

A “convergência de pensões”
como questão política

The “pension convergence”
as a political issue

LUÍS P. PEREIRA COUTINHO

VOL. 1 Nº 1 JANEIRO 2014

WWW.E-PUBLICA.PT

A “CONVERGÊNCIA DE PENSÕES” COMO QUESTÃO POLÍTICA

THE “PENSION CONVERGENCE” AS A POLITICAL ISSUE

LUÍS P. PEREIRA COUTINHO¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
lpcoutinho@fd.ulisboa.pt

Palavras-chave: questão política; corte de pensões; jurisdição constitucional; separação de poderes; tutela da confiança

Keywords: political question doctrine; pension reduction; constitutional jurisdiction; separation of powers, legitimate expectations

1. O Problema

O problema a tratar nas linhas seguintes formula-se em termos simples: pode a “convergência de pensões” – designação pela qual o legislador nomeou o corte das pensões do sistema de segurança social próprio da função pública (Caixa Geral de Aposentações) com vista a aproximá-lo do regime geral da segurança social – conceber-se como uma “questão política”, para o efeito de precluir o exercício de jurisdição constitucional sobre a mesma ou, alternativamente, de vincular o Tribunal Constitucional a uma obrigação acrescida de deferência perante o legislador?

Em bom rigor, estamos perante dois problemas diferentes, tantos quantos os entendimentos possíveis da *doutrina da questão política*.

Numa sua aceção forte, a declaração de uma questão como *política* preclude o exercício de jurisdição constitucional sobre a mesma. Nestes termos, uma questão política é uma questão liminarmente não judiciável, inibindo a verificação da sua existência uma apreciação jurisdicional de mérito. Está pois em causa a delimitação negativa da *jurisdição constitucional*, o primeiro dos pressupostos processuais.

Já numa aceção fraca – que iremos propor – a declaração de uma questão como política não tem esse efeito, mas tão só o de vincular a jurisdição constitucional a um controlo limitado da atividade legislativa. Ou seja, implica tal declaração um dever acrescido de deferência perante o legislador – uma inerente forte contenção judicial –, pressupondo o reconhecimento da natureza eminentemente política das ponderações envolvidas na atividade legislativa, sem prejuízo da garantia daquelas normas constitucionais cuja violação se revele inequívoca.

2. A Aceção Forte Da Doutrina Da Questão Política

2.1. Uma das mais interessantes defesas da doutrina da questão política na sua aceção forte encontra-se em ALEXANDER BICKEL. Tendo em mente o Supremo Tribunal Americano, propugnou BICKEL dever este declinar a sua jurisdição – atestar a sua falta, melhor dizendo – naqueles casos em que se encontre perante uma questão política, relevando esta de um estado de coisas cuja particularidade aconselhe um Tribunal a manter-se passivo, isto é, a “não fazer a coisa mais importante que faz” (apreciar a validade de normas legislativas à luz de normas constitucionais).

Muito interessantemente, em BICKEL, o fundamento da doutrina da questão política não se encontra no princípio da separação de poderes, o candidato óbvio a tal papel nos quadros tradicionais do pensamento jurídico-constitucional. Transcendendo tais quadros, a reflexão do Autor antes encontra o seu esteio numa longa tradição de pensamento político.

Com efeito, BICKEL parte de uma constatação de há muito feita na tradição maquiavélica: a de que há circunstâncias de cisão entre a norma e a realidade em que se evidencia não se deixar a segunda conformar sempre segundo a primeira, por maior que seja a autoridade de que goze. Supor o contrário – e assim pretender impor sempre inflexivelmente a norma – não é senão uma convicção metafísica com efeitos perniciosos ou mesmo contraproducentes. É nessa razão que em certas circunstâncias se impõe reconhecer autonomia à política, retirando-se o poder judicial de cena ou, de outro modo, mantendo-se o poder judicial “cego”.

Que a reflexão de BICKEL parte desta constatação, a todos os títulos “desagradável”, evidencia-se muito particularmente no seguinte passo:

“Principle as such permits no principled flexibility (...). But at the same time, it cannot in our society constitute a hard and fast rule of action for universal immediate execution. This is nothing to be proud of. It is a disagreeable fact, and it cannot be wished away. It is no service to any worthy objective simply to close one’s eyes to it. Yet the question persists, how does the Court charged with the function of enunciating principle, produce or permit the necessary compromises?”¹

Tendo assim em mente que há circunstâncias muito difíceis em que a “inflexibilidade dos princípios” não se coaduna com as exigências próprias do contexto a que se pretende serem os mesmos aplicados, BICKEL aconselha um órgão de garantia da Constituição a declarar uma questão como “questão política” – e consequentemente a declarar a não verificação do pressuposto processual correspondente à jurisdição, declinando uma apreciação de mérito – quando se verifique uma ou várias das seguintes condições:

“a) the strangeness of the issue and its intractability to principled resolution; b) the sheer momentousness of it, which tends to unbalance judicial judgment; c) the anxiety, not so much that the judicial judgment

1. * Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Agradeço ao André Salgado de Matos, Gonçalo Almeida Ribeiro, José de Melo Alexandrino, Marco Fernandes Caldeira, Miguel Morgado, Miguel Nogueira de Brito e Pedro Lomba pelos comentários e elementos cedidos.

The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics, New Haven, 1962, p. 69.

will be ignored, as that perhaps it should but will not be; *d*) finally, in a mature democracy, the inner vulnerability, the self-doubt of an institution which is electorally irresponsible and has no earth to draw strength from”²

Como se pode ver, ao desenhar assim a doutrina da questão política, BICKEL tem presente não apenas o imprescindível reconhecimento de autonomia à política em certas circunstâncias, como ainda o imperativo de preservação de autoridade da jurisdição enquanto “instituição eleitoralmente irresponsável sem terra de onde retirar a sua força”. De facto, esta pode resultar ameaçada se um tribunal, de um modo necessariamente contra-maioritário, proferir decisões circunstancialmente desajustadas ou demasiado cortantes.

A conceção de BICKEL não pode ser aceite de ânimo leve, por muito interessante que seja e por maior que seja a relevância da tradição de pensamento em que radica, a qual encara um problema que apenas pode ser ignorado a risco: a possível tensão entre a norma e a realidade ou, noutra formulação, a necessária conexão entre a norma e a normalidade. Ainda assim, cumprirá reconhecer que uma jurisdição “cega” – uma inerente integral não judiciabilidade de questões suscetíveis de enquadramento no âmbito de normas constitucionais, com as quais se revelem desconformes normas legislativas – muito dificilmente pode ser aceite em Estado de Direito.

Com efeito, mesmo no âmbito de circunstâncias difíceis, um tribunal não pode manter-se cego perante a violação inequívoca de normas constitucionais, sob pena de já não se encontrar ao serviço de um Estado de Direito³.

Mas se o Estado de Direito não permite uma jurisdição constitucional cega, seguramente não exige uma aplicação cega das normas constitucionais, impedindo um tribunal de “produzir ou permitir os necessários compromissos” em cada quadro circunstancial. De resto, no que diz respeito aos princípios – por contraposição às regras – os “necessários compromissos” encontram-se envolvidos na sua própria conceção e aplicação enquanto tais, não sendo rigorosamente verdadeira a afirmação de BICKEL segundo a qual os mesmos “não admitem uma flexibilidade de princípio”.

Trata-se, na verdade, de comandos de aplicação condicionada, enquanto tais suscetíveis de aplicação em graus diversos em circunstâncias também diversas. Nestes termos, a respetiva aplicação envolve ponderações (*v.g.* entre a proteção da confiança e a sustentabilidade do Estado⁴, incluída a sustentabilidade

2. *Idem*, p. 184.

3. Face à Constituição portuguesa, a solução constante do artigo 282.º, n.º 4, não desmentirá à partida esta conclusão, já que não se refere à pura e simples omissão de uma declaração de inconstitucionalidade, mas à restrição dos seus efeitos. Com efeito, ainda que se possa entender estar em causa no mesmo preceito um instrumento de política passiva no sentido bickeliano, esse pode ter-se por excecional, pois surge em contracorrente ao princípio do Estado de Direito.

4. O princípio de sustentabilidade do Estado é um princípio imanente às tarefas fundamentais do Estado enumeradas no artigo 9.º: não pode ler-se seriamente a Constituição supondo que a consecução dessas tarefas é independente de finanças públicas sustentáveis. Não se deve confundir a *sustentabilidade* do Estado como princípio jurídico com a efetiva sustentabilidade do mesmo como dado material ou facto da vida. Com efeito, à sustentabilidade do Estado enquanto princípio corresponde um bem jurídico ponderável e um comando de ação legitimador daquelas soluções que a promovam. Sobre o princípio da sustentabilidade do Estado, cfr. ANTÓNIO LEITÃO

do sistema público de segurança social). E é bem pensável que, em certas circunstâncias, o Tribunal reconheça a natureza eminentemente política – e não metódico-jurídica – das ponderações envolvidas. Regressaremos aqui.

2.2. Face ao exposto, pode dizer-se que a defesa por BICKEL da doutrina da questão política releva de uma *visão prudencial*. Com efeito, o que está fundamentalmente em causa é deixar-se espaço à prudência política no sentido maquiavélico do termo. Trata-se, do mesmo modo, de preservar a jurisdição constitucional em circunstâncias particularmente difíceis.

A visão dominante da doutrina da questão política na sua aceção forte – ou seja, enquanto negativamente delimitadora da *jurisdição* constitucional – não é, no entanto, essa. A visão dominante antes é uma *visão funcional*, concebida num quadro de separação de poderes enquanto princípio que implica uma autonomia mínima dos poderes e uma inerente exigência de “função-competência-legitimação” de cada um dos mesmos para intervir em cada domínio⁵.

Nesta linha, um tribunal deverá avaliar sempre as condições da sua ação, confrontando-as com aquelas de que beneficiam os outros órgãos. Fala-se de condições orgânico-procedimentais e, bem assim, de condições atinentes à informação disponível ou à plena avaliação das soluções em crise (ou dos riscos da sua invalidação), designadamente no confronto com soluções alternativas. Assim, tendo tudo isto em conta – e não descurando ainda fatores como sejam a fidelidade a opções fundamentais já tomadas, a segurança ou a credibilidade do Estado nos planos interno e internacional, etc. –, quando um tribunal conclua não serem as suas condições de ação as melhores no confronto com aquelas de que beneficiam os órgãos político-legislativos deverá abster-se de uma apreciação de mérito, declarando estar perante uma questão política⁶.

A conceção da doutrina da questão política adotada pelo Supremo Tribunal americano aproxima-se de uma visão funcional, ainda que não pura, já que se encontra eivada de elementos prudenciais. É o que se evidencia na seguinte formulação constante de decisão proferida no caso *Baker v. Carr*⁷:

“Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found [either] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department [1]; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it [2]; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion [3]; or the impossibility of a

AMARO, O Princípio Constitucional da Sustentabilidade, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, I, Coimbra, 2012, p. 405 segs.

5. Na formulação de GERHARD ZIMMER, *Funktion-Kompetenz-Legitimation: Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlim, 1979.

6. Na formulação de LAURENCE TRIBE de uma visão funcional da doutrina da questão política: “Unlike the classical or prudential views, a *functional* approach to the role of the Court would have it consider such factors as the difficulties in gaining judicial access to relevant information, the need for uniformity of decision, and the wider responsibilities of the other branches of government, when determining whether or not to decide a certain issue or case”, cfr. *American Constitutional Law*, 3.^a ed., Nova Iorque, 2000, p. 366. Para uma visão funcional da doutrina da questão política, cfr. FRITZ W. SCHARPF, “Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis”, in *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, pp. 566 e ss.

7. 369 U.S. 186 (1962), pesquisável em <http://supreme.justia.com>

court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government [4]; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made [5]; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question [6]”.

Não é de nenhum modo impensável que, no âmbito de uma visão funcional da doutrina da questão política – seja pura, seja eivada de elementos prudenciais –, a questão relativa ao corte de pensões possa ser assim qualificada. Na verdade, estamos perante um cenário em que as condições de ação dos órgãos político-legislativos num quadro complexo de assistência financeira externa com todas as condicionalidades inerentes são – designadamente quanto à recolha de informação e avaliação de riscos – seguramente melhores do que aquelas de que goza um órgão jurisdicional.

Nesse contexto, uma qualquer solução com relevância orçamental (ou correspondente invalidação) detém potencialmente um impacto profundo em duas áreas em que a responsabilidade dos órgãos político-legislativos é seguramente maior do que a dos órgãos jurisdicionais – política financeira e política internacional – sendo tal facilmente “demonstrável” face à Constituição.

Em semelhante contexto, e tendo ainda em conta as fórmulas usadas pelo *Supreme Court*, é bem possível que uma intervenção jurisdicional cortante signifique uma “falta de respeito devido no âmbito da necessária coordenação entre poderes” (designadamente no caso de estar em causa solução adotada no âmbito de negociação internacional com os credores do Estado conduzida pelo Governo) ou implique “um potencial embaraço resultante de pronunciações opostas de diferentes órgãos sobre uma questão”. Não se deverá ainda perder de vista a eventual “necessidade de adesão inquestionável a uma decisão política já tomada”, já que esta releva da execução negociada de um programa de assistência financeira e no limite do cumprimento dos compromissos decorrentes da “decisão europeia” tomada pelo Estado português.

Uma visão funcional da doutrina da questão política não é rigorosamente passível da crítica anteriormente feita a uma visão prudencial. Na verdade, um tribunal “cego” não pode rigorosamente ser condenado à luz do princípio do Estado de Direito, no caso de a razão dessa “cegueira” releva da sua ineptidão funcional para decidir. Trata-se essa de uma cegueira “objetiva”, por assim dizer.

Difícilmente, no entanto, uma visão funcional da doutrina da questão política justificará uma integral não judiciabilidade da questão. Não é certo, de resto, que no citado caso *Baker v. Carr*, tenha sido essa a consequência associada à declaração de uma questão como política. Embora a formulação inicial da doutrina pudesse apontar nesse sentido, o *Supreme Court* declarou também ser a mesma “uma doutrina de ‘questões políticas’ e não de ‘casos políticos’”: o que estaria em causa seria a ausência de critérios normativos judicialmente aplicáveis ou a impossibilidade epistémica de acesso aos mesmos critérios no caso, face ao perfil funcional do Tribunal, e não tanto a “natureza política” da questão em si mesma⁸.

8. Tem havido variações a este nível. No caso *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp.*, o Tribunal sublinhou a “natureza política da questão” em virtude de estar em causa

Nestes termos, um tribunal conservará sempre o poder-dever de aplicar critérios normativos inequívocos ou inequivocamente acessíveis. Quanto a estes, nada no seu perfil funcional obstará à sua aplicação. Ou seja, o “respeito” que se pede ao tribunal no âmbito da necessária coordenação entre poderes, sendo-lhe exigível, não deverá equivaler a uma obliteração do seu poder próprio, verificando-se aptidão funcional para o seu exercício.

3. A Aceção Fraca Da Doutrina Da Questão Política

3.1. Vimos acima que, numa aceção fraca, a declaração de uma questão como política implica, não uma liminar não judiciabilidade da questão, mas um dever acrescido de deferência perante o legislador – uma inerente forte contenção judicial –, pressupondo o reconhecimento da natureza eminentemente política das ponderações envolvidas na atividade legislativa.

No âmbito da defesa desta outra aceção da doutrina da questão política, deve ter-se em conta primeiramente que, como já referido, a ideia de que os princípios jurídicos não admitem uma “flexibilidade de princípio” – expressa por BICKEL – não pode ser rigorosamente aceite no que toca aos *princípios* propriamente ditos (tipo particular de normas, distinto das regras). Com efeito, trata-se de comandos de aplicação condicionada, maleavelmente aplicáveis porque suscetíveis de preenchimento em graus diversos.

Tal em razão de as exigências normativas associadas a um princípio poderem colidir com as exigências correspondentes a um outro princípio. Deste modo, a aplicação (ou não) de um princípio envolve uma ponderação, ou seja, uma aferição do peso relativo dos bens jurídicos em causa, a qual tem necessariamente em conta as circunstâncias em presença.

A ponderação tem sido concebida como uma operação metódico-jurídica, enquanto tal suscetível de ser levada a cabo por um órgão jurisdicional⁹. Cumpre no entanto colocar a hipótese de assim não ser, ou assim não ser nalguns casos. Na verdade, por definição, a ponderação implica uma plena apreciação das circunstâncias que rodeiam uma colisão de princípios. Só perante tais circunstâncias é possível verificar qual dos princípios prevalece, tudo culminando na determinação de uma “relação de prevalência condicionada” entre os correspondentes bens jurídicos (condicionada às mesmas circunstâncias)¹⁰.

Ora, o nível de informação e a capacidade de avaliação, quer da situação presente quer de riscos futuros, por vezes implicados numa ponderação aponta no sentido de se tratar em determinados casos de uma operação político-legislativa. Com efeito, podemos bem estar perante uma racionalidade eivada de elementos

política internacional [“*The very nature of executive decisions as to foreign policy is political, not judicial. Such decisions...are delicate, complex and involve large elements of prophecy...*”] e não a ausência de critérios normativos aplicáveis. Sobre as variações presentes na formulação e aplicação da “doutrina da questão política” pelo Supremo Tribunal Americano, v. TRIBE, *American Constitutional...*, p. 368 segs.

9. Cf. por todos ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004, p. 70 segs.

10. Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt am Main, 1996, p. 80 segs.

prognósticos e finalísticos, sendo tal tanto mais verdadeiro quanto mais anormais forem as circunstâncias em presença. Inerentemente, tem de estar em causa uma responsabilidade – necessariamente política – por eventuais insuficiências em sede de apreciação das circunstâncias e de avaliação de riscos.

A acrescer, a racionalidade prognóstica a que nos referimos poderá desenvolver-se de modo distinto consoante as opções fundamentais de política económica nela envolvidas (opções que se devem considerar à partida igualmente legítimas num quadro de pluralismo democrático). Ou seja, face à imbricação entre “questões de princípio” e “questões de *policy*” – recorrendo aqui a termos dworkinianos – dificilmente um tribunal conseguirá evitar entrar nas segundas se se admitir proceder a ponderações marcadas por elementos prognósticos.

Assim, por exemplo, os riscos de uma medida para a sustentabilidade do Estado serão avaliados de modo distinto consoante a linha que se adote: uma linha monetarista encontrará fortes riscos para a sustentabilidade em soluções orçamentais expansionistas e preservadoras de prestações sociais. Já uma linha distinta minorará tais riscos e encontrará mesmo virtualidades económicas nas mesmas soluções.

O mesmo se diga quanto aos riscos de uma medida para a proteção da confiança: em certa perspetiva, o bem jurídico em causa não será verdadeiramente prejudicado, antes no limite promovido, no âmbito de uma solução orçamental restritiva, mesmo de uma solução que envolva cortes nominais de salários e pensões, desde que estes sejam fixados num horizonte de sustentabilidade e de inerente estabilidade de preços. Nesta linha, o que seria verdadeiramente prejudicial para a confiança – muito mais do que um corte nominal controlado – seria o cenário descontroladamente inflacionista que inevitavelmente resultaria do abandono daquele horizonte.

3.2. Particularmente relevante na questão do “corte das pensões” é o princípio da proteção da confiança. Na construção que o Tribunal Constitucional português tem feito dele, o princípio em causa, mais ainda do que um princípio sujeito a ponderação, corresponde a uma verdadeira *fórmula de ponderação*.

Na verdade, segundo o Tribunal, para que o princípio da proteção da confiança se considere violado, impõe-se quer uma afetação negativa do bem jurídico *confiança* (i.e., uma afetação desfavorável de expectativas consistentes, baseadas em comportamentos concludentes do Estado e geradoras de investimentos de confiança), quer ainda que mesma não seja ditada por “razões de interesse público que [a] justifiquem, em ponderação”¹¹.

11. A construção jurisprudencial do princípio da proteção da confiança surgiu assim sumariada no recente acórdão n.º 474/2013, de 29 de Agosto de 2013 (pesquisável, como os restantes arestos doravante citados, em www.Tribunalconstitucional.pt): “A ideia de arbitrariedade ou de excessiva onerosidade que o princípio da confiança tutela (...) tem sido operada pelo Tribunal Constitucional por referência a dois pressupostos essenciais: *a*) a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas delas constantes não possa contar; e ainda *b*) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devem considerar-se prevaletentes (...). Por seu turno, como se disse no Acórdão n.º 188/2009, os critérios *supra* referidos são reconduzíveis a quatro requisitos ou

Entre as razões de interesse público suscetíveis de, em ponderação, justificar uma afetação negativa da confiança encontra-se, segundo o Tribunal, a necessidade de enfrentar a “situação económica-financeira do país”. É o que se evidencia particularmente no Acórdão n.º 399/2010, de 27 de Outubro, em que esteve em causa, entre outras soluções, a criação de um novo escalão de IRS em Junho de 2010 abrangendo rendimentos auferidos a partir de Janeiro do mesmo ano.

De facto, num momento prévio à colocação de Portugal sob assistência financeira externa, ao concluir-se pela não violação do princípio da proteção da confiança, teve-se particularmente em conta no caso “a conjuntura económico-financeira internacional, incluindo a situação dos mercados internacionais, a avaliação da situação financeira portuguesa por parte das instâncias internacionais, designadamente do FMI e da OCDE, bem como as medidas tomadas em Estados-Membros da União Europeia”.

Ainda mais interessante do que a identificação de semelhantes razões – que se prendem então com a sustentabilidade e a credibilidade internacional do Estado – enquanto suscetíveis de legitimar uma afetação negativa do bem jurídico *confiança*, é o modo como, no aresto citado, se reconheceu que a *ponderação em causa teria necessariamente de ser levada a cabo pelo legislador*, não podendo o Tribunal senão deferir perante o mesmo. Com efeito, explicitou-se aí que:

“O grau de tolerância da medida legislativa face ao princípio da confiança é diretamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado. Segundo o legislador, existem razões imperiosas de interesse público que justificam quer uma nova taxa de IRS (...) quer uma tributação adicional em sede de IRS (...). Ora, não tem este Tribunal razões que lhe permitam pôr em causa que a prossecução do interesse público, em face da situação económico-financeira do País, exige a adoção de medidas deste tipo”.

Como é bom de ver, o passo sublinhado indicia que, para o Tribunal a ponderação em presença, ao envolver a avaliação de certa “conjuntura económico-financeira” – e, desse modo, uma racionalidade prognóstica e finalística inerente à avaliação de riscos e ao enfrentar dos mesmos –, constitui uma operação político-legislativa perante a qual um tribunal não pode senão guardar deferência (“não tem este tribunal razões que lhe permitam pôr em causa...”).

Ora, é precisamente tal raciocínio que temos em mente quando colocamos a hipótese de a ponderação envolvida na aplicação de princípios poder consubstanciar uma operação política (e não metódico-jurídica) a qual

testes, sem os quais a confiança dos cidadãos e da comunidade, tutelada pela Constituição, na estabilidade da ordem jurídica e na constância do comportamento do Estado não se mostra merecedora de proteção. Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da confiança, é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (...) tenha desenvolvido comportamentos capazes de gerar nos privados expectativas de continuidade; em seguida, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a prognose de continuidade do comportamento estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa”.

tem, então, de caber ao legislador perante a necessária passividade do juiz. Inerentemente, a *questão controvertida* que envolva tal ponderação pode ser qualificada como *política*.

Note-se que uma *questão política* neste sentido é-o apenas num sentido fraco e não num sentido forte. Ou seja – e recorrendo à distinção entre “questões políticas” propriamente ditas, que se admitem, e “casos políticos” (*political cases*)¹² –, o que está em causa *não* é a não judiciabilidade do “caso” (i.e., a liminar insusceptibilidade de avaliação jurisdicional de uma solução legislativa à luz da Constituição). O que está em causa é tão só, a verificação de que a eventual aplicação ao caso de dado princípio, e inerente invalidação de solução legislativa, envolve uma ponderação que não se encontra ao alcance do juiz constitucional, cumprindo-lhe deferir perante as razões do legislador. Já no caso de a mesma solução se encontrar em crise à luz de uma qualquer outra norma constitucional – seja uma *regra* material, seja uma norma organizatória –, o poder-dever de um tribunal a apreciar e invalidar permanece inquestionado¹³.

3.3. Não foi apenas no mencionado Acórdão n.º 399/2011 que o Tribunal reconheceu de modo implícito a natureza eminentemente política da racionalidade envolvida na adoção de uma medida compressiva de expectativas consistentes que ainda assim se imponha para fazer frente a dada situação económico-financeira.

Tendo particularmente em conta as mais recentes decisões, pode bem entender-se que o mesmo reconhecimento se encontra também implícito nos Acórdãos n.º 396/2011 e 187/2013. No primeiro aresto – no qual estava em causa uma redução remuneratória abrangendo universalmente o universo das pessoas pagas por dinheiros públicos –, o Tribunal reconheceu que:

“As reduções introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela atuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas. E trata-se de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos. Sem esquecer que, relativamente a algumas categorias de destinatários, elas se cumularam com outras medidas de redução remuneratória”.

Ao considerar, no entanto, não ser o princípio da proteção da confiança violado, o Tribunal sopesou as razões de interesse público – ligadas ao enfrentar de uma conjuntura económico-financeira excepcional – que justificariam a afetação das expectativas existentes. Mais: o Tribunal reconheceu implicitamente que o balanceamento entre tais razões e o bem jurídico *confiança* apenas poderia ser cabalmente realizado pelos órgãos político-legislativos, porque dotados de maior capacidade de avaliação de riscos e porque constitucionalmente investidos

12. LAURENCE TRIBE, *American Constitutional...*, p. 371.

13. Precisamente no sentido de uma aceção fraca da doutrina da questão política, afirma LAURENCE TRIBE que, numa questão política propriamente dita, “the Court retains the power to determine whether a particular congressional or executive action comes within the terms of the constitutional grant of authority, and whether it transgresses a cross-cutting constitutional limitation”, *Idem*, p. 367-368.

com a definição de política financeira, a qual se desenvolve hoje em necessária articulação com organismos internacionais e supranacionais de que Portugal faz parte. É o que se evidencia no seguinte passo:

“Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente pelo princípio de representação popular”.

Note-se que, muito interessantemente, o Tribunal *não tem nem deixa de ter* as reduções remuneratórias como necessárias à prevenção e sanção de uma conjuntura económica e social adversa. O que o Tribunal verdadeiramente faz, e o que este último passo trai, traduz-se tão só em verificar que as medidas em crise assim foram “*tidas*” pelo poder político. O Tribunal defere então perante a ponderação de “um órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático”, escusando-se de lhe contrapor uma ponderação sua.

Algo muito semelhante esteve em causa no Acórdão n.º 187/2013, em que se apreciou solução traduzida na suspensão de subsídios de férias de trabalhadores e pensionistas. Ao pronunciar-se, o Tribunal fê-lo cautelosamente, sublinhando que não ser o seu “plano de análise” idêntico ao “plano de análise” de um legislador prementemente compelido por um interesse público excecional. Nessa razão, limitou-se o Tribunal a conferir a ponderação legislativa e a deferir perante a mesma. Ou seja, não sobrepôs a sua própria ponderação àquilo que “se afirma” em relatório da responsabilidade do legislador, declarando tão só que se “pode entender, no limite”, nesse sentido. É o que se evidencia no seguinte passo:

“As razões de interesse público a que [o legislador] pretendia aludir radicam nas conhecidas dificuldades de conjuntura económico-financeira e na necessidade de adoção de medidas de consolidação orçamental, de que – *segundo se afirma* – depende a própria manutenção e sustentabilidade do Estado Social. *No plano de análise em que nos colocamos*, tudo ponderado, face à excecionalidade do interesse público em causa e o caráter transitório da medida, *pode ainda entender-se, no limite*, que a supressão de 90% do subsídio de férias aos pensionistas não constitui uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança”¹⁴.

Ainda mais pronunciado no sentido exposto é o passo do mencionado aresto relativo à designada “contribuição extraordinária de solidariedade”

14. Itálicos acrescentados.

(tributo parafiscal incidente sobre os pensionistas, orientado à estabilidade do sistema de segurança social). Com efeito, também a este nível, o Tribunal circunscreveu o seu papel a uma verificação da “opção” legislativa – da correspondente ponderação –, deferindo perante o necessário à prossecução do interesse público *na perspectiva do legislador*. Ou seja, deixa-se implícito que uma outra ponderação – na qual o bem jurídico confiança se sobrepusesse a tal interesse – não se encontra ao alcance do Tribunal, tendo designadamente em conta os riscos económico-sociais envolvidos:

«Perante a conjugação de uma diminuição das receitas do sistema de segurança social, face ao forte aumento do desemprego, redução dos salários e às novas tendências migratórias, com um aumento das despesas com o apoio ao desemprego e às situações de pobreza, e à consequente necessidade do Estado subsidiar o sistema de segurança social, agravando desse modo o défice público, o legislador, a título excecional e numa situação de emergência, optou por estender aos pensionistas o pagamento de contribuições do sistema de segurança social do qual são direta ou indiretamente beneficiários (...). [E]m face do condicionalismo que rodeou a implementação [da medida], não só as expetativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas, como são sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual”.

3.4. Atendendo aos arestos mencionados, pode detetar-se uma linha na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Traduz-se essa na deferência pelo legislador nos casos em que as suas ponderações (v.g. entre o bem jurídico confiança e um premente interesse público relevante da sustentabilidade) envolvam elementos finalísticos e prognósticos ou uma articulação no âmbito das organizações internacionais de que Portugal faz parte. Pode dizer-se então que o Tribunal tem vindo a aceitar implicitamente a doutrina da questão política numa sua aceção fraca.

Se assim foi nos arestos mencionados, o mesmo já não se poderá dizer quanto ao Acórdão n.º 474/2013, em que estava em causa a previsão de despedimento por razões objetivas de trabalhadores anteriormente abrangidos por norma de salvaguarda contra tal ocorrência. Aqui, invertendo uma linha já estabilizada, o Tribunal não deferiu perante o legislador em sede de aplicação da proteção da confiança, concluindo não haver “fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expetativa legítima reforçada de defesa relativamente ao afastamento do despedimento sem justa causa subjetiva”.

Note-se que o Tribunal não explicitou em termos inequívocos estar a contrapor a sua própria ponderação à ponderação legislativa. No que a fundamentação do acórdão insiste é sobretudo na *não demonstração* pelo legislador – tida em conta sobretudo a respetiva exposição de motivos – da existência de razões de interesse público que justificassem a lesão da confiança. Ou seja, é no incumprimento de um assim designado “ónus do legislador” na evidenciação da sua própria ponderação – e não numa ponderação do próprio

Tribunal – que se encontra, segundo o Tribunal, a verdadeira *ratio decidendi*:

«Importa dizer que o oferecimento das razões de interesse público que justificam a medida constitui ónus do legislador. Impõe-se aqui de forma acrescida, pela força das expectativas que contraria e sobretudo pela intensidade do grau de afetação que opera para todo um grupo de trabalhadores, muitos deles com dezenas de anos de serviço na Administração Pública. O legislador carece de demonstrar (...) que a intervenção *funda e não transitória* que opera responde a exigências da Administração Pública, em especial perante a adstrição decorrente do artigo 266.º da Constituição. Ora, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 154/XII/2ª nada diz a este propósito.

A mesma linha é reforçada na declaração de voto assinada pela Conselheira Maria Lúcia Amaral. No que aí sobretudo se insiste é em que:

«O legislador tinha portanto o especial ónus de justificar por que razão optou por tal disrupção. No caso, o ónus de justificação implicava: a clara demonstração da *essencialidade da medida* para a contenção da dívida pública; a clara demonstração da *essencialidade da medida* para a resolução de emergência económico-financeira da República; a clara demonstração da *essencialidade da medida* para a racionalização da Administração Pública, em visão estratégica larga de reforma das estruturas estaduais. Nenhuma destas demonstrações é feita».

Ao apontar como *ratio decidendi* o incumprimento de um “ónus do legislador” na evidenciação da sua própria ponderação – e ao escusar-se aparentemente a proceder a uma ponderação própria –, o Tribunal terá procurado preservar a linha segundo a qual a ponderação envolvida na aplicação do princípio da proteção da confiança é uma ponderação política.

É duvidoso no entanto que tal esforço de coerência tenha sido bem sucedido: o Tribunal exige uma “demonstração” e esta é, por definição, persuasiva; implica, pois, uma concordância entre os juízos legislativo e judicial, não a abstenção do juízo judicial face ao juízo legislativo. Dito de outro modo, ao exigir uma “demonstração da essencialidade da medida” nos termos em que o faz, o Tribunal inverte a lógica das suas anteriores decisões, *permite-se atestar a insuficiência da ponderação legislativa face a uma ponderação implícita que se admite fazer*. O Tribunal arrisca então entrar no domínio da política ativa e não meramente *passiva*, o que seria salutar em lógica bickeliana.

Tal evidencia-se tanto mais quanto a ponderação política que o Tribunal se admite fazer se explicita a certo ponto enquanto tal. É o que julgamos suceder quando se exige um enquadramento da medida numa “visão estratégica larga de reforma das estruturas estaduais”. Com efeito, saber se a medida em avaliação se insere ou não numa “visão estratégica” que a justifique – e, mais ainda, avaliar a oportunidade de implementação em dado momento de uma “visão estratégica” – constitui claramente um juízo político...

Este aspeto assume grande relevância a respeito do Acórdão n.º 862/2013, relativo à “convergência de pensões”, no qual se seguiu uma linha argumentativa idêntica à adotada no Acórdão n.º 474/2013. É o que se verá de seguida.

4. A “Convergência De Pensões” Em Especial

4.1. Para o que nos importa, a argumentação expedida no Acórdão n.º 862/2013 pode sintetizar-se nos seguintes termos:

- i) Às pensões corresponde um direito (o “direito à pensão”), não estando no entanto o legislador “proibido de alterar a forma como o materializa, podendo alterar ou mesmo reduzir o seu montante, tendo em consideração a evolução das circunstâncias económicas e sociais” . Tal sem prejuízo de “o legislador, na conformação que faz (...) estar juridicamente vinculado pelas normas e princípios constitucionais, nomeadamente os que derivam do princípio do Estado de Direito”;
- ii) Uma redução retrospectiva do montante das pensões, não se encontrando à partida excluída, interfere com expectativas dotadas de particular consistência, pelo que se impõe o seu escrutínio à luz do princípio da proteção da confiança;
- iii) A aplicação do princípio da proteção da confiança “implica sempre” uma ponderação em que se sopesam, “de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente” – isto é, a confiança propriamente dita – e, “do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas”;
- iv) No caso da redução das pensões da CGA, essas razões encontram-se, segundo o legislador, na sustentabilidade do sistema de segurança social (e mais amplamente na sustentabilidade do Estado), na solidariedade intergeracional e na igualdade proporcional;
- v) Segundo o Tribunal, apenas uma medida estrutural que abrangesse globalmente o sistema de pensões – e não apenas o sistema de pensões dos funcionários públicos – se revelaria efetivamente capaz de prosseguir tais interesses e de justificar uma afetação negativa das expectativas mencionadas. A esta luz rejeita-se uma “medida avulsa” como desproporcionada porque inadequada;
- vi) A inadequação da medida releva também de, em qualquer caso, o interesse público consubstanciado na sustentabilidade do sistema de pensões da CGA nunca poder ser garantido integralmente senão por via de transferências do Orçamento de Estado, uma vez verificado o fecho de novas inscrições a partir de 1 de janeiro de 2006. Neste cenário, “a redução de pensões não é uma medida que *por si só* tenha capacidade para salvaguardar a sustentabilidade do sistema”¹⁵;
- vii) Para além de inadequada, a medida em causa é “potencialmente injusta”. Segundo o Tribunal não se pode obter uma solução globalmente justa através de um critério nominalmente igualitário

15. Itálicos acrescentados.

[entre funcionários públicos e trabalhadores do setor privado], pois as diferenças de regimes jurídicos existentes em determinado momento foram ditadas pelas necessidades que, em face das circunstâncias existentes, o legislador sentiu dever proteger”.

viii) Face a esta argumentação, o que se verifica, em suma, é que o Tribunal rejeita a solução legislativa, não rigorosamente por ser imponderada – isto é, por deixar de prosseguir interesses públicos suscetíveis em ponderação de justificar uma afetação negativa da confiança – mas por não prosseguir os mesmos interesses integralmente e “por si só”, não se tratando ainda de uma “solução sistémica, estrutural”, que assegure “de forma transversal, o interesse da convergência a outros níveis”.

Estes termos parecem radicar-se na linha argumentativa já indiciada no Acórdão n.º 474/2013, para o qual – tida também em conta a clarificação da Conselheira Maria Lúcia Amaral – uma ablação da confiança apenas se há de considerar justificada no quadro de uma “visão estratégica”, sendo as “medidas ponderadas e concebidas dentro do próprio sistema como uma sua reforma estrutural”.

Assim, e pelo menos à superfície, o Tribunal desafia a ponderação legislativa a partir de um ponto de vista que se pode designar, senão como ativista, como “estrutural-reformista” – um ponto de vista em cujo âmbito a ponderação *ideal* entre proteção da confiança e os interesses públicos mencionados pelo legislador seria hipoteticamente atingida e estes últimos seriam integralmente prosseguidos.

Revelam-se assim, de modo paroxístico, as consequências de uma postura em que o Tribunal se admite chamar a si a ponderação envolvida no princípio da proteção da confiança: a certo ponto, o Tribunal converte-se, e encara-se a si mesmo, como ator legitimado a reclamar a solução ideal à prossecução do interesse público, não se bastando com uma solução meramente justificada face ao mesmo. Quão longe se está aqui da distinção entre o “plano de análise” jurisdicional e o “plano de análise” do legislador, feita tão corretamente no Acórdão n.º 187/2013. Ao não fazer agora tal distinção, o que o Tribunal afinal se permite é pedir aos órgãos político-legislativos que verguem, não tanto perante o Estado de Direito (e ainda menos perante o “Estado de Direito democrático”¹⁶), mas perante “a ideia” que o Tribunal faz da política – uma ideia afinal imune a compromissos, gradualismos ou adaptações circunstanciais.

Diga-se que, caso o Tribunal tivesse reconhecido a natureza política da ponderação implicada na proteção da confiança, tal não implicaria necessariamente a não inconstitucionalidade da medida. Com efeito, e como

16. O Estado de Direito democrático sempre imporia que se não rasurasse a sua componente democrática. Em termos antitéticos aos do Tribunal, relevando as dificuldades epistémicas e práticas de determinação dos limites ao legislador “dentro do contexto vigente”, sustenta JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, à luz do princípio democrático “o primado de decisão do legislador” na “realização de um interesse público primário” a que se reconheça prevalência “num quadro de escolha trágica, sobre a previsibilidade e estabilidade dos direitos e expectativas dos reformados e pensionista”, cfr. Economia Social de Mercado e Confiança – O Caso das Pensões e Reformas em Portugal, texto inédito gentilmente cedido pelo Autor.

já anteriormente vimos, uma “questão política” não deve conceber-se como um “caso político”, nunca se encontrando um tribunal impedido de mobilizar critérios normativos inequívocos ou inequivocamente acessíveis. No caso em apreço, a confirmar-se ser o “critério nominalmente igualitário” eleito pelo legislador efetivamente iníquo perante o sistema de pensões considerado na sua globalidade, a «proibição do arbítrio» poderia estar em causa.

Mas uma coisa é descortinar-se uma inequívoca iniquidade, o que o Tribunal não chega a fazer, apenas registando como vimos a suspeita de que a solução analisada possa ser “potencialmente injusta”. Outra coisa, bem diferente, é impor-se uma equívoca equidade no âmbito daquela que se considera ser a hipoteticamente *melhor possível* prossecução de interesses públicos (interesses que à partida até se têm como justificadores de uma afetação negativa da confiança).

Ora, é neste último patamar que o Tribunal parece colocar-se. Um patamar que, de tão elevado, é virtualmente inatingível por um qualquer legislador ordinário (“*a violação das expectativas em causa só se justificaria eventualmente no contexto de uma reforma estrutural que integrasse de forma abrangente a ponderação de vários fatores*”), mesmo que não pressionado pelas circunstâncias de crise que noutras situações foram consideradas – e que foram muito recentemente tidas em conta, assinale-se, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁷.

4.2. Cumpre referir que ao chamar a si a ponderação envolvida na aplicação do princípio da proteção da confiança, o Tribunal credencia-se no princípio da proporcionalidade, afirmando que “o método do juízo de avaliação e ponderação dos interesses relacionados com a proteção da confiança é igual ao que se julga sobre a *proporcionalidade* ou adequação substancial de uma medida restritiva de direitos”.

Admitindo-se que assim é, poder-se-ia supor que tal desmente a ideia de que a ponderação envolvida na proteção da confiança consubstancia uma operação política. Dir-se-ia então que, estando em causa o controlo de proporcionalidade, a operação controlada não se poderá considerar subtraída ao controlo judicial, sendo tão jurídica – e judicialmente controlável – quanto o princípio em causa.

Raciocinar assim seria, no entanto, incorrer no equívoco traduzido em confundir a proporcionalidade enquanto *norma de ação* e a proporcionalidade enquanto *norma de controlo*¹⁸. Com efeito, em Estado de Direito, pede-se a

17. Em Acórdão proferido em 8 de Outubro de 2013, no âmbito de processo em que eram queixosos dois pensionistas portugueses privados em 2012 de 10% das suas pensões (*Da Condição Mateus v. Portugal* e *Santos Januário v. Portugal*, pesquisável em <http://hudoc.echr.coe.int>), o Tribunal reconheceu que a propriedade privada abrange a proteção das pensões, sendo *prima facie* a sua redução suscetível de censura à luz do artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 à CEDH. O mesmo Tribunal reconheceu no entanto a larga margem de apreciação do Estado quanto a estas matérias – a qual se reforça em cenário de crise económica, designadamente por não caber a um tribunal decidir nesse cenário se poderiam ter sido decretadas outras medidas.

18. Esta observação que devo a GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO é muito importante, também para deixar esclarecido que o auto-controlo do cumprimento de normas de ação – sendo uma norma de ação uma norma de auto-controlo, mesmo que não de hétéro-controlo – nunca se encontra excluído no âmbito de questões políticas.

todos órgãos – desde logo aos órgãos político-legislativos – que se empenhem na determinação de soluções adequadas, necessárias e equilibradas. Mas a um Tribunal cumpre tão só invalidar aquelas soluções que se revelem *inequivocamente* inadequadas, desnecessárias ou desequilibradas – sob pena, no limite, de toda a ação pública se confundir com ação judicial, passando o Tribunal Constitucional a ser sempre um governante de última instância.

Ora, uma operação subordinada a imperativos de adequação, de necessidade ou de equilíbrio não deixa de ser uma operação política: saber o que é adequado, necessário ou equilibrado não deixa, de resto, de envolver avaliações complexas, de natureza prognóstica, das relações empíricas entre os meios escolhidos e os seus possíveis efeitos em sede de realização de interesses públicos (o que Tribunal Constitucional reiteradamente reconheceu em tempos de maior contensão¹⁹). Reflexamente, então, uma operação subordinada àqueles imperativos apenas se torna judicialmente revisível no momento em que se torne patentemente inadequada, desnecessária ou desequilibrada – só nesse momento a proporcionalidade se converte, de norma de ação em norma de controlo.

Rasurando esta distinção, no Acórdão n.º 862/2013 o Tribunal parece conceber-se como atuador da proporcionalidade enquanto norma de ação política. Nessa linha, admite-se exigir *a melhor solução* à sua luz – nomeadamente aquela que “por si só” prossiga integralmente os interesses públicos envolvidos, sendo então *plenamente* adequada – comparando subsequentemente por defeito uma solução legislativa que tem como meramente “avulsa”. É de temer, no entanto, que nada, avulso ou sistémico, possa resistir a semelhante escrutínio, colocando-se virtualmente o Tribunal numa posição impossível de satisfazer ou contentar (precisamente a posição a que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem soube subtrair-se²⁰).

Refira-se a este último respeito que o Tribunal Constitucional parece admitir-se ler as intenções do legislador à luz mais desfavorável possível (estamos perante “uma mera medida avulsa de redução de despesa”...), desqualificando a solução face aos interesses que o próprio legislador explicita prosseguir (bem ao contrário de uma postura anterior em que releva razões “assim tidas pelo legislador”). Ora, no âmbito da proporcionalidade enquanto norma de controlo – tendo em conta aqui em particular a vertente da adequação – pode exigir-se mais do que a defensabilidade de uma solução face aos interesses que a justificam?

A resposta tem de ser negativa, sob pena de se verificar uma plena identidade entre os “planos de ação” político-legislativo e judicial. Em qualquer caso, verificando-se tal defensabilidade, e sob pena de estar em causa uma postura *in dubio contra legislatore*²¹, seguramente não cabe a um Tribunal desqualificar a solução correspondente no quadro de um processo de intenções. Muito

19. Veja-se exemplificativamente os Acórdãos n.º 76/85, 187/2001 e 309/2001.

20. De facto, no citado Acórdão de 8 de Outubro de 2013 pode encontrar-se uma outra postura judicial em sede de aplicação da proporcionalidade: o principal argumento do Tribunal residiu precisamente em não lhe caber – ainda menos numa “situação económica extrema” – avaliar a pertinência de outras medidas, eventualmente mais adequadas à prossecução do interesse público, antes lhe cabendo deferir perante a “margem de apreciação” do legislador.

21. Precisamente o inverso de um princípio *in dubio pro legislatore*, preconizado por GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO à luz do princípio democrático, cfr. *Judicial Activism Against Austerity in Portugal*, disponível em <http://www.iconnectblog.com>.

perturbadoramente, parece ser precisamente isso que o Tribunal Constitucional se admite.

4.3. Verificámos já que, nos Acórdãos n.º 474/2013 e 862/2013, o Tribunal Constitucional se admitiu efetuar a ponderação envolvida na aplicação do princípio da proteção da confiança, deixando sugerida, não a inequívoca injustiça ou inadequação das medidas sob escrutínio, mas (tão só) a sua “potencial injustiça” ou imperfeita adequação por comparação a preferíveis “medidas estruturais” inseridas numa “visão estratégica larga de reforma”.

No que temos vindo a insistir é em que, com tais decisões, o Tribunal abandonou uma anterior linha de maior tolerância para com o legislador – linha na qual deixara implícito ser a ponderação em causa uma operação política, cujas razões, quando plausíveis, não lhe cumpriria desafiar. Tal inflexão poderá ser tanto mais surpreendente quanto, entre a emissão dos dois arestos mencionados, tenha sido emitido um outro – o Acórdão n.º 794/2013, relativo ao período normal de trabalho dos funcionários públicos – no qual o escrutínio judicial de uma ponderação legislativa se desenvolveu segundo um mero critério de evidência²².

Em exercício tendente a encontrar uma racionalidade justificadora da divergência, poder-se-á eventualmente considerar que o Tribunal distingue dois tipos de situações, *conforme a afetação negativa da confiança se revele mais ou menos intensa*. Nestes termos, caberá um escrutínio mais estrito da opção legislativa (ou, de outro modo, será admissível contrapor à ponderação legislativa uma ponderação judicial) caso estejam em causa posições dotadas de “especial densidade”.

Nesse sentido aponta um passo significativo do Acórdão n.º 862/2013, no qual se procede a um paralelo entre o corte de pensões em pagamento e a afetação de situações de emprego até então tidas como perfeitamente estáveis (em causa no Acórdão n.º 474/2013):

“O direito a um certo montante de pensão, que foi formado em função de determinada remuneração mensal, [tem] que ter uma proteção de especial densidade. Se também é uma contrapartida do valor pago ao longo da carreira contributiva, sem o qual não se teria formado, mais se acentuam os valores da estabilidade, confiança, continuidade e segurança jurídica que devem garantir a pensão validamente adquirida e consolidada. De facto, e como referiu o Acórdão n.º 474/2013 em relação à «preservação do emprego», também no contexto da perspetivação do direito à pensão se pode afirmar que «difícilmente se encontra grau de investimento pessoal maior àquele que incide sobre a preservação do trabalho, valor essencial para a (...) obtenção de condições de existência ao sustento próprio e do agregado familiar» -

22. Escreveu-se no Acórdão n.º 794/2013 o seguinte: “ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado aos trabalhadores em funções públicas, devido à mutação legislativa, no que respeita à delimitação do período normal de trabalho, a verdade é que, a existirem expectativas legítimas relativamente ao regime anteriormente em vigor, ainda assim não resulta evidente que a tutela das mesmas devesse prevalecer sobre a proteção dos interesses públicos que estão na base da alteração legislativa operada mediante a Lei n.º 68/2013, pelo que, também sob o ponto de vista deste teste, não se mostra procedente a violação do princípio da proteção da confiança.”

na vida ativa e também depois dela, acrescenta-se agora”

O ponto é bem compreensível. Ainda assim – a admitir-se à partida a revisão negativa de posições jurídicas de “especial densidade” e, portanto, não se as concebendo como estritos “trunfos” perante os quais os interesses públicos circunstancialmente prosseguidos pelo legislador tivessem de ceder²³ – parece-nos duvidoso que o Tribunal possa chamar a si a ponderação em causa. Ainda mais duvidoso nos parece a possibilidade de, nesse exercício, o Tribunal equacionar outras, a seu ver melhores ou “potencialmente” melhores, formas de prossecução do interesse público, as quais, essas sim, justificariam o sacrifício das ditas situações jurídicas.

É que nesse caso, é inevitável que o Tribunal argumente politicamente. E, de facto, se partirmos da distinção dworkiniana entre “*arguments of policy*” e “*arguments of principle*”²⁴, os argumentos aduzidos nos Acórdãos n.º 474/2013 e n.º 862/2013 – em particular, o argumento segundo o qual as medidas em causa não se enquadram numa “visão estratégica larga de reforma” – são argumentos políticos, porventura muito bons não queremos questionar, mas ainda assim argumentos políticos. De resto, ao evidenciar ser inevitável a mobilização de argumentos políticos no momento em que procede à ponderação em causa, o Tribunal Constitucional acaba por nos fornecer a melhor demonstração de que é uma ponderação política que verdadeiramente está causa.

23. Tomamos a expressão “trunfos” naquele que nos parece ser o sentido dworkiniano mais preciso: o que está em causa é dotar os indivíduos de posições que os mesmos podem opor à prossecução de interesses públicos ou coletivos – interesses que, de outro modo, lhes poderiam impor perdas ou sacrifícios. Os “trunfos” não são então meramente posições sob reserva de ponderação, mas posições com um “peso de referência (*threshold weight*)” contra a prossecução dos interesses coletivos em geral”, cfr. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 92. Ora, o Tribunal Constitucional não concebe assim as expetativas que considera terem “especial densidade”, antes como posições ponderáveis com interesses públicos que, à partida, poderiam justificar o seu sacrifício. E ao argumentar contra as medidas que as afetam, fá-lo mais na ótica da melhor prossecução dos interesses públicos – mobilizando aquilo que DWORKIN designa como “arguments of policy” – do que na da intolerabilidade do sacrifício imposto.

24. Nos termos de DWORKIN, “arguments of policy justify a decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole”, cfr. *Taking Rights Seriously*, p. 82. O argumento segundo o qual determinada medida não é a melhor na prossecução de interesses públicos, designadamente por não se inserir numa “visão estratégica”, é um argumento político ainda que um argumento político negativo.