

ADEUS AO ESTADO SOCIAL? O INSUSTENTÁVEL PESO DO NÃO-TER

JOÃO CARLOS LOUREIRO

0. Considerações introdutórias

Chamados a celebrar trinta anos de vida da nossa Constituição¹, o rit(m)o académico destes actos não é o da marcha popular, nem muito menos o fulgor do samba, ainda que o enredo traga, não raro, traços, mais ou menos fragmentados, de história. Não se revê num culto sacralizador que faça da constituição uma deusa, aliás sem os encantos de Afrodite ou a sabedoria de Atena.

Podendo ter alguns rasgos improvisadores do jazz, revela-se mais na incompleta sinfonia escrita a muitas mãos, na sobriedade de um discurso que não ignora as dificuldades.

Foi-me proposto que falasse do Estado Social. Perante o tema, em tempos marcados pelos relatos de “pós” — pós-modernidade, pós-secular, pós-história, pós-metafísica, pós-11 de Setembro, pós-constitucionalismo, pós-industrial, para dar apenas alguns exemplos² —, poderíamos perguntar-nos se não estaríamos a seguir as pisadas de Miguel Torga, que se revia na atitude de um amigo em relação a Portugal.

¹ Este artigo corresponde, com desenvolvimentos, ao texto elaborado para o Colóquio promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, por ocasião dos trinta anos da Constituição da República Portuguesa, em Abril de 2006.

² Para uma densificação destes conceitos, cf., com as indicações pertinentes, João Carlos LOUREIRO, “O político e o social em *Deus caritas est*”, *Estudos* (2006/7), p. 53-122, esp. p. 54-56.

Com efeito, escrevia no seu *Diário*³, há trinta anos, mais exactamente a 25 de Fevereiro de 1976: “Como eu o compreendo! Aflito com este desmoronar da pátria, compra quantos livros lhe testemunham a configuração passada. (...) É como quem recolhe os salvados de um naufrágio. Arruma Portugal na estante”.

Será também esta a atitude a tomar face ao Estado social? Restar-nos-á arrumá-lo na estante face a um desfazer-se anunciado⁴? Terá figurado no livro constitucional na sua edição de 76? Estaremos face a uma conferência, ao menos *prima facie*, sem objecto?

Esta possibilidade de ausência de objecto poderia fundar-se, quer num plano normativo-constitucional, quer no quadro de análise da realidade constitucional.

Assim, uma primeira linha, mais radical, apontará para uma conferência, *ab initio*, sem objecto. A tese seria aqui a seguinte: a CRP não acolheu um modelo de Estado social, mas sim um Estado socialista.

Um segundo trilha levar-nos-á a perguntar se, a ter vencimento a primeira tese quando limitada à versão originária do texto constitucional, a conferência não adquiriu objecto por via de revisão constitucional, aproximando a República, também aqui, de modelos mais próprios das chamadas democracias da Europa Ocidental, tomado o conceito numa acepção político-cultural e não geográfica.

Finalmente, um terceiro, verá aqui uma conferência que perdeu o objecto, *rectius*, o reduziu a uma consideração de índole meramente histórica, na medida em que estaríamos agora perante um Estado pós-social.

Antecipando a linha da resposta, diremos que a estes três caminhos — o objecto (*ab initio*) ausente, o objecto adquirido e o objecto desaparecido — contraporemos a seguinte tese: sem prejuízo das modificações, afirmaremos que o Estado Social foi consagrado já na versão originária da CRP e persiste como princípio estruturante da nossa ordem jurídico-constitucional.

³ *Diário* XII, Lisboa, 2001, p. 1201.

⁴ Em matéria de Estado Social, cf. Thomas FRANTZEN, “Der Abschied vom Sozialstaat: ein kurzer Abriss der «modernen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt»”, *Neue Justiz* 60 (2006), centrando a sua análise nas reformas conhecidas como Hart-IV.

Na verdade, numa circunstância difícil para o Estado social, em que se proclama que a utopia cedeu à atopia⁵ — à irrelevância do lugar —, no quadro de uma globalização muitas vezes confundida com um globalismo economicista⁶, a Constituição continua a incorporar uma ideia de democracia económica, social e cultural, que importa efectivar. Não sob a batuta dos que se proclamaram senhores da história, que conduziram a uma desestruturante obesidade estatal, cujos efeitos nocivos pagamos com juros; mas também não em nome de um novo e pragmático economicismo, que reduz o Estado a uma anoréxica magreza, indiferente ao sofrimento e à dor dos homens.

Em tempo de *anamnesis*, façamos também memória de quem, como Francisco Lucas Pires, tendo votado contra a Constituição, recordava, com a plasticidade imagética que o caracterizava, que “o social tornou-se agora (...) uma segunda natureza da ordem política democrática”⁷. Pronunciando-se, embora criticamente, contra o *nomen* Estado Social — preferia qualificar a República Portuguesa de Democracia Social⁸ —, socorreu-se da nossa matriz cultural para lembrar que o princípio fundante é sempre a dignidade da pessoa humana. Porque “Ao princípio não «era» o Estado mas o Homem — «era» o Homem, o espírito e o barro... É esta uma verdade em função da qual será o Estado a ter de se humanizar — não o Homem quem tem de se estadualizar...”⁹.

Procuraremos responder fundamentalmente às seguintes perguntas:

- 1) O Estado Social é objecto de protecção constitucional? Em caso afirmativo, os seus pressupostos deixaram de existir? Será o conceito Estado social adequado, quer no que toca ao substantivo — Estado —, quer no que respeita ao adjectivo — social?

⁵ Helmut WILLKE, *Atopia: Studien zur atopischen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 2001, p. 13.

⁶ Para a diferença entre globalização e globalismo, cf. Ulrich BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus — Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt a. Main, 1997 (trad.: *Qué es globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998).

⁷ *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, p. 75.

⁸ *Uma Constituição para Portugal*, cit., p. 76.

⁹ *Uma Constituição para Portugal*, cit., p. 4.

- 2) Num tempo em que, como sinal de crise do Estado Social, se apontam problemas com a segurança social, podem os chamados “direitos adquiridos” ser tocados (exemplo: pensões assentes numa base previdencial), nomeadamente para assegurar a sustentabilidade do sistema?

Propomo-nos percorrer as seguintes etapas, numa marcha necessariamente acelerada pelos condicionalismos temporais: 1. “Espírito(s) do tempo”: a circunstância; 2. Constituição e realidade constitucional; 3. Constituição e Estado Social; 4. O discurso do Estado Social no constitucionalismo português; 5. Constituição da segurança social: o caso das pensões de reforma/aposentação; 6. Conclusão.

Mergulhemos, pois, nas águas agitadas das leituras teóricas e dogmáticas, começando por tentar captar o(s) “espírito(s) do tempo”.

1. “Espírito(s) do tempo”: a circunstância

1.1. *A densificação da fórmula*

A fórmula “espírito do tempo” (*Zeitgeist*) já teve melhores dias em termos discursivos. Nascida, ao menos em termos de recorte teórico, no século XVIII, com especial contributo de Herder, exportada para uma série de países, recebida, mas sem grande fortuna, na universidade anglo-saxónica, como *spirit of age*, utilizamos aqui a fórmula para referir a situação ou a circunstância¹⁰. Mas, na pluralidade radical das leituras do tempo, verdadeiramente seria melhor falar de espíritos, sendo certo que a palavra assume, nas línguas latinas, uma riqueza de cambiantes que permite falar de espírito como espectro que atormenta e alimenta angústias — primeiro o comunismo, para recordar as conhecidas palavras de Marx e Engels no *Manifesto comunista*¹¹, agora o risco e a globali-

¹⁰ No seu emprego no mundo jurídico, a abordagem mais aprofundada e fecunda deve-se a Thomas WÜRTEMBERGER, *Zeitgeist und Recht*, Tübingen, 21991.

¹¹ Lisboa.

zação¹² —, mas também pensar no espírito, à semelhança do legado bíblico, como sopro vital.

1.2. *Espírito(s): “coisas novas”?*

Quais são, hoje, algumas das “coisas novas” que desafiam o Estado social? Escolhemos apenas alguns dos descritores que agitam o tempo, como sejam a globalização, a “sociedade de risco” e as questões demográfica, económico-financeira, da pluriformidade, do conhecimento e a familiar. Nalguns casos, há pelo menos traços que não são tão novos como se julgaria à primeira vista, pelo menos ao nível das interrogações: pense-se, por exemplo, nas dúvidas, há muito formuladas, sobre a sustentabilidade do sistema de pensões, mas que adquiriram especial acuidade e novas dimensões mais recentemente, a ponto de se perguntar, agora, se a questão demográfica não é a “nova questão social”.

1.2.1. *Globalização*

A globalização — a segunda, a que temos assistido, e não a primeira, feita por portugueses e espanhóis há quinhentos anos¹³ — não deixou de ter repercussões no Estado social. Assim, a circulação de pessoas numa larga escala tornou necessário o desenvolvimento de mecanismos adequados aos novos desafios postos pelas migrações em termos de protecção social, aprofundando questões já discutidas e analisadas antes da própria globalização — II¹⁴. Limitando os nossos exemplos ao campo da

¹² A propósito do risco, recordemo-nos das palavras de Franz-Xavier KAUFMANN (“Risiko, Verantwortung, und gesellschaftliche Komplexität”, in: Kurt BAYERTZ (Hrsg.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Darmstadt, 1995, p. 72): “Wenn heute ein Gespenst umgeht in Europa, so ist es nicht mehr dasjenige des Kommunismus, sondern das Gespenst des Risikos”.

¹³ Para as diferenças em relação à globalização-I, com outras indicações bibliográficas e a referência a um modelo de três globalizações, entre nós sustentado por Avelãs Nunes, cf. João Carlos LOUREIRO, “Jovens e família”, *Estudos* (2004/3), p. 489-537, p. 493-496.

¹⁴ Cf., entre nós, José Lobo d’Ávila LIMA, *Socorros mútuos e seguros sociaes*, Coimbra, 1909.

protecção social, recordem-se, ao nível mundial, os esforços da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os desafios crescentes resultantes de enormes migrações, correspondendo a uma mobilidade em termos geográficos e internacionais¹⁵; no plano europeu, os mecanismos comunitários de coordenação e mesmo de harmonização das legislações, no quadro de uma livre circulação dos trabalhadores¹⁶.

De um ponto de vista dos recursos, a competitividade entre as economias contribui para uma “crise fiscal do Estado”¹⁷, que limita os recursos económico-financeiros mobilizáveis, assistindo-se a processos de concorrência fiscal¹⁸ que desafiam a sustentabilidade do Estado¹⁹; numa

¹⁵ Neste sentido, contrastando esta mobilidade geográfica com outras (profissional, industrial ou funcional), cf. Dries CREVITS/Bea van BUGGENHOUT, “Globalisation, worker mobility and social protection”, in: Danny PIETERS (ed.), *European social security and global politics*, London/The Hague/New York, 2003, p. 61-93, p. 62. Como explicam os autores (p. 63-65), há, no entanto, que ter presente que esta compreende diferentes tipos de actores sociais, como os “migrantes transnacionais” (assalariados que abandonam o país de origem à procura de trabalho, dependendo muito da protecção social a nível local), os “migrantes globais” (trabalhadores bem pagos e com grande formação, verdadeiros “nómadas”, que são cosmopolitas no seu modo de actividade) e ainda os “migrantes industriais”, uma categoria intermédia em que nos deparamos com assalariados que são enviados, por períodos longos ou curtos, para o estrangeiro, mas com fortes ligações internacionais, como na primeira categoria. Do ponto de vista da segurança social, por exemplo, podemos ter quer conflitos positivos, quer negativos de enquadramento destes trabalhadores (âmbito pessoal do sistema), problemas resultantes das condições de acesso às prestações (a questão clássica da discriminação, directa ou indirecta), e problemas resultantes da protecção social complementar (cf. p. 65-71).

¹⁶ A questão vale não apenas para os cidadãos comunitários, mas também para os nacionais de Estados terceiros: *vide*, sobre este ponto, Edlyn HÖLLER, *Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 2005.

¹⁷ Para evocarmos o título, mas não a grelha de leitura, da obra de James O’CONNOR, *The fiscal crisis of the state*, New York, 1973.

¹⁸ Para uma avaliação destes processos, desde o modelo de Charles Tibeout, que os considerava benéficos, até à leitura negativa da concorrência fiscal, cf., entre nós, José Casalta NABAIS, “A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas”, in: *Por um Estado fiscal sustentável: estudos de direito fiscal*, Coimbra, 2005, p. 183-218, p. 203-209.

¹⁹ Precisamente sobre a sustentabilidade fiscal do Estado, cf. também José Casalta NABAIS, “Reforma tributária num Estado fiscal suportável”, in: idem, *Por um Estado fiscal sustentável: estudos de direito fiscal*, Coimbra, 2008, p. 67-102, p. 88.

perspectiva cultural, a reprodução da diferença do mundo num lugar²⁰ não deixa de trazer, como veremos ao analisar o carácter pluriforme das sociedades, os seus desafios ao Estado social; numa abordagem social, há um conjunto de ameaças ao emprego e à protecção social, face a processos como o *dumping* social²¹ e a deslocalização de empresas, num quadro em que a balança pende inegavelmente para o lado do capital.

Assistimos, em suma, a uma impotência relativa do poder político estatal, discutindo-se o Estado social no quadro dos “casos da globalização”²². Acresce que, sendo a solidariedade um recurso essencial ao Estado social de direito, somam-se, agora, aos desafios internos, as dificuldades resultantes de processos de “desnacionalização” que fragilizam ainda mais os seus fundamentos.

1.3.2. Questão demográfica: a “nova questão social”?

A questão demográfica é já vista, por alguns, como a “nova questão social”. Mas é verdade que, ao menos desde Malthus, o pânico de um crescimento demográfico insustentável povoa muitos espíritos. Recordem-se, próximo de nós, nos anos 70, as previsões neomaltusianas do Clube de Roma²³, que apontavam para a tese de um crescimento zero da população como condição de sobrevivência.

O aumento, de uma forma consistente, da esperança de vida, aliado a uma saída mais precoce do mercado de trabalho, tem gerado um tempo

²⁰ Ulrich BECK, “Vorwort”, in: Ulrich BECK (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main, 1998, p. 7-10, p. 7, a propósito da “sociedade mundial”, numa perspectiva não apenas cultural, mas também religiosa e política. Beck sublinha que a sociedade mundial (*Welt-Gesellschaft*) é, na verdade, uma “sociedade de mundos múltiplos” (*Multiple-Welten-Gesellschaft*).

²¹ Este é, contudo, apenas um dos factores que determinam as decisões de investimento e da sua manutenção: cf. Steven D’HAESELEER/J. BERGHMAN, “Towards a social globalization: a blueprint for a global social security policy”, in: Danny PIETERS (ed.), *European social security and global politics*, cit., p. 167-187, p. 169-170.

²² Fritz SCHARPE, “Sozialstaaten in der Globalisierungsfalle”, 2000 (http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/people/fs/aktuelles2000rede_de.html#MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT).

²³ Para uma síntese, criticamente, Alain de BENOIST, *Vu de droite: anthologie critique des idées contemporains* (trad.: *Nova direita, nova cultura: antologia crítica das ideias contemporâneas*, Lisboa, 1981, p. 326-330).

mais longo de pensões suportadas pelo sistema de segurança social. Assim, no caso português, os números apontam para valores médios de pagamento de pensões de 15,7 anos²⁴.

Esta questão demográfica é motor de um conjunto de reformas²⁵ que procuram atenuar o seu impacto das transformações em curso²⁶. Mas a nova composição demográfica, situada sob o signo do envelhecimento, não deixa de ter efeitos na possibilidade de tomada de decisões de reforma do Estado social, na medida em que o peso desta fatia da população no eleitorado é crescente. Aliás, discute-se, por exemplo, a possibilidade de, ao nível prestacional, a balança se desequilibrar a favor do grupo dos reformados ou, em geral, dos idosos²⁷, no quadro de um “Estado grisalho”. As análises tradicionais sobre o factor posição económica nas escolhas políticas devem agora ser completadas com a tomada em consideração, no processo, da posição no ciclo de vida.

Importa não esquecer que, especialmente nalgumas zonas de África, a questão populacional assume outros contornos, em face da mortífera foice chamada SIDA²⁸.

1.3.3. *Questão económico-financeira: escassez e racionamento*

Embora a escassez seja um dado, é verdade que, nos chamados “trinta anos gloriosos”, muito gente acreditou, ao menos nas sociedades ocidentais, numa “sociedade da abundância”. Na Europa Ocidental,

²⁴ *Diário de Notícias*, 27 de Fevereiro de 2008.

²⁵ Basta ler o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio, que abre a lista de “novos factores” com a referência à “raiz demográfica”.

²⁶ Registe-se que há orientações mais optimistas do que é corrente. Assim, Bent GREVE (“Is there a demographic time-bomb?”, in: Bent GREVE (ed.), *The future of the welfare State: European and Global perspectives*, Hampshire/Burlington, 2006, p. 27-35) defende que, por exemplo, o aumento da educação da nova geração levará a uma redução das necessidades em matéria de despesas de segurança social. No cenário que desenha, haveria melhores rendimentos, maior tempo de carreira profissional, menores gastos em matéria de saúde (p. 33).

²⁷ Para uma síntese da discussão, cf. BUSEMEYER et al., *Redistributive policies in an era of demographic aging*, http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/mpifg_dp/dp08-3.pdf.

²⁸ Referindo esta questão, precisamente no domínio da segurança social, cf. International Labour Organisation, *Social security: a new consensus*, Geneve, 2005, p. 35-37.

assistiu-se a uma consolidação e a um alargamento dos direitos sociais. Mesmo entre nós, de uma forma mais limitada e incompleta, a partir dos anos sessenta, foi-se aumentando a cobertura previdencial²⁹. Contudo, só a Revolução e a Constituição de 76 permitiram impulsos decisivos, aliás tardios em relação aos ritmos europeus, sendo o défice de Estado social atenuado por mecanismos familiares³⁰ e, em geral, da sociedade civil³¹.

Todos os direitos, quer sejam direitos, liberdades e garantias, quer direitos económicos, sociais e culturais, têm custos³². De qualquer modo — nalguns sectores — por exemplo, na saúde — o aumento significativo das despesas, num contexto de crise financeira do Estado, obriga a pensar seriamente não apenas a racionalização, mas o racionamento.

²⁹ Para uma síntese deste processo, cf. Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social*, cit., p. 194-204.

³⁰ Entre nós, alguns sociólogos têm falado de “sociedade providência” (cf. Boaventura de Sousa SANTOS, “Sociedade-providência ou autoritarismo social”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (1995/42); João Arriscado NUNES, “Com mal ou com bem, aos teus te atém: as solidariedades primárias e os limites da sociedade-providência”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* (1995/42), p. 5-25; também Aldaiza SPOSATI/Fernanda RODRIGUES, “Sociedade-providência: uma estratégia de regulação social consentida”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* (1995/42), p. 77-104). A análise da importância dos mecanismos familiares na protecção social é mais relevante num conjunto de sociedades do que noutras. Como admite agora Esping-Andersen, um dos pontos em que a sua análise do “capitalismo de bem-estar” se revelou deficitária prende-se com o facto de não ter tomado em consideração que, num conjunto de sociedades, nomeadamente no sul da Europa, não se verificara o grau de “desfamiliarização” da política social de outras (cf. “Epilogue pour l’édition française”, in: ESPING-ANDERSEN, *Les trois mondes de l’État-providence: essai sur le capitalisme moderne*, Paris, 1999, p. 277-294, p. 277-278; trad. do original em língua inglesa: *The three worlds of welfare capitalism*, 1990).

³¹ Para mais desenvolvimentos, cf. Boaventura de Sousa SANTOS, “A reforma do Estado-Providência entre globalizações conflituantes”, in: Pedro HESPANHA/Graça CARAPINHEIRO (Orgs.), *Risco social e incerteza: pode o Estado social recuar mais*, Porto, 2002, esp. p. 185-189.

³² Na doutrina nacional, cf. José Casalta NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, *Revista de Direito Mackenzie* 3 (2002/2), p. 9-30 e também em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, p. 737-767 (agora em: *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 163-196).

1.3.4. Questão da “pluriformidade”

Em sociedades pluriformes — uma designação que importámos da doutrina neerlandesa³³ e que nos dá conta das múltiplas faces da diversidade³⁴, de um modo mais conseguido do que a expressão multicultural —, há um conjunto de desafios ao Estado social³⁵. Assim, receia-se que a diversidade cultural da pluriformidade ponha em causa os fundamentos de solidariedade³⁶ e, conseqüentemente, o próprio Estado social. Com efeito, tem-se aduzido que³⁷:

- 1) a centralidade adquirida pela questão do *reconhecimento* seria obtida à custa de uma desvalorização da justiça, referindo-se um efeito de *crowding out*, ou seja, de dispersão de recursos. Acresce que a ênfase no reconhecimento pode levar as pessoas a pensar que essa é a questão fundamental, provocando um erro de diagnóstico;
- 2) o privilegiar da *particularidade* em vez da igualdade produziria um efeito corrosivo, em termos de confiança e de solidariedade³⁸.

³³ Vide, com outras indicações bibliográficas, João Carlos LOUREIRO, “*É bom morar no azul*”: a constituição mundial revisitada, cit., p. 181-212.

³⁴ Além disso, como refere Ulrich BECK (*Der eigene Gott: von der Friedensfähigkeit und dem Gewaltpotential der Religionen*, Frankfurt am Main/Leipzig, 2008, p. 156), a propósito da mudança no plano familiar, mas com aplicações que ultrapassam esse domínio, não se trata apenas da diversidade, mas sobretudo a “normalização da diversidade”.

³⁵ Outra óptica de análise, que não vamos abordar aqui, prende-se com o impacto da “pluriformidade” no acesso às prestações, nomeadamente resultante de barreiras linguísticas, de falta de informação ou discriminação por parte da própria Administração: cf., no caso do Reino Unido, Lucinda PLATT, “Social security in a multiethnic society”, in: Jane MILLAR (ed.), *Understanding social security: issues for policy and practice*, Bristol, 2004, p. 255-276.

³⁶ Mark EYSKENS, “Opening address”, in: Philippe Van PARIJS (ed.), *Cultural diversity versus economic solidarity: proceedings of the Seventh Franqui Colloquium*, Brussels, 28 February-1 March 2003, Bruxelles, 2004, p. 11-12, p. 11.

³⁷ Keith BANTING/Will KYMLICKA, “Do multiculturalism policies erode the welfare state?”, in: Philippe Van PARIJS (ed.), *Cultural diversity versus economic solidarity*, cit., p. 227-284.

³⁸ Keith BANTING e Will KYMLICKA (*Do multiculturalism policies erode the welfare state*, cit.), concluem que, do ponto de vista empírico, “there is no evidence of a con-

1.3.5. *Questão do conhecimento*

A questão do conhecimento assume importância estratégica no desenvolvimento dos países e, conseqüentemente, no nível de bem-estar das sociedades e das políticas sociais. Numa sociedade de conhecimento, já não bastam níveis de escolarização básica e de formação numa fase inicial. O mote é, agora, a formação contínua, o regresso à escola ao longo da vida. O tempo é, pois, de “terceiro capitalismo”³⁹, ou seja, de “capitalismo cognitivo”. Para ilustrarmos com o domínio da segurança social, veja-se o papel crescente assumido pelas estratégias de formação como parte da política social, de articulação entre desemprego e requalificação profissional.

O Estado é, cada vez mais, preceptor ou educador⁴⁰: o sucesso da tutela de um conjunto de bens pessoais e comunitários depende, crescentemente, de um conhecimento por parte dos cidadãos que lhes permita responder às ameaças e alterar comportamentos. Assim, o conhecimento integra, cada vez mais, uma estratégia de prevenção do risco, procurando evitar danos, quer humanos, quer ambientais. Mas, por outro lado, como recorda Ulrich Beck⁴¹, a sociedade de risco gerou uma “pro-

sistent relationship between the adoption of MCPs [“multiculturalism policies”] and the erosion of welfare state” (p. 268); centrando-se, depois, nos casos canadiano e belga para alicerçar o mesmo resultado (p. 276). No entanto, no resumo final do artigo, admitem que, em casos individuais, “there is a tension between MCPs and the welfare state” (p. 277).

³⁹ Yann MOULIER-BOUTANG, “Marx in Kalifornien: der dritte Kapitalismus und die alte politische Ökonomie”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (2001/B-52/53), p. 29-37. Trata-se de um terceiro capitalismo, por contraposição ao capitalismo mercantil (primeiro capitalismo) e industrial e financeiro (segundo capitalismo, embora, na verdade, estes se possam distinguir). Entre as suas características contam-se a virtualização da economia, a importância crescente das tecnologias da informação e do tratamento desta, assumindo crescente importância as redes (aliás, a sociedade em rede é hoje um conceito-chave de análise), a relevância do cérebro humano como força produtiva (p. 30).

⁴⁰ Para esta última formulação, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 705-722, p. 711.

⁴¹ “Vivere nella società del rischio globale”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* (2007/1), p. 1-27, p. 26.

funda incerteza” no plano da cognição, associada a uma “insegurança” no plano do bem-estar.

1.3.6. *Questão familiar*

Gøsta Esping-Andersen⁴², interrogando-se sobre o “cavalo de Tróia” do Estado de bem-estar, associa à globalização e às mudanças demográficas a transformação das famílias. Tem-se assistido à destruição de um modelo de família dotada de estabilidade e capaz de desempenhar um conjunto de funções no plano da socialização, que estava subjacente ao Estado social no pós-Guerra. A multiplicação das situações de ruptura conjugal⁴³, o crescimento das famílias monoparentais, a redução dos, melhor, tradicionalmente, das cuidadoras⁴⁴, põem novos desafios ao Estado social, nomeadamente pela crescente inserção da mulher no mercado de trabalho, e contribuem para o aumento da despesa social. A dissolução da família tem conduzido a fenómenos de pauperização, não apenas das mulheres, mas das crianças⁴⁵. Nesta última hipótese, exigem-

⁴² “Economías globales, nuevas tendencias demográficas y familias en transformación: actual caballo de Troya del Estado de Bienestar?”, in: *Dilemas del Estado de bienestar*, Madrid, 1996, p. 349-372.

⁴³ Para uma análise da situação, centrando-se no caso austríaco, Katharina WROHLICH, “Armutrisiken von Familien”, in: Emmerich TÁLOS (Hg.), *Bedarfsorientierte Grundsicherung*, Wien, 2003, p. 64-97.

⁴⁴ Nomeadamente pela entrada das mulheres no mercado de trabalho. Na sociedade portuguesa, a percentagem de mulheres trabalhadoras era maior do que noutros países ocidentais, sem prejuízo da importância assumida, durante muito tempo, pelo modelo do marido como “ganha-pão” e a consequente distinção, em sede de segurança social, de direitos próprios e direitos derivados. Entre nós, sobre este modelo, cf., por todos, Maria João TOMÉ, *O direito à pensão de reforma enquanto bem comum do casal*, Coimbra, 1997, esp. p. 19 (criticando a “ideologia patriarcal”), 29-32; idem, “O direito da segurança social e a mulher divorciada em Portugal: limites e insuficiências”, in: Maria Clara SOTTOMAYOR/Maria João TOMÉ (Coord.), *Direito da família e política social: Actas do Congresso Internacional organizado de 1 a 3 de Outubro de 1998 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto)*, Porto, 2001, p. 123-141, esp. 131-134.

⁴⁵ Cf., para ilustrar este ponto, por exemplo, Jennifer Roback MORSE, “Why unilateral divorce has no place in a free society”, in: Robert P. GEORGE/Jean Bethke ELSHTAIN (ed.), *The meaning of marriage: family, state, market, and morals*, Dallas, 2006, p. 74-99, p. 84-85 e ainda, na mesma obra, W. Bradford WILCOX, “Suffer the little children: marriage, the poor, and the commonweal”, p. 242-254; também os elemen-

-se soluções de solidariedade vertical e não a tradicional solidariedade horizontal que tem como referente o ciclo de vida⁴⁶.

Assim, a família, como instância tradicional de protecção social, de resposta aos riscos sociais⁴⁷, de formação de “capital humano”⁴⁸, que conhece disfunções que, em matéria de bem-estar, têm, ou podem ter, um impacto agravado em sociedades como a nossa em que, ao nível das próprias prestações, são fundamentais a solidariedade e entreatajuda familiares.

1.3.7. *Questão dos riscos: os velhos, os novos e os novíssimos*

Várias dos problemas apresentados surgem como novos riscos sociais, desde os problemas da dependência no quadro de sociedades envelhecidas⁴⁹ à multiplicação das situações de ruptura familiar. Os riscos sociais revelam-se como uma das faces da sociedade de risco. Na sua formulação tradicional, são compreendidos como situações da vida, que tocam na situação económica das pessoas, provocando uma diminuição de rendimentos ou um aumento de encargos. Estes riscos sociais, quando assumidos pelo sistema jurídico, são tratados como contingências e eventualidades, num quadro institucional de gestão dos riscos. Se, na génese, os riscos clássicos se prendiam com um modelo em que os homens eram

tos que apresentámos em *Jovens e família*, cit. Os efeitos vão muito para lá dos aspectos económicos (impacto na pauperização das crianças e, normalmente, das mulheres): pensemos nos custos psicológicos, na destruição dos mecanismos de socialização, já afectados por problemas ao nível da “ecologia social”, mesmo nas famílias não atingidas pelo divórcio.

⁴⁶ Gøsta ESPING-ANDERSEN/John MYLES (“The welfare state and redistribution”, in: <http://www.esping-andersen.com>).

⁴⁷ Gøsta ESPING-ANDERSEN, *Social foundations of postindustrial economics*, Oxford, 1999, p. 33, que afirma a existência de três sistemas de gestão de riscos sociais, a saber: o Estado de bem-estar, o mercado e a família.

⁴⁸ Sobre os custos sociais da fragmentação das famílias, cf. http://www.marriagedebate.com/pdf/ec_div.pdf.

⁴⁹ Importa referir que há uma outra face da questão, o chamado “envelhecimento produtivo”, que nos remete para um conjunto de tarefas socialmente relevantes prosseguidas por idosos, nomeadamente no domínio do voluntariado: sobre este ponto, cf. Marcel ERLINGHAGEN, “Informelle Arbeit in alternden Gesellschaften: Möglichkeiten und Grenzen des “produktiven Alterns”, *Schmollers Jahrbuch* 128 (2008), p. 237-259.

o sustento ou o ganha-pão das famílias, a necessidade de inclusão das mulheres na sociedade fez emergir novos riscos.

Em termos gerais, novos riscos são os que “as pessoas enfrentam ao longo das suas vidas como resultado de mudanças económicas e sociais associadas à transição para uma sociedade pós-industrial”⁵⁰. São fundamentalmente quatro os processos densificadores identificados⁵¹: a entrada no mercado de trabalho da mulher em percentagens expressivas; o envelhecimento significativo da população; as mudanças no mercado do trabalho (nomeadamente as exigências de qualificação); os fenómenos de privatização dos serviços, num quadro marcado pelas constrições económico-financeiras.

Ultimamente, deparamo-nos como novíssimos riscos — os “novos” novos riscos⁵². Assim, se o desemprego de longa duração não era uma realidade absolutamente nova, a sua extensão e persistência já o é.

2. Constituição e realidade constitucional

Um texto constitucional não pode ser lido desconsiderando o contexto; ou, se quisermos, utilizando outra linguagem, a constituição não pode ignorar a realidade constitucional⁵³. Assim, contra leituras formalistas que procuravam uma juridicidade normativisticamente pura, sem o colorido vivificante da realidade, o direito constitucional teve de tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leituras de costas voltadas para a realidade. No entanto, ao mesmo tempo, num difícil exercício de equilíbrio no arame conceitual, não pode deixar de ser ameaçado pelo perigo da dissolução da normatividade constitucional, de

⁵⁰ Peter TAYLOR-GOODBY, “New risks and social change”, in: Peter TAYLOR-GOODBY (ed.), *New risks, new welfare: the transformations of the European Welfare State*, Oxford, p. 1-28, p. 2-3.

⁵¹ Cf. Peter TAYLOR-GOODBY, *New risks and social change*, cit., p. 3-5.

⁵² Virpi TIMONEN, “New risks: are they still new for the Nordic welfare states?”, in: Peter TAYLOR-GOODBY (ed.), *New risks, new welfare: the transformations of the European Welfare State*, cit., p. 83-110, p. 92.

⁵³ Para esta relação, a obra de referência é a de Rogério Soares, nomeadamente *Direito público e sociedade técnica*, Coimbra, 1969 (agora reeditada: Coimbra, 2008); idem, *Lições de direito constitucional*, Coimbra, 1971, p. 86-88.

uma colonização da juridicidade, transformada em mera câmara de ressonância dos ventos mutáveis e, em alguns períodos, particularmente instáveis, dos tempos. Entre uma irrealista e mutiladora purificação e uma reducionista dissolução, que deita fora a autonomia da juridicidade⁵⁴ e a especificidade da constitucionalidade, abre-se um caminho, muitas vezes estreito, de labor teórico e dogmático que toma a sério a realidade, sem esquecer a “força normativa da constituição”⁵⁵.

Em relação ao nosso fio de Ariadne, que nos leva a percorrer o labirinto teórico e dogmático destes tempos de qualificação incerta, entre modernidade tardia e pós-modernidade, conceitos a que não são estranhas equívocas, importa ver:

- a) os pressupostos e as expectativas constitucionais;
- b) as redes de interconstitucionalidade e, em geral, de internormatividade.

2.1. *Constituição, pressupostos e expectativas constitucionais: entre o cultural e o material*

Há um conjunto de pressupostos constitucionais, num jogo entre facticidade e validade. Importa, desde logo, não esquecer a cultura⁵⁶, sendo a solidariedade um importante “recurso de regulação” societário, mas mais ou menos escasso, cujas fontes estão sob risco de “um dia es-

⁵⁴ Sobre a defesa da autonomia da juridicidade, a leitura obrigatória é, entre nós, a obra de Castanheira Neves: *v.g.*, “O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade”, in: J. A. Pinto RIBEIRO, (coord.), *O homem e o tempo: Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999, p. 87-114.

⁵⁵ Konrad HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959 (trad.: “La fuerza normativa de la Constitución”, in: Konrad HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1983, p. 59-84).

⁵⁶ Não nos é possível aqui aprofundar este *topos*, devendo considerar-se quer os elementos resultantes da fragmentarização das sociedades (o seu carácter “pluriforme”: cf. *supra*), quer a abordagem a partir do “tempo longo” das culturas dominantes das diversas sociedades, tomando em consideração diversos factores (por exemplo, religiosos). Cf. sobre este ponto, John BALDOCK, “Culture: the missing variable in understanding social policy?”, in: Nick MANNING/Ian SHAW (ed.), Nick MANNING/Ian SHAW (ed.), *New risks, new welfare: signposts for social policy*, Malden/Oxford/Victoria/Berlin, 2002, p. 121-136.

gotar por completo, em consequência de uma secularização “descarri-lada” da sociedade”⁵⁷. Naturalmente, um individualismo crescente, que ameaça metastaticamente o tecido societário, não deixa imune o Estado social, pelo que as culturas de solidariedade, provenientes de várias memórias, são fundamentais.

Peter Häberle esboçou uma teoria cultural da constituição de que somos tributários⁵⁸. Pressupostos que são também económico-financeiros que, não sendo irrelevantes para os direitos, liberdades e garantias — estes direitos têm, como referimos, custos —, assumem tradicional importância em matéria de direitos económicos, sociais e culturais⁵⁹.

Num certo sentido, poderíamos distinguir entre pressupostos constitucionais gerais e pressupostos constitucionais específicos. Os primeiros implicam uma referência geral e à constituição encarada como um bloco e nas suas linhas fundamentais. Os segundos apontam para referentes específicos, por exemplo, os pressupostos dos direitos económicos, sociais e culturais. Entre nós, Gomes Canotilho⁶⁰, na esteira da doutrina alemã, cobre com a expressão pressupostos dos direitos fundamentais, “a multiplicidade de factores — capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa — que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e a protecção dos direitos económicos, sociais e culturais”. E acrescenta que, naturalmente, alguns são especialmente importantes para os direitos económicos, sociais e culturais, referindo

⁵⁷ Jürgen HABERMAS, “Posição”, *Estudos N.S.* 3 (2004), p. 45-55.

⁵⁸ Cf., *inter alia*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 21996 (trad.: *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000).

⁵⁹ Sobre esses pressupostos, cf. agora a síntese de José Joaquim Gomes CANOTILHO, “A *governance* do terceiro capitalismo e a constituição social (considerações preambulares)”, in: José Joaquim Gomes CANOTILHO/Lenio Luiz STRECK (Coord.), *Entre discursos e culturas jurídicas*, Coimbra, 2006, p. 145-154, p. 147-148. Relembre-se que o discurso em termos de direitos económicos, sociais e culturais traz habitualmente associado o problema da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), avançado pela doutrina alemã e recebido nas doutrinas portuguesa e brasileira (v., neste último caso, com outras indicações, Ingo Wolfgang SARLET/Mariana Filchiner FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, *Direitos Fundamentais e Justiça* 1 (2007/1), p. 171-213, esp. p. 186-197).

⁶⁰ *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 473.

quer os recursos económico-financeiros, quer o nível de ensino. Sublinháramos, no entanto, um pressuposto constitucional cultural que se afigura fundamental para a manutenção da necessária base de solidariedade social. Estas dimensões culturais, enfatizadas quer por alguma tradição marxista — exemplarmente, Antonio Gramsci —, quer de pendor conservador — *v.g.*, a análise de Daniel Bell sobre as “contradições culturais do capitalismo” —, estão longe de ser indiferentes para o funcionamento do Estado e de sociedades “sociais”. As tentativas de “hegemonia” de certas perspectivas ideológicas que radicalizam a autonomia não podem deixar de ter efeitos nefastos em termos societários. Mais: muitas das decisões privadas têm consequências públicas e os vícios privados, públicas virtudes, da fábula das abelhas de Mandeville, traduzem-se, muitas vezes, num vícios privados, custos públicos. Recorde-se, aliás, a importância das expectativas constitucionais, categoria que Isensee^{60a} define como o “modelo (*Leitbild*), a que aspira a constituição, mas não sancionado através de um dever jurídico (*Rechtsgebot*), de exercício, conforme ao bem comum, da liberdade jusfundamental”.

Apesar dos problemas, poderemos dizer que o Estado social é hoje, em muitos países, um elemento fundamental da realidade constitucional⁶¹. O desafio é o de adaptação e de resposta, nomeadamente à questão da pobreza, *rectius*, das pobreza, quando as condições-quadro da sua emergência e desenvolvimento se alteraram. Com efeito, o Estado social é produto da modernidade e, como tal, confronta-se com os desafios da pós-modernidade / “segunda modernidade” / “modernidade reflexiva”⁶².

2.2. *Normatividade(s) em rede*

A análise do Estado social não pode descurar hoje a abertura internacional e comunitária do direito constitucional. No quadro de uma

^{60a} “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”, in: Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg, 2000, § 115.

⁶¹ Sublinhando este aspecto, em relação à Europa, cf. Peter HILPOLD, “Solidarität als Rechtsprinzip — völkerrechtliche, europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 55 (2007), p. 195-214, p. 195.

⁶² Sobre este ponto, cf. Herman BUTZER, *Die Sozialstaatsentwicklung*, cit., p. 40-41.

internormatividade, de redes normativas, o processo de globalização levou a repensar conceitos, a desenvolver, como refere Ingeborg Maus, uma “nova semântica constitucional”⁶³.

Neste sentido, deparamo-nos com um “constitucionalismo multinível”, em que se entrelaçam constituições nacionais com a constituição comunitária e, inclusivamente, com uma constituição global⁶⁴. Mesmo que se recuse o corte do cordão umbilical entre Estado e constituição e, conseqüentemente, se negue o estatuto constitucional a estes outros níveis⁶⁵, não se desconhecerá a crescente relevância de fontes internacionais — mundiais ou regionais (no nosso caso, paradigmaticamente a intervenção do Conselho da Europa) — e supranacionais (direito comunitário).

2.2.1. *A conexão internacional*

No plano internacional, desenham-se contributos importantes, do ponto de vista normativo, para um modelo de Estado social, mas também claras ameaças, numa perspectiva fáctica. Neste último caso, pense-se na abertura das economias em termos de comércio mundial e na limitação da capacidade de decisão nacional, no quadro do referido processo de globalização. A partir do sugestivo título de Sarah Joseph⁶⁶ — “nego-

⁶³ “Verfassung oder Vertrag: zur Verrechtlichung globaler Politik”, in: Peter NIESEN/Benjamin HERBORTH (Hrsg.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit: Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*, Frankfurt am Main, 2007, p. 350-382, p. 350.

⁶⁴ Para outras indicações, permitimo-nos remeter para João Carlos LOUREIRO, “Desafios de Témis, trabalhos dos homens: constitucionalismo, constituição mundial e «sociedade de risco»”, *Nação e Defesa* (2001/97), p. 43-59, e idem, «É bom morar no azul», cit., p. 181-212. Agora, com um vasto levantamento da doutrina, especialmente de língua alemã, cf. Stefan KADELBACH/Thomas KLEINLEIN, “International law — a Constitution for mankind? An attempt at a re-appraisal with an analysis of constitutional principles”, *German Yearbook of International Law* 50 (2007), p. 303-347.

⁶⁵ Cf., sobre esta discussão, João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. I, cit., Parte I.

⁶⁶ «Trade to live or live to trade: the World Trade Organization, development, and poverty», in: Mashood A. BADERIN/Robert MCCORQUODALE (ed.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford/New York, 2007, p. 389-416.

ciar para viver ou viver para negociar” —, sublinha-se que há perigo, por parte do capitalismo, de uma absolutização do mercado que põe em causa as bases sociais do Estado. Já posições jurídicas como o direito ao desenvolvimento, percebido quer em termos pessoais, quer dos povos, apontam para estruturas de socialidade.

Do ponto de vista da normação, um lugar fundamental cabe ao Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Trata-se de afirmar fontes internacionais de direitos económicos, sociais e culturais que se traduzem, desde logo, num conjunto de obrigações a cargo dos Estados Parte. Repare-se que este Pacto, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, pretendeu dar efectividade à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que previa, centrando-nos agora no domínio da segurança social, um conjunto de direitos relevantes⁶⁷: no art. 22.º, um direito à segurança social; no art. 25.º, uma densificação da protecção social e já antes, no art. 23.º, protecção contra o desemprego.

No Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, consagra-se, no art. 9.º, um direito à segurança social, incluindo o seguro social; no art. 11.º, afirma-se um direito a um nível de vida suficiente.

Lugar especial merece aqui a normatividade que resulta do labor da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁶⁸, que passou por várias gerações normativas⁶⁹, tendo sido elaborados diversas Convenções im-

⁶⁷ Entre nós, cf. António da Silva LEAL, “O direito à segurança social”, in: *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, 1978, p. 335-372, p. 354-355 e, nas páginas 358-359, referindo-se às “imperfeições dos textos internacionais”, sublinhando, no caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, ao tempo da sua redacção, “os conceitos não tinham ainda uma sedimentação bastante” (p. 358).

⁶⁸ Sublinhe-se o papel da Convenção n.º 102 (Segurança social — norma mínima), ratificada por Portugal apenas em 1992 (DR I, de 3 de Novembro). No entanto, há outras convenções da OIT relevantes ratificadas por Portugal: cf. a lista em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_convencoes_seg_social_pt.htm. Em geral, incluindo os textos não ratificados por Portugal, cf. o sítio internacional da Organização Internacional do Trabalho: <http://www.ilo.org/ilolex/english/subjectE.htm#s13>.

⁶⁹ Entre 1919 e 1944, seguros obrigatórios relativos a certas eventualidades; 1944-1952: a Declaração de Filadélfia e a universalidade na necessidade e ainda os cuidados de saúde, registando-se a importância da Convenção n.º 102; a partir de 1952, assistiu-se à densificação da Convenção n.º 102 e à elevação dos níveis de protecção:

portantes, nomeadamente em matéria de segurança social, que contribuíram para a conformação das legislações nacionais ou que foram mesmo aplicadas por tribunais contra o legislador nacional⁷⁰. Do ponto de vista da coordenação, o contributo da OIT é incipiente — Frans Pennings fala, a esse propósito, de um “estádio rudimentar”⁷¹ —, sendo consideráveis, do ponto de vista das ratificações que cerzem a teia normativa, as dificuldades⁷². Refira-se ainda o impacto da Organização Mundial do Comércio nos modelos sociais⁷³.

Num plano regional, registre-se a actividade do Conselho da Europa⁷⁴. Um marco foi a *Carta Social Europeia*, aprovada em Turim, a 18

cf. Frans PENNINGS/Bernd SCHULTE, “International social security standards: an overview”, in: Frans PENNINGS/Bernd SCHULTE (ed.), *Between soft and hard law: the impact of international social security standards on national social security law*, The Hague, 2006, p. 1-26, esp. p. 6 ss.

⁷⁰ Pense-se na jurisprudência dos Países Baixos, país em que, a par de uma grande tradição em termos de direito internacional, há fortíssimas limitações em sede de controlo constitucional e os parâmetros internacionais funcionam como um verdadeiro *Ersatz*, sendo esse primado jus-internacional e a obrigação de compatibilidade dos preceitos nacionais objecto de previsão constitucional expressa (art. 94 da *Grondwet*). Veja-se, por exemplo, a decisão do Tribunal Central de Apelação, de 29 de Maio de 1996, agora disponível em inglês em Frans PENNINGS (ed.), *International social security standards: current views and interpretation matters*, Antwerpen/Oxford, 2007, p. 217-222. Tratou-se de mobilizar as Convenções n.º 102 e 103 da OIT, reconhecendo-lhe efeito directo, para concluir pela ilegitimidade, prevista na lei nacional, da obrigatoriedade de co-pagamentos no caso de cuidados médicos referentes à gravidez e parto. Na mesma obra, encontram-se outros exemplos de efeito directo, sendo que, num dos casos, em que estava em questão a exportação de prestações resultante de um regime não-contributivo, o reconhecimento de efeitos directos a preceitos da Convenção n.º 118, levou, posteriormente, o Parlamento dos Países Baixos a denunciar o referido tratado.

⁷¹ *Introduction to European social security law*, The Hague/London/Boston, 2001, p. 13.

⁷² Frans PENNINGS, *Introduction to European social security law*, cit., p. 13-14.

⁷³ Miguel Poiares MADURO, “Is there any such thing as a free or a fair trade? A constitutional analysis of the impact of international trade on the European social model”, in: Gráinne De BÚRCA/Joanne SCOTT (ed.), *The EU and the WTO: legal and constitutional issues*, Oxford, 2001.

⁷⁴ Neste domínio, cf., entre nós, Appelles J. B. CONCEIÇÃO, *Segurança social*, cit., 368-373; para as relações, em geral, com o direito da segurança social, com particular atenção à jurisprudência, cf. agora Mel COUSINS, *The European Convention on Human Rights and social security law*, Antwerp/Oxford/Portland, 2008.

de Outubro de 1961, que deu lugar à *Carta Social Europeia Revista*, de 3 de Maio de 1996, mantendo-se, no entanto, a primeira em vigor para os Estados que não tiverem ratificado a segunda. Do ponto de vista de eficácia, registre-se o papel da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁷⁵ que, sendo fundamentalmente um documento centrado nos clássicos direitos de liberdade, acaba por ter reflexos na conformação, ao nível nacional, do Estado social⁷⁶. Mas, no leque de intervenções do Conselho da Europa neste domínio, refiram-se o *Código Europeu de Segurança Social*⁷⁷, que tinha já sido antecedido pelos *Acordos Provisórios Europeus*, de 11 de Dezembro de 1953 e ainda pela *Convenção Europeia de Assistência Social e Médica* e o respectivo *Protocolo Adicional* de 11 de Dezembro de 1953, bem como a *Convenção Europeia de Segurança Social*, de 14 de Dezembro de 1972. Alguns são instrumentos de harmonização, outros de coordenação, o que, para além da diferença de natureza, se traduz na existência, ou não, de procedimentos de supervisão⁷⁸.

2.2.2. A conexão comunitária

A opção pelo princípio da socialidade é uma das marcas comunitárias, agora com expressão no plano da sistematização da Carta dos Direi-

⁷⁵ Para além do texto da própria Convenção, refira-se o papel, na jurisprudência, do Protocolo I: v. *Koua Poirrez v. França* (2003), tratando como propriedade prestações não-contributivas.

⁷⁶ Não valem, pois, os argumentos que defendiam quer a exclusividade da Carta Social Europeia em matéria de direitos sociais, enquanto *lex specialis*, quer, a partir de um argumento genético — os direitos sociais teriam sido excluídos, ao tempo da elaboração do texto —, a inaplicabilidade da CEDH a esta esfera: sobre este ponto, com pertinente bibliografia em língua francesa, cf. Alain CARILLON, *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Bruxelles, 2006, p. 182-186. Veja-se claramente neste sentido o caso *Airey contra o Reino Unido*, de 9 de Outubro de 1979, § 26, que confirma a “permeabilidade” da Convenção neste domínio (Sudre *apud* Alain CARILLON, *Les sources européennes*, cit., p. 186).

⁷⁷ 16 de Abril de 1964, que é a tradução, no plano europeu, da Convenção n.º 102.

⁷⁸ Sobre este ponto, cf. A. GOMEZ HEREDERO, “Objectives and interpretation methods of the Conventions of the Council of Europe”, in: Frans PENNING (ed.), *International social security standards*, cit., p. 51-70, p. 52-53. No caso dos instrumentos de harmonização, está prevista a elaboração de relatórios.

tos Fundamentais da União Europeia⁷⁹. De uma construção resultante da afirmação das tradicionais liberdades económicas à assunção expressa de uma dimensão de políticas sociais⁸⁰, com a referência a um modelo social europeu, vão-se tecendo dimensões de impacto no Estado nacional. Com efeito, constitui-se um novo espaço de bem-estar, a União Europeia, marcada por uma rede normativa, constituída por directivas e regulamentos, que se aplicam aos Estados-membros e que conformam aspectos que vão desde a saúde à segurança social, passando pela esfera laboral⁸¹, operando por processos de harmonização e coordenação⁸² dos sistemas. O impacto expressa-se, *inter alia*:

- a) na determinação do âmbito pessoal dos sistemas de segurança social. Na verdade, se no domínio previdencial a questão parecia

⁷⁹ Cf. o Capítulo IV (arts. 27.º a 38.º). Para um comentário aos preceitos, v. António VITORINO, *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*, S. João do Estoril, 2002, esp. p. 39-43 e 96-100; desenvolvidamente, Peter J. TETTINGER/Klaus STERN (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München, 2006, p. 532-643. Se o Tratado de Lisboa entrar em vigor, o texto dos tratados passará a reconhecer valor vinculante à Carta.

⁸⁰ Gráinne de BÚRCA, “Towards European welfare?”, in: Gráinne de BÚRCA (ed.), *EU law and the welfare state*, Oxford, 2005, p. 1-9, p. 3.

⁸¹ Para alguns aspectos da chamada regulação social, cf. agora João Nuno Calvão da SILVA, *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra, 2008, p. 100-118.

⁸² Um dos primeiros regulamentos da Comunidade Económica Europeia — o Regulamento n.º 3/1958 — versou expressamente sobre a coordenação de sistemas de segurança social. Com efeito, pretendeu-se, desde o início, garantir uma liberdade de circulação sem discriminações. O referido diploma foi substituído pelo Regulamento 1408/71. O critério de base partia da aplicabilidade do princípio da *lex loci laboris* para efeitos de coordenação, o que tinha, aliás, como pressuposto o lugar desempenhado pelos sistemas de matriz bismarckiana, em 1957, no que toca aos países fundadores (cf. Frans PENNING, “Posting and social security coordination”, Roger BLANPAIN (ed.), *Freedom of services in the European Union: labour and social security law: the Bolkestein initiative*, The Hague, 2006, p. 239-255, p. 240-241). Como nota Pennings, a existência de um conjunto de prestações baseadas na residência levam a questionar o princípio anterior, mas, como refere, o objectivo das normas de coordenação foi permitir a livre circulação dos trabalhadores, importando não criar mecanismos que permitam tornar mais barato o trabalho de estrangeiros, num processo do chamado “dumping social” (p. 241). O novo Regulamento, o 883/2004, que ainda não entrou em vigor, mantém o princípio *lex loci laboris*.

fácil, já em relação aos benefícios no campo da tradicional assistência social — agora ajuda social — a situação admitia outros contornos.

- b) no desenvolvimento de processos de coordenação aberta, na sequência da Cimeira de Lisboa, de 2000, que têm tradução num conjunto de relatórios⁸³ e que são espelho de uma “aprendizagem mútua”, na prossecução de objectivos sociais comuns;
- c) na estruturação dos sistemas nacionais face às exigências resultantes do direito constitucional comunitário em matéria de liberdade de prestação de serviços e de concorrência⁸⁴. Neste último caso, o rol de perguntas⁸⁵ compreende discussões sobre a obrigação previdencial em relação a sistemas públicos, em situações de monopólio⁸⁶, a produção das prestações pelo sistema estatal nacional ou por um conjunto de prestadores seleccionados, o acesso, no domínio dos cuidados de saúde, a prestadores no estrangeiro, a questão de enquadrar ou não como ajudas de Estado, por exemplo, a admissibilidade de facilidades no pagamento de contribuições⁸⁷, ou reduções nas contribuições pagas em certas actividades económicas⁸⁸.

Além disso, é preciso ver que os desenvolvimentos do projecto europeu conduziram à redução das margens dos Estados nacionais em termos de políticas públicas, perdendo alguns instrumentos clássicos de intervenção⁸⁹. Basta lembrar as restrições resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

⁸³ *Relatório Conjunto sobre Protecção Social e Inclusão Social*, 2008 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st07/st07274.pt08.pdf>).

⁸⁴ Sobre este ponto, cf. Richard GIESEN, “Nationales Sozialrecht und europäisches Wettbewerbsrecht: das Wettbewerbsziel in der Rationalitätenfalle”, in: Ulrich BECKER/Wolfgang SCHÖN (Hrsg.), *Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb*, Tübingen, 2005, p. 141-170.

⁸⁵ Maximilian FUCHS (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden, 2005, p. 24.

⁸⁶ Cf., por exemplo, o caso C-244/94, da *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*.

⁸⁷ TJCE, C-256/97 (*Demengements/Manutention Transport S. A.*), de 29 de Junho de 1999.

⁸⁸ TJCE C-75/97 (*Maribel*), de 17 de Junho de 1999.

⁸⁹ Cf., para mais desenvolvimentos, Fritz SCHARPE, *Sozialstaaten in der Globalisierungsfalle?*, cit.

3. Constituição e Estado Social

A rede normativa de conformação, de origem internacional ou comunitária, da dimensão de socialidade traduz-se numa relativização, mas não numa eliminação, do papel fundamental do Estado na garantia dos direitos económicos, sociais e culturais. Celebrando os trinta anos da Constituição portuguesa, vejamos agora a conformação nacional do Estado social. Numa tentativa de clarificação terminológica⁹⁰, digamos que, ao menos numa perspectiva jurídica, Estado social é fórmula, na esteira da doutrina alemã, com assento na dogmática, aliás, como veremos, já antes do 25 de Abril. Outras designações, nomeadamente Estado de bem-estar (*welfare state*, *Wohlfahrstaat*) ou Estado-providência têm revelado mais vitalidade no quadro de abordagens de cunho sociológico ou económico. Vejam-se ainda outros conceitos que a doutrina associa a este campo semântico, nomeadamente Estado “assistencial”, Estado de prestações (*Leistungsstaat*), “Estado de serviços”⁹¹.

Na economia discursiva, reservamos a fórmula Estado providência para captar uma versão patológica do Estado social.

3.1. O “português inteligente” e a Constituição de 76: a ausência da fórmula “Estado social”

À semelhança do inglês que buscou, debalde, na Constituição norte-americana, um texto que expressamente consagrasse a competência dos tribunais para controlar a constitucionalidade, em vão o “português inteligente” procurará a fórmula Estado social, diferentemente do que se passa, por exemplo, com a Lei Fundamental alemã⁹². Daí não se

⁹⁰ Com efeito, à semelhança de outros grandes descritores, o conceito de Estado social não escapa a diferentes leituras e utilizações. Gregório PECES-BARBA (*Los valores superiores*, Madrid, 1984, p. 58) relembra que foi empregue por socialistas, liberais progressistas, conservadores e reformistas, fascistas e nacionalistas, e ainda neocapitalistas.

⁹¹ Sergio FOIS, “Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»”, *Diritto e società* (1999/2), p. 163-191, p. 165, que indica ainda outras fórmulas (165-166).

⁹² Art. 20/1 e 28/1 (*Grundgesetz*).

deve concluir, apressadamente, pela sua inexistência. Desde logo, parte significativa da doutrina portuguesa logrou descortinar no texto a consagração de um princípio do Estado social. Além disso, mais do que as palavras, importa centrarmo-nos no significado.

Comecemos, pois, por averiguar o(s) sentido(s) do Estado Social

3.2. *Sentido(s) do Estado social*

Tentando reduzir as ambiguidades na discussão sobre o Estado social, precisemos que:

- a) este surge como um processo⁹³, com diferentes formas de expressão ou modelos;
- b) essa dimensão processual traz no bojo a temporalidade das configurações de Estado social.

Numa aproximação tipológica, diríamos que o Estado social é aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conectionam com bens básicos ou fundamentais (*v.g.*, saúde, segurança social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço⁹⁴.

Analisemos o conceito:

- a) a referência à economia de mercado como critério iniludível transforma em candidatos negativos os sistemas de economia central planificada, segundo o modelo soviético;

⁹³ Hans F. ZACHER, “Der Sozialstaat als Prozeß”, in: idem, *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Heidelberg, 1993, p. 73-93.

⁹⁴ Embora seja corrente referir a prossecução de igualdade e esta seja um objetivo com assento em textos constitucionais, o conceito de Estado social não a exige. Como nos recordam Gøsta ESPING-ANDERSEN e John MYLES (*The welfare state and redistribution*, cit.), a história é, neste caso, esclarecedora, bastando lembrar o papel pioneiro de Bismarck.

- b) a garantia de condições materiais para uma existência condigna afasta do âmbito de cobertura ou aplicação da fórmula Estado social quer o liberalismo oitocentista assente numa dicotomia Estado e sociedade civil, em que o primeiro aparecia compreendido como mero “cão de guarda da propriedade”⁹⁵, quer neoliberalismos que idolatram o mercado e vêem nele a panaceia, propendendo para o Estado mínimo. Além disso, realça-se agora como princípio fundante a dignidade da pessoa humana;
- c) a referência a um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, aponta para diferentes modos de resposta do Estado social, quer diacrónica, quer sincronicamente. Numa perspectiva histórica, recorda-se que o modelo de protecção social previdencial avançada por Bismarck assentava em seguros sociais, de natureza pública, que o Estado comparticipava. O social do Estado passa por assumir, como mínimo, uma posição de garante que não deve ser lida em termos de monopólio de “produção de bem-estar”⁹⁶ social. Com efeito, há uma pluralidade de actores que operam nesse domínio, desde as famílias às igrejas, de instituições públicas a privadas, passando por associações do sector social ou terceiro sector; a par dos modos formais, relevam os informais⁹⁷.
- d) a marca da deverosidade jurídica⁹⁸ permite distingui-lo de outros modelos históricos de protecção social, assentes, por exemplo, na caridade ou baseados em esquemas jurídicos facultativos

⁹⁵ Francisco Lucas PIRES, *O problema da Constituição*, Coimbra, 1970, p. 15.

⁹⁶ Para o desenvolvimento do conceito, cf. Franz-Xaver KAUFMANN, *Varianten des Wohlfahrtsstaats*, cit., p. 42-44.

⁹⁷ Cf., no domínio dos cuidados no fim da vida, João Carlos LOUREIRO, “Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito — II. Cuidado(s)”, *Revista Portuguesa de Bioética — Cadernos de bioética* 18 (2008/4), p. 37-83. Em termos principais, v. a sua expressão em termos de princípio cooperativo ou da cooperação, com maior ou menor extensão.

⁹⁸ Remete-nos para o domínio dos deveres prestacionais. Para a sua inserção no quadro de uma teoria geral dos deveres fundamentais (*lato sensu*), v. João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, vol. I, Parte II.

(v.g., o mutualismo⁹⁹). Repare-se que também houve desenvolvimentos, tendo a obrigatoriedade e a laboralidade do sistema dado origem, em matéria de segurança social e em muitos casos, a modelos universalistas. Numa analítica rigorosa, este carácter de dever pode ser visto tanto na óptica de concurso para a protecção previdencial, como traduzir-se na existência de deveres de prestação do Estado (tipicamente, o território da ajuda social);

- e) os mecanismos de solidariedade¹⁰⁰, forte ou fraca¹⁰¹, passam pela mediação estatal, maior ou menor¹⁰², permitindo distinguir estas soluções de outras formas tradicionais de solidariedade, a começar pela familiar; no plano da segurança social, separar, por exemplo, os seguros sociais dos outros¹⁰³; já as hipóteses de soli-

⁹⁹ Sem prejuízo da sua importância, que, entre nós, tem sido revisitada: cf. Miriam Halpern PEREIRA, “Mutualismo e a origem do seguro social”, Maria João VAZ/Eunice RELVAS/Nuno PINHEIRO (Org.), *Exclusão na história: Actas do Colóquio Internacional sobre exclusão social*, Oeiras, 2000, p. 201-213.

¹⁰⁰ Não é possível desenvolver aqui uma teoria da solidariedade e da sua história, considerando as diferentes perspectivas envolvidas: para outras indicações, cf. Uwe VOLKMANN, *Solidarität: Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen, 1998; especificamente para uma análise do conceito a partir de diferentes correntes e na sua relação com a fraternidade, v. as indicações constantes de João Carlos LOUREIRO, *O político e o social em Deus caritas est*, cit.

¹⁰¹ Para a sua conceitualização e diferente fundamento ético, cf. Philippe Van PARIJS, “Au-delà de la solidarité: les fondements éthiques de l’État-providence et de son dépassement”, in: Serge PAUGAM (dir.), *Repenser la solidarité: l’apport des sciences sociales*, Paris, 2007, p. 125-146, esp. p. 133-134.

¹⁰² Sobre a institucionalização da solidariedade no Estado social, considerando a passagem de mera pretensão moral à dimensão jurídica, bem como a obrigatoriedade, a independência face aos meros sentimentos de beneficência e ainda a necessidade de uma política social, cf. Meret BAUMANN, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, Zürich/Basel/Genf, 2008, p. 90-94.

¹⁰³ Não consideramos, para este efeito, o chamado primeiro nível da solidariedade (para a tridimensionalidade do modelo, cf. Meret BAUMANN, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, cit., p. 135-145) que vale também para os seguros comerciais. Com efeito, qualquer seguro pressupõe uma solidariedade no risco em relação aos outros afectados. Mais: na doutrina, tem-se considerado que este não é o uso mais adequado do princípio da solidariedade. Assim, Kaiser ERNEST (“Les possibilités et les limites d’une solidarité conçue dans le cadre des générations et des reve-

dariedade forte — e não é possível, aqui e agora, proceder ao aprofundamento do conceito — apontam para respostas para lá das tradicionais garantias previdenciais;

- f) em causa estão bens básicos ou fundamentais, os que se prendem com a segurança social num sentido bastante lato, contraposta às protecções civis, referentes à segurança de pessoas e bens¹⁰⁴, sem prejuízo das suas articulações como nos recordava, em 1944, Roosevelt: “A verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança económica e independência”¹⁰⁵.

Estes bens são essenciais para o “florescimento humano”¹⁰⁶, para o “desenvolvimento humano”¹⁰⁷ e estão sujeitos a um conjunto de riscos¹⁰⁸, novos e velhos¹⁰⁹;

nus”, *Revue à l'intention des caisses de compensation* (1971), p. 219 *apud* Meret BAUMANN, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, cit., p. 144): “Si l'on parle de solidarité, on en vient à ne plus penser à celle qui, dans toute communauté d'assurance, est inhérente au risque. Sur un plan tout à fait général et dans le sens classique du terme, on entend par *solidarité* toute *dérogation au principe de l'équivalence individuelle*”.

Já o segundo grau ou nível de solidariedade — já não com todos os potenciais afectados, mas sim com grupos de risco —, relativiza o princípio da equivalência, o que, aliás, também acontece no terceiro nível de solidariedade — em que a solidariedade se verifica com os economicamente débeis. Neste último caso, a relativização da equivalência opera, desde logo, em relação à contribuição, que não é calculada de acordo com o risco de cada um, nem corresponde a um valor unitário, mas, em regra, determinada a partir de uma percentagem sobre o salário (Meret BAUMANN, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, cit., p. 142).

¹⁰⁴ Cf., para esta contraposição, Robert CASTEL, *L'insécurité sociale: qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, 2003, p. 5.

¹⁰⁵ “True individual freedom cannot exist without economic security and independence” *Apud* Sandra FREDMAN, “Human rights transformed: positive duties and positive rights”, *Public Law* 50 (2006), p. 498–520, p. 499.

¹⁰⁶ John FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford, 1982.

¹⁰⁷ Amartya SEN, *Development as freedom*, Oxford, 1999 (trad.: *Desenvolvimento como liberdade*, Lisboa, 2003); nas suas relações com a segurança social, cf. Alain e Chantal EUZEBY, “Diritto alla sicurezza sociale e sviluppo umano”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* 7 (2007/1), p. 29–46.

¹⁰⁸ Não desenvolveremos aqui o conceito e tipologias de riscos sociais: sobre estas categorias, cf. Thierry TAURAN, *Droit de la sécurité sociale*, Grenoble, 2000, p. 164–168.

¹⁰⁹ Uma das críticas que se faz ao Estado social é a sua capacidade de enfrentar novos riscos, discutindo-se a adequação institucional aos actuais desafios. Sobre a ques-

- g) o acesso aos bens, como por exemplo, a saúde, toma a sério a diferença da lógica de esferas¹¹⁰, não estando o seu núcleo dependente da capacidade económica do sujeito, mas da necessidade.

3.1. *Uma fórmula alemã: o capitalismo renano*

A fórmula Estado social mergulha as suas raízes no século XIX¹¹¹. O chamado capitalismo renano, ao contrário do modelo do capitalismo de Manchester, assumia preocupações sociais, uma dimensão social que contrastava com um capitalismo desregulado e que, na sua evolução, conduziu, na Alemanha, a modelos de participação dos trabalhadores na gestão. Ao nível do próprio pensamento social cristão, um pouco por vários países da Europa, questiona-se a (in)suficiência dos mecanismos tradicionais da caridade para responder aos desafios da “questão social”¹¹² ou da “questão dos trabalhadores” (*Arbeiterfrage*)¹¹³. Entre nós, os católicos sociais ganham visibilidade na segunda metade do século XIX, culminando, em 1898, na criação dos Círculos Católicos de Operários¹¹⁴; em

tão dos novos riscos, nomeadamente num quadro crescentemente pós-industrial, cf. Peter TAYLOR-GOOPY (ed.), *New risks, new welfare*, cit.

¹¹⁰ Cf. Michael WALZER, *Spheres of justice: a defence of pluralism and equality*, Oxford/Cambridge, 1983 (trad.: *As esferas da justiça: em defesa do pluralismo e da igualdade*, Lisboa, 1999).

¹¹¹ Sem prejuízo de raízes anteriores, nomeadamente as intervenções sustentadas pela teoria das *Kameralwissenschaften*. Contudo, no seu sentido próprio, o Estado social surge como uma etapa social de um Estado de direito.

¹¹² A fórmula terá surgido em França, tendo sido objecto de recepção noutros países (na Alemanha, por volta de 1840: cf. Hermann BUTZER, *Die Sozialstaatsentwicklung unter dem Grundgesetz: verfassungsverbotene Entfaltung oder exzessive Expansion?*, Baden-Baden, 2006, p. 11. n. 9.

¹¹³ Embora as expressões questão social e questão operária ou dos trabalhadores sejam, muitas vezes, utilizadas indiferentemente, regista-se que a situação não é transferível para todos os países ocidentais.

¹¹⁴ Cf. Manuel Braga da CRUZ, “Origens e primeiros tempos do CADC”, in: *O CADC na vida da Igreja e da sociedade portuguesa: Actas do Congresso*, Coimbra, 2001, p. 17-24.

1901, foi fundado, movendo-se no plano doutrinário, o Centro Académico de Democracia Cristã, em Coimbra¹¹⁵.

Hegel costuma ser apontado como um dos autores com uma contribuição nuclear para o Estado Social¹¹⁶. Assim, nos *Princípios da Filosofia do Direito*¹¹⁷, o Estado assume um papel de protecção dos pobres. Já Fichte lançara as bases de uma visão do Estado comprometido com as diferentes relações da vida, recortando um dever de assistência, uma resposta comunitária às necessidades fundamentais¹¹⁸.

Mais tarde, Robert von Mohl¹¹⁹, a partir das ciências de polícia, e Lorenz von Stein¹²⁰ aportam importantes contributos para uma teoria do Estado social. Além disso, o pano de fundo dos conflitos sociais da segunda metade de oitocentos criou as condições para o lançamento do chamado modelo bismarckiano dos seguros sociais, que, num registo laborista, lançou as bases da moderna protecção social¹²¹.

Mas, sobretudo depois da II Guerra Mundial, a consagração da fórmula Estado Social na *Grundgesetz*, em 1949, veio constituir um estímulo essencial para a densificação dogmática da fórmula e para a sua exportadora difusão.

¹¹⁵ Cf. Manuel Braga da CRUZ, *As origens da democracia cristã e as origens do salazarismo*, Lisboa, 1980; idem, “Centro Académico de Democracia Cristã”, in: Carlos Moreira AZEVEDO (Dir.), *Dicionário de História Religiosa de Portugal*, Lisboa, 2000, p. 329-331; Isaías HIPÓLITO, “O CADC nos Estatutos de 1905: uma associação para a “confraternidade entre os estudantes católicos”, *Estudos* 2 (2004), p. 359-369; Jorge SEABRA/António Rafael AMARO/João Paulo Avelãs NUNES, *O CADC de Coimbra, a democracia cristã e os inícios do Estado Novo (1905-1934)*, Lisboa, 2000.

¹¹⁶ V., por todos, Thorsten KINGREEN, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund: Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*, Tübingen, 2003, p. 74.

¹¹⁷ Trad. port. de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Lisboa, 1976, § 241.

¹¹⁸ Stephen KOSLOWSKI, “Vom sozialen Staat zum Sozialstaat: Aufstieg und Niedergang einer Vision”, *Der Staat* 34 (1995), p. 221-241, p. 221-222.

¹¹⁹ Para uma síntese, cf. Thorsten KINGREEN, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, cit., p. 86-88.

¹²⁰ Cf., para uma primeira introdução, Thorsten KINGREEN, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, cit., p. 89-101.

¹²¹ Mais desenvolvidamente, sobre este processo, cf. Michael STOLLEIS, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart, 2003, esp. p. 52-87.

3.2. *Pluralidade de modelos do Estado de bem-estar*

O Estado social ou de bem-estar diz-se numa pluralidade de formas. Limitaremos as nossas reflexões a duas tipologias¹²²: a de Esping-Andersen e a de Ferrera, sem perdermos de vista que são possíveis análises mais fragmentárias, centradas em combinações de “subconjuntos”¹²³.

3.2.1. “Os três mundos do capitalismo de bem-estar”

Esping-Andersen¹²⁴ distingue três mundos do capitalismo de bem-estar¹²⁵, a partir da articulação entre Estado, mercado e família. Em primeiro lugar, o Estado de bem-estar liberal, paradigmaticamente representado pelos Estados Unidos, Canadá e Austrália¹²⁶; em segundo lugar, o Estado que se filia numa linha conservadora e corporatista, em que é importante o seu papel no domínio da *Daseinvorsorge*¹²⁷, sendo ilustra-

¹²² Sem prejuízo de outras: por exemplo, para uma leitura em termos de três modelos — bismarckiano, beveridgiano, paineano —, sendo este último uma proposta extremamente discutida e discutível, cf. Philippe Van PARIJS, *Au-delà de la solidarité*, cit.

¹²³ Assim, explorando esta via, Anthony ATKINSON (“Repenser la solidarité au niveau européen”, in: Serge PAUGAM (dir.), *Repenser la solidarité*, cit., p. 935-947) propõe, por exemplo, analisar os mecanismos de transferências de rendimento, desde a tradicional assistência social, assente na chamada condição de recursos, terminologia francesa e também portuguesa, ou “teste de meios” (*means test*), na tradição inglesa, passando pelo seguro social, no quadro de um modelo laborista, assente em contribuições e, finalmente, modelos universalistas, assentes na cidadania e/ou na residência.

¹²⁴ *The three worlds of welfare capitalism*, 1990 (trad.: *Les trois mondes de l'État-providence: essai sur le capitalisme moderne*, Paris, 1999).

¹²⁵ Trata-se de uma redefinição da divisão tripartida clássica de Titmuss: o chamado modelo “residual”, o “remunerativo” ou do “rendimento industrial” e o “institucional-redistributivo” [Maurizio FERRERA, “I mondi del benessere: una nova classificazione dei Welfare states”, *Rivista italiana di scienza politica* 22 (1992/2), p. 233-267, p. 235].

¹²⁶ *The three worlds of welfare capitalism*, cit., p. 41.

¹²⁷ Sobre o estado da arte neste domínio, com outras indicações bibliográficas, cf. agora Hans Peter BULL, “Daseinvorsorge im Wandel der Staatsformen”, *Der Staat* 47 (2008), p. 1-19.

ções os casos alemão, austríaco, francês e italiano; finalmente, o modelo social-democrata, espelhado na tradição dos países nórdicos¹²⁸.

A leitura de Esping-Andersen não está imune a críticas: assim, sustentou-se que não se tomava a sério a heterogeneidade das situações cobertas sob o rótulo de Estado de bem-estar liberal, assim como a diferença de casos classificados como pertencendo à linha conservadora e corporativa¹²⁹. John Gelissen¹³⁰ aponta várias debilidades, a saber: (1) a incapacidade, com exceção do caso italiano, de enquadrar os países mediterrânicos (rigorosamente, do Sul da Europa, pois Portugal é incluído); (2) inadequação na captação dos casos australiano e neozelandês, acantonados por Esping-Andersen no regime liberal de bem-estar; (3) desconsideração da importância das questões do género; (4) incompreensão da situação na Ásia Oriental, nomeadamente do caso japonês.

Limitando-nos ao caso europeu e à Europa Ocidental¹³¹, vê-se que, mesmo aqui, a realidade é mais complexa. Assim, para além da quarta Europa social individualizada por Ferrara, nos termos que já veremos, há outros aspectos em que a tipologia acaba por esconder diferenças significativas: Anthony Giddens, por exemplo, considera “óbvio que a Alemanha e a França não pertencem a um só tipo”¹³², sublinhando a crescente labilidade em termos de fronteiras dos tipos¹³³, sem prejuízo, apesar de tudo, da sua utilidade. Acresce que, numa análise específica de prestações, descobrem-se formas de agrupamento distintas. Assim, se a óptica de abordagem for a da articulação entre as prestações relativas aos

¹²⁸ Mas há mutações relevantes neste quadrante: por exemplo, Kirsten KETSCHER (*apud* <http://www.etes.ucl.ac.be/bien/Files/Papers/2004Christensen.pdf>, p. 5) realça os aspectos de seguro social que estão a assumir peso no modelo dinamarquês.

¹²⁹ Franz-Xaver KAUFMANN, *Varianten des Wohlfahrtsstaats: der deutsche Sozialstaat im internationalen Vergleich*, Frankfurt a. Main, 2003, p. 22-23.

¹³⁰ *Worlds of welfare, worlds of consent? Public opinion on the welfare state*, Leiden/Boston, 2002, p. 37 ss.

¹³¹ Com efeito, as mudanças provocadas pela queda do Muro de Berlim levaram a uma alteração que permite a parte da doutrina identificar aqui um novo tipo de Estado de bem-estar, o pós-comunista: cf. Anthony GIDDENS, *Europe in global age*, Cambridge, 2007 (trad.: *A Europa na era global*, Lisboa, 2007).

¹³² Anthony GIDDENS, *Europe in global age*, cit., p. 28.

¹³³ Anthony GIDDENS, *Europe in global age*, cit., p. 28.

filhos e os custos que lhe são inerentes¹³⁴, tendo como base o que era a Europa dos 15, verifica-se que o Luxemburgo, França, Bélgica e Alemanha têm o nível mais elevado, seguidos de um grupo intermédio, que integra o Reino Unido, mais os países nórdicos e a Áustria; por fim, surgem não apenas os países do Sul (Portugal, Espanha, Itália e Grécia), mas também a Irlanda e os Países Baixos.

3.2.2. “As quatro Europas sociais”

Maurizio Ferrera¹³⁵ propõe um modelo mais complexo de leitura da Europa Social, cruzando critérios como a acessibilidade às prestações (1), fórmulas de prestações (2), de financiamento (3) e os esquemas organizacionais e de gestão. Deixando de parte os novos países pós-comunistas, a estruturação da Europa em termos de Estado social expressa-se de uma forma quadripartida: a) países escandinavos ou, mais rigorosamente, nórdicos¹³⁶; b) família anglo-saxónica; c) países da zona central do continente europeu (Alemanha, França, Benelux); d) países do Sul da Europa (Portugal, Espanha, Itália e Grécia).

Nos países do Sul, sublinha-se, em face de uma fraqueza tradicional do Estado social, o papel de esquemas societários em sede de protecção social, as fórmulas tradicionais desde a família à vizinhança, passando por estruturas mutualistas e iniciativas da sociedade civil, tendo à cabeça, em Portugal, as misericórdias. Se este mecanismo eram vistos como resquícios de um processo de modernização incompleto, curiosamente a crise do Estado recentrou as atenções nestes modos de protecção social. Não por acaso, fala-se crescentemente de “sociedade-providência”, não ape-

¹³⁴ Refira-se que o estudo foi publicado em 1998 (J. DITCH/H. BARNES/J. BRADSHAW/M. KILKEY, *A synthesis of national family policies*, Brussels), pelo que pode ter havido modificações [Peter ABRAHAMSON, “The welfare modelling business”, in: Nick MANNING/Ian SHAW (ed.), *New risks, new welfare*, cit., p. 57-78].

¹³⁵ *Le trappole del welfare: uno Stato sociale sostenibile per l’Europa del XXI secolo*, Bologna, 1998, p. 80-84.

¹³⁶ Para uma síntese do modelo nórdico do Estado de bem-estar, sublinhando que a matriz luterana terá contribuído decisivamente para o papel dos poderes públicos na matéria, cf. Jaakko HUSA/Kimmo NUOTIO/Heikki PIHLAJAMÄKI (ed.), *Nordic law: between tradition and dynamism*, Antwerp/Oxford, 2007, p. 26-28.

nas naquelas onde, como a portuguesa, o seu papel se revela decisivo para fazer face a insuficiências do Estado¹³⁷, mas nas sociedades centrais. De novo, a lógica do dom, da fraternidade e da solidariedade são objecto de revalorização a partir de vários quadrantes.

3.3. *Uma fórmula inadequada ao “espírito do tempo”?*

3.3.1. *Inadequação do conceito de Estado?*

Um primeiro teste de adequação da fórmula passa pelo próprio conceito de Estado. Com efeito, vozes há que propugnam o abandono desta categoria política¹³⁸, sustentando a tese de que a estadualidade correspondeu a uma certa leitura da modernidade, em que era nuclear o conceito de soberania, o que já não se verificaria agora, tempo em que alguns já falam de pós-soberania¹³⁹. Aliás, já Carl Schmitt¹⁴⁰ anunciara, a partir de uma certa leitura do político e do Estado, o fim de uma época.

Relembrem-se as críticas da ciência política norte-americana a partir dos anos 50 (*v.g.*, David Easton), num quadro sistémico, questionando a operacionalidade e mesmo a cientificidade do conceito de Estado; além disso, recorde-se a distinção, de corte anglo-saxónico, entre *political society* e *government* (Ehmke)¹⁴¹. A partir da obra de Michel Foucault¹⁴² e da

¹³⁷ Para o caso português, cf., *supra*, n. 30. Também Sílvia PORTUGAL, “Família e política social em Portugal”, in: Maria Clara SOTTOMAYOR/Maria João TOMÉ (Coord.), *Direito da família e política social*, cit., p. 21-36.

¹³⁸ Nos princípios da modernidade política, a palavra *stato* adquire o sentido de *res publica*.

¹³⁹ Para uma discussão do conceito e da sua prestabilidade, cf. Richard BELLAMY, “Sovereignty, post-sovereignty and pre-sovereignty: three models of the state, democracy and rights within the EU”, in: Neil WALKER (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford/Portland, Oregon, 2003, p. 167-189, que, criticando esta visão, sublinha que a “soberania (...) não morreu” (p. 176).

¹⁴⁰ Veja-se, por exemplo, o prefácio a *Der Begriff des Politischen*, Berlin (trad.: *O conceito do político*, Petrópolis, 1992).

¹⁴¹ Entre nós, cf. Francisco Lucas PIRES, *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, Coimbra, 1988, p. 288, n. 2.

¹⁴² Repare-se que a ideia de poder disciplinar de Foucault está a ser usada, também entre nós, para uma leitura do processo de privatizações e o desenho de um

ideia de disseminação do poder, de “micropoderes”, alguns¹⁴³ autores põem em causa, numa linha de matriz pós-estruturalista, também o conceito de Estado.

Recentemente, Robert Christian Van Ooyen¹⁴⁴, numa formulação à primeira vista paradoxal, anunciou uma “nova ciência do Estado”, assente numa “doutrina do Estado pós-estatal”¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. Fala-se também de uma “teoria do Estado sem Estado”¹⁴⁷, que reduz o Estado ao nível jurídico.

Estado regulador, não a partir da análise do poder directo, expresso tradicionalmente através da categoria da soberania, mas sim em termos de poder indirecto: cf. Luís LOBO-FERNANDES, “Para uma racionalidade do Estado na União Europeia: do Estado-Providência ao Estado regulador”, in: Manuel Carlos SILVA (Org.), *Nação e Estado: entre o global e o local*, Porto, 2006, p. 187-193.

¹⁴³ Mas não o próprio Michel Foucault, que se limita a uma relativização do Estado. Também a partir de Foucault, considerando que estamos perante uma mutação da estadulidade, através de um processo de “deslocação de técnicas formais para técnicas informais”, além da relevância de novos actores, Thomas LEMKE, “An indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory”, *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory* (2007/15), disponível em <http://www.thomaslemkeweb.de/publikationen/IndigestibleMealfinal5.pdf>. Já radicalizando as teses de Foucault, cf. a obra de Timothy MITCHELL, que vê o Estado como uma mera construção discursiva, uma “ilusão”.

¹⁴⁴ “Der Staat — und kein Ende? Ein Literaturbericht”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (2006/54), p. 151-166, p. 153.

¹⁴⁵ Ou seja, mesmo nesta perspectiva, trata-se ainda de um Estado, embora com outras configurações, num tempo em que se desenvolvem verdadeiras instituições políticas não apenas pós-nacionais, mas pós-estatais: cf., neste último caso, Neil WALKER, “Late sovereignty in the European Union”, in: Neil WALKER (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford/Portland (Oregon), 2003, p. 3-32, p. 5, 9 e 19. A expressão pós-estatal é ainda usada, com outro sentido, para designar os chamados “Estados falhados”.

¹⁴⁶ De Estado pós-estatal fala, entre nós, Rui Cunha MARTINS, “Estado, tempo e limite”, *Revista de História das Ideias* 26 (2005), p. 307-342, p. 340 (refere-se também a “discursos da pós-estatalidade” (p. 326). Mas, como reconhece, apesar das mudanças significativas, confrontamo-nos com a sua persistência. E escreve, em diálogo com Gomes Canotilho, que “(...) o facto de os elementos tradicionalmente residentes nos eixos de fundamentação do Estado (soberania, história, fronteira...) e ainda actuaes, terem alargado, em paralelo, o seu âmbito de acção para além dos eixos de configuração estatal (...) justifica falar hoje, mais do que da ultrapassagem ou superação do Estado — que (...) o presente *modo da mudança* não consente —, da existência de um *novo fenótipo organizativo*” (p. 340, em itálico no original).

¹⁴⁷ MELOSSI; também the Bob JESSOP, “The state and state-building”, in: R. A. W. RHODES/Sarah A. BINDER/Bert A. ROCKMAN (ed.), *Oxford handbook of political institutions*, Oxford/New York, 2006, p. 111-130.

George Steinmetz¹⁴⁸, numa impressionante síntese dos desafios ao conceito de Estado, distingue entre objecções que temporalmente se reportam a toda a modernidade e leituras críticas a partir das mudanças recentes do Estado, limitadas às últimas décadas. No primeiro caso, as referidas leituras sistémicas ou neo-sistémicas teriam a concorrência de matrizes pós-foucaultianas; no segundo, fenómenos como a globalização, o pós-fordismo, a “desfronteirização” (*desbordering*) provocam uma crise do Estado, que vem acompanhado de uma transferência de funções do Estado, também no campo do bem-estar¹⁴⁹.

Na impossibilidade de procedermos aqui a uma discussão destes *topoi*, permitam-nos que nos limitemos a sublinhar que, em termos jurídico-constitucionais, as mutações do Estado¹⁵⁰, nomeadamente na sua abertura mundial e, no nosso caso, também europeia, fizeram tombar um certo modelo de Estado e questionar os seus elementos “clássicos” (poder, povo, território), mas não tornaram supérflua a categoria, quer seja entendida como Estado-comunidade, quer como estrutura organizacional central em termos de poder político. Não é, pois, o Estado enquanto tal, mas as suas tarefas que estão hoje no centro do debate constitucional.

3.3.2. *Inadequação do conceito de social?: tempos de “pós-social”*

Uma segunda objecção ao conceito centra-se no adjectivo social. Entre nós, a defesa de um Estado pós-social aparece-nos claramente na obra de Vasco Pereira da Silva¹⁵¹. Diríamos que importa ver a existência

¹⁴⁸ *State/culture: State-formation after the cultural turn*, Princeton, 1999, p. 9-11.

¹⁴⁹ *State/culture: State-formation after the cultural turn*, cit., p. 10.

¹⁵⁰ Para uma discussão sobre as possibilidades de uma teoria do Estado, cf., na doutrina em língua portuguesa, Gilberto BERCOVICI, “As possibilidades de uma teoria do Estado”, *Revista da História das Ideias* 26 (2005), p. 7-32; vide ainda, defendendo uma renovação da teoria do Estado, numa perspectiva de corte com a tradicional *deutsche Staatslehre*, José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Precisará a teoria da Constituição europeia de uma teoria do Estado?”, in: *Colóquio Ibérico: Constituição europeia: Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra, 2005, p. 665-674 (agora in: idem, “Brançosos” e *interconstitucionalidade*, cit., p. 227-244, esp. p. 242-244).

¹⁵¹ Cf. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, p. 122 ss., e, já antes, em *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do*

de várias linhas críticas do Estado social, recorrendo a matrizes neoliberais, à teoria comunicativa e às leituras sistémicas. Autonomiza-se ainda uma crítica mais político-administrativa, que não é imune a sugestões das primeiras, mas que assume uma específica configuração institucional. Vejamos, rapidamente, alguns dos seus aspectos, sendo certo que uma análise mais aprofundada exigiria que se questionassem os modelos e conteúdos que preenchem a fórmula Estado social ou de bem-estar — admitamos, neste contexto, a sua equivalência. Na verdade, e limitando-nos agora à elaboração sociológica de língua alemã, a crise e as suas causas surgem captadas como expressão de processos de “individualização” (Ulrich Beck), “desactivação” (Wolfgang Streek), “esgotamento” (Kaufmann) e “sobrecarga” (Luhmann)¹⁵².

3.3.2.1. Crítica neoliberal

Há claramente uma crítica neoliberal ao Estado social, rotulado de obeso, ineficiente, gastador. Na linha radical, encontraríamos vozes como Friedrich Hayek¹⁵³, que rotula de miragem a justiça social, ou Robert Nozick¹⁵⁴, com uma radicalização do Estado mínimo. Para esta linha de reflexão, o Estado social seria incompatível com um Estado mínimo. Hayek, por exemplo, recusa expressamente um Estado social: as políticas redistributivas surgem como ameaças à liberdade, pondo em causa o mercado como instituição. Assim, o Estado social é visto como incompatível com o *Rechtsstaat*¹⁵⁵, abrindo as portas a um “caminho para a servidão”¹⁵⁶.

recurso directo de anulação, Coimbra, 1989, p. 56-61, e também “Estruturas da Sociedade: liberdade e solidariedade”, in: Comissão Nacional Justiça e Paz, *Gaudium et Spes: uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, Lisboa, 1988, p. 125-133; no mesmo sentido, Maria João ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Lisboa, 1996, p. 47-80, p. 96, p. 354.

¹⁵² Para esta síntese, cf. Jens BORCHET/Stephan LESSENICH, “Spätkapitalismus und Grenzen adaptiver Selbsttransformation der Wohlfahrtsstaatsanalyse”, in: Anna GEIS/David STRECKER (Hg.), *Blockaden staatlicher Politik: sozialwissenschaftliche Analysen im Anschluss an Claus Offe*, Frankfurt/New York, 2005, p. 83-97, p. 85-88.

¹⁵³ Entre nós, cf. Manuel Fontaine CAMPOS, *O direito e a moral no pensamento de Friedrich Hayek*, Porto, 2000.

¹⁵⁴ *Anarchy, State and utopia*, 1974 (trad.: *Anarchia, stato e utopia: i fondamenti filosofici dello “Stato minimo”*, Firenze, 1981).

¹⁵⁵ A contraposição Estado de direito e Estado social é clássica, não apenas ao nível do pensamento político, mas também na doutrina jurídica. Pense-se na análise

3.3.2.2. *Crítica da teoria comunicativa (Habermas): o paradigma do direito procedimental*

Também Jürgen Habermas não ficou imune às críticas ao Estado Social¹⁵⁷. Principalmente em *Faktizität und Geltung*¹⁵⁸, Habermas contrapõe aos modelos tradicionais do Estado de direito e do Estado social, o Estado procedimental. O Estado social assumiu traços paternalistas, traduzindo-se numa “colonização do mundo-da-vida”, alimentando a tecnocracia e a peritocracia¹⁵⁹. O direito social do Estado de bem-estar “caracteriza-se por uma ambivalência entre a garantia da liberdade e a privação da liberdade, ambivalência que resulta da dialéctica entre igualdade de direito e igualdade de facto”¹⁶⁰.

Mas a existência de algumas críticas a impactos negativos não fazem de Habermas um defensor da sua eliminação. Mais: no âmbito de uma “constelação pós-nacional”¹⁶¹, um dos argumentos que mobiliza para a defesa do nível europeu é precisamente a salvaguarda do Estado Social, no quadro da concorrência internacional gerada pelos processos de globalização¹⁶².

de Ernst FORSTHOFF (v.g., *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971; trad.: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975), que, defendendo uma administração de prestação, se opôs, claramente, à constitucionalização da dimensão social, considerando que o Estado de direito assenta na garantia da liberdade e, conseqüentemente, na não-ingerência (argumento da estrutura e da lógica do Estado de Direito e a lógica constitucional: p. 124-125) e também com considerações de natureza política (p. 125).

¹⁵⁶ *The road to serfdom*, (trad.: *O caminho para a servidão*, Lisboa, 1977).

¹⁵⁷ Não é possível proceder aqui a uma análise dos diferentes escritos de Habermas sobre a temática do Estado Social.

¹⁵⁸ *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., 1992 (trad.: *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris, 1997).

¹⁵⁹ Uma síntese da crítica empreendida por Habermas às patologias do Estado de bem-estar pode ver-se em Erik Oddvar ERIKSEN/Jarle WEIGÅRD, *Understanding Habermas: communicative action and deliberative democracy*, London/New York, 2003, esp. p. 153-155.

¹⁶⁰ *Faktizität und Geltung*, cit., p. 444.

¹⁶¹ *Die postnationale Konstellation: politische Essays*, Frankfurt a. M., 1998.

¹⁶² Glyn MORGAN, *The idea of a European superstate: public justification and European integration*, 2005, p. 83-84.

3.3.2.3. *Crítica sistémica*

Reduzindo a complexidade, diríamos que, numa linha sistémica, num processo marcado pela diferenciação funcional, teríamos “sociedades sem centro”. Estas linhas apontam para uma modéstia do sistema político e para os problemas e dificuldades de uma leitura dirigista do Estado social. Há um conjunto de “paradoxos do Estado social”, instituição que prossegue a “inclusão política”¹⁶³. Luhmann recordava que o Estado¹⁶⁴ de bem-estar tende a intervir em áreas que não pode controlar e que isto se traduz em perturbações no funcionamento do sistema, de sobrecarga, e num processo de degradação do direito. Ou seja, na sua perspectiva, o Estado social acaba por criar mais problemas do que aqueles que resolve. Recorde-se que, na semântica luhmanniana, o Estado não é mais do que “a autodescrição do sistema político”¹⁶⁵.

Esta crítica, contudo, não tem de equivaler à proclamação do fim do Estado social, mas apenas ao de certas formas e à adopção de estruturas mais reflexivas, em que as dimensões procedimentais e organizacionais e as entidades não-estatais ganham peso, com a introdução de outros mecanismos comunicacionais¹⁶⁶. Aliás, uma das linhas de adaptação passa precisamente pela ideia de um Estado supervisor, marcado pela procedimentalização na acção¹⁶⁷.

3.3.2.4. *Crítica de matriz feminista*

Sob a capa da crítica de matriz feminista ao Estado social ou de bem-estar, consideramos posições que vêm do horizonte de reflexão

¹⁶³ Cf. Niklas LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München, 1981 (utilizámos a tradução inglesa, que corresponde a uma versão alargada: cf. *Political theory in the welfare state*, Berlin/New York, 1990, p. 35).

¹⁶⁴ Para uma análise da semântica e dos desenvolvimentos do Estado, cf. Niklas LUHMANN, “Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft”, in: Ulrich BECK (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main, 1998, p. 345-380.

¹⁶⁵ Niklas LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, cit., p. 144.

¹⁶⁶ Entre nós, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *A governança do terceiro capitalismo*, cit., esp. p. 150 ss.

¹⁶⁷ *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1996, p. 181.

feminista, que, como é sabido, se diz na pluralidade, numa paleta que compreende desde feminismos da igualdade a feminismos da diferença, passando pelos modelos de complementaridade. No caderno das críticas, tomam assento a acusação de paternalismo, bem como a tese de que a materialização do direito produziu uma série de consequências indesejadas, que acabaram por se voltar contra a própria mulher, falando-se de uma “feminização da pobreza”¹⁶⁸. Na verdade, o pluralismo das vozes não permite falar de uma crítica unitária ao Estado de bem-estar. No entanto, da leitura dos textos resultam algumas linhas de força predominantes que vão desde a questão do género ao problema da desvalorização de uma série de prestações, nomeadamente de cuidados, a cargo das mulheres; o Estado social é acusado de ser um instrumento de domínio masculino¹⁶⁹.

Na economia da nossa investigação, esta linha de análise não tem de conduzir ao descartar do Estado social, mas antes a uma outra configuração, que supõe alterações culturais profundas.

3.3.2.5. *Crítica político-administrativa: do Estado prestador ao Estado garantidor?*

Uma outra linha crítica do Estado Social parte da identidade entre Estado social e Estado prestador, e considera que este último estaria superado. Na verdade, em termos político-administrativos, o Estado prestador, entendido como Estado produtor¹⁷⁰, que alimentou parte significativa do século XX, viu-se confrontado com o Estado garantidor,

¹⁶⁸ Neste ponto, socorremo-nos da síntese de Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 450.

¹⁶⁹ *Beyond the Welfare State? The new political economy of welfare*, 2006.

¹⁷⁰ É importante esta precisão, dado que também se encontra a categoria Estado prestador ou de prestação (*Leistungsstaat*) numa acepção mais ampla. Assim, Philippe MASTRONARDI (*Verfassungslehre: Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, Bern/Stuttgart/Wien, 2007, p. 293) refere a categoria como uma “resposta moderna à velha questão do bem comum” (p. 293), que compreende uma série de tarefas do Estado, que subdivide em três grupos: referentes ao Estado social (assistência e previdência), prestações de serviços públicos (infra-estruturas e desenvolvimento social, como o ordenamento o território e as vias de comunicação; instituições de educação e saúde; meios de informação e comunicação, desde os correios à rádio e à televisão) e as responsabilidades globais.

garante ou de garantia¹⁷¹, com especial destaque para as vestes de Estado regulador¹⁷². No plano de uma teoria da responsabilidade do Estado¹⁷³, entendida não como a tradicional responsabilidade civil (*liability, Haftung*), mas como *Verantwortung* (*responsibility*), ou seja, primariamente como um “conceito de competência”¹⁷⁴, a responsabilidade de presta-

¹⁷¹ Entre nós, sobre esta figura, cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício dos poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005, esp. p. 22-24, 166-170; idem, *Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra, 2008, p. 10-12; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *A governança do terceiro capitalismo*, cit., p. 149 ss.; idem, *Precisará a teoria da Constituição europeia de uma teoria do Estado?*, cit., p. 243; idem, “O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito”, in: António José Avelãs NUNES/Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Coord.), *O direito e o futuro. O futuro do direito*, Coimbra, 2008, p. 571-576.

¹⁷² Entre nós, referindo-se a uma nova etapa, em emergência, do Estado, de difícil caracterização, cf. José Manuel Sérvulo CORREIA, “Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 1155-1187, p. 1159, que indica como fórmulas empregues Estado orientador (*Steuierungsstaat*) ou de Administração de infra-estruturas (*Infrastrukturverwaltung*). Repare-se que, no entanto, na economia do discurso, se procura caracterizar o direito administrativo: Sérvulo Correia refere-se a um “discurso explicativo da essência do direito administrativo” (p. 1159). Ora, quando, no quadro da investigação, procuramos analisar a possibilidade de continuar a falar de Estado Social, sem prejuízo de implicações em termos administrativos, o nosso argumento move-se numa análise em sede de princípios estruturantes do Estado que, não podendo desconhecer o direito administrativo, não se esgota nele quer se parta de uma perspectiva diacrónica, quer sincrónica. Mas, indubitavelmente, como referimos no texto, os sinos dobram por um certo modelo de Estado social, por uma leitura “providencialista”. Ainda sobre a leitura de Sérvulo Correia, cf. idem, *Direito contencioso administrativo*, I, Lisboa, 2005, p. 311-313, que refere as implicações, nas relações entre direito público e privado, de situações como a do Estado accionista e do regime aplicável aos serviços de interesse económico geral (p. 312-313). Sobre o Estado accionista, cf. agora o número da *Revue française d'administration publique* (2007/124), dedicado ao tema.

¹⁷³ Com mais desenvolvimento, e outras indicações bibliográficas, v. João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, cit., vol. I, Parte I, Cap. III.

¹⁷⁴ H. C. RÖHL, “Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?”, p. 39 ss. *apud* Reinhard RÜGE, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderten Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU*, Berlin, 2004, p. 163, 165. O outro uso relevante é a captação em termos de “conceito de imputação” (*Zurechnungsbegriff*): cf. Reinhard RÜGE, *Die Gewährleistungsverantwortung*, cit., p. 164-165.

ção tem dado lugar a uma responsabilidade de garantia, cuja concretização não pode, no entanto, desconhecer os quadros constitucionais. Esta responsabilidade de garantia, compreendendo um espectro largo do ponto de vista funcional e permitindo recortar vários subtipos¹⁷⁵ (responsabilidade de planeamento, responsabilidade de intermediação e organização, responsabilidade de informação, responsabilidade de controlo e responsabilidade subsidiária¹⁷⁶), deve distinguir-se da responsabilidade de prestação¹⁷⁷, de realização ou cumprimento (*Erfüllungsverantwortung*)¹⁷⁸. Estamos, pois, face a uma concepção de bem comum, essa fórmula clássica que está de novo em voga, que não o compreende como monopólio do Estado, não confunde tarefas estatais e tarefas públicas, estadualidade e publicidade, mas se abre aos cidadãos e outras entidades, privadas ou públicas não estatais. Claudio Franzius chega a dizer que o “Estado de garantia quer ser o Estado da sociedade civil”¹⁷⁹, sendo certo que, se distinguirmos sociedade civil e mercado, tal afirmação só parcialmente é verdadeira. Aliás, em muitos aspectos, o Estado de

¹⁷⁵ Neste ponto, louvamo-nos na síntese, a partir da doutrina alemã, de José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado Social*, Madrid/Barcelona, 2007, p. 77-80).

¹⁷⁶ Esta responsabilidade subsidiária, como indica o próprio José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*La administración del Estado Social*, cit., p. 81, n. 50), pretende referir-se ao que a doutrina alemã recorta como *Einstandverantwortung*. Caberia aqui a responsabilidade de “oferecer soluções adequadas para o caso de cumprimento defeituoso pelos sujeitos privados prestadores” (p. 80). No entanto, sem entrarmos em querelas de arrumação, sublinhe-se que é corrente, na dogmática tudesca, autonomizar esta responsabilidade, considerando-a um dos três tipos fundamentais: cf., por exemplo, neste sentido, Franziska Alice LÖHR, *Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag: zur demokratischen Legitimation der Regulierung durch die Bundesnetzagentur in den Bereichen Telekommunikation und Post*, Baden-Baden, 2006, p. 136, que fala de *Erfüllungsverantwortung*, *Gewährleistungsverantwortung* e *Auffangverantwortung/Einstandsverantwortung*.

¹⁷⁷ Para uma teoria mais elaborada da figura da responsabilidade, Eberhard SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin/Heidelberg/New York, 2004, p. 170-174; também, a partir da dogmática alemã, cf. José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado Social*, cit., p. 69-88.

¹⁷⁸ José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado Social*, cit., p. 87, refere-se a uma “responsabilidade estatal plena ou de completo cumprimento”.

¹⁷⁹ Claudio FRANZIUS, “Der “Gewährleistungsstaat: ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?””, *Der Staat* 42 (2003/4), p. 493-517, p. 493.

garantia surge como uma revisitação e uma renovação do princípio da subsidiariedade¹⁸⁰, num tempo em que as infraestruturas se revelam decisivas na capacidade competitiva e a regulação independente do mercado é apresentada como solução.

O Estado garantidor pode aparecer em vestes mais de Estado social ou mais neo-liberais¹⁸¹. Só neste último caso é que terá aqui assento a crítica ao Estado social. O que se passa é que um modo de garantia é, em muitas áreas, dado por deveres de regulação em lugar dos tradicionais deveres de prestação¹⁸². Assim, o recuo do Estado, nomeadamente através de processos de (re)privatização¹⁸³, não é necessário sinónimo — no caso do Estado garantidor, pelo contrário! — de abandono do Estado. Mais: o adeus à intervenção pela via da prestação, com incidências nas relações com o mercado de trabalho ou na saúde¹⁸⁴, por exemplo, não significa que o Estado se limite ao papel liberal tradicional de uma “responsabilidade-quadro” (*Rahmenverantwortung*)¹⁸⁵. O “Estado social e económico garantidor”¹⁸⁶ é agora apresentado como a “nova forma europeia de Estado”¹⁸⁷.

Apesar de alguns processos alimentados por um modelo rejuvenescido de Estado guarda-nocturno, com suporte ideológico de certas fran-

¹⁸⁰ Sobre este, com outras indicações bibliográficas, permitimo-nos remeter para João Carlos LOUREIRO, *O político e o social em Deus caritas est*, cit.; idem, “Constitutionalism, diversity and subsidiarity in a postsecular age”, neste *Boletim*.

¹⁸¹ Kuno SCHEDLER, “Gewährleistungsstaat: eine Konzeption für den Staat im New Public Management”, *Berliner Debatte INITIAL* 11 (2000/3), p. 5-18. Utilizámos uma versão disponível em www.alexandria.unisg.ch, pelo que a numeração não coincide com a do original.

¹⁸² Claudio FRANZIUS, *Der “Gewährleistungsstaat”*, cit., p. 499.

¹⁸³ Privatização que pode ser uma privatização patrimonial e uma privatização de tarefas: cf. Pedro GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit., p. 152-155; para a complexa polissemia da privatização, cf. também a síntese de Paulo OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, in: *Os caminhos da privatização da Administração Pública: IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, p. 31-57.

¹⁸⁴ Herbert GENZE, “Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat”, *Medizinrecht* 26 (2008/2), p. 129-130.

¹⁸⁵ Claudio FRANZIUS, *Der “Gewährleistungsstaat”*, cit., p. 505.

¹⁸⁶ Cf. Hans Peter BULL, *Daseinvorsorge*, cit., p. 9.

¹⁸⁷ Cf. Hans Peter BULL, *Daseinvorsorge*, cit., p. 9.

jas, na Europa temos assistido a um crescimento das dimensões de cooperação do Estado¹⁸⁸ e a novas formas de organização da produção de um conjunto de bens públicos, nomeadamente através de parcerias público-privadas e a técnicas de “nova gestão pública”.

Em termos de cunhagem da fórmula *Gewährleistungsstaat*¹⁸⁹, tanto quanto sabemos¹⁹⁰ ela data da segunda metade da década de 90: na Alemanha, terá sido Hill a utilizar pela primeira vez a expressão, em 1997. Considerada ambivalente, no entanto não se trata de um retorno a um Estado mínimo, a uma “sociedade de direito privado”¹⁹¹, mas de

¹⁸⁸ Não por acaso a doutrina fala de um “Estado cooperativo” e assume especial relevo um princípio de cooperação. O próprio direito da organização compreende, como sublinha José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*La administración del Estado Social*, cit., 2007, p. 56), “el que regula el encuentro entre el Estado organizado y las fuerzas sociales”. Sobre a sua tradução no domínio da Administração social, cf. José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado Social*, cit., p. 65-69, que inventaria uma análise estrutural (colaboração plural na prossecução dos fins do Estado social), um domínio de actuação administrativa considerando técnicas e formas (*v.g.*, contrato administrativo), um nível das relações interadministrativas (articulação da pluralidade de sujeitos com competências) e o plano das relações da Administração com o cidadão.

¹⁸⁹ No domínio linguístico anglo-saxónico, tem-se falado de um “Estado capacitador ou possibilitante”, isto é, um *enabling state*. Assim, o Estado deixa de produzir um conjunto de bens, mas assume uma série de medidas de estímulo, que podem, inclusivamente, passar pelo financiamento. Há aqui um papel-chave em termos de regulação. Para este conceito de *enabling state*, cf. Neil GILBERT, *The enabling state: modern welfare capitalism in America*, 1989. O *enabling state* tem vindo a ser tomado também como a tradução do projecto do Estado-garantidor: cf. Franz Greß/Jackson Janes (eds.), *Reforming governance: lessons from the United States of America and the Federal Republic of Germany*, Frankfurt a. Main/New York, 2001. Não podendo desenvolver aqui o debate teórico sublinhe-se que a fórmula foi acolhida em diferentes modelos de leitura, desde o comunitarismo de Etzioni (que prefacia a obra de Neil GILBERT, *Transformation of the welfare state: the silent surrender of public responsibility*, New York, 2002) às teorias da chamada “terceira via” (cf. Anthony GIDDENS, *The progressive manifesto: new ideas for the centre-left*, 2003). No documento alemão, são indicados quatro pilares: uma nova divisão das responsabilidades entre o Estado e a sociedade (1); um serviço público responsivo (2); a importância da cooperação entre as diferentes entidades administrativas envolvidas (3); o reforço da eficiência da Administração (4).

¹⁹⁰ Cf. Kuno SCHEDLER, *Gewährleistungsstaat*, cit.

¹⁹¹ Friedrich SCHOCH, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 27 (2008/3), p. 241-247, p. 247.

uma domesticação dos mercados e da garantia da realização do bem comum¹⁹². Esta responsabilidade de garantia aponta: (1) para uma garantia de resultados; (2) para o carácter nuclear da regulação¹⁹³. Na Alemanha, a privatização de sectores como o caminho-de-ferro, os correios e as telecomunicações traduziu-se, pois, na substituição de uma responsabilidade expressa num serviço público numa responsabilidade orientada para a garantia das infraestruturas e do próprio serviço¹⁹⁴.

Numa abordagem sociológica, em que o descritor tradicional é o Estado de bem-estar (*welfare state, Wohlfahrtsstaat*) a diferença pode ser explicitada, de uma forma breve, no título do estudo de Lutz Leisering e Frank Berner: de um Estado de bem-estar produtor a um Estado de bem-estar regulador¹⁹⁵. Isto não significa que o Estado deserte, sem mais, do campo da produção, mas sim que se assiste a um processo denominado de “pluralismo de bem-estar” que, em muitos aspectos, já existia, sendo, no entanto, objecto de uma menor atenção da análise sociológica. Aliás, no caso português, em que o Estado social era tradicionalmente fraco, formas não-estatais de protecção assumiram sempre um papel de relevo na rede de protecção social. A novidade está, desde logo, nalgumas dimensões de regulação do Estado social.

Assim, o Estado social assume-se hoje como um Estado de activação ou activador¹⁹⁶ e um Estado de garantia (*Gewährleistungsstaat*).

¹⁹² Friedrich SCHOCH, *Gewährleistungsverwaltung*, cit., p. 244.

¹⁹³ Falando de um “elemento nuclear” (*Kernelement*) da administração de garantia, cf. Friedrich SCHOCH, *Gewährleistungsverwaltung*, cit., p. 245; também sobre a “regulação como instrumento do Estado de garantia”, v. Franziska Alice LÖHR, *Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag*, cit., p. 141-144.

¹⁹⁴ Cf. Thomas WÜRTEMBERGER/Stephan NEIDHARDT, “L’État actionnaire en Allemagne”, *Revue française d’administration publique* (2007/124), p. 585-600, p. 592.

¹⁹⁵ *Vom produzierenden zum regulierenden Wohlfahrtsstaat: zum Policy- und Normwandel in europäischen Wohlfahrtsstaaten am Beispiel der Alterssicherung*, Bielfeld, 2001 (disponível em <http://www.uni-bielefeld.de/soz/Forschung/Projekte/regina/pdf/Arbeitspapier1.pdf>).

¹⁹⁶ Cf., entre nós, Pedro GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, cit., p. 150-151.

3.3.2.5.1. O Estado social como Estado activador ou de activação

As insuficiências de um Estado social assente, em sede de segurança social, num conjunto de medidas passivas (*sit down*¹⁹⁷), levou à emergência de políticas de activação. A expressão não está destituída de ambiguidade, mas tem sido apresentada como medidas que apontam para a responsabilização do beneficiário, por exemplo, no processo de procura activa de emprego¹⁹⁸.

No plano dogmático, um dos eixos da mudança espelha-se na revalorização, em termos gerais, do discurso dos deveres ao lado da clássica ênfase nos direitos¹⁹⁹.

Cada vez mais, este novo Estado social assume funções de promoção do emprego e prevenção do desemprego²⁰⁰. A activação desenvolve-

¹⁹⁷ Cf. Terry CARNEY, *Social security: law and policy*, Annandale, 2006, p. 1. Registe-se que a ênfase nas medidas activas que pontifica agora nos discursos em termos de políticas sociais não será uma invenção tão recente como se quer fazer crer: na Escandinávia, há mais de meio século que as políticas sociais estão orientadas para a “activação” e a empregabilidade (cf. Thomas LORENTZEN, *Social assistance dynamics in Norway*, Fafo, 2006, p. 8, <http://www.faf.no/pub/rapp/546/546.pdf>).

¹⁹⁸ Entre nós, cf. agora o novo regime jurídico na protecção no desemprego dos trabalhadores por conta de outrem (Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro). No entanto, o processo de “activação” é anterior em Portugal. Pedro HESPANHA (“The activation trend in Portuguese social policy: an open process?”, in: Amparo SERRANO PASCUAL/Lars MAGNUSSON (eds.), *Reshaping welfare states and activation regimes in Europe*, Bruxelles, 2007, p. 207-240) recenseia o Programa Ocupacional para Desempregados, 1985, como a primeira tradução no ordenamento da activação, mas sublinha que há uma mudança significativa com a legislação, em 1996, do então rendimento mínimo garantido (p. 209). Sobre a temática, embora com dados que ultrapassam a questão em análise, cf. Luís CAPUCHA/Elsa PEGADO/Sandra Palma SALEIRO, “Políticas de desenvolvimento social: emprego e segurança social”, in: José Manuel Leite VIEGAS/Helena CARREIRAS/Andrés MALAMUD (Org.), *Portugal no contexto europeu, Vol. I, Instituições e política*, Lisboa, 2007, p. 77-105, esp. p. 82 ss.

¹⁹⁹ Sobre este ponto, permitimo-nos remeter para o nosso *Constituição e biomedicina*, vol. I, Parte II.

²⁰⁰ Em geral, quanto à importância crescente da prevenção, cf. Otffried SEEWALD, “Prävention im Sozialrecht”, in: Matthias v. WULFFEN/Otto Ernst KRASNEY (Hrsg.), *Festschrift für 50 Jahre Bundessozialgericht*, Köln/Berlin/München, 2004, p. 289-315, analisando sobretudo o domínio da saúde. A partir de uma análise sociológica, cf. Anthony GIDDENS, *Europa in the global age*, cit., considerando ser este um dos eixos de diferença

se, fundamentalmente, através de dois “tipos ideais”²⁰¹: 1) um assenta num pacote misto de incentivos e sanções orientados para o trabalho (*welfare to work, making work pay, working family tax credit*); 2) o outro apoia-se num modelo universal de protecção social, em que, visando-se a reinserção no mercado de trabalho, privilegiam-se as ofertas de qualificação mais do que as sanções ou incentivos.

Ou seja, o modelo é, como se diz na doutrina alemã, uma “ajuda para a auto-ajuda” (*Hilfe zur Selbsthilfe*), procurando evitar-se os fenómenos de dependência e passividade conhecidos. A individualização ou personalização das medidas, aliás de acordo com os ares do tempo, é, a par de uma ideia de autodeterminação²⁰², um dos aspectos do processo de activação. Este associa, como sublinha Ulrich Beck²⁰³, três princípios: a *formação*, no quadro de uma teoria do capital humano; a *imputação*, como corolário de uma auto-responsabilização dos indivíduos; a *(re)integração* no mercado de trabalho.

3.3.2.5.2. Estado Social como Estado garantidor

Este paradigma prende-se, como referimos, com a responsabilidade do Estado, já não em termos de realização das prestações, como no clássico modelo do *service publique*, mas de garante²⁰⁴. Algumas das entradas

entre o novo e o velho (“tradicional”) Estado de bem-estar: neste as “políticas são «pós-acontecimento» — consertar depois de as coisas terem corrido mal” (p. 127).

²⁰¹ Neste ponto, baseamo-nos fundamentalmente em Chiara SARACENO, “Activation, individualisation et défamilialisation dans les restructurations de l’État-providence: tensions et ambivalences”, in: Serge PAUGAM (Dir.), *Repenser la solidarité*, Paris, 2007, p. 915-933, p. 919, apoiando-se em Barbier: “Citizenship and the activation of social protection: a comparative approach”, in: Jørgen Goul ANDERSON/Anne-Marie GUILLEMARD/Per H. JENSEN/Birgit PFAU-EFFINGER (ed.), *The changing face of welfare: consequences and outcomes from a citizenship perspective*, Bristol, 2005).

²⁰² Paul Van AERSCHOT, “On the right to participation in activation processes in three Nordic countries”, *Journal of Social Security Law* (2008), p. 99-112, esp. p. 109-112.

²⁰³ Ulrich BECK, *Der eigene Gott*, cit., p. 158, que seguimos de muito perto: em relação aos três descritores apresentados, apenas no último — integração — acrescentamos um (re).

²⁰⁴ Claudio FRANZIUS, “Der “Gewährleistungstaat” — ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, *Der Staat* (2003), p. 493-517; Wolfgang HOFFMANN-RIEM, “Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungstaat”, *Die Öffentliche Verwaltung* 52 (1999), p. 221-227, esp. p. 221-222.

que permitem a análise são, pois, as seguintes: divisão de responsabilidades entre Estado e mercado; importância do terceiro sector ou economia social²⁰⁵ em muitas áreas; papel desempenhado pelas estruturas privadas e sociais; responsabilidade pelas infra-estruturas (telecomunicações, água, energia, transportes). Em termos de Estado social, na articulação de níveis — fáctico e normativo — importará proceder depois à análise das concretizações constitucionais. Não é irrelevante para uma análise da compatibilidade constitucional do modelo termos, ou não, uma lei fundamental preve de políticas públicas e de modelos organizacionais da própria efectivação dos direitos, económicos, sociais e culturais.

3.4. *Uma fórmula juridicamente irrelevante?*

Há um argumento que tem sido mobilizado por parte da doutrina italiana e que deve ser considerado entre nós. O Estado social seria juridicamente irrelevante, ao menos de um ponto de vista doutrinário e prescritivo. Massimo Severo Giannini entende que se trata de uma categoria “política”²⁰⁶. No entanto, como resulta das doutrinas alemã e portuguesa, esta análise afigura-se curta, sem prejuízo de um dos modos centrais de realização do Estado social passar pelos direitos económicos, sociais e culturais. Apesar da doutrina entender que não funda, por si só, direitos sociais²⁰⁷, reconhece-se, na Alemanha, que a cláusula do Estado social goza de vinculação jurídico-constitucional. Entre nós, a ideia de democracia económica, social e cultural fez caminho, reconhecendo-lhe a doutrina relevância jurídico-constitucional²⁰⁸, sendo o princípio do Estado social uma fórmula de síntese.

²⁰⁵ Mário Caldeira DIAS, “Economia social e o Estado providência”, *Sociedade e Trabalho* (2005/25), p. 39-50;

²⁰⁶ Sergio FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»*, cit., p. 164.

²⁰⁷ Cf., por todos, Peter BADURA, *Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, München, 2003, p. 302. Mas já o pode fazer em associação com outros preceitos: cf., com indicações jurisprudenciais, BADURA, cit., p. 302).

²⁰⁸ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Fundamentos da constituição*, Coimbra, 1991, p. 87. No entanto, registe-se que não é pacífica esta leitura entre nós: assim, Isabel MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos eco-*

4. O discurso do Estado Social no constitucionalismo português

No constitucionalismo português, sem prejuízo de algumas normas com relevância social nas constituições anteriores²⁰⁹, o primeiro texto

nómicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa, Coimbra, 2007, p. 211, escreve que, ao contrário do que acontece na Alemanha, em Portugal o princípio “é, efectivamente, uma fórmula vácuca de conteúdo”. Densificando a sua tese, verifica-se que a análise se situa no plano das consequências, limitando-se estas, na proposta da autora, “à derivação de direitos sociais do princípio do Estado de direito social” (p. 211). Ainda que se admita que o princípio do Estado social não permite fundar, subsidiariamente, autónomas posições jusfundamentais — o que exige um estudo sobre as formas de constitucionalização de direitos, que não podemos prosseguir aqui —, tal não significa improdutividade jurídica do princípio, mobilizável na argumentação jurídico-constitucional, por exemplo, para determinar o âmbito do art. 16.º/1 (cf., na obra, o n.º 112, p. 166-170; idem, “Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Coimbra, 2003, p. 113-153, sublinhando, na p. 131, ao analisar a posição de Jorge Miranda que “(...) da afirmação da necessária consequencialidade do facto de vivermos num “Estado Social de Direito”, não parece que daqui resulte, sem mais, a abertura do artigo 16.º da CRP a direitos sociais”; *vide* ainda as p. 134-135, no que toca à articulação com o princípio da proibição do retrocesso social), sem prejuízo de, como há muito defendemos, o recurso a este artigo ser excepcional. Na verdade, tal é uma decorrência da distinção, proposta na doutrina portuguesa por Gomes Canotilho, em diálogo com a dogmática italiana, mais exactamente com Baldassarre, entre a compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos fundamentais e o art. 16.º/1 enquanto “norma com *fattispecie* aberta”. Há, pois, o que podemos designar como uma dupla subsidiariedade dos direitos só materialmente fundamentais: em relação aos direitos expressamente previstos na CRP, como, aliás, confirmou o próprio Tribunal Constitucional (Ac. TC n.º 352/98); em relação aos direitos que, não estando explícitos no texto constitucional, ainda podem, por via interpretativa, ser considerados formal e materialmente constitucionais.

²⁰⁹ *Vide*, no constitucionalismo monárquico, a ideia de “socorros públicos”; na Constituição de 1911, a garantia de assistência pública (art. 9/29) e, em matéria de pensões, as referências limitam-se à manutenção das pensões dos que tinham sido condecorados com a Ordem da Torre e Espada (§ único do art. 75.º): no art. 78.º, estabelece-se uma ordem de legislar, ao dispor-se que “uma lei especial fixará os casos e as condições em que o Estado concederá pensões às famílias dos militares mortos no serviço da República, ou aos militares inutilizados em razão do mesmo serviço”. Do ponto de vista constitucional, no plano comparado, a primeira constituição a utilizar a expressão terá sido a constituição jacobina de 1793, no seu art. 21.º: “Les secours publi-

constitucional pertinente é o de 1933. É certo que, na doutrina portuguesa, já anteriormente se utilizara o conceito de Estado-providência²¹⁰. Embora não saibamos quem terá empregado pela primeira vez a expressão, verificamos que, nos alvares do século XX, a fórmula não era desconhecida entre nós. José Lobo d'Ávila Lima, num escrito intitulado *O Estado moderno e a sua acção*²¹¹, em que comenta um artigo publicado na *Revue Politique et Parlementaire*, da autoria de Marcel Géraud, fala de um Estado-providência²¹². Da leitura resulta que o Estado-providência é aquele que procurou “beneficiar a existência e destino das classes operárias”²¹³. Já antes, ainda nos anos derradeiros da monarquia, falava de um “tipo social do Estado, não simplesmente polícia, ou previdente em demasia, mas sim o Estado, desempenhando uma acção social legitimamente equitativa e conciliadora”²¹⁴. Mas Lobo d'Ávila Lima, que se confessava um solidarista²¹⁵, assume-se como um defensor de um “Estado-providência”²¹⁶, escrevendo, na sua dissertação de doutoramento, que “[d]emonstram os factos, e exuberantemente o secundam as tendências das legislações sociais dos mais progressivos países que a previdência social, quando alimentada exclusivamente pelos esforços e posses individuais, não é garantia suficientemente eficaz contra os riscos de vária ordem que ameaçam as classes laboriosas e contra os quais elas baldadamente lutam”²¹⁷.

ques sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler”.

²¹⁰ Quanto às origens do Estado social, cf., com outras indicações, Miriam Halpern PEREIRA, “As origens do Estado providência em Portugal: as novas fronteiras entre público e privado”, *Ler História* (1999/37), p. 45-61.

²¹¹ Incluído em *Política Social*, Coimbra, 1912, p. 7-18. Trata-se de um artigo que foi inicialmente publicado em *O Estado de S. Paulo*.

²¹² *O Estado moderno*, cit., p. 9. Já anteriormente, em *Socorros mutuos e seguros sociaes*, Coimbra, 1909, p. 315, associando a fórmula às doutrinas colectivistas (p. 314) e escrevendo que “esse estado-providencia tudo será: a sua circumspecção será illimitada e a sua gerencia deverá attingir os mais diminutos aspectos da actividade social, traduzindo-se em outras tantas manifestações de beneficio colectivo”.

²¹³ *O Estado moderno*, cit., p. 11.

²¹⁴ *Movimento operário em Portugal*, Lisboa, 1905, p. 99.

²¹⁵ *Socorros mutuos e seguros sociaes*, cit., p. 321.

²¹⁶ *Socorros mutuos e seguros sociaes*, cit., p. 321.

²¹⁷ *Socorros mutuos e seguros sociaes*, cit., p. 321. E tratando da questão sobre a obrigatoriedade, ou não, do seguro social, responde afirmativamente (p. 327).

Em termos de texto constitucional e de desenvolvimentos dogmáticos, teremos de esperar até ao Estado Novo para se acolher e recortar a figura. Também na dimensão infraconstitucional, é então que se lança o quadro legislativo de um sistema obrigatório de previdência, na veste de seguros sociais, depois do falhanço da legislação republicana de 1919²¹⁸.

4.1. *A Constituição de 1933 e o Estado Social*

Já no quadro da Constituição de 1933 parte da doutrina compreendeu o Estado corporativo como Estado Social²¹⁹, aliás, na esteira do que aconteceu com outros regimes autoritários²²⁰. O texto constitucional não deixara, também sob a batuta da Constituição de Weimar, de acolher um conjunto de normas que recortariam direitos sociais — basta pensar²²¹ na afirmação de um direito ao trabalho²²², introduzido pela Revisão Constitucional de 1951²²³ — bem como

²¹⁸ Com efeito, entre nós, a expressão previdência adquiriu um sentido mais amplo do que os seguros sociais, ao compreender também os sistemas mutualistas: cf. José Manuel Sérvulo CORREIA, “Teoria da relação jurídica de seguro social”, *Estudos sociais e corporativos* 7 (1968/27), p. 9-344, p. 24-25.

²¹⁹ Para além das referências *infra*, cf. também Marcello CAETANO, *História breve das constituições portuguesas*, Lisboa, 31971, p. 137, que associa, expressamente, República corporativa e Estado social.

²²⁰ Relembrando precisamente este ponto, cf. Vital MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 1997, p. 234, n. 349.

²²¹ Para os outros direitos sociais, cf. a listagem de Jorge MIRANDA, “Direitos fundamentais e ordem social”, in: idem, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Estoril, 2006, p. 45-84, p. 71-72 (reproduzindo parte dos sumários de *Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, 1973).

²²² Art. 8.º/1-A, da Constituição de 1933; na doutrina, Jorge MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, p. 73. Inicialmente, estava apenas previsto no Estatuto do Trabalho Nacional, tendo sido acolhido, no texto constitucional, na revisão constitucional de 1951.

²²³ Isabel MOREIRA (*A solução dos direitos*, cit., p. 44, n. 66) cita Marcello CAETANO (*Manual de ciência política e direito constitucional*, t. II, Lisboa, 61970, p. 516), segundo o qual este direito consiste apenas “na liberdade de trabalhar, na faculdade de aplicar o seu esforço em qualquer actividade útil que permita auferir os meios de existência”, para afirmar que o direito ao trabalho, no quadro da Constituição de 1933, “não pretende ser um direito social”.

normas-fim²²⁴. Mas, ainda ao nível da enunciação, a Constituição de 1933 também não se manteve inalterada, neste ponto. Assim, o art. 6.º, n.º 3, da CRP, começava por incluir, no caderno de encargos do Estado, o “zelar pela melhoria das condições das classes mais desfavorecidas, obstando a que aqueles desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente”; na última redacção, passou a falar-se de Estado do bem-estar social²²⁵. O art. 15.º dispunha que “[a]s corporações, associações ou organizações (...) visarão principalmente objectivos (...) de assistência, beneficência ou caridade” e, no art. 44.º, estabelecia-se que “[o] Estado promove e favorece as instituições de solidariedade, previdência, cooperação e mutualidade”.

Limitando-nos agora aos anos sessenta e setenta²²⁶, a releitura, por exemplo, de *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, de Jorge Miranda, louvando-se, *inter alia*, em Forsthoff²²⁷, revela-nos a defesa de um Estado Social, cuja chave de leitura passa pela igualdade material²²⁸, relevando nessa tarefa este actor institucional. Como escrevia então, em discussão crítica com Carl Schmitt, “a sociedade é passível de ser conformada por obra do Estado, em que se aguarda que este providencie,

²²⁴ Cf. o art. 6.º/2 e 3.º; na doutrina, v. José Carlos MOREIRA, *Lições de direito constitucional*, Coimbra, 1960, p. 229-231, que fala de um “intervencionismo moderado” (p. 230).

²²⁵ Sublinhado este aspecto, cf. Jorge MIRANDA, *Direitos fundamentais e ordem social*, cit., p. 45-84, p. 46, n. 2.

²²⁶ Naturalmente, também outros autores trataram do Estado Social. Na Escola de Coimbra, já antes do 25 de Abril, considerem-se, sem preocupações de exaustividade, Afonso Queiró, Rogério Soares, Barbosa de Melo e Cardoso da Costa. Assim, Afonso Queiró, juntamente com António Barbosa de Melo [“A liberdade de empresa e a Constituição (A propósito do Dec.-lei n.º 47 240, de 6 de Outubro de 1966)”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* 14 (1967), p. 216-258, p. 232-233, refere-se a um princípio da socialidade ou da intervenção. Mas, na p. 241, n. 32, qualifica expressamente o caso português, falando do “nosso Estado-de-Direito social”. Quanto a Rogério Soares, cf. *Direito público e sociedade técnica*, cit., p. 157-159; em relação a Cardoso da Costa, v. *Curso de direito fiscal*, Coimbra, 1972, p. 19 (Estado-de-direito social); p. 167, n. 1, referindo-se ao “Estado «social» dos nossos dias”, que seria “promotor da justiça e do progresso sócio-cultural e económico”; p. 438-439, sublinhando a face dos deveres dos cidadãos.

²²⁷ A partir de um artigo publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1956): “La Republica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale” (Jorge MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 70, n. 107).

²²⁸ *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 71-72.

promova, trabalhe. Direito a prestação, o direito de índole social realiza-se tanto mais quanto maior for a acção do sujeito passivo, o Estado”²²⁹. Sustentando a importância da função social do direito — que não deixava incólumes os tradicionais direitos liberais e que se expressava também num conjunto de novos direitos (sociais) —, enfrenta uma questão que se revelará recorrente na discussão constitucional pós-Abril: a distinção entre normas preceptivas e normas programáticas²³⁰ e a problemática da inconstitucionalidade por omissão²³¹.

4.2. *A Constituição de 1976 e o Estado Social*

O tema da mesa em que se insere esta comunicação é Estado Social, formulação desconhecida na Constituição de 1976. Encontramos sim a expressão Estado de direito democrático, sendo certo que, na versão originária, esta ficara limitada ao Preâmbulo, estando o texto eivado de expressões pouco habituais — permitam-me o eufemismo — nas constituições dos países do tipo Estado Constitucional (*v.g.*, “sociedade sem classes” e “abrir caminho para uma sociedade socialista”).

Na sua dissertação de doutoramento²³², Jorge Miranda sublinhava que a fórmula Estado de Direito democrático “não é algo de contraposta ou radicalmente diversa da expressão, mais corrente na doutrina, “Estado Social de Direito”. Esta última, tendo sido já utilizada no quadro da Constituição de 1933, era olhada com suspeita — Jorge Miranda fala da sua “degradação”²³³. Acresce que a Assembleia Constituinte terá querido enfatizar a conexão democrática²³⁴. O Estado social de direito constitucionalmente acolhido seria um caminho mais exigente do que o consagrado noutros Estados Ocidentais²³⁵.

²²⁹ *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 72.

²³⁰ *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 75-77.

²³¹ *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 76.

²³² *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, p. 499.

²³³ *A Constituição de 1976*, cit., p. 500.

²³⁴ *A Constituição de 1976*, cit., p. 500.

²³⁵ *A Constituição de 1976*, cit., p. 500.

Já Vital Moreira²³⁶ afirma que a inclusão do democrático visou marcar a recusa de uma “concepção liberal-burguesa do Estado de Direito”.

Não nos esqueçamos que a Constituição de 76 é fruto de um compromisso, num tempo constituinte, de política extraordinária por contraste com a política quotidiana²³⁷ ou ordinária em que este último atributo, não raro, em muitas sociedades, se traveste numa baixeza desmoralizadora dos cidadãos. Após quase dois anos de revolução, rasgava-se no horizonte uma versão laica da promessa escatológica. A “metanarrativa emancipatória” dominante apontava para um Estado não apenas social, mas socialista, quanto mais não fosse professando um “socialismo português”. O “princípio-esperança” alimentou a promessa que se vazou num vasto rol de direitos sociais e impulsionou uma doutrina e jurisprudência constitucionais que tomaram a sério a constituição e os direitos fundamentais²³⁸.

Retomando o problema enunciado no princípio — averiguar da existência ou não de objecto da conferência em relação à Constituição de 76 —, enunciemos as seguintes linhas de força:

- a) Na versão originária do texto, a consagração de uma democracia económica, social e cultural traduziu-se num modelo que assumia o legado europeu do Estado social, mas com uma forte componente socialista, no quadro de uma certa leitura da história. Articulado as dimensões social e económica, é claro que, em termos de metas — *v.g.*, a caminho de uma sociedade sem classes — e de configurações económicas (irreversibilidade das

²³⁶ *Constituição e revisão constitucional*, Lisboa, 1980, p. 19

²³⁷ Somos aqui tributários de Bruce Ackermann (*We the people: I — Foundations*, Cambridge (Mass.), 1991, que aproveita os ensinamentos de Madison; também Ralf DAHRENDORF, *Reflections on the revolution in Europe*, 1990 (trad.: *Reflexões sobre a revolução na Europa numa carta inicialmente destinada a um cavaleiro de Varsóvia, em 1990*, Lisboa, 1993, p. 39), referindo-se à distinção, nem sempre fácil, entre política constitucional e política normal.

²³⁸ Entre nós, esta fórmula de matriz dworkiniana foi aplicada a este domínio por José Joaquim Gomes Canotilho: cf. “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1984, p. 461-500 (agora em: idem, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, p. 35-68).

nacionalizações, controlo operário), o texto constitucional ia além dos modelos vigentes nas sociedades europeias ocidentais, não se quedando numa “economia social de mercado”.

- b) Na normalização constitucional empreendida, quer política, quer económica, veio a permitir desenhar um princípio de socialidade liberto de certa ganga ideológica marxista, e capaz de aumentar a capacidade de consensualidade e de inclusividade do texto constitucional.

A doutrina²³⁹ continuou e continua, maioritariamente, a falar de um Estado social. Os problemas constitucionais passaram por categorias como o princípio da proibição do retrocesso social²⁴⁰, associado a um

²³⁹ Numa breve resenha, sem preocupações de omnivorosidade doutrinal, refiram-se: a) Afonso Rodrigues Queiró que, nas suas *Lições de Direito Administrativo*, falando de Estado-de-direito social, define-o como aquele “que protege os fracos, que distribui prestações sociais, que vela por que a economia desenvolva a sua capacidade de servir o povo e que procura compor e apaziguar os conflitos de interesses entre os indivíduos, os grupos e as classes” [reproduzido em “A função administrativa”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* 24 (1977), p. 1-48.; agora também em Afonso Rodrigues QUEIRÓ, *Estudos de direito público, vol. II (Obra dispersa)*, t. I, Coimbra, 2000, p. 75-129, p. 79]; José Manuel Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, p. 89-90, 191-193. Ainda, como referimos ao longo do artigo, Jorge Miranda, Vieira de Andrade, Gomes Canotilho e Vital Moreira. Agora também Isabel MOREIRA, *A solução dos direitos*, cit., referindo-se a “Estado de direito social” (p. 36).

²⁴⁰ Entre nós, tenham-se presentes as discussões, na Escola de Coimbra, entre Gomes Canotilho e Vieira de Andrade; mais recentemente, Rui MEDEIROS, “O Estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafio”, *Anuário Português de Direito Constitucional II* (2002), p. 23-43, p. 30-31, associou o princípio da proibição do retrocesso à ideia de cláusula aberta, estendida — e bem, como aliás reconhece parte significativa da doutrina — aos direitos sociais. Cf. também Manuel Afonso VAZ, *Lei e reserva de lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1992, p. 383-386; Cristina QUEIROZ, *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006, esp. p. 101-122; idem, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, 2006, esp. p. 67-81; Jorge Pereira da SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, 2003; em relação ao alcance da posição de Gomes Canotilho, que repensou algumas categorias-chave da sua visão, cf. “Prefácio”, in: *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, 2001 (agora cf. “Branquos” e interconstitucionalidade: itinerários dos

princípio da protecção da confiança no domínio económico, social e cultural, que teremos oportunidade de considerar mais de perto na zona de experimentação escolhida — a questão das pensões de reforma —, a discussão em torno da concretização, para muitos excessiva, de políticas públicas como forma de garantia dos direitos económicos, sociais e culturais, a relação, no plano dos direitos, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais²⁴¹, ultimamente com o desafio, por Jorge Reis Novais²⁴², da tese dominante e constitucionalmente arrimada do regime jurídico diferenciado dos direitos económicos, sociais e culturais, as possibilidades de introdução de gestão privada em determinadas áreas (por exemplo, Serviço Nacional de Saúde).

Em resumo, concluímos que:

- a) O Estado social não é uma categoria, empírica ou normativamente, morta ou moribunda: nem do lado do substantivo (Estado), nem do adjetivo (social). A falência de uma compreensão obesa do Estado social — o Estado-providência —, que se traduziu numa “colonização do mundo-da-vida” e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas, não deve ser lida como sinónimo de *requiem* pelo Estado social²⁴³. Este, calejado pela maturidade do tempo, maior ou menor consoante chegou mais cedo (*v.g.*, Alemanha) ou mais tarde (*v.g.*, Portugal, marcado, no caso, por um conjunto de irracionalidades, nomeadamente em domí-

discursos sobre a historicidade constitucional, Coimbra, 2006, p. 101-129) e também a obra Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO (Org.), *Canotilho e a constituição dirigente*, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.

²⁴¹ Sobre a questão, também Rui MEDEIROS, *O Estado de direitos fundamentais portugueses*, cit., p. 41-43.

²⁴² “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais”, *Jurisprudência constitucional* (2005/6), p. 3-14, agora in: *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, p. 189-209.

²⁴³ Claramente também neste sentido, afirmando mesmo que “não está em causa entre nós (e na Europa) a ideia de Estado Social”, v. José Carlos Vieira de ANDRADE, “Repensar a relação entre o Estado e a sociedade”, *Nova Cidania* 8 (2007/31), p. 36-38.

nios como a saúde²⁴⁴ e a segurança social, que exigem claros esforços de controlo dos interesses e estratégias de racionalização), não escapa ao pós da circunstância: não ao da sua superação, em que o social daria lugar ao pós-social (entre nós, como vimos, a tese de Vasco Pereira da Silva e também de Maria João Estorninho), mas o do alargamento do campo de adjectivação. Com efeito, ao social aparece agora acoplado um pós-providência²⁴⁵ e, a par da responsabilidade de prestação, afirma-se uma responsabilidade de garantia. O Estado garantidor não é, pois, um Estado desertor.

- b) O princípio do Estado social ou, se preferirmos, da socialidade²⁴⁶, continua a ser um dos princípios estruturantes da CRP, doutrinariamente afirmado e jurisprudencialmente produtivo, aspecto que não podemos considerar autonomamente esta última dimensão²⁴⁷.

²⁴⁴ Cf. a síntese de António Correia de CAMPOS, “O futuro dos sistemas de saúde: introdução”, in: *Europa Social: seminário internacional*, Lisboa, 1998, p. 179-180.

²⁴⁵ Vide Marcelo Rebelo de SOUSA, *Lições de direito administrativo*, vol. I, Lisboa, 1999, p. 25.

²⁴⁶ Cf., entre nós, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., 335; Jorge Reis NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 291-323.

²⁴⁷ No caderno de encargos de uma investigação a fazer, caberiam uma análise da utilização da fórmula e da sua produtividade, sendo que o modo de actuação é nuclearmente marcado pela operatividade dos direitos económicos, sociais e culturais. Quanto a estes, para avaliações sectoriais, cf.: em relação ao direito à segurança social, Jorge Reis NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais: o direito à segurança social”, in: *Direitos fundamentais*, cit., p. 198-20; em relação à protecção da saúde, Luís Meneses do VALE, “A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à protecção da saúde: alguns momentos fundamentais”, *Jurisprudência Constitucional* (2006/12), p. 12-47. Refiram-se a utilização, no acórdão n.º 517/00, da figura do Estado social de direito, na sua expressão em termos de processo civil (citando Miguel Teixeira de SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 21997, p. 61-62) e articulando-o com o princípio da igualdade de partes; como mero *obiter dictum*, associado à Administração prestadora, no Ac. TC n.º 181/98; citando doutrina em língua castelhana, no Ac. n.º 19/04; no Ac. 9/01, em matéria de custas, para recusar que houvesse uma violação do princípio do Estado social de direito (agora também reproduzido no Ac. TC n.º 193/08).

Discutidas são algumas das suas implicações e, em tempos de mudança, examinemos um problema que marca o tempo e que desafia a constituição e cujo momento de obrigatoriedade está na génese do Estado social, tal como foi desenhado por Bismarck. Referimo-nos às pensões de velhice. Com efeito, o anúncio da crise e do fim do Estado social prende-se, desde logo, com questões de sustentabilidade²⁴⁸. Acresce que, em face do discurso dos chamados direitos adquiridos, enquanto mecanismos de rigidez, estaria em causa a justiça intergeracional, donde alguns retiram o argumento da necessidade de desmantelamento do Estado social, apresentado agora como fonte de iniquidade.

5. Constituição da segurança social: o caso das pensões de reforma e aposentação

Na celebração destes trinta anos da Constituição da República Portuguesa, analisemos agora um dos domínios sensíveis do Estado social, a esfera da segurança social e, mais exactamente, no quadro das prestações diferidas, as pensões de reforma e de aposentação. Radicalizando a interrogação, o nosso terreno de análise e de provocação da ortodoxia dogmática não se centra nos problemas da alteração para o futuro, como tem acontecido, e sem desconhecer dimensões retrospectivas, de regras respeitantes, por exemplo, ao cálculo de pensões (*v.g.*, taxas de formação das pensões ou taxas de substituição) e/ou da idade de reforma²⁴⁹ ou de penalizações para as reformas antecipadas, que, aliás, têm vindo acompanhadas de disposições transitórias²⁵⁰. Face a sérios problemas de sustentabilidade²⁵¹

²⁴⁸ Sobre a questão em matéria de segurança social, cf., entre nós, Maria Matilde LAVOURAS, *Financiamento da segurança social: problemas e perspectivas de evolução*, Coimbra, 2003, Parte II.

²⁴⁹ Vejam-se as considerações, antes das alterações legislativas, de Boaventura Sousa SANTOS/Maria BENTO/Maldonado GONELHA/Alfredo Bruto da COSTA, *Uma visão solidária da reforma da segurança social*, Lisboa, 1998, p. 91-95.

²⁵⁰ Sobre as últimas alterações entre nós, cf. Apelles CONCEIÇÃO, *Segurança social*, cit.

²⁵¹ Para o caso português, cf. agora o *Relatório sobre a sustentabilidade da segurança social*, publicado como Anexo ao Orçamento da Segurança Social de 2006. Antes,

e de injustiça geracional, o que perguntamos é se, após o reconhecimento do direito à pensão e a fixação do seu montante, não será pensável, contra o discurso dominante dos chamados “direitos adquiridos”, tocar no valor de pensões, considerando um conjunto de princípios, ou se vale a regra tradicional da sua imunização, ainda que isso envolva custos sistêmicos e geracionais elevados.

Aliás, se se quisesse radicalizar ainda mais a abordagem, poderíamos analisar algumas situações também numa óptica de justiça intrageracional, à luz do princípio da igualdade e da conseqüente (in)constitucionalidade de medidas que, de uma forma manifestamente desproporcional, se traduziram na obtenção de pensões muito antes do tempo normal e com montantes com fraquíssima relação com a carreira contributiva, sem que se prosseguissem escopos sociais²⁵². O caso paradigmático poderia ser dado, no quadro legislativo originário²⁵³, pela possibilidade de concessão, aos 26 anos, da chamada subvenção mensal vitalícia a um jovem deputado, eleito pela primeira vez aos ... 18!²⁵⁴ Mais: estudos realizados nalguns países europeus revelaram que, nalguns casos, os mecanismos de redistribuição, nomeadamente do sistema de pensões, levaram a que, em vez da tradicional redistribuição vertical de ricos para pobres, assistíssemos ao contrário²⁵⁵.

analisando alguns dos erros feitos nas últimas décadas, cf. António Correia de CAMPOS, *Solidariedade sustentada: reformar a segurança social*, Lisboa, 2000.

²⁵² Neste último caso, pense-se nas chamadas pensões sociais atribuídas, no quadro do subsistema de solidariedade, também a pessoas que tiveram carreiras contributivas curtas e insuficientes para a verificação do prazo de garantia. Estas justificar-se-iam por critérios da chamada equidade vertical, em que o fundamental são as necessidades, numa linha de justiça redistributiva. Como escreve Birgit MATTIL (*Pension systems: sustainability and distributional effects in Germany and the United Kingdom*, Heidelberg, 2006, p. 13), “since it is difficult to measure individual needs, the principle of vertical equity is mainly pursued to prevent poverty” (p. 13).

²⁵³ No exemplo, baseamo-nos no regime, entretanto alterado (Lei n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro de 2005), previsto nos arts. 24.º e ss. da Lei n.º 4/85, de 9 de Abril.

²⁵⁴ Em relação a pensões de deputados, vejam-se também os números apresentados na Alemanha: http://www.deutscher-rentenschutzbundev.de/content/gibt_es_ein_politiker_recht_auf_luxus_pensionen.php.

²⁵⁵ Cf. Bruno PALIER, “Des assurances de moins en moins sociales”, in: Serge PAUGAM (dir.), *Repenser la solidarité*, cit., p. 855-871, p. 858; vide também os dados que

Repare-se que, em matéria de pensões, um domínio nuclear, a par da protecção da saúde, do Estado social algumas vezes vêem aqui a prova da crise e falam do *Estado social* como *Estado ameaçado*, ou mesmo já em processo de desagregação, condenado, na melhor das hipóteses a dimensões residuais. Alguns dos seus defensores são possuídos pela ilusão de que o seu discurso tem a força do dedo do bravo rapazinho holandês que, ao tapar um buraco no dique, terá evitado a sua ruptura. Invocam, assim, versões canónicas do princípio da proibição do retrocesso social, considerando que o Estado não poderia fazer marcha-atrás. A involução social estaria constitucionalmente vedada e todos estariam protegidos a partir de um quadro normativo-abstracto que levaria, por exemplo, à inconstitucionalidade da redução dos montantes das prestações, desconhecendo, desde logo, um princípio de realidade.

Mas a inadequação desta leitura não é sinónimo da possibilidade legislativa de abate do Estado social, remetido para o ferro-velho da história, como se, de repente, a Constituição tivesse sido reduzida a mera “folha de papel”.

apontam para uma diferença relevante, em sociedades como a Alemanha, da esperança de vida entre os mais pobres e os mais ricos, que recordam a frase de Rudolf Virchow, no século XIX: “A morte é uma doença social” [*apud* Hans HALTER/Kathrin HECHT, “Land der 100-jährigen Frauen”, *Der Spiegel* (2003/44), p. 182]. Em 2006, um estudo na Alemanha, realizado por Karl Lauterbach, sociólogo e deputado do SPD, provou que, de facto, no sistema de pensões, os mais pobres transferiam rendimentos para os mais ricos: cf. Alexander NEUBACHER/Michael SAUGA, “Lohn für Lebensleistung?”, *Der Spiegel* 2006/6, p. 70. Considerando a duração das pensões dos trabalhadores do sexo masculino, os pior pagos gozavam, em média, 11 anos de reforma, enquanto, para os mais bem pagos, o valor era de 18 anos. Kart LAUTERBACH, numa obra a que não nos foi possível aceder em tempo útil (*Der Zweiklassenstaat: wie die Privilegierten Deutschland ruinieren*, Berlin, 2007) mas muito comentada, alargou o seu diagnóstico a outros domínios do Estado social alemão (*v.g.*, educação). No caso português, acresce que, durante anos, foram tomadas decisões erradas que tiveram repercussões em termos de redistribuição de rendimentos. Assim, como nos recorda António Correia de CAMPOS (*Solidariedade sustentada*, cit., p. 93-94), prestações que deveriam ter ficado sujeitas a condição de recursos não o foram; além disso, a manipulação das carreiras contributivas, então permitida por um inadequado quadro legal, beneficiou os mais informados. Em síntese, como escreveu então, “é de esperar que um trabalhador de menores habilitações e nível salarial tenha uma linha de progressão bem mais achatada que um trabalhador com mais habilitações e salário mais elevado. (...) A redistribuição faz-se assim, perversamente, dos menos afluentes para os mais afluentes” (p. 94).

No entanto, se a sobrevivência não é sinónimo de imobilismo e é possível uma (re)conformação legislativa redutora para o futuro, sempre se diria que o Estado social de direito, ao marcar o social, enraizado em posições pessoais e concretas, com o selo da definitividade das garantias dos direitos adquiridos, blindando-os, faria do Estado social, simultaneamente, como Jano, protector e ameaçador. Protector daqueles que, adquirida a pensão, teriam quanto ao seu montante, ao menos numa óptica nominal, a solidez da carapaça. Mas ameaçador de toda uma geração que, tendo o azar de chegar mais tarde à repartição do bolo, teria de mourejar duramente para manter o nível de reformas concedidas a outros, mesmo que isso pusesse em causa a sustentabilidade do sistema e se traduzisse numa profunda injustiça geracional.

5.1. *Constituição da segurança social: sentido da expressão*

Quando falamos de constituição da segurança social pretendemos apenas referir-nos às normas constitucionais que conformam a segurança social. Assim, não se trata de afirmar, como faz Vieira de Andrade²⁵⁶ em matéria de direitos fundamentais, a autonomia relativa de um subsistema constitucional. Esta última pressupõe uma certa relação entre constituição parcial e constituição “global”, no caso, uma concepção forte que se traduz numa autonomia relativa²⁵⁷. Num quadro meramente heurístico, a chamada constituição social surge, pois, como uma constituição parcial em sentido formal, isto é, centra-se nas normas formalmente constitucionais que disciplinam um determinado sector da realidade, independentemente de terem, ou não, autonomia no plano da sistemática constitucional²⁵⁸.

Na Constituição de 76, limitando-nos agora ao preceito nuclear — o art. 63.º —, num quadro em que, na esteira do modelo britânico,

²⁵⁶ *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 32004,

²⁵⁷ Permitimo-nos remeter, para mais desenvolvimentos, para a nossa dissertação (*Constituição e biomedicina*, cit., vol. I, p. 365-366).

²⁵⁸ Nesta última hipótese, estaremos perante um sentido formal-sistemático de constituição parcial: cf. João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, cit., p. 364-365.

construído à sombra do relatório Beveridge, há um sistema nacional de saúde autonomizado²⁵⁹, e se acolhe o princípio da universalidade como elemento estruturante do direito à segurança social que é reafirmado no art. 63.º, recusando-se, assim, a malha estreita de uma concepção laborista da segurança social²⁶⁰ e afirmando-se um sistema integrado²⁶¹.

5.2. A “nova propriedade” (Charles Reich)

Em 1964, Charles Reich publica o primeiro²⁶² de vários artigos em que fala de uma “nova propriedade”, sublinhando a importância das prestações sociais para um número significativo de pessoas. Do ponto de vista funcional, esta propriedade aparece ao lado da clássica ou velha propriedade como forma de garante da autonomia pessoal, devendo gozar de uma tutela constitucional forte. Ou seja, deve afirmar-se uma alteração da natureza das prestações de assistência social que se transmutam em direitos, falando-se agora de ajuda social.

O campo em que situamos a nossa análise não é este — ajuda ou assistência social (*Fürsorge*) —, mas sim o território da previdência (*Vor-*

²⁵⁹ Desde 1978, os encargos antes assumidos com os Serviços Médico-sociais da Previdência Social passaram a ser cobertos por via fiscal, no quadro do Orçamento Geral de Estado.

²⁶⁰ Na jurisprudência, cf. Ac. TC n.º 517/98 e 634/98; em relação a estrangeiros e apátridas, cf. Ac. TC n.º 72/02.

²⁶¹ Ideia que, aliás, já aparecia enunciada no Decreto-lei n.º 217/74, de 27 de Maio, que criou a pensão social: aí se lê que se tratava de encetar uma caminhada tendo em vista “a substituição progressiva dos sistemas de previdência e assistência por um sistema integrado de segurança social”.

²⁶² *Yale Law Journal* 73, p. 733-787; refiram-se ainda, posteriormente, “Individual rights and social welfare: the emerging legal issues”, *Yale Law Journal* (1965), p. 1245-1257; “Beyond the new property: an ecological view of due process” (1990), *Brooklyn Law Review*, p. 731-745. Como sublinha Aj van der WALT (“Protecting social participation rights within the property paradigm: a critical reappraisal”, in: Elizabeth COOK (ed.), *Modern studies in property law*, Oxford/Portland (Oregon), 2003, p. 27, n. 2), na literatura norte-americana, Reich não foi o primeiro a usar, nesta acepção, o conceito de “nova propriedade”: com efeito, na mesma revista, já em 1956, Lynn publicara um artigo “Legal and economic implications of the emergence of quasi-public wealth” (*Yale Law Journal* 65, p. 786-805).

sorge) e aí a análise em termos de propriedade tem, como veremos, frutificado ao nível da jurisprudência²⁶³. No entanto, para além de tomarmos de empréstimo a fórmula, veremos que, se o problema de Reich era o de reforçar, por via constitucional, o estatuto prestacional, retirando-lhe o carácter de meras liberalidades (*gratuities*)²⁶⁴, que o legislador poderia alterar a qualquer momento, o que tentaremos mostrar neste artigo aponta para uma tese que sustenta a inadequação de todo o montante das pensões estar necessariamente coberto pela garantia constitucional da propriedade. O que se poderá questionar é se, em sistemas como o português²⁶⁵ e o italiano²⁶⁶, em que, ao contrário do que acontece na Lei Fundamental alemã, é recortado autonomamente um direito à segurança social, tem sentido o recurso à tutela constitucional da propriedade.

5.3. “Direitos em formação”, “direitos adquiridos” e princípios

Se há domínio onde se discuta a crise do Estado Social é, sem dúvida, o campo das pensões de velhice. Prestações diferidas e vitalícias, exemplos paradigmáticos de relações jurídicas²⁶⁷ duradouras, tocando nos

²⁶³ Paradigmaticamente quanto ao desenvolvimento doutrinal suscitado, cf. a jurisprudência alemã; também, para além da jurisprudência do Tribunal Constitucional português que será considerada na análise, *vide*, na Suíça, a decisão do *Schweizerisches Bundesgericht* (BGE) 106, 1980; quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a partir do Primeiro Protocolo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cf. *X v United Kingdom* [1970]; *X v The Netherlands* [1971], *Müller v Áustria* [1976]; *X versus Italy* [1977]; Aj van der WALT, *Protecting social participation rights within the property paradigm*, cit., p. 30, n. 23, refere ainda decisões de tribunais de outros ordenamentos.

²⁶⁴ Na jurisprudência do Supremo Tribunal norte-americano, e neste sentido, cf. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

²⁶⁵ Art. 63.º

²⁶⁶ Art. 38.º

²⁶⁷ Sobre a utilização do operador relações jurídicas no direito público, cf., entre nós, José Carlos Vieira de ANDRADE, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 1189-1220, e, mais desenvolvidamente, em discussão com a literatura alemã, Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 147-297; na doutrina em língua tudesca, veja-se agora também

mecanismos de justiça intergeracional e tomando a sério o futuro como problema constitucional, a protecção na velhice é um dos aspectos fundamentais do sistema de protecção social, um contributo para limitar a “angústia da existência”. Com uma estrutura temporal de média e longa duração, a própria formação do direito²⁶⁸ e, depois de adquirido, a questão da sua actualização (problemas de indexação) levantam importantes problemas constitucionais.

Limitaremos as nossas considerações a sistemas públicos de salvaguarda. Entre nós, o sistema de garantia das pensões de velhice em termos previdenciais remonta formalmente a 1919²⁶⁹; mas, não tendo passado de *law in books*, foi necessário esperar por 1935 para o lançamento de um sistema, aliás com um âmbito pessoal ainda bastante reduzido, de pensões de velhice²⁷⁰. Quanto ao regime específico de protecção social dos funcionários e agentes do Estado, foi criada, em 1929, a Caixa Geral

Pierre TSCHANNEN, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bern, 2008, p. 90-122; quanto às relações jurídicas de segurança social, v., com outras indicações, Sofia OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones de seguridad social: un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, 1997; entre nós, Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social*, cit. Aliás, começa-se por discutir a propriedade de utilizar o plural para captar a esfera da segurança social, tendo-se sustentado um modelo unitário de relação jurídica social, sobretudo na doutrina italiana (cf., para outras indicações, Sofia OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones de seguridad social*, cit., p. 27-28, n. 29). No núcleo da discussão, está a articulação entre o dever de contribuição e o direito a prestações e o carácter sinalagmático ou não da relação. No caso, limitamos as nossas considerações ao domínio do sistema previdencial, marcado por uma pluralidade de relações, autónomas, mas não independentes, e não por uma relação jurídica unitária: cf. Sofia OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones de seguridad social*, cit., p. 30-31).

²⁶⁸ Não vamos aqui curar do problema da intervenção legislativa em direitos em formação. A questão foi, recentemente, discutida entre nós a propósito das alterações no sistema de pensões de velhice, a começar pelas intervenções no sentido da penalização das reformas antecipadas (sobre a suspensão do regime em 2005, cf. DL 125/2005, de 8 de Agosto), a consideração de toda a carreira contributiva (cf. DL n.º 35/2002, de 19 de Fevereiro) passando também por factor de sustentabilidade com claro impacto na taxa de substituição e, assim, no montante das pensões.

²⁶⁹ Cf., na doutrina, Silva LEAL, “Os seguros sociais de 1919”, in: *Temas de segurança social*, Lisboa, 1998, p. 67-69.

²⁷⁰ O sistema conheceu um conjunto de desenvolvimentos. Actualmente, está em vigor o Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio.

de Aposentações²⁷¹, que, recentemente, passou a estar fechada a novos subscritores²⁷².

Sabe-se que, em matéria de pensões, os últimos anos foram marcados, na esteira de reformas noutros países, por alterações significativas do regime jurídico:

- a) modificaram-se as regras de cálculo das pensões, passando a considerar toda a carreira contributiva para a determinação da remuneração de referência a ser tomada em consideração para a fixação das pensões²⁷³;
- b) adoptaram-se medidas mais penalizadoras da reforma precoce.

Tendo em vista que estamos perante direitos em formação, assistiu-se à criação de um conjunto de normas transitórias, quer no quadro legislativo da segurança social, quer quanto ao regime específico de protecção social dos funcionários públicos.

No entanto, no nosso artigo, o problema que pretendemos tocar é o seguinte: é admissível que haja uma intervenção legislativa no sentido de reduzir o montante das pensões já atribuídas? Valerá sem excepções o clássico princípio da intangibilidade (do montante) das pensões?

5.3.1. Os direitos

5.3.1.1. Direitos adquiridos

A categoria dos direitos adquiridos (*vested rights* ou *acquired rights*, na literatura anglo-saxónica; *wohlerworbene Rechte*, na doutrina de língua alemã²⁷⁴) merece ser revisitada, em termos que aqui só poderão ser aflo-

²⁷¹ Sobre a instituição, cf. Ilídio NEVES, *Direito da segurança social*, cit.,

²⁷² Lei n.º 60/2005, de 29 de Dezembro, art. 2.º A partir de 1 de Janeiro de 2006, o pessoal a quem, na ausência da mudança do quadro legislativo, seria aplicável o regime de protecção social da função pública, passou a ser inscrito no regime geral da segurança social.

²⁷³ Cf. agora a LBSS, art. 63.º/4.

²⁷⁴ Repare-se que, na sua génese, os “direitos bem adquiridos” eram próprios de uma sociedade estamental, traduzindo uma relação feudal e de privilégio, ao contrário do que acontecerá depois com a figura dos direitos fundamentais de defesa (cf. Ralf POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, 2003, p. 21-22). Cf. sobre os *juribus*

rados. Com efeito, nas últimas décadas, uma captura do Estado, por parte de certos interesses e grupos, permitiu a afirmação de um conjunto de direitos, não raro com manifesta desproporção, nomeadamente quanto aos seus montantes. Os direitos adquiridos, enquadrados em termos de intangibilidade das prestações²⁷⁵, converteram-se na armadura de imunização de privilégios que violam vários princípios, tais como a igualdade, a justiça intergeracional e a sustentabilidade. Assim, a “sabedoria dos princípios”²⁷⁶, portadores de uma inelutável nota axiológica, tem sido subvertida pela indiferença, em termos de valores, de grupos de interesse²⁷⁷.

Não podendo traçar a história da categoria, sempre recordaremos que a ideia de direitos adquiridos²⁷⁸ mergulha as suas raízes na tutela da pessoa contra o arbítrio do Estado²⁷⁹. A defesa do Estado social, sem

quæsitis, contrapondo-os aos direitos absolutos, fundados na natureza do homem compreendido como ente racional, cf. Joseph BOHONOVSKY, *Von dem Rechte des Regenten, Gesetze über bürgerliche Rechtsverhältnisse abzuändern und den Wirkungen einer Abänderung auf bestehende Privatgeschäfte der Unterthanen*, Landshut 1803 (utilizámos a versão digitalizada disponibilizada pelo MPI für Europäische Rechtsgeschichte). Repare-se que a sua fundamentação jusnaturalista como *iura quæsitita* não impedia, invocando o *ius eminens*, as ingerências do Estado, mas era fundamento de indemnização. Sobre a relação entre os direitos adquiridos e os direitos fundamentais como direitos de defesa, cf. *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., p. 22 ss.; desenvolvadamente, para uma análise da história desta categoria, cf. Bertrand MALMENDIER, *Vom wohlverworbenen Recht zur verrechtlichten Freiheit: Forderungen an das Öffentliche Recht der Gegenwart aus der geschichtlichen Entwicklung des Staatsabwehranspruchs*, Berlin, 2003. Entre nós, criticamente, Fernando Pinto BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra, 2006, p. 841-842.

²⁷⁵ Cf., entre nós, Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social*, cit., p. 521-522.

²⁷⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem”, *Boletim da Faculdade de Direito* 82 (2006), p. 1-14.

²⁷⁷ Sobre estes, na doutrina portuguesa, vejam-se Rogério SOARES, *Direito público e sociedade técnica*, cit.; José Carlos Vieira de ANDRADE, “Grupos de interesse, pluralismo e unidade política”, *Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento XX)*, 1973, p. 1-138.

²⁷⁸ Deixaremos aqui de parte o uso da expressão, recorrente na literatura de setecentos e oitocentos, que a contrapõe a direitos naturais: cf., por exemplo, Adam Smith ou John Austin. Immanuel KANT (*A metafísica dos costumes*, Lisboa, 2005, p. 56, contrapõe inato e adquirido, escrevendo: “[o] meu e o teu inato pode chamar-se também o meu e o teu exterior (*meum vel tuum internum*); porque o que é exterior há-de ser sempre adquirido”. Explicita que só há um único direito inato ou originário e que é a liberdade (p. 56-58).

²⁷⁹ No constitucionalismo de Weimar, os “direitos bem adquiridos” (para traduzir literalmente a fórmula alemã) foram constitucionalmente reconhecidos em relação

perder de vista a necessidade de não se trilhar o caminho do arbítrio, não poderá deixar de proceder a uma análise cuidadosa desses direitos adquiridos²⁸⁰ que, não raro, se traduzem numa escandalosa protecção de pessoas ou grupos que revelaram mais poder, ou acabaram por beneficiar de mecanismos que, na sua génese, visavam responder a necessidades específicas²⁸¹. Na Lei de Bases da Segurança Social, consagra-se, expressamente, a tutela dos direitos adquiridos (e também dos direitos em formação)²⁸², definindo-os como “os que já se encontram reconhecidos ou possam sê-lo por se encontrarem reunidos todos os requisitos legais necessários ao seu reconhecimento”²⁸³.

A questão dos direitos adquiridos tem sido também mobilizada na discussão em torno da possível — e, nalguns casos, efectiva — transição de um sistema de repartição (*Pay as you go*) para um sistema de capitalização²⁸⁴, assunto que não poderemos desenvolver aqui.

aos funcionários públicos, na sequência de um processo de lóbi, a que se opôs o principal redactor do texto, Hugo Preuss.

²⁸⁰ Registe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil refere expressamente, em termos gerais, a protecção dos direitos adquiridos. Assim, no art. 5.º/XXXVI, dispõe-se que “a lei não prejudicará o direito adquirido (...)”. Não se estranha, pois, que na discussão, no quadro constitucional brasileiro, relativamente às alterações do regime da previdência, a figura seja mobilizada: cf., por exemplo, Luís Roberto BARROSO, “Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”, *Revista Brasileira de Direito Público* 2 (2004/4), p. 9-44, esp. p. 25 e seg., que revela a profunda injustiça do sistema objecto de reforma (*v.g.*, “grande número de aposentados jamais contribuiu e os que contribuíram para o regime próprio fizeram-no por período inferior a 10 anos”, p. 33; “as regras vigentes, notadamente antes da EC n.º 20, de 1988, permitiram aposentadorias precoces, até mesmo antes dos 50 anos, pela ausência de exigência de idade mínima, de tempo mínimo de contribuição e pela contagem ficta de tempo de serviço, fazendo com que subsistam por várias décadas às expensas do sistema”, p. 33-34).

²⁸¹ Cf., para uma crítica dos direitos adquiridos, Pierre PESTIEAU, *The welfare state in the European Union*, Oxford, 2005, p. 147-148.

²⁸² No direito internacional da segurança social, a questão assume um importante papel de tutela em relação aos trabalhadores migrantes: cf., em matéria de pensões, a Convenção n.º 48 OIT; também a Convenção n.º 118.

²⁸³ Art. 66.º/2/a).

²⁸⁴ Estamos aqui a considerar dois sistemas puros, mas há modelos mistos, em que uma parte da contribuição é tratada no quadro de repartição e outra em termos de capitalização: cf. agora a reforma sueca. Para uma introdução, v. Olé SETTERGREN,

5.3.1.2. *Direitos envolvidos*

Em que medida as posições jurídicas traduzidas na concessão de uma pensão estão, ao menos *prima facie*, protegidas em termos jusfundamentais? Nesta sede, comecemos por identificar os direitos candidatos. Com efeito, se a questão, na doutrina alemã, tem sido discutida a partir do direito da propriedade²⁸⁵, entre nós há, ao contrário do que sucede no ordenamento jurídico-constitucional germânico, um direito à segurança social, claramente autonomizado²⁸⁶. Este será violado não apenas no caso da sua denegação, mas também se o direito for desfigurado. Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁸⁷, comentando o referido artigo, escrevem que “[a] Constituição é omissa sobre o sistema de pensões e prestações do sistema de segurança social, bem como sobre os critérios da sua concessão e do seu valor pecuniário, ficando essa matéria na livre disposição do legislador, observados os princípios constitucionais pertinentes (igualdade, proporcionalidade, etc)”.

Já o direito de propriedade pode trazer uma protecção acrescida. Direito clássico, remetido pelo legislador constituinte, em termos de sistematização, para o domínio dos direitos económicos, sociais e culturais²⁸⁸, a considerar-se que a pensão está protegida em termos de propriedade²⁸⁹, se tal valer para todo o seu montante, a tentativa de redução

“Balance de la reforma de la seguridad social sueca”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* (2007), *Extra seguridad social*, p. 161-206.

²⁸⁵ Art. 14.º

²⁸⁶ Art. 63.º da CRP.

²⁸⁷ *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 819.

²⁸⁸ Sobre o sentido desta opção, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 799-800.

²⁸⁹ Vide a jurisprudência do Supremo Tribunal (*Høyesterett*) da Noruega, onde se recusou a aplicação do art. 105.º, nos casos Borthen (NO 8/11/96), e Thunheim (8/11/1996). Na obra de Danny PIETERS (*Social security cases in Europe: national courts*, cit., p. 150), encontra-se um resumo, em língua inglesa, do primeiro caso, tendo os juízes admitido que legislação pondo em casa o complemento de viuvez, mesmo no caso de pensões já atribuídas, não violaria a constituição, nomeadamente o art. 97.º, que proíbe a retroactividade das normas; na p. 160, encontra-se um curtíssimo resumo, em língua inglesa, do caso Thunheim, admitindo-se que o montante de uma pensão complementar já atribuída seja reduzido. Das partes da sentença publicada, regista-se que, nesta segunda decisão, se sublinha a relevância, na discussão, do §105 da Constituição norueguesa. Com efeito, está em causa o direito de propriedade ou, ao menos, um “di-

deve ser lida como uma verdadeira violação do direito, no caso análogo a um direito, liberdade e garantia.

Assim, neste momento de identificação dos direitos envolvidos, afigura-se-nos que o direito de propriedade deve ser mobilizado com autonomia, merecendo ser analisadas as seguintes questões:

- 1) as pensões de velhice são havidas como propriedade para efeitos do art. 62.º da CRP?
- 2) em caso afirmativo, beneficiarão, em toda a sua extensão, desse regime?

5.3.1.2.1. Pensões e propriedade

De uma fórmula sintética, aliás já aflorada, reconhece-se hoje que a propriedade não pode ser limitada à visão liberal clássica²⁹⁰, nada se opondo a que integre, no seu chapéu protector, as pensões. É este o entendimento que fez vencimento na jurisprudência e doutrina alemãs²⁹¹ e também encontrou assento na jurisprudência de Estrasburgo²⁹². No entanto, na primeira, desde logo se advertiu que, resultando

reito do mesmo tipo” (*rettighet av lignende art*). Comparando esta pensão complementar com a pensão de Estado, afirma-se que, apesar das semelhanças, há uma diferença significativa: a “pensão é parte do pagamento do trabalho”. Lucy A. WILLIAMS/Asbjorn KJONSTAD/Peter ROBSON (eds.) *Law and poverty: the legal system and poverty reduction* (p. 172-173) notam que não foi considerada propriedade, diferentemente do que sucederia se fossem aplicados os critérios que tiveram vencimento no caso *Gaygusuz*. No caso *Thunheim*, estava-se perante uma pequena redução; também no caso *Bhortan* não se tratou da privação do direito, sendo que, neste, não tinha havido contribuições especiais para o complemento de viuvez. <http://www.jur.ku.dk/medarbejdere/kirstenketscher/filer/Mod%20en%20argumentativ%20ret.pdf>. De acordo com a jurisprudência, a proibição de retroactividade do artigo 97.º só se aplica aos casos em que esta é “claramente irrazoável ou injustificada (*klart urimelig eller urettferdig*): cf. Acórdão *Borthen* Rt-1996-1415, p. 1430. Na doutrina, com uma síntese, em inglês, da discussão, cf. <http://www.statsvitenskap.uio.no/fag/polit/disputas/fulltxt/HildeNagelle-book.pd>.

²⁹⁰ José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 800.

²⁹¹ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen: Deutschland und Großbritannien im Vergleich*, Baden-Baden, 2001, p. 192 ss.

²⁹² *Müller v. Austria* (1975); *X v. The Netherlands* (1972); *Gaygusuz v. Austria* (1996).

as pensões de uma comunidade de solidariedade, importaria não esquecer as possibilidades de alteração²⁹³. Além disso, têm sido avançados alguns critérios para a protecção, em termos de direito da propriedade, dessas prestações sociais, a saber²⁹⁴:

- 1) Necessidade da sua atribuição em termos de utilidade privada²⁹⁵, resultando da contribuição e do esforço pessoais, dependem da discricionariedade da entidade prestadora;
- 2) Existência de prestações não irrelevantes do segurado (no caso português, diríamos do beneficiário ou, no caso da Caixa Geral de Aposentações, do subscritor²⁹⁶). De acordo com a jurisprudência alemã, são aqui incluídas as contribuições de terceiros, nomeadamente dos empregadores²⁹⁷;
- 3) Importância das prestações para a garantia da existência, o que exclui todas as prestações que, pelo seu *telos* ou duração, não sirvam de “fundamento do planeamento individual da existência”²⁹⁸.

5.3.1.2.2. Extensão da protecção

O problema é o de saber se todo o montante da prestação gozará do regime da propriedade. Com efeito, não estamos perante um regime de capitalização, mas sim de repartição, assente num princípio de solidariedade, que leva os beneficiários a receber prestações num montante que só em circunstâncias raríssimas equivalerá ao valor das contribuições

²⁹³ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 194.

²⁹⁴ Nesta síntese, baseamo-nos em Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 196-202, que, neste ponto, seguimos de muito perto e para cujos desenvolvimentos remetemos os leitores.

²⁹⁵ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 196-197.

²⁹⁶ Para o conceito, cf. Ilídio das NEVES, *Dicionário técnico e jurídico de protecção social*, Coimbra, 2001, p. 689.

²⁹⁷ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 198.

²⁹⁸ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 201.

e quotizações devidamente corrigido²⁹⁹. Por outras palavras, não é o princípio da corresponsabilidade³⁰⁰ que caracteriza este sistema, mas, como veremos, releva em termos de uma tutela diferenciada, em sede de direitos fundamentais, do montante das pensões, através da garantia de uma zona mais forte e intensamente protegida. Diga-se, desde já, que as contribuições, quer provenham dos trabalhadores, quer das entidades patronais, são imputáveis aos primeiros e consideradas, para estes efeitos, como prestações próprias³⁰¹. No entanto, neste sistema não é possível falar de uma efectiva equivalência entre o montante das contribuições e o valor das prestações — no caso, das pensões de reforma, se quisermos, não há uma equivalência individual, falando-se de uma equivalência global³⁰². Tem-se entendido que o princípio do Estado social ou da socialidade justifica que o princípio da equivalência seja corrigido pelo princípio de solidariedade, não apenas no que toca à relação entre contribuição e prestação, mas também na articulação entre risco e prestação³⁰³.

Na tese defendida, só o valor resultante das contribuições, com as devidas correcções, é que recebe uma protecção em termos de propriedade³⁰⁴. Mas, mesmo que não se aceite esta posição, e se pretenda que

²⁹⁹ Desde logo, este princípio da solidariedade expressa-se em mecanismos de “compensação social”. Na síntese de Joachim BECKER (*Transfegerichtigkeit und Verfassung*, cit., p. 16), esta traduz-se na equivalência à entrada de contribuições, quer para todos efeitos e com registo de remunerações (*v.g.*, os impedimentos de trabalho que fundam o direito a subsídio, como a doença ou a maternidade, ou os períodos em que se recebeu subsídio de desemprego), quer só para efeitos específicos, mas sem registo de remuneração (*v.g.*, perseguição política para efeitos de taxa global de formação de pensões, mas não para o prazo de garantia). Para um levantamento das situações de equivalência à entrada de contribuições, cf. Apelles CONCEIÇÃO, *Segurança social*, cit., p. 129-131).

³⁰⁰ A propósito do sistema complementar, assente neste princípio, e o sistema estatal, marcado pelo princípio da solidariedade, cf. Maurizio CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 62005, p. 551, falando de uma “relação difícil” entre estes princípios.

³⁰¹ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 198.

³⁰² Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 199.

³⁰³ Cf., com mais desenvolvimentos, Meret BAUMANN, *Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, cit., p. 128-132.

³⁰⁴ Cf., na doutrina alemã, Ulrich HÖSCH, *Eigentum und Freiheit: ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG*, Tübingen, 2000, p. 30.

o âmbito de protecção 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”³⁰⁵, admite-se uma maior liberdade de conformação político-legislativa³⁰⁶, desde logo em nome da conservação da sustentabilidade do sistema³⁰⁷. 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.

5.3.3. Os princípios

Há um conjunto de princípios constitucionais relevantes na discussão. Centrar-nos-emos nos princípios da protecção da confiança, da sustentabilidade, da igualdade, da justiça intergeracional e da proporcionalidade.

5.3.3.1. Protecção da confiança: a intangibilidade da pensão?

O princípio da protecção da confiança, subprincípio densificador do princípio do Estado de direito³⁰⁸, mas também operante em sede de socialidade³⁰⁹, tem sido mobilizado, no direito da segurança social, a dois níveis: em relação aos chamados direitos adquiridos e aos direitos em formação. Tendo deixado os últimos fora da nossa análise, veremos em que

³⁰⁵ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 212.

³⁰⁶ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 223, sublinha que “[d]ie Rechtsprechung des BVerfG zum Eigentumsschutz entfaltet ihre hauptsächliche Bedeutung damit nicht auf praktischen Gebiet für den Bestandsschutz individueller Rechtspositionen, sondern im strukturellen und politisch Bereich als Grenzziehung für die Bewegungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers”.

³⁰⁷ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 212-213.

³⁰⁸ Na doutrina portuguesa, cf., por todos, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 259-264.

³⁰⁹ Entre nós, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 339.

medida se pode cortar o nó clássico entre princípio da protecção da confiança e montante da pensão.

Recorde-se que a proibição da retroactividade já foi defendida como sendo um corolário normal do Estado de direito, resultante da leitura das normas jurídicas como normas de conduta (*regula agendi*), expressão de uma função estabilizadora do direito³¹⁰. Lon Fuller³¹¹, a partir da figura do *rex* arbitrário, considerou que a não-retroactividade seria uma das exigências de “moralidade interna do direito”.

No caso, em que está em discussão alterar, para o futuro, o montante das prestações a receber, temos, verdadeiramente, uma situação de retrospectividade ou retroactividade inautêntica³¹², na medida em que uma eventual alteração do quadro normativo nesse sentido destina-se a produzir efeitos para o futuro, mas acaba por tocar em situações jurídicas que começaram no passado e que continuam a existir.

Quanto à aplicação deste princípio, há hoje, na doutrina e jurisprudência alemãs, que também aqui tiveram um especial trabalho, uma discussão que se traduz na afirmação do seu carácter subsidiário como parâmetro de controlo em relação aos direitos fundamentais. Ou seja, o primeiro controlo da constitucionalidade da norma efectuar-se-á em sede jusfundamental; num segundo momento, caso passe esse controlo, haverá então recurso ao princípio da protecção da confiança³¹³. Mais: na avaliação de uma eventual ingerência no âmbito de protecção do direito seria tomada em consideração, no procedimento de ponderação, a protecção de confiança, entendida como *lex specialis*³¹⁴.

No caso *sub iudice*, o princípio da protecção da confiança aplicar-se-ia, mesmo numa leitura em termos de subsidiariedade, ao montante da pensão que não poderia ser protegido, de acordo com a tese sustentada, em termos de direito de propriedade. Sabendo-se que, em relação aos

³¹⁰ Cf. João Baptista MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, p. 223.

³¹¹ Lon FULLER, *The morality of law*, 1969.

³¹² Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 262.

³¹³ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 236-237.

³¹⁴ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 237.

direitos em formação, se tem sustentado que um critério de ponderação a considerar é a maior ou menor proximidade da reforma³¹⁵, por maioria de razão vale nas situações em que a pensão já foi atribuída.

Entre nós, o Tribunal Constitucional tem jurisprudência sobre a matéria. Assim, a propósito de pensões de aposentação de ex-funcionários administrativos, em diversos arestos³¹⁶, considerou que a alteração retroactiva, por via legislativa, do montante de pensões se traduzia numa violação do princípio de protecção da confiança. Como se afirmou no Ac. n.º 9/84, de 1 de Fevereiro, “não oferece dúvida 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 susceptível de ser ainda rectificad”³¹⁷.

Numa certa óptica, e sublinhando uma dimensão prospectiva, nestes direitos de longa formação poderíamos referir-nos a um processo de protecção da confiança *versus* protecção da confiança. Neste sentido, a garantia de sustentabilidade do sistema seria expressão do princípio da protecção da confiança da actual 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 protecção.

5.3.3.2. Princípio da sustentabilidade

O princípio da sustentabilidade surge como súmula de dimensões de sustentabilidade em várias áreas, desde o ambiente (sustentabilidade ecológica)³¹⁸ à segurança social³¹⁹. Esta última traduz-se numa exigên-

³¹⁵ Ann-Christine HAMISCH, *Der Schutz individueller Rechte bei Rentenreformen*, cit., p. 239.

³¹⁶ Ac. TC n.º 20/83, de 16 de Novembro de 1983 (*ATC* 1, 1983, p. 173-185); Ac. TC n.º 23/83, mas centrando-se no esvaziamento do direito de recurso.

³¹⁷ *ATC* 2 (1984), p. 283-287, p. 286.

³¹⁸ Na CRP, com acolhimento expresso no n.º 2 do art. 66.º da CRP. Para mais desenvolvimentos deste ponto, essenciais no quadro de um Estado ecológico ou ambiental, cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 849-850.

³¹⁹ No caso português, cf. o referido Anexo ao Orçamento da Segurança Social de 2006.

cia não apenas de recursos económico-financeiros, mas também de tomar a sério a sua defensabilidade em termos de impacto no tecido social³²⁰. A sustentabilidade, como sublinha Friederike Trappe³²¹, não se confunde com o princípio da eficiência: um sistema pode ser ineficiente e, não obstante, ser económico-socialmente sustentável. Há duas notas consensuais quanto ao conceito: a sua transtemporalidade e a multidimensionalidade³²².

A partir de uma leitura temporalmente adequada da CRP, é inegável que a sustentabilidade é um princípio conformador que surge como dever de acção e também como limite à conformação. Cabe ao legislador estabelecer, no quadro da sua prerrogativa de avaliação, cláusulas e mecanismos de sustentabilidade³²³. Foi esta, aliás, também a opção, ainda que tardia, em Portugal. Assim, na Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, consagrou-se um factor de sustentabilidade³²⁴. O art. 64.^o³²⁵ passou a dispor 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 sis-

³²⁰ A própria legislação refere, a propósito da sustentabilidade em matéria de segurança social, a sustentabilidade financeira, económica e social (cf. Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de Fevereiro).

³²¹ *Zur Nachhaltigkeit sozialer Sicherungssysteme: eine Analyse am Beispiel des argentinischen Alterssicherungssystems*, Berlin/Hamburg/Münster, 2000, p. 41.

³²² Rürup-Bericht, p. 48-49 (disponível em http://www.bmas.de/coremedia/generator/1464/property=pdf/kapitel__1.pdf).

³²³ Vide a criação, na gestão do sistema previdencial, de um Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social (art. 91.º LBSS). A chamada capitalização pública de estabilização surgiu na Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto (art. 83.º). Cf. agora também o Decreto-Lei n.º 367/2007, de 2 de Novembro (estabelece o quadro do financiamento do sistema de segurança social), nomeadamente o art. 16.º. Para uma avaliação numa perspectiva comparada, considerando os casos americano e irlandês, cf. Carlos Manuel Pereira da SILVA, “Fundos de reserva nos sistemas públicos de segurança social: os casos de Portugal e da Irlanda”, in: *Protecção social*, Lisboa, 2006, p. 81-92.

³²⁴ Para as concretizações, cf. agora o Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio, em que se consagra, no art. 35.º, o factor de sustentabilidade; em relação à exclusão do âmbito pessoal de aplicação, cf. o art. 100.º

³²⁵ Para a Caixa Geral de Aposentações, v. a Lei n.º 52/2007, de 31 de Agosto (Adapta o regime da Caixa Geral de Aposentações ao regime geral da Segurança Social em matéria de aposentação e cálculo de pensões).

tema 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 requerimento da pensão”.

O nosso problema é mais radical, na medida em que se trata de avaliar a possível redução das pensões já atribuídas.

A sustentabilidade é um critério que pode levar, deixando intocado o mínimo para uma existência condigna³²⁶ 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 Isensee³²⁷ já tinha referido que estamos face a um limite dos direitos fundamentais.

³²⁶ Entre nós, quanto à sua expressão em termos jusfundamentais, cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, “O direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas — Uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, *Jurisprudência constitucional* (2004/1), p. 21-29, sobre a questão do nome — «mínimo para uma existência condigna» —, p. 29, na sequência, aliás, de várias referências à questão no seu *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, cit.; também Isabel MOREIRA, *A solução dos direitos*, cit., p. 133-148. Do ponto de vista do direito constitucional comparado, veja-se o seu acolhimento na nova Constituição suíça, depois de já ter sido considerado anteriormente uma “liberdade não-escrita”. Assim, o art. 12.º dispõe o seguinte: “Quiconque est dans une situation de détresse et n’est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d’être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine”. Repare-se, no entanto, que o direito a um mínimo para uma existência condigna recortado entre nós é mais vasto do que o previsto no referido artigo da Constituição helvética: basta pensar que integra um “direito a não ser privado desse mínimo”, como foi expressamente reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional em relação à questão da penhorabilidade de rendimentos inferiores ao salário mínimo nacional (cf., por exemplo, o Ac. n.º 177/2002). Na doutrina, a partir de uma articulação entre democracia e dignidade humana, cf. Peter HÄBERLE, “A dignidade humana e a democracia pluralista: seu nexos interno”, in: Ingo Wolfgang SARLET (Org.), *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*, Porto Alegre, 2007, p. 11-28, p. 17.

³²⁷ Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.V, cit., § 110, p. 134-136.

Há vários aspectos que têm de ser tomados em consideração na análise da sustentabilidade, nomeadamente, num modelo de repartição, a capacidade de se garantir as pensões para os trabalhadores no activo, bem como os valores das próprias contribuições, que não são indiferentes à concorrência internacional na captação e na manutenção de investimentos e da sua conseqüente expressão em matéria de emprego³²⁸.

5.3.3.3. *Princípio da igualdade*

O princípio da igualdade não pode deixar de ser considerado nesta sede. Em termos de conformação legislativa, é critério para a avaliação dos diferentes regimes de pensões, sendo certo que a diferenciação não é, sem mais, sinónimo de discriminação³²⁹. No campo mais limitado da nossa análise, trata-se de ver em que medida o princípio da igualdade pode levar a intervenções que legitimem uma revisão da própria pensão, entrando aqui em jogo a segurança jurídica e a protecção da confiança. 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 gerações³³⁰; no entanto, desde logo por razões de contingência, não é possível a plena igualdade de tratamento.

Casos há em que mecanismos de autonormação levaram à aprovação da legislação estabelecendo um conjunto de privilégios sem nenhuma

³²⁸ Ernst-WILHELM LUTHE, *Optimierende Sozialgestaltung: Bedarf — Wirtschaftlichkeit — Abwägung*, Tübingen, 2001, p. 393-394.

³²⁹ Trata-se de uma afirmação pacífica no domínio do direito constitucional: entre nós, cf., por todos, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 428-429; Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. IV, Coimbra, 32000, p. 239. Esta tem, aliás, reiterada confirmação jurisprudencial, sendo que, em matéria de pensões, se menciona o Ac. TC n.º 369/97 (ATC 37, p. 163-174). Neste, 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).

³³⁰ Joachim BECKER, *Transfärgerechtigkeit und Verfassung*, Tübingen, 2001, p. 287 ss.

justificação no quadro de um constitucionalismo republicano e que tocam não apenas nas gerações futuras, mas também em pessoas da sua geração que tiveram de se conservar, como aliás é normal, no mercado de trabalho e continuar como contribuintes da segurança social. Não curando das soluções materiais e não contestando que os tempos de serviço à República possam ter, sem mácula jurídico-constitucional, um tratamento diferenciado, já não temos dúvidas em afirmar que o possibilidade de obter pensões muito antes da idade normal da reforma ou até mesmo das antecipações legalmente consagradas, no limite com uma curta carreira contributiva e na casa dos trinta anos de idade, não resiste ao teste de constitucionalidade. Aqui, desde logo o nível de análise da constitucionalidade passa pela possibilidade de obter uma pensão independentemente da idade, exercício de funções, durante um certo período.

Uma das discussões em curso, nomeadamente na Alemanha, prende-se com a reconstrução do sistema de seguros sociais, a partir de uma exigência de *equivalência entre contribuições e prestações*³³¹. Entre nós, em que o desenho dos mecanismos de protecção é diferente, terá de averiguar-se se, a valer, o critério, em geral, é aplicável ao (sub)sistema previdencial em termos gerais ou, ao menos, no caso de significativa desproporção entre contribuições e prestações. Trata-se de um quadro que nada tem a ver com o assegurar dos valores mínimos de pensão, mas com montantes exorbitantes em face da carreira contributiva. Assim, não apenas serão inconstitucionais normas que prevejam situações destas, como se poderá pensar, no quadro dos princípios desenvolvidos, numa limitação do próprio montante já atribuído ou, ao menos, num tratamento diferenciado no que toca à actualização.

A desconstrução do actual sistema poder-se-ia fazer de dois modos:

- a) ou considerar que o próprio sistema de repartição, assente, como é sabido, num princípio de solidariedade, é inconstitucional;
- b) ou então entender que a solidariedade deve ser feita, como aliás já acontece na parte não-contributiva das pensões, por via de transferências do Orçamento Geral do Estado, ou seja, em ter-

³³¹ Anne LENZE, *Staatsbürgerversicherung und Verfassung*, cit., p. 233. Entre nós, *vide* agora, sem que nos seja já possível tomá-la em consideração, a dissertação de Sérgio VASQUES, *O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária*, Coimbra, 2008.

mos fiscais³³². Das várias dimensões da solidariedade admitir-se-ia apenas — e estaria aí o social do sistema — que não fosse considerada a diferença de risco.

Também nesta crítica se nota, cada vez mais, os efeitos da transferência de esquemas privatísticos para a gestão dos sistemas públicos, procurando cortar-se o passo à introdução de finalidades “estranhas”. Na análise do caso alemão, afirma-se que o social dos seguros sociais residiria apenas no facto de a contribuição não tomar em consideração o risco individual do segurado³³³. Saber se as finalidades são, ou não, estranhas aos seguros ou, entre nós, aos objectivos do sistema previdencial, depende da óptica de análise adoptada: se se partir de uma visão fundamentalmente privatística destes mecanismos, então finalidades redistributivas — de uma solidariedade vertical (de mais ricos para pobres) — seriam ilegítimas; se, pelo contrário, se tiver presente a diferença solidária entre estes mecanismos e os esquemas de protecção privatísticos, já não se trataria de finalidades estranhas. E é esta segunda a leitura correcta, particularmente entre nós, em que há uma clara opção constitucional no sentido de uma protecção estruturada pelo princípio da solidariedade, a partir de uma “imagem do homem”³³⁴ que não se revê no paradigma do “individualismo possessivo”³³⁵. Aliás, é a estruturação em termos de princípio de solidariedade e a consequente existência de mecanismos de compensação que tem permitido que a estas instituições não seja aplicável o regime comunitário do direito da concorrência³³⁶.

³³² Referimo-nos ao chamado princípio da adequação selectiva das fontes de financiamento, consagrado no art. 89.º, da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro (LBSS).

³³³ Anne LENZE, *Staatsbürgerversicherung und Verfassung*, cit., p. 423.

³³⁴ Pela negativa, é consensual a recusa de um modelo individualista na CRP. Já pela positiva, importa não esquecer a necessidade de espaços plurais de interpretação, que não são, no entanto, sinónimo de um cheque em branco. A um nível mais profundo, não se pode deixar de ter presente a questão do(s) fundamento(s) do Estado social: v., correctamente, advertindo para este problema, José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social”, *Nova Cidadania* 8 (2007/31), p. 39-40, p. 40.

³³⁵ Recolhemos aqui uma conhecida fórmula de C. B. MACPHERSON (*The political theory of possessive individualism: from Hobbes to Locke*, 1962).

³³⁶ Para este problema, cf., por todos, Prodromos MAVRIDIS, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne: étude d'une confrontation entre libertés de marché et droits fondamentaux*, Athènes/Bruxelles, 2003, p. 67-94.

No entanto, isto não obsta a que se reconheça, crescentemente, a importância do princípio da contributividade e, consequentemente, a relevância de tomar em conta toda a carreira, opção do legislador em 2002³³⁷, agora reforçada em 2007³³⁸.

5.3.3.4. *Princípio da justiça intergeracional*

O princípio da justiça intergeracional, que pode ter assento, neste caso, a partir de uma releitura do princípio da igualdade, mas que merece tratamento autónomo, tem também refrações em matéria do princípio da sustentabilidade, sem que com ele se confunda. O controlo de sustentabilidade surge como uma espécie de limite de possibilidade do sistema. Na verdade, numa perspectiva financeira, as pensões que o sistema de segurança social, em termos previdenciais, se obriga a pagar no futuro devem ser vistas como dívida³³⁹, desenvolvendo-se instrumentos de *accounting* intergeracional que pretendem quantificá-la. A sustentabilidade do sistema deve ser considerada, pois, também a partir de uma lógica de justiça intergeracional.

Não cabe traçar agora uma história da justiça intergeracional, que alguns fazem remontar a milhares de anos³⁴⁰. Utilizando um corte temporal mais próximo de nós e deixando de parte os problemas, em sede constitucional, de legitimidade de uma geração vincular gerações futuras³⁴¹, sempre teremos de referir discussão em relação à dívida pública ou, mais próximo de nós, a conformação, até com expressão constitu-

³³⁷ Decreto-Lei n.º 35/2002, de 19 de Fevereiro.

³³⁸ Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio, que, no preâmbulo, sublinha que se afirmou “de forma inequívoca e por razões de justiça, o princípio da contributividade no cálculo das pensões”.

³³⁹ Sobre este ponto, referindo-se a dívida pública implícita, com mais desenvolvimentos, cf. Nazaré da Costa CABRAL, *O orçamento da segurança social: enquadramento da situação financeira do sistema de segurança social português*, Coimbra, 2005, p. 54-63.

³⁴⁰ Emmanuel AGIUS/Lionel CHIRCOP (ed.), *Caring for future generations: Jewish, Christian and Islamic perspectives*, Westport, Connecticut, 1998.

³⁴¹ Entre nós, cf. Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, “Nós, o povo “português”: continuidade intergeracional e princípios de justiça”, in: *20 anos da Constituição de 76*, Coimbra, 2000, p. 55-84; também João Carlos LOUREIRO, *O direito à identidade genética do ser humano*, cit.

cional em vários ordenamentos, no domínio ambiental³⁴². Em matéria de pensões, falou-se já de uma “conspiração grisalha”³⁴³. Repare-se que a abordagem da questão começa por um problema de repartição entre *gerações existentes*, sem prejuízo de não poderem ser ignoradas também as gerações futuras ou vindouras³⁴⁴. Em sede de tratamento dogmático, mesmo quando se autonomiza o princípio da justiça intergeracional, a chave de leitura tende a ser dada em termos de uma igualdade com proporcionalidade. Não é possível aprofundar aqui as várias hipóteses de tratamento diferenciado a partir de um corte temporal³⁴⁵.

5.3.3.5. *Princípio da proporcionalidade*

O princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo actua, também aqui, no sentido de impedir restrições desproporcionais em matéria de pensões³⁴⁶. Especial relevo assume o

³⁴² A CRP refere-se não a justiça intergeracional, mas sim a solidariedade entre gerações (art. 66.º/2/d) CRP). No domínio ambiental, em relação ao princípio da solidariedade intergeracional, Carla Amado GOMES (*Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 155-163) veio defender que o texto constitucional não consagra mais do que um mero “imperativo moral” (p. 155, 160, 162).

³⁴³ Fernando Ribeiro MENDES, *Conspiração grisalha: segurança social, competitividade e gerações*, Oeiras, 2005.

³⁴⁴ Sobre estas, para um tratamento em termos de teoria da justiça e para a tradução constitucional da sua tutela, cf., em geral, com outras indicações bibliográficas, João Carlos LOUREIRO, *Constituição e biomedicina*, cit., vol. I, Parte I e vol. II, Parte V.

³⁴⁵ Para mais desenvolvimentos, em termos que não podemos discutir aqui, cf., de novo, Joachim BECKER, *Transfergerechtigkeit und Verfassung*, Tübingen, 2001, p. 287 ss.

³⁴⁶ *Vide*, analisando a questão da proporcionalidade, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*MV e U-MS v. Finland*, de 28 de Janeiro de 2003, e *Saarinen v. Finland*, também da mesma data) sobre o novo cálculo das pensões na Finlândia, sendo que a reforma legislativa tocava, o que não é despiendo, na chamada pensão nacional. Na síntese de Mel COUSINS, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 32-33, regista-se que “The Court pointed out that it must also satisfy itself that there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued and that a fair balance was struck between private and public interests. The Court noted that, in the case in question, the reduction of the applicant’s pensions left some 90% of their coordinated pension rights intact and accordingly found that the applicants were not obliged to bear an unreasonable burden within the meaning of this case law”.

subprincípio da necessidade ou da exigibilidade que, atento outras exigências constitucionais, nomeadamente em termos de protecção da confiança, há-de ser objecto de especial atenção

Quanto à dimensão de adequação ou de conformidade dos meios, tendo em vista a sustentabilidade do sistema, não há dúvida que, se³⁴⁷ forem respeitados determinados patamares de rendimentos que o Estado está constitucionalmente obrigado a assegurar — há um mínimo para uma existência condigna —, a diminuição das pensões e, conseqüentemente, dos encargos do sistema, é apta à prossecução desses fins.

Em relação à exigibilidade ou necessidade, nas suas várias dimensões — material, temporal, espacial, pessoal —, haverá que ter presente que, numa lógica de justiça intergeracional, estão em causa posições tuteladas em termos jusfundamentais dos dois lados. E, naturalmente, haverá ainda que proceder ao teste de proporcionalidade em sentido restrito.

5.3.3.6. *Pensões: possibilidades e limites de redução*

De acordo com esse modelo, a redução do montante das pensões seria possível se:

- 1) em matéria de *fundamentos*, a limitação se baseasse em bens/valores constitucionalmente protegidos (*v.g.*, sustentabilidade do sistema);
- 2) a ingerência fosse feita de uma forma proporcional, como decorre do princípio da *proibição do excesso*³⁴⁸;
- 3) em termos de *limites*, não fosse tocado:
 - a) em princípio, o valor da pensão resultante das contribuições, protegido a título de *propriedade*;
 - b) o *mínimo para uma existência condigna*, enquanto exigência alicerçada no princípio da dignidade humana.

³⁴⁷ Com efeito, se fossem tocados esses mínimos, o Estado interviria a título de ajuda social, pelo que, em termos globais do orçamento da segurança social, haveria obrigação de despesa.

³⁴⁸ Esta ideia encontrou expressão na jurisprudência constitucional polaca, que, num acórdão de 1999 (PL 22/6/99), sustentou que, excepcionalmente, podem ser tocados os direitos adquiridos se não houver outra forma de realizar valores ou normas (regras e princípios) constitucionais (cf. Danny PIETERS, *Social security cases in Europe: national courts*, cit., p. 10).

6. Conclusão

Trinta anos volvidos depois da Constituição que resultou daquela “madrugada que eu esperava/O dia inicial inteiro e limpo/Onde emergimos da noite e do silêncio/ E livres habitamos a substância do tempo”³⁴⁹, o pulso de Cronos revela fraquezas que poucos podiam adivinhar. Na febre do tempo, na amargo-doce embriaguez da liberdade, as vozes que, de um ponto de vista meramente institucional, apenas queriam, à semelhança do povo de Israel, ser uma nação como as outras³⁵⁰, entenda-se, um Estado de direito, democrático e social, viram-se muitas vezes ultrapassadas por outras que clamaram, à cidade e ao mundo, que os rumos da história estavam traçados e fechados. Em nome de uma aspiração/sedução de verdade e de justiça, que pretendiam cientificamente escoradas, embarcaram em fábula já então corroída pelo tempo e pelo sangue. No plano constitucional, não se limitando ao florescer dos direitos, pretenderam in(e)screver as políticas da sua “metanarrativa emancipatória” que não resistiu aos ventos desconcertantes da história. A dirigente obesidade do texto deu lugar a um contexto em que, “Depois do Adeus”, muitos já nem sequer guardam a doce recordação da vivida ilusão, oscilando entre o céptico ficar sós e o abraçar, conformado ou entusiasmado, de um capitalismo de vulgata, que, ao minimizar o social, ameaça pessoas e comunidades. Na vida, como na escrita³⁵¹, há mais pluralidade que extremos e importa que, com a água do banho, não se deite fora a criança.

Em jeito de conclusão, permitam-me, pois, afirmar que, 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 políticas da fraternidade, que tomem a sério a escassez e o “mundo vindouro”. Em matéria de pensões, sendo impossível a

³⁴⁹ Sophia de Mello BREYNER, “25 de Abril”, in: *Obra poética*, III, Lisboa, 31999, p. 195.

³⁵⁰ Referimo-nos ao pedido dos anciãos de Israel a Samuel (Sm 8, 5).

³⁵¹ Padre António VIEIRA, “Sermão da Sexagésima”, in: *Sermões*, I, Lisboa, 2008, p. 41.

clareza das estrelas³⁵² — não se trata de matérias do céu, mas da terra, ou seja, da esfera da difícil ordenação humana do mundo —, propomos, numa perspectiva de justiça intra- e intergeracional, revisitarmos a arquitetura do sistema de pensões e, em herética atitude, tocar, se necessário e com conta, peso e medida, nos chamados direitos adquiridos, que, algumas 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”³⁵³.

RÉSUMÉ: À une époque marquée par un insoutenable poids du non-avoir, nous procédons à une analyse de l'État social et des défis auxquels il est confronté. Nous cherchons à savoir si les droits acquis peuvent être touchés en choisissant comme domaine de recherche les pensions de vieillesse.

MOTS CLÉS: *État social; droits acquis; constitutionnalisme portugais; pensions; État de garantie; sécurité sociale; pérennité; justice intergénérationnelle; protection de confiance.*

ABSTRACT: In times defined by an unsustainable level of “having not”, we offer an analysis of the Welfare State and the challenges it faces. We examine whether acquired rights may be affected, selecting old-age pensions as our field of inquiry.

KEYWORDS: *Welfare State; acquired rights; Portuguese constitutionalism; pensions; enabling State; social security; sustainability; intergenerational justice; protection of legitimate expectations.*

ZUSAMMENFASSUNG: In einer durch eine unerträgliche Last des Nicht-Habens gekennzeichneten Zeit wird der Sozialstaat in Bezug auf die Bedrohungen, denen ausgesetzt ist, betrachtet. Es geht darum zu ermitteln, ob der Besitzstand angetastet werden darf, wobei als Übungsfeld die Altersrente ausgewählt wurde.

STICHWÖRTER: *Sozialstaat; wohlerworbene Rechte; portugiesischer Konstitutionalismus; Altersrente; Vorsorgestaat; soziale Sicherheit; Nachhaltigkeit; Generationengerechtigkeit; Vertrauensschutz.*

³⁵² *Sermão da Sexagésima*, cit., p. 40-41.

³⁵³ *Sermão da Sexagésima*, cit., p. 47.