for o grau de determinabilidade dos conceitos, melhor. Isso não exclui a toda evidência a utilização de conceitos indeterminados³³. O rol exemplificativo citado traz disposições que talvez não seriam consideradas como utilidade pública há 40 ou 50 anos atrás, portanto o uso de conceitos indeterminados ainda é importante no que toca a absorver as mudanças sociais. Todavia, é sempre importante ao contribuinte e ao intérprete que o legislador balize a apreciação do conceito da melhor forma possível, sob pena de incorrer inclusive em inconstitucionalidade por excessiva indeterminação conceitual³⁴. Essa limitação da apreciação do conceito pode ser feito por meio de um rol exemplificativo, conforme foi feito quanto ao conceito de utilidade pública, mas também ao se usar conceitos já empregados e bem delimitados em outros ramos do direito. É importante ainda que a lei autorize expressamente o administrador a ser discricionário em sua decisão, empregando expressões que denotem esse poder discricionário quando da leitura do dispositivo legal, caso assim pretenda. Não havendo essa disposição, será mais um fator que aponte para a existência de um conceito indeterminado sindicável judicialmente.

³² PIRES, Luís Manuel Fonseca, *Controle Judicial...* Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 119.

³³ SCHOUERI, Luís Eduardo, *Direito tributário*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 286.

³⁴ ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 321.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos o presente trabalho, portanto, nas seguintes linhas:

1. As fundações, em Portugal, não possuem um regime fiscal unificado, uma vez que os benefícios fiscais atribuídos à essas instituições vem previstos nos códigos específicos de cada tributo.
2. A constituição das fundações em Portugal depende de um ato de reconhecimento pelo Poder Público, ato esse meramente declaratório, uma vez que o direito de criar uma fundação é um direito fundamental subjetivo. Nesse aspecto, se a fundação apresenta os requisitos constitucionalmente estabelecidos, é defeso à Administração negar vigência à natureza de fundação à essa pessoa coletiva.
3. As fundações podem, ou não, ter o caráter de utilidade pública. A decisão cabe ao administrador público, mas detém mera natureza declaratória. Isso porque a lei atribui ao administrador mera competência, não concedendo-o, em momento algum, qualquer discricionariedade a respeito para efetuar juízo de conveniência e oportunidade. A aquisição do caráter de utilidade pública advém da própria atividade da fundação, razão pela qual o ato de concessão apenas reconhece que tais atividades detém essa natureza.
4. Reconhecido o estatuto de utilidade pública por ato declaratório, a fundação passa a gozar dos benefícios fiscais à ele inerentes. O reconhecimento desses benefícios também é ato meramente declaratório, uma vez que o fato impeditivo do surgimento do dever de pagar o tributo, o benefício fiscal, é um direito garantido e adquirido por lei e declarado por ato administrativo.
5. O termo *utilidade pública* é um conceito indeterminado e sua definição depende de interpretação jurídica e não de discricionariedade por meio de juízo de conveniência e oportunidade. A própria lei já buscou determinar, em

parte, o alcance do instituto ao construir um rol exemplificativo de situações de utilidade pública. Portanto, é caso de interpretação jurídica verificar no caso concreto se a fundação atua no sentido querido pela lei, não sendo caso de discricionariedade da administração verificar se a atividade daquela fundação é conveniente e oportuna para a administração.

6. Por ser matéria reservada à interpretação jurídica, o Judiciário não pode se afastar de definir o alcance do termo sempre que acionado, uma vez se tratar do verdadeiro guardião do alcance do significado das leis. À essa decisão se vincula a Administração. E ainda por ser matéria reservada à interpretação jurídica, não pode o Executivo imiscuir-se na tarefa do Judiciário e querer definir o alcance do sentido das leis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÃO, Rui, «Fundações: que Reforma?», *Scientia Iuridica*, Braga, Tomo 51, n.º 292, jan-abr 2002, p. 507-514.
- ÁVILA, Humberto Bergmann, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, Malheiros, São Paulo, 2011.
- *Teoria da igualdade tributária*, Malheiros, São Paulo, 2009.
- CALVO ORTEGA, Rafael, «Las fundaciones de exención plena y el principio de igualdad tributaria», in *Fundaciones y Mecenazgo: régimen fiscal*, Comares, Granada, 2001.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado, in *Direito tributário, direito penal e tipo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.
- DOURADO, Ana Paula, *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, Coimbra, 2007.
- DUARTE, Feliciano Barreiras, *Regime jurídico e fiscal das fundações*, Âncora, Lisboa, 2008.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, «Constitucion, Fundaciones y Sociedad Civil», *Revista de Administracion Publica*, Madrid, n.º 122 (1990), p. 235-256.
- GOMES, Carla Amado, «Nótula sobre o regime de constituição das fundações particulares de solidariedade social», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Vol. XL, n.ºs 1 e 2 (1999), p. 157-179.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 6.º ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012.
- LÓPEZ DÍAZ, Antonio, «Régimen fiscal de las fundaciones», *Fundaciones y Mecenazgo: régimen fiscal*, Granada, Comares, 2001.
- LOPES, Licínio, *As instituições particulares de solidariedade social*, Almedina, Coimbra, 2009.
- LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? O Insustentável peso do não-ter*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXIII separata, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.
- MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, 31.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010.
- MOREIRA, Fernando Azevedo, «Conceitos indeterminados: Sua sindicabilidade contenciosa em direito administrativo», *Revista de Direito Público*, Lisboa, ano 1, n.º 1, p. 15-89, nov 1985.
- NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 2012.

- NEVES, A. Castanheira, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1940.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *As Fundações no Código Civil Português: regime actual e Projecto de Reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- SANCHES, J. L. Saldanha, “*A segurança jurídica no estado social de direito: conceitos indeterminados, analogia e retroactividade no direito tributário*”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1985.
- “*As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso*”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 39-70.
- SCHOUEIRI, Luís Eduardo, *Direito tributário*, Saraiva, São Paulo, 2011.
- SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Fiscal: teoria geral*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito público e sociedade técnica*, Tenacitas, Coimbra, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo, «O princípio da tipicidade no direito tributário», *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.º 5, fev-abr 2006, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RE-DAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>>, Acesso em: 28 mar. 2014.
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1974.

REGIME FISCAL DO ATO COOPERATIVO: UMA ANÁLISE ENTRE A FISCALIDADE DAS COOPERATIVAS EM PORTUGAL E NO BRASIL

Raíssa Mendes

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a estrutura e natureza jurídica da cooperativa e do ato cooperativo no Brasil e em Portugal. Para tanto, analisa a legislação existente sobre o tema, dando ênfase ao regime fiscal aplicado sobre o ato cooperativo. A discussão sobre a amplitude do ato cooperativo nos dois países é de imensa importância, visto que o ato cooperativo trata-se do critério objetivo utilizado na concessão de benefícios fiscais previstos constitucionalmente. A definição da sua natureza é de essencial ordem prática, por ser um instrumento indispensável na aplicação da tributação nas cooperativas. Também é necessário um estudo sobre o tema justamente para se tentar compreender um pouco da estrutura da própria cooperativa, que ainda hoje é considerada uma pessoa coletiva de difícil conceituação.

Palavras- chave: Cooperativa; Ato Cooperativo; Tributário; Benefícios Fiscais; Brasil.

Abstract: The current work analyses the structure and the legal nature of the co-op and the co-op act in Brazil and Portugal. For that purpose, it explores the legislation on the subject, focusing on the tax regime of the co-op act. A discussion on the co-op amplitude in these two countries is very important because the co-op act works as a standard in the allowance of tax benefits. Therefore, the definition of its legal nature has enormous practical utility. A study of the co-op act is also critical in order to understand the co-op as a legal entity, a task that has proven to be very hard so far.

Keywords: Co-op; Co-op Act; Tax; Benefits; Brazil.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a relação do ato cooperativo do Brasil e de Portugal. Para isso serão analisados os elementos e objetivos das cooperativas nos dois países, de modo a estabelecer um comparativo entre a legislação dos dois países sobre o assunto. Tentar-se-á elucidar um pouco do que seriam as pessoas coletivas das cooperativas, tentando justificar toda essa autonomia concedida pelo legislador constitucional nos dois países. Posteriormente, será analisada toda a natureza do ato cooperativo, exposto através dos diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema. No Brasil o tema é um pouco mais estudado do que em Portugal, sendo alvo constante da doutrina especializada, a qual nos demonstrará toda a origem e classificação destes atos. Finalmente, pretende-se responder a questão sobre o alcance destes atos, se poderiam incluir ou não as atividades com terceiros.

É importante conhecer o real alcance do ato cooperativo, principalmente em matéria tributária, já que este ato atualmente é utilizado como critério objetivo para concessão do regime tributário benéfico cabível às cooperativas. Há aqui um claro conflito de posicionamentos a respeito do tema. Por um lado o fisco defendendo a restrição destes atos cooperativos somente aos atos internos, por outro a doutrina cooperativa defendendo a liberalização destes atos cooperativos devido à natureza *sui generis* desta modalidade de associação. Será analisada a posição desta parte da doutrina que defende claramente que tal liberalização não se trata propriamente de um benefício, e sim de um direito que as cooperativas possuem por se tratar de uma pessoa coletiva autônoma que visa à não lucratividade. Posteriormente se estudará o posicionamento antagônico do sistema tributário, ao afirmar que essa liberalização seria meramente um instrumento de evasão fiscal.

A discussão ganha relevância uma vez que as cooperativas têm sido constantemente criticadas devido ao que a doutrina portuguesa chama de encapotamento, ou seja, a existência de verdadei-

ras empresas sob o manto das cooperativas. No Brasil, inclusive, o tema foi bastante discutido em São Paulo, onde o Ministério Público chegou a elaborar uma cartilha de alerta à população a respeito das cooperativas. Fato é que, em ambos os países, a figura da cooperativa é vista com uma certa desconfiança por parte do fisco, que em muitos casos põe em questão essa natureza não lucrativa que as cooperativas possuem. O que se pretende elucidar é se o caráter social que a cooperativa possui, promovendo a inclusão econômica, a realização da utopia laboral do capital a favor do homem, justifica todos os benefícios que ela recebe pelos legisladores estudados. E também, se este regime ainda fosse passível de ampliação por meio da referida liberalização, cabe a nós analisar se esta seria a solução para o problema da inclusão das cooperativas no mercado de uma forma mais competitiva com as empresas.

II. O COOPERATIVISMO E AS COOPERATIVAS

A origem do vocábulo “cooperação” decorre da expressão latina *cooperatio*, que significa a prestação de auxílio para um bem comum. O processo social denominado de cooperação, decorre, ainda que em termos rudimentares, da própria história do desenvolvimento humano, em que se verificava ser necessária a reunião de esforços para a concretização de objetivos sociais ou econômicos.

Contudo, quem primeiro empregou este termo de forma mais científica foi William King, que o associou ao sentido antônimo de concorrência. Segundo o autor Rui Namorado¹, a cooperação é um fator de coesão do tecido social, sendo a cooperatividade a materialização desta hegemonia; ela nada mais é que o conjunto de práticas que refletem essa coesão. O autor continua ao afirmar que a cooperatividade possui atualmente um papel estratégico no desenvolvimento social.

As colocações feitas possuem um embasamento considerável, visto que nos encontramos atualmente em um processo intenso de globalização, em que cada vez mais os estados têm sido

¹ NAMORADO, Rui, *O Horizonte Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 5.

obrigados a se confrontar com conflitos de ordem global, em que se constata uma dificuldade generalizada em se encontrar soluções que não suprimam a identidade ou liberdade das nações envolvidas. A prática da *cooperativa internacional* vem neste momento como uma alternativa aos métodos existentes, os quais não têm demonstrado uma eficiência na solução desses novos tipos de conflitos. Ela viria como uma forma de superação das dificuldades individuais, por se tratar de uma alternativa ao modelo estatal e ao modelo socialista. Segundo Sônia Almeida Prado², o cooperativismo é uma opção viável para uma participação econômica cada vez mais elitista e concentrada de renda.

O aumento da importância destes conflitos internacionais, impulsionados pelo capitalismo, veio exigir dos estados a administração do que o autor Rui Namorado³ define como *heterogeneidade dinâmica*. O cooperativismo viria em resposta a esses conflitos sociais e políticos, como uma reação ao processo predatório capitalista, que já nos demonstrou que não é capaz de promover soluções para problemas básicos de desenvolvimento e nem consegue promover a sobrevivência de uma grande parte da humanidade.

Foi esse ideal de cooperativismo que inspirou a criação de institutos organizados baseados neste princípio, entre eles as cooperativas. A iniciativa cooperativa tem a sua origem diretamente ligada aos interesses dos operários da época da Revolução Industrial. Foi em 1844, nos arredores de Manchester, na Inglaterra, que tecelões se reuniram sob a forma da *Society of Equitable Pioneers*, com o objetivo de conseguir facilidades na compra de produtos do ramo alimentício. Os resultados positivos de tal iniciativa estenderam os seus benefícios aos tecidos que eles produziam. Apesar de a ideia de cooperativa ser bem mais antiga que este acontecimento histórico, o movimento cooperativista elegeu aquele momento como o marco histórico de fundação da figura da cooperativa. Os princípios de Rochdale são considerados como noções fundamentais e ainda são divulgados até hoje pela doutrina.

² PRADO, Sônia C.S de Almeida, “Atividades Cooperativas e seu Regime Tributário”, *Revista do Advogado*, ano XXVII, 94 (2007), p. 141-145.

³ NAMORADO, Rui, *O Horizonte Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 54.

Esse movimento também influenciou outros países como a Alemanha em 1848, em que produtores de leite de Flammersfeld, sob a liderança de Friedrich Wilhelm, constituíram a primeira cooperativa de crédito do país, em resposta aos agiotas locais que sufocavam a produção. Esta sociedade se denominava “Caixa Rural” e se constituía basicamente no auxílio mútuo, em que produtores mais abastados fomentavam os menos favorecidos, distante da ideia de ganhos abusivos. Este interesse pelo princípio cooperativo ainda se demonstra necessário conforme nos diz o artigo *Keep their co-op alive* de Aja Lawson⁴, que trata sobre o projeto *We own it*, realizado na Califórnia, com o intuito de recuperar a cooperativa rural La Isla Vista Food Co-op. Segundo a autora, o interesse contínuo pelas cooperativas se justifica pelas múltiplas funções que exercem, que vão além da subsistência e do abastecimento dos cooperados, já que muitas vezes também ocupam um papel central na educação da comunidade em que se insere.

Já no Brasil, segundo João Bellini Júnior, citado por Paulo César Lof⁵, a existência de cooperativas se confunde com a própria história do país, contando com exemplos deste movimentos nos quilombos e nas organizações jesuíticas, e após a fase da República, entre os imigrantes asiáticos e europeus. Contudo, a primeira manifestação estatal no sentido do cooperativismo como modalidade associativa ocorreu em Minas Gerais, na organização de agricultores rurais, visando torná-los mais empreendedores e capazes. Anos mais tarde este movimento foi reforçado pelo presidente Juscelino Kubistchek, que incluiu as cooperativas agropecuárias nos instrumentos estratégicos de desenvolvimento da política nacional, concedendo favorecimento de linhas de crédito pelo governo federal. Todo este posicionamento estatal veio a ser reforçado na promulgação da Constituição de 1988, em que o legislador, no sentido de valorizar as questões sociais e os direitos difusos, veio consagrar a cooperativa e o seu teor democrático em seu texto, sendo esta a única modalidade de sociedade expressamente citada. Além disso a

⁴ AJA LAWSON, “Keeping their co-op alive”, *Rural Cooperatives*, 80 (2013), p. 5.

⁵ João Bellini Júnior, *Sociedades Cooperativas – Regime Jurídico e tributário*, apud PAULO CÉSAR LOF, “O adequado funcionamento das Cooperativas de Crédito no Brasil”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 14 (2006), p. 109.

Constituição Brasileira foi um marco na liberalização das atividades cooperativas, que antes de sua publicação ainda se encontravam muito ligadas à atividade estatal.

A colaboração entre os sócios, com o intuito de se alcançar a satisfação de necessidades individuais, é uma das características marcantes da cooperativa, segundo Fábio Ulhôa Coelho⁶. Este objetivo comum é o que a diferencia da figura das sociedades, trata-se de uma sociedade organizada em torno do mutualismo. A cooperativa coopera, não opera como as sociedades, conforme nos diz Fábio Piovesan⁷; a ideia de não lucratividade é essencial para a sua caracterização. A cooperativa tem um caráter meramente instrumental, o que se visa nestas instituições não é à produção de lucro, e sim à eficiência em satisfazer as necessidades dos sócios. O perfil global das cooperativas está na satisfação de interesses sociais, culturais e econômicos, pois se trata de uma pessoa coletiva claramente influenciada por valores como justiça e libertação. Além destes ideais, o autor Paulo César Lof⁸ afirma que as cooperativas também foram criadas devido a uma necessidade de produção mais avançada, em que fosse possível diminuir custos e insumos ou outros elementos; esta seria a motivação econômica para a criação dessa modalidade associativa.

A cooperativa é considerada uma metamorfose por Rui Namorado⁹. Ela seria a materialização da ideia social difusa da “*cooperação entre os homens*”. Tal estrutura econômica vem acrescentar uma importante diversidade empresarial, devido às suas características exclusivas. Apesar de, em alguns países como o Brasil, ainda se considerar a cooperativa como uma espécie de sociedade, é consenso doutrinário que o setor cooperativo tem autonomia própria, não sendo integrante nem do setor privado, nem do setor público. Esta

⁶ COELHO, Fábio Ulhôa, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 87.

⁷ BOZZA, Fábio Piovesan, “A Tributação das sociedades cooperativas e a evolução da jurisprudência a respeito”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, 148 (2008), p. 41.

⁸ LOF, Paulo César, “O adequado funcionamento das Cooperativas de Crédito no Brasil”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 14 (2006), p. 101.

⁹ NAMORADO, Rui, *Introdução ao Direito Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 11.

autonomia é constitucionalmente reconhecida em Portugal (art. 61 da CRP) e no Brasil (art. 5 XVII DA CF/88), que além de permitirem a livre iniciativa cooperativa, incumbem ao estado o dever de promover o incentivo a este tipo de organização. Em ambos os países percebe-se que a cooperativa adota um modelo descritivo sociológico, modelo este que encara a cooperativa como um instrumento para realização de interesses não puramente econômicos, mas culturais e sociais, de uma determinada categoria de indivíduos. Esse tipo de legislação é comum em países em desenvolvimento, nos quais, por considerarem as cooperativas como agentes de desenvolvimento, o Estado adota um posicionamento levemente paternalista, com uma legislação mais pormenorizada sobre o assunto, além de uma fiscalização mais presente, ao contrário do que se verifica nos países da Europa Ocidental e na América do Norte.

A adesão voluntária e livre, a intercooperação, a não exigibilidade de um capital social, o sistema organizacional que assegura o voto democrático, a obrigação de promover a educação e informação são alguns dos princípios cooperativos. Estes princípios claramente reforçam o caráter democrático que a cooperativa possui. Ao permitir a livre adesão e a possibilidade de o sócio participar das deliberações sociais independente do capital social investido, promove-se uma igualdade entre os participantes da cooperativa. É uma clara tentativa de desvinculação do capital na gestão de uma atividade econômica: a empresa não será o fim, e sim o instrumento. Devido a esta desvinculação, o autor Carl Ratner¹⁰ afirma que a cooperativa são consideradas como um melhor local de trabalho em comparação com o setor privado. O autor também critica os Estados Unidos e a mídia americana de tentarem marginalizar a estrutura das cooperativas, fazendo um comparativo com a posição europeia, que com base nos *orientating principles*, elaborados pelo European Committee of Cooperatives, Mutuals, Associations and Foundations em 1998, vem assumindo uma postura de apoio ao cooperativismo como meio de solucionar as crises econômicas.

O cooperativismo é um sistema reformista da sociedade, que deseja obter a justo-preço, por meio da solidariedade e da ajuda

¹⁰ RATNER, Carl. *Cooperation, community, and Co-Ops in a global era*, Springer, New York, 2013, p. 10.

mútua. Segundo Waldirio Bulgarelli¹¹, as cooperativas, mesmo que muitas vezes ligadas a setores limitados da economia doméstica, artesanal e agrícola, acabam por promover o que o autor define como *humanização* da economia. Filosoficamente falando, o objetivo que rege este movimento é o aperfeiçoamento moral do homem, tentando alcançar o alto sentido ético da solidariedade, em prol da melhoria da economia. A motivação do cooperado deverá ser exclusivamente de se beneficiar como destinatário dos serviços da cooperativa, jamais poderá ser o de lucrar como um investidor, por exemplo.

A ligação entre o cooperativismo e a cooperativa é clara, esta última se trata de uma materialização da primeira. Ou, segundo Dira Benevides Pinho citada por Namorado¹², a doutrina que visar à correção social por meio de cooperativas define-se como cooperativismo. Não se trata necessariamente de um método novo, é verdade, mas atualmente se tem percebido um enorme crescimento no interesse sobre o assunto devido aos conflitos transnacionais que a globalização nos trouxe. Além disso, as cooperativas também têm sido vistas nos países subdesenvolvidos como verdadeiras alavancas de desenvolvimento, sendo utilizadas na solução de problemas sociais, já que a sua gestão indiretamente promove a regionalização, a luta contra o desemprego, a inclusão social, a educação, a defesa do meio ambiente etc. Já nos países de economia planificada, as cooperativas têm sido vistas como uma alternativa viável ao capitalismo, porque introduzem conceitos tipicamente socialistas e igualitários na execução das atividades econômicas.

Essa ética que circunda a figura da cooperativa teve sua origem no cooperativismo, e a torna atualmente uma grande protagonista no desenvolvimento da economia social mundial, por envolver princípios democráticos, culturais e sociais na sua execução, retirando um pouco o foco lucrativo que os empreendimentos econômicos possuem. Nas palavras de Namorado¹³, a cooperativa vem materializar uma utopia laboral, colocando o

¹¹ BULGARELLI, Waldirio, *As sociedades cooperativas e seu regime jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 17.

¹² PINHO, Dira Benevides, *Dicionário De Cooperativismo*, apud NAMORADO, Rui, *O Horizonte Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 40.

¹³ NAMORADO, Rui, *Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 11.

capital a serviço do trabalho, mas também uma utopia pedagógica e educacional, por atribuir à educação um papel propulsor no desenvolvimento humano.

III. O ATO COOPERATIVO

No direito comercial, o elemento de maior densidade é o ato mercantil; no cooperativismo este papel cabe ao ato cooperativo. O ato cooperativo, segundo Rui Namorado, consiste na materialização da cooperatividade, nada mais é que o núcleo específico das práticas cooperativas. Já Heleno Torres¹⁴ reduz os atos cooperativos a atos praticados por uma reunião de sujeitos interessados em fazer uso dos direitos constitucionais do cooperativismo, sem ânimo de lucro *a priori*. Porém, conforme demonstraremos, o estudo da matéria demonstra ser muito mais denso do que essa definição baseada na titularidade do sujeito dos atos.

Deolinda Meira¹⁵ define a atividade cooperativizada como a atividade econômica com cooperadores, e até terceiros, intimamente ligada com o objeto social da cooperativa. Para a referida autora, o que define se um ato é cooperativo ou não é sua coadunação com o objeto social cooperativo, pouco importando a titularidade de associado. A necessidade de uma definição autônoma do ato cooperativo decorre da autonomia atribuída a esta modalidade de associação entre pessoas. Justamente pela cooperativa ter este caráter inovador, da sua gestão irão decorrer novas relações jurídicas, que não encontrarão amparo total nos outros sistemas pré-existentes, sendo urgente a criação de um regime próprio que satisfaça todas essas carências.

Segundo a jurista Elsa Cuesta, citada por Namorado¹⁶, o

¹⁴ TORRES, Heleno Taveira. “O tratamento tributário das cooperativas e do ato cooperativo no direito constitucional brasileiro – o regime das cooperativas de trabalho”. *Interesse Público*, Ano 5, n.º 25, Editora NotaDez, Porto Alegre, 2004, p. 117.

¹⁵ MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 417.

¹⁶ CUESTA, Elsa, *Derecho Cooperativo*, *apud* Namorado, Rui, *Cooperativi-*

ato cooperativo, para ser considerado legítimo, deve conter os seguintes elementos: necessidade individual comum, ausência de finalidade de lucro, solidariedade, integração social e bem-estar geral. Todos estes elementos como facilmente se constata, decorrem diretamente dos já citados princípios cooperativos, que exaltam a não-lucratividade e a função solidária, de assistência e colaboração mútua que os atos cooperativos possuem. Os atos de gestão da referida organização associativa devem acompanhar a sua natureza, sob pena de descaracterização.

É justamente o intuito de não lucratividade que cerca os atos cooperativos que os diferencia dos atos das sociedades comerciais. Apesar de, tanto no contrato social como no contrato de associação cooperativa, existirem ideias semelhantes de cooperação e associação, a ausência do *animus* de lucro acaba por diferenciá-las de forma cabal. A cooperativa tem seus interesses voltados para os associados, não para a empresa; devido a isso a sua ética gestora será completamente diversa da ética empresarial aplicada às sociedades.

Outra característica inovadora dos atos cooperativos é que a sua atividade é considerada um círculo “fechado”, conforme sugere Bulgarelli¹⁷. Existem na verdade dois tipos de relações jurídicas nas cooperativas: as executadas com associados e as executadas com terceiros. No primeiro caso, segundo o autor, a relação é considerada *sui generis*. Porque os sócios são considerados associados e clientes ao mesmo tempo, este cerne de originalidade desta gestão que trabalha direcionada para a satisfação dos interesses internos é o que caracteriza o chamado “círculo fechado”, que é uma consequência direta do teor do contrato de associação cooperativo. Tais atos internos são não-contratuais, configuram-se numa classe orgânica de atos cooperativos.

Fábio Piovesan¹⁸ consegue ampliar esta classificação feita por Bulgarelli, afirmando que existem na realidade quatro tipos de atos cooperativos: a) atos entre os associados; b) atos entre a coo-

dade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres, Almedina, Coimbra, 2005, p. 100.

¹⁷ BULGARELLI, Waldírio, *As sociedades cooperativas e seu regime jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 23.

¹⁸ BOZZA, Fábio Piovesan, “A Tributação das sociedades cooperativas e a evolução da jurisprudência a respeito”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, 148 (2008), p. 49.

perativa e o mercado; c) atos entre a cooperativa e não-associados, mas em obediência ao objeto social; d) atos entre cooperativas e terceiros em geral, sem ligação direta com o objeto. O autor subdivide a atividade externa, fora do *círculo* da cooperativa nestes três tipos, a fim de que melhor se compreenda a natureza de cada um destes atos, também nomeando os atos entre cooperativa e mercado como negócios cooperativos ou de operação instrumental. No ato cooperativo puro inexistente qualquer negócio mercantil, estes atos teriam um caráter de *projeção* do cooperado.

Apesar dessa necessidade de legislação específica sobre o tema parecer tão clara, não são todos os países que possuem uma definição do que seria de fato o ato cooperativo, e muito menos do seu alcance. O conceito de ato cooperativo é largamente difundido nos países da América Latina, sendo o jurista mexicano Antônio Salinas Puente, o primeiro doutrinador a citar este termo, em 1954, na sua obra “El Derecho Cooperativo”. Também na Argentina verifica-se um estudo legislativo sobre o tema na lei 20.337 de 15.5.1973, em que se inclui no ato cooperativo, além dos atos internos, os atos de interação com o mercado. No Brasil estes preceitos estão incluídos no bojo da lei 5.764/71. Por um outro lado, esta abordagem não foi adotada por Portugal, e a ausência de definição clara, segundo Rui Namorado¹⁹, ocasionou uma grande incerteza jurídica a respeito da figura da cooperativa. Mas o que ocorreu de fato não foi um total alheamento por parte do legislador português, apenas se constata que há uma ausência de um preceito que explique a sua definição e alcance, sendo parcialmente compensada por diretivas de natureza implícita sobre o assunto.

De fato, a relativa ausência de definição legal portuguesa sobre o ato cooperativo vem de encontro com as políticas de fomento e incentivo que estão sendo executadas. Segundo Namorado²⁰, a não valorização do ato cooperativo é um problema social e ideológico, porque acaba por desvalorizar um setor que já teve sua autonomia reconhecida constitucionalmente, e já se encontra dota-

¹⁹ NAMORADO, Rui, *Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 95.

²⁰ NAMORADO, Rui, *Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 101.

do de uma considerável força prática e jurídica. A promulgação do Código Cooperativo também reforça neste sentido; a cooperativa passa a ser uma pessoa coletiva específica, com características e sistema de organização próprios. A valorização do ato cooperativo viria a ser a próximo passo na evolução desta política de incentivo, porque, além de reforçar a autonomia do direito cooperativo, também viria solucionar diversos problemas de ordem prática enfrentados atualmente pelas cooperativas.

Um destes problemas trata-se da amplitude destes atos, principalmente no que diz respeito ao seu alcance, se os atos praticados com terceiros poderiam ou não ser considerados atos cooperativos, se os negócios cooperativos também podem ser considerados atos cooperativos para fins tributários, dentre outros problemas. Tais questionamentos são de essencial relevância no sistema fiscal aplicado a essas organizações associativas, conforme será demonstrado a seguir.

IV. REGIME FISCAL COOPERATIVO

Como vimos, a definição do ato cooperativo é um pouco tormentosa na doutrina, mas, ao mesmo tempo, é considerada fundamental em alguns ramos do direito cooperativo, especialmente no seu regime fiscal. O sistema cooperativo é claramente inspirado no cooperativismo e nos ideais de justiça e liberdade, e devido a isto o Estado exerce um incentivo, em menor ou maior grau, a depender do modelo descritivo em que se insere. No caso dos dois países estudados, o modelo adotado é o modelo sociológico, que satisfaz não somente interesses econômicos, mas também direitos sociais e culturais. Contudo, apesar de adotarem a mesma visão ampliada sobre a situação, e admitindo que o Estado conceda incentivos a esses tipos de associações devido aos interesses coletivos que envolvem, as legislações sobre o tema possuem algumas divergências importantes que merecem um destaque.

Um dos pontos cruciais de divergência seria a real definição do que é o ato cooperativo. A importância na definição do tema é clara: o ato cooperativo foi o critério escolhido por ambas as legislações para a concessão dos benefícios fiscais que cabem às coo-

perativas. Os referidos países adotaram um argumento econômico e social para justificar o apoio fiscal e financeiro dado a elas, atendendo às potencialidades na esfera econômica e social desse tipo de empresa da *economia social*. O Estado, como meio de incentivar as atividades cooperativas, tanto no Brasil como em Portugal, concedeu uma série de benefícios fiscais sobre alguns tributos, porém, utilizou como limite para tal regime que esta concessão só seria dada aos chamados atos cooperativos. Somente estes poderiam se beneficiar do novo regime fiscal. Daí que se explica a importância da definição precisa do que seriam os atos cooperativos, pois eles são fatores limitadores do tratamento estatal diferenciado, além de influírem economicamente no funcionamento da cooperativa. Inclusive, para Bulgarelli²¹, a associação entre os atos cooperativos e o sistema fiscal tem exercido uma influência altamente negativa na compreensão dos atos cooperativos, tumultuando e acrescentando ainda mais polêmica sobre o tema.

1. Sistema Fiscal Português

Em Portugal, pode-se dizer que houveram três períodos referentes ao sistema legislativo cooperativo. Primeiro, o período anterior ao Código Cooperativo, em 1980, que se tratava de um conjunto de disposições elaboradas, que posteriormente foram confirmadas pelo regime salazarista e encaravam os incentivos e benefícios fiscais como exceções, ao passo em que existiriam dois tipos de benefícios fiscais: os provenientes da própria natureza da instituição e aqueles de caráter variável decorrentes da política econômica.

O segundo período referia-se à concretização destes objetivos econômicos por meio do Decreto-Lei n.º 456/80 de 9 de Outubro, que deu origem ao Código Cooperativo e concedeu, sem prejuízo dos regimes fiscais mais favoráveis na legislação anterior, um grande conjunto de isenções, além de promover a usufruto do regime mais favorável sem necessidade de requerimento, bastando somente a entrega do documento comprovativo da constituição

²¹ BULGARELLI, Waldirio, *As sociedades cooperativas e seu regime jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 38.

da cooperativa e o seu posterior registro na órgão competente. O Código Cooperativo também foi de fundamental importância pelo seu caráter unificador e clarificador, ao trazer preceitos legislativos referentes a importantes conceitos cooperativos. Um exemplo destes conceitos é a definição de cooperativa presente no artigo 2 do Código Cooperativo:

Artigo 2. Noção

1. As cooperativas são pessoas colectivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreaduda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles.
2. As cooperativas, na prossecução dos seus objectivos, podem realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo.

A definição portuguesa do conceito de cooperativa é similar ao dado pela legislação espanhola²² e colombiana²³, em que se reconhece a personalidade jurídica da cooperativa, mas sem enquadrá-la em nenhum dos tipos legais das pessoas coletivas. Da análise do art. 2 também pode se depreender que a legislação portuguesa não aderiu ao que Deolinda Aparício²⁴ chama de *critério de exclusividade*, ou seja, para que seja constituída uma cooperativa não se exige que as atividades sejam restritas aos associados, permitindo a realização de operações com terceiros, desde que presente a prossecução do objeto social. Apesar da indiscutível importância que a promulgação do referido Código representou, pode-se dizer que ele possui algumas lacunas graves em seu conteúdo. A definição do ato cooperativo, por exemplo, não está presente em nenhum dos 94 artigos do instrumento normativo, sendo considerado por autores como Rui Namorado, uma falha grave na legislação cooperativa portuguesa.

²² Ley General de cooperativa da Espanha – 3/1987.

²³ Ley 79/1988 – art. 4.

²⁴ MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acordões da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 415.

Dando continuidade aos períodos referentes à legislação fiscal cooperativa portuguesa, o terceiro período foi aquele que ocorreu durante a reforma fiscal de 1989, que veio no sentido de limitar os benefícios concedidos às cooperativas, com base na necessidade de alargamento da base da tributação, além da necessidade de controle e regime, visto que, segundo o legislador, muitas eram as cooperativas em processo de *desvirtualização*. O argumento político-social da cooperativa foi enfraquecido em confronto com a neutralidade fiscal e a revalorização. Esse foi o momento do governo de Cavaco Silva, que reduziu os benefícios fiscais que as cooperativas detinham por ordem constitucional; tal ação promoveu uma espécie de *auto-destruição*²⁵ das cooperativas na época. Não seria errado afirmar que a ausência de uma definição clara do conteúdo do ato cooperativo também influenciou para que aquele período fosse considerado de desvalorização da associação cooperativa. Porém, curiosamente, também foi naquele momento que o movimento cooperativo adquiriu mais um elemento para fortalecer a sua autonomia: a edição do Estatuto Fiscal Cooperativo, publicado em 1998, que veio com um conjunto de normas referentes à fiscalidade dessa pessoa coletiva. Tal estatuto, entretanto, veio a ser revogado recentemente pela lei n.º 64-B/2011, no final do ano de 2011.

No novo instrumento normativo, os benefícios fiscais referentes às cooperativas ficaram previstos taxativamente no art. 66-A. O artigo citado reúne em seu conteúdo uma série de benefícios e incentivos fiscais relativos a diversos tipos de tributo, além da enumeração das entidades competentes para requerer estes benefícios. Como se pode perceber, ainda, da análise da lei, também não há neste instrumento normativo nenhuma menção a atos cooperativos. A única referência sobre a distinção de possíveis atos praticados está no art. 1, ao definir que as cooperativas citadas estarão isentas de IRC, excetuando os atos praticados com terceiros e de atividades alheias ao seu próprio fim social, que para o legislador seriam tributados da forma ordinária.

Devido a esse vácuo legislativo do Estado na manifestação explícita do ato cooperativo, cabe aos doutrinadores tentarem

²⁵ NAMORADO, Rui, *O Horizonte Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 90.

encontrar tal definição de maneira implícita através da análise da lei. Se analisarmos de forma literal o previsto na parte 1 do artigo 66-A, os atos cooperativos, para a lei portuguesa, seriam somente aqueles praticados em *círculo fechado*, ou seja, somente os atos internos, feitos entre associados, poderiam ser considerados atos cooperativos, e conseqüentemente favorecidos pela legislação especial. Contudo, esta análise prévia mostra-se incompleta, visto que, além de não definir o que seriam os atos cooperativos, nem o Código Cooperativo, nem a legislação ordinária trouxeram a definição do que seriam os *terceiros* citados no art. 1. Se somente atos internos pudessem ser considerados beneficiados, atos entre duas cooperativas, por exemplo, não poderiam se encontrar ao abrigo da legislação protecionista, mesmo sendo os dois sujeitos da relação em questão titulares do regime fiscal benéfico.

Também coube à doutrina tentar definir o que seriam os terceiros para o direito cooperativo. Namorado²⁶ define terceiros como aqueles que mantenham com a cooperativa relações que se enquadrem na perseguição do seu objeto social, como se estes fossem sócios, sem de fato serem. Em outras palavras, para o doutrinador só seriam terceiros aqueles que se relacionassem com a atividade desenvolvida pela cooperativa. Essa relação com terceiros é permitida pelo legislador, é a situação em que a cooperatividade *transborda*²⁷ para terceiros não-sócios que possuam os mesmos interesses que a cooperativa, também denominada de mutualidade externa.

Além do impasse decorrente da redação da lei de benefícios, discute-se também se devem ser consideradas como relações com terceiros, ou seja, relações tributáveis, aquelas que se estabelecem em decorrência dessa *mutualidade externa*. Seriam atos realizados pela cooperativa perante o mercado, como contratação, recebimento pela venda, passíveis de tributação? Alguns destes atos, inclusive, são atos necessários para o funcionamento regular de uma cooperativa, como é o caso das cooperativas de produção, que

²⁶ NAMORADO, Rui, *O Horizonte Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 49.

²⁷ MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 415.

necessitam do recebimento da venda para o seu funcionamento. Esses atos também não poderiam ser considerados cooperativos? Ou o critério usado pelo legislador é apenas a presença ou não de terceiros nas relações? E se este for realmente o critério, qual é a real amplitude do conceito de terceiros? Incluem-se nestes casos relações com outras cooperativas? Como se pode ver muitos são os questionamentos originados desta lacuna legislativa no regime fiscal português, o que pode dar margem, com razão, a diversos equívocos por parte da administração pública e do fisco.

Um julgado proferido pelo Superior Tribunal Administrativo, de 04/12/2013, com o relator Ascensão Lopes, no processo n.º 01214/12, discutiu justamente o alcance deste objeto social da cooperativa. O caso em questão tratava de uma cooperativa agrícola de produção de vinho, que requeria a isenção cabível ao IRC pela mais-valia de um terreno vendido pela pessoa coletiva. O argumento utilizado para a concessão do benefício era que o referido ato não era alheio aos fins sociais, porque a receita obtida com a venda destinava-se à quitação de dívidas contraídas pela cooperativa após vultuosos investimentos. A cooperativa alegava que este ato era primordial para a continuação da execução da sua atividade, sendo, portanto, interligado com o seu fim social. Contudo, o Tribunal entendeu que apenas se encontram isentas de tributo as atividades estritamente relacionadas com os seus fins, isto é, os rendimentos inerentes à aquisição e transformação de produtos, bens e serviços correspondentes à sua atividade propriamente dita, que consiste na produção de vinho. Ou seja, a interpretação da lacuna legislativa foi feita de forma restritiva pelo tribunal.

Porém, esse não é o posicionamento unânime na doutrina portuguesa. Aparício²⁸, inclusive, rejeita a lógica de que este tratamento fiscal diferenciado seja propriamente um benefício. Para ela, essa diferenciação é decorrente nada mais nada menos do que da natureza da cooperativa, que inclui obrigações que não se coadunam com as outras pessoas coletivas, como, por exemplo, a limitação da repartição de excedentes e a dotação de determinados

²⁸ MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 417.

fundos de reserva. Estes direitos não são compatíveis com o sistema econômico ordinário, precisando de regras próprias que se adequem a sua estrutura e lógica não-lucrativa. Portanto, partindo do pressuposto da mutualidade externa, os atos cooperativos deveriam ser interpretados da forma mais ampla possível, porque este tratamento fiscal diferenciado não configura um benefício, e sim um direito que tais pessoas coletivas possuem. Trata-se, em outras palavras, de uma espécie de compensação econômica.

Contra esta chamada *liberalização* dos atos cooperativos, os argumentos apresentados são de natureza eminentemente fiscal, afirmando que tal ausência de limitação poderia promover uma concorrência desleal, dando uma vantagem competitiva às cooperativas. Além disso, também se argumenta que se isso for possível, as cooperativas poderiam ser utilizadas como instrumentos para promover o que se chama de *encapotamento*, que nada mais é a do que a criação de verdadeiras sociedades mercantis, sob aparência de cooperativas, com o claro intuito de se promover a evasão fiscal.

A constituição portuguesa, no seu art. 61, concedeu à cooperativa uma lógica própria e regime autônomo, o que a leva a ter um objeto próprio e exclusivo de políticas econômicas e fiscais. Contudo, estes mesmos benefícios que a caracterizam, se não interpretados corretamente, correm o risco de banalizar a lógica cooperativa, enfraquecendo-a, tornando-a passível de instrumentalização para uma lógica lucrativa, desvirtuando o seu real caráter. Logo, uma definição legislativa precisa e coerente sobre a natureza da cooperativa e dos seus atos é considerada urgente para a legislação portuguesa. Fato é que a falta de estudo e interesse por uma definição do ato cooperativo em Portugal promove equívocos das mais variadas formas, promovendo insegurança jurídica e falta de coesão nas decisões a respeito do tema.

2. Sistema Fiscal Brasileiro

As cooperativas no Brasil, assim como as portuguesas, também têm menção constitucional. A livre iniciativa de criação cooperativa está prevista no art. 5 XVII, em um artigo que enumera os direitos e garantias fundamentais na Carta Magna brasileira. Esta

defesa do caráter democrático que a livre iniciativa representa, demonstra claramente o interesse estatal em tutelar tais modalidades associativas, percebendo assim o seu caráter sociológico e econômico. Mas, segundo Bulgarelli²⁹, a situação cooperativa na prática ainda é vista com desconfiança pelo poder público, afirmou o autor ao citar o caso do Ministério Público de São Paulo, que chegou ao ponto de elaborar uma cartilha de alerta à população a respeito das cooperativas, principalmente sobre as cooperativas de habitação. O órgão público afirmava expressamente que as cooperativas eram empresas tentando pagar menos tributo. Apesar da tutela constitucional, ainda se percebe no Brasil uma visão superficial da função e do funcionamento da cooperativa no sistema econômico, o que acaba por promover uma leve marginalização desse tipo de empreendimento a certas atividades, como as ligadas à economia rural, por exemplo.

Além da menção no rol dos direitos e das garantias, a Constituição Brasileira expressamente cita a figura do ato cooperativo no seu texto, inclusive citando a relação entre estes atos e o sistema tributário. É o que encontramos no art. 146; inciso III; alínea c); da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

A existência do ato cooperativo está prevista pela Constituição Federal, assim como sua associação ao sistema tributário, exigindo um tratamento jurídico próprio para este ato, o que, sem dúvida alguma, promove um fortalecimento das figuras cooperativas. O reconhecimento por parte da Constituição eleva o direito cooperativo a um patamar mais elevado. Além da referida previ-

²⁹ BULGARELLI, Waldirio, *As sociedades cooperativas e seu regime jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 7.

são constitucional sobre o tema, ainda existe no direito brasileiro a Lei n.º 5.764 de 16 de Dezembro de 1971, que implanta a política estatal do Cooperativismo no Brasil. Esta lei trata exclusivamente sobre as cooperativas e seu funcionamento, não possui status de lei complementar, conforme exige a Constituição. Trata-se de uma lei ordinária, mas mesmo assim ela tem papel fundamental na prática jurídica das cooperativas.

Em contrapartida, a legislação brasileira promove uma certa confusão na definição da pessoa jurídica da cooperativa. De acordo com o regime previsto no art 1.093 e s/s do Código Civil Brasileiro, a cooperativa é considerada, no direito brasileiro, como um tipo de sociedade, uma sociedade sem fins lucrativos, mas ainda assim uma sociedade. Este posicionamento, a princípio, não parece chocar-se com a autonomia do sistema cooperativo, porque, conforme defende a doutrina majoritária, a pessoa jurídica que engloba a cooperativa jamais poderia ser equiparada à figura de uma sociedade, ainda que sem fins lucrativos. São éticas de funcionamento completamente distintas. Tal posição parece ir de encontro com o que prevê a Constituição Brasileira, ao promover um regime próprio às cooperativas.

Na tributação brasileira, apesar da inexistência de uma lei complementar que defina e regule todo o sistema tributário cooperativo, como acontece com as microempresas e empresas de pequeno porte, os benefícios fiscais existem. Um destes benefícios está presente na legislação do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas, que prevê a não incidência do imposto nos atos cooperativos devido justamente à natureza do referido imposto, que incide sobre o lucro líquido da pessoa jurídica. Se as cooperativas, por sua própria definição são entidades não lucrativas, é relativamente óbvio que esta não seria passível de imposto de renda. No entanto, este não é um regime absoluto. O Regulamento do IR de 1999, nos arts. 182 e 183, prevê que a não incidência do Imposto de Renda só será observada desde que as cooperativas em questão respeitem a legislação vigente, e que seus atos sejam dotados de finalidade comum e não lucratividade:

Seção V Sociedades Cooperativas

Não Incidência

Art. 182. As sociedades cooperativas que obedecerem ao disposto na legislação específica não terão incidência do imposto sobre suas atividades econômicas, de proveito comum, sem objetivo de lucro (Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, art. 3.º, e Lei n.º 9.532, de 1997, art. 69).

§ 1.º É vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefício às quotas-partes do capital ou estabelecer outras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuados os juros até o máximo de doze por cento ao ano atribuídos ao capital integralizado (Lei n.º 5.764, de 1971, art. 24, § 3.º).

§ 2.º A inobservância do disposto no parágrafo anterior importará tributação dos resultados, na forma prevista neste Decreto.

Incidência

Art. 183. As sociedades cooperativas que obedecerem ao disposto na legislação específica pagarão o imposto calculado sobre os resultados positivos das operações e atividades estranhas à sua finalidade, tais como (Lei n.º 5.764, de 1971, arts. 85, 86, 88 e 111, e Lei n.º 9.430, de 1996, arts. 1.º e 2.º):

I - de comercialização ou industrialização, pelas cooperativas agropecuárias ou de pesca, de produtos adquiridos de não associados, agricultores, pecuaristas ou pescadores, para completar lotes destinados ao cumprimento de contratos ou para suprir capacidade ociosa de suas instalações industriais;

II - de fornecimento de bens ou serviços a não associados, para atender aos objetivos sociais;

III - de participação em sociedades não cooperativas, públicas ou privadas, para atendimento de objetivos acessórios ou complementares.

Os artigos supracitados condicionam a incidência do benefício à natureza do ato cooperativo praticado. O legislador indiretamente afirma que os atos citados nos incisos do art 183, tais como a comercialização e industrialização para completar lotes, fornecimentos de bens e serviços a não associados, são atos lucrativos, e,

por isto, passíveis de tributação ordinária. Para a referida lei, os atos executados com não-associados, somente com base na titularidade, podem ser considerados pelo fisco como atos lucrativos. Mesmo com a concessão do benefício, esse sistema não se encontra isento de críticas. Para Luís Carlos Crema³⁰ a Lei Ordinária n.º 5.764/91 promoveu uma equiparação inconstitucional, visto que equiparou a renda tributável os resultados positivos da relação de terceiros, ação que não teria competência para realizar de acordo com o art. 156 da CF/88, que define a competência para a criação e majoração de tributos. Esta ampliação se trataria de uma majoração de tributos, porque está ampliando a interpretação sobre o tema. O autor defende que para a não incidência do imposto bastaria que o capital investido tivesse origem em um ato cooperativo. A origem do ato por si só justificaria a sua concessão.

Já o imposto municipal ISS (Imposto Sobre o Serviço) também utiliza o critério das atividades com terceiros para decidir a incidência ou não do imposto. A sua regulamentação está prevista na Lei Complementar 116 de 2003, e afirma que todo prestador de serviço é considerado contribuinte desse imposto, com exceções previstas art. 5 da mesma lei. Curiosamente, as cooperativas não se encontram neste rol, mas a jurisprudência majoritária tem permitido a não incidência em atos entre a cooperativa e seus cooperados, só sendo passível de impostos os atos realizados com terceiros. Vale salientar que tal regra não é cabível a todos os tipos de cooperativa, merecendo uma ressalva no caso das cooperativas de trabalho.

Outro imposto que promove uma reflexão importante sobre o atual sistema tributário cooperativo brasileiro é o referente ao ICMS. O ICMS é um imposto estadual referente a circulação de mercadorias e prestação de serviços e tem seu regime previsto na Lei Complementar 87/1996. O art. 4 desta lei define como contribuinte qualquer pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade volume que caracterize intuito comercial. Aparentemente, da análise literal do artigo se poderia deduzir que o ICMS não seria aplicado às sociedades cooperativas por elas não serem dotadas deste

³⁰ CREMA, Luís Carlos, “Sociedades cooperativas. Tributário. Imposto sobre aplicação Financeira”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 219, Rio de Janeiro, 2013, p. 168.

intuito mercantil que a lei exige. Mas não é este o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que, em julgados como o RE 141.800 SP, primeira turma de 01.04.1997 – DJU 03.10.1997, defende que a cooperativa não é dotada de imunidade tributária, pois se o legislador constitucional assim o desejasse expressaria de forma explícita, não sendo o art 146 passível de interpretações extensivas. Além disso, o referido tribunal defendeu que a Lei 5.764/71 não se trata da lei complementar referida pela Constituição, não sendo possível a sua aplicação de forma irrestrita.

As críticas a esse posicionamento jurisprudencial são pesadas por parte da doutrina. Nas cooperativas de consumo, por exemplo, o imposto não seria cabido porque os bens são adquiridos pelos próprios associados, só que por intermédio da cooperativa, evidenciando a ausência da característica mercantil desse ato praticado internamente, já que esta não visa ao lucro. A cooperativa não teria vontade própria, ela é regida pela vontade dos seus associados. Para Roque Carazza, citado por Arnaldo Rizzardo³¹, a admissibilidade da aplicação do ICMS seria como transferir o capital dentro de um mesmo proprietário, *passando da sua mão direita para a mão esquerda*.

Como se pode perceber, o sistema tributário brasileiro, nas suas esferas federal, estadual e municipal, associa toda e qualquer relação da cooperativa com terceiros como atividade tributável, e até, em alguns casos, como o do ICMS, permite a tributação de atos *interna corporis*.

Parte deste posicionamento é baseado na definição literal de ato cooperativo efetuada pela lei 5.764/71, que define como ato cooperativo aquele realizado pela cooperativa e pelos seu associados, com o objetivo de perseguição do fim social da instituição. Além disso, o mesmo artigo afirma expressamente, no seu parágrafo único, que os atos de mercado e de compra e venda de produtos não podem ser considerados atos cooperativos. O que se pode deduzir de tal premissa é que os atos não cooperativos, por exclusão, seriam aqueles que envolvessem terceiros não associados e também aqueles

³¹ CARAZZA, Roque Antônio, *ICMS*, apud RIZZARDO, Arnaldo. “Os tributos e contribuições incidentes nas operações das cooperativas”, *Revista dos Tribunais*, Ano 5, Vol. 851 (2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 18.

atos efetuados entre duas cooperativas. Devido a este posicionamento do legislador, é fácil perceber o porquê de os dos Regulamentos do IR e do ISS exigirem os requisitos citados para a concessão do benefício fiscal.

O que se constata desta breve análise sobre alguns benefícios fiscais concedidos pelo Brasil às cooperativas é que existe uma clara falta de coesão na concessão destes incentivos econômicos. Sônia Almeida Prado³² salienta a expressão *adequado tratamento tributário* expressa no art 146 da Constituição Federal. Para ela, esta norma é indutiva, embora com eficácia limitada, mas produz efeitos imediatos para repelir situações pré-existentes que lhe sejam contrárias. Contudo, esta mesma indução tem sido utilizada pelo poder administrativo como manobra para ignorar princípios básicos da atividade cooperativa. Vinícius Garcia³³ também destaca esta expressão, ao criticar o legislador constitucional de utilizar um termo muito vago para definir a tributação cooperativa.

Além disto, também encontramos na doutrina brasileira, autores como Renato Lopes e Heleno Torres³⁴, que defendem que a concessão do regime próprio das cooperativas, ao conceder isenções e admitir imunidades, não se trata propriamente de um benefício, e sim uma decorrência do princípio constitucional da igualdade, de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. Os atos cooperativos, devido a sua natureza não mercantil, seriam intributáveis por se tratarem de um *serviço a si próprio*, conforme nos diz Geraldo Ataliba, citado por Sônia Almeida Prado³⁵.

Outra crítica que pode ser feita ao sistema aplicado aos atos cooperativos no Brasil refere-se a sua amplitude e extensão. Bozza³⁶

³² PRADO, Sônia C.S de Almeida “Atividades Cooperativas e seu Regime Tributário”, *Revista do Advogado*, ano XXVII, 94 (2007), p. 143.

³³ GARCIA, Vinícius, “A renda, a receita e o faturamento das cooperativas” *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 206, Rio de Janeiro, (2012), p. 131.

³⁴ TORRES, Heleno Taveira. “O tratamento tributário das cooperativas e do ato cooperativo no Direito constitucional brasileiro – o regime das cooperativas de trabalho” *Interesse Público*, Ano 5, n.º 25, (2004), Editora NotaDez, Porto Alegre.

³⁵ PRADO, Sônia C.S de Almeida, “Atividades Cooperativas e seu Regime Tributário”, *Revista do Advogado*, ano XXVII, 94 (2007), p. 141-145.

³⁶ BOZZA, Fábio Piovesan, “A Tributação das sociedades cooperativas e a evolução da jurisprudência a respeito”, *Revista Dialética de Direito*

afirma que essa limitação na extensão dos atos cooperativos com terceiros terminaria por promover o isolamento da cooperativa do mercado, o que reduziria a sua função social a um mero escambo de bens e serviços, quando, na verdade, o que o legislador constitucional visou ao instituir a norma foi à promoção da melhoria econômica nacional, promovendo a inserção de sujeitos no mercado, ao qual eles não teriam acesso se não fosse por meio das cooperativas. A sua função seria claramente a de promover uma inclusão econômica. Paulo César Lof³⁷ completa este pensamento ao afirmar que as relações com terceiros geram uma receita que diminui os custos de funcionamento da cooperativa, e que isto se harmonizaria com o seu objetivo social. Se não fosse possível essa relação, a cooperativa estaria exercendo sua função de forma incompleta. Já Wilson Alves, citado por Arnaldo Rizzardo³⁸, usa como argumento a situação da tributação *bis in idem*, ao relembrar a natureza dos resultados obtidos nessas atividades. O resultado da atividade com terceiros é diretamente repassado para a pessoa física dos sócios, a cooperativa atua apenas de uma ferramenta dessa transação; os associados, ao serem tributados como pessoas físicas, já estariam pagando o tributo referente a essas atividades, porque a cooperativa não é uma pessoa jurídica que atua em nome próprio, e sim em função dos seus associados. Ao se permitir a tributação dos atos cooperativos estar-se-ia promovendo uma dupla tributação sobre o mesmo fato gerador, pois na verdade quem produziu os bens não foi a cooperativa, e sim os cooperados. O autor também defende que, além dos atos de mercado, os gastos com assessoria contábil, jurídica e de aquisição de maquinamento também devem ser considerados como atos cooperativos por serem auxiliares no exercício da atividade cooperativa.

Para os referidos autores, se a cooperativa só recebesse benefícios referentes às suas atividades internas, não estaria sen-

Tributário, 148 (2008), p. 44.

³⁷ LOF, Paulo César, “O adequado funcionamento das Cooperativas de Crédito no Brasil”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 14 (2006), p. 111.

³⁸ POLONIO, Wilson Alves, *Tratado de direito empresarial brasileiro*, apud RIZZARDO, Arnaldo. “Os tributos e contribuições incidentes nas operações das cooperativas”. *Revista dos Tribunais*, Ano 5, Vol. 851 (2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 14.

do tratada com a devida igualdade. Se o Estado assim agir, estará tendo um comportamento divergente do valor constitucional de incentivo cooperativo. As atividades meio, como são citadas as relações com terceiros, seriam essenciais para que se promovesse a real inserção das cooperativas no mercado com relevância. Se isto não for possível elas seriam marginalizadas e reduzidas a atividades de pequena expressão econômica.

O estudo brasileiro sobre os atos cooperativos é relativamente avançado em comparação a outros países, tendo este assunto expressa menção e tutela constitucional. Contudo, apesar de todos os posicionamentos doutrinários e decisões jurisprudenciais sobre o tema, constata-se que há uma certa desarmonia na aplicação do regime cooperativo, principalmente no que tange ao sistema fiscal. Tudo isso também decorre da falta da Lei Complementar exigida por lei, a quem caberia definir em última instância todas as dúvidas referentes ao conceito e amplitude dos atos cooperativos. É claro que existe uma proteção estatal forte ao cooperativismo, mas a prática desta proteção tem ocasionado um conflito nos diversos âmbitos do direito.

V. BREVE COMPARATIVO ENTRE OS DOIS REGIMES FISCAIS

Tanto em Portugal como no Brasil, pode-se perceber uma valorização da política cooperativista, por motivos diferentes. No Brasil, um país que se encontra em desenvolvimento, a cooperativa representa um impulso para a inserção econômica. Já em Portugal, o cooperativismo poderia vir como uma alternativa para o período pós-crise. Os dois países tratam da livre iniciativa cooperativa como matéria constitucional, defendendo uma criação de um regime próprio sobre o tema. A autonomia da cooperativa é reconhecida, não há o que questionar sobre isso.

Em Portugal não existe na legislação nenhuma menção ao ato cooperativo, o que dificulta um pouco a definição do conceito e da amplitude deste ato. Tal lacuna acaba por promover uma grave insegurança jurídica, já que concede aos Tribunais uma interpreta-

ção mais ampla sobre o a norma. A doutrina reclama a ausência de uma menção explícita por parte do legislador português, da falta do estudos sobre o tema. Não se trata de um problema apenas econômico, mas também social. Além disso, o sistema fiscal português usa como critério na concessão de alguns benefícios a natureza da atividade exercida pelas cooperativas. A lei elenca taxativamente as atividades que podem requerer a isenção, que além deste requisito material devem, de forma cumulativa, respeitar a legislação vigente sobre a cooperativa e ter suas atividades dotadas de não lucratividade. Mas também prevê uma regra geral para todas as cooperativas no caso do IRC, ao prever a possibilidade de requerer o benefício para as cooperativas não contempladas, se reunirem cumulativamente os requisitos de que 75% das pessoas que auferem renda da cooperativa sejam dela associados, e que destes associados 75% prestem serviço efetivo. Esse é o único imposto português em que a lei tem dois critérios diferentes para a concessão da isenção com base na natureza da atividade desenvolvida. Os impostos sobre selos e os municipais sobre imóveis possuem um caráter geral a todos os tipos de cooperativa.

No Brasil o ato cooperativo tem expressa menção constitucional pelo art. 146, que o associa diretamente ao sistema tributário. No entanto, no mesmo artigo há uma referência a uma Lei Complementar, que até o momento não foi promulgada. Segundo a redação do referido artigo, somente esta Lei Complementar teria o condão de regular o sistema tributário das cooperativas. Até o momento somente foi elaborada uma Lei Ordinária (5.764), que não regula diretamente o regime tributário, mas define em seu conteúdo o que seria o ato cooperativo. A falta de status da lei 5.764 é utilizada como argumento para dois posicionamentos opostos. De um lado, o fisco argumenta que a ausência de Lei Complementar justifica a redução da amplitude dos atos cooperativos, como no caso do ICMS, em que se tributam atos internos da cooperativa, sob o argumento de que a Lei Ordinária não pode ser aplicada de forma irrestrita por não se tratar da modalidade legislativa exigida constitucionalmente. Como suporte a este argumento utiliza-se a tese de que a cooperativa não é dotada de imunidade tributária por falta de expressa menção do legislador constitucional. A exigência

de incentivos e regime tributário próprio, segundo as autoridades tributárias, não pode ser confundida com uma imunidade. Por um outro lado, a doutrina cooperativa defende que esta ausência de Lei Complementar não pode ser utilizada como forma ampliativa, porque isto violaria diretamente as competências constitucionais para criação e majoração de tributos. Ao promover equiparações, as autoridades tributárias estariam agindo claramente com a intenção de ampliar as arrecadações, sem observar as características especiais que cercam a cooperativa. Este entendimento invoca o caráter social e *sui generis* que a associação cooperativa possui; a autonomia concedida pela lei deve ser interpretada de acordo com os preceitos democráticos e de defesa dos direitos fundamentais e difusos. Para esta parcela da doutrina, a associação cooperativa possui um caráter democrático, reflexo direto da Constituição Cidadã, por isso deve ser tratada com prioridade sobre qualquer outro ramo do direito, porque defende o interesse de uma coletividade.

Esta *liberalização* dos atos cooperativos encontra-se presente em ambas as legislações estudadas. No Brasil encontra-se um pouco mais desenvolvida do que em Portugal, mas o fato é que as tributações das relações com terceiros têm sido objeto de constantes debates doutrinários nos dois países. Essa discussão praticamente reside no mesmo ponto: não se encontra nas legislações estudadas nenhum conceito preciso dos atos cooperativos. Em Portugal sequer há menção expressa a esse assunto, e no Brasil questiona-se a validade de uma lei ao definir assunto de competência de outro tipo de lei. O que se questiona no caso é a hierarquia nas disposições sobre o tema.

Sobre a liberalização, são cabíveis algumas reflexões. Será que o caráter democrático e coletivo que a cooperativa possui como membro ativo da economia social é suficiente para se promover uma imunidade tributária absoluta, ou isto acabaria tendo o efeito inverso? Se os atos com terceiros, em conformidade com o objetivo social, forem considerados como atos cooperativos não passíveis de tributação, isso não poderia atrair sujeitos com interesses diversos dos defendidos pelo sistema cooperativo, somente visando ao aumento de lucros pela evasão fiscal? Certamente não é isso que a doutrina deseja; a desmoralização da cooperativa seria inevitável,

portanto, cabe a nós refletir até que ponto esta não-tributação seria de fato uma manobra estatal positiva.

Por um outro lado, a mera participação de terceiros nas atividades cooperativas não pode ser utilizada como critério para a incidência de tributação, nem muito menos para promover equiparações entre as cooperativas e as sociedades mercantis. Esse tipo de equiparação viola claramente a natureza essencialmente não lucrativa que a sociedade cooperativa possui. Também deve-se analisar que em alguns tipos de cooperativas as relações com o mercado são inevitáveis, e se essa tributação foi aplicada de forma irrestrita, estar-se-ia impondo às cooperativas um regime que não se aplica ao seu funcionamento, visto que as cooperativas não têm nenhuma liberdade de gestão nas suas reservas, além de, em alguns casos, não possuírem sequer capital social.

A questão encontra-se longe de um desfecho. No Brasil isso só aconteceria com a promulgação da referida lei complementar exigida pela Constituição sobre o tema, que faria desaparecer o questionamento sobre a hierarquia. Já em Portugal, devido aos poucos estudos sobre o tema, e a depender dos recentes posicionamentos do STA, os atos cooperativos não passíveis de tributação só seriam aqueles realizados entre a cooperativa e seus cooperados, não incluindo as relações entre cooperativas e entre a cooperativa e terceiros. Para o tribunal os atos, para serem considerados cooperativos, devem estar estritamente ligados com a atividade exercida pela cooperativa, não sendo possível nenhuma ampliação.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caráter social e democrático que a cooperativa possui foi suficiente para que o legislador brasileiro e português concedesse uma autonomia reconhecida constitucionalmente à iniciativa cooperativa. A ideia clássica da cooperativa como uma associação não lucrativa que visa à inclusão econômica por meio da sua instrumentalidade pareceu ir de encontro à defesa dos direitos difusos e coletivos no Brasil, tanto que a livre iniciativa cooperativa é expressa na Constituição Federal Brasileira no rol de direitos e garantias

fundamentais. É com base nesta justificativa que ambos os países concedem o incentivo a esta atividade, por meio de alguns benefícios de ordem fiscal.

O critério do ato cooperativo para a concessão dos benefícios é cercado de profundas discussões de ordem técnica e ideológica, principalmente no que diz respeito ao alcance de tais atos. Para os defensores da natureza puramente instrumental e não lucrativa das cooperativas, bastaria que a origem do capital investido fosse um ato *interna corporis* para se enquadrar este ato, mesmo com a presença de terceiros, em um ato cooperativo. Para o fisco, a presença de terceiros já, automaticamente, caracteriza a presença de um mercado, ou da lucratividade, sendo, portanto, passível de tributação regular. Além disso, defende que se a não incidência de tributação fosse ligada à perseguição da finalidade social da cooperativa, as cooperativas seriam utilizadas com o intuito de fraudar o sistema tributário por meio de *encapotamento*, ou seja, com a criação de empresas sobre a falsa aparência de cooperativas. A ausência de previsão legal sobre o tema promove uma falta de coesão nas decisões jurisprudenciais, principalmente no Brasil, devido à falta da lei complementar exigida pela Constituição Brasileira, ocasionando um problema hierárquico grave na definição dos atos cooperativos.

Parece-nos que ambos os posicionamentos doutrinários mostram-se um pouco extremistas. Não se pode cogitar a liberalização total dos atos cooperativos de tributação, porque se poderia estar promovendo uma concorrência desleal com as empresas em determinadas áreas, como o crédito, por exemplo. Além disso, tal possibilidade claramente atrairia muitos sujeitos que atualmente as cooperativas pretendem repelir, que são os falsos cooperados, que se aproveitam da estrutura da cooperativa para auferir lucro sem incidência de tributação. Também não parece igualmente viável a posição do Estado de associar diretamente a presença de terceiros no ato cooperativo com a ideia de lucratividade. A depender do objeto da cooperativa, como as de consumo, por exemplo, a relação com o mercado torna-se inevitável para a execução da sua atividade; nestes casos as cooperativas estariam claramente se igualando às empresas mercantis, o que certamente viola a sua autonomia constitucional.

Em Portugal, é entendimento jurisprudencial que a presença de terceiro é suficiente para justificar a ausência de não-lucratividade, independente da atividade exercida. Já no Brasil há uma falta de harmonia nas legislações sobre o tema, existindo impostos como o ICMS, que tributam todos os atos, inclusive dos internos, e outros o Imposto de Renda, que só tributa os atos de mercado. Esta desorganização legislativa só terá fim no momento da promulgação da Lei Complementar sobre o adequado regime tributário dos atos cooperativos, ao trazer um conceito sobre o tema que defina o alcance dos atos cooperativos. O preenchimento desta lacuna colocaria fim nesta acalorada discussão ideológica e social sobre o modelo de atividade cooperativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOZZA, Fábio Piovesan, “A Tributação das sociedades cooperativas e a evolução da jurisprudência a respeito”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, 148 (2008), p. 36-48.
- BULGARELLI, Waldirio, *As sociedades cooperativas e seu regime jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhøa, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012.
- CREMA, Luís Carlos, “Sociedades cooperativas. Tributário. Imposto sobre aplicação Financeira”, *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.º 219 (2013), Rio de Janeiro, p. 165-177.
- DONÁRIO, Arlindo, *Natureza dos excedentes e reservas nas cooperativas : seu retorno e distribuição*, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2011.
- GARCIA, Vinicius, “A renda, a receita e o faturamento das cooperativas”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 206, Rio de Janeiro, (2012), p. 127-145.
- LAWSON, Aja, “Keeping their co-op alive”, *Rural Cooperatives*, USDA Rural Development, Vol. 2, n.º 80, Washington DC, (2013). p. 4-7.
- MEIRA, Deolinda Maria Moreira Aparício, *Jurisprudência cooperativa comentada: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012.
- MORILLAS Jarillo, María José, *Curso de Cooperativas*. Tecnos, Madrid, 2002.
- NAMORADO, Rui, *Cooperatividade e Direito Cooperativo: estudos e pareceres*, Almedina, Coimbra, 2005.
- *Introdução ao Direito Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2000.
- *O Horizonte Cooperativo*, Almedina, Coimbra, 2001.
- *Os princípios cooperativos*. Almedina, Coimbra, 1995.
- ORNAGHI, Lorenzo, *Stato e corporazione : storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Giuffrè, Milão, 1984.
- LOF, Paulo César, “O adequado funcionamento das Cooperativas de Crédito no Brasil”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 14 (2006), p. 101-129.
- PRADO, Sônia C.S de Almeida, “Atividades Cooperativas e seu Regime Tributário”, *Revista do Advogado*, ano XXVII, 94 (2007), p. 144-145.
- RATNER, Carl, *Cooperation, community, and Co-Ops in a global era*, Springer, New York, 2013.

- RIZZARDO, Arnaldo, “Os tributos e contribuições incidentes nas operações das cooperativas”, *Revista dos Tribunais*, Ano 5, Vol. 851 (2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. p. 12-43.
- TÔRRES, Heleno Taveira, “O tratamento tributário das cooperativas e do ato cooperativo no direito constitucional brasileiro – o regime das cooperativas de trabalho”, *Interesse Público*, Ano 5, n.º 25 (2004), Editora NotaDez, Porto Alegre. p. 113-163.
- WALDMANN, Robert James, *Cooperatives with privately optimal price indexed debt increase membership when demand increases*, European University Institute, San Domenico, 1994.

MICROCRÉDITO: ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS

Rodrigo Antônio Nóbrega Guimarães

Resumo: Com o advento da crise financeira mundial passou-se a buscar novas alternativas para o seu enfrentamento e consequente geração de emprego e renda para a população, uma vez que os instrumentos clássicos para a superação do desemprego se mostraram insuficientes. Neste contexto, o presente artigo analisará o microcrédito como uma ferramenta viável para a mitigação da pobreza, o aumento do emprego e da renda e a formalização dos microempreendedores e das microempresas.

Palavras-Chave: microcrédito; sustentabilidade; regulação, acesso ao crédito; pobreza.

Abstract: With the advent of the global financial crises the governments began to seek alternatives to solve it, as well as the problem of the generation of jobs and income for the population, once the classical instruments to overcome those situations are not sufficient. In this context, through this paper the microcredit as a viable tool for poverty alleviation, the increasing of job offers, wealth, and formalization of microentrepreneurs and microenterprises will be examined.

Keywords: microcredit; sustainability; regulation, access to credit; poverty

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intento a análise apurada dos aspectos históricos e jurídicos do microcrédito, analisando mais especificadamente os casos de Portugal e do Brasil, levando em consideração o seu papel no enfrentamento da crise financeira, da geração de emprego e renda e da formalização das microempresas e dos microempreendedores, além de abordar os desafios e os entraves para o segmento.

Neste sentido, é salutar que o Estado regule o microcrédito de maneira eficiente, de modo a viabilizar um ambiente profícuo e de incentivo e apoio ao desenvolvimento do empreendedorismo. Primeiro, ampliando a política da microfinança e concedendo pequenos empréstimos àqueles que, tradicionalmente, não têm acesso ao crédito. Segundo, simplificando regras legais para aqueles que, em virtude do escasso poder econômico, não podem suportar o ônus da burocracia estatal.

Inicialmente, faremos breves considerações gerais sobre o microcrédito e seu surgimento. Abordaremos o contexto histórico na Alemanha e a experiência positiva no Bangladesh. Em seguida, para a melhor compreensão do estudo, observaremos conceitos basilares.

Explicaremos o funcionamento deste mercado, expondo a formação da taxa de juros, das controversas taxas de inadimplência e da real proposta e objetivo do microcrédito, que busca promover o crédito àqueles que tradicionalmente não têm acesso aos serviços financeiros.

Por fim, adentraremos no estudo do aspecto histórico e do regime jurídico propriamente dito do microcrédito, tendo como base Portugal e o Brasil. Neste tópico, objetivando expandir os horizontes do assunto, traremos à baila o histórico e o arcabouço legal que atualmente regula o setor, além de expor os gargalos e desafios para o avanço do microcrédito nestes países.

1. A importância do microcrédito: considerações gerais

O embrião do microcrédito surgiu na Europa do século XIX como política viável para possibilitar a população pobre a obter crédito e, conseqüentemente, afastar-se da miséria. No ano de 1910, a Alemanha já atendia 1,4 milhão de pessoas mediante suas cooperativas de crédito concebidas por Friedrich Wilhelm Raiffeisen, tido como o pioneiro do cooperativismo, da economia social, além de inspirador do sindicalismo agrícola¹.

No continente, a experiência exitosa se alastrou para a Irlanda e Itália, até que, em 1912, o governo de Madras, no sul da Índia, ainda sob colonização britânica, inseriu a ideia germânica no seu território com o objetivo maior de reduzir a pobreza que há muito castigava a região. O resultado da iniciativa foi igualmente positivo e em 1946 abrangia 9 milhões de pessoas.

Contudo, foi no Bangladesh que o microcrédito recebeu a glória mundial como o caso mais famoso de combate à pobreza. Em 1974, uma fome avassaladora quase dizimou o país. Havia notícias terríveis sobre as constantes mortes na região. Os poucos homens e mulheres que conseguiram sobreviver estavam esqueléticos e famintos².

Era um período importante o Bangladesh, mas ao mesmo tempo difícil do ponto de vista socioeconômico, o que ocasionava muita instabilidade. O país acabara de sair de uma ditadura sangrenta e se tornara independente do Paquistão.

Ante a situação, Muhammad Yunus³, Professor de Economia da Universidade de Chittagong, percebeu que as teorias econômicas por ele ensinadas com maestria aos seus alunos eram formidáveis, mas, na prática, não conseguiam dar as respostas adequadas para se alcançar um mundo melhor tal qual era discorrido nos ma-

¹ Jonathan Morduch. «The microfinance promise», *Journal of Economic Literature*, v.37, n.4 (1999), p.1569-1614.

² YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Algés: Difel, 2007.

³ Economista, professor universitário, escritor, fundador do Banco Grameen, Prêmio Nobel da Paz (2006).

nuais de economia e, via oblíqua, não condiziam com a dura e triste realidade que seu povo enfrentava.

Yunus, então, decidiu conhecer de perto a realidade da população pobre indo para além dos muros da universidade. E não precisou ir para tão longe: escolheu a aldeia de Jobra, próxima ao *campus*, para realizar uma imersão e entender a vida e o cotidiano de uma pessoa pobre.

Após certo período de pesquisa, visitando residências e conversando com a população da pequena aldeia, o Professor se impressionou com o depoimento de Sufia Begum, vinte e um anos, mãe de três filhos, que sustentava a família fabricando tamboretas de bambu.

Com aquele relato constatou uma triste realidade. Begum comprava o bambu (matéria-prima) por US\$ 0,22, mas, como não tinha esse dinheiro, tomava emprestado de intermediários com a condição de lhes vender os tamboretas no final do dia para honrar o empréstimo. O que sobrava da operação era o lucro que cabia à jovem senhora, que correspondia a apenas US\$ 0,02.

Era com essa diminuta quantia que grande parte da população bengali alimentava sua família num cenário de pobreza e fome extrema⁴. Some-se a isto o fato de serem cobradas taxas de juros exorbitantes, que por vezes chegavam ao patamar de 10% por semana e, em alguns casos, 10% ao dia.

Begum e tantos outros estavam endividados, eram analfabetos, tinham mãos calejadas, e, obviamente, não possuíam perspectiva alguma. As gerações futuras estavam condenadas a miséria, já que as crianças não poderiam frequentar escolas, ter uma habitação digna, roupas adequadas e atendimento médico, pois o que os pais ganhavam quase não dava para alimentar uma pessoa.

Era uma realidade de verdadeira dependência e escravidão disfarçada, onde dificilmente a população carente poderia sair do lamentável ciclo da pobreza⁵, ficando, então, sobrepujadas pelas

⁴ Segundo dados do Banco Mundial, até 2008, 22% da população mundial, ou 1,29 bilhão de pessoas, viviam com apenas US\$ 1,25 por dia. – v. *The Economist, On the poverty line*, 2008. Disponível em: < <http://www.economist.com/node/11409401>>. Acessado em: 10/03/2014.

⁵ Sobretudo em razão dos empréstimos impagáveis, com altas taxas de juros e credores extremamente pobres. Normalmente, realiza-

garras da miséria e da penúria, que, aliás, as gerações passadas já tinham vivido.

O Professor Muhammad Yunus, com a ajuda de seus alunos, realizou uma pesquisa e verificou que, apenas na pequena aldeia de Jobra, 42 pessoas haviam tomado por empréstimo um total de US\$ 27, e estavam, igualmente, na idêntica situação de Begum, sem esperanças, endividados e dependentes dos credores. Estarrecido, Yunus resolveu emprestar os US\$ 27 às 42 pessoas para que pudessem se livrar dos credores e vender o fruto do trabalho a um preço justo e mais lucrativo.

O empréstimo do Professor foi sem garantia, sem juros e com a única condição que a quantia lhe fosse paga quando os pequenos fabricantes de tamboretos tivessem condições de fazê-lo. Surpreendentemente, os empréstimos foram pagos em tempo hábil pelos pequenos devedores.

Foi preciso institucionalizar a iniciativa com o intento de envolver uma maior quantidade de pessoas que se submetiam a condições degradantes análogas as daquela pequena localidade⁶. Aquele primeiro empréstimo concedido pelo Professor Muhammad Yunus às 42 pessoas da aldeia Jabra, realizado em 1976, culminou com a criação do Banco Grameen, uma instituição financeira projetada para a concessão de crédito aos pobres.

E assim surgiu o microcrédito na forma como conhecemos hoje, consistente na concessão de baixos empréstimos a empreendedores informais, microempresários e população de baixa renda, na maioria mulheres, que não têm acesso ao crédito junto ao tradicional

vam-se novos empréstimos para ser possível o pagamento do empréstimo anterior. V. – YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Algés: Difel, 2007. P. 22.

⁶ Depois do primeiro “embrião creditório”, em 1976, o Banco Grameen, em 1998, já havia emprestado US\$ 2,3 bilhões, o que correspondia a 2,3 milhões de famílias beneficiadas. Em 1997, foi lançada a campanha mundial denominada *Microcredit Summit Campaign* para atingir a meta de concessão de microcrédito a 100 milhões de famílias até o ano de 2005; com o alcance de resultados satisfatórios, ampliou-se a campanha para o ano de 2015. Atualmente, existem instituições semelhantes ao Banco Grameen em quase todo o mundo e a ideia do microcrédito influenciou países do mundo inteiro. V. – YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Algés: Difel, 2007..

sistema financeiro, especialmente por não terem como oferecer garantias patrimoniais, para que possam realizar algum investimento.

Possui como características o incentivo à produção, a ausência de garantias reais, a orientação e a adequação ao ciclo do negócio, o baixo custo de transação e o elevado custo operacional, além de ser uma ação econômica com forte impacto social⁷.

Essa política de microcrédito é muito proveitosa, uma vez que não concede meramente o crédito àqueles que comumente não têm acesso. Mais do que emprestar o dinheiro, a ideia é concedê-lo de maneira assistida, orientando e aconselhando⁸, para que o beneficiário possa crescer e caminhar sozinho e, via oblíqua, produzindo, gerando riqueza e contribuindo para o desenvolvimento econômico da nação que faz parte.

O modelo é, por isso, um meio de inclusão social por meio da concessão de crédito e, evidentemente, do trabalho e do empreendedorismo. Existe, também, uma preocupação com a saúde do mutuário, uma vez que as pessoas precisam estar saudáveis para trabalhar. A doença pode provocar a desmoração do programa de microcrédito.

Mas... Realmente é possível conceder crédito aos mais desfavorecidos, sem garantias, e obter sucesso? A questão é controversa. O próprio Banco Grameen é um exemplo de sucesso e inspira várias organizações não governamentais, cooperativas de crédito e bancos estatais – denominadas de instituições de microfinanças (IMF) – preocupados primeiramente com o aspecto social da população.

O Grameen é uma instituição que, segundo seus balanços, dá lucro, porém não tem o “lucro” como anseio principal. Esse é um grande diferencial. O lucro é utilizado não para enriquecer os dirigentes por meio de altos salários e bônus abissais, mas como meio de oferecer o microcrédito a uma maior quantidade de pessoas e, assim, causar um impacto social positivo.

⁷ Sobre as características do microcrédito, v. – BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria. *Introdução ao Microcrédito*. Brasília: Conselho da Comunidade Solitária, 2002. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/microcredito/microcredito.pdf>> Acessado em: 13/03/2014.

⁸ V. – SINISCALCHI, Sabina; PIZZO, Giampietro; NIGRO, Maria Cristina. *Il Microcredito*. Padova: Fondazione Culturale Responsabilità Etica, 2009.

Antes de tudo, é imprescindível salientar que o microcrédito não é apenas uma ferramenta financeira e creditória que beneficia os desfavorecidos; pelo contrário, constitui-se uma nova maneira de fazer finanças, ou, nas palavras da doutrina, uma nova filosofia⁹, porque vai além da filantropia pura e simples, haja vista que está fundada numa ideia de desenvolvimento econômico, confiança, dignidade, responsabilidade e inclusão, para que o ser humano consiga sair da miséria e se manter fora dela. Aliás, compactuamos do pensamento do Professor Muhammad Yunus ao defendermos que a caridade não é, nem de longe e nem de perto, a solução para a pobreza¹⁰.

Há muito tempo existe certa falta de entusiasmo da parte das tradicionais instituições financeiras em relação à concessão de crédito aos mais carentes. Os bancos criaram regras que aproximam a parcela mais abastada da população e afastam as mais pobres, que, por não terem acesso aos serviços financeiros, se afundam cada vez mais na miséria e não conseguem sair do denominado ciclo da pobreza. Num mundo globalizado e capitalista, é quase impossível encontrar uma organização financeira capaz de evidenciar os objetivos sociais em detrimento do objetivo lucrativo primordial.

Em regra, os bancos tradicionais exigem a garantia como condição *sine qua non* para a concessão de empréstimos. Como os pobres não a possuem, são excluídos do acesso ao crédito. Essa é a ideologia predatória dos bancos: quem mais tem, mais pode ter; quem nada tem, nada terá¹¹. Sendo assim, a persecução do “lucro” como objetivo estrito dos bancos comerciais, fundada na garantia para possibilitar o acesso ao crédito, embaraça o acesso aos serviços financeiros por parte dos mais pobres, e foram por essas razões que

⁹ Nas palavras da Prof. Dra. Suzana Tavares da Silva... – v. TAVARES DA SILVA, Suzana. Sumários Desenvolvidos de Direito Fiscal I (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013/2014.

¹⁰ Cremos que o problema da pobreza é muito mais profundo e a mera caridade não é a solução. Pelo contrário, a caridade aprofunda e piora a pobreza. Seria preciso criar um mecanismo social capaz proporcionar educação, saúde, trabalho e sobretudo dignidade para o ser humano, conferindo, então, iguais oportunidades para todos. Sobre essa noção de caridade, v. – YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Algés: Difel, 2007. P. 41-43 e 373.

¹¹ V. – YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Algés: Difel, 2007. P. 118.

surgiram as novas instituições de microfinanças (IMF) para incluir os “excluídos” num campo financeiro que o mercado os privara.

Em defesa dos bancos comerciais e do tradicional capitalismo, um grupo de pessoas recrimina vorazmente o microcrédito. Para esses, os ganhos não compensam as perdas e os resultados apenas aliviam a pobreza e não a eliminam; analisando, ainda, sob o ponto de vista empresarial dos banqueiros, os custos de concessão e administração de pequenos empréstimos são cada vez mais altos. O argumento pode explicar a falta de ação do sistema financeiro convencional na seara do microcrédito¹².

A despeito do desinteresse pela prestação desse serviço, o oferecimento do crédito aos mais pobres pelos bancos convencionais é possível, basta vontade institucional para capacitar seus funcionários e organizar uma estrutura condizente com os objetivos do microcrédito, seja por uma subsidiária, filial ou, no mínimo, um departamento.

Além do mais, é sabido que, num mundo globalizado e capitalista, o dinheiro é de fundamental importância para a mínima manutenção da vida. Quando o dinheiro não chega ao pobre ou quando o acesso ao crédito lhe é negado, a consequência lógica é de agravamento de uma situação de vulnerabilidade. O aludido crédito não é aquele concedido de forma irresponsável, mas o crédito disponibilizado de forma institucionalizada e de forma assistida para garantir respostas satisfatórias.

Aliás, a alocação de grande quantidade de recursos finan-

¹² Sobre a crítica do *The Wall Street Journal*, v. – PEARL, Daniel; PHILLIPS, Michael M. *Grameen Bank, which pioneered loans for the poor, has hit a repayment snag*. Nova Iorque: The Wall Street Journal, 2001. Disponível em: <<http://online.wsj.com/public/resources/documents/pearl112701.htm>>. Acessado em: 10/03/2014.

Em sentido contrário, existem dados empíricos que demonstram a melhoria que o microcrédito provoca na qualidade de vida das pessoas, v. – KHANDER, S. R. *Fighting poverty with microcredit: experience from Bangladesh*. Oxford University Press, New York, 1998.

Finalmente, também em contestação às críticas, é possível haver sustentabilidade operacional e financeira das instituições de microcrédito. V. – FACHINI, Cristina. *Sustentabilidade Financeira e Custos de Transação em uma Organização de Microcrédito no Brasil*. 2005. Dissertação de Mestrado em Ciências, Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2005.

ceiros destinados à concessão de microcrédito, mas com operação realizada de maneira desatinada, é maléfica e certamente causará prejuízo¹³. É indispensável avaliar projetos de microfinanças que causem um resultado duradouro ao mutuário, pois, do contrário, a ação será inócua e causará apenas endividamento. Lembramos que, apesar de o microcrédito ser uma alternativa interessante no enfrentamento da pobreza e na geração de emprego e renda e de o resultado ser quase sempre positivo, o programa não é simples, tampouco milagroso: faz-se necessário um planejamento minucioso da execução, até porque na grande maioria as IMF concedem o microempréstimo com dinheiro oriundo de doações, ou seja, o recurso é limitado e, por isso, deve ser bem administrado¹⁴.

Apesar de se tratar de uma iniciativa com uma essência social, com uma boa gestão é possível auferir lucros. Contrapondo-se às práticas convencionais, o Banco Grameen, por exemplo, numa atitude que para uns poderia ser considerada insana, concedeu crédito para os pobres sem exigir garantia. Incrivelmente, mais de 98% dos bilhões de dólares emprestados são pagos, pois as pessoas tomaram consciência que essa é a única forma de fugir da pobreza e se não honrarem os empréstimos tomados serão excluídos do sistema¹⁵.

As taxas de juros, por seu turno, são mais altas do que os empréstimos convencionais e asseguram uma viabilidade financeira. Isso porque o custo de concessão e administração dos pequenos empréstimos é mais alto do que o custo dos maiores empréstimos, além, é claro, do risco da operação creditória para pessoas social-

¹³ ROSENBERG, Richard. *L'efficacité de l'aide en microfinance: évaluer les projets de microcrédit de la Banque Mondiale et du programme des Nations Unies pour le Développement*. Washington D.C.: Groupe consultatif d'aide aux pauvres (CGAP), 2006.

¹⁴ KOVSTED, Jens; ANDERSEN, Thomas Barnebeck; KUCHLER, Andreas. *Synthesis of Impact Evaluations of Microcredit*. Copenhagen: Ministry of Foreign Affairs of Denmark, 2009.

¹⁵ Sobre a taxa de 98% de adimplência e 2% de inadimplência, v. – YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Difel, Algés, 2007. P. 119. Os jornalistas Daniel Pearl e Michael Phillips, do *Wall Street Journal*, alegam que a taxa de adimplência do banco é, na verdade, de 81%, representando inadimplência de 19%: PEARL, Daniel; PHILLIPS, Michael M. *Grameen Bank, which pioneered loans for the poor, has hit a repayment snag*. Nova Iorque: The Wall Street Journal, 2001. Disponível em: <<http://online.wsj.com/public/resources/documents/pearl112701.htm>>. Acessado em: 10/03/2014.

mente excluídas e menos instruídas. As taxas de juros buscam assegurar, então, algum lucro e a sustentabilidade das IMF para que seja possível atender a demanda, proporcionando acesso ao serviço financeiro cada vez mais abrangente e beneficiando mais pessoas¹⁶. Os juros também têm o condão de conter o prejuízo causado por eventual inadimplência.

Assim, índice de inadimplência relativamente baixo e taxas de juros que garantem a sustentabilidade do sistema, pode haver um retorno lucrativo para o credor. Não se trata de caridade, portanto, mas de uma oportunidade conferida àqueles que tradicionalmente não têm acesso ao crédito, e que, em contrapartida, pagam o valor emprestado e, por conseguinte, dão lucro às instituições que cobram juros altos.

No âmbito de programas governamentais de enfrentamento a pobreza por meio da concessão de microcrédito, os empréstimos podem ser subsidiados e as taxas de juros podem ser menores. A crítica contumaz é que a subvenção governamental representa um uso inapropriado dos capitais públicos que pode provocar desigualdades até mesmo na concorrência. Sustenta-se que a clientela pode, em última análise, considerar os empréstimos subsidiados como presentes que não precisam ser pagos¹⁷.

É cediço, deste modo, que o microcrédito foi inventado com uma finalidade eminentemente social, para reduzir a pobreza e a fome em países subdesenvolvidos. Hoje, todavia, além do objetivo primitivo, também pode ser utilizado como uma alternativa para geração de emprego e renda, no enfrentamento da crise financeira mundial que arrasa o mundo desde 2008, retirando os cidadãos da

¹⁶ O resultado do programa de microcrédito é tão satisfatório que a população carente consegue pagar os empréstimos com altas taxas de juros e ainda sobra dinheiro. Lembramos que, até hoje, a doutrina assegura que não houve insucesso do programa decorrente da taxa de juros. As instituições devem continuar cobrando juros altos para permitir a sustentabilidade financeira e atender mais pessoas. Sobre o tema e sobre a fórmula econômica da taxa de juros, v. – ROSENBERG, Richard. *Les taux d'intérêt applicables aux microcrédits*. Washington D.C. : Groupe consultatif d'aide aux pauvres (CGAP), 1997.

¹⁷ Sobre o tema, v. – GOODWIN-GROEN, Ruth P. *Explication raisonnée des taux d'interet utilises pour le microcredit*. Washington D.C.: Groupe consultatif d'aide aux pauvres (CGAP), 2004.

ociosidade e pondo-os para ajudar na recuperação da economia¹⁸.

O cidadão pobre obviamente não deseja de viver na miséria. Ninguém almeja. É preciso que se dê a esse cidadão esquecido e arruinado socialmente, uma oportunidade de sair da pobreza para ter uma existência digna com trabalho, educação e saúde, consubstanciando numa melhor qualidade de vida que até então nunca teve. A oportunidade outrora reportada não deve, todavia, ser conferida mediante caridade e filantropia, mas por meio do trabalho, para que tenha um avanço pessoal e, ao mesmo tempo, alavanque a economia e gere riqueza para o seu país por meio do trabalho e da renda. O microcrédito é pensado, neste caso, sob o ponto de vista micro e macroeconômico.

É neste sentido, assim, que o microcrédito pode contribuir com o fim da pobreza. Apesar da dificuldade de criar instituições de microcrédito, do custo e da dependência de doações – já que os bancos comerciais não se interessam muito em explorar esse setor –, o microcrédito dá esperança às famílias pobres que sonham em melhorar de vida. O modelo provou que é possível emprestar aos pobres e sem garantia, reduzindo a pobreza por meio do trabalho e da renda e trazendo coesão social e, conseqüentemente, gerando riqueza¹⁹.

Num mundo com tantas desigualdades²⁰, o eixo do mercado pode e deve prestigiar uma diretriz social que pelo visto foi aniquilada da consciência humana, para que o mundo caminhe de modo menos ganancioso e menos individualista, deixando de lado a abordagem típica da economia ocidental que pressupõe o egoísmo como valor necessário²¹. Nesse caso, o Estado deve intervir para colocar a economia no rumo adequado. O capitalismo impiedoso há muito dá sinais do empenho em manter concentração de riqueza nas mãos de poucos e comprova a sua incapacidade e desinteresse em solucionar os problemas que assombram a maior parte da população mundial, tais como a fome e a pobreza.

¹⁸ «Microcredit in transitional economies». Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Centre for Co-operation with the Economies in Transition. Paris, 1996.

¹⁹ Jonathan Morduch. «The microfinance promise», *Journal of Economic Literature*, v.37, n.4 (1999), p.1569-1614.

²⁰ Sobre a desigualdade, v. JUDT, Tony. *Um tratado sobre os nossos actuais descontentamentos*. Lisboa: Edições 70, 2012.

²¹ Sobre o tema, v. – BESCHETTI, Leonardo. *Il Microcredito*. Bolonha: Il Mulino, 2008.

2. Análise comparativa

Destarte, o microcrédito espalhou-se pelo mundo como mecanismo importante no combate a pobreza e na geração de emprego e renda. No atual cenário de profunda crise financeira mundial, sobretudo com cortes nas receitas e desemprego, o microcrédito se mostra viável para esse enfrentamento.

A própria União Europeia identificou o microcrédito meio capaz de combater a crise e passou a incentivar essa prática dentre os Estados-Membros. Primeiro, vem incentivando a adaptação dos quadros institucionais, legais e comerciais necessários para promover um ambiente regulatório favorável ao desenvolvimento do microcrédito. E segundo, criou um serviço com pessoal especializado para oferecer apoio técnico aos Estados-Membros²².

Assim, a atuação comunitária passou a se debruçar em quatro eixos para criar um espaço adequado ao desenvolvimento das microfinanças: 1) melhoria do arcabouço jurídico e institucional dos Estados-Membros; 2) continuação de um ambiente ainda mais favorável ao empreendedorismo; 3) promoção e divulgação de melhores práticas, incluindo a formação; e 4) concessão de capital financeiro adicional às instituições de microcrédito.

No entanto, ainda há muito que se ampliar nessa seara. Tomemos como exemplo o caso de Portugal, membro da União Europeia, mas que, em relação ao Brasil tem um programa de microcrédito aquém do desejado.

2.1. Microcrédito em Portugal

O microcrédito em território português remonta à década de 70, com a Cáritas, instituição filantrópica ligada à Igreja Católica.

²² Sobre o microcrédito na União Europeia, v. – Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, *Uma iniciativa europeia para o desenvolvimento do microcrédito em prol do crescimento e do emprego*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 2007. P. 5-6.

Mais tarde, em 1998, foi criada a Associação Nacional do Direito ao Microcrédito (ANDC), associação sem fins lucrativos que melhor promove o microcrédito no país, sensibilizando a comunidade civil e política sobre a importância e potencial do modelo.

A ANDC não empresta o dinheiro diretamente, com seus recursos, ela atua como intermediária entre o candidato ao empréstimo e as instituições financeiras e como fiadora deste. É responsável também pela consultoria e assistência técnica para os beneficiários. O Instituto do Emprego Profissional e Formação, do Ministério do Trabalho, é responsável pela maior parte dos custos da ANDC.

De pronto, vê-se um sistema extremamente complicado e burocrático quando a ideia do microcrédito é justamente a simplificação, de forma a facilitar o acesso e não dificultá-lo e deixá-lo mais demorado e burocrático.

Ressaltamos, também, que Portugal não possui um tratamento legal específico para os microempreendedores, que naturalmente são mais frágeis devido ao reduzido poder financeiro. Não é possível se tratar microempresário como se pequenos ou médios empresários fossem, já que não têm estrutura suficiente para arcar com as exigências legais e, como consequência, poderão chegar ao colapso do empreendimento e o programa do microcrédito será falho devido à atuação estatal.

O regime jurídico do microcrédito foi implementado por meio do Decreto-Lei nº 12/2010, de 19 de fevereiro, e, de maneira complementar, pela Portaria nº 1.315/2010, de 28 de dezembro. Ambos os diplomas têm conceitos alargados, mas não fazem menção aos beneficiários do microcrédito e apenas fixam direitos e garantias para as *sociedades financeiras de microcrédito*.

O art. 1º, do Decreto-Lei nº 12/2010, de 19 de fevereiro, define sociedade financeira de microcrédito como aquelas que têm por finalidade a concessão de pequenos empréstimos à particulares e empresas, para que estes desenvolvam uma atividade econômica, que se dará mediante o aconselhamento dos beneficiários e o acompanhamento dos respectivos projetos.

O art. 2º veda a utilização do crédito com objetivo diverso daquele para o qual fora concedido, o que impede que o dinheiro seja usado, por exemplo, para o consumo. O descumprimento dessa

exigência legal provoca o vencimento do empréstimo, podendo ser exigido, a partir daí, o reembolso e o pagamento de juros. Para que o anseio da lei seja cumprido, as sociedades financeiras de microcrédito devem fiscalizar e supervisionar a aplicação dos pequenos empréstimos, conferindo se estes estão sendo empregados segundo o fim para o qual foram concedidos.

Basicamente, em Portugal, a grande maioria do programa do microcrédito é exercido pelas instituições financeiras que, como já vimos, não têm interesse no microcrédito tal como foi pensado. Apesar da crise e do desemprego, não se vislumbra auxílio e estímulo do Estado para o uso desse instrumento como alternativa.

É preciso acabar com a burocracia, com a exclusividade das instituições financeiras para a concessão do microcrédito e, finalmente, incentivar a atuação de IMF (instituição de microfinanças) – cooperativas de crédito, organizações não governamentais etc. –, desta vez com auxílio e incentivo estatal, para divulgar o microcrédito e, também, emprestar sem a dependência dos bancos privados, garantindo um ambiente regulatório pacífico.

Do ponto de vista financeiro, percebe-se que o setor do microcrédito em Portugal não tem sido conduzido de forma sustentável. A atuação do Millennium BCP talvez seja a única exceção em razão da aplicação de taxas de juros não preferenciais. Já no caso da ANDC, a sustentabilidade é atingida graças ao apoio de voluntários, contribuições de membros e transferências governamentais²³.

Portugal é um país desenvolvido, mas também tem problemas sociais. Estudo de 2006 da Comissão Europeia aponta que 20% da população portuguesa estavam em risco de pobreza. No atual contexto de crise financeira, com desemprego gritante, ou se incentiva e se cria política alternativa de enfrentamento, ou os desempregados ficarão dependentes do governo, que, por sua vez, terá mais despesas. Infelizmente, não constatamos a atuação do Estado Português como meio de incentivar e tornar o microcrédito mais atrativo e como instrumento capaz de promover o autoemprego, riqueza e desenvolvimento econômico.

²³ Sobre os grupos financeiros atuantes em Portugal, v. – JAVO CARBONI, Bárbara; LAVALLE CALDERÍN, Maricruz; RICO GARRIDO, Silvia; DAYSON, Karl; KICKUL, Jill (editors). *Handbook of Microcredit in Europe – Social Inclusion through Microenterprise Development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.

Com efeito, existe um grande potencial para o alargamento do mercado de microfinanças no país. Contudo, novos esforços precisam ser envidados para repensar o setor e evoluí-lo, de modo a torná-lo ágil, menos burocrático e mais plural. Dentre os desafios, está a criação de um maior número de instituições de microcrédito, a mobilização das instituições sociais para trabalhar com os excluídos e a sensibilização do governo sobre a importância das finanças éticas²⁴.

2.2. Microcrédito no Brasil

No Brasil, o microcrédito deu seus primeiros passos no ano de 1973, com a criação da UNO, uma associação sem fins lucrativos. Desenvolvido por iniciativa e assessoria técnica da *Acción Internacional*, o programa teve como objetivo, além de instituir o microcrédito, a capacitação dos microempreendedores, que, na grande maioria, eram informais. Perseguiu, assim, os ideais do microcrédito e foi referência no assunto para a criação de outros programas idênticos – no Brasil e em toda a América Latina²⁵.

Como se sabe, o microcrédito pode ser utilizado tanto para o desenvolvimento e apoio à produção e ao investimento, como também para o consumo. Entretanto, é cediço que a destinação de crédito de pequeno valor para o consumo se mostra inadequada e deturpa as características da ação, causando efeitos nefastos na vida do beneficiário, haja vista que este pode se endividar sem o correspondente incremento de sua capacidade de produzir renda²⁶.

A partir de 1999, medidas governamentais vêm se sucedendo para ampliar a oferta do microcrédito e, evidentemente, adequá-lo de modo a garantir que seu objetivo primitivo, de geração

²⁴ Sobre os desafios do setor em Portugal, v. – JAVO CARBONI, Bárbara; LAVALLE CALDERÍN, Maricruz; RICO GARRIDO, Silvia; DAYSON, Karl; KICKUL, Jill (editors). *Handbook of Microcredit in Europe – Social Inclusion through Microenterprise Development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.

²⁵ Sobre o histórico do microcrédito no Brasil, v. – SILVEIRA, C. M. (org). «Aspectos da história do microcrédito no Brasil e a formação dos CEAPES». In *Programa de Apoio aos Pequenos Empreendedores – o Sistema CEAPE*. 1ª ed., Rio de Janeiro, IBASE, NAPP, 2001. Cap. 1. p. 1-4.

²⁶ A constatação é feita por: CARVALHO, Danilo Takasaki. *As microfinanças e sua oferta no Brasil*. Teresina: Jus Navigandi, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23593>>. Acessado em: 27/06/2014.

de emprego e renda e redução da pobreza, seja atingido. A Medida Provisória nº 1.922/1999 estruturou a garantia de empréstimo denominada de Fundo de Aval de Emprego e Renda (FUNPROGER), com o escopo de assegurar parte do risco dos microempréstimos concedidos pelos bancos oficiais federais ao abrigo do Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER).

A finalidade da criação do fundo de aval foi proporcionar que a redução do risco das operações estimulasse os bancos privados a emprestar seus recursos aos beneficiários do PROGER – micro e pequenos empresários e empreendedores individuais, inclusive o segmento dos informais – fazendo com que o âmbito de atuação do microcrédito fosse alargado.

Em 2001, um novo passo foi dado em direção a consolidação do microcrédito com a edição da Lei nº 10.194/2001, que dispõe sobre instituição de sociedades de crédito ao microempreendedor.

Segundo o art. 1º, da Lei nº 10.194/2001, as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte são constituídas com o objetivo de conceder financiamentos às pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte, para viabilizar empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, equiparando-se, a partir de então, às instituições financeiras, podendo, inclusive, exercer outras atividades, desde que definidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Ainda de acordo com a norma, tais sociedades podem “utilizar a alienação fiduciária em suas operações de crédito”, mas estão “impedidas de captar, sob qualquer forma, recursos junto ao público, bem como emitir títulos e valores mobiliários destinados à colocação de ofertas públicas”. Terão também sua “constituição, organização e funcionamento disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional”, estando “submetidas à fiscalização do Banco Central do Brasil”.

Em seguida, a Medida Provisória nº 122/2003, convertida na Lei nº 10.735/2003, determinou que um percentual dos depósitos realizados à vista junto aos bancos comerciais, bancos múltiplos e pela Caixa Econômica Federal, fosse destinado a operações de microcrédito que poderia ser realizada tanto pelos aludidos bancos, como por outras instituições financeiras autorizadas por lei a oferecer o pequeno empréstimo. Buscou-se, então, aumentar a quantidade de recursos destinados ao programa.

Finalmente, a Lei nº 11.110/2005 instituiu, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o *Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO*, com o objetivo de incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares.

Até então, do ponto de vista legal, não havia qualquer sinal de instituição do microcrédito tal como foi pensado. Somente com o advento da Lei nº 11.110/2005 e consequente criação do PNMPO é que o Brasil o promoveu efetivamente.

A finalidade específica do PNMPO, que beneficia tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, é disponibilizar recursos para o microcrédito produtivo orientado. A lei, então, passou a tratar expressamente da política de microcrédito, concedendo-o para o atendimento das necessidades financeiras de pessoas físicas e jurídicas, empreendedoras de atividades produtivas de pequeno porte, utilizando metodologia baseada no relacionamento direto com os empreendedores e no local onde a atividade econômica é exercida.

Instituiu-se, igualmente, que esse relacionamento e o atendimento aos beneficiários do crédito deve ser realizado por pessoas treinadas e aptas a realizar um levantamento socioeconômico, além de acompanhar e prestar orientação educativa sobre o planejamento do negócio, englobando as definições atinentes às necessidades do crédito, bem como a gestão voltada para o desenvolvimento e sustentabilidade do empreendimento. Ficou vetado, também, a concessão do microcrédito destinado ao consumo²⁷.

De acordo com a lei, a concessão de microcrédito realizada no seio do PNMPO será viabilizada com recursos provindos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), os percentuais originários de depósitos – conforme estabelecido pela Lei nº 10.735/2003 – e do orçamento geral da União ou de fundos constitucionais de financiamento – nesse caso quando se tratar de operações de microcrédito produtivo rural efetuadas no domínio do PRONAF²⁸. A

²⁷ Art. 1º, § 3º, Lei nº 11.110/2005

²⁸ Por meio de capacitação e educação profissional para viabilizar o aumento da produção, da organização da atividade, suporte tecnológico, financiamento com juros baixos, e incentivo ao empreendedorismo para acesso ao mercado em condições competitivas, o *Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF)* – criado pelo Decreto nº 1.46/1996 e atualmente regulado pelo Decreto nº 3.508/2000 – promove

União Federal também foi autorizada a conceder subvenção econômica para cobrir parte dos custos que as instituições financeiras estão sujeitas para contratação e acompanhamento de operações de microcrédito produtivo orientado.

Ainda assim, quase 70% da população brasileira não tem acesso aos serviços financeiros, visto que estão excluídas do sistema bancário²⁹. Mesmo com um quadro propício ao desenvolvimento desse mercado e em que pese a evolução jurídica que dá azo à política do microcrédito no Brasil, segundo dados do Banco Central do Brasil a atuação das instituições financeiras privadas nesse mercado ainda é pequena. Atualmente, o oferecimento do microcrédito é marcadamente dominado por entes públicos, que respondem por 88% das operações³⁰.

Este, aliás, é um dos motivos que explica o crescimento desse setor no Brasil, apesar do rápido desenvolvimento em países vizinhos como Bolívia e Peru entre os anos 1980 e 1990. A forte crença de que o setor público é fundamental e único capaz de garantir o acesso financeiro aos pobres e um ambiente regulatório que, a despeito de ter avançado, ainda é limitado, são explicações para o tímido avanço³¹.

o desenvolvimento sustentável do setor rural onde estão enquadrados os agricultores familiares, objetivando a melhoria da qualidade de vida do homem do campo. Pensado pela União, age em parceria com Estados, Distrito Federal e Municípios, instituições privadas, os próprios agricultores familiares e as organizações sociais as quais estes estão filiados. Sobre o PRONAF, v. – Schneider, Sérgio; Mattei, Lauro; Cazella, Ademir Antônio. «HISTÓRICO, CARACTERIZAÇÃO E DINÂMICA RECENTE DO PRONAF – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar», in *Políticas Públicas e Participação Social no Brasil Rural*, sob a direção Sérgio Schneider, Marcelo Kunrath e Paulo Eduardo Moruzzi, Porto Alegre, 2004, p. 21-50.

²⁹ Sobre o acesso aos serviços financeiros, vide a adaptação de Miriam Leitão. – McKinsey and Company, *Produtividade no Brasil: A Chave do Desenvolvimento Acelerado*, adaptado por Miriam Leitão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999. Página 80.

³⁰ Dados estatísticos fornecidos pelo Banco Central do Brasil, Relatório de Inclusão Financeira. n. 2. Brasília: BCB, 2010. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Nor/relnclfn/RIF2011.pdf>>. Acessado em: 20/04/2014.

³¹ Explicações conferidas por KUMAR, Anjali. *Access to Financial Services in Brazil*. Washington D.C.: The World Bank, 2004. P. 84-86.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o desenvolvimento e a concessão do microcrédito com um método específico e completamente diferente daquele tradicionalmente utilizado pelas conservadoras instituições financeiras é de extrema importância para a formalização das empresas e dos empreendedores e a para a geração de emprego e renda.

A atenção conferida ao microcrédito ao redor do mundo com o desígnio de viabilizar o acesso ao crédito para as pessoas menos favorecidas e que historicamente estão excluídas dos serviços financeiros e do acesso a recursos tem gerado novas técnicas e novos quadros jurídicos que merecem análise da comunidade acadêmica.

Restou demonstrado o interesse dos governos pelo setor, ainda que tímido. Muito é preciso ser feito e uma evolução técnica e jurídica é esperada tanto em Portugal como no Brasil. Evidentemente, o microcrédito não é o único responsável pela superação da pobreza, mas é relevante para o alcance de objetivos sociais e para a redução das desigualdades.

Ao fim e ao cabo, tendo em vista tais desafios, é imprescindível a realização de uma política estruturada, com o fortalecimento das instituições já existentes e a atração de novos atores, especialmente bancos privados de varejo, para que o segmento seja cada vez mais abrangente e atenda cada vez mais pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Banco Central do Brasil, Relatório de Inclusão Financeira. n. 2. Brasília: BCB, 2010. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/RIF2011.pdf>>. Acessado em: 20/04/2014.
- BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria. *Introdução ao Microcrédito*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/microcredito/microcredito.pdf>> Acessado em: 13/03/2014.
- BESCHETTI, Leonardo. *Il Microcredito*. Bolonha: Il Mulino, 2008.
- CARVALHO, Danilo Takasaki. *As microfinanças e sua oferta no Brasil*. Teresina: Jus Navigandi, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23593>>. Acessado em: 27/06/2014.
- Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, *Uma iniciativa europeia para o desenvolvimento do microcrédito em prol do crescimento e do emprego*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 2007. P. 5-6.
- FACHINI, Cristina. *Sustentabilidade Financeira e Custos de Transação em uma Organização de Microcrédito no Brasil*. 2005. Dissertação de Mestrado em Ciências, Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2005.
- GOODWIN-GROEN, Ruth P. *Explication raisonne des taux d'interet utilises pour le micro-credit*. Washington D.C.: Groupe consultatif d'aide aux pauvres (CGAP), 2004.
- JAVO CARBONI, Bárbara; LAVALLE CALDERÍN, Maricruz; RICO GARRIDO, Silvia; DAYSON, Karl; KICKUL, Jill (editors). *Handbook of Microcredit in Europe – Social Inclusion through Microentreprise Development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- Jonathan Morduch. «The microfinance promise», *Journal of Economic Literature*, v.37, n.4 (1999), p.1569-1614.
- JUDT, Tony. *Um tratado sobre os nossos actuais descontentamentos*. Lisboa: Edições 70, 2012.
- KHANDER, S. R. *Fighting poverty with microcredit: experience from Bangladesh*. Oxford University Press, New York, 1998.
- KOVSTED, Jens; ANDERSEN, Thomas Barnebeck; KUCHLER, Andreas. *Synthesis of Impact Evaluations of Microcredit*. Copenhagen: Ministry of Foreign Affairs of Denmark, 2009.

- KUMAR, Anjali. *Access to Financial Services in Brazil*. Washington D.C.: The World Bank, 2004. P. 84-86.
- McKinsey and Company, “Produtividade no Brasil: A Chave do Desenvolvimento Acelerado”, adaptado por Miriam Leitião. Editora Campus, 1999. Página 80.
- PEARL, Daniel; PHILLIPS, Michael M. *Grameen Bank, which pioneered loans for the poor, has hit a repayment snag*. Nova Iorque: The Wall Street Journal, 2001. Disponível em: <<http://online.wsj.com/public/resources/documents/pearl112701.htm>>. Acessado em: 10/03/2014.
- ROSENBERG, Richard. *L'efficacité de l'aide en microfinance: évaluer les projets de microcrédit de la Banque Mondiale et du programme des Nations Unies pour le Développement*. Washington D.C.: Groupe consultatif d'aide aux pauvres (CGAP), 2006.
- ROSENBERG, Richard. *Les taux d'intérêt applicables aux microcrédits*. Washington D.C. : Groupe consultatif d'aide aux pauvres (CGAP), 1997.
- Schneider, Sérgio; Mattei, Lauro; Cazella, Ademir Antônio. «HISTÓRICO, CARACTERIZAÇÃO E DINÂMICA RECENTE DO PRONAF – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar», in *Políticas Públicas e Participação Social no Brasil Rural*, sob a direção Sérgio Schneider, Marcelo Kunrath e Paulo Eduardo Moruzzi, Porto Alegre, 2004, p. 21-50.
- SILVEIRA, C. M. (org). «Aspectos da história do microcrédito no Brasil e a formação dos CEAPES». In *Programa de Apoio aos Pequenos Empreendedores – o Sistema CEAPE*. 1ª ed., Rio de Janeiro, IBASE, NAPP, 2001. Cap. 1. p. 1-4.
- SINISCALCHI, Sabina; PIZZO, Giampietro; NIGRO, Maria Cristina. *Il Microcredito*. Padova: Fondazione Culturale Responsabilità Etica, 2009.
- TAVARES DA SILVA, Suzana. Sumários Desenvolvidos de Direito Fiscal I (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013/2014.
- The Economist, *On the poverty line*, 2008. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/11409401>>. Acessado em: 10/03/2014.
- YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. 4ª edição, Algés: Difel, 2007.

(Página deixada propositadamente em branco)

INDICE

NOTA PRÉVIA	5
ABREVIATURAS	9

Cheque-Dentista e Fiscalidade	13
<i>Joana Raquel Pires Rebelo</i>	

I. Nota Introdutória.....	15
II. Da concessão de <i>vouchers</i>	20
1. Considerações gerais	20
2. Delimitação do conceito de <i>voucher</i>	22
3. Da visão tridimensional do <i>voucher</i>	24
3.1. Voucher enquanto instrumento social.....	24
3.2. Voucher enquanto instrumento económico	27
3.3. Voucher enquanto instrumento político	29
III. Um exemplo de <i>voucher</i> em Portugal: o cheque-dentista	30
1. Considerações gerais	30
2. Da evolução do PNPSO	31
3. Regime do cheque-dentista	33
3.1. Funcionamento em concreto	33
3.2. Valor e número de cheques a atribuir	34
3.3 Dados de aplicação do programa	36
IV. Cheque-dentista e a eficiência no contexto de redução da despesa fiscal	37
1. Considerações gerais	37
2. Tributação da actividade de medicina dentária exercida através de pessoas colectivas	38
3. Eficiência e o cheque-dentista	41
V. Notas Conclusivas	49
VI. Referências Bibliográficas	51

Liberdade de Escolha de Escola e o Contribuinte

Uma breve reflexão.....57

Ricardo Miguel Pereira Gonçalves

Introdução.....	59
I. breve história do Ensino Público em Portugal.....	63
1. O nascimento do Ensino Público em Portugal: do Marquês de Pombal à Primeira República	63
2. O Estado Novo	68
3. Após o 25 de Abril.....	70
4. Conclusões	71
II. Financiamento? Provisão Pública?	
O Papel do Estado na Educação	72
1. A Educação como Actividade Geradora de Externalidades Positivas	73
2. O Papel do Estado na Educação Segundo uma Racionalidade Económica	75
III. <i>Cheque-Ensino</i>	
Uma Alternativa para o Financiamento da Educação?	81
1. Conceito.....	81
2. <i>Cheque Ensino e Liberdade de Escolha de Escola</i> Uma Perspectiva de Justiça Social.....	82
3. <i>Cheque Ensino</i> , Eficiência e o Contribuinte.....	86
4. Problemas Possíveis na Aplicação Prática do Modelo	91
4.1. Garantia de uma Concorrência Efectiva entre as Escolas.....	91
4.2. A Selecção dos Alunos por Parte das Escolas.....	92
4.3. A Existência de Escolas Independentes.....	93
4.4. A Sustentabilidade dos Investimentos Recentemente Realizados no Parque Escolar Público.....	94
Posfácio.....	95
Bibliografia	97

**O Regime Fiscal das Fundações, em especial
em sede de IRC..... 101**

Inês Helena Martins Lopes

I. Considerações iniciais	103
II. Notas gerais sobre o regime jurídico das fundações	105
1. Regime jurídico	107
2. Tipos de fundações	110
3. As fundações enquanto instituições de utilidade pública.....	111
4. As fundações na UE: a proposta de um Estatuto Europeu das Fundações.....	113
III. A tributação das fundações	114
1. Isenções e Regalias (fora do CIRC).....	115
2. Tributação em sede de IRC	117
2.1 As Isenções	119
3. O regime tributário das fundações à luz da proposta de Estatuto da Fundação Europeia (breves notas).....	121
IV. O relatório das fundações	123
V. Análise de quatro casos particulares face ao relatório de avaliação	126
1. Fundação de Serralves	126
2. Fundação Gulbenkian.....	128
3. Fundação Alter Real.....	130
4. Fundação para as Comunicações Móveis (a Fundação do Magalhães)	131
VI. Em jeito de conclusão, estaremos no caminho certo?	133
Bibliografia (citada e consultada):.....	135

As fundações criadas por empresas 139
José Francisco Bigotte da Veiga

I. Introdução	141
II. Definição e caracterização das fundações.....	142
1. Definição e algumas distinções: quanto ao tipo público ou privado, quanto ao regime jurídico, quanto aos instituidores e à origem do património e quanto aos fins	142
2. As fundações de utilidade pública.....	147
III. As fundações criadas por empresas (<i>Fundações de Empresa</i>)	153
IV. Estudo de caso – A Fundação EDP.....	160
V. Conclusão	166
Referências bibliográficas:.....	168
Recusos disponíveis <i>online</i> :	169

**Regime fiscal das fundações de utilidade pública:
indeterminabilidade conceitual e discricionariedade** 171
Renan Nascimento de Oliveira

I. Introdução	173
II. Regime jurídico e fiscal das fundações	174
III. A constituição das fundações com estatuto de utilidade pública.....	182
IV. A utilidade pública, a discricionariedade, os conceitos indeterminados em direito tributário e a natureza do ato que concede o estatuto da utilidade pública	186
V. Considerações finais.....	201
Referências Bibliográficas.....	203

**Regime fiscal do ato cooperativo: uma análise entre a
fiscalidade das cooperativas em Portugal e no Brasil 205**

Raíssa Mendes

I. Introdução	207
II. O Cooperativismo e as Cooperativas	208
III. O ato cooperativo	214
IV. Regime Fiscal Cooperativo	217
1. Sistema Fiscal Português	218
2. Sistema Fiscal Brasileiro	223
V. Breve comparativo entre os dois regimes fiscais	231
VI. Considerações finais	234
Referências Bibliograficas	237

Microcrédito: Aspectos Históricos e Jurídicos 239

Rodrigo Antônio Nóbrega Guimarães

Introdução	240
1. A importância do microcrédito: considerações gerais.....	241
2. Análise Comparativa	250
2.1. Microcrédito em Portugal	250
2.2. Microcrédito no Brasil	253
Conclusão	257
Referências Bibliograficas	258

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



Grupo de investigação do IJ

Crise, Sustentabilidade e Cidadanias

• U • C •



IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS