

O direito fundamental à pensão de reforma
em situação de emergência financeira

The fundamental right to retirement pension
in a financial emergency scenario

JORGE REIS NOVAIS

VOL. 1 Nº 1 JANEIRO 2014

WWW.E-PUBLICA.PT

O DIREITO FUNDAMENTAL À PENSÃO DE REFORMA EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA FINANCEIRA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO RETIREMENT PENSION IN A FINANCIAL EMERGENCY SCENARIO

JORGE REIS NOVAIS

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - Cidade Universitária

1649-014 Lisboa - Portugal

jnovais@fd.ul.pt

Palavras-chave: restrições a direitos fundamentais; pensão de reforma; emergência financeira; quantum da pensão; contribuição extraordinária de solidariedade

Keywords: restrictions to fundamental rights; retirement pension; financial emergency; quantum of pension; extraordinary solidarity contribution

Os sacrifícios especiais que nos últimos anos têm sido impostos, entre nós, a pensionistas e reformados, para além da sua relevância no âmbito do debate político sobre o futuro do Estado social e, particularmente, sobre a sustentabilidade da segurança social, suscitam também uma intensa discussão constitucional. Esta última impõe-se inevitavelmente, tanto a partir da verificação objectiva de que através de lei ordinária se afectou desvantajosamente o direito constitucional à pensão —o que obriga ao questionamento directo da respectiva constitucionalidade por eventual violação de direito fundamental— quanto da necessária problematização da violação dos princípios constitucionais que vinculam a actuação dos poderes públicos quando, em Estado de Direito, impõem encargos especiais aos cidadãos.

Efectivamente, acrescentando às dificuldades que, em tempo de crise económica e financeira, afectam a generalidade dos cidadãos e se reflectem, por exemplo, num aumento da carga tributária que também inclui pensionistas e reformados, desde 2012, pelo menos, que a este grupo social têm sido impostos encargos especiais que se traduzem, directamente, numa redução nominal significativa do montante da pensão em pagamento. A imposição desse sacrifício especial convoca, então, a respectiva apreciação à luz da eventual inobservância, por parte do Estado/ legislador, dos deveres que decorrem do direito fundamental à segurança social e dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da segurança jurídica. E se as dúvidas de constitucionalidade naquelas duas dimensões — eventual violação do direito constitucional à pensão e inobservância de princípios constitucionais— respeitam a toda a afectação negativa do regime jurídico da aposentação e reforma, é evidente que os problemas jurídico-constitucionais mais agudos residem na restrição que incide sobre o montante das pensões já em pagamento.

Neste texto apreciamos exclusivamente a controvérsia constitucional atinente a esta última questão, a da afectação dos direitos à pensão já formados e consolidados na esfera jurídica e patrimonial dos respectivos titulares, considerando, numa primeira parte, a natureza do direito fundamental à pensão e a sua (des)consideração por parte do Tribunal Constitucional e procedendo, numa segunda parte, a uma avaliação prospectivamente crítica da recente jurisprudência constitucional sobre o tema.

I. O Direito Fundamental À Pensão E A Sua (Des)Consideração Pelo Tribunal Constitucional

Como não podia deixar de acontecer numa Constituição que, como a nossa, contém um vasto elenco de direitos sociais, o direito à pensão é aí indiscutivelmente acolhido na qualidade de direito fundamental. Todavia, como não são poucas as dúvidas ou mesmo o propósito afirmado de recusa prática desse reconhecimento, começamos aqui por acentuar a natureza todavia qualificada e reforçada da recepção constitucional deste direito.

1. A consagração constitucional do direito à pensão

a) Em primeiro lugar, o direito à pensão encontra consagração constitucional expressa, directa e específica tanto no direito fundamental à segurança social (art. 63º) como no direito fundamental à segurança económica das pessoas idosas (art. 72º). Com efeito, o direito global à segurança social (art. 63º, nº 1) tem uma concretização da maior relevância na exigência constitucional de protecção previdencial da velhice (art. 63º, nº 3) e, de entre outras prestações, tal exigência é cumprida, por excelência, através das pensões de reforma e de aposentação. Por outro lado, a consistência daquela garantia jurídica é reforçada, no plano dos deveres corresponsivos da existência de um direito fundamental, através da obrigação constitucional expressa de o Estado assegurar às pessoas idosas uma segurança económica orientada à preservação da autonomia pessoal (art. 72º, nº 1).

b) Portanto, entre nós, e diferentemente do que ocorre em outras ordens constitucionais europeias, como a alemã, o direito à pensão não se confunde com um vago direito deduzido generosamente a partir do princípio constitucional da socialidade, não se limita a um direito a um mínimo social ou existencial decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, nem é um dos *célebres*, mas desvalorizados, *direitos derivados a prestações* criados a bel prazer pela legislação ordinária, de que, também por inspiração germânica, fala alguma doutrina portuguesa. Entre nós, o direito à pensão é um direito fundamental com todas as consequências jurídicas inerentes a tal, não obstante a influência e a persistência surpreendentes de alguma doutrina e jurisprudência constitucionais portuguesas que, sem rejeitarem formalmente essa natureza jusfundamental, já que isso seria indefensável em face do texto constitucional, orientam todo o

enquadramento dogmático posterior, como veremos, para uma desvalorização substancial que opera no plano das consequências que (não) se retiram daquele reconhecimento.

Ser direito fundamental, entre nós ou em qualquer parte do mundo onde exista Estado de Direito com Constituição formal, tem que significar ser garantia jurídica plenamente retirada da disponibilidade do poder político, incluindo do legislador democrático. Ser direito fundamental tem que significar ser *resistente à lei*, mas sê-lo em toda a sua extensão e não apenas num indefinido conteúdo essencial ou num referido mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana ou pela *consciência jurídica universal*, como sói dizer-se redutoramente na linguagem petrificada daquelas doutrina e jurisprudência.

É que a nossa Constituição não garante, diferentemente de outras, apenas um “direito a um mínimo de segurança social” ou um “direito a um mínimo de segurança económica” das pessoas idosas ou um “direito a um mínimo para uma sobrevivência condigna”. Garante, sim, o direito fundamental à segurança social, *como um todo*, e o direito fundamental das pessoas idosas à segurança económica que proporcione uma autonomia pessoal, também *como um todo*. Nesse sentido, o legislador democrático fica jurídico-constitucionalmente vinculado ao respeito, à protecção e à promoção desses direitos fundamentais — não nos mínimos assistencialistas exigidos pela dignidade da pessoa humana, mas no seu todo — e à justiça constitucional, *maxime* ao Tribunal Constitucional, cabe verificar e assegurar plenamente tal vinculação. Na medida em que, precisamente, o direito à pensão é uma dimensão relevante que se integra naquela esfera de protecção jusfundamental (como consequência normativa decorrente da interpretação conjugada do art. 63º e do art. 72º da Constituição), gozará, nessa qualidade, da plena tutela constitucional devida aos direitos fundamentais, ou seja, e não é demais repeti-lo, o direito à pensão é, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, um direito fundamental.

c) Isso não significa, porque o mesmo se passa com qualquer outro direito fundamental, que o acesso individual a tais bens assim jusfundamentalmente protegidos tenha uma natureza definitiva e absolutamente intocável, que não seja passível de limitações. Como qualquer outro direito fundamental, o direito à pensão pode ser restringido, limitado, afectado desvantajosamente, mas, para o fazer, o Estado tem que dispor de uma justificação suficientemente forte e indiscutível que obrigue um direito fundamental a ceder e tem, na prossecução desse fim, que observar os princípios constitucionais aplicáveis, incumbindo ao Tribunal Constitucional, através de um controlo intensivo, denso, próprio dos direitos fundamentais, assegurar a tutela jurídico-constitucional do direito e verificar a admissibilidade jurídica de tais limitações.

d) Por outro lado, e também da mesma forma como ocorre para a generalidade dos direitos fundamentais, dentro das inúmeras concretizações e dimensões do direito à pensão há variações substanciais na consistência das posições e situações jurídicas protegidas. Independentemente de se encontrarem protegidas sob o mesmo direito fundamental, é diversa a consistência de um direito à pensão

que se vai formando durante a vida activa, mas que ainda não está constituído, da de um direito à pensão já reconhecido, subjectivizado e consolidado na esfera jurídica do respectivo titular; é diferente a solidez do direito à pensão de alguém que, no fim de uma longa carreira contributiva, preenche os requisitos exigidos para requerer a pensão, do de alguém que agora inicia uma actividade profissional e começa a fazer descontos para a segurança social com a expectativa de vir a beneficiar de uma pensão no fim da vida; é diferente a solidez do direito e das expectativas de alguém que já tem a pensão a pagamento e que, por razões de idade ou de saúde, não tem mais condições de retorno ao mercado de trabalho e encontra na pensão a única garantia de realização da autonomia pessoal que outrora lhe era proporcionada por um salário obtido como contrapartida do trabalho prestado, das de alguém que, satisfazendo as exigências legais, continua a trabalhar, mas já requereu a atribuição da pensão, e das de um outro alguém que ainda não preenche aqueles requisitos e se encontra na plenitude da vida activa.

Ou seja, sendo o mesmo o direito fundamental em questão, é diferente a respectiva solidez e força de resistência jurídicas e, nessa medida, é diversa a projecção concreta da vinculatividade jurídica dos deveres estatais correspectivos e, consequentemente, são diversas as margens recíprocas de intervenção restritiva do legislador e do seu controlo por parte da justiça constitucional.

e) Neste trabalho consideramos apenas o direito à pensão enquanto direito que protege a garantia das pensões do regime contributivo já a pagamento, portanto, se se quiser, o direito subjectivo à pensão na sua concretização mais sólida e consistente, o direito já constituído e reconhecido na esfera jurídica do titular e que integra o respectivo património.

f) Na valoração da consistência jurídico-constitucional deste direito importa, por outro lado, ter em conta que ele não nasceu de uma liberalidade do Estado, não é algo discricionariamente criado e concedido pelo legislador ordinário numa função assistencialista de ajuda aos mais necessitados. Trata-se, antes, de direito atribuído pelo Estado no quadro da obrigação constitucional expressa de protecção das pessoas, destinado a assegurar-lhes a segurança económica na velhice e o direito a prosseguirem a sua vida com autonomia e que, para além disso, teve o reconhecimento jurídico e o respectivo montante calculado e estabilizado em função da existência de uma carreira contributiva ao longo da qual o actual beneficiário contribuiu com o seu esforço financeiro pessoal para o engrandecimento do património estatal que está finalisticamente orientado para o pagamento das pensões.

Ou seja, mesmo não havendo, num sistema de segurança social como o nosso, uma contrapartida exacta entre contribuições e pensão, há uma relação finalística, instrumental, sinalagmática, entre os dois planos da obrigação de contribuir durante a vida activa e do consequente direito à pensão. Tal retira à pensão fixada pelo Estado a natureza de pura e simples liberalidade e confere-lhe a natureza de algo também criado pelo esforço contributivo dos beneficiários, a natureza de algo que o Estado prometera e agora *devolve* aos anteriores contribuintes também em função do *quantum* que estes lhe haviam entregado não por opção livre, mas

porque o Estado lhes impusera coactivamente essa obrigação contributiva em ordem ao financiamento deste tipo de prestações sociais e em ordem à futura atribuição da pensão.

Ora, nessa dimensão, um direito que integra com tais fundamentos jurídicos e fácticos o património do pensionista — direito considerado como contrapartida do esforço contributivo significativo que foi exigido ao titular, através de contribuições obrigatórias finalisticamente orientadas ao pagamento das pensões, e que funciona como garantia, muitas vezes única, da autonomia pessoal na velhice substitutiva da análoga garantia que era proporcionada pelo rendimento do trabalho durante a vida activa — beneficia também, em alguma medida, da protecção constitucional conferida pelo direito de propriedade privada. De resto, nas ordens jurídicas onde não existe um específico direito fundamental à segurança social, o direito à pensão adquirido naquelas circunstâncias é mesmo considerado protegido, a título principal, pelo direito fundamental da propriedade. É o que acontece na Alemanha¹ ou, no plano da protecção internacional dos direitos humanos, no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem².

g) Por último, e se bem que tal tenha ocorrido em plano jurídico infra-constitucional, há ainda que relevar devidamente o facto de que a solidez dos direitos subjectivos assim formados foi sistematicamente reafirmada, e consequentemente reforçada, quando o legislador ordinário, precisamente em *lei reforçada*, a lei de bases do sistema de segurança social, consagrou o princípio da tutela dos direitos adquiridos, bem como a garantia dos quantitativos e do método de cálculo das pensões atribuídas ao abrigo de legislação anterior³; no mesmo sentido, esta lei faz uma distinção entre direitos à pensão já constituídos e direitos em formação, o que pressupõe, como não podia deixar de ser, uma gradação da intensidade da respectiva tutela jurídica.

Para além disso, e revestindo ainda maior peso acrescentado à solidez dos direitos à pensão já formados, há a nota de que o Estado/legislador quando entendeu, entre nós, modificar, e por vezes significativamente, o regime jurídico do direito à pensão, sempre garantiu a subsistência dos direitos já constituídos no plano do montante e método de cálculo, o que, obviamente, se reflecte numa consistência reforçada das expectativas legítimas dos respectivos titulares à intocabilidade futura daqueles direitos. De facto, o Estado sempre tratou esses direitos como se fossem definitivos, mesmo quando procedeu a alterações jurídicas e reformas significativas do sistema. Foi isso que ocorreu quando, legitimamente preocupado com a sustentabilidade do sistema de segurança social, e no quadro das várias reformas e alterações do quadro legislativo aprovadas em 1993, 2002,

1. Cf., por todos, H-J PAPIER, *Anotação ao artigo 14º da Grundgesetz*, in MAUNZ-DÜRIG, *GG Kommentar*, 53ª ed., München, 2009, notas 119 segs., *maxime*, 130 segs. Em língua portuguesa, INGO SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed., Porto Alegre, 2012, págs. 450 ss; NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2007, págs. 907 segs.

2. Cf., reafirmando esse sentido, mais recentemente, os Acórdãos do TEDH *Grudic v. Sérvia*, de 17 de Abril de 2012, e *Mateus e Januário v. Portugal*, de 8 de Outubro de 2013.

3. Cf. os artigos 20º, 66º, 100º e 101º da Lei 4/2007, de 16 de Janeiro.

2005, 2006 e 2007, o Estado iniciou um trajecto de convergência de pensões entre subscritores da CGA e do regime geral da segurança social e se produziram alterações significativas na idade da reforma e no cálculo e valor das pensões dos futuros reformados, com introdução de factores de sustentabilidade e mecanismos de ajustamento automático referidos à esperança média de vida. Porém, sempre aí se acautelou a estabilidade da pensão já em pagamento e do respectivo método de cálculo, pelo que foi o próprio Estado que implicitamente reforçou nos pensionistas a convicção da intocabilidade futura do montante das pensões já atribuídas.

2. *A desconsideração da natureza jusfundamental do direito à pensão na jurisprudência do Tribunal Constitucional*

Perante um quadro jurídico-constitucional tão impressionante, em termos de consistência da protecção constitucional do direito à pensão, a mais recente jurisprudência constitucional sobre o tema⁴ provoca sentimentos contraditórios e geraria mesmo verdadeira perplexidade num hipotético observador externo que não estivesse familiarizado com a *pesada herança* da doutrina tradicional portuguesa sobre direitos sociais⁵ e com a forma como ela se reflecte, por vezes erraticamente, na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Com efeito, o Tribunal Constitucional desconsidera, quase totalmente, a relevância do facto de estarmos perante restrições a um direito fundamental, para se centrar, quase exclusivamente, na apreciação da questão da constitucionalidade à luz da eventual violação dos princípios constitucionais estruturantes.

Esta desconsideração prática é bem perceptível na mais recente jurisprudência constitucional no domínio das pensões⁶ e desenvolve-se em torno dos seguintes três equívocos que analisaremos sucessivamente. Segundo o Tribunal Constitucional, *a)* o direito fundamental à segurança social protegeria o direito à pensão, mas não o direito a um *quantum* de pensão; *b)* o direito à pensão só seria resistente à lei num mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana; *c)* na ordem constitucional portuguesa, e uma vez que há um direito constitucional específico à segurança social, já não seria possível convocar a protecção que o direito fundamental à propriedade confere às pensões em pagamento.

4. Consideramos aqui a jurisprudência do Tribunal Constitucional prolatada já em tempo de crise financeira e que confronta, nesse quadro, a constitucionalidade das medidas de austeridade que afectam o direito à pensão (principalmente, Acórdão n.º 3/2010, Ac. n.º 353/2012, Ac. n.º 187/2013 e Ac. n.º 862/2013).

5. Desenvolvida de forma constante, sobretudo, por VIEIRA DE ANDRADE, nas várias edições, desde 1982, de *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra (com última edição, a 5.ª, em 2012).

6. Há, no entanto, que assinalar positivamente alguma inflexão/evolução no último destes acórdãos, o Acórdão n.º 862/2013, onde, pelo menos, o Tribunal Constitucional sugere a possibilidade de enquadrar juridicamente o problema da diminuição do *quantum* da pensão enquanto questão de direitos fundamentais.

2.1. A Constituição não protege o quantum da pensão?

a) Aplicando ao direito à pensão posição análoga à que havia sustentado no Acórdão n° 396/2011 sobre direito à retribuição⁷, o Tribunal Constitucional assenta também na surpreendente afirmação de que o direito à segurança social protege o direito a receber uma pensão, mas não o direito a receber um certo *quantum*. Assim, no Acórdão n° 187/2013, partindo embora do reconhecimento, pacífico, de que o direito à pensão de aposentação é uma manifestação no direito fundamental à segurança social a todos reconhecido pelo artigo 63º da Constituição, o Tribunal Constitucional considera, todavia, que o “*que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o direito a um certo montante, a título de pensão. Este resulta da aplicação de critérios legalmente estabelecidos, mas de valor infraconstitucional*”⁸.

E, tal como acontecera com o direito à retribuição, também aqui este ponto de partida, ainda que constitucionalmente infundado e doutrinariamente, no mínimo, claudicante, condiciona toda a consistência da fundamentação posterior, já que uma diminuição, mesmo quando sensível, do montante da pensão deixa de ser perspectivada, como devia, por aquilo que é, ou seja, deixa de ser considerada restrição, e grave, ao direito à pensão, com uma consequência notável, mas quase absurda: a afectação mais gravosa, inédita, do direito constitucional à pensão não é abordada, pelo Tribunal Constitucional, enquanto questão de direitos fundamentais.

Esta posição é constitucionalmente infundada porque é óbvio que quando a Constituição consagra o direito à segurança social como direito fundamental e exige ao Estado a garantia da protecção na velhice, da segurança económica e das condições materiais da autonomia pessoal dos idosos não estaria simultaneamente a deixar constitucionalmente desprotegida, precisamente, a dimensão mais sólida destes direitos, o direito subjectivo mais consistente que a ordem jurídica lhes reconhece, e que é o direito a receber a pensão que o Estado lhes atribuiu e no *quantum* que foi legalmente estabelecido.

Dizer que a Constituição garante o direito à retribuição, mas que esse direito não protege o *quantum* de retribuição, ou que a Constituição garante o direito à pensão, mas que esse direito não protege o *quantum* da pensão, é tão absurdo como dizer que a Constituição garante o direito de propriedade, mas que esse direito não protege o *quantum* da minha propriedade (ou seja, se o legislador afecta sensivelmente a minha disponibilidade sobre um bem imóvel que, por determinação legal, entrou no meu património não estará a restringir o meu direito de propriedade porque a Constituição não me garante, supostamente, aquele *quantum* determinado de propriedade); é tão absurdo como dizer que a Constituição me garante a liberdade de expressão, mas que esse direito não me garante um *quantum* da minha expressão (ou seja, se o legislador me proíbe de

7. Dizia-se aí: “*Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito*”.

8. Cf. ponto 59 da *Fundamentação*.

me pronunciar de forma completamente livre sobre um dado assunto, não estará a restringir a minha liberdade de expressão porque a Constituição não me garante um *quantum* determinado de expressão).

Há nesta jurisprudência, naturalmente, a influência da referida *herança* doutrinária, aqui enquanto concepção, que continuaremos a abordar no ponto seguinte, de uma separação quase absolutamente estanque entre a consagração constitucional de um direito fundamental e a concretização legislativa desse direito, como se a norma de direito fundamental fosse exclusivamente aquilo que o enunciado constitucional diz e não a norma que resulta da interpretação do complexo constituído pelo enunciado constitucional e pelo enunciado legal que o concretiza⁹.

Por último, esta concepção, acolhida de forma tão radical pela jurisprudência constitucional, significaria a adesão a uma concepção ultra-restritiva da previsão normativa dos direitos fundamentais, concepção que foi generalizadamente abandonada desde a crítica demolidora que lhe fez ALEXEY já nos anos oitenta do século passado e que, no caso concreto, significaria, além do mais, que se deixava fora da protecção jusfundamental aquilo que qualquer titular do direito considerará, sem dúvida, como a dimensão mais essencial e importante do seu direito à retribuição ou à pensão, precisamente o *quantum que leva para casa*, já que é esse *quantum* e não o direito à pensão em abstracto que lhe garante a autonomia pessoal. O bem constitucionalmente protegido é a pensão, mas a pensão só existe num *quantum*. Se este último não estiver protegido, a pensão também não o está. Se o *quantum* da minha pensão for *quase-zero*, a minha pensão é *quase-zero* e a *quase-zero* se reduz o meu direito constitucional à pensão.

O que ocorre é que, não filtrando criticamente a inspiração da doutrina tradicional, o Tribunal Constitucional acaba enredado no conhecido novelo emaranhado de equívocos e confusões laboriosa, mas infrutiferamente, entretecidos por aquela doutrina: a confusão entre protecção garantida por um direito fundamental e intocabilidade desse direito (e por isso se rejeita ali o direito fundamental a um *quantum* de pensão); a redução do direito fundamental a um indefinido conteúdo ou núcleo essencial (e por isso se reduz ali o direito à segurança social ao direito a um mínimo para uma sobrevivência condigna); a confusão entre direito social e sua suposta indeterminabilidade (mas, se é certo que a consagração constitucional de um direito social exige a sua posterior concretização legal, não é menos certo que após tal concretização o conteúdo desse direito é perfeitamente determinado e judicialmente exigível enquanto direito fundamental) e, finalmente, a confusão entre direitos sociais e suposta definitiva não aplicabilidade directa destes direitos (é que a não aplicabilidade só existe, e em geral parcialmente, antes da concretização legal, dado que, quando o legislador fixa o conteúdo do direito, o juiz passa a aplicar directa e prioritariamente a lei ordinária concretizadora, tal como faz com qualquer outro direito fundamental, desde que, obviamente, a lei

9. Cf. a crítica desenvolvida desta concepção, por último, J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, Coimbra, 2010, págs. 155 segs.

concretizadora não seja inconstitucional).

2.2. O direito fundamental à segurança social não é resistente à lei?

a) Nessa mesma linha de um raciocínio inspirado na doutrina tradicional portuguesa de direitos fundamentais, também o Tribunal Constitucional sustenta, nesta jurisprudência, a tese de que, apesar de ser um direito fundamental, o direito à pensão não é *resistente à lei*, a não ser na dimensão exigida pela observância de um mínimo para uma existência condigna ou de um mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana.

No Acórdão nº 3/2010, depois retomado na fundamentação do Ac. nº 187/2013, diz-se, como se isso fosse já um arrojo jurisprudencial notável, que o “*Tribunal Constitucional tem admitido que determinadas concretizações do direito à segurança social são resistentes ao legislador. Foi o que sucedeu, por exemplo, com o direito a um rendimento mínimo [...] Na verdade, naquelas circunstâncias típicas previstas no nº 3 do artigo 63º, quando esteja em causa a própria subsistência mínima e, portanto, a existência socialmente condigna, o direito à segurança social adquire uma urgência e uma força vinculante que o tornam directamente aplicável e o subtraem, em ampla medida, ao poder de legislar. Em geral não é, porém, assim*”.

Ou seja, confirmando que, afinal, o direito à pensão é um direito fundamental que não o é (mais precisamente, é um direito fundamental porque a Constituição o diz, mas não é um direito fundamental porque o Tribunal Constitucional, que era suposto garanti-lo naquela qualidade, acaba a concluir que a lei ordinária fará dele o que bem entender), pretende-se que, fora daquelas circunstâncias de subsistência mínima, a resistência do direito à lei não existe, uma vez que, sendo “*o direito à segurança social um direito de carácter essencialmente económico e social [...] É ao legislador que incumbe fazer as necessárias ponderações que garantam a sustentabilidade do sistema e a justiça na afectação de recursos*”.

b) Assim, como se disse, o Tribunal Constitucional aplica a nossa Constituição como se ela apenas garantisse o direito fundamental a um mínimo de sobrevivência condigna decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana ou do princípio da socialidade, como se a nossa Constituição não fosse, diferentemente de outras, uma Constituição com direitos sociais, garantidos não apenas num mínimo, mas no todo que decorre do complexo normativo que é constituído pela norma constitucional e pela sua concretização legislativa já perfeitamente determinada e, enquanto tal, e ao contrário do que sugere o Tribunal Constitucional, directamente aplicável ao caso concreto.

Como dizemos noutra local, que aqui seguimos de perto¹⁰, se a Constituição diz que “*todos têm direito à segurança social*” e que este é um direito fundamental, então, ao contrário do que se infere das palavras acima citadas do Tribunal

10. Cf. a crítica do Acórdão nº 3/2010 do Tribunal Constitucional em J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, cit., págs. 393 segs.

Constitucional, este é, e deveria ser tratado pelo Tribunal Constitucional, como um direito “resistente à lei”. E *resistente à lei* como um todo, e não apenas restrito à sua dimensão de direito a um mínimo de subsistência condigna. É que, apesar do que dizem a doutrina tradicional portuguesa de direitos fundamentais e, no seu seguimento, o Tribunal Constitucional, ser norma constitucional num sistema com Constituição formal —em qualquer parte do mundo— é «ser resistente à lei», quer se trate de norma constitucional organizatória, de norma constitucional de direito de liberdade ou de norma constitucional de direito social.

Porquê? Porque a Constituição está acima da lei, porque a lei tem que observar a Constituição, porque a Constituição é *resistente à lei*. Só para a doutrina tradicional portuguesa de direitos fundamentais há Constituição *resistente à lei* e Constituição à medida *da lei*, direitos fundamentais *resistentes à lei* e direitos fundamentais, os sociais, à medida da lei.

c) Assim, para a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece que o legislador disporia da capacidade para diminuir uma retribuição ou uma pensão de aposentação, mesmo que intensamente, sem que tal acto se pudesse configurar, sequer, como restrição a direito fundamental. Imagine-se que quando uma pessoa se reforma lhe foi atribuída uma pensão de 2000 euros; aparentemente, o legislador poderia reduzir essa pensão até algo como 200 ou 300 euros e, para o Tribunal Constitucional, não teria havido sequer uma restrição do direito fundamental à pensão. E o direito à pensão deste beneficiário não teria sido afectado porque, supostamente, a Constituição garante o direito à pensão, mas não o *quantum* da pensão, pelo que, para além do que fosse considerado o patamar mínimo de subsistência, o direito fundamental à pensão não seria *resistente à lei* ordinária, estaria na livre disponibilidade do legislador e, mais, essa actuação do legislador nem sequer seria considerada restritiva de direitos fundamentais.

Cumpre, no entanto, assinalar que, eventualmente sensibilizado pelas evidentes contradições desta posição, no último acórdão sobre pensões, o Acórdão n.º 862/2013, o Tribunal Constitucional se afastou, embora timidamente, deste verdadeiro absurdo dogmático. Embora não falando verdadeiramente em restrição de direito fundamental, considera-se aí que, quando se diminui “*o valor das pensões de aposentação, reforma, invalidez e sobrevivência, eventualidades que o n.º 3 do artigo 63.º da CRP integra na segurança social*”, há uma intervenção restritiva no *quantum* da pensão que “*afecta assim direitos de carácter social que fazem parte do conjunto de institutos jurídicos que formam a segurança social, e por conseguinte, é a partir desse domínio que a qualificação das normas deve ser realizada*”.

Porém, embora reconhecendo a existência de uma dúvida doutrinária sobre a natureza jusfundamental da concretização legislativa do direito constitucional à pensão, mantém-se a ideia de que a vinculatividade jurídica do *quantum* fixado para a pensão é uma criação infra-constitucional, pelo que a margem de conformação legislativa fica delimitada, não pela resistência de um direito fundamental afectado pela intervenção restritiva do legislador, mas apenas pela

necessária observância dos princípios constitucionais estruturantes (o que é, ainda assim, um progresso, pois durante muito tempo o Tribunal Constitucional nem sequer reconhecia a aplicabilidade dos princípios constitucionais estruturantes à afectação dos direitos sociais, a não ser naquilo que constituísse a sua dimensão fantasmática de “direitos análogos a direitos, liberdades e garantias” e que, no caso do direito à pensão, seria apenas a exigência constitucional de contagem de todo o tempo de serviço para o cálculo da pensão...¹¹).

2.3. *Entre nós a protecção constitucional do direito à pensão é mais débil que nas ordens constitucionais que não têm sequer um direito fundamental à segurança social?*

a) Por último, a desvalorização do direito à pensão como verdadeiro direito fundamental por parte do Tribunal Constitucional confronta-se com aquela outra dificuldade dogmática já assinalada, qual seja a da (in)aplicabilidade da protecção conferida pelo direito fundamental de propriedade às pensões em pagamento.

Como se disse¹², de há muito que, mesmo em ordens jurídicas que não reconhecem os direitos sociais como direitos fundamentais, como é o caso da Alemanha, se considera que as pensões de aposentação em pagamento beneficiam da protecção constitucional conferida pelo direito de propriedade, portanto, uma protecção de natureza jusfundamental que, enquanto tal, habilita e obriga o Tribunal Constitucional, para além da aplicação dos princípios constitucionais estruturantes, a um escrutínio judicial intensivo das justificações apresentadas pelo legislador para a respectiva restrição¹³.

Ora, consagrando a nossa Constituição, tal como a alemã, análogo direito fundamental à propriedade e, para além dessa garantia, reforçando ainda a tutela das pensões com a protecção conferida pelo direito fundamental à segurança social e pelo direito fundamental à segurança económica dos idosos, a conclusão lógica a retirar seria, tendo sobremaneira em conta a influência da jurisprudência constitucional germânica na jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, a de que, entre nós, as pensões em pagamento beneficiariam de uma protecção jusfundamental indiscutível, bem mais reforçada e *resistente à lei*, se assim se pode dizer, que a protecção que lhes é reconhecida na Alemanha.

Porém, a conclusão do nosso Tribunal Constitucional é exactamente a contrária, numa surpreendente criação de uma matemática constitucional em que *mais por mais dá menos* protecção no mundo dos direitos fundamentais.

11. Cf., neste sentido, o Acórdão n.º 411/99 e o Acórdão n.º 72/2002. Veja-se, seguindo a mesma lógica, o Acórdão n.º 187/2013, onde se pode ler, não sem estupefacção: “A única norma constitucional que tem incidência no montante da prestação é a do n.º 4 do artigo 63º, que manda contabilizar “todo o tempo de trabalho” para o cálculo das pensões de velhice e de invalidez, independentemente do setor de atividade em que tiver sido prestado” (sublinhado nosso).

12. Cf., *supra*, I, 1, f).

13. Cf., assim, PAPIER, *loc. cit.*, notas 132 seg.; embora crítico, também H. MAURER, “Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz” in ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrecht der BRD*, 2ª ed., III, Heidelberg, 1996, págs. 237 segs.

b) De facto, se bem que não o afirmando expressamente, é o que resulta do Acórdão nº 187/2013 quando, designadamente no ponto 63 da *Fundamentação*, se questiona a protecção conferida pelo direito de propriedade aos pensionistas portugueses¹⁴ com o argumento que na nossa ordem constitucional há um direito que especificamente protege o direito à pensão, ou seja, o direito à segurança social. Por outro lado, diz-se, não sendo as afectações do direito à pensão nos termos em que se têm verificado entre nós equivalentes a uma expropriação, não beneficiariam da protecção própria dos “direitos análogos a direitos, liberdades e garantias”, pelo que toda a protecção de que gozam seria a fornecida pelos princípios constitucionais estruturantes.

Já se sabia que para a doutrina tradicional portuguesa de direitos fundamentais ter ou não a Constituição portuguesa consagrado os direitos sociais como direitos fundamentais é praticamente irrelevante, uma vez que apenas reconhece uma protecção constitucional de mínimos proporcionada pelo princípio da dignidade da pessoa humana; em tudo o que vá para além desse limiar mínimo, a tutela proporcionada pelos direitos sociais, independentemente de a Constituição os acolher na qualidade de direitos fundamentais, é concebida como *tutela enfraquecida*¹⁵. Para tal doutrina, a Constituição portuguesa não garantiria exactamente nada mais que uma Constituição *sem direitos sociais*, como é a Constituição alemã. Pois agora o Tribunal Constitucional, no seu seguimento, dá mais um passo e conclui, na prática, que a protecção dos pensionistas portugueses é ainda mais débil que na Alemanha, pois a presença na Constituição de um direito de protecção específica, o direito à segurança social, não só não acrescenta nada em termos de protecção jusfundamental, como faz ainda desaplicar a hipotética protecção que lhes seria conferida pelo direito de propriedade. Donde que, em toda a fundamentação posterior e nas consequentes decisões do Tribunal Constitucional, desapareça qualquer ideia de protecção jusfundamental ao direito às pensões em pagamento e qualquer argumentação do seu eventual reforço nesse sentido.

Embora o Tribunal Constitucional não o diga, seria então legítimo inferir que, segundo este enquadramento dogmático, quando os constituintes portugueses decidiram consagrar um vasto elenco de direitos sociais na Constituição, na qualidade de direitos fundamentais, o sentido útil desta decisão teria sido, paradoxalmente, o enfraquecimento das possibilidades de acesso individual aos bens por eles protegidos: sem a consagração do direito à segurança social os

14. O Tribunal Constitucional apoia-se aqui na obra citada de M. NOGUEIRA DE BRITO.

15. Veja-se, traduzindo com fidelidade o entendimento da doutrina tradicional e os seus reflexos na jurisprudência constitucional, como PEDRO COSTA GONÇALVES, em contexto de parecer sobre a convergência das pensões (acessível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/documentos-oficiais/20131219-convergencia-pensoes-tc.aspx>), resume esta suposta natureza do direito à segurança social enquanto *direito enfraquecido*: “Na verdade, à sua fragilidade congénita, que lhe advém da sua condição de direito social e do seu «condicionamento pela reserva do financeiramente possível» (ou de «prestações positivas de terceiros»), e que tem vindo a determinar que a própria jurisprudência constitucional lhe reconheça uma tutela substancialmente enfraquecida, atento, justamente, o seu maior grau de exposição – por contraposição aos direitos, liberdades e garantias – à liberdade constitutiva do legislador (a que se junta a circunstância da sua não predicação pelo regime aplicável aos direitos liberdades e garantias).”

pensionistas beneficiariam, agora, da protecção forte do direito fundamental à propriedade; com a consagração do direito à segurança social, nada se acrescentou em termos de protecção jusfundamental e a tutela que lhes seria proporcionada pelo direito de propriedade dissipou-se.

II. O Controlo Judicial Das Restrições Ao Direito À Pensão À Luz Da Observância Dos Princípios Constitucionais Estruturantes

1. A desconsideração da natureza jusfundamental do direito à pensão e o recurso exclusivo aos princípios constitucionais estruturantes no controlo da afectação do direito à pensão por parte do Tribunal Constitucional

a) Como se viu, toda a protecção constitucional que o Tribunal Constitucional utiliza no controlo das medidas de austeridade que afectam os direitos dos pensionistas concentra-se no escrutínio dessas medidas à luz da observância dos princípios constitucionais estruturantes: igualdade, protecção da confiança, proibição do excesso. À partida, tal escrutínio reveste-se da maior importância e, de resto, é sobre ele que tem incidido o maior criticismo em torno do mote de um suposto activismo judicial do Tribunal Constitucional. Basicamente, acusa-se o Tribunal Constitucional de impedir a realização de políticas públicas da maior importância num período de emergência financeira e de o fazer com base, não em regras constitucionais claras e inequívocas, mas em princípios genéricos, vagos e de grande subjectivismo de aplicação.

A nosso ver este criticismo é essencialmente erróneo e desprovido de sentido em Estado constitucional de Direito e por uma razão muito simples: quando a Constituição de Estado de Direito garante o acesso individual a alguns bens na qualidade de direitos fundamentais, esta é a opção constituinte decisiva da comunidade e é em torno dela que se organiza toda a estrutura e funcionamento do Estado, incluindo a adopção dessa instituição, à partida *anti-democrática*, que é a existência de uma justiça constitucional com um Tribunal Constitucional a quem se atribui a competência para invalidar as decisões do Parlamento e do legislador democrático. Não fora a necessidade de proteger os direitos fundamentais contra o poder público democrático e não haveria necessidade nem de Constituição formal, nem dessa outra *entorse* à regra da maioria que é a existência de um Tribunal Constitucional.

Por isso, quando estão em causa decisões do legislador democrático que restringem direitos fundamentais, todo o arsenal jurídico que a Constituição coloca à disposição do poder judicial deve ser utilizado e o controlo a exercer deve ser um controlo intensivo, não havendo aqui lugar a práticas de autocontenção judicial.

Desde logo, todo o ónus de justificação, de argumentação e de fundamentação das medidas restritivas recai sobre os poderes públicos e o crivo do Tribunal Constitucional na apreciação dessas justificações é o mais fino possível. Só uma justificação suficientemente ponderosa e consistente pode pretender fazer ceder um direito fundamental.

Mais, mesmo quando seja superada essa fase primeira e liminar de controlo de uma justificação que se pretende fazer prevalecer sobre um direito fundamental, em seguida deve a medida concreta ser sujeita a um escrutínio, igualmente rigoroso, de observância dos princípios constitucionais estruturantes. Não fora assim e os direitos fundamentais ficariam *sem dentes*, seriam apelos vagos à boa vontade dos poderes públicos, seriam compromissos políticos ao sabor das contingências da vida política e da formação de maiorias conjunturais. A garantia jurídico-constitucional dos direitos fundamentais reduzir-se-ia à retórica dos direitos humanos com que os agentes políticos gostam de adornar as suas intervenções mediáticas em dias de celebração.

b) Porém, tudo muda quando não nos situamos no domínio dos direitos fundamentais, mas antes no domínio da prossecução de políticas públicas que resultam da livre expressão da escolha democrática e para as quais os poderes públicos, designadamente o legislador democrático, dispõem de ampla margem de conformação. Aí, nesse domínio aberto à alternância e à livre disputa política, não se pretende dizer que a verificação de constitucionalidade desapareça, não significa que o Tribunal Constitucional deixe de poder recorrer aos princípios constitucionais estruturantes na fundamentação das suas decisões, mas o controlo judicial rarefaz-se, os princípios constitucionais são aplicados no seu grau de contundência mínimo e a autocontenção judicial é o lema¹⁶.

Doutrina e jurisprudência constitucionais de Estado de Direito reconhecem tipicamente que nesses domínios o princípio da igualdade se passa a identificar com proibição do arbítrio (só as medidas arbitrárias são invalidadas), princípio da proibição do excesso limita-se à exclusão daquilo que é evidentemente desproporcionado ou manifestamente excessivo e princípio da protecção da confiança identifica-se com proibição da retroactividade autêntica (só são proibidas as leis restritivas que fiquem a plenitude da sua entrada em vigor no passado). De resto, adoptando esta lógica, o próprio Tribunal Constitucional

16. Diga-se que a desvalorização da exigência de justificação das restrições no controlo de constitucionalidade foi rapidamente interiorizada pelo Governo que na apresentação do Orçamento do Estado para 2013, pura e simplesmente, deixou de se sentir obrigado a justificar as restrições impostas aos direitos fundamentais neste contexto. Assinalam-se aí os objectivos financeiros que se pretendem alcançar no contexto dos constrangimentos do PAEF, mas desaparece qualquer tentativa de justificação do porquê da restrição incidir especialmente sobre os direitos destes ou daqueles cidadãos. Aprendendo depressa, neste domínio, com o Tribunal Constitucional, é pois de política que se trata, não de direitos fundamentais e, conseqüentemente, a desnecessidade de justificar. A importância da justificação das medidas restritivas só ressurgiu no discurso do Governo, desde logo na proposta de convergência das pensões, após a omissão ter sido suscitada no declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral no Acórdão n.º 474/2013.

chega a proclamar, no Acórdão n.º 353/2012¹⁷, que vai escrutinar a observância da “igualdade proporcional” segundo um “critério de evidência”, embora, na prática, claramente se afaste desse critério, tanto neste aresto (apesar da decisão inédita de diferimento de produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade) quanto no do ano seguinte, no Acórdão n.º 187/2013¹⁸.

c) Tomando consciência desta dualidade de contextos de exercício da justiça constitucional percebe-se, então, como o Tribunal Constitucional tem ensaiado nos últimos anos uma verdadeira tentativa de quadratura do círculo: na prática faz, em geral, um controlo intensivo das agressões legislativas aos direitos sociais, mas procede a esse tipo de controlo ao mesmo tempo que rejeita a natureza jusfundamental destes direitos. Ou seja, na sua jurisprudência mais recente, que não na história do Tribunal Constitucional¹⁹, há, na prática, uma intenção clara de defesa dos direitos sociais, mas essa intenção é traída quando o Tribunal o pretende fazer recorrendo ao arsenal teórico da doutrina tradicional portuguesa dos direitos fundamentais. Então, no espaço aberto por tal contradição, o Tribunal Constitucional acaba por dar involuntariamente alento teórico ao criticismo assente na acusação infundada de *activismo judicial*.

Tendo o Tribunal Constitucional prescindido, à partida, de um enquadramento jusfundamental das restrições legislativas ao direito à pensão, deixa sem sustento teórico a utilização concreta, por vezes intensiva, que faz dos princípios constitucionais estruturantes. Assim, mesmo quando os resultados práticos das suas decisões são conformes à necessária consideração do direito à pensão como direito fundamental, a fundamentação é contraditória, determinando, em grande medida, um elevado grau de imprevisibilidade nas futuras decisões. Vejamos como.

2. Avaliação crítica da recente jurisprudência constitucional sobre o direito à pensão

a) Nos últimos anos, a afectação legislativa especificamente dirigida contra os direitos subjectivos fundamentais às pensões já em pagamento processou-se nas seguintes iniciativas: (i) ablação de duas prestações mensais (os subsídios de férias e de Natal, 13.º e 14.º meses) aos pensionistas e reformados cuja pensão fosse superior a 1100 € e redução parcelar dessas prestações aos que auferissem pensões superiores a 600 €, no Orçamento do Estado para 2012; (ii) redução de 90% de uma prestação mensal (subsídio de férias, 14.º mês) a quem auferisse

17. Cf. ponto 5 da *Fundamentação*, onde também se cita a *Fundamentação* do Acórdão n.º 396/2011 em que se convocava a inexistência de “razões de evidência” que contrariassem as justificações que o Governo apresentava para reduzir os salários na Função Pública.

18. De facto, quando no Acórdão de 2013 o Tribunal Constitucional considera ter persistido a inconstitucionalidade, mesmo tendo um *corte* de dois subsídios — declarado inconstitucional em 2012 por violação da igualdade — sido substituído por um *corte* de um subsídio, não é verdadeiramente a utilização de um “critério de evidência” aquilo que o Tribunal faz, mas antes um controlo intensivo de constitucionalidade.

19. Cf., desenvolvidamente, J. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, cit., págs. 377 segs.

pensões de valor superior a 1100 € e redução parcelar de uma prestação mensal a quem auferisse pensões de valor superior a 600 €, no Orçamento do Estado para 2013; (iii) instituição²⁰ de uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES) no Orçamento do Estado para 2013; (iv) redução de 10% e alteração do método de cálculo com consequências equivalentes nas pensões pagas pela CGA, para entrar em vigor no Orçamento do Estado para 2014; (v) alargamento da incidência e aumento da CES no orçamento rectificativo para 2014.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional declarou a medida (i) inconstitucional por violação do princípio da igualdade²¹ (Acórdão n.º 353/2012); declarou (ii) inconstitucional por violação do princípio da igualdade (Acórdão n.º 187/2013); não declarou (iii) inconstitucional (Acórdão n.º 187/2013); pronunciou-se pela inconstitucionalidade de (iv) por violação do princípio da protecção da confiança (Acórdão n.º 862/2013); ainda não se pronunciou sobre a medida (v) à altura em que escrevemos.

b) Apesar de redundarem, sempre, numa redução sensível do montante das pensões em pagamento, estas iniciativas legislativas foram apresentadas e justificadas com razões diferentes. As medidas de redução dos subsídios, nos orçamentos de 2012 e 2013, e de agravamento de uma contribuição extraordinária de solidariedade, no orçamento de 2013 e no orçamento rectificativo de 2014, foram apresentadas como medidas conjunturais de redução da despesa e consequente diminuição do défice durante o período de vigência do chamado Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF); nesse sentido, foram formalmente qualificadas como *suspensão* e como contribuição *extraordinária*. Quanto à justificação, foram simplesmente configuradas como encargo especial que deveria incidir sobre quem recebe pensões a partir de verbas inscritas no orçamento do Estado e quem beneficia do pagamento de pensões garantidas pelo

20. Na realidade, a CES foi instituída no orçamento para 2011, em termos de uma taxa de 10% aplicável o se chegou a pronunciar sobre ela antes de 2013.o, a medida nsubsidade de *f* às às pensões de valor superior a 5000 € na parte que excedesse esse montante. No entanto, a medida, que permaneceu no orçamento para 2012 com agravamento de taxas, não suscitou, na altura, dúvidas de constitucionalidade, pelo que o Tribunal Constitucional não se chegou a pronunciar sobre ela antes de 2013.

21. Em geral, o Tribunal Constitucional fala em violação da “igualdade proporcional”. Digase, a propósito, que a clareza e o rigor na utilização dos princípios constitucionais estruturantes por parte do Tribunal Constitucional não têm sido exemplares. A falta de rigor assoma, sobretudo, na *invenção* desse suposto princípio constitucional da *igualdade proporcional* (como se houvesse uma *igualdade desproporcional*) onde os comandos, diferentes, dos dois princípios da igualdade e da proporcionalidade surgem combinados e confundidos sem qualquer ganho de clareza e, sobretudo, com a desvantagem de impedir a identificação rigorosa do vício de constitucionalidade que carece de ser superado em futura legislação. A *invenção*, a nosso ver falhada, mas que se converteu desafortunadamente em *moda* na jurisprudência constitucional da *crise*, parece ter origem no Acórdão n.º 39/88, relatado pelo Conselheiro Messias Bento, que, recorrendo a lições policopiadas de RUI DE ALARCÃO do ano de 1972, consagra a expressão, depois esporadicamente retomada em Acórdãos posteriores, nestes termos: “A *igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado: a justiça, como princípio objectivo, «reconduz-se, na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade» – acentua Rui de Alarcão (Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra, lições policopiadas de 1972, p. 29)”.*

sistema público de segurança social.

Já as medidas de redução de 10% no montante e de recálculo das pensões em pagamento previstas para entrar em vigor com o orçamento para 2014 foram apresentadas como medidas de redução estrutural da despesa justificadas em razões de instituição de equidade entre pensionistas e reformados dos dois sistemas, mas, de forma ostensivamente contraditória com essa justificação, foram simultaneamente anunciadas como valendo só até ao momento, indeterminado, em que se recompusesse uma situação estável de crescimento económico, altura em que deveriam ser repostos os anteriores montantes e métodos de cálculo.

2.1. No Orçamento de 2012 – a suspensão dos dois subsídios

a) As reduções de subsídios (13º e 14º meses) de pensionistas e reformados, no orçamento de 2012, foram apresentadas pelo Governo, indistintamente com a redução dos salários dos trabalhadores da Função Pública, como “medida excepcional de estabilidade orçamental”, para vigorar durante o PAEF, justificada pela “necessidade urgente de corrigir os desequilíbrios orçamentais”. Considerando, o Governo, que do lado do incremento da receita já não seria possível satisfazer aquela necessidade, uma vez que se teria atingido o limite do sustentável, a opção seria a redução das despesas inscritas no orçamento através daquelas medidas. Além do mais, elas seriam aceitáveis considerando, segundo o Governo, a sua eficácia na consecução daquele objectivo no curto prazo (e considerando ainda, mas só no que se referia à redução das remunerações, as vantagens salariais comparativas e a maior segurança no emprego de que beneficiariam os trabalhadores da Função Pública).

Face a tais justificações, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 353/2012, perspectivou a verificação de constitucionalidade exclusivamente do ponto de vista da eventual violação do princípio da igualdade na repartição de encargos públicos (art. 13º da Constituição), uma vez que, assumindo implicitamente o *estado de negação* que vinha do Acórdão nº 396/2011, o Tribunal Constitucional abdicou de enquadrar a questão na perspectiva da eventual violação do direito fundamental à retribuição (no caso dos trabalhadores da Função Pública) e do direito fundamental à pensão (no caso dos pensionistas e reformados), pois, na já analisada e surpreendente interpretação, a Constituição protegeria os direitos fundamentais à retribuição e à pensão, mas não os direitos fundamentais a um *quantum* de uma e outra.

O problema é que este enquadramento não jusfundamental da questão controvertida remeteria, em rigor, o Tribunal Constitucional para um controlo de constitucionalidade *soft*, pouco denso, em que o princípio da igualdade surgiria identificado com proibição do arbítrio na imposição de encargos públicos ou, seja, com proscrição apenas das leis que se fundassem em diferenciações sem qualquer fundamento racional ou razoável, as leis que, segundo um “critério de evidência”, se revelassem arbitrárias. Mas, seria este o caso das reduções impostas a quem recebe pensões no sistema público de segurança social,

portanto, a partir das verbas inscritas no orçamento do Estado? Seria arbitrário ou destituído de fundamento racional impor encargos adicionais a este grupo para reduzir, a curto prazo, o montante das despesas inscritas no orçamento do Estado, de acordo com uma opção política deliberadamente assumida por um Governo que privilegie esta opção?

É certo que o Estado não impunha os mesmos encargos a outros cidadãos, mas, como o próprio Tribunal Constitucional concluíra no Acórdão nº 396/2011, «*quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas — vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público — não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual*». Além do mais, e no mesmo sentido de afastamento de uma identificação de distinção arbitrária, os pensionistas e reformados não haviam, em 2011, sido atingidos pelas reduções remuneratórias que afectaram os outros cidadãos que *recebiam por verbas públicas*, os trabalhadores da função pública, e que o Tribunal Constitucional não considerara inconstitucionais.

Nesta perspectiva, isto é, do ponto de vista exclusivo da avaliação da igualdade na repartição de encargos decidida no quadro de uma política pública condicionada pela aplicação do PAEF, não parece haver arbítrio. Ou seja, pode discordar-se politicamente da opção do Governo, mas não pode qualificar-se tal opção como arbitrária e, logo, inconstitucional. Paralelamente, não poderia considerar-se manifestamente desproporcionada ou evidentemente excessiva uma primeira redução com carácter transitório, destinada a vigorar exclusivamente durante o período de vigência do PAEF. Nesse sentido, tomando a sério a postura de partida do Tribunal Constitucional e as suas consequências dogmáticas, as reduções em causa não deveriam ter sido consideradas inconstitucionais.

b) Já se, ao invés, se tivesse perspectivado a questão controvertida como problema de lesão de direitos fundamentais, perspectiva que, como se viu, o Tribunal Constitucional rejeitou, não apenas a fundamentação, como o resultado, deveriam ser substancialmente diversos. Nessa altura, tanto a justificação apresentada quanto a observância dos princípios constitucionais estruturantes deveriam ser sujeitas a um controlo judicial intensivo, com o ónus a recair, desde logo, sobre a justificação apresentada pelo Governo para uma restrição sensível a um direito subjectivo fundamental da máxima consistência e, em seguida, com um escrutínio denso sobre a observância dos princípios da igualdade, da proibição do excesso e da protecção da confiança.

De facto, salientámos atrás a relevância e a solidez da protecção constitucional do direito à pensão, designadamente na sua dimensão de direito subjectivo à pensão já em pagamento, de direito plenamente constituído na esfera jurídica e patrimonial do seu titular. Significa isso que, sem que se possa concluir pela intocabilidade de tal direito, a justificação para o fazer eventualmente ceder deverá ser, desde logo, sujeita a um controlo judicial intensivo.

A justificação apresentada pelo Governo — a suspensão dos subsídios durante a

vigência do PAEF seria uma medida excepcional destinada a corrigir eficazmente um desequilíbrio orçamental no curto prazo— é ambivalente, na medida em que, por um lado, tem uma legitimação objectiva e indiscutível na situação de emergência financeira que o país atravessa, mas, por outro lado, apresenta a fragilidade inerente à sua natureza temporária, ou seja, decorrido o PAEF retornar-se-ia, não sendo previsível uma melhoria substancial e significativa da situação económica durante esse período, à anterior situação de desequilíbrio orçamental, pois, a acreditar na genuinidade da justificação governamental, os subsídios seriam repostos no fim do PAEF.

Ou seja, tratar-se-ia de um sacrifício significativo, ainda que temporário, de um direito subjectivo fundamental da máxima consistência sem outro ganho que não fosse um alívio igualmente temporário das dificuldades financeiras. Por outro lado, admitindo que, ainda assim, a importância do objectivo justificava, em princípio, a cedência do direito fundamental, cumpriria, a seguir, verificar a observância do princípio da igualdade na restrição imposta ao direito fundamental à pensão. E, aqui, a diferenciação negativa dos pensionistas e reformados face à generalidade dos cidadãos não tem qualquer razão que a sustente, a não ser, e só num primeiro momento que, como o Tribunal Constitucional assinalou, já não fazia sentido em 2012, o argumento da eficácia de curto prazo. Por que razão, se o desequilíbrio orçamental era uma questão nacional, de responsabilidade nacional e de interesse nacional, deveriam ser os pensionistas e reformados — e, na outra parte da mesma medida, os funcionários públicos— a arcar com os respectivos custos e a ver consequentemente sacrificado o seu direito fundamental?

Assim, mesmo admitindo que a restrição de direito fundamental não falhava liminarmente na fase da justificação, a violação do princípio da igualdade (num domínio de uma restrição sensível de um direito fundamental a exigência de igualdade vai muito para além da simples proscricção da arbitrariedade) determinaria a inconstitucionalidade da medida.

2.2. No Orçamento de 2013 —a suspensão de um subsídio e a contribuição extraordinária de solidariedade

a) No essencial, as considerações desenvolvidas sobre a suspensão dos dois subsídios de pensionistas e reformados no orçamento de 2012 podem repetir-se quanto à suspensão, agora só de um subsídio, constante do orçamento para 2013.

A crítica quanto à forma como o Tribunal Constitucional chegou à decisão de inconstitucionalidade, e uma vez que o Tribunal manteve substancialmente a mesma fundamentação, agora no Acórdão nº 187/2013, assenta na mesma razão, ou seja, o Tribunal Constitucional faz uma aplicação intensiva de um controlo judicial baseado na observância do princípio da igualdade ao mesmo tempo que recusa qualificar aquela medida como uma restrição ao direito fundamental à pensão. Neste sentido, e tendo em conta que a restrição é agora menos gravosa (redução de um em vez de dois subsídios), menos sustentável seria ainda o rigor do controlo a que o Tribunal Constitucional recorre, ou seja, na prática o

Tribunal Constitucional ter-se-ia afastado ainda mais do “controlo de evidência” que proclamara. Em todo o caso, as circunstâncias objectivas acabam por ser essencialmente análogas, dado que, como o Tribunal Constitucional salienta, a menor gravidade quantitativa desta redução é negativamente compensada pelo facto de em 2013 ela passar a incidir sobre pensões a partir dos 600 € (e não apenas dos 1350 € de 2012) e pelo facto de a esta redução acrescer, na perspectiva dos sacrifícios sofridos por pensionistas e reformados, a nova imposição da contribuição extraordinária de solidariedade (CES) que abordaremos a seguir.

Por sua vez, quando nos colocamos, como em nosso entender se deve, no plano de um controlo judicial intensivo justificado por se tratar de uma restrição sensível a um direito fundamental da máxima consistência, mantêm-se todos os fundamentos para concluir pela existência de inconstitucionalidade, acrescidos do facto de o único argumento justificativo da diferenciação negativa imposta a pensionistas e reformados —a eficácia de curto prazo proporcionada por uma medida que incide sobre quem recebe por verbas públicas— perder peso à medida do decurso do tempo e da advertência nesse sentido constante da pretérita declaração de inconstitucionalidade.

b) A contribuição extraordinária de solidariedade (CES) prevista para o orçamento de 2013 é significativamente mais gravosa que a instituída em 2011, seja porque agora passou a incidir sobre pensões a partir de 1350 € (e não já dos 5000 € anteriores), seja porque se aplica generalizadamente a todas as pensões, independentemente de designação, forma e natureza da entidade processadora, apenas se excluindo os planos de pensão voluntários de iniciativa particular individual.

De um ponto de vista material, a CES apresenta características substancialmente análogas às restrições ao direito à pensão até agora consideradas, isto é, as que se traduziam na redução do montante da pensão através do *corte*/suspensão dos subsídios. Com efeito, independentemente da discussão sobre a sua natureza de contribuição ou de imposto, de saber se se trata de medida que incide do lado da redução da despesa ou do incremento da receita —questões que aqui não consideramos por serem irrelevantes de um ponto de vista de apreciação do problema enquanto restrição a direito fundamental, mas que o Tribunal Constitucional abordou longamente— a CES traduz-se objectivamente numa redução do montante das pensões em pagamento e é igualmente apresentada pelo Governo como medida conjuntural exigida pelos constrangimentos financeiros associados ao PAEF. Embora venha associada pelo Tribunal Constitucional aos problemas da sustentabilidade do sistema de segurança social, em rigor, e tomando a sério a configuração conjuntural e excepcional que o Governo faz da medida, não deve ser primariamente valorada nesse âmbito, já que, para o ser, deveria ter sido apresentada e defendida como reforma com carácter permanente.

c) Sucede que o Tribunal Constitucional aborda a CES sob prisma qualitativamente diverso daquele a que recorreu na apreciação das suspensões de subsídios em 2012 e em 2013. De alguma forma retomando a postura de autocontenção com que foram tratadas as primeiras reduções dos salários dos funcionários públicos

em 2011 (Acórdão nº 396/2011) —e, não por acaso, o Tribunal Constitucional assinala que a CES, no que se refere às pensões inferiores a 50000 €, corresponde quantitativamente àquelas reduções remuneratórias—, o Tribunal Constitucional avaliza a medida integrando-a dentro da margem de livre conformação que cabe ao legislador democrático na prossecução das políticas públicas.

Assim, recusando liminarmente existir afectação inconstitucional do princípio da protecção da confiança e da proibição do excesso²², o Tribunal Constitucional centra-se na apreciação da eventual violação da igualdade, mas, segundo a lógica minimalista atrás referida, aplica este princípio como significando pura e simplesmente a exclusão de medidas arbitrárias, ou seja, enquanto princípio da proibição do arbítrio.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional limita-se a alinhar, quase *en passant*, os argumentos que lhe permitem concluir não ter existido arbítrio: a CES é uma forma de financiamento da segurança social equivalente às contribuições para a segurança social dos trabalhadores no activo, que, numa situação de emergência financeira, visa contrariar as tendências deficitárias do sistema; enquanto beneficiários, os pensionistas não se encontram, perante o sistema de segurança social e as respectivas dificuldades, na mesma situação de qualquer outro cidadão, pelo que, de algum modo, beneficiam especialmente da solvabilidade que a medida acrescenta ao sistema que lhes paga as pensões. Logo, pode “descortinar-se na sua própria condição de pensionistas o fundamento material bastante para, numa situação de excepção, serem chamados a contribuir para o financiamento do sistema, o que afasta, à partida, o carácter arbitrário da medida”²³.

d) No entanto, como se disse, não parece adequado que uma restrição sensível a um direito subjectivo fundamental²⁴, ainda que acreditando tratar-se de medida excepcional e conjuntural, deva ser abordada com uma autocontenção incompatível com a natureza dos direitos fundamentais em Estado de Direito.

De um lado haveria, como se viu, a necessidade de escrutinar com bastante maior densidade a insuficiência da justificação (não) invocada para fazer ceder o direito fundamental. Como se disse, na apresentação do Orçamento do Estado para 2013, pura e simplesmente o Governo não justificou o porquê da medida. A única referência nesse domínio é a de que a CES visa obter uma contribuição equivalente à imposta com as reduções salariais dos trabalhadores da função

22. “É, pois, atendendo à natureza excepcional e temporária desta medida, tendo por finalidade a satisfação das metas do défice público exigidas pelo Programa de Assistência Económica e Financeira, que a sua conformidade com os princípios estruturantes do Estado de direito democrático deve ser avaliada” (ponto 76 da *Fundamentação*).

23. Ponto 75 da *Fundamentação*.

24. A CES é materialmente uma redução do montante da pensão, pois exigir uma contribuição para a segurança social a quem é pensionista, para além da subversão da natureza sinagmática entre carreira contributiva e atribuição de uma pensão —eu contribuo hoje, enquanto activo, para amanhã receber, enquanto beneficiário— significa contribuir para o pagamento da pensão que se está a receber e, logo, é equivalente à respectiva redução, faltando apenas saber se tal redução é temporária, excepcional, ou permanente, definitiva.

pública nos orçamentos de 2011, 2012 e 2013.

Mas, mesmo admitindo que a situação de emergência financeira justifica, por defeito, a adopção de medidas excepcionais, porquê fazer incidir essas medidas sobre pensionistas e reformados? Em que medida é o sacrifício unilateral e especial dos direitos fundamentais destes cidadãos compatível com a exigência de igualdade em Estado de Direito?

Ora, nesse plano e com uma densidade de controlo judicial minimamente rigorosa, a CES fica longe de corresponder às exigências de observância da igualdade quando se restringem direitos fundamentais.

Desde logo, a própria denominação da medida é *suspeita*. Se na primeira configuração da CES, em 2011, ainda se poderia pretender existir um *dever de solidariedade* dos pensionistas mais favorecidos (acima dos 5000 € de pensão²⁵) para com os restantes concidadãos, que *obrigação especial de solidariedade* deve existir da parte de quem, no fim de uma carreira contributiva, auferir 1350 € ou, na configuração da mesma medida no orçamento rectificativo de 2014, da parte de quem auferir acima de 600 € de pensão?

Em segundo lugar, e principalmente, por que razão deve o facto de se ser beneficiário do sistema de segurança social justificar uma restrição especial do direito subjectivo fundamental de um pensionista a receber a pensão que lhe foi atribuída? Seria algo como o facto de se estar doente, e beneficiar do Serviço Nacional de Saúde, justificar uma restrição especial do direito à saúde desse doente. Ou como o facto de se ser expropriado no interesse público justificar uma contribuição especial a deduzir na justa indemnização a que o expropriado tem direito; poderia aí o argumento de que o expropriado beneficia objectivamente da capacidade financeira do Estado justificar a contribuição? Ou seria algo como impor a qualquer outro alguém que contrate com o Estado, e enquanto tal beneficia da respectiva solvabilidade, uma *contribuição extraordinária de solidariedade* enquanto contratante. Ou, no limite, como não exigir idêntica contribuição a todos, pois que todos beneficiam, e especialmente em situação de emergência financeira, da solvabilidade do Estado e da respectiva capacidade financeira?

2.3. No Orçamento para 2014 — a redução do montante das pensões pagas pela CGA

a) Para vigorar no orçamento para 2014, e já apreciada pelo Tribunal Constitucional, a principal afectação do direito à pensão respeitava à redução em 10% das pensões em pagamento da responsabilidade da Caixa Geral de

25. E, mesmo aí, a obrigação especial de solidariedade — que vá para além do correspondentemente exigível através do sistema tributário — não deveria poder ser determinada sem uma verificação *finis* da concreta carreira contributiva e do método de cálculo da respectiva pensão.

Aposentações de valor ilíquido superior a 600 € e afectando, genericamente, os pensionistas da Função Pública inscritos até 1993 e cuja pensão havia sido fixada e atribuída antes da entrada em vigor do novo regime de convergência de 2005; propunha-se também, com alcance quantitativo de redução análogo, a alteração da fórmula de cálculo das mesmas pensões atribuídas a partir de 2006.

Diferentemente das anteriores restrições ao direito à pensão atrás consideradas, esta tinha a novidade de apresentar uma justificação que pressupunha, a ser levada a sério, o seu carácter definitivo, permanente. Com efeito, para além de uma justificação assente em razões de sustentabilidade do sistema de pensões e de justiça intergeracional, o Governo justificava a incidência sobre os pensionistas da Função Pública com razões de equidade, partindo do pressuposto que estas pensões eram favorecidas relativamente às pensões do sistema geral da segurança social. Diga-se, no entanto, que o próprio proponente era o primeiro a não levar a sério as justificações que apresentava, na medida em que, ao mesmo tempo que sustentava a redução em pretensas razões de sustentabilidade, de equidade e de justiça, simultaneamente prescrevia, no mesmo diploma, na já referida “cláusula de reversibilidade”, que o regime anterior seria reposto quando a situação económica e financeira do país melhorasse, ou seja, logo que houvesse um alívio financeiro o Governo comprometia-se a repor a insustentabilidade, a injustiça e a iniquidade que agora pretendia fazer cessar...

b) O Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade da medida com base na violação do princípio da protecção da confiança. Mais precisamente, o Tribunal Constitucional concluiu que “*a redução e recálculo do montante das pensões dos atuais beneficiários, com efeitos imediatos, é uma medida que afecta desproporcionadamente o princípio constitucional da protecção da confiança*”.

No entanto, uma leitura atenta da fundamentação constante do Acórdão nº 862/2013 não deixará de notar que, apesar de não o reconhecer expressamente, a principal motivação do Tribunal se encontra na evidência da fragilidade das razões invocadas para penalizar os pensionistas da Função Pública relativamente aos do sistema geral da segurança social, dado que se demonstra não ser possível fazer uma separação estanque entre pensionistas de um e outro sector para concluir que todos os primeiros foram beneficiados no passado relativamente aos segundos — não só há várias situações em que ocorreu exactamente o inverso, como a medida de redução agora proposta introduziria, ela mesma, desigualdade em desfavor dos primeiros —, pelo que um *corte cego* nas pensões dos inscritos na CGA constituiria uma violação do princípio da igualdade.

Por outro lado, e relativamente à violação da protecção da confiança, a fundamentação do Tribunal Constitucional salienta a debilidade de uma alteração conjuntural, assistémica, orientada principalmente por uma intenção de redução imediata da despesa do Estado — o que é claramente perceptível na proclamada intenção governamental de fazer reverter a medida numa eventual futura situação de alívio financeiro — para fazer ceder as expectativas sólidas dos pensionistas em não ver reduzido, com carácter definitivo, o montante da

respectiva pensão. E, aqui, retomando uma ideia força que já havia alicerçado a sua decisão no Acórdão n.º 474/2013 sobre “requalificação”/despedimentos na Função Pública, o Tribunal Constitucional, admite a viabilidade constitucional de cedência dos chamados *direitos adquiridos*, mas rejeita a possibilidade de razões conjunturais atinentes à situação de emergência financeira serem suficientes para abalar garantias sedimentadas ao abrigo do princípio da protecção da confiança legítima em Estado de Direito.

Nesse sentido, conclui que “*uma medida que pudesse intervir de forma a reduzir o montante de pensões a pagamento teria de ser uma medida tal que encontrasse um forte apoio numa solução sistémica, estrutural, destinada efectivamente a atingir os três desideratos acima explanados: sustentabilidade do sistema público de pensões, igualdade proporcional, e solidariedade entre gerações*”.

c) Concordando genericamente com esta *exigência* do Tribunal Constitucional, tanto mais que lidamos agora com reduções com carácter permanente ou, pelo menos, *não temporariamente determinadas*, ela merece-nos, todavia dois tipos de reservas.

Em primeiro lugar, como temos repetido, ela faz verdadeiramente sentido quando as expectativas individuais legítimas na continuidade do regime jurídico existente são concebidas como estando alicerçadas na protecção conferida a tais expectativas por normas de direitos fundamentais, como as do direito à segurança no emprego ou do direito à pensão. Se nos situássemos, diferentemente, num domínio de livre disputa democrática em torno da prossecução de políticas públicas, as razões determinadas pelos constrangimentos de uma situação de emergência financeira, mesmo conjunturais, não poderiam ser tão ligeiramente afastadas pelo Tribunal Constitucional.

Ora, se bem que, como assinalámos, a fundamentação constante do Acórdão n.º 862/2013 represente uma evolução significativa relativamente à anterior jurisprudência *negacionista* inspirada pela doutrina portuguesa tradicional de direitos fundamentais, ainda assim, após um primeiro questionamento, o Tribunal acaba por abdicar praticamente de uma argumentação jusfundamental, centrando-se exclusivamente no plano da observância dos princípios constitucionais estruturantes, o que não deixa, como referimos, de enfraquecer a sua posição.

Em segundo lugar, e é o aspecto que abordaremos nesta parte final, o Tribunal Constitucional parece ter-se rendido à pressão avassaladora da adoração às novas *musas* inspiradoras da mais recente crítica à *manutenção* do Estado social e dos direitos sociais —a *sustentabilidade* e a *justiça intergeracional*— deixando a impressão, perigosa, que bastará que uma futura reforma do sistema de segurança social tenha carácter geral, abrangendo pensionistas da CGA e pensionistas do regime geral, e seja feita sob a égide destes dois *Leitmotive* para que os montantes das pensões já constituídas possam ser reduzidos com carácter definitivo.

d) Cabe, com o Tribunal Constitucional, reconhecer que, como qualquer direito fundamental, os direitos sociais podem ser restringidos e, estando em grande medida afectados por uma reserva do financeiramente possível, as dificuldades

financeiras podem ser razão suficientemente premente para fazer ceder, no caso, o direito à pensão, incluindo, em situações extremas, na sua dimensão mais solidamente ancorada de direito à pensão já inteiramente consolidado na esfera jurídica e patrimonial do titular.

Não deve é, em contrapartida, deixar de assinalar-se o abuso na utilização dos novos *mantras* da *sustentabilidade* e da *justiça intergeracional* que, de alguma forma, encontraram eco no Acórdão n.º 862/2013.

Desde logo, o Tribunal Constitucional esforçou-se, até ao limite, por elevar as ditas *sustentabilidade da segurança social e justiça intergeracional* à qualidade de valores ou princípios constitucionais com a implícita capacidade, supõe-se, de fazerem ceder outros valores constitucionais, como o direito à segurança social. É assim que, no seguimento de alguma doutrina²⁶ e do Acórdão n.º 188/2009²⁷, o Tribunal Constitucional conseguiu vislumbrar o suposto princípio constitucional da sustentabilidade da segurança social nos enunciados constitucionais que incumbem o Estado de “*promover o aumento do bem-estar social e económico [...], no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável*” (art. 81.º, a)), que garantem “*o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável*” (art. 66.º, n.ºs 1 e 2) ou que prevêm a estruturação do sistema financeiro por lei, de forma a garantir “*a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social*” (art. 101.º). Finalmente, num verdadeiro *dois em um*, conclui que o enunciado do art. 9.º, d), da Constituição, que tão só prescreve como tarefas do Estado a promoção do bem-estar e a efectivação dos direitos sociais, afinal “*tem subjacente a ideia de justiça intergeracional, o que pressupõe a sustentabilidade do sistema*”.

Portanto, no limite, e numa circularidade perfeita, direito à pensão, justiça intergeracional e sustentabilidade do sistema de segurança social seriam indissociáveis: considera-se que ao direito à pensão, enquanto direito social, subjaz a justiça intergeracional, que esta pressupõe a sustentabilidade do sistema de segurança social e que, por sua vez, este princípio habilita à restrição do direito à pensão, incluindo a pensão já em pagamento.

Nada na Constituição, porém, aponta nesse sentido. A única referência com alguma afinidade, e ainda assim remota, a estas ideias é a consagração constitucional do princípio da solidariedade entre gerações no domínio preciso do aproveitamento

26. O Tribunal Constitucional invoca expressamente JOÃO CARLOS LOUREIRO, “*Adeus ao Estado Social?*” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, 2007, pág. 159 e SUSANA TAVARES DA SILVA, “*O problema da Justiça intergeracional em jeito de comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2003*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, Ano 00, págs. 11 e segs.

27. Curiosamente, neste acórdão, e ainda de forma não menos criativa, o Tribunal Constitucional localizava o “*imperativo de sustentabilidade financeira do sistema de segurança social*” nas normas do art. 63.º, n.ºs 1 e 2, normas essas que, todavia, se limitam a consagrar o direito à segurança social (n.º 1) e a incumbir o Estado de organizar e a *subsidiar* um sistema de segurança social (n.º 2). Ou seja, onde a Constituição obriga o Estado a subsidiar o sistema de segurança social, o Tribunal Constitucional lê que o sistema deve ser sustentável, autofinanciado...

dos recursos naturais e a referência a um quadro de desenvolvimento sustentável também no âmbito da garantia do direito ao ambiente (art. 66º). Nem a justiça intergeracional é um princípio constitucional geral ou específico da segurança social, nem há qualquer imperativo constitucional que exija ou sequer aponte para a sustentabilidade da segurança social.

Dito isto, por uma questão de clarificação e rigor, daí não decorre qualquer desqualificação ou qualquer desvalorização da importância política ou social destes princípios. Aliás, a obsessão em *fazer* deles princípios formalmente constitucionais reflecte apenas, e mais uma vez, a influência da desfocagem formalista da percepção dos direitos fundamentais típica da doutrina tradicional, aqui através da concepção subjacente de que um direito ou um princípio constitucional só pode ceder perante um outro valor, direito ou princípio constitucionais²⁸. Como se pretende justificar a eventual cedência do direito à segurança social, seria então supostamente necessário elevar inicialmente a justiça intergeracional e o princípio da sustentabilidade ao estatuto de princípios constitucionais para, a seguir, os poder identificar como fundamento constitucional da restrição.

Para além disso, mesmo no plano das escolhas políticas é necessário distinguir entre os dois princípios. A ideia de justiça intergeracional é um apelo à razão pública com que não se pode deixar de concordar, mas, em contrapartida, é *passível de uma utilização abusiva e bem conhecida na acção política*. De alguma forma, vem sendo utilizada, na discussão sobre o Estado social, num sentido afim àquele que, noutros contextos e por parte de outra corrente ideológica, desempenhava o discurso sobre “*os amanhã que cantam*”. Tal como aí essa promessa, nunca cumprida, servia para justificar o tratamento desumanizado de grupos, comunidades e gerações constituídas por pessoas concretas entretanto sacrificados sem utilidade e sem sentido, também agora, de outra parte do espectro ideológico, aquela que se opõe ao Estado social e aos direitos sociais, a *justiça intergeracional* e as prognoses economicistas e sociológicas, sempre sistematicamente falhadas no passado, são todavia esgrimidas para justificar a imposição de sofrimento e a supressão de direitos a pessoas concretas do presente que, no domínio específico da segurança social, contribuíram no passado com aquilo que o Estado lhes exigiu a benefício de promessas hoje frustradas em nome de um futuro desconhecido.

Quanto ao princípio da sustentabilidade, designadamente na dimensão de sustentabilidade do Estado social, ela assume uma diferente consistência, na medida em que constitui uma preocupação irrecusável intimamente associada à própria natureza dos direitos sociais. Afectados que eles estão por uma reserva imanente do financeiramente possível, é evidente que as preocupações com a sustentabilidade do Estado social não são uma falácia e que, a prazo, dela depende a própria subsistência dos direitos sociais tal como os conhecemos.

Nesse sentido se percebe, e deve ser valorizada, a opção política do legislador

28. Veja-se a crítica desta ideia, por último, em J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, 2012, págs. 114 segs.

ordinário quando, no domínio específico da segurança social, vem assumindo um princípio de tendencial sustentabilidade do sistema, adoptando factores de sustentabilidade no próprio cálculo da pensão e instituindo um autofinanciamento do sistema previdencial. Porém, essa é apenas uma opção política adequada à garantia última da própria sustentabilidade do Estado social, mas que, lidando com factores de imponderabilidade de que o poder político não pode dispor — da natalidade à esperança média de vida, dos ritmos de desenvolvimento económico à inevitabilidade da emergência de crises — nem é um imperativo constitucional, nem tem o valor absoluto que se lhe pretende atribuir, nem, muito menos, pode servir como bandeira simplesmente agitada para justificar, sem mais, a restrição de direitos consolidados na esfera jurídica e patrimonial das pessoas concretas.

Por isso mesmo a Constituição não petrificou esse princípio da sustentabilidade do sistema de segurança social, antes prevendo, e bem, no âmbito da garantia do direito fundamental à segurança social, que “*incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social*” (art. 63º, nº 2). Por isso, no plano constitucional e no plano da garantia dos direitos fundamentais, a questão da sustentabilidade da segurança social não é qualitativamente diversa da questão da sustentabilidade do serviço nacional de saúde ou do sistema nacional de educação. O Estado está obrigado ao respeito, à protecção e à promoção do direito à segurança social não menos do que está obrigado às mesmas exigências constitucionais relativamente ao direito à saúde ou ao direito à educação. O facto de o sistema de saúde não ser autofinanciado não exime o Estado da responsabilidade no respeito e promoção do direito à saúde. O facto de o sistema de educação não ser autofinanciado não isenta o Estado de análogas responsabilidades no domínio do direito à educação. Da mesma forma, se factores que o Estado não domina implicarem a inviabilidade do autofinanciamento do sistema previdencial, tal não liberta o Estado das suas obrigações constitucionais relativamente ao direito à pensão nem tão pouco o habilita, por si só, a restringir tal direito.

Razões de emergência financeira, conjunturais ou de longo prazo, podem constituir fundamento para a afectação destes direitos e, dificuldades extremas podem excepcionalmente justificar a própria afectação de direitos subjectivos fundamentais consolidados. Não pode é, por si só, a simples invocação do moto da sustentabilidade e da justiça intergeracional constituir fundamento bastante para a restrição desses direitos. Em qualquer caso, a eventual restrição de direitos consolidados justificada por razões extremas devidamente escrutinadas tem de passar por um controlo judicial intensivo do respeito dos princípios constitucionais estruturantes, como a igualdade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a protecção da confiança legítima. No caso específico do direito à pensão, não seriam, ainda assim, admissíveis restrições daqueles direitos efectuadas sem consideração da situação particular dos pensionistas atingidos, do montante da pensão e responsabilidades familiares, das diferenças de carreiras contributivas, do montante das contribuições e eventual existência da sua manipulação durante a vida activa.
