

O problema da *justiça intergeracional* em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013

No dia 5 de Abril de 2013 o país tomou conhecimento do acórdão do Tribunal Constitucional que apreciou em sede de fiscalização abstracta sucessiva algumas normas constantes da Lei n.º 66-B/2012, de 31/12 ⁽¹⁾ – foi, sem dúvida, uma das mais aguardadas decisões judiciais do período de emergência económico-financeira. O que nos interessa nesta sede não é propriamente comentar a decisão do Tribunal, mas apenas analisar os argumentos que sustentaram a conformidade constitucional da *Contribuição Extraordinária de Solidariedade – CES* (art. 78.º da LOE/2013), procurando, primeiro, esclarecer o respectivo enquadramento dogmático no universo tributário e, posteriormente, a sua fundamentação no quadro do *princípio da justiça intergeracional*.

1. Caracterização da CES no quadro da dogmática tributária

A CES foi instituída pela primeira vez no art. 162.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31/12 (LOE/2011), abrangendo as reformas, pensões, subvenções e outras prestações pecuniárias de idêntica natureza, pagas a um único titular pela Caixa Geral de Aposentações, I. P. (CGA, I. P.), pelo Centro Nacional de Pensões e, directamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, cujo valor mensal fosse superior a € 5000, consistindo na aplicação de uma taxa de 10% sobre o montante que excedesse aquele valor, estando a

⁽¹⁾ Lei do Orçamento do Estado para 2013 – de ora em diante LOE/2013.

respectiva receita consignada a favor da segurança social, no caso das pensões pagas pelo Centro Nacional de Pensões, e a favor da CGA, I. P., nas restantes situações.

O tributo haveria de ser reformulado na LOE/2012, prevendo-se, então, no art. 20.º, n.º 15, da Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, que as pensões, subvenções e outras prestações pecuniárias de idêntica natureza, pagas a um único titular, ficavam sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade, que consistiria na aplicação de uma taxa de 25% sobre o montante que excedesse os € 5030,64 [ou seja, 12 vezes o valor do IAS (Indexante de Apoios Sociais)], mas que não ultrapassasse os € 7454,96 (montante correspondente a 18 vezes o valor do IAS), e de 50% sobre o valor que ultrapassasse os € 7454,96.

Na LOE/2013, a CES seria novamente reformulada, tendo o legislador alargado a base contributiva daquele tributo aos regimes complementares de iniciativa colectiva privada, ou seja, passando a incidir também sobre *uma parte do denominado “2.º pilar”*, mais concretamente sobre “os rendimentos proporcionados por planos de pensões criados por regimes previdenciais de natureza complementar de iniciativa empresarial ou colectiva”. A outra novidade deste diploma foi o acentuar do carácter progressivo da CES ⁽²⁾.

⁽²⁾ Na LOE/2013, a CES passou a assentar no seguinte esquema de taxas: *i)* uma taxa de 3,5% sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre € 1350 e € 1800; *ii)* para as pensões de valor mensal superior a € 1800 e inferior a € 3750 tem lugar uma divisão do respectivo montante em duas parcelas, uma no valor de € 1800, à qual se aplica a taxa de 3,5%, aplicando-se ao

É importante destacar ainda que o valor arrecadado *mensalmente* com a CES, tal como já acontecia anteriormente, reverte a favor do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I. P., no caso das pensões atribuídas pelo sistema de segurança social e pela Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS), e a favor da CGA, I. P., nas restantes situações, incluindo na parte correspondente aos rendimentos proporcionados por planos de pensões criados por regimes previdenciais de natureza complementar de iniciativa empresarial ou colectiva, e que neste caso constitui, como vimos, uma novidade. Significa isto que as entidades processadoras daqueles rendimentos ficam obrigadas a efectuar a respectiva liquidação e a proceder à sua entrega às entidades públicas titulares da respectiva receita, até ao dia 15 do mês seguinte ao da retenção.

Para além desta nota, cumpre ainda destacar que logo em 2010, quando foi criada a CES, foi também introduzida uma norma no art. 53.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) [a alínea *b*) do n.º 4], nos termos da qual o valor daquela contribuição seria deduzido aos rendimentos brutos da categoria H, na medida em que o seu valor excedesse o montante da *dedução específica* ⁽³⁾, previsto no n.º 1 do mesmo artigo ⁽⁴⁾.

remanescente uma taxa de 16%; *iii*) às pensões de valor mensal superior a € 3750 aplica-se uma taxa de 10%; *iv*) às pensões cujo valor mensal exceda os € 5030,64 e não ultrapasse os € 7545,96 aplica-se, além da taxa de 10% a todo o valor, também uma taxa adicional de 15% sobre o montante que exceda os € 5030,64; e *v*) às pensões cujo montante mensal ultrapasse os € 7545,96, para além da taxa de 10% aplicável a todo o valor, aplica-se ainda uma taxa de 15% sobre o montante que exceda os € 5030,64 e não ultrapasse os € 7545,96 e uma outra taxa adicional de 40% sobre o montante que exceda os € 7545,96.

⁽³⁾ A natureza das *deduções específicas* é muito discutida pela doutrina. Inicialmente concebidas para proporcionar um tratamento mais favorável dos rendimentos do trabalho relativamente aos rendimentos do capital no quadro de um imposto global (*cf.* considerando 8 do preâmbulo do CIRS, aprovado pelo DL n.º 442-A/88, de 30/11) – sobretudo dos rendimentos mais baixos, uma vez que os rendimentos mais elevados acabariam por não “beneficiar” da dedução, uma vez que toda ela acaba por ser “consumida” pelo valor suportado a título de contribuições para a segurança social (*ex vi* art. 25.º, n.º 2, do CIRS) –, acabam hoje por perder relevância quando os rendimentos de capitais estão efectivamente beneficiados pelo aumento do leque de taxas liberatórias e especiais a que se encontram sujeitos.

1.1. A qualificação jurídico-dogmática da CES

Esta breve exposição do regime jurídico da CES permite-nos concluir que estamos tecnicamente perante uma *verdadeira contribuição para a segurança social* e não perante um imposto. Senão vejamos.

Trata-se de um *tributo parafiscal*, ou seja, de um tributo liquidado e cobrado pelas entidades públicas que gerem os sistemas de segurança social, ou, quando a liquidação seja feita por terceiros, como acontece no caso da CPAS ou das instituições de crédito, de um tributo de receita consignada às entidades públicas que gerem os sistemas de segurança social, inscrevendo-se as respectivas receitas, em qualquer dos casos, no Orçamento da Segurança Social e não no Orçamento do Estado, não podendo aqueles rendimentos ser utilizados para financiar as despesas gerais do Estado.

Como explica a doutrina, estas contribuições foram instituídas em meados do século XX, apresentando-se como o instrumento financeiro adequado

Já no quadro da tributação das pensões, a instituição de *deduções específicas* é questionável, pois se no caso dos rendimentos do trabalho visam ainda reflectir o facto de nem todos os custos do trabalho dependente serem efectivamente suportados pelo empregador (os trabalhadores incorrem igualmente em alguns gastos para a obtenção do rendimento do trabalho, designadamente em transportes e vestuário adequado), no caso das pensões esta dedução apenas se justificaria pela circunstância de o “capital investido”, ou seja, as contribuições para a segurança social terem sido sujeitas a tributação, o que entre nós não acontece (mas acontece, por exemplo, na Alemanha), e torna por isso pouco compreensível a existência deste instituto, que é justificado por alguns apenas como uma *medida de protecção* dos reformados – neste sentido, *v.* RUI MORAIS, *Sobre o IRS*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 123.

⁽⁴⁾ Assim, para o apuramento do rendimento líquido da categoria H, o legislador prevê hoje o seguinte: *i*) para os rendimentos brutos de valor anual igual ou inferior a 72% de 12 vezes o valor do IAS (€ 3622,06) uma dedução específica, até à sua concorrência com a totalidade desse valor; *ii*) para os rendimentos brutos de valor anual superior a 72% de 12 vezes o valor do IAS (€ 3622,06) uma dedução específica, naquele valor, acrescida do montante pago a título de quotizações sindicais e de contribuições obrigatórias para regimes de protecção social (incluindo-se aqui a CES) e para subsistemas de saúde, na parte em que excedam o valor da dedução específica; e *iii*) para os rendimentos brutos de valor anual superior a € 22 500, uma dedução específica de valor correspondente a € 3622,06 ou o valor da CES (consoante os casos), abatido, até à sua concordância, de 20% da parte que excede aquele valor.

para sustentar serviços públicos sociais ⁽⁵⁾, assentes no princípio da solidariedade ou responsabilização colectiva pelo sistema (art. 8.º da Lei n.º 4/2007, de 16/1). Uma característica que assume contornos especiais no caso do *sistema previdencial*, ou seja, o sistema de prestações substitutivas dos rendimentos do trabalho (*vulgo*, reformas), que é baseado no *princípio contributivo* ou do *autofinanciamento* ⁽⁶⁾, estabelecendo-se aqui uma *relação jurídica de base sinalagmática* entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações (art. 54.º da Lei n.º 4/2007), que não se verifica no caso dos impostos. Embora hoje, como veremos, essa relação jurídica não repouse sobre uma estrutura tipicamente comutativa, mas, antes, num mecanismo de transferência de recursos entre gerações, informado pelo princípio da solidariedade e da justiça intergeracional ⁽⁷⁾.

Esta é, de resto, uma conclusão a que o Tribunal Constitucional já havia chegado anteriormente, mormente no Acórdão n.º 188/2009, quando, ao analisar a conformidade constitucional, entre outras, da norma que consagrava um limite superior para o valor das pensões, concluiu pela *inexistência de uma correlação directa* entre a contribuição paga e o valor

⁽⁵⁾ Apresentam-se como instrumentos diversos dos impostos, mais vocacionados para o financiamento das atribuições do Estado liberal – v. NAZARÉ COSTA CABRAL, *O financiamento da Segurança Social e as suas implicações redistributivas*, Associação Portuguesa da Segurança Social, Lisboa, 2001, pp. 63-65.

⁽⁶⁾ O *princípio do autofinanciamento* é construído pela doutrina a partir da regra constitucional da *autonomia orçamental da segurança social*, consagrada no art. 105.º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa (CRP), que os Autores consideram que está intimamente associada a uma autonomia financeira, da qual extraem o *princípio da auto-sustentabilidade* do (sub)sistema previdencial – neste sentido, por todos, GOMES CANTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 1105-1106.

⁽⁷⁾ ILÍDIO DAS NEVES acentua o carácter originariamente sinalagmático da relação jurídica de segurança social, do qual infere que as contribuições para a segurança social são tributos de estrutura diversa dos impostos. Com efeito, embora acabe por não conseguir esclarecer concretamente a natureza jurídica da figura perante a tendência dualista (impostos e taxas) do sistema tributário da época, o Autor contesta as teses dualistas e acaba por, aparentemente, dar destaque à tese da parafiscalidade, que qualifica as contribuições para a segurança social como um *tertium genus*: as *imposições financeiras sociais* – v. *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra Editora, 1996, pp. 352-366.

da pensão a atribuir, não obstante deixar clara a *existência de uma relação sinalagmática* na base do financiamento da segurança social (afasta-se do imposto, sem integrar estes tributos concretamente na categoria dos tributos comutativos puros) – retomando o que dissera nessa decisão, o Tribunal acrescenta agora, no aresto em apreço, apoiando-se teoricamente em JOÃO LOUREIRO ⁽⁸⁾, que a mencionada relação sinalagmática assenta, porém, num *princípio de solidariedade*, sendo este que *guia* (mede) a transferência de recursos entre os cidadãos, e não um critério jurídico-económico como o da equivalência.

Em segundo lugar, trata-se de um tributo em que a base de incidência subjectiva são os beneficiários (presentes e futuros) do sistema de segurança social, o que se justifica pela *natureza contributiva* das prestações exigidas ⁽⁹⁾. Aliás, é exactamente essa *natureza contributiva* que fundamenta a necessidade de o respectivo valor ser deduzido ao rendimento bruto para apuramento do rendimento tributável – as contribuições para a segurança social são uma *despesa legal obrigatória* em que os trabalhadores (beneficiários futuros do sistema) incorrem no exercício da respectiva actividade económica.

O elemento *novo* na CES é o facto de a contribuição ser exigida não apenas aos beneficiários futuros, mas também aos actuais, o que impõe esclarecimentos adicionais, que reservamos para o momento em que abordarmos o princípio da equidade e da justiça intergeracional.

⁽⁸⁾ JOÃO LOUREIRO dá-nos conta de duas notas essenciais a este propósito: i) em primeiro lugar, que existe uma tendência jurisprudencial, do Tribunal Constitucional Português e de outros órgãos judiciais de países europeus, já estabilizada, no sentido de afirmar que não existe nem é possível estabelecer-se uma relação de correspondência entre o montante das contribuições e o valor das prestações, ou seja, de que não é possível afirmar aqui o *princípio da equivalência*; ii) e essa conclusão resulta, em segundo lugar, da circunstância de este ser um domínio da chamada “*justiça de transferências*”, o mesmo é dizer, que não estamos nem na lógica do imposto, nem na lógica do seguro, nem na lógica dos tributos comutativos, mas, antes, sob a égide do *princípio da solidariedade* – v. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos*, Coimbra Editora, 2010, pp. 246-249.

⁽⁹⁾ A natureza contributiva não se limita apenas à parte das “*quotizações*” pagas pelos beneficiários, estendendo-se também às “*contribuições*” pagas pelas entidades empregadoras.

Por último, a quantificação deste tributo não tem por base o princípio da capacidade contributiva, mas sim as *regras de cálculo actuarial*, em função do custo de protecção das eventualidades previstas, sem prejuízo da possibilidade de adequações, designadamente em razão da natureza das entidades contribuintes, das situações específicas dos beneficiários ou de políticas de emprego (art. 57.º, n.º 3, da Lei n.º 4/2007). Quer isto dizer, portanto, que, no domínio das *contribuições para a segurança social*, a medida da contribuição é aferida por regras de cálculo actuarial e subordinada a modificações decorrentes da necessidade de adequar a tributação às variáveis económicas, sociais e demográficas (art. 57.º, n.º 4, da Lei n.º 4/2007). Variáveis que obriguem muitas vezes a *mudanças radicais* nas regras. Mudanças impostas pelo Estado-legislador no cumprimento da sua missão de garante da justiça e da equidade do sistema através da conjugação de técnicas de repartição e de capitalização. Em suma, os princípios materiais que presidem à quantificação das *contribuições para a segurança social* distinguem-se claramente do *princípio da capacidade contributiva*, suscitando, especialmente, problemas de protecção da confiança legítima e de justiça intergeracional e não propriamente de confiscatoriedade ou de violação da igualdade fiscal.

1.2. A qualificação da CES segundo o Tribunal Constitucional

Por tudo quanto vimos de dizer, a CES apresenta-se, em nosso entender, tecnicamente como uma *contribuição para a segurança social*, mesmo incidindo sobre os actuais beneficiários. Neste ponto, parece-nos que a decisão do Tribunal de a reconduzir a um “encargo enquadrável no *tertium genus* das demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas”, categoria que ganhou consagração constitucional entre nós na revisão de 1997, merece alguns esclarecimentos adicionais. Com efeito, entendemos que as *contribuições para a segurança social* consubstanciam, materialmente, uma espécie tributária própria e diversa das referidas contribuições financeiras, acompanhando assim a doutrina germânica que acentua também esta distinção.

Segundo os Autores alemães, as *contribuições para a segurança social* não se reconduzem nem à categoria das *contribuições (Verbandlasten Beiträge)* ⁽¹⁰⁾, por não se configurarem como um tributo comutativo de natureza colectiva, o que resulta da circunstância de terem uma forma de cálculo diversa do princípio da equivalência e serem em regra pagas por sujeitos passivos diferentes dos beneficiários (entidades empregadoras e trabalhadores); nem à categoria dos *tributos especiais (Sonderabgaben)* ⁽¹¹⁾, por não consubstanciarem uma especial forma de intervenção estadual no domínio económico, apresentando, antes, um conjunto de características específicas que permitem mais bem qualificá-las como *tributos independentes (eigenständige Abgaben)* ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ As *contribuições (Beiträge)* no direito alemão são ainda tributos de natureza comutativa, à semelhança das taxas, que se distinguem destas por não apresentarem uma contraprestação individualizada, mas apenas uma contraprestação de natureza colectiva que pode, com um grau elevado de densidade, ser imputada por estimativa a um determinado grupo de beneficiários – v. PAUL KIRCHHOF, «Nichtsteuerlich Abgaben», in ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts V*, 3.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 1138-1142.

⁽¹¹⁾ Os *tributos especiais (Sonderabgaben)* são hoje, segundo a doutrina germânica, uma nova categoria tributária que resulta da nova forma de intervenção do Estado na economia, seja em resultado do exercício da função de regulação económica (tributos de nivelamento económico ou de reposição de condições económicas de igualdade), seja de orientação de comportamentos (tributos de natureza extrafiscal), seja de fomento económico (tributos incentivadores), seja ainda pelos pretensos tributos de financiamento de despesas especiais. Estamos perante uma categoria tributária autónoma, diversa dos impostos, das taxas e das contribuições (no sentido alemão referido na nota anterior), cuja receita aparece em regra consignada a tarefas e programas específicos, com ou sem mediação de fundos públicos, e que cumprem uma função económica e financeira específica – v. PAUL KIRCHHOF, «Nichtsteuerlich Abgaben», *ob. cit.*, pp. 1142-1158.

⁽¹²⁾ Neste sentido v. FERDINAND KIRCHHOF, «Finanzierung der Sozialversicherung», in ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts V*, 3.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 1452-1453. No mesmo sentido, considerando que são um *tributo atípico*, dificilmente reconduzível a uma lógica comutativa clara – embora tentando dar ênfase a esta vertente – até pela associação que existe, numa lógica de transferência de recursos dentro do sistema previdencial para o apoio a políticas activas de emprego e formação profissional, v. SÉRGIO VASQUES, *O Princípio da Equivalência como Critério da Igualdade Tributária*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 180-190.

Também no sentido de que as *contribuições para a segurança social* se hão-de reconduzir a um *tertium genus* dentro da

Em boa verdade, esta dogmática germânica não pode ser inteiramente transposta para o nosso sistema tributário, pelo menos não sem que façamos alguns ajustamentos. Com efeito, entre nós vive-se ainda maioritariamente sob a influência de uma jurisprudência e uma doutrina que não conseguiram superar a tradicional divisão dicotómica dos tributos⁽¹³⁾, isto apesar de constitucionalmente ser já inequívoca a consagração de uma terceira categoria tributária – a das referidas demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas – e de o Tribunal Constitucional ter já reconhecido a respectiva autonomia, mesmo em termos de regime jurídico aplicável⁽¹⁴⁾. Por essa razão, é compreensível que até à aprovação do regime geral das demais contribuições financeiras⁽¹⁵⁾ exista uma tendência natural da jurisprudência e da doutrina para procurar enquadrar dentro desta “terceira” categoria os “novos tributos” que vão surgindo em diversas leis especiais⁽¹⁶⁾.

Além disso, no caso concreto, a qualificação adoptada pelo Tribunal Constitucional poder-se-á

dogmática tributária, qualificando-as como um tipo especial de “tributos independentes” (*Sonstige Abgaben*), v. PAUL KIRCHHOFF, «Nichtsteuerliche Abgaben», *ob. cit.*, p. 1159.

justificado (13) Neste sentido, veja-se, por exemplo, CASALTA NABAIS, que continua a defender a divisão dicotómica dos tributos apesar de reconhecer a existência de uma terceira categoria tributária – v. *Direito Fiscal*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 45-57.

(14) Vejam-se, por todos, os Acórdãos n.ºs 261/2009 e 152/2013.

(15) Uma *inconstitucionalidade por omissão* que se vai “arrastando” no nosso sistema jurídico e que transita de legislatura em legislatura, sem que o Parlamento se ocupe do preenchimento da lacuna.

(16) Também nós acompanhamos esta tendência – v. SUZANA TAVARES DA SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, 2.ª ed., CEJUR, Braga, 2013, pp. 74 e segs. –, embora não deixemos de sublinhar que é urgente uma revisão da Lei Geral Tributária para garantir que este diploma acolhe de forma conveniente as diversas categorias tributárias, bem como a promulgação de uma lei ordenadora das novas formas de intervenção económica do Estado, onde não se encontram igualmente tratamento jurídico adequado as novas receitas das entidades públicas, como as decorrentes dos procedimentos de alocação eficiente de recursos (por exemplo, produto dos leilões administrativos), da transacção de direitos (por exemplo, produto da venda de licenças de emissão) ou da perequação (por exemplo, compensações devidas aos municípios no contexto do cumprimento dos parâmetros e das regras em matéria de urbanismo).

não só justificar pelo facto de estarmos perante uma contribuição exigida aos actuais beneficiários – e não apenas aos futuros como até aqui vinha sendo a regra – como ainda por se tratar de uma medida extraordinária e transitória, consagrada em norma orçamental e não num diploma próprio regulador do regime de segurança social⁽¹⁷⁾.

Assim, podemos concluir que a CES é uma verdadeira contribuição para o sistema de segurança social (um *tributo independente*, no sentido antes mencionado) de natureza idêntica à que efectuam os actuais trabalhadores e futuros beneficiários, que se inscreve igualmente na lógica do sistema dos princípios materiais da segurança social. A sua recondução pelo Tribunal à categoria das “demais contribuições financeiras” não prejudica esta qualificação, pois, em boa verdade, enquanto o legislador não ordenar aquela “terceira” categoria tributária, a ela se terão de reconduzir todos tributos desta espécie, sejam do género contribuições *stricto sensu*, sejam do género tributos especiais, sejam ainda do género tributos independentes, como as contribuições para a segurança social.

O facto de ser exigida aos actuais beneficiários não prejudica, **em nesse entender, a categorização que acabámos de propor. Pelo contrário, será precisamente dos princípios da contributividade e da justiça intergeracional que extrairemos não apenas a conformidade constitucional da CES, à semelhança do que faz o Tribunal Constitucional, como ainda a sua necessidade e compatibilidade com o regime geral da segurança social – ou seja, a CES pode não ser (e não deve ser) interpretada como uma medida extraordinária e orçamental, sendo possível, a nosso ver, ganhar estatuto de instituto jurídico dentro da lei de bases da segurança social**⁽¹⁸⁾.

(17) A prova de que foi exclusivamente este o “cenário” analisado pelo Tribunal encontra-se na fundamentação do acórdão, quando procura, na análise dos seus efeitos no âmbito do 1.º pilar, reconduzir a CES a uma medida “extraordinária e provisória de ajustamento”, *equivalente* ao “corte dos salários”.

(18) A proposta mais recente de a converter em factor de sustentabilidade adicional, ou seja, num segundo estabilizador automático do sistema, accionável em caso de “necessidade económico-financeira” do Fundo, afigura-se-nos, em tese, perfeitamente compatível com estes princípios materiais da segurança social.

2. A CES e o princípio da justiça intergeracional

O tema da *justiça intergeracional* suscita diversas questões prévias – o que é uma “Geração” e como se define, ou qual a distinção entre grupos etários e gerações, apenas para dar alguns exemplos⁽¹⁹⁾ – cuja análise não nos é possível desenvolver na economia deste escrito, assim como também não teremos oportunidade de tratar o princípio em todas as suas dimensões concretizadoras – políticas sociais, de saúde, de ensino, fiscais, etc. –, limitando-se a nossa abordagem ao campo da segurança social e ao papel do Estado neste domínio.

Verdadeiramente, a criação de sistemas públicos e obrigatórios de segurança social, mais ou menos complexos, mas todos eles subordinados ao *primado da responsabilidade pública*, tem por base diversos princípios fundamentais, uns de natureza jurídica (mormente, princípios que revelam dimensões de uma certa filosofia moral), outros de natureza económica. Referimo-nos, concretamente, no primeiro grupo, ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, ao *princípio da solidariedade* e ao *princípio da justiça intergeracional*, e, no segundo grupo, ao *princípio da contributividade*, ao *princípio da sustentabilidade* e ao *princípio da competitividade*.

É importante não esquecer que o sistema de segurança social não é apenas um regime financeiro de garantia de condições económicas dos trabalhadores após o termo da sua vida activa, mas é também, e cada vez mais, uma política económica e social com efeitos significativos sobre a economia mundial.

2.1. A justiça intergeracional no domínio da segurança social

A promoção da *justiça intergeracional* é bastante mais simples num sistema público de segurança

⁽¹⁹⁾ Sobre o tema da *justiça intergeracional v.*, por todos, JANNA THOMPSON, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an intergenerational Polity*, Routledge, New York, 2009; DENNIS MCKERLIE, *Justice Between the Young and the Old*, Oxford University Press, 2013; AXEL GOSSERIES & LUKAS H. MEYER (ed.), *Intergenerational Justice*, Oxford University Press, 2009.

social do que num sistema público de saúde⁽²⁰⁾. Num sistema de segurança social a questão da justiça refere-se, exclusivamente, à forma de cálculo de prestações pecuniárias, seja dos que contribuem, seja dos que recebem do “sistema”. E ao Estado, administrador do sistema, compete a difícil mas essencial tarefa de garantir, em cada momento histórico e económico, que essa proporção entre as contribuições e as pensões é *equitativa* e *adequada*”.

Quer isto dizer, portanto, que o Estado deve garantir que não existem neste sistema “perdedores e vitoriosos”, o que significa, em primeiro lugar, certificar que uma geração não consome ilegítimamente recursos de outra, mas não só, o Estado é também responsável por garantir a *equidade diacrónica* entre prestações e contribuições, o que quer dizer coisa diferente do que se afirmou anteriormente, pois do que se trata agora é de verificar se há *justiça* no montante das prestações relativamente ao montante das contribuições, numa perspectiva intergeracional⁽²¹⁾.

A *justiça intergeracional* repousa sobre uma especial fórmula de *justiça distributiva*, na qual não se atenta apenas na diferença do bem-estar e dos re-

⁽²⁰⁾ Nos sistemas públicos de saúde assiste-se hoje também a uma transferência relevante de recursos entre as gerações, mais concretamente, entre a geração dos trabalhadores (os contribuintes líquidos deste sistema) e os mais idosos, que são, em média, os que consomem o maior número de recursos (doenças mais frequentes, períodos de internamento mais longos...) e os que menos contribuem, pois na sua maior parte dispõem de baixos rendimentos. Recorde-se que a CES, sendo uma medida que afectava os rendimentos de valor bruto superior a € 1350, ainda assim só atingia 8,1% dos pensionistas.

A implementação de medidas de *justiça* no sistema de saúde torna-se mais difícil, pois o acréscimo das despesas tem de ser enfrentado, como dizem os Autores, com dois tipos de medidas, ou aumentando a tributação das gerações de trabalhadores ou racionando as prestações aos mais idosos – neste caso haverá sempre uma geração que perde e uma geração que ganha –, v. DENNIS MCKERLIE, *Justice Between the Young and the Old*, ob. cit., p. 12.

⁽²¹⁾ No primeiro caso estaremos perante o que JOÃO LOUREIRO denomina como *princípio da sustentabilidade intergeracional* e no segundo perante um problema do âmbito do *princípio da justiça intergeracional* – in *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos*, ob. cit., pp. 278-279. Segundo o Autor, “pode haver sistemas de segurança social que, de um ponto de vista económico-financeiro, sejam sustentáveis a médio prazo, mas nem por isso são necessariamente justos em chave intergeracional”.

ursos entre diferentes grupos de cidadãos ⁽²²⁾ – uma metódica que é utilizada, por exemplo, para repartir a carga tributária no contexto da denominada igualdade fiscal –, mas também naquela diferença entre os diversos grupos etários, tendo como pressuposto os diversos estágios da vida, ou seja, os diferentes níveis de capacidade de acesso a rendimentos que os indivíduos têm ao longo de uma vida. Quer isto dizer que a *equidade* – o critério base que legitima a *transferência de recursos entre grupos* – neste caso é obtida a partir de comparações (metódica da igualdade) que assentam nas diferenças existentes entre as diversas etapas da vida e não nas meras condições económicas actuais dos elementos em comparação ⁽²³⁾.

Assim, se estivermos perante um grupo – os pensionistas – que apresenta condições económicas melhores que outro grupo pertencente a diferente estágio de vida – os jovens desempregados – e se dispusermos de elementos para concluir que o primeiro grupo, quando estava no estágio de vida em que estão agora os segundos, dispunha de condições económicas semelhantes ou melhores, e que os segundos não têm perspectivas de vir a beneficiar no futuro das condições económicas de que neste momento dispõem os primeiros, concluiremos que o *princípio da justiça intergeracional* impõe uma transferência de recursos dos primeiros – dos pensionis-

⁽²²⁾ Trata-se, como a doutrina bem sublinha, de uma corrente, estudada sobretudo pela filosofia prática, que analisa os problemas da *justiça* sob uma perspectiva diversa das tradicionais, porque atenta essencialmente nos problemas das relações duradouras (seja entre gerações mais longínquas, como acontece nos problemas ambientais, seja entre gerações vizinhas, como é típico do direito da segurança social) e não em tensões de poder entre grupos de uma mesma geração – v. AXEL GOSSE-RIES/LUKAS H. MEYER, «Introduction – Intergenerational Justice and Its Challenges», *Intergenerational Justice*, Oxford University Press, 2009.

⁽²³⁾ Com efeito, encontramos aqui um *princípio de justiça* que não se limita à visão de RAWLS, pois não se trata apenas de construir um esquema de transferência de recursos entre os indivíduos fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, mas também de atentar num critério de *equidade*, intimamente associado às condicionantes económicas e demográficas e a uma outra moral, que rejeita a possibilidade de uma geração consumir recursos de outra – v. JANNA THOMPSON, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an intergenerational Polity*, cit., pp. 11 e 113 e segs.

tas – para os segundos – os jovens desempregados.

A preocupação de base da *equidade* não pode ser, portanto, a de combater iniquidades existentes entre diferentes grupos etários num determinado momento histórico – elas são normais –, mas sim entre diferentes gerações, no sentido de impedir iniquidades entre diferentes condições de vida considerados os mesmos estágios desta (*lifetimes*). Vale a pena destacar que os actuais pensionistas beneficiaram de um quadro normativo para o cálculo das suas pensões no qual não se encontra reflectido, por exemplo, o desemprego que possam ter sofrido na juventude ou os salários mais baixos que possam ter recebido durante a “crise da década de 80”, isto sem contar já com as situações em que auferem reformas sem correspondência com um esforço contributivo real, seja porque se trata de pensões não contributivas, seja porque manipularam as carreiras contributivas.

Todavia, como sublinham alguns Autores, as diferenças devem ser *proporcionais*, o mesmo é dizer que a *justiça intergeracional* também não se funda num critério puramente igualitário, nem conduz a soluções em que existam diferenças de tratamento muito relevantes entre os grupos etários num determinado período de tempo, mesmo que essas diferenças pudessem ser “neutralizadas” no âmbito de uma análise que atentasse em todo o período de vida das partes em comparação – rejeita-se, portanto, uma metódica totalmente fundada na análise dos segmentos totais da vida ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Os exemplos avançados pelos Autores na justificação desta interpretação do princípio da *justiça intergeracional*, que rejeita a admissibilidade de iniquidades acentuadas entre os diversos grupos etários, são bastante impressivos, de entre os quais destacamos a inadmissibilidade de um modelo de Sociedade que pudesse assentar em trabalho escravo ainda que a posição entre o *dominus* e os *escravos* fosse alternada de 20 em 20 anos, o que pressuporia que todos experimentariam as duas posições ao longo da vida e assim haveria uma “*igualdade entre as partes*”. Na verdade, os diferentes métodos para medir a “*equidade intergeracional*” não são perfeitos (*método dos segmentos totais*, em que se comparam dois períodos idênticos de dois momentos diferentes da evolução da vida; *método dos segmentos simultâneos*, em que se comparam dois estágios do mesmo período de evolução da vida, admitindo-se diferenças quando aqueles estágios correspondem a momentos diferentes da história; e *método dos segmentos correspondentes*, em que se compa-

Transportando estes postulados para o domínio da segurança social, diremos que num sistema como o português – sistema “*pay as you go*” – a *equidade* é maioritariamente determinada pelo Estado, pois é ele o “gestor” do sistema, diversamente do que acontece em sistemas de capitalização onde o indivíduo é *responsável* pelas suas escolhas quanto aos rendimentos que terá no futuro, ou seja, na velhice. Os Autores sublinham a diferença entre os modelos para depois se aproximarem da conclusão de que a “lógica” da escolha pública neste sector não se pode afastar significativamente – não só por razões de sustentabilidade, mas também de justiça – da lógica da escolha privada, ou seja, deve prevalecer aqui o *princípio da prudência* (“*the prudential lifesplan account*”), segundo o qual cada pessoa, ao “adquirir” seguros de saúde ou planos de pensões, adoptará um comportamento prudente (ponderará o seu bem-estar numa perspectiva holística e de acordo como o parâmetro da totalidade do que espera venha a ser a sua vida), tomando igualmente em conta os *custos de oportunidade*, na medida em que, como é óbvio, os seus recursos económicos são limitados ⁽²⁵⁾.

ram dois estágios da vida em diferentes momentos temporais, tomando em consideração os resultados da comparação no momento da comparação e em momentos diferentes) e a doutrina sublinha a importância da *ética* na “correção” das soluções alcançadas pela aplicação de cada um – v. DENNIS MCKERLIE, *Justice Between the Young and the Old*, ob. cit., pp. 58-87.

⁽²⁵⁾ DWORKIN está entre os Autores que defendem este critério material de prudência como medida de justiça na alocação de recursos económicos para o tratamento de doenças dos mais idosos e na escolha em matéria de *racionamento* das prestações – in R. DWORKIN, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, Harvard University Press, 2002, pp. 307 e segs.

Veja-se que na abordagem adoptada “evitamos”, propositalmente – até por não dispor de oportunidade para desenvolver aqui convenientemente o seu tratamento –, a questão da *moralidade destes sistemas*, que nos obrigaria a “revisitar” as teorias do *utilitarismo* (MILL, POSNER), da *igualdade de oportunidades vs. igual distribuição do bem-estar*. O que nos interessa é apenas destacar a especial metódica da igualdade no campo da *justiça intergeracional*, que é reconhecida mesmo por aqueles que propugnam uma compreensão igualitarista da economia social sem negar que esta continua a assentar sobre uma estrutura de barganha entre grupos de interesse, e que o combate pela equidade é, essencialmente, um factor de estabilidade da estrutura social – v. THOMAS NAGEL, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, New York, 1991.

O resultado ditado por este critério será depois *ajustado* em função da *adequação* das prestações, o que pode envolver alguma desproporção entre as contribuições e as prestações, desde que fundada, em última instância, numa dimensão concretizadora do *princípio da dignidade da pessoa humana*, ou seja, a *necessidade* de garantir aos mais idosos o mínimo para uma existência condigna, seja porque não dispunham de condições económicas para poder contribuir mais na fase da vida activa, seja porque não acautelaram devidamente a possibilidade de uma sobrevivência tão longa, o que acontece, em regra, com os muito idosos (categoria na qual hoje se integram aqueles que têm mais de oitenta anos). A *desproporção* pode igualmente fundamentar-se no *princípio da* (justiça intrageracional) *ânus*, o que significa que é possível que podemos ter de chamar um grupo etário mais beneficiado a contribuir para sustentar outros que tiveram menos sorte ⁽²⁶⁾ – uma colaboração que pode ser de empregados para pensionistas, mas pode também bem ser de pensionistas para jovens desempregados, sobretudo se estes pensionistas beneficiaram de condições extraordinárias, quer na determinação da idade da reforma quer na determinação do montante da pensão.

Assim, o “sistema público” baseado na base do regime previdenciário, como 1.º pilar –, foi concebido como um sistema “*pay as you go*”, em que o financiamento ficava a cargo dos trabalhadores e das entidades empregadoras (taxa social única), sendo os reformados apenas beneficiários – existe, portanto, uma intenção clara de transferência de recursos entre gerações, cabendo ao Estado o papel de garante do sistema e da respectiva justiça e solvabilidade, tal como resulta do disposto no art. 63.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Este “sistema público”, cuja finalidade é assegurar a *universalidade* do direito à segurança social – o mesmo é dizer, garantir a concretização legislativa do disposto no art. 63.º, n.º 1, da CRP –, reve-

⁽²⁶⁾ Neste sentido v. JANNA THOMPSON, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an intergenerational Polity*, cit., pp. 122 e segs.

lou-se, em consequência das alterações demográficas e económicas, inadequado para caucionar uma “substituição” de rendimentos do trabalho ajustada a todos os beneficiários – pois a universalidade do sistema, se, por um lado, garantiu uma melhoria significativa e inigualável na qualidade de vida actual dos mais idosos, por outro, prejudicou irremediavelmente a possibilidade de nele se incluírem pensões muito elevadas ⁽²⁷⁾.

Esta conclusão foi extraída em diversos países da OCDE [Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico], que, em finais da década de 90' início do novo milénio, se viram a braços com diversos problemas de *sustentabilidade* dos respectivos regimes de segurança social, tendo sido obrigados a adoptar medidas políticas profundas na transformação dos sistemas ⁽²⁸⁾. Um movimento que entre nós atingiu o expoente máximo com a “reforma de 2007”, na qual se introduziu, pela primeira vez, o já referido “factor de sustentabilidade” para as pensões da segurança social, que determinou uma redução significativa do valor das pensões, para quem se aposentou a partir desse ano ⁽²⁹⁾.

Assim, o *sistema global* da previdência encontra-se hoje ancorado num sistema de base universal, que é depois complementado com sistemas de capitalização, os quais podem ser de dois tipos: *i) esquemas complementares* de pensões de natureza colectiva, que podem ser subscritos pelo próprio ou também pelas entidades empregadoras, como acontece entre nós com boa parte dos *fundos de pensões* dos bancários (o denominado 2.º pilar) e que não-de complementar o montante da pensão alcançada no 1.º pilar; e *ii) planos individuais de poupança*, que são inteiramente subscritos pelos beneficiários

⁽²⁷⁾ Algo que, infelizmente, o nosso legislador apenas regulou de forma adequada em 2007, ao introduzir o denominado mecanismo do *estabilizador automático*, a que nos iremos referir mais adiante.

⁽²⁸⁾ Para uma panorâmica geral do assunto e uma visão global das diversas reformas v. OCDE, *OECD Pensions Outlook*, 2012.

⁽²⁹⁾ Para uma visão global da evolução do sistema de segurança social entre nós e os respectivos desafios v. FERNANDO RIBEIRO MENDES, *Segurança Social. O Futuro Hipotecado*, FFMS, Lisboa, 2011.

e que consubstanciam igualmente um regime de protecção complementar (o denominado 3.º pilar).

A crise financeira de 2008, que na Europa originou profundas crises económicas em diversos países, teve como consequência directa e imediata um esforço adicional e muito intenso sobre os *sistemas de segurança social*, em razão do acréscimo de prestações sociais, sobretudo de protecção no desemprego, que voltou a colocar na ordem do dia o problema da *sustentabilidade* deste sistema de protecção social, o qual não havia ainda recuperado totalmente dos desequilíbrios estruturais motivados sobretudo pelo aumento da esperança média de vida.

E é precisamente neste contexto que em muitos países se reabriu o debate, não apenas quanto ao problema da *sustentabilidade* do sistema, mas também da *justiça* do sistema, pois como a OCDE deixa bem claro nas suas conclusões, os actuais pensionistas atingiram, em média, índices de bem-estar muito superiores àqueles de que beneficiavam os pensionistas da década de 80', mas os trabalhadores actuais e futuros, em comparação, irão trabalhar até mais tarde – a média de idade de reforma nos países da OCDE é de 67 anos em 2012 –, auferirão pensões atribuídas pelos sistemas públicos de montante inferior e terão de suportar não só o esforço económico-financeiro adicional como ainda o risco financeiro dos sistemas privados para garantir um complemento de reforma adequado ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Conclusões que constam do próprio editorial do já referido *OECD Pensions Outlook*, 2012.

⁽³¹⁾ Ainda a propósito do *risco financeiro* que as actuais gerações de trabalhadores terão de enfrentar na busca de complementos adequados de pensões para substituir os rendimentos de trabalho quando chegarem à condição de pensionistas, veja-se o risco associado a muitos produtos financeiros e às dificuldades de escolha que os beneficiários enfrentam com a falta de transparência dos mercados e a “pressão” para investir em produtos de maior rentabilidade – não se esqueça que os “planos poupança reforma” foram apenas um “esquema” de poupança fiscal utilizado pelos contribuintes, movidos pela *típica miopia do consumidor*, e que hoje muitos verificam que não são aptos a cumprir a finalidade previdencial.

Mas pior ainda é imaginar que esta “pressão” sobre as gerações actuais possa originar num futuro breve o recurso a soluções como a dos “*Vitacials*” norte-americanos. Referimo-nos ao sistema de “*comoditização da vida*” dos doentes com Sida e com

Assim, o caminho a trilhar para a *sustentabilidade* dos sistemas públicos tem sido muito diverso, com alguns países a optar pela simples privatização dos sistemas, “empurrando” as novas gerações para a busca dos esquemas privados de prestações (Inglaterra), outros a adoptar um sistema de “capitalização virtual”, que consiste, por exemplo, na aplicação de uma nova forma de cálculo actuarial (contas nocionais) para as prestações a receber, bastante penalizadora dos mais jovens (Itália, Noruega, Polónia e Suécia), outros ainda acrescentaram também um estabilizador das contribuições não apenas no momento do cálculo da prestação a receber, mas igualmente no momento do cálculo das respectivas actualizações (Alemanha), e outros adoptam sistemas de aumento de receitas baseados quer no montante das contribuições (Japão) quer em outros tributos (impostos) para o financiamento do sistema⁽³²⁾, incluindo a exigência de contribuições aos beneficiários do sistema (Brasil)⁽³³⁾ ou então na possibilidade de redução das contribuições dos beneficiários em situações de crise financeira (Espanha).

Mais controversa, porém, é a questão da *justiça* do sistema, convocada entre nós a propósito da ins-

doenças terminais, que eram aliciados a “vender” os seus seguros de vida a investidores no intuito de obter financiamento imediato para prover a cuidados paliativos ou simplesmente para melhorar as suas condições materiais de existência no fim da vida em troca de uma “aposta” sobre a “álea” que era a sua sobrevivência – v. MICHAEL SANDEL, «Viaticals: You bet your live», *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Penguin Book, 2012.

⁽³²⁾ Para uma visão global v. *OECD Pensions Outlook*, 2012, *cit.* Vale a pena destacar, a propósito das diversas soluções, que no plano Europeu (mas também a nível global), o desafio é ainda mais exigente, pois à sustentabilidade dos sistemas, como “questão nacional”, soma-se a necessidade de “harmonizar os sistemas”, como “questão europeia”, para a dinamização do mercado laboral europeu – v. STEFANO GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, il Mulino, Bologna, 2012.

⁽³³⁾ Cf. Emenda constitucional número 41 de 2003, art. 4.º *caput*, onde se pode ler o seguinte: “Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3.º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efectivos”.

tuição da CES e revigorada com a possibilidade de se transformar numa medida ordinária (e não extraordinária), funcionando como mais um estabilizador automático, desta feita para garantir que a sustentabilidade assenta, também, num pressuposto de justiça intergeracional accionado sempre que as condições económicas conjunturais revelam que as *gerações presentes e futuras* de contribuintes para a segurança social estão em condições económicas piores que as *gerações beneficiárias* do sistema. O problema que é suscitado prende-se, então, não com uma questão de justiça, mas de segurança jurídica, ou seja, estaríamos perante uma violação do princípio da tutela dos direitos adquiridos e dos direitos em formação (art. 20.º da Lei n.º 4/2007), concretização legal do princípio fundamental da protecção da confiança legítima.

2.2. A questão dos direitos adquiridos e a “*living constitution*”

O princípio que tem vigorado em matéria de segurança social e que, de resto, tem sido acolhido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional assenta na diferenciação entre as *expectativas legítimas*, ou seja, os direitos em formação de que são titulares os beneficiários futuros e que podem ser alterados – seja no que respeita ao aumento do tempo de trabalho, seja quanto à forma de cálculo da pensão (veja-se, por último, o critério adoptado no já mencionado Acórdão n.º 188/2009) – e os direitos já consolidados dos actuais beneficiários, que são, em princípio, *direitos adquiridos* e, nesse sentido, ficam “a salvo” de quaisquer modificações legislativas posteriores. A questão que devemos colocar é a de saber se esta protecção (a dos *direitos adquiridos*) é uma protecção de âmbito constitucional ou apenas legal, o que equivale a questionar se o legislador pode, através de lei, afectar a posição dos beneficiários actuais impondo-lhes uma redução do valor das pensões ou a obrigação de contribuírem para o sistema.

Ora, como dissemos antes, este princípio legal é uma dimensão concretizadora do *princípio constitucional da protecção da confiança legítima*, que se reporta ao problema jurídico da “*justa conciliação*”

entre a protecção das expectativas desenvolvidas pelos indivíduos enquanto destinatários de determinados actos do poder público (mesmo quando estamos perante actos já praticados) no decurso de relações jurídicas duradouras e a necessidade de actualização das opções políticas em função das necessidades ditadas pelo interesse geral ⁽³⁴⁾. Este é um domínio jurídico que também tem sofrido alterações profundas nos últimos tempos e onde a doutrina recomenda, perante o actual contexto de crises económicas recorrentes, dever insistir-se mais no aprofundamento da dimensão procedimental e processual, ou seja, na “*fair change of politics*”, do que na dimensão material da pura e simples consolidação dos direitos ⁽³⁵⁾.

Não nos sendo possível desenvolver de forma mais aprofundada os novos subsídios doutrinários do princípio da protecção da confiança *legítima* ⁽³⁶⁾, interessa-nos, substancialmente, apurar se as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais devem ser interpretadas de forma rígida ou dinâmica.

No essencial, trata-se de retomar um tema primordial do constitucionalismo norte-americano, do qual o nosso constitucionalismo é também tributário, e que se prende com a questão da *interpretação da Constituição* e a sua visão como “legado de uma geração” (*visão mecanicista*) ou como “Constituição viva” (*visão orgânica*). Infelizmente também não é esta a sede para aprofundar o tema, e nem mesmo teremos oportunidade de examinar mais em pormenor o excelente contributo de BRUCE ACKERMAN

⁽³⁴⁾ A propósito da relação entre o Estado Social e o Estado Fiscal, os Autores alemães alertam para a circunstância de o papel preponderante pertencer ao *princípio da solidariedade* na construção do primeiro a partir das condições reais e não hipotéticas alcançadas a partir do segundo, destacando que o “Estado”, neste contexto, é apenas um instrumento de justiça e de igualdade entre os cidadãos – v. INDRA SPIECKER, «Verfassungsalstaates», *Verfassungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 777 e segs. (p. 799).

⁽³⁵⁾ Neste sentido v. ROBERT THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 41 e segs.

⁽³⁶⁾ Tema a que dedicámos boa parte do nosso «Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade», in *Problemas jurídicos na promoção de soluções sustentáveis*, Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (em publicação).

na discussão do problema, mas não podemos deixar de destacar, como ele refere, que a “verdade” não pode advir, nem de uma visão assente exclusivamente na ideia de que a Constituição resulta em cada momento histórico dos compromissos sociais ditados pelos resultados do poder democrático, nem que a mesma é hoje um *quid* diferente do que propuseram os “*founding fathers*”, embora sem se reconduzir aos contributos da soberania popular para a densificação desse *quid*, ou seja, as normas e os princípios constitucionais apenas poderiam ser revelados através de um processo hermenêutico sofisticado não inteligível pelo povo ⁽³⁷⁾.

A compreensão *híbrida* proposta por ACKERMAN, que aqui também comungamos, conduz-nos a uma subdivisão na análise do que deve ser hoje a protecção constitucional da segurança social assente numa lei de bases aprovada pelo parlamento: por um lado, a verificar o poder reivindicativo que os pensionistas alcançam no jogo democrático e, por outro, a discutir o papel do Tribunal Constitucional perante a análise das reformas da segurança social em geral e, em concreto, perante a instituição da medida de impor aos pensionistas uma contribuição para o sistema de segurança social.

Sobre o primeiro ponto, vale a pena destacar o papel que os pensionistas vêm assumindo no contexto político-democrático europeu. Muito poderíamos desenvolver nesta sede, mas a economia do texto permite-nos apenas remeter **professor** *estudada*”, cujos resultados estão reunidos na obra editada pelo **jurista** alemão de Tübingen ⁽³⁸⁾, que nos dá conta do papel que “os pensionistas” assumem hoje em diversos partidos políticos em toda a Europa ⁽³⁹⁾ e como a sua presença na política, dominada obviamente pelos mais beneficiados e mais

⁽³⁷⁾ Cf. BRUCE ACKERMAN, *La Constitución Viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 101.

⁽³⁸⁾ Cf. GEORG TREMMEL, *A Young Generation Under Pressure?*, Springer, Heidelberg, 2010.

⁽³⁹⁾ ACHIM GORROES defende no seu texto que a “democracia dos pensionistas” é um poderoso instrumento capaz de destruir as aspirações de bem-estar dos mais jovens – «Being Less Active and Outnumbered?», *A Young Generation Under Pressure?*, Springer, Heidelberg, 2010, pp. 207 e segs.

informados⁽⁴⁰⁾, que “manipulam” os grandes números (procurando construir a ideia de “classe vulnerável”), se assemelha à actuação de um *lobby*⁽⁴¹⁾.

2.3. O controlo de constitucionalidade e a “*constitution of many minds*”

Retomando o papel do Tribunal Constitucional e a análise da decisão do Acórdão n.º 187/2013 questionamos: o que se pode exigir ao Tribunal Constitucional neste contexto, perante a necessidade de fiscalização da conformidade constitucional de medidas que visam essencialmente garantir a sustentabilidade dos subsistemas em que repousa o modelo económico e social?

⁽⁴⁰⁾ Entre nós, as referências à “pressão” que estes grupos de pensionais mais beneficiados exercem sobre o poder político encontram-se, por exemplo, em ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, *Solidariedade sustentada*, Gradiva, Lisboa, 2000, p. 94, ou em FERNANDO RIBEIRO MENDES, *Conspiração Grisalha. Segurança Social, Competitividade e Gerações*, Celta Editora, Oeiras, 2005.

⁽⁴¹⁾ Referimo-nos ao texto de SEÁN HANLEY, «The Emergence of Pensioners’ Parties in Contemporary Europe», in GEORG TREMMEL, *A Young Generation Under Pressure?*, Springer, Heidelberg, 2010, pp. 225 e segs. O Autor dá conta de diversas experiências europeias, desde o *PP italiano (Partito dei Pensionati)* ao *Die Grauen* alemão, bem como dos conteúdos programáticos destes partidos, sublinhando que não estamos perante programas ideológicos ou sequer de projectos sociais. O estudo proporciona interessantes dados de análise sociológica sobre o facto de entre os idosos a abstenção ser muito mais baixa do que entre a juventude, em regra mais disponível para participar em movimentos informais e inorgânicos, e da influência que este dado representa no “jogo político partidário”.

⁽⁴²⁾ Continuando a linha de informar este texto apenas com notas bibliográficas que, a nosso ver, podem ajudar a densificar as posições a tomar no que respeita à avaliação de medidas como a *CES*, ou outras de natureza próxima que venham a ser adoptadas no futuro, não podemos deixar de sublinhar também, desta feita na senda do *constitucionalismo europeu* e sobretudo dos subsídios da doutrina germânica, que é importante *revisitar* Kelsen e o seu texto “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” para perceber que a sua interpretação do papel da defesa da Constituição tinha um contexto histórico-político bem datado, visando a construção de um modelo institucionalizado de “*checks and balances*” como instrumento de “Civilização” dos interesses em conflito numa Sociedade plural, construção onde dificilmente pode encontrar acolhimento uma qualquer pretensão de cristalização de benefícios – sobre o trabalho de Kelsen *v.* ROBERT VAN OUYEN, «Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den ‘Hüter der Verfassung’», in *Wer soll der Hüter der Ver-*

Já fizemos alusão ao *constitucionalismo norte-americano* e aos problemas decorrentes da forma como devemos *interpretar* o texto constitucional, procurando explicitar que ao Tribunal Constitucional, enquanto “guardião do texto constitucional” – “*der Hüter der Verfassung*”⁽⁴²⁾ –, não se deve pedir que tome posição sobre escolhas de uma geração, neutralizando as escolhas de outras⁽⁴³⁾.

Com efeito, é normal que o Tribunal Constitucional, ao ser chamado a fiscalizar normas que contemplem soluções político-normativas como a *CES*, tenha, em primeiro lugar, de pensar e decidir qual deve ser o seu papel nesse processo de fiscalização e, num segundo momento, de determinar o “parâmetro” constitucional que há-de convocar para balizar a sua avaliação.

Quanto ao papel de fiscalizador, não temos dúvidas de que ao Tribunal Constitucional compete apenas verificar a *racionalidade* constitucional da medida – o respeito por regras e princípios constitucionais – e não a sua *fundamentação* constitucional, pois a Constituição não é nem pode ser um programa económico-social. Assim, cabe-lhe tão-só verificar se existe violação da Constituição, e não substituir-se à interpretação que dela faz o legislador, ou seja, não pode nessa tarefa de fiscalização ajuizar segundo aquilo que seria um seu entendimento quanto à concretização constitucional das políticas.

fassung sein?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008. No mesmo sentido, contestando qualquer poder de usurpação fundado numa pretensa interpretação autêntica do texto constitucional e sublinhando o carácter aberto do mesmo, bem como a necessária deferência à sua interpretação democrática, que é perfeitamente compaginável com o poder de “última palavra do Tribunal” (argumento de mera autoridade na interpretação), *v.* CHRISTIAN HILLGRUBER, «Verfassungsinterpretation», *Verfassungstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 505 3 segs. (pp. 529-534).

⁽⁴³⁾ Ainda a propósito da *justiça intergeracional*, veja-se, com muito interesse para esta análise, o que ACKERMAN e GOSSERIES & MEYER escrevem sobre o debate entre os partidários de Jefferson, que defendiam a “caducidade” da Constituição (após uma geração) por perda de legitimidade, e os partidários de Otsuka, que procuravam a construção de um “consentimento tácito” para a sua renovação – *v.* ACKERMAN, *La Constitución Viviente*, *cit.*, p. 101; GOSSERIES/MEYER, «Introduction – Intergenerational Justice and Its Challenges», *ob. cit.*

Por essa razão é essencial densificar bem o parâmetro de controlo, pois não sendo ele, nem podendo ser, uma determinada opção política – esta compreensão não é compatível com a actual natureza jurídica das normas constitucionais –, então há-de reconduzir-se a uma solução normativa razoável. E é na determinação dessa razoabilidade do parâmetro – muitas vezes associada a valores fundamentais como a justiça e a segurança jurídica – que o Tribunal Constitucional desempenha o seu papel.

Quer isto dizer, como explica CASS SUNSTEIN, que na construção do parâmetro normativo de controlo o Tribunal se vê “cercado” por três dimensões representativas das “*many minds*” ou que formam uma Constituição: a *tradicionalista*, que acentua as dimensões da segurança jurídica e aponta para a manutenção do *status quo* independentemente da vontade renovada das maiorias democráticas; a *populista*, que procura fazer valer a vontade das maiorias democraticamente sufragada; e a *cosmopolita*, que obriga o Tribunal a um esforço de metódica comparada para testar as soluções no contexto da ordem jurídica internacional e global ⁽⁴⁴⁾. É neste *puzzle* que se constrói o parâmetro normativo da fiscalização.

Ora, em nosso entender, a solução alcançada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 187/2013, expressa bem este esforço, ao procurar enfatizar na fundamentação o “lugar” da protecção da confiança, da justiça e da solidariedade sistémica no contexto da sua ponderação conjunta, tomando por certo que todos estes valores devem ser convocados para a formação do parâmetro de fiscalização (compromisso entre “tradicionalistas” e “populistas”) e que nessa ponderação há-de atender-se, também, ao contexto económico-financeiro (a nota “cosmopolita”).

Impressiona-nos, sobretudo, que, estando em causa uma medida como esta ou outra similar, onde hoje se “joga” tanto da nossa existência comunitária e das opções que temos para o futuro próximo em matéria de justiça entre gerações vizinhas, solidariedade entre “velhos e novos” e construção de uma sociedade inclusiva, o tema seja transformado em “arma de arremesso político-partidário” ou mesmo num “litígio” entre a maioria e a oposição a decidir pelo Tribunal Constitucional.

SUZANA TAVARES DA SILVA

⁽⁴⁴⁾ Cf. CASS R. SUNSTEIN, *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What it Meant Before*, Princeton University Press, 2009.