

O IDOSO E O DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL EM PORTUGAL

THE ELDERLY AND THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY IN PORTUGAL

*Ana Sofia de Magalhães e Carvalho**

Resumo:

É possível encontrar no constitucionalismo português preocupações e realizações sociais já na época liberal e no Estado Novo. No entanto, a Constituição de 1976 é a primeira das Constituições Portuguesas que emprega o termo Segurança Social.

O Sistema de Segurança Social Português sofreu várias evoluções até chegarmos à Segurança Social de hoje. Em termos de cobertura social na terceira idade é costume referirem-se as pensões de velhice e as pensões de sobrevivência.

Por vários motivos, sobretudo o demográfico, o equilíbrio financeiro da Segurança Social está ameaçado, por isso tem-se levantado em vários fóruns a questão da redução do montante das pensões já atribuídas, sendo que tal redução poderá pôr em causa o princípio do não retrocesso social/ o princípio da proteção da confiança. Com efeito, no âmbito do regime jurídico dos direitos económicos, sociais e culturais, como é o caso do direito à segurança social, encontramos a não reversibilidade social que determina que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações.

Por outro lado, dado o desequilíbrio financeiro, a transferência de algumas das funções do Estado em matéria social quer para o setor privado quer para o chamado «Terceiro Setor» constitui um novo desafio para o mesmo, que em vez de prestador de serviços aparece como regulador. No entanto, nesta matéria, é preciso cautela, pois os indivíduos podem ser expostos a níveis inaceitáveis de risco económico, ficando à mercê dos riscos inerentes aos mercados de capital.

Palavras-chave: Idoso. Direitos Fundamentais. Segurança Social.

Abstract:

It is possible to find concerns and social achievements in the Portuguese constitutionalism since the liberal age and the “Estado Novo”. However, the Constitution of 1976 is the first Portuguese Constitution that brings the term Social Security.

The Portuguese Social Security System has undergone several evolutions up to now. In terms of social protection in the elderly pensions and survivors’ pensions are usually considered.

For several reasons, especially the demographic one, the financial balance of social security is threatened, so it has been raised in various forums the issue of reducing the amount of pensions already granted, but this may jeopardize the principle of social non- retrogression/ the principle of protection of trust.

* Professora pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e do Instituto Superior de Serviço Social do Porto. Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica, Universidade do Porto, acarvalho@direito.up.pt.

Indeed, within the legal framework of economic, social and cultural rights such as the right to social security, we affirm the social non reversibility that determines that once legally enshrined benefits, the legislature can not eliminate them without compensation or alternative.

Moreover, given the financial imbalance, transferring some of the functions of the state in social matters or to the private sector or the so-called “Third Sector” is a new challenge for the state that instead of service provider appears as a regulator. However, in this matter, caution is needed because individuals may be exposed to unacceptable levels of economic risk, staying at the mercy of the risks inherent to capital markets.

Keywords: Elderly. Fundamental Rights. Social Security.

“A Constituição só vive se bem guardada pelos seus guardiões.”

Paulo Ferreira da Cunha¹

1. Introdução: o idoso, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Em Portugal, o conceito de idoso não é totalmente claro, havendo uma oscilação entre os 60 e os 65 anos de idade.² Jorge Duarte Pinheiro é de opinião que “No contexto actual de maior longevidade e de manutenção de uma certa qualidade de vida até mais tarde, parece ser razoável eleger o critério dos 65 anos, mas sem pretensões de rigidez”.³

¹ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Nova defesa da constituição. *Tribuna*, n. 32, 2013. Disponível em: <<http://works.bepress.com/pfc/186>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

² Com efeito, e citando Jorge Duarte Pinheiro (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 413, nota de rodapé 656) “No domínio estatístico, entende-se que é aquele que tem idade igual ou superior a 65 anos. Numa perspectiva sociológica, considera-se que, na hipótese de se estar perante alguém que exercia uma actividade profissional remunerada, o que interessa é a altura de aposentação, variável em razão da idade; e, até há pouco, a idade de reforma era, normalmente, 65 anos. No Direito Civil português, considera-se sempre contraído sob o regime de separação de bens o casamento celebrado por quem tenha sessenta anos de idade (art. 1720º, n. 2, al. b), do CC); em princípio, não pode adoptar quem tiver mais de 60 anos (arts. 1979º, n. 3, e 1992º, n. 2); no RAU, ainda aplicável aos contratos antigos, e no NRAU, há regras que estabelecem um tratamento de favor a quem tiver mais de 65 anos; no art. 6º, al. a), do DL n. 391/91, de 10/10, sobre acolhimento familiar, alude-se à pessoa idosa como sendo aquela que tem idade igual ou superior a 60 anos”. A propósito, note-se que a estrutura residencial para pessoas idosas destina-se, em regra, à habitação de pessoas com 65 ou mais anos (cf. art. 5º, n. 1 da Portaria n. 67/2012, de 21 de março).

³ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 413, nota de rodapé 656.

O art. 72º da Constituição da República Portuguesa⁴ atual⁵ (doravante CRP) sob a epígrafe “Terceira Idade” contém uma referência específica às pessoas idosas. Este artigo sofreu já duas alterações, sendo a mais importante a realizada em 1982, “na qual se transformou a obrigação estadual para com a terceira idade no reconhecimento dos direitos das pessoas idosas como Direitos Fundamentais, explicitado no n. 1 desse artigo.

Celebrando esta conquista constitucional, afirmava o deputado Vital Moreira na sessão de 23 de junho de 1996 que

Seria injusto que passasse em silêncio o significado desta alteração. Na verdade, a partir de agora os idosos passam a ser não apenas objecto de direitos de uma obrigação do Estado em relação a eles, mas sujeitos a um direito fundamental. Esta transformação de uma obrigação do Estado em direito fundamental dos próprios cidadãos idosos implica não apenas um reforço dos direitos fundamentais, mas também um reforço da própria obrigação do Estado em cumprir esses agora qualificados direitos das pessoas idosas.

Acrescentando Jorge Miranda, nessa mesma sessão, que tal medida era conforme com a «visão personalista» do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse preceito constitucional encerra em si, portanto, uma perspectiva da pessoa idosa na sua natureza complexa, própria da natureza humana, pelo que realizável em função de uma conjugação que vectores biológicos, sociais e culturais distintos, razão da experiência e dos antecedentes históricos de cada pessoa, consagrando tal normativo um conjunto de direitos de naturezas distintas, nomeadamente económica, social, familiar.⁶ (...)

Ao Estado cumpre executar, nos termos do art. 72º, n. 2, uma adequada política de terceira idade, de cariz económico, social e cultural. Não se trata de uma postura caritativa mas de uma verdadeira obrigação constitucional de protecção e assistência a um grupo social politicamente desfavorecido, em consonância com o art. 9º/d) do diploma constitucional, o qual reconhece como tarefa fundamental do Estado a promoção do «bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem

⁴ Artigo que aqui citamos:
“Artigo 72º
(Terceira idade)

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social.

2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.”

⁵ Constituição da República portuguesa de 1976, com as revisões constitucionais respetivas.

⁶ Vd. MIRANDA, Jorge. *Sessão parlamentar da Assembleia da República* (II Série, Revisão Constitucional) de 10-05-1989. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/?pid=r3>>.

como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais, ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais»⁷.

O idoso é uma pessoa jurídica e uma pessoa humana digna.

Segundo Jorge Miranda são diretrizes básicas sobre a dignidade da pessoa humana as seguintes:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
- c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;
- e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- f) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- g) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- h) A protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- i) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”⁸.

A dignidade da pessoa humana fundamenta a existência de direitos fundamentais.⁹ Com efeito, “os direitos e liberdades e garantias pessoais e os direitos

⁷ MENDES, Andreia. *Direito ao envelhecimento: perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*. 2012. Tese (Mestrado) - Escola de Direito da Universidade do Minho. p. 39-40. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20662/1/Andreia%20Joana%20Morris%20Mendes.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4, p. 184-185.

⁹ Jorge Miranda define direitos fundamentais como os direitos que se impõem a todas as entidades públicas e privadas e que incorporam os valores básicos da sociedade – In: Id., *Ibid.*, p. 52 -. São nomeadamente conceitos afins de direitos fundamentais os seguintes (seguimos aqui as definições de Jorge In: Id., *Ibid.*, p. 52-62 e 76-77):

- Direitos do homem: traduzem a ideia dos direitos que o homem tem pelo facto de ser homem e que, por isso mesmo, são comuns a todos os homens (Ex: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789);

- Direitos Subjetivos Públicos: direitos subjetivos atribuídos por normas de Direito Público (contrapõem-se a direitos subjectivos atribuídos por normas de direito privado).

- Direitos de personalidade: posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de

económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas”.¹⁰ Neste sentido, Cristina Queiroz sublinha que “o princípio de uma «existência condigna» (Dasein) não se refere unicamente à mera sobrevivência fisiológica e psíquica, mas ainda ao «livre» desenvolvimento da personalidade e à inclusão na sociedade. Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana não ostenta uma aceção meramente negativa, de não intromissão na esfera individual e íntima das pessoas, mas ainda positiva, isto é, relativa ao homem enquanto «pessoa» e «cidadão», dotado de idêntica «dignidade social» (art. 13º/1 da Constituição) e elemento participativo de uma comunidade social «bem ordenada»”.¹¹

A parte I da CRP versa sobre “Direitos e deveres fundamentais”. Todavia tal parte não esgota a matéria e nem sequer a enumeração dos direitos fundamentais.¹² Na Constituição podemos encontrar uma divisão sistemática entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais.

“Os direitos, liberdades e garantias eram, antes de mais, pensados como direitos do homem e de todos os homens e, na perspetiva do Estado Democrático, como direitos do cidadão e de todos os cidadãos. Correspondiam, em segundo lugar, à totalidade dos direitos pessoais e aos mais importantes direitos políticos, a que se juntavam alguns direitos sociais, não económicos. Tinham a estrutura, todos eles, de direitos, liberdades e garantias (com maior ou menor acentuação, quanto a cada um, da estrutura de direito *stricto sensu*, de liberdade ou de garantia). O que os aproximava numa unidade parecia ser a ideia de liberdade, de liberdade civil e política. (...)”

Muito mais heterogêneo era o grupo dos direitos económicos, sociais e culturais¹³ que visam já a promoção do bem estar social e a defesa dos carenciados.

Sintetizando, ainda nas palavras de Jorge Miranda,

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à protecção do poder contra outros poderes (...). Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo,

nascer e viver;

- Deveres fundamentais: situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder político ou, por decorrência de direitos ou interesses difusos, a certas pessoas perante outras (ex: deveres de escolaridade básica ou deveres dos pais educarem os filhos).

¹⁰ Id. *Ibid.*, p. 181.

¹¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 114.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4, p. 137.

¹³ Id. *Ibid.*, p. 140.

direitos de promoção. O conteúdo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade. (...) Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.¹⁴

Sem deixarem de ser uns e outros direitos fundamentais e constantemente relacionados, os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais adquirem um relevo diferente no contexto da Constituição, nomeadamente em termos de regime jurídico, como veremos mais adiante. Isto no âmbito das teorias que configuram regimes distintos para cada um dos tipos de direitos fundamentais, no entanto recorde-se que também há defensores¹⁵ da dogmática unitária dos direitos fundamentais e que, nesse sentido, não fazem diferenciação do regime dos vários tipos de direitos, pelo menos não na base da distinção entre direito liberal e direito social como os autores tradicionais.

Antes de analisar o direito à segurança social, procederemos à explanação genérica do regime dos direitos fundamentais, recorrendo aos ensinamentos de Jorge Miranda.¹⁶ Segundo este ilustre constitucionalista, podemos distinguir entre um regime comum e um regime específico dos direitos fundamentais.

O regime comum dos direitos fundamentais integra como o próprio nome indica princípios ou regras que se aplicam a todos os direitos fundamentais (independentemente de se tratar de direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais): é o caso do princípio da universalidade (previsto no art. 12º da CRP e complementado pelos arts. 14º e 15º), do princípio da igualdade (art. 13º), do princípio da cláusula aberta ou da não tipicidade (art. 16º, n. 1), do princípio da interpretação e integração de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, n. 2), do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva (art. 20º), da responsabilidade das entidades públicas (art. 22º), dos direitos de queixa, petição geral e especial (arts. 23º e 52º, todos da CRP) e dos limites ao exercício dos direitos (art. 29º, n. 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

O regime específico dos direitos fundamentais é, por sua vez, distinto, consoante se trate de um direito, liberdade e garantia ou de um direito económico, social e cultural.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, p. 181-197, 2012/2013. p. 184.

¹⁵ Entre eles, Jorge Reis Novais (cf. NOVAIS, Jorge Reis. *direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010).

¹⁶ Aqui fazemos uma breve síntese do regime explanado por Jorge Miranda em MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4, p. 215-403.

Dentro do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, Jorge Miranda, distingue ainda três dimensões ou regimes distintos: o material (arts. 18º e 19º CRP), o orgânico [arts. 164º, 165º/1 b) e também 161º CRP] e o relativo aos limites materiais de revisão constitucional [art. 288º d) CRP].

No que respeita ao regime material, o art. 18º estabelece no n. 1 que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis (não necessitando, portanto, de intermediação do legislador). O Tribunal Constitucional tem salientado que alguns direitos, liberdades e garantias carecem de lei ordinária que complemente e pormenorize a previsão constitucional (ex: direito à identidade genética¹⁷). Se tal lei faltar, podemos estar perante uma inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 283º da CRP.

Por outro lado, também se afirma no n. 1 do art. 18º que estes preceitos vinculam entidades públicas e privadas.

Os ns. 2 e 3 deste artigo estabelecem em que medida poderá haver restrições de direitos, liberdades e garantias. Estas só podem ter lugar por via de lei, “nos casos expressamente previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” [está aqui em causa o princípio da proporcionalidade: as restrições devem ser necessárias, adequadas e proporcionais (proporcionais aqui no sentido de não excessivas)]. Acrescente-se que “As leis restritivas de direitos têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” (art. 18º, n. 3 da CRP).

O art. 19º, n. 1 estabelece que os direitos, liberdades e garantias não podem ser suspensos, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição. Contudo, de acordo com o art. 19º, n. 6,

A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.¹⁸

¹⁷ Para maior detalhe nesta matéria, consultar: ABREU, Lúcia Carvalho; CARVALHO, Ana Sofia. A europeização do direito constitucional português em matéria de direitos fundamentais - o caso do direito à identidade genética. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. v. 2, n. 2, p. 24-54, 2013. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3269>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

¹⁸ Segundo Jorge Miranda, os direitos, liberdades e garantias do art. 19º n. 6 da CRP gozam de um regime reforçado de tutela (algumas destas considerações do regime reforçado de tutela já decorrem normalmente do regime constitucional que explanamos):

“Assim:

Os cidadãos portugueses que também sejam cidadãos de outro Estado, quando se encontrem no território

No que respeita ao regime orgânico do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, estão em causa os arts. 161º i), 164º e 165º/1 b) da CRP. A regra geral prevista no art. 165º/1 b) é a de que os direitos, liberdades e garantias fazem parte da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. No entanto, pode haver matérias específicas em termos de direitos, liberdades e garantias, que façam parte da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, veja-se o exemplo do art. 164º o) “restrições ao exercício de direitos por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança”. O art. 161º alínea i) diz respeito à competência da Assembleia da República para aprovação de tratados e acordos internacionais – este artigo revela-se importante quanto houver tratados ou acordos em forma simplificada que versem sobre direitos liberdades e garantias.

No que respeita à dimensão relativa aos limites materiais de revisão, os direitos, liberdades e garantias fazem parte dos limites materiais de revisão, por força do art. 288º d) da CRP.

Relativamente ao regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais, embora a sua existência não seja consensualmente aceite, certo é que determinadas características genéricas inerentes aos mesmos podem ser identificadas, nomeadamente tendo em conta a jurisprudência do Tribunal Constitucional:¹⁹

- a necessidade da sua concretização (para acesso à sua justiciabilidade);
- a graduabilidade da sua realização e
- a não reversibilidade social.

Com efeito, estes direitos que abreviadamente designaremos por direitos sociais necessitam de intermediação prévia do legislador para poderem conceder direitos imediatos a prestações efetivas e, quando não exista tal intermediação para concretização

deste, podem invocar o seu direito de proteção (art. 14º da Constituição) contra qualquer violação desses direitos;

Os estrangeiros gozam em Portugal, sem quaisquer restrições, desses direitos (art. 15º);

Os órgãos e agentes administrativos não podem aplicar normas que os infringjam;

*Os preceitos constitucionais a eles respeitantes vinculam imediatamente as entidades privadas (art. 18º, n. 1);
Quaisquer normas violadoras dos mesmos direitos consideram-se feridas de nulidade radical ou fundamental;*

Em caso algum, pode haver restrição, suspensão ou privação individual destes direitos;

O Tribunal Constitucional não pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de norma violadora de tais direitos (art. 282º, n. 4);

*Estes direitos, no seu todo, constituem limites materiais de revisão constitucional [art. 288º, al. d)].” – cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4, p. 369-370.*

¹⁹ Seguimos aqui a terminologia e definições de QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 87-122.

do direito, o mesmo constituirá apenas “um direito a uma prestação não vinculada”, reconduzível a uma mera “pretensão jurídica”²⁰ e como tal não podendo ser aplicado diretamente (ao contrário dos direitos, liberdades e garantias).

No entanto, e na síntese que Cristina Queiroz faz da visão de Klaus Stern,²¹ embora seja:

usual afirmar-se que a sua [referindo-se aos direitos fundamentais sociais] «indeterminabilidade jurídico-constitucional» não legitima pretensões jurídicas originárias, isto é, pretensões derivadas directamente dos preceitos constitucionais. Mas determina, no que concerne ao núcleo das chamadas «prestações existenciais» (*Daseinvorsorge*), que o Estado tem por obrigação assegurar aos cidadãos, um conjunto de «direitos derivados a prestações» ou «direitos de quota-parte» (*derivative Teilhabetechte*), que podem ser ordenados na base de um conteúdo defensivo, tal como os clássicos direitos de defesa, e designadamente:

um «direito de igual acesso, obtenção e utilização» de todos os cidadãos a todas as instituições públicas, nomeadamente igual acesso a instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização dos transportes públicos, etc.; e

um «direito de participação» ou «direito de igual quota-parte» de todos os cidadãos nas prestações fornecidas por esses serviços ou instituições à comunidade, nomeadamente um direito de quota-parte nas prestações de saúde, nas prestações escolares, nas prestações de reforma e invalidez, etc.²²

No que toca à graduabilidade da realização dos direitos fundamentais sociais, há que ter em conta que os direitos fundamentais sociais:

têm os seus custos, só podendo ser garantidos na «medida do possível», isto é, de modo proporcional ao desenvolvimento e ao progresso económico e social. É essa dependência da conjuntura que determina os limites e a extensão dos «pressupostos de facto» da realização dos direitos fundamentais sociais. (...) A literatura refere, a este propósito, que o direito se encontra sujeito a um princípio da «reserva do possível» (...) Na expressão do Tribunal Constitucional Federal alemão, a «reserva do possível»

²⁰ Vide a propósito Acórdão n. 151/92 do Tribunal Constitucional, referente ao direito à habitação e QUEIROZ, Cristina. op. cit., p. 89.

²¹ STERN, Klaus. *Das staatsrecht der bundesrepublik deutschland*. III, 1 (“Allgemeine Lehren der Grundrechte”), Munique, 1988. p. 698.

²² QUEIROZ, Cristina. op. cit., p. 91-92.

corresponde aquilo que «o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade». A escassez de meios quanto ao «objecto» do direito fundamental social, basicamente a «prestação», constitui um «limite fáctico» de todos os direitos fundamentais sociais. O princípio clássico «*ultra posse nemo obligatur*», isto é, que não pode ser buscado o que não existe, a impossibilidade de cumprir deveres como fenómeno jurídico geral, que também pode ocorrer no caso dos direitos, liberdades e garantias, é que poderá apresentar-se como uma «limitação normativa».²³

No que toca à não reversibilidade social, também conhecida pelo princípio da proibição do retrocesso social,²⁴

determina que, uma vez consagradas legalmente as «prestações sociais» (v.g., de assistência social), o

²³ Id. *Ibid.*, p. 97, 98 e 100.

²⁴ Nesta matéria Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, 2012/2013. p. 193) recorda que “a doutrina portuguesa – como a de outros países – acha-se fortemente dividida entre os Autores que a afirmam (GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, DAVID DUARTE, CRISTINA QUEIROZ), os que negam (MANUEL AFONSO VAZ, JORGE REIS NOVAIS, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO) e os que, apesar de a negar, acolhem um qualquer princípio de salvaguarda de um grau maior ou menor de concretização legislativa das normas dos direitos sociais (JOÃO CAUPERS, VASCO PEREIRA DA SILVA, RUI MEDEIROS, VIEIRA DE ANDRADE, TIAGO DE FREITAS, PAULO OTERO. E no Brasil parece próximo deste último entendimento INGO SARLET.”

Quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional português nesta matéria, Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, 2012/2013) afirma que nela se registou uma evolução assinalável: “O Acórdão n. 39/84 (sobre o serviço nacional de saúde) orientou-se peremptoriamente na linha do princípio da proibição do retrocesso social: «Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.»

«Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.»

Contudo, em sucessivos arestos, o Tribunal foi suavizando o seu enfoque do problema e adotando formulações mais moderadas. O acórdão n. 509/2002 (sobre rendimento social de inserção) é o que melhor traduz essa inflexão, por aduzir que: 1º) onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção atingido é necessariamente mínimo, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão; 2º) noutras circunstâncias porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.”

legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Nas palavras de J.J. GOMES CANOTILHO, trata-se da consagração da inversão da lógica – o legislador «cria» os direitos sociais, o legislador «dispõe» dos direitos sociais.²⁵

Por outro lado, e na opinião de Cristina Queiroz,²⁶ a expressão «proibição do retrocesso social» não é feliz e juridicamente poderia ser substituída por outros conceitos, como, por exemplo, a segurança jurídica ou a proteção da confiança, ambos individualizadores da cláusula do Estado de Direito democrático e constitucional, constante do art. 2º da Constituição, que, quando violados, se apresentam, em rigor, como critérios indiciadores de um retrocesso social constitucionalmente ilegítimo.

Neste campo, note-se a posição de Vieira de Andrade,²⁷ sintetizada por Cristina Queiroz,

a «estabilidade da concretização legislativa» já alcançada no domínio dos «direitos sociais» e a «liberdade de conformação do legislador» implica que se distingam diferentes situações.

Assim:

onde a Constituição contenha uma «ordem de legislar» suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, o legislador só poderá retroceder no grau de protecção já atingido na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão;

noutras circunstâncias, a proibição do retrocesso social apenas poderá funcionar em casos limites, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam carácter de opções legislativas fundamentais;

mas importará saber se o diploma em que se insere a norma apreciada procede ou não a uma expressa ressalva dos «direitos adquiridos», já que no primeiro caso não se poderá falar, em rigor, de «retrocesso social propriamente dito»;

²⁵ QUEIROZ, Cristina. op. cit., p. 102.

²⁶ Id. Ibid., p. 105.

²⁷ Em comentário ao Acórdão n. 509/2002 do Tribunal Constitucional, mais concretamente no seguinte documento: O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n. 509/02, In: “Jurisprudência Constitucional”, 1 (2004). p. 21 e ss.

o retrocesso operará tão-só quando se pretender atingir «o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», ou seja, quando «sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios», se pretenda proceder:

- a uma «anulação, revogação ou aniquilamento pura e simples desse núcleo essencial»,
- quando a alteração redutora se faça com violação do «princípio da igualdade» ou do «princípio da protecção da confiança»,
- ou se atinja o «conteúdo» de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”.²⁸

Segundo Jorge Miranda, os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível e as respetivas normas concretizadoras devem ser entendidas nestes termos:

“1º) Quando se verificarem condições económicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de elas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;

2º) Ao invés, não se deparando tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações tem de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;

3º) Situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas – não a das normas constitucionais atributivas dos direitos a que se reportam (insisto), mas elas hão-de retomar a sua efectividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida colectiva.

Há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional e o estágio de efetividade das normas, entre a capacidade do Estado e da sociedade e os direitos derivados a prestações, entre os bens económicos disponíveis e os bens jurídicos deles inseparáveis. Por isso, deve concluir-se: 1º) Somente é obrigatório o que seja possível; 2º) mas tudo quanto seja possível torna-se obrigatório”.²⁹

Relativamente ao financiamento das despesas inerentes à satisfação das necessidades coletivas, Jorge Miranda relembra que vigora entre nós o Estado Social,

²⁸ QUEIROZ, Cristina. op. cit., p. 108-109.

²⁹ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, 2012/2013. p. 195.

que aceita assumir os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não possam pagar as prestações os mesmos direitos a que têm acesso aqueles que as podem pagar. (...)

Sem dúvida, recai sobre o Estado assegurar, por meio de impostos, a assistência materno-infantil, os cuidados de saúde (ou, pelo menos os cuidados primários), o ensino básico e o secundário obrigatórios, o apoio no desemprego, a integração dos deficientes e dos marginalizados, o auxílio material às vítimas de crimes e de calamidades naturais, etc. A essencialidade dos bens ou a universalidade justificam-no.

Por outro lado, quanto às restantes necessidades – ou porque não afetam identicamente todos os cidadãos, ou porque não revestem para todos o mesmo significado ou porque dependem de circunstâncias nem sempre previsíveis – pode justificar-se uma partilha dos custos da sua satisfação (até porque se verifica uma partilha de benefícios). O Estado deve pagar uma parte, os próprios outra parte e até onde possam pagar.

Os que podem pagar, devem pagar. E é preferível que paguem em parte (até certo limite do custo real) o serviço ou o bem, directamente, por meio de taxas, e não indirectamente, mediante impostos, por três motivos: 1) porque assim tomam consciência do seu significado económico e social e das consequências de aproveitarem ou não os benefícios ou alcançarem ou não os resultados advenientes; 2) porque, em muitos casos, podem escolher entre serviços ou bens em alternativa; 3) porque mais de perto podem controlar a utilização do seu dinheiro e evitar o atenuar o peso do aparelho burocrático.

Diversamente, os que não podem pagar, não devem pagar (ou devem receber prestações pecuniárias – bolsas, pensões, subsidio de desemprego – para poderem pagar).

*Mas a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidade não é nunca rígida, nem definitiva. Depende dos estágios de desenvolvimento económico, social e cultural e da situação do país. E é também o sufrágio universal que, em cada momento, a traça, através das políticas públicas prosseguidas pelos órgãos por ele legitimados. Tudo em qualquer caso, insista-se, no respeito da dignidade de cada uma e de todas as pessoas humanas”.*³⁰

Após estas considerações gerais, passemos a analisar em especial o direito à segurança social.

³⁰ Id. Ibid., p. 196-197.

2. O direito à Segurança Social e o Sistema de Segurança Social

É possível encontrar no constitucionalismo português preocupações e realizações sociais já na época liberal e no Estado Novo.

Na síntese de Jorge Miranda,

A Constituição de 1822 contemplava estabelecimentos de beneficência e de caridade (arts. 223º, IV, e 240º, in fine). A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 garantiam os socorros públicos (arts. 145, § 29º, e 28º, III, respectivamente). A Constituição de 1911 aludia a um direito à assistência pública (art. 3º, n. 29). E a Constituição de 1933 incluía, entre os fins do Estado, o de obstar a que as condições das classes sociais mais desfavorecidas descessem abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente art. 6º, n. 3) ou de lhes assegurar um nível de vida compatível com a dignidade humana (após 1951); e incumbia-o outrossim de promover e favorecer as instituições de solidariedade, previdência, cooperação e mutualidade (art. 41º).³¹

No entanto, a Constituição de 1976 é a primeira das Constituições Portuguesas que emprega o termo Segurança Social, a primeira que contém um artigo dedicado à segurança social e a primeira que prevê um Sistema de Segurança Social³² – cf. art. 63º da CRP³³ -, trazendo uma amplitude de preceitos, vocacionados para a realização da democracia económica, social e cultural.

³¹ MIRANDA, Jorge. Breve nota sobre segurança social. In: *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Almedina, 2007. p. 227. Para maior detalhe consultar p. 225-233 da mesma obra.

³² Id. *Ibid.*, p. 227.

³³ O art. 63º da CRP preceitua o seguinte:

“Art. 63.º (Segurança social e solidariedade)

1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado.

5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n. 2 do art. 67.º, no art. 69.º, na alínea e) do n. 1 do art. 70.º e nos arts. 71.º e 72.º.”

Jorge Miranda,³⁴ analisando o art. 63º da CRP, sublinha que o mesmo contém três vertentes: a subjetiva (atinentes a direitos e deveres das pessoas), a objetiva (relativa a incumbências do Estado) e a organizatória. Com efeito, a par do direito geral à segurança social (previsto no n. 1 do artigo citado) como direito com estrutura de direitos económicos, sociais e culturais, há direitos com estrutura de direitos, liberdades e garantias:

- O direito a que todo o tempo de trabalho contribua para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do setor de actividade em que tenha sido prestado (n. 4 do artigo citado);

- O direito de participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários (n. 2, 2º parte do artigo citado);

- O direito de criação de instituições particulares de solidariedade social e de outras instituições de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo (n. 5 do artigo citado).

No seguimento deste autor devem ainda salientar-se como corolários do art. 63º da CRP:

- A incumbência do Estado de organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social (n. 2, 1º parte do artigo citado);

- A incumbência complementar do Estado de apoiar e fiscalizar, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e outras de reconhecido interesse público sem fins lucrativos (n. 5 do artigo citado);

- A caracterização do sistema de segurança social como unificado e descentralizado (n. 2, 1ª parte do artigo citado);

- A ligação das instituições particulares de solidariedade social não só a objetivos de segurança social mas também a formas de apoio às famílias, às crianças, aos jovens, às pessoas com deficiência e aos idosos (n. 5, 2ª parte do artigo citado).

Note-se ainda

Por imposição do princípio da igualdade real entre os portugueses [art. 9º, alínea d)], a possibilidade de deveres de contribuição por parte dos beneficiários, em razão das suas capacidades económicas.³⁵

Ressalta o mesmo autor³⁶ a concepção universalista atual³⁷ do direito à segurança social, consonante com o regime dos direitos fundamentais. Assim, “O direito

³⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. Breve nota sobre segurança social. In: *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Almedina, 2007. p. 228.

³⁵ Id. *Ibid.*, p. 229.

³⁶ Id. *Ibid.*, p. 229.

³⁷ Na verdade, recorda Jorge Miranda (Id. *Ibid.*, p. 229) que “*Se à face do texto inicial poderia pôr-se a dúvida*

à segurança social é de todas as pessoas (n. 1) – incluindo os estrangeiros residentes em território português (art. 15º)³⁸, mesmo que o n. 3 apenas se refira a “cidadãos”.³⁹

Sobre o Sistema de Segurança Social há que ter em conta que ele é:

- a) Universal – porque todos têm direito à segurança social, e porque, em caso algum, perdem os direitos adquiridos a prestações;
- b) Integral – porque pretende abranger todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho;
- c) Unificado – porque estruturado como uma unidade em razão da unidade de vida das pessoas e funcionalmente adequado às diversas prestações de que careçam;
- d) Público – porque organizado, coordenado e subsidiado pelo Estado;
- e) Descentralizado – porque estruturado através de pessoas colectivas públicas distintas do Estado, sejam de Administração indirecta ou de Administração autónoma [cfr. arts. 105º, n. 1, alínea b), e 199º, alínea d) da Constituição];
- f) Participado – porque sujeito a formas de participação por parte de associações representativas dos beneficiários, em obediência ao princípio da democracia participativa (art. 2º).⁴⁰

Na esteira de Jorge Miranda, como se adiantou, há normas no art. 63º com natureza preceptiva⁴¹ (as normas com estrutura de direitos, liberdades e garantias e as que caracterizam o sistema de segurança social como universal, integral, unificado, público, descentralizado e participado), tendo as restantes natureza programática.⁴²

e sustentar uma concepção laborista ou trabalhista, pelo menos desde 1982, (...), tal já não se antolha admissível. O natural relevo dado aos trabalhadores (ns. 2 e 4) não infirma este raciocínio.

É, de resto, uma concepção idêntica ou análoga a que domina na grande maioria de outras Constituições e nos grandes textos internacionais”.

³⁸ Id. Ibid., p. 229.

³⁹ Id. Ibid., p. 229, nota de rodapé 16.

⁴⁰ Id. Ibid., p. 230.

⁴¹ Sobre normas com natureza preceptiva e programáticas ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 5. ed., 2003, p. 270 e seguintes.

⁴² Seguindo Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Breve nota sobre Segurança Social. In: *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Almedina, 2007. p. 225-233, em especial p. 231), as normas programáticas são verdadeiras e próprias normas jurídicas, porquanto:

“a) Só por constarem da Constituição, reflectem-se, directa ou indirectamente, sobre as restantes normas, as quais, sem elas, poderiam ter alcance diverso;

b) Através da analogia podem contribuir para a integração de lacunas;

c) Proíbem a emissão de normas legais ou quaisquer outras contrárias;

d) Proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de actos por elas impostos;

Note-se que

A falta de normas concretizadoras de normas programáticas, no tempo e no modo constitucionalmente prescrito, determina inconstitucionalidade por omissão. A violação por normas contrárias, directamente ou por meio de revogação das normas concretizadoras, equivale a inconstitucionalidade por acção, com as consequências inerentes.⁴³

Ainda e no que toca à concretização destas normas,

a liberdade de decisão ou de conformação do legislador recorta-se variável, inversamente proporcional à maior ou menor determinação ou determinabilidade das regras constitucionais.

É menor no tocante à contagem de todo o tempo de trabalho para o cálculo das pensões de velhice e invalidez. E também pequena quanto à integração do orçamento da segurança social no orçamento de Estado, na definição das situações de carência e das formas de participação dos beneficiários, quanto às garantias de unidade do sistema e quanto ao regime das instituições particulares de solidariedade social. Depois vai aumentando: formas de organização, coordenação e financiamento pelo Estado, formas de descentralização, articulação entre o sistema de segurança social e as instituições particulares de solidariedade social.⁴⁴

O Sistema de Segurança Social Português sofreu várias evoluções até chegarmos à Segurança Social de hoje, regulada pela Lei n. 4/2007, de 16 de janeiro (que aprovou as bases⁴⁵ gerais do sistema de segurança social, doravante LBSS). Esta lei vem concretizar o chamado direito à segurança social, que é irrenunciável, tendencialmente de atribuição universal,⁴⁶ a efetivar pelo Sistema e a exercer nos termos da Constituição, instrumentos internacionais aplicáveis e na lei de bases gerais do Sistema de Segurança Social [cf. arts. 2º, 3º e 4º a) da LBSS].

e) Fixam critérios, directivas ou balizas para o legislador ordinário;

f) Uma vez concretizadas através de normas legais, não podem estas ser pura e simplesmente, revogadas, retornado-se à situação anterior (o legislador tem, decerto, a faculdade de modificar qualquer regime jurídico, o que não tem é a faculdade de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que ele, entretanto, tenha adquirido)".

⁴³ MIRANDA, Jorge. Breve nota sobre segurança social. In: *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 225-233, em especial p. 231.

⁴⁴ Id. *Ibid.*, p. 225-233, em especial p. 232.

⁴⁵ Recorde-se que a lei de bases da segurança social pertence à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, o que permite decretos-leis e decretos legislativos regionais por ela autorizados [ver arts. 165º, n. 1, al. f), e ns. 2, 3, 4 e 5, e 227º, n. 1, al. b)] – cf. Id. *Ibid.*, p. 232.

⁴⁶ Cf. por vezes condições de residência e de reciprocidade na atribuição de prestações.

São vários os princípios gerais do Sistema de Segurança Social, a saber: os princípios da universalidade, da igualdade, da solidariedade, da equidade social, da diferenciação positiva, da subsidiariedade, da inserção social, da coesão intergeracional, do primado da responsabilidade pública, da complementaridade, da unidade, da descentralização, da participação, da eficácia, da tutela dos direitos adquiridos e dos direitos em formação, da garantia judiciária e da informação (cf. art. 5º da LBSS). Estes princípios são desenvolvidos pela própria LBSS nos seus arts. 6º a 22º. Particular importância tem o princípio da solidariedade que “consiste na responsabilidade colectiva das pessoas entre si na realização das finalidades do sistema e envolve o concurso do Estado no seu financiamento”⁴⁷ e que se concretiza:

“a) No plano nacional, através da transferência de recursos entre os cidadãos, de forma a permitir a todos uma efectiva igualdade de oportunidades e a garantia de rendimentos sociais mínimos para os mais desfavorecidos;

b) No plano laboral, através do funcionamento de mecanismos redistributivos no âmbito da protecção de base profissional; e

c) No plano intergeracional, através da combinação de métodos de financiamento em regime de repartição e de capitalização”⁴⁸.

Nos termos do art. 23º da LBSS, o Sistema de Segurança Social abrange o sistema de protecção social de cidadania,⁴⁹ o sistema previdencial⁵⁰ e o sistema complementar.⁵¹ Por seu turno, o sistema de protecção social de cidadania engloba o subsistema de acção social,⁵² o subsistema de solidariedade⁵³ e o subsistema de protecção familiar⁵⁴ (cf. art. 28º da LBSS). E o sistema complementar compreende um regime

⁴⁷ Cf. n. 1 do art. 8º da LBSS.

⁴⁸ Cf. n. 2 do art. 8º da LBSS.

⁴⁹ Este sistema tem por objetivos garantir direitos básicos dos cidadãos e a igualdade de oportunidades, bem como promover o bem-estar e a coesão sociais (cf. n. 1 do art. 26º da LBSS).

⁵⁰ Este sistema visa garantir, assente no princípio de solidariedade de base profissional, prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas, a saber: doença; maternidade, paternidade e adoção; desemprego; acidentes de trabalho e doenças profissionais; invalidez; velhice e morte (cf. arts. 50º e 52º da LBSS).

⁵¹ Este sistema, passe-se o pleonasma, visa complementar a protecção oferecida pelos outros sistemas (do tipo obrigatório). Daí que este sistema complementar seja facultativo.

⁵² Este subsistema tem como objetivos fundamentais a prevenção e reparação de situações de carência e desigualdade sócioeconómica, de dependência, de disfunção, de exclusão ou vulnerabilidade sociais, bem como a integração e promoção comunitárias das pessoas e o desenvolvimento das respetivas capacidades (cf. n. 1 do art. 29º da LBSS).

⁵³ Este subsistema destina-se a assegurar, com base na solidariedade de toda a comunidade, direitos essenciais por forma a prevenir e a erradicar situações de pobreza e de exclusão, bem como a garantir prestações em situações de comprovada necessidade pessoal ou familiar, não incluídas no sistema previdencial (cf. n. 1 do art. 36º da LBSS).

⁵⁴ Este subsistema visa assegurar a compensação de encargos familiares acrescidos quando ocorram as eventualidades legalmente previstas, nomeadamente: a) encargos familiares; b) encargos no domínio da deficiência; e c) encargos no domínio da dependência (cf. art. 44º e 46º da LBSS).

público de capitalização e regimes complementares de iniciativa coletiva e de iniciativa individual (cf. art. 81º da LBSS).⁵⁵

São várias as eventualidades cobertas pelo regime de segurança social em geral, sendo eventualidades típicas a doença, o acidente de trabalho, a doença profissional, a invalidez, o desemprego, a maternidade, os encargos familiares e a velhice. “A pobreza passou a ser enquadrada como eventualidade atípica, ao mesmo tempo que, quer entre nós, quer num plano comparado, se recortam novas eventualidades (v.g. dependência, num quadro de crescente envelhecimento, em que se distingue entre «idosos novos» e «idosos velhos»):⁵⁶

Em termos de cobertura social na terceira idade é costume referirem-se as:

- Pensões de velhice substitutivas dos rendimentos de trabalho, garantindo tendencialmente 100% do rendimento anterior;
- Pensões de sobrevivência numa fração não inferior a metade da pensão de velhice do beneficiário, para cônjuges e descendentes em caso de morte daquele, antes ou durante o período da reforma.⁵⁷

No sítio da Segurança Social, na seção destinada à reforma,⁵⁸ podemos encontrar as seguintes prestações:

- Pensão de Velhice;⁵⁹
- Pensão Social de Velhice;⁶⁰
- Complemento solidário para idosos;⁶¹

⁵⁵ João Carlos Loureiro considera a solução da LBSS claramente insuficiente, a diferentes níveis, pois: “- em relação ao objeto, exclui domínios que, a partir de uma caracterização material, devem caber neste território (paradigmaticamente, a segurança social da função pública);

- em termos de sistematização, não cabe ao legislador fazer doutrina, havendo arrumações que não são das mais consistentes dogmáticamente;” – LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. p. 136-137.

⁵⁶ Id. *Ibid.*, p. 190.

⁵⁷ MENDES, Fernando Ribeiro. *Segurança social: o futuro hipotecado*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. p. 43.

⁵⁸ Ver SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/reforma>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

⁵⁹ Dirigida às pessoas com mais de 65 anos que tenham pago contribuições para a Segurança Social durante pelo menos 15 anos. Para mais informações consultar SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/pensao-de-velhice>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

⁶⁰ Dirigida às pessoas com mais de 65 anos, com baixos rendimentos, que não tenham direito à pensão de velhice. Para mais informações consultar SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/pensao-social-de-velhice1>>. Acesso em: 1 abril 2014.

⁶¹ Trata-se de um apoio em dinheiro pago mensalmente aos idosos com baixos recursos com mais de 65 anos e residentes em Portugal. Para mais informações consultar SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/complemento-solidario-para-idosos>>. Acesso em: 1 abril 2014.

- Benefícios adicionais de Saúde (CSI)⁶² e
- Certificados de Reforma.⁶³

De notar, em matéria de pensões, que

No caso português, a transferência integral do risco de esperança de vida para o beneficiário foi consagrada pelas novas regras de cálculo da pensão fixadas em 2007, que instituíram o fator de sustentabilidade. Com efeito, a redução do valor total da pensão atribuída operada por este fator aumenta à medida que a esperança de vida média à idade de 65 anos se distancia do nível inicial de 2006, obrigando cada beneficiário a aumentar a permanência na atividade nessa proporção, se desejar compensar aquela redução. Eis uma inesperada posição de liderança (negativa) do nosso país, porventura a mais desconfortável para cada um de nós.⁶⁴

Com efeito, o fator de sustentabilidade previsto no art. 64º da LBSS⁶⁵ é um elemento de adequação do sistema de pensões às modificações de origem demográfica, o qual resulta da relação entre a esperança média de vida aos 65 anos em 2006 e aquela que vier a verificar-se no ano anterior ao do requerimento da pensão.⁶⁶

Por outro lado, é importante ter em conta que os idosos cada vez querem ficar mais tempo nas suas casas mesmo nas idades mais avançadas.⁶⁷ “Ora, os custos dos cuidados profissionais ao domicílio são claramente superiores aos dispensados em

⁶² Trata-se de apoios que as pessoas a receber Complemento Solidário para Idosos têm direito para reduzir as suas despesas de saúde, no âmbito de programas específicos. Para mais informações consultar SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/beneficios-da-saude-csi>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

⁶³ Estes certificados podem ser obtidos no âmbito do Regime Público de Capitalização (RPC), regime complementar de adesão individual e voluntária, que permite efetuar contribuições adicionais ao longo da vida ativa do aderente, que serão capitalizados numa conta em seu nome e convertidos em certificados de reforma. Para mais informações consultar SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/certificados-de-reforma>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

⁶⁴ MENDES, Fernando Ribeiro. *Segurança Social: o futuro hipotecado*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. p. 98-99.

⁶⁵ O art. 64º da LBSS sob a epígrafe “Factor de sustentabilidade” dispõe o seguinte:

“1- Ao montante da pensão estatutária, calculada nos termos legais, é aplicável um factor de sustentabilidade relacionado com a evolução da esperança média de vida, tendo em vista a adequação do sistema às modificações resultantes de alterações demográficas e económicas.

2- O factor de sustentabilidade é definido pela relação entre a esperança média de vida verificada num determinado ano de referência e a esperança média de vida que se verificar no ano anterior ao do requerimento da pensão”.

⁶⁶ Cf. SEGURANÇA SOCIAL. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/pensao-de-velhice>>. Acesso em: 1 abr. 2014. Para concretizações deste fator de sustentabilidade ver o art. 35º do Decreto-Lei n. 187/2007, de 10 de maio; em relação à exclusão do âmbito pessoal de aplicação ver o art. 100º.

⁶⁷ MENDES, Fernando Ribeiro. *Segurança social: o futuro hipotecado*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. p. 99.

instituições, por óbvias razões de deseconomias de escala. (...) Seja como for, a procura de protecção pública contra estes riscos é e será muito forte”.⁶⁸

Acresce que os idosos estão sujeitos a uma taxa de exposição ao risco de pobreza acima dos 20%,⁶⁹ assim como persiste a exclusão social deste grupo. Com efeito, “persistem aspectos qualitativos do modo de vida urbano que estigmatizam a condição do idoso, excluindo-o da fruição de muitos consumos, por exemplo, cinema, teatro, espectáculos musicais, quase inacessíveis aos que sofrem de mobilidade reduzida ou são mais vulneráveis à insegurança da vida das cidades”.⁷⁰

Há que ter em conta também a crescente insuficiência da capacidade de cobertura da segurança social que se explica em parte pela natureza do Estado-Providência e em parte pelas mudanças demográficas e sociais verificadas desde os anos 70.⁷¹

Em larga medida, a família e o emprego hoje em dia são muito diferentes do que eram nessa época: a estabilidade com que se revestiam em larga medida foi substituída pela fluidez e mudança acelerada. Isto põe os Estado-Providência sob uma enorme pressão na medida em que se há menos indivíduos em condições de descontar, existem, por outro lado, mais indivíduos desempregados ou reformados. A combinação de novos padrões de emprego, um número crescente de pensionistas e menor crescimento económico têm tornado os esquemas de segurança social cada vez mais insustentáveis.⁷²

2.1. Balanço do estado atual da Segurança Social e sugestões para o futuro

Dada a completa síntese de Fernando Ribeiro Mendes, acompanharemos nesta matéria as suas palavras:

a reforma de 2006-07 da segurança social portuguesa não resolveu em definitivo o problema da adequação das pensões de forma sustentável no longo prazo, não obstante a eficácia revelada no controlo do crescimento a longo prazo das pensões. Deve sublinhar-se, além disso, o quadro complexo de relacionamento intergeracional em que se desenvolveu, desafiando abertamente a equidade entre gerações.

As ameaças ao equilíbrio financeiro dos regimes contributivos da segurança social, reconhecidas em 2006, levaram ao

⁶⁸ Id. *Ibid.*, p. 100-101.

⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION. *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion*, 2010.

⁷⁰ MENDES, Fernando Ribeiro. *op. cit.*, p. 102.

⁷¹ SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do estado social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013. p. 71.

⁷² Id. *Ibid.*, p. 71.

aumento imediato da base de incidência do regime dos trabalhadores independentes, procurando elevar a colecta respectiva. Tal esforço prolongou-se, depois, nas medidas previstas no Código Contributivo dos Regimes da Segurança Social, aprovado em 2009 (Lei n. 110/2009, de 16 de setembro), entretanto suspenso na sua produção de efeitos até 2011. A estratégia contida nestas actuações governamentais terá impacto nos custos das empresas, com consequências problemáticas sobre o emprego, a médio prazo.

Ao mesmo tempo, houve descida dos níveis de protecção prometidos à população em actividade, em resultado das barreiras criadas à reforma antecipada dos desempregados mais velhos. Finalmente, como vimos antes, a pensão a receber pelos novos reformados, depois de 2007, foi reduzida pela aplicação do novo factor de sustentabilidade, que diminui o montante da prestação na proporção do aumento da esperança de vida aos 65 anos. Em suma, o segmento da população activa com mais precariedade no emprego ou mais idoso viu reduzir-se as expectativas de protecção na velhice que lhe tinham sido criadas pela legislação vigente até 2007.

Num segundo momento, quis-se alargar o campo de aplicação pessoal dos regimes contributivos da segurança social, incorporando neles mais gente em actividade, na expectativa de mais contribuições sociais a cobrar. Assim sucedeu com o emprego público, agora com novo estatuto laboral convergente com as regras do sector privado, a que se aplicam progressivamente as regras de formação da pensão do regime geral da segurança social, fechando-se definitivamente a CGA aos novos contratados pelo Estado.

Quanto às gerações mais novas, os apoios à família e aos filhos registaram alguns reforços, embora seja duvidoso o impacto efectivo na melhoria das condições de vida das famílias jovens devido aos montantes em causa. A maternidade e a paternidade tiveram um significativo aumento de protecção em matéria de licenças subsidiadas pela segurança social. No entanto, os apertos orçamentais previstos no Programa de Estabilização e Crescimento para 2010-13 (PEC 2010-13) vieram contrariar a evolução registada até então no apoio às famílias.

A protecção na invalidez, também importante para a população em idade activa, foi alterada, focalizando-a de

forma quase exclusiva nas situações de incapacidade total, de mais reduzida expressão numérica.⁷³

Após este balanço, Fernando Ribeiro Mendes⁷⁴ sugere nomeadamente as seguintes mudanças:

No imediato, corrigir os efeitos da aplicação cega do fator da sustentabilidade nas pensões dos regimes contributivos, isentando os baixos rendimentos da sua aplicação (trata-se de tratar diferentemente o que é diferente);

Revisão da atribuição das pensões de sobrevivência, já que as mesmas consubstanciam uma cobertura própria de um modelo familiar e laboral ultrapassado. O autor entende que estas devem ser limitadas em valor absoluto e, acima desse limite, a sua atribuição ficar sujeita à verificação de condição de recursos do beneficiário;

Crescimento das prestações orientadas para outros riscos de longevidade – dependência e doença crónicas, exclusão social dos idosos – tanto as pecuniárias como as ofertas de cuidados, de forma seletiva, sujeita a condições rigorosas de elegibilidade dos beneficiários;

Em termos de financiamento, abandono do sistema de repartição, dado que o mesmo não é mais viável, já que desapareceu a vantagem do bem-estar que uma demografia mais jovem lhe conferia no passado, e responsabilização individual pelos novos riscos de longevidade, através de poupança das famílias, aumentando a adequação dos rendimentos totais disponíveis na velhice e não apenas das pensões públicas.

A discussão sobre novas medidas de reforma deve ser empreendida quanto antes, dado que não há Estado de Bem-Estar verdadeiramente sustentável no longo prazo se não forem acautelados um crescimento económico forte e uma fundamentação ética robusta, baseada na equidade entre as gerações, de todos os sistemas e mecanismos de proteção social a preservar, para nós e para as gerações vindouras.

Já no ano de 2000, Glória Teixeira⁷⁵ fazia notar que se tem assistido em alguns países a uma tendência de privatização da segurança social, sem todavia descurar a proteção social devida aos mais pobres ou marginalizados. Prevalciam valores como o da autonomia privada e liberdade contratual sobre os valores inerentes ao Estado providência. Com efeito,

Confrontados com a incapacidade dos estados de proceder a uma eficaz redistribuição da riqueza, tem-se assistido a uma crescente responsabilização dos cidadãos, extensível também às áreas sociais. Fala-se agora de igualdade

⁷³ MENDES, Fernando Ribeiro. op. cit., p. 131-132.

⁷⁴ Id. Ibid., p. 136, 137 e 140. Procuramos nesta síntese seguir o mais perto possível as palavras do autor, de forma a não deturpar as suas ideias.

⁷⁵ TEIXEIRA, Glória (Coord.). *Tributação do trabalho dependente*. Porto: Vida Económica, 2000. p. 97.

de oportunidades e iguais possibilidades de acesso nomeadamente, em domínios vitais como os da informação, mercado de trabalho, mercados financeiros, etc.⁷⁶

Ainda, e no âmbito do financiamento do sistema de Segurança Social, importa aqui fazer uma especial referência às contribuições obrigatórias para a Segurança Social e à sua natureza, importante tema desenvolvido por Glória Teixeira.⁷⁷ Fora do âmbito jurídico, mais concretamente no plano económico-financeiro, existe um certo consenso em torno do tratamento das contribuições obrigatórias como impostos.⁷⁸ No plano internacional, várias organizações internacionais incluem as contribuições obrigatórias na rubrica dos impostos (cf. OCDE). Numa perspetiva jurídica, a concreta configuração do facto tributário aponta para um facto tributário típico do imposto. Com efeito, determina-se que estarão sujeitos ao pagamento das contribuições obrigatórias todos os que dêem emprego (contribuições dos empregadores) ou que prestem trabalho (contribuições dos trabalhadores), o que bem analisado leva a que concluamos que “a «realidade da vida» que vai determinar o nascimento da contribuição obrigatória é uma conduta activa dos sujeitos passivos e a base tributável vai ser a importância económica que essa actividade representa para os sujeitos ou, por outras palavras, o rendimento derivado dessa mesma actividade”.⁷⁹

Na opinião fundamentada de Glória Teixeira, as contribuições obrigatórias para a segurança social efetuadas quer por trabalhadores, quer por entes empregadores, apresentam uma mesma natureza, unitária, que é a de imposto.⁸⁰ A esta posição têm vindo a aderir, recentemente, vários autores⁸¹ de ordenamentos com sistemas previdenciais que apresentam um processo de evolução histórica semelhante ao nosso.

Ora, tendo em consideração esta posição, assim como o facto de atualmente a conjugação das taxas de imposto aplicáveis ao rendimento das pessoas singulares (IRS) com as contribuições obrigatórias para a segurança social poderem em alguns casos chegar a 50% do rendimento do sujeito passivo, somos de opinião que se deve acrescentar uma medida às já sugeridas por Ribeiro Mendes que seria a de integração do sistema de segurança social, fiscal e de saúde em termos de pagamentos, de modo a que, como

⁷⁶ Id. *Ibid.*, p. 97.

⁷⁷ Fazemos aqui uma síntese da posição de Glória Teixeira (TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2010. p. 161-167). Para maior desenvolvimento, consultar o mesmo manual nas p. 167-178 e TEIXEIRA, Glória (Coord.). *A tributação do trabalho dependente*. Porto: Vida Económica, 2000.

⁷⁸ Cf. FREITAS PEREIRA, H. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23.

⁷⁹ TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2010. p. 163.

⁸⁰ Note-se que existe uma unicidade no que respeita à incidência real do imposto: em ambos os casos esta é dada pelo rendimento do sujeito passivo.

⁸¹ A título exemplificativo, refram-se António López Díaz, Vicente-Arche Domingo e María José Fernández Pavés.

nos exemplos inglês e holandês, sejam abordadas conjuntamente as questões relativas ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e as contribuições obrigatórias para a segurança social, implementando os denominados créditos fiscais. Nesses termos,

O IRS deixará de ser um processo de sentido único. Haverá vários milhares de famílias ou de indivíduos que receberão mais em créditos fiscais do que pagarão em impostos. E haverá alguns que não pagarão imposto, mas receberão créditos fiscais. Este facto poderá, com o tempo, alterar profundamente a perspectiva dos trabalhadores relativamente ao IRS. Até poderá fazer com que o IRS se torne novamente um imposto tolerável.⁸²

No fundo, trata-se de uma implementação prática da teoria defendida por Jorge Miranda e que agora se recorda: “Os que podem pagar, devem pagar. (...) Diversamente, os que não podem pagar, não devem pagar (ou devem receber prestações pecuniárias – bolsas, pensões, subsídio de desemprego – para poderem pagar)”.⁸³

Glória Teixeira⁸⁴ já anunciava esta necessidade de harmonização/integração em 2000, pugnando pela clarificação e compreensão unitária da tributação do trabalho dependente e recordando que “para atingir tal estágio, os sistemas fiscais tiveram de atravessar fases de maturação tais como: a) introdução de um sistema de auto-liquidação e b) tributação separada dos indivíduos e o abandono das famílias como unidades singulares em termos de IRS. Este último aperfeiçoamento deveu-se essencialmente à introdução de novos equipamentos informáticos nas administrações fiscais (vide experiência Britânica)”.⁸⁵ De notar que é possível que já em 2015 Portugal avance com a tributação separada dos indivíduos casados (neste momento está em estudo a Reforma do IRS).

2.2. Em particular, o caso das pensões⁸⁶

Tem-se levantado em vários fóruns a questão da redução do montante das pensões já atribuídas.

⁸² WILLIAMS, David. IRS e Contribuições para a segurança social: dois problemas ou apenas um? In: TEIXEIRA, Glória (Coord.). *Tributação do trabalho dependente*. Porto: Vida Económica, 2000. p. 62.

⁸³ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, 2012/2013. p. 196 e 197.

⁸⁴ TEIXEIRA, Glória (Coord.). *Tributação do trabalho dependente*. Porto: Vida Económica, 2000. p. 98.

⁸⁵ TEIXEIRA, Glória (Coord.). *Tributação do trabalho dependente*. Vida Económica, 2000. p. 96.

⁸⁶ Para uma panorâmica das tendências de reforma das pensões na União Europeia consultar: CARVALHO, Ana Sofia. A reforma das pensões na União Europeia. *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/content/reforma-das-pens%C3%B5es-na-uni%C3%A3o-europeia>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

Segundo João Carlos Loureiro, “a redução do montante das pensões seria possível se:

- em matéria de fundamentos, a limitação se baseasse em bens/valores constitucionalmente protegidos (v.g. sustentabilidade do sistema);
- a ingerência fosse feita de uma forma proporcional, como decorre do princípio da proibição do excesso;
- em termos de limites, não fosse tocado;
- em princípio, o valor da pensão resultante das contribuições, protegido a título de propriedade;
- o mínimo para uma existência condigna, enquanto exigência alicerçada no princípio da dignidade humana”.⁸⁷

Como se adiantou, João Carlos Loureiro,⁸⁸ no seguimento da doutrina alemã (em particular, Ulrich Hösch), defende a tese de que só o valor resultante das contribuições, com as devidas correções, é que recebe uma proteção em termos de propriedade. Considera todavia que

mesmo que não se aceite esta posição, e se pretenda que o âmbito de proteção é mais vasto, ainda aí se tem de reconhecer uma diferenciação entre a tutela da propriedade clássica e a garantia destas posições jurídico-públicas. Com efeito, se a par da posição pessoal, considerarmos a referência social – a «inserção desta posição no sistema solidário de prestação do contrato geracional», admite-se uma maior liberdade de conformação político-legislativa, desde logo em nome da conservação da sustentabilidade do sistema. Além disso, mesmo em relação às pensões já atribuídas, tem de se ter presente que as prestações a vencer são, como tal, referidas ao futuro.⁸⁹

O Autor⁹⁰ relembra ainda que para esta discussão há um conjunto de princípios constitucionais relevantes, sendo os mais importantes os princípios da proteção

⁸⁷ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. p. 136-137.

⁸⁸ Id. *Ibid.*, p. 124.

⁸⁹ Id. *Ibid.*, p. 124 e 125.

⁹⁰ Id. *Ibid.*, p. 125.

da confiança,⁹¹ da sustentabilidade,⁹² da igualdade,⁹³ da justiça intergeracional⁹⁴ e da proporcionalidade.⁹⁵

João Carlos Loureiro conclui a sua exposição nesta matéria da seguinte forma:

⁹¹ João Loureiro recorda (Id. Ibid., p. 127) que o Tribunal Constitucional, a propósito de pensões de aposentação de ex-funcionários administrativos, em diversos acórdãos (Ac. TC n. 20/83, de 16 de novembro de 1983) e n. 23/83), considerou que a alteração retroativa, por via legislativa, do montante de pensões se traduzia numa violação do princípio da proteção da confiança. Acrescenta que, como afirmado pelo Ac. do TC n. 9/84, de 1 de fevereiro, “*não oferece dívida de que pelo despacho concedendo a pensão e fixando o seu quantitativo definitivo se conferiu ao aposentado não uma simples expectativa, mas sim já um direito definitivo ao recebimento desse mesmo quantitativo, e a certeza da sua inalterabilidade, dado se não tratar já de pensão provisória suscetível de ser ainda retificada*”. No entanto, considera que “*Numa certa ótica, e sublinhando uma dimensão prospetiva, nestes direitos de longa formação poderíamos referir-nos a um processo de proteção da confiança versus proteção da confiança. Neste sentido, a garantia da sustentabilidade do sistema seria expressão do princípio da proteção da confiança da atual geração contribuinte, devendo, nesta ponderação, a leitura tradicional de intangibilidade dos direitos da geração beneficiária das pensões dar lugar a uma teoria da diferenciação da intensidade de proteção*”.

De notar que foi a violação do princípio da proteção da confiança, ínsito no art. 2.º da CRP, que levou à recente inconstitucionalidade de determinadas propostas de reduções de pensões – ver a propósito o Acórdão n. 862/2013 do Tribunal Constitucional português de 19 de dezembro de 2013, processo n. 1.260/13, e cujo relator foi o Exmo. Juiz Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

⁹² João Loureiro nota (LOUREIRO, João Carlos. op. cit., p. 128-130) que “A partir de uma leitura temporalmente adequada da CRP, é inegável que a sustentabilidade é um princípio conformador que surge como dever de ação e também como limite à conformação. Cabe ao legislador estabelecer, no quadro da sua prerrogativa de avaliação, cláusulas e mecanismos de sustentabilidade. (...) A sustentabilidade é um critério que pode levar, deixando intocado o mínimo para uma existência condigna e respeitando os princípios da proporcionalidade e da igualdade, a uma redução global das pensões na hipótese de, apenas desse modo, se assegurar a capacidade funcional do sistema de previdência. Em termos gerais, Joseph Isensee já tinha referido que estamos face a um limite dos direitos fundamentais”.

⁹³ João Carlos Loureiro (LOUREIRO, João Carlos. op. cit., p. 130-131) nota que o princípio da igualdade, em termos de conformação legislativa, é critério para a avaliação dos diferentes regimes de pensões, não sendo a diferenciação, sem mais, sinónimo de discriminação. Tenha-se em consideração, a propósito, o acórdão do TC n. 369/97, onde “a propósito do regime especial de magistrados judiciais, que estabelece o direito à aposentação por inteiro, independentemente do tempo de serviço prestado, considerou-se que havia um fundamento material de diferenciação para esse regime. Escreveu-se que se procura «assegurar ao incapacitado – titular de um órgão de soberania – condições de sobrevivência dignas e consentâneas com o seu anterior estatuto profissional» (p. 174)”. Ressalta ainda o mesmo autor que “Há uma dimensão temporal do princípio da igualdade que não pode deixar de ser considerada e que se traduz numa exigência de justiça intergeracional. Ou seja, o que se pretende apreciar a este nível é a repartição entre beneficiários de diferentes gerações; no entanto, desde logo por razões de contingência, não é possível a plena igualdade de tratamento”.

⁹⁴ João Loureiro recorda que (LOUREIRO, João Carlos. op. cit., p. 134) “numa perspetiva financeira, as pensões que o sistema de segurança social, em termos previdenciais, se obriga a pagar no futuro devem ser vistas como dívida, desenvolvendo-se instrumentos de accounting intergeracional que pretendem qualificá-la. A sustentabilidade do sistema deve ser considerada, pois, também a partir de uma lógica de justiça intergeracional”.

⁹⁵ Nos termos deste princípio, não poderão ser admitidas restrições desproporcionais em matéria de pensões. Veja-se a propósito a seguinte jurisprudência do TEDH: MV e U-MS v. Finland, de 28 de janeiro de 2003, e Saarinen v. Finland, com a mesma data.

urgindo eliminar gorduras ideológicas e materiais, é necessário não nos despedirmos do Estado Social, mas apenas de algumas das suas concretizações. Entre a idolatria e a despedida, é possível trilhar os caminhos que permitam não olvidar as políticas da fraternidade, que tomem a sério a escassez e o “mundo vindouro”. Em matéria de pensões, sendo impossível a clareza das estrelas – não se trata de matérias do céu, mas da terra, ou seja, da esfera da difícil ordenação humana do mundo -, propomos, numa perspetiva de justiça intra e intergeracional, revisitar a arquitectura do sistema de pensões e, em herética atitude, tocar, se necessário e com conta, peso e medida, nos chamados direitos adquiridos, que, algumas das vezes, escondem a apropriação, por via legal ou contratual, dos comuns.

Pois não é só no mundo dos pregadores que encontramos pessoas que «vivem do que não colheram, e semeiam o que não trabalharam».⁹⁶

2.3. Uma constante e uma novidade: o Terceiro Setor

Segundo Filipe Silva, o chamado Terceiro Setor constitui um novo desafio que decorre, não dos novos desafios demográficos, sociais e económicos das últimas décadas, mas sim das respostas dos governos a estes mesmos problemas. Com efeito,

Uma das formas mais comuns de responder ao desafio duplo das receitas decrescentes e das despesas em crescendo foi o de se transferir algumas das funções do Estado em matéria social quer para o sector privado ou para o chamado «Terceiro Sector», isto é, o conjunto de organizações que, não sendo públicas, desenvolvem actividades de interesse público. Basta pensarmos, no caso do nosso país, nas funções desempenhadas pela Igreja e instituições particulares de solidariedade social (IPSS) no âmbito do cuidado aos idosos para facilmente percebermos a importância deste Terceiro Sector. Se em países como Portugal o papel da Igreja em matéria de protecção social é tão velho como a própria Igreja, tendo algumas das suas instituições de protecção social vários séculos de existência (a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, por exemplo, foi fundada em 1498), o recurso ao sector privado para substituir e/ou complementar o Estado nas suas funções sociais é uma novidade (uma novidade relativa, é certo, dadas as óbvias reminiscências do período do século XIX e o modelo de Estado Liberal que então imperava). Esta novidade, porém, traz consigo problemas,

⁹⁶ LOUREIRO, João Carlos. op. cit., p. 138.

nomeadamente na regulação da oferta privada e na defesa dos interesses dos consumidores de apoios sociais.⁹⁷

No seguimento desta ideia, veja-se a recente Lei de Bases da Economia Social (Lei n. 30/2013, de 8 de maio), que considera de interesse geral o estímulo, a valorização e o desenvolvimento da economia social, bem como das organizações que a representam (cf. art. 10º, n. 1 da referida Lei) e prevê o desenvolvimento de um regime fiscal mais favorável para as entidades da economia social (cf. art. 11º da referida Lei), além de anunciar a reforma do setor da economia social, de acordo com as bases da referida Lei, em desenvolvimentos legislativos a ocorrer (cf. art. 13º da referida Lei).

De notar no entanto que

a regulação por parte do Estado dos prestadores privados ou não públicos de serviços sociais pode ser insuficiente, ou ser excessivamente onerosa para os cofres do Estado – uma curiosa ironia quando é justamente para se poupar dinheiro que se privatiza. Em todo o caso, uma coisa parece certa. O cenário do fim puro e simples do Estado Providência parece longe de ser realista. Pelo contrário, a sua presença surge como cada vez mais necessária, ainda que já não como prestador de serviços mas agora como regulador, uma nova vocação que implica desafios financeiros e administrativos de monta.⁹⁸

Recorde-se ainda que a privatização de apoios sociais pode levar a níveis de proteção social simplesmente inaceitáveis: com efeito,

o desafio é simples mas de difícil execução: é necessário privatizar assegurando-se que o nível de prestação de serviços é não só adequado como mais eficiente do que se fosse prestado directamente pelo Estado. Se estas duas condições não forem observadas, a «solução» pode vir a acarretar mais problemas do que os que devia resolver. (...) os indivíduos podem ser expostos a níveis inaceitáveis de risco económico, o que significaria um retrocesso de mais de um século de conquistas sociais – afinal, os seguros sociais foram criados precisamente para evitar que os indivíduos não ficassem à mercê dos riscos inerentes aos mercados de capital.⁹⁹

⁹⁷ SILVA, Filipe Carreira da. *O Futuro do estado social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013. p. 71-72.

⁹⁸ SILVA, Filipe Carreira da. op. cit., 2013. p. 72.

⁹⁹ SILVA, Filipe Carreira da. op. cit., 2013. p. 72-73.

3. Conclusão

Em Portugal, o conceito de idoso não é totalmente claro, havendo uma oscilação entre os 60 e os 65 anos de idade. O art. 72º da CRP sob a epígrafe “Terceira Idade” contém uma referência específica às pessoas idosas, reconhecendo-se os direitos das mesmas como Direitos Fundamentais.

É a dignidade da pessoa humana que fundamenta a existência de direitos fundamentais. Na CRP podemos encontrar uma divisão sistemática dos direitos fundamentais entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais, sendo os primeiros caracteristicamente direitos de proteção face ao Estado e os segundos direitos de promoção pelo próprio Estado. Estes diferentes tipos de direitos adquirem um relevo diferente no contexto da Constituição, nomeadamente em termos de regime jurídico.

Em matéria de segurança social, é possível encontrar no constitucionalismo português preocupações e realizações sociais já na época liberal e no Estado Novo. No entanto, a Constituição de 1976 é a primeira das Constituições Portuguesas que emprega o termo Segurança Social, a primeira que contém um artigo dedicado à segurança social e a primeira que prevê um Sistema de Segurança Social - cf. art. 63º da CRP, trazendo uma amplitude de preceitos, vocacionados para a realização da democracia económica, social e cultural.

O Sistema de Segurança Social Português sofreu várias evoluções até chegarmos à Segurança Social de hoje, regulada pela Lei n. 4/2007, de 16 de janeiro (que aprovou as bases gerais do sistema de segurança social, doravante LBSS). Esta lei vem concretizar o chamado direito à segurança social, que é irrenunciável, tendencialmente de atribuição universal, a efetivar pelo Sistema e a exercer nos termos da Constituição, instrumentos internacionais aplicáveis e da lei de bases gerais do Sistema de Segurança Social.

O Sistema de Segurança Social abrange o sistema de proteção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar. Por seu turno, o sistema de proteção social de cidadania engloba o subsistema de ação social, o subsistema de solidariedade e o subsistema de proteção familiar. E o sistema complementar compreende um regime público de capitalização e regimes complementares de iniciativa colectiva e de iniciativa individual.

São várias as eventualidades cobertas pelo regime de segurança social em geral, sendo eventualidades típicas a doença, o acidente de trabalho, a doença profissional, a invalidez, o desemprego, a maternidade, os encargos familiares e a velhice.

Em termos de cobertura social na terceira idade é costume referirem-se as pensões de velhice e as pensões de sobrevivência. No sítio da Segurança Social,

podemos encontrar as seguintes prestações: Pensão de Velhice; Pensão Social de Velhice; Complemento solidário para idosos; Benefícios adicionais de Saúde (CSI) e Certificados de Reforma.

Por vários motivos, sobretudo o demográfico, o equilíbrio financeiro da Segurança Social está ameaçado, por isso tem-se levantado em vários fóruns a questão da redução do montante das pensões já atribuídas, sendo que tal redução poderá pôr em causa o princípio do não retrocesso social/ o princípio da proteção da confiança.

Com efeito, no âmbito do regime jurídico dos direitos económicos, sociais e culturais, como é o caso do direito à segurança social, encontramos a não reversibilidade social, também conhecida pelo princípio da proibição do retrocesso social, que determina que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações.

Por outro lado, dado o desequilíbrio financeiro, a transferência de algumas das funções do Estado em matéria social quer para o setor privado quer para o chamado «Terceiro Setor» (conjunto de organizações que, não sendo públicas, desenvolvem atividades de interesse público) constitui um novo desafio para o mesmo, que em vez de prestador de serviços aparece como regulador. No entanto, nesta matéria, é preciso cautela, pois os indivíduos podem ser expostos a níveis inaceitáveis de risco económico, ficando à mercê dos riscos inerentes aos mercados de capital.

São Paulo, abril de 2014.

Referências

ABREU, Lígia Carvalho; CARVALHO, Ana Sofia. A europeização do direito constitucional português em matéria de direitos fundamentais - o caso do direito à identidade genética. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, n. 2, v. 2, . p. 24-54, 2013. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3269>>. Acesso em: 01 abr. 2014.

ACÓRDÃO n. 862/2013 do Tribunal Constitucional português de 19 de dezembro de 2013, processo n. 1260/13. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

CARVALHO, Ana Sofia. A reforma das pensões na União Europeia. *Revista Electrónica de Direito*, n. 1, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/content/reforma-das-pens%C3%B5es-na-uni%C3%A3o-europeia>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion*, 2010.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Nova defesa da constituição. *Tribuna*, 32, 2013. Disponível em: <<http://works.bepress.com/pfc/186>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

FREITAS PEREIRA, H. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2009.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

MENDES, Andreia. *Direito ao Envelhecimento: perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*. 2012. Tese (Mestrado) - Escola de Direito da Universidade do Minho. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20662/1/Andreia%20Joana%20Morris%20Mendes.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

MENDES, Fernando Ribeiro. *Segurança social: o futuro hipotecado*. Coimbra: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. p. 43.

MIRANDA, Jorge. Breve nota sobre segurança social. In: *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 225-233.

_____. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4.

_____. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. t. 2.

_____. Os novos paradigmas do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, p. 181-197, 2012/2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SEGURANÇA SOCIAL. *Sítio da segurança social*. Disponível em: <<http://www4.sec-social.pt/>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do estado social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

TEIXEIRA, Glória. *Manual de direito fiscal*. 2. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. (Coord.). *Tributação do trabalho dependente*. Porto: Vida Económica, 2000.