Do Direito à Segurança Social

Autor(es): Martins, Maria Inês de Oliveira

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: [URI:http://hdl.handle.net/10316.2/35527](http://hdl.handle.net/10316.2/35527)

DOI: [DOI:http://dx.doi.org/10.14195/0870-4260_56_2](http://dx.doi.org/10.14195/0870-4260_56_2)

Accessed : 26-Apr-2023 07:11:40

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

VOLUME LVI

2 0 1 3

COIMBRA

DO DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL¹

1. Introdução. O direito à segurança social²

As prestações a cargo do sistema de segurança social têm frequentemente estado na ribalta do discurso político e mediático em torno da sustentabilidade do Estado social. Este protagonismo consegue, porém, obscurecer o fundamento jurídico, económico e sociológico da protecção social pública, bem como os termos em que esta é tutelada pela

¹ É devida uma palavra de sentido agradecimento ao Dr. Luís Vale, que me desafiou a escrever sobre matérias que, embora não se inscrevam na minha linha actual de investigação, a todos nos vêm convocando.

² Para além das abreviaturas correntes, utilizaremos as seguintes: CDESC – Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais; CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; CRP – Constituição da República Portuguesa; DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada internacionalmente a 10 de Dezembro de 1948; FMI – Fundo Monetário Internacional; OIT – Organização Internacional do Trabalho; PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, adoptado internacionalmente a 16 de Dezembro de 1966, em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 15 de Setembro de 1978; PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adoptado internacionalmente a 16 de Dezembro de 1966, em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 31 de Outubro de 1978; TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, originariamente assinado em Roma, a 25 de Março de 1957, enquanto Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia.

garantia constitucional de um direito à segurança social. Tentaremos, no presente texto, lançar alguma luz sobre o tema.

O artigo 63.º da Constituição consagra um direito à segurança social, identificada com um sistema que protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. Integrada no *corpus* da Constituição vigente, esta disposição adquire uma plenitude de sentido que não tiveram as normas paralelas anteriores³. Articulando-se com as disposições constitucionais que identificam o sentido e incumbências do Estado, funda-se na dignidade da pessoa humana e insere-se na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na promoção do bem-estar, qualidade de vida e igualdade real entre os portugueses (arts. 1.º, 2.º, 9.º e 81.º da CRP).

Escutinemos mais de perto a norma constitucional. Esta protege fundamentalmente os sujeitos em dois tipos de situações, das quais a doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, expressamente elencadas, são exemplo. Protege os sujeitos em situações de *falta ou diminuição de meios*

³ Referimo-nos aqui às normas da Constituição de 1822 que garantiam estabelecimentos de beneficência e caridade (arts. 223.º, IV, e 240º), da Carta Constitucional e da Constituição de 1938, que garantiam socorros públicos (respectivamente, art. 145.º, § 29, e art. 28.º, III), à norma da Constituição de 1911 que referia um direito à assistência pública (art. 3.º, n.º 29) e às normas da Constituição de 1933 que incumbiam o Estado de obstar a que as condições das classes sociais mais desfavorecidas descessem abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente ou, após 1951, de lhes assegurar um nível de vida compatível com a dignidade humana (art. 6.º, n.º 3), e de promover e favorecer as instituições de solidariedade, previdência, cooperação e mutualidade (art. 41.º) – cfr. Jorge MIRANDA, “Breve nota sobre Segurança Social”, in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 225-233, pp. 227-228, que aqui acompanhamos de perto.

de subsistência, independentemente da capacidade que em abstracto tenham para trabalhar. Compreendem-se aqui situações como a de desemprego, a de viuvez, a de orfandade, a de falta de meios de subsistência, *tout court*. E protege-os nas situações de *falta ou diminuição da capacidade de trabalho* – nomeadamente, na doença e na velhice. Trata-se de assegurar que, em situações de vulnerabilidade capazes de comprometer o seu acesso a rendimentos, ou de gerar um aumento de encargos – atinentes aos “riscos sociais”⁴ –, os membros da comunidade – e *todos os membros da comunidade* – não deixam de dispor das condições materiais necessárias a uma *existência compatível com a sua dignidade*. O direito à segurança social colhe, pois, o seu fundamento primeiro no mandato de tutela da *dignidade da pessoa humana* – mas da pessoa humana compreendida como um ser concreto, situado, distante da ficção de um ser humano perfeitamente livre e descontextualizado⁵. Ser concreto que não será *efectivamente livre*, se não lhe for garantida uma igualdade de oportunidades, correctora da desigualdade pré-existente. Os direitos económicos, sociais e culturais – entre os quais se inscreve o direito em apreço – formam, pois, um todo indivisível com os direitos civis e políticos⁶.

⁴ Embora o termo seja usado com uma pluralidade de significados, retrata com frequência os eventos aptos a causar uma supressão ou diminuição do rendimento do sujeito, ou um aumento dos seus encargos – cfr. João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 147, em nota. É neste sentido que o usamos em texto.

⁵ Cfr. João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social...* cit., pp. 192 e ss. e José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 315.

⁶ Afirmam-no desde logo os preâmbulos do PIDCP e do PIDESC; cfr. ainda, por exemplo, COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, *General Comment no. 2, International technical assistance measures*

2. Fundamentação da protecção do direito

A protecção pública contra os riscos sociais convoca um entrelaçado de razões de índole sócio-económica e jurídica⁷. A chamada à colação de argumentos de índole económica não deve surpreender, num contexto em que a protecção jurídico-constitucional do direito à segurança social opera, por um lado, como *garantia de recursos* dos sujeitos afectados por riscos sociais; e, por outro, vê-se amiudadas vezes questionada pela banda da *disponibilidade de recursos financeiros*. Os argumentos decisivos serão, porém, da ordem do que é justo – pelo que a última palavra deverá caber ao Direito.

Em termos económicos, faz-se notar que esta protecção leva, desde logo, ao surgimento de uma mão de obra mais saudável e qualificada, gerando aumentos de produtividade. Por outro lado, nas actuais sociedades complexas, baseadas na divisão do trabalho, os efeitos da quebra de rendimento não se atêm à esfera do sujeito afectado, influenciando o nível de procura que se dirige às empresas. Ora, a possibilidade de variação significativa do rendimento dos sujeitos tornaria menos previsível a evolução da procura – ou seja, geraria maiores riscos de variação negativa da procura – e, como tal, aumentaria o risco dos investimentos. O aumento da percepção do risco dos investimentos poderia, por sua vez, afectar as decisões de aquisição de bens/serviços e de força de trabalho pelos empresários – ou seja, levar a uma diminuição do investimento. Estas ideias permitem-nos compreender

(Art. 22), disponível em <http://www2.ohchr.org/english/> (consultado pela última vez a 18.01.2013), ponto 6.

⁷ Cfr., quanto ao tema, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 22-23. e BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*, disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatoriosegurancasocial_2011.pdf (consultado pela última vez a 18.01.2013), pp. 18-19 e 70.

que, de um ponto de vista dinâmico, os *sistemas de segurança social funcionam como um estabilizador automático*⁸ das economias. I.e., por força do modo como estão construídos os correspondentes direitos a prestações, estas tendem a aumentar em fases recessivas do ciclo económico – aumentam, vg., os montantes pagos a título de subsídio de desemprego ou de rendimento social de inserção, por mais sujeitos preencherem os respectivos pressupostos de atribuição – e a diminuir nas fases de crescimento económico. Tendem, pois, a actuar contra-ciclicamente, estimulando a procura interna quando esta tende a diminuir e colocando, assim, o país em causa numa posição mais favorável para enfrentar as situações de crise. E actuam também como estabilizadores sociais, ajudando a manter os padrões de vida e a coesão social em fases recessivas. Não é, pois, de estranhar que, nas fases recessivas do ciclo, os Estados juntem às prestações já previstas nos respectivos sistemas de segurança social outras prestações. Pense-se no caso do subsídio parcial de desemprego (*Kurzarbeitergeld*), instituído na Alemanha em 2008, que, permitindo às empresas manter os trabalhadores, mas a tempo parcial, e aos trabalhadores não perder drasticamente poder de compra, se entende ter desempenhado um papel de relevo no amortecimento dos efeitos da crise e relançamento da economia alemã, minorando a quebra da procura, poupando às empresas custos de despedimento e custos de contratação quando as encomendas voltaram a aumentar, e possibilitando a resposta rápida ao seu aumento⁹. O próprio FMI reconheceu, em documento elaborado em conjunto com a OIT, que as transferências monetárias e outras medidas de segurança social se

⁸ Sobre a categoria, veja-se entre nós José Joaquim Teixeira RIBEIRO, *Lições de finanças públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 431-433.

⁹ BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*, cit., p. 70.

revelaram, na crise financeira que teve início em 2007–2008, um importante mecanismo de resposta, apto a proteger e capacitar os trabalhadores e a estimular a procura interna, a “fomentar o capital humano e a produtividade no trabalho” e, em última análise, a contribuir para “a sustentabilidade do crescimento económico”¹⁰.

Em suma, uma vez que as consequências dos riscos sociais se mostram aptas a causar efeitos em cadeia sobre a actividade económica da colectividade, entende-se que devem ser enfrentadas pela colectividade no seu conjunto.

Acrescem, como fundamentos para a existência de um sistema público de segurança social, as ideias de que estes riscos não seriam suficientemente cobertos se deixados à iniciativa dos mercados ou dos beneficiários¹¹.

Não seriam suficientemente cobertos pelo mercado dos seguros privados dada a ocorrência de fenómenos de selecção adversa¹². Expliquemos brevemente no que esta consiste. Tende a haver um desnível de informação entre os seguradores e os sujeitos afectados pelos riscos sociais – o segurador geralmente desconhece com que probabilidade cada um dos candidatos contrairá doenças ou perderá o emprego, fixando

¹⁰ BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*, cit., p. 17, citando, por sua vez, o documento “The challenges of growth, employment and social cohesion”, elaborado conjuntamente pela OIT e pelo FMI.

¹¹ Cfr., sobre o que dizemos de seguida, Fernando Rocha ANDRADE/Matilde LAVOURAS, *Políticas de redistribuição e segurança social*, s/ ed., Coimbra, 2004, pp. 13–15, e Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social...* cit., pp. 22–23.

¹² Foi George Akerlof quem procedeu à elaboração teórica dos pressupostos e consequências deste fenómeno, para o que construiu um exemplo com o mercado dos carros usados, num artigo de 1970 que se tornaria extremamente célebre – cfr. George A. AKERLOF, “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488–500.

um preço (prémio) em função do que julga ser a qualidade (risco) médio representado pelos candidatos. Tal leva a que os candidatos melhores do que a média (que representem menores riscos) abandonem o mercado – eis a “selecção adversa” aos interesses do “adquirente de riscos” –, levando à baixa da qualidade média dos riscos – ou seja, a que só os riscos de maior probabilidade permaneçam no mercado –, e consequente subida do preço (prémio) que os seguradores cobram para os cobrir. E assim sucessivamente, numa espiral de degradação da qualidade dos riscos e subida dos preços que, no limite, levaria a que não houvesse, a qualquer preço, possibilidade de encontro entre a oferta e a procura dos seguros. A selecção adversa poderia, pois, conduzir a que não houvesse mercado para a cobertura destes riscos.

Pelo lado dos sujeitos ameaçados pelos riscos poderiam ocorrer fenómenos de “miopia” ou “visão em túnel”. Uma vez que os sujeitos geralmente preferem consumir o seu rendimento a poupá-lo, a renúncia ao consumo do rendimento – poupando-o para fazer face a situações meramente eventuais (doença, desemprego) e longínquas (reforma) – poderá acontecer abaixo de um nível socialmente desejável. Neste caso, ou se abandona o sujeito à sua circunstância – o que, num sistema jurídico edificado sobre a dignidade da pessoa humana, parece intolerável –, ou então a colectividade dispõe-se, fazendo uso de recursos para os quais o sujeito não contribuiu, a vir em seu auxílio. Tal não acontece quando se *impõe a todos, coactivamente*, que contribuam para o sistema de protecção social. O carácter público – *hoc sensu*, obrigatório – do sistema obsta, pois, tanto às consequências da miopia dos agentes, como do *free riding* e correlato oportunismo (risco moral) por parte destes.

Saliente-se, por último, que a entrega da cobertura destes riscos aos tradicionais mecanismos informais – *maxime*, familiares – próprios da sociedade civil não logra assegurar

a tutela necessária. Sendo informais, estes esquemas são por definição contingentes, fornecendo uma cobertura lacunosa¹³; e, radicando em comunidades de pertença, serão selectivos na sua inclusão, podendo exigir dos beneficiários a adesão aos seus valores – interferindo, como tal, na sua liberdade.

Por outro lado, a opção por um sistema público de segurança social sofre acusações várias. Antes de mais, de paternalismo, porque substituiria um modelo obrigatório às escolhas dos sujeitos. Este argumento assenta, porém, na concepção dos sujeitos como seres perfeitamente livres e racionais – uma concepção que se mostra irrealista e como tal imprestável quer para a abordagem jurídica, quer para a económica¹⁴. O sistema público é ainda acusado de favorecer comportamentos oportunistas dos beneficiários, que se absteriam de procurar rendimentos pelos seus próprios meios, e de criar, assim, situações de dependência. O dado da alteração dos incentivos dos sujeitos tem sido, porém, integrado nos sistemas, impregnando não só a determinação dos montantes a atribuir – pense-se por exemplo nos desincentivos financeiros associados à reforma antecipada¹⁵ –, como a criação de um conjunto de obrigações acessórias a cargo dos beneficiários – pense-se nas obrigações de procura activa de emprego ou de frequência de formação profissional associadas ao rendimento social de inserção. Por último, esta opção é acusada de desviar recursos do sector privado, onde

¹³ Cfr., sobre a sua erosão, COMISSÃO DO LIVRO BRANCO DA SEGURANÇA SOCIAL, *Livro branco da segurança social, Versão final*, 1998, pp. 23–26.

¹⁴ Cfr., a este propósito, quanto se diz em António José Avelãs NUNES, *Noção e objeto da Economia política*, Coimbra: Almedina, 2013, especialmente pp. 129 e ss.

¹⁵ Sobre a adopção, pelos Estados-membros de medidas de restrição do acesso à reforma antecipada, cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis*, 2012, disponível em <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7341&langId=pt> (consultado pela última vez a 26.01.2013), pp. 11–12.

seriam mais eficientemente utilizados, e de colocar um peso insustentável sobre as finanças públicas. A primeira acusação corresponde a um puro preconceito liberal; à segunda, voltaremos mais abaixo, a propósito dos desafios actualmente enfrentados pelo sistema de segurança social.

Como começámos por sublinhar, a prevalência deve, porém, ser dada a argumentos de índole jurídica: a tutela da dignidade da pessoa humana (1.º CRP) no contexto da construção de uma sociedade solidária, onde é incumbência do Estado assegurar aos sujeitos uma distribuição mais equitativa dos bens do que a que é efectuada pelo mercado (arts. 2.º e 81.º, a) e b) CRP). Note-se, aliás, que a finalidade redistributiva do sistema foi realçada com a revisão constitucional de 1997, a qual aditou à epígrafe do art. 63.º o termo “solidariedade”¹⁶. Assim, ainda que os seguradores se revelem aptos a vencer a assimetria informativa, conseguindo avaliar correctamente cada um dos riscos individuais – podendo subsistir um mercado de cobertura de riscos sociais –, o resultado desta avaliação não se mostra sempre aceitável. Não o será na medida em que exclua, por via de um preço demasiado elevado, certos indivíduos do acesso à cobertura face às consequências dos riscos sociais, bem que se entende essencial.

Esta opção pela prossecução de uma igualdade real através de um sistema público de segurança social tem, de resto, um claro reflexo prático: quer para Portugal, quer para a União Europeia, a taxa de sujeitos em risco de pobreza é menos de metade do que seria sem as transferências sociais existentes¹⁷.

¹⁶ José Casalta NABAIS, “O financiamento da segurança social em Portugal”, in *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 623-653, p. 627.

¹⁷ Afirmação que decorre da comparação dos dados do Eurostat relativos à taxa de sujeitos em risco de pobreza antes e depois da

3. Garantia jurídica do direito: direito internacional e direito interno constitucional

Recortado deste modo, o direito à segurança social plasmado no art. 63.º da CRP conjuga-se com um conjunto de outras garantias constitucionais. Solidariza-se, por exemplo, com a garantia de não denegação de justiça por insuficiência de meios económicos, ou de acesso a um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito, da regulação dos impostos e benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares (art. 67.º, n.º 2, al. f) ou da tributação do rendimento pessoal com vista à diminuição das desigualdades, através de imposto único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar (art. 104.º, 1).

3.1. *Garantia em termos de direito internacional*

Mas, mais intimamente, esta disposição conjuga-se com outras normas congêneres, de fonte internacional.

ocorrência de transferências sociais, disponíveis em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/search_database: para o ano de 2011, taxa de 16,9% para a União Europeia e de 18% para Portugal depois das transferências sociais, e de 44% para a União Europeia e de 42,5% para Portugal antes da ocorrência de transferências sociais. O termo “transferências sociais” refere-se às pensões de velhice e sobrevivência, subsídios de desemprego, de invalidez, de doença, de habitação e relativos a situações familiares, bem como a bolsas de estudo, prestações de assistência social e outras prestações similares, conforme exposto em http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=DSP_GLOSSARY_NOM_DTL_VIEW&StrNom=CODED2&StrLanguageCode=EN&IntKey=16592485&RdoSearch=BEGIN&TxtSearch=social%20transfer&CboTheme=&IsTer=&IntCurrentPage=1&ter_valid=0.

A Declaração de Filadélfia, adoptada em 1944 pela OIT¹⁸, consubstanciou o primeiro instrumento de direito internacional pelo qual a comunidade mundial declarou o compromisso de alargar a segurança social a toda a população, tendo inspirado o acolhimento do direito à segurança social na DUDH¹⁹ e, mais tarde, no PIDESC. Detenhamo-nos neste último instrumento, mais operativo, e na interpretação que dele faz o Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais, que analisa o seu cumprimento pelos Estados. O PIDESC determina, no art. 9.º, que os Estados parte reconhecem o *direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais*. Esta disposição articula-se também com o reconhecimento de um direito mais alargado à protecção social, previsto no art. 11.º; e, para o que aqui espe-

¹⁸ No ponto III da Declaração, a “Conferência reconhece a obrigação solene de a Organização Internacional do Trabalho secundar a execução, entre as diferentes nações do mundo, de programas próprios à realização: (...) f) da extensão das medidas de segurança social com vista a assegurar um rendimento de base a todos os que precisem de tal protecção, assim como uma assistência médica completa; (...) h) da protecção da infância e da maternidade”.

¹⁹ A qual dispõe no respectivo art. 22.º que “[t]oda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país”. Em articulação com este, o art. 23.º, n.º 1, prevê o direito à protecção contra o desemprego; e o art. 25.º prevê em termos latos um direito à protecção social. Nos termos do seu n.º 1, “[t]oda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”; e do n.º 2, “[a] maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social.”

cialmente releva, deve ser lida em conjunto com a obrigação, constante do art. 2.º, n.º 1, de realização progressiva dos direitos previstos no Pacto²⁰.

De acordo com o Comité, o direito à segurança social impõe aos Estados um dever de respeito, um dever de protecção face a terceiros e um dever de realização²¹. Deste último, articulado com o referido art. 2.º, n.º 1, decorre uma obrigação de efeito imediato de concretizar plenamente esses direitos, dando passos deliberados, concretos e dirigidos à plena realização do direito à segurança social. Uma realização que exige do Estado que compossibilite a fruição do direito pelos particulares, que promova a consciencialização da sua existência e que o garanta quando os indivíduos forem razoavelmente incapazes de o realizar por si próprios.

Ainda num plano global, releva o direito produzido no âmbito da OIT. Aqui foram sendo adoptadas várias Convenções com relevo em matéria de segurança social, entre as quais se destaca a Convenção n.º 102²², que constitui uma norma mínima, impondo patamares mínimos de protecção do direito aos Estados signatários.

²⁰ Nos termos do n.º 1 do art. 2.º, cada um dos Estados Partes no Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, *no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas*. (itálicos nossos), obrigando-se ainda os Estados a garantir o exercício desses direitos em termos de não discriminação (n.º 2 do mesmo artigo).

²¹ COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, *General Comment no. 19, The right to social security (Art. 9)*, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/403/97/PDF/G0840397.pdf?OpenElement> (consultado pela última vez a 17.01.2013), pp. 12-14.

²² Adoptada em 28 de Junho de 1952, entrou em vigor na ordem jurídica interna em 1992.

No plano regional, releva o direito emanado do Conselho da Europa e o emanado da União Europeia. Do Conselho da Europa, resultou, para o que aqui importa, a Carta Social Europeia, em 1961, bem como, em 1996, a Carta Social Europeia Revista, que, nos países que a ela aderiram, substitui a primeira – é este o caso de Portugal²³. A Carta Social Europeia Revista protege especificamente o direito à segurança social (art. 12.º), consagrando além disso várias disposições ao direito à protecção social²⁴. O seu cumprimento é monitorizado pelo Comité Europeu de Direitos Sociais, que nessas funções dirige recomendações aos Estados. Foi também em sede de Conselho da Europa que ocorreu a aprovação do Código Europeu de Segurança Social.

No plano do direito da União Europeia, relevam, antes de mais, o art. 9.º do TFUE, que exige que a União tenha

²³ A CSE Revista foi ratificada a 17 de Outubro de 2001.

²⁴ É o seguinte o conteúdo do referido art. 12.º: “(Direito à segurança social) Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito à segurança social, as Partes comprometem-se: 1) A estabelecer ou a manter um regime de segurança social; 2) A manter o regime de segurança social num nível satisfatório, pelo menos igual ao necessário para a ratificação do Código Europeu de Segurança Social; 3) A esforçar-se por elevar progressivamente o nível do regime de segurança social; 4) A tomar medidas, mediante a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais apropriados ou por outros meios e sob reserva das condições fixadas nestes acordos, para assegurar: a) A igualdade de tratamento entre os nacionais de cada uma das Partes e os nacionais das outras Partes no que respeita aos direitos à segurança social, incluindo a conservação dos benefícios concedidos pelas legislações de segurança social, quaisquer que possam ser as deslocações que as pessoas protegidas possam efectuar entre os territórios das Partes; b) A atribuição, a manutenção e o restabelecimento dos direitos à segurança social por meios como, por exemplo, a soma dos períodos de segurança ou de emprego completados de harmonia com a legislação de cada uma das Partes.” Por sua vez, o art. 14.º declara o direito ao benefício dos serviços sociais, o art. 16.º estabelece o direito da família a uma protecção social, jurídica e económica, e o art. 23.º estabelece o direito das pessoas idosas a uma protecção social.

em conta a garantia de uma protecção social adequada na definição e execução das suas políticas, e o art. 153.º, que lhe exige que apoie e complete as actividades dos Estados-Membros no domínio da protecção social. O protagonismo na protecção cabe, porém, actualmente à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000, que adquiriu, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, um valor jurídico igual ao dos demais Tratados²⁵. No capítulo IV, com o título “Solidariedade”, esta tutela o direito à segurança social e à assistência social (art. 34.º); no capítulo III, com o título “Igualdade”, tutela os direitos das pessoas idosas (art. 25.º) e o direito à integração das pessoas deficientes (art. 26.º). Estas disposições vinculam tanto as instâncias comunitárias, como os Estados-membros, quando aplicarem direito europeu.

Daqui decorre, no plano internacional, um compromisso – com diferentes graus de vinculatividade jurídica – assumido pelo Estado português no sentido do respeito pelo direito à segurança social²⁶. Ainda no plano jurídico-in-

²⁵ A protecção dos direitos sociais em sede de União Europeia tem sido tímida, não tendo a CDFUE, inicialmente, nem a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (adoptada em 9 de Dezembro de 1989), que a antecedeu, força juridicamente vinculativa. Tanto o art. 151 do TFUE, como o preâmbulo do TUE continuam a invocar este último instrumento, devendo ser-lhe reconhecida ainda valia interpretativa, enquanto declaração de princípios. Veja-se, sobre a evolução da protecção dos direitos sociais em sede de União Europeia, COMISSÃO DO LIVRO BRANCO DA SEGURANÇA SOCIAL, *Livro branco...* cit., pp. 152 e ss., e Jeff KENNER, “Economic and social rights in the UE legal order: the mirage of indivisibility”, in *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal perspective*, coord. por Tamara K. HERVEY/Jeff KENNER,, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 5 e ss.

²⁶ De resto, assistimos, na construção destes direitos, a uma teia de referências mútuas: o Relatório Explicativo da Carta de Direitos Fundamentais da UE baseia o art. 34.º no artigo 12.º da Carta Social Europeia;

ternacional, faz-se notar que esse compromisso não vincula apenas os Estados parte nos diferentes tratados. O respeito pelos direitos e princípios consagrados pela CDFUE, conforme resulta expressamente das suas disposições (art. 51.º), é devido também pelas instituições e órgãos da União Europeia – entre eles, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. Consequências paralelas resultam do PIDESC, na interpretação que dele faz o CDESC, impondo aos Estados de respeito pelo direito à segurança social, mesmo na qualidade de membros de organizações internacionais²⁷. Em particular, o CDESC refere-se ao dever dos Estados na qualidade de membros do FMI, Banco Mundial e outros bancos de desenvolvimento regional, de adoptar medidas para assegurar que, nas políticas de concessão de crédito e outras medidas internacionais a cargo destas instituições, o direito à segurança social é promovido e respeitado.

Estas normas de direito internacional convencional vigoram na ordem jurídica nacional, entendendo-se que aí ocupam um estalão normativo supralegal mas infraconstitucional²⁸. Esta abertura atinge o seu auge em relação ao

e este, por sua vez, remete-se aos *standards* mínimos fixados pela Convenção n.º 102 da OIT. Conversamente, o artigo 12.º da Carta Social Europeia Revista identifica os *standards* mínimos com os fixados no Código Europeu de Segurança Social.

²⁷ Cfr. COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, *General Comment no. 19...* cit., sobretudo ponto 58, escorando esta interpretação nos arts. 2.º, 1, e 23.º do PIDESC. Esta afirmação conjugase com a constante do ponto 83, considerando que o FMI e do Banco Mundial devem ter em conta, na sua actuação, o direito à segurança social.

²⁸ Embora a CRP não determine expressamente o lugar das convenções internacionais adentro da hierarquia das normas, o princípio da supremacia do direito internacional convencional sobre o direito nacional infra-constitucional é geralmente aceite e parece implicado pela Lei n.º 28/82, de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal

direito da União Europeia, reconhecendo-se, desde a revisão constitucional de 2004, que introduziu o n.º 4 do art. 8.º da CRP, o seu primado sobre o direito interno, inclusivamente constitucional²⁹.

3.2. *Garantia em termos de direito constitucional*

No plano do direito interno, o cerne da protecção do direito à segurança social é o art. 63.º da CRP. Para o que aqui sobretudo releva, este garante o *direito de todos à segurança social* (n.º 1), nos termos de um sistema de segurança social *organizado, coordenado e subsidiado pelo Estado*, sistema que configura como *unificado, descentralizado e participado* (n.º 2), protegendo os cidadãos na *doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho* (n.º 3).

Deste regime não decorre uma proibição da organização de esquemas privados – desde logo, mutualistas (63.º, n.º 5), mas também, legitimamente, com escopo lucrativo – de segurança social. Decorre, sim, um mandato constitucional de protecção do direito à segurança social nos termos de um *sistema público*, dotado das características da *universalidade, generalidade ou integralidade, unidade, descentralização e participação*. O acesso a este sistema deverá ser feito em cumprimento do princípio da *igualdade* (art. 13.º CRP). Embora o legislador democraticamente legitimado goze de liberdade na conformação das prestações a cargo do sistema e dos respectivos

Constitucional, de 15 de Novembro, – veja-se José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., pp. 259-261.

²⁹ Cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., pp. 265-266 e, mais latamente, sobre o tema, também pp. 267 e ss.

pressupostos de acesso, encontra-se vinculado em duas frentes. Em termos gerais, às *normas e princípios que regem a conformação legal dos direitos fundamentais*; e, em termos especiais, à *criação* – sob pena de inconstitucionalidade por omissão – e *manutenção* de um *sistema público de segurança social dotado daquelas características*³⁰.

Embora a garantia da igualdade não venha referida no art. 63.º, não poderia deixar de valer aqui, enquanto princípio estruturante do regime dos direitos fundamentais (13.º). A igualdade que predica o sistema não impõe, porém, a sua construção monolítica, com atribuição de prestações idênticas a todos os beneficiários. Assim, é compatível com existência de regimes diversificados de acesso às prestações – é, desde logo, compatível com a existência de regimes de solidariedade numa base profissional e numa base geral.

³⁰ Assim, J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., pp. 815 e ss., e Jorge MIRANDA, “Breve nota sobre Segurança Social”, cit., pp. 230–231, que afirma a natureza preceptiva das normas que caracterizam o sistema como universal, integral, público, unificado, descentralizado e participado. Num lugar paralelo, a propósito da garantia constitucional do direito à saúde (art. 64.º), afirma-se, de resto, por referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional (acs. n.º 184/08 e n.º 221/09), que a circunstância de o direito, como um todo, “assumir a natureza própria dos direitos sociais, não significa, obviamente, que a Constituição da saúde não vincule o legislador ordinário, não sendo legítimo um entendimento que considere destituídos [*sic*] de sentido as diversas normas que se extraem do art. 64.º da Constituição” – Rui MEDEIROS, “Art. 64.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, coord. por Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1305–1322, p. 1309. De resto, para autores como Jorge Reis NOVAIS, *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, *passim* – numa análise que se prende directamente com o tema do direito à segurança social – o regime previsto no art. 18.º da CRP para as restrições aos direitos, liberdades e garantias vale para todos os direitos fundamentais – também, portanto, para os direitos económicos, sociais e culturais.

Os primeiros visam atribuir aos trabalhadores prestações substitutivas de rendimentos do trabalho, sendo fundamentalmente *financiados por contribuições dos próprios beneficiários e respectivos empregadores*³¹. Esta coincidência entre financiadores directos do sistema e beneficiários aproxima a lógica de financiamento destes regimes de uma lógica comutativa, similar à dos contratos de seguro. Na legislação actual, estes regimes correspondem ao sistema previdencial, de *base fundamentalmente contributiva*³². Os regimes não contributivos visam proteger a generalidade dos cidadãos em situações de falta de recursos ou aumento de encargos, sendo financiados através de transferências do Orçamento de Estado – como tal, fundamentalmente através de impostos. Na legislação actual, correspondem ao sistema de protecção social de cidadania.

4. O sistema público de segurança social constitucionalmente garantido

O sistema público de segurança social corresponde, pois, a um conjunto de regimes, devendo as características constantes do art. 63.º ser aferidas em relação a esse conjunto.

³¹ A actual Lei de Bases da Segurança Social – Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, adiante, LBSS – que aprovou as bases da segurança social, na tradição das anteriores leis de bases, designa por “quotizações” as contribuições dos trabalhadores e por “contribuições” *tout court* as contribuições das entidades empregadoras – cfr. art. 57.º –, designando, porém, ambas genericamente pelo termo contribuições – cfr., por exemplo, arts. 59.º e 60.º. Para os propósitos deste texto, bastar-nos-á também essa designação genérica, pelo que utilizaremos o termo “contribuições” indistintamente.

³² Cfr. arts. 23.º e 50.º e ss. da LBSS e, quanto aos regimes não contributivos, de que dizemos de seguida, os arts. 26.º e ss. Não analisamos em texto os regimes complementares, estritamente contributivos, que, baseando-se na facultatividade de adesão, estão para lá da garantia do direito fundamental.

4.1. *Em especial: a sua universalidade*

O sistema deve, pois, ser universal (63.º, n.º 1), abrangendo todos os cidadãos – *rectius*, todos os cidadãos portugueses, bem como os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal³³.

Ressalta daqui, desde logo, a omissão da referência à situação profissional dos sujeitos; quer isto dizer que o sistema previsto não se enquadra numa lógica previdencial, não sendo exclusivo dos trabalhadores – como aliás, resulta da referência, constante do n.º 2 do artigo, a outros beneficiários que não os trabalhadores. Quis-se assim deixar clara a superação da lógica previdencial da protecção social no Estado Novo, face aos novos fundamentos do sistema: em atenção à dignidade de todas as pessoas, confere-se protecção contra um conjunto de riscos de perda ou diminuição do rendimento que estas podem enfrentar.

Por outro lado, sendo universal, o *acesso à generalidade das prestações* da segurança social não deverá estar sujeito a prova de recursos – i.e., não deverá ser exclusivo dos sujeitos carenciados, cujos rendimentos não superem ou tenham superado, até a um momento de referência, um determinado patamar³⁴. Esta leitura não tem sido unívoca, argumentando-se que os “direitos sociais, enquanto direitos específicos, não são direitos de todas as pessoas, mas apenas das que precisam, na medida da necessidade”³⁵ – numa palavra, são “direitos

³³ Tal equiparação não coloca particulares escolhos no respeitante à parte contributiva do sistema. Já quanto à parte não contributiva, a questão pode ser mais melindrosa; quanto a ela, cfr., por exemplo, João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social...* cit., p. 202 e ss.

³⁴ Assim, José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., p. 816.

³⁵ José Carlos Vieira de ANDRADE, “O ‘direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações estaduais positivas

dos excluídos do mercado”³⁶. A universalidade do direito não seria aqui mais do que exigência de igualdade de tratamento – no caso, num sentido marcadamente material, podendo ser prosseguida, “sobretudo em momentos de escassez de recursos”, “pela diferenciação entre os que precisam e os que não precisam, ou entre os que precisam mais e os que precisam menos”³⁷.

Salvo o devido respeito, parece-nos que apenas a abordagem não assistencialista exprime a exigência constitucional de universalidade do direito. Não discutimos que apenas quando preenchidos os concretos pressupostos para o exercício dos direitos possam estes ser exercidos – como, aliás, acontece em relação a qualquer direito: assim, vg, só quem for privado da liberdade exerce concretamente o direito a ser informado imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos (27.º, n.º 4, da CRP). Porém, guardar o gozo dos direitos aos sujeitos carenciados é transformar o sistema num sistema selectivo, e meramente residual, e não universal. Ora, nesta, como noutras normas constitucionais, a universalidade fornece um *critério próprio* para a identificação do círculo dos titulares do direito, por remissão para os arts. 12.º e 15.º, não se bastando com o mero tratamento igual de um conjunto de sujeitos recortado através de um outro critério. Assim, a universalidade identifica o círculo de titulares do direito, determinando

– uma decisão singular do Tribunal Constitucional, Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, *Jurisprudência Constitucional*, 1, 2004, pp. 4-29, p. 26, secundado, por exemplo, por Rui MEDEIROS, “Art. 63.º”, cit., p. 1289, e José Casalta NABAIS, “O financiamento da segurança social em Portugal”, cit.pp. 630-31.

³⁶ José Casalta NABAIS, “O financiamento da segurança social em Portugal”, cit.p. 630.

³⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE, “O ‘direito ao mínimo de existência...’”, cit., p. 26.

que todos são dele titulares, enquanto que a igualdade poderá introduzir distinções, desde que materialmente fundadas, no conteúdo do direito titulado por cada um destes sujeitos³⁸. Esta destrição é, aliás, facilmente compreensível tendo em mente a existência de partes contributivas e não contributivas do sistema de segurança social: a garantia de um acesso universal não bule com a atribuição de prestações de montante diverso aos beneficiários, diferenciadas não arbitrariamente, mas de acordo com a contribuição feita por cada um³⁹. De resto, a propósito da norma contígua, constante do art. 64.º, o sentido da universalidade parece firmado, conferindo a todos o direito de recorrer ao serviço nacional de saúde, sem prova de insuficiência de recursos próprios, e apartando-se do princípio da igualdade, que se entende acrescer aos princípios expressamente enunciados no texto do artigo⁴⁰.

Aplicada ao direito à segurança social, a perspectiva assistencialista significaria a viabilidade constitucional de reduzir o sistema às suas prestações totalmente ou em boa parte

³⁸ Sobre a distinção entre igualdade e universalidade, cfr., por exemplo, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 416 e ss., e Jorge MIRANDA, “Art. 12.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, coord. por Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 207-212, p. 208.

³⁹ A universalidade convive, pois, com a introdução de medidas de discriminação positiva – cfr. Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases do Sistema de Solidariedade e Segurança Social, (Enquadramento e inovações a nível do financiamento)”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 71-109, pp. 90-92.

⁴⁰ Cfr., por exemplo, José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., p. 827, Rui MEDEIROS, “Art. 64.º”, cit., p. 1311, salientando a propósito do direito fundamental a saúde, a diferença entre o princípio da igualdade e o princípio da universalidade, e o ac. n.º 731/95 do Tribunal Constitucional, citado na última obra.

não contributivas – reservá-lo aos não trabalhadores e aos trabalhadores com pouca capacidade contributiva. E, consequentemente, implicaria que esta cobertura se financiasse unicamente através das contribuições efectuadas por estes mesmos sujeitos, ou de receitas de impostos. Para lá deste patamar, os sujeitos adquiririam, no mercado, os seguros necessários à cobertura dos riscos sociais. Entendemos que esta possibilidade não se coaduna com o *sistema público universal, integral e unificado de segurança social*, conforme o recortou o legislador constitucional em ruptura com a dispersão e fragmentaridade da provisão de protecção social própria do Estado Novo. Nas palavras de Sérvulo Correia, “a superação do mutualismo e da organização de base profissional, a generalização da solidariedade, a cobertura integral do risco e a extensão do campo de aplicação a todos os indivíduos transformaram a segurança social em serviço público”⁴¹.

De resto, o debate entre defensores de sistemas universais e defensores de sistemas selectivos de atribuição de direitos sociais, nos quais *todos os programas são direccionados apenas para as camadas pobres* – estando, vg., sujeitos prova de insuficiência de recursos próprios –, tem sido aceso, convocando um vasto argumentário económico. Em defesa dos primeiros, diz-se que são mais eficientes, porque usam menos recursos, dirigem-se especificamente a atenuar as desigualdades e, limitando o número de beneficiários do sistema, limitam também as possibilidades de risco moral da parte destes (isto é, do surgimento de dependências ou comportamentos oportunistas). Estes argumentos têm, porém, sido rebatidos⁴². O condicionamento do acesso a prestações sociais públicas

⁴¹ Cit. ap. RUI MEDEIROS, “Art. 63.º”, cit., p. 1297.

⁴² Veja-se BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*, cit., pp. 115–116; cfr. também Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases...”, cit., pp. 90–92 e Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social...* cit., pp. 244 e ss.

à prova de falta de recursos marca os seus beneficiários com o estigma da pobreza e é mais causador de comportamentos oportunistas do que um sistema universal. Com efeito, ao contrário do que acontece num sistema universal, num sistema selectivo o acesso às prestações dependerá de o sujeito não ter recursos próprios, havendo incentivo para os não buscar. Esta via mostra-se, assim, apta a minar a coesão social e a trazer, afinal, ineficiência no funcionamento dos programas. Aos argumentos já expostos, acresce considerar-se a selectividade ineficiente em termos dinâmicos – dirigindo-se apenas aos que já são pobres, não previne situações de pobreza – e custosa, tanto para os candidatos, como para o sistema, implicando processos de verificação de falta de recursos e podendo dar origem a erros de inclusão/exclusão. Por último, deixa os sujeitos não abrangidos pelo sistema público à “mercê” dos mercados de cobertura de riscos sociais. Ora, estes, tanto por força da assimetria informativa que os predica, como por falta de concorrência bastante, podem revelar-se ineficientes.

De resto, a rejeição dos sistemas assistencialistas tem sido mobilizada na interpretação quer da Carta Social Europeia e da Carta Social Europeia Revista, quer da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nos termos do art. 12.º, n.º 3, da Carta Social Europeia Revista, os Estados deverão esforçar-se por elevar constantemente o nível de segurança social. Em face desta norma, o Comité Europeu de Direitos Sociais tem considerado que as medidas de congelamento ou mesmo redução de benefícios sociais, adoptadas pelos Estados em resposta às dificuldades financeiras dos seus sistemas de protecção social, enfrentam um teste de proporcionalidade – devem ser *necessárias para assegurar a manutenção do sistema em questão* –, bem como limites materiais. Estas restrições não poderão interferir com a protecção efectiva de todos os membros da sociedade e, para o que aqui releva, *não poderão*

*tender a reduzir gradualmente o sistema de segurança social a um sistema de assistência mínima*⁴³.

Nesta base, e considerando o apelo expresso que o Relatório Explicativo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia faz ao art. 12.º da Carta Social Europeia/Revista, defende-se que aquele limite mínimo também vincula as instituições europeias e os Estados na aplicação de direito da União, *proibindo-os de adoptar medidas que transformem o sistema de segurança social num sistema de assistência mínima*⁴⁴.

4.2. Generalidade ou integralidade, unidade, descentralização e participação

Por outro lado, o sistema deve pautar-se pela *generalidade* ou *integralidade*⁴⁵. Deve, como tal, proteger os sujeitos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, compreendendo as situações de doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade e desemprego, enunciadas no n.º 3 do artigo 63, bem como todas as outras que com elas comportem analogia. Esta protecção deve ser garantida nos quadros de um sistema *unitário*. São, pois, inconstitucionais, à luz deste princípio, sistemas de segurança social privativos, construídos à margem do sistema geral e substitutivos deste⁴⁶. Era o caso do sistema da Caixa

⁴³ Citado em Jennifer TOOZE, “Social security and social assistance”, in *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal perspective*, coord. por Tamara K. HERVEY/Jeff KENNER, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 172.

⁴⁴ Assim, Jennifer TOOZE, “Social security...”, cit., pp. 172-174.

⁴⁵ Sobre o alcance deste princípio, veja-se João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social...* cit., pp. 218 e ss.

⁴⁶ Cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., p. 816, RUI MEDEIROS, “Art. 63.º”, cit., pp. 1290-

Geral de Aposentações, privativo dos funcionários e agentes do Estado⁴⁷; como é ainda o caso do sistema privativo dos advogados e solicitadores. A *descentralização* implica que o sistema deva ser dotado de autonomia, inclusive financeira⁴⁸, em relação à administração central directa do Estado. Por sua vez, o princípio da *participação* implica, em termos genéricos, o envolvimento e a responsabilidade dos interessados no planeamento e gestão do sistema, bem como no seu acompanhamento e avaliação⁴⁹.

4.3. O carácter público do sistema

Todas as características predicam, como começámos por dizer, um *sistema público de segurança social* – nos termos constitucionais, um sistema *organizado, coordenado e subsidiado pelo Estado*. Este recorte mostra-se consideravelmente flexível, acomodando várias possibilidades quer de *organização*, quer de *financiamento* do sistema.

Quanto ao *financiamento*, o quadro constitucional acomoda tanto esquemas não contributivos – financiados, como acima se disse, através de transferências do Orçamento de Estado, sendo portanto, “subsidiados” por este – como esquemas contributivos, financiados directamente pelos bene-

1291 e 1296-1297, e João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social...* cit., pp. 205-206.

⁴⁷ Fechado a novas adesões desde 31 de Dezembro de 2005, ficando, a partir daí, os funcionários e agentes do Estado abrangidos pelo regime em vigor para os trabalhadores do sector privado.

⁴⁸ Veja-se também o art. 105.º, n.º 1, al. b), da CRP, do qual decorre a autonomia do orçamento da Segurança Social face ao Orçamento do Estado – no qual, porém, o primeiro está formalmente integrado.

⁴⁹ Sobre esta e a anterior características, cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., pp. 816-817.

ficiários. A combinação entre estas possibilidades de financiamento reentra na liberdade de conformação do legislador⁵⁰.

Uma ulterior decisão quanto à conformação do financiamento do sistema entra igualmente nesta esfera de liberdade legislativa e política: a do seu financiamento em *repartição* ou em *capitalização*. As prestações não contributivas são financiadas mediante transferências do Orçamento de Estado do ano financeiro em causa; são, pois, nos quadros de um Estado fiscal, tendencialmente financiadas pelos sujeitos que sejam, nesse ano, contribuintes fiscais. Já quanto à parte contributiva do sistema, outras possibilidades se abrem⁵¹. Lembre-se que temos aqui, ao menos num plano geral, uma identificação entre os sujeitos que suportam o financiamento do sistema, através das suas contribuições, e os sujeitos que serão beneficiários das prestações de segurança social. Ora, estas duas qualidades poderão articular-se de uma forma sincrónica ou diacrónica. Articulam-se de forma sincrónica quando as contribuições pagas pela geração presente de contribuintes/trabalhadores se destinam a financiar as prestações que nesse ano se tornarem devidas. Trata-se então de um sistema de *repartição* ou *pay-as-you-go*, em que a *população activa de um dado momento financia as prestações devidas nesse período*. Articulam-se de forma diacrónica quando as *contribuições pagas pela geração presente de contribuintes/trabalhadores se destinarão a financiar as pensões futuramente devidas a essa geração*. Trata-se aqui de um sistema de *capitalização*, em que *população activa de um dado momento financia as suas próprias pensões de reforma, sendo as respectivas contribuições inves-*

⁵⁰ Rui MEDEIROS, “Art. 63.º”, cit., pp. 1298-1300, e jurisprudência do Tribunal Constitucional aí citada.

⁵¹ Veja-se, por todos, Maria Matilde da Costa LAVOURAS, *Financiamento da Segurança Social, Problemas e perspectivas de evolução*, s. ed., Coimbra, 2003, pp. 88 e ss.; cfr. ainda Fernando Rocha ANDRADE/Matilde LAVOURAS, *Políticas de redistribuição e segurança social*, cit., pp. 10 e ss.

tidas de modo a permitir a sua rentabilização nesse lapso de tempo. O primeiro modelo, de *repartição*, coloca sobretudo o problema da *existência de uma relação estável entre o número de contribuintes* – população activa – e de *beneficiários do sistema*. Depende, pois, não só da *evolução demográfica* do país, como da evolução das *taxas de emprego*. O segundo, de *capitalização*, coloca sobretudo o problema da *rentabilização dos activos* poupados a *longo prazo* – da *política de investimentos* adoptada e, sobretudo, das *taxas de inflação* bem como do *comportamento dos mercados financeiros* durante o intervalo tendencialmente longo que separa o momento da contribuição do momento da percepção das pensões.

Entre nós, o sistema contributivo, previdencial, funciona em regime de repartição⁵². Contudo, desde 1989 funciona no seu seio o Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social, que, absorvendo anualmente uma pequena percentagem das contribuições dos trabalhadores, visa introduzir no financiamento do sistema um elemento de capitalização.

O modelo constitucional acomoda também, como começámos por dizer, várias possibilidades organizatórias, não impondo ao Estado a actuação em veste prestadora, mas exigindo-lhe, como mínimo, a actuação em veste garantidora⁵³. Essa possibilidade constitucional não significa, porém, que um sistema em que o Estado ocupe a posição de mero garantidor se mostre o mais desejável do ponto de vista quer da efectivação dos direitos, quer da sustentabilidade do sistema.

⁵² Cfr. arts. 90.º, n.º 2, e, quanto ao que dizemos de seguida, 91.º da LBSS.

⁵³ João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social...* cit., pp. 153-154.

5. Os “desafios” do actual sistema público de segurança social

Na verdade, os sistemas como o nosso actualmente vigente – funcionando sobretudo em repartição e colocando o Estado numa posição de prestador – têm sido objecto de crítica, sendo considerados menos aptos a responder a desafios demográficos e financeiros do que sistemas que acolham participação privada e financiamento em capitalização. Muitas destas críticas partem, porém, de um pré-juízo: de que um Estado prestador será sempre mais ineficiente do que um privado prestador⁵⁴. A propósito destes desafios e das propostas de reconstrução que confrontam o sistema, seja-nos permitido tecer algumas considerações finais⁵⁵.

Em primeiro lugar, relativamente ao “desafio demográfico”, identificado com um envelhecimento populacional apto a agravar o rácio entre pensionistas e contribuintes, até tornar o sistema insustentável⁵⁶. A este propósito, lembre-se, porém, que o rácio aqui relevante é o que *relaciona o número de pensionistas com o número de trabalhadores contribuintes*, que se designa por *taxa de dependência*⁵⁷. Com efeito, o que releva

⁵⁴ Assim, por exemplo, Ilídio das NEVES, *Direito da segurança social...* cit., pp. 902 e ss.

⁵⁵ A este propósito, veja-se Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases...”, cit., pp. 92 e ss.

⁵⁶ Por exemplo, COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., *passim*.

⁵⁷ Fernando Rocha ANDRADE/Matilde LAVOURAS, *Políticas de redistribuição e segurança social*, cit., p. 11. O termo não é unívoco, surgindo muitas vezes simplesmente como a relação entre a população com 65 ou mais anos e a população com idades entre 15 e 64 anos – cfr., por exemplo, COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., p. 7 (mas veja-se a nota 6) e ORGANIZAÇÃO PARA A CO-OPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, *Pensions at a Glance 2011: Retirement-income Systems in OECD and G20 Countries*, 2011, disponível

para aferir da sustentabilidade financeira de um sistema de repartição não é a relação entre sujeitos em idade activa e sujeitos que a não integrem, mas sim *a relação entre o número de sujeitos que financia o sistema e o número de sujeitos que é por ele financiado*. Variável decisiva é, pois, não a do número de residentes com determinada idade, mas a do número de sujeitos que integram a população activa – a estes cabe realizar as contribuições que financiam o sistema. Fundamentais nesta discussão, são, pois, as *políticas de emprego* – estas é que são *aptas a aumentar o número de integrantes da população activa*⁵⁸. Ora, e são estas políticas, aqui decisivas, que têm estado ausentes do debate político em torno da sustentabilidade do sistema de pensões – como, diga-se, têm estado ausentes ou pelo menos sido minoradas no debate em torno da sustentabilidade das finanças públicas em geral. Reconhece-se no recente Livro Branco da Comissão Europeia que “[a]tingir os objetivos fixados pela UE em matéria de emprego ou igualar o desempenho dos países com melhores resultados poderia

em http://dx.doi.org/10.1787/pension_glance-2011-en (consultado pela última vez a 29.01.2013), p. 44 (mas veja-se a p. 45). No entanto, o operador relevante para aferir da sustentabilidade financeira dos sistemas de repartição é o rácio que se expõe em texto, por vezes também dito de dependência económica – cfr. COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:299:0115:0121:PT:PDF> (consultado pela última vez a 29.01.2013), 2.2, criticando exactamente aquela opção da Comissão.

⁵⁸ Assim, claramente, COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, cit., 1.2., afirmando que “[o]s regimes de pensões não operam independentemente dos sistemas económicos nacionais. O Comité exorta, por isso, os Estados-Membros a assegurarem uma articulação estreita entre as suas políticas em matéria de pensões e as políticas orçamentais, macroeconómicas, do mercado de trabalho e da protecção social”.

quase neutralizar os efeitos do envelhecimento da população sobre o peso das pensões no PIB”⁵⁹. Este facto reconhecido pela Comissão Europeia, não tem, porém, uma centralidade correspondente nas iniciativas propostas em sede de utilização dos instrumentos da União, que apenas se reportam à criação de oportunidades de trabalho para trabalhadores mais velhos – como bem o aponta, aliás, o parecer emitido pelo Conselho Económico e Social a respeito do Livro Branco⁶⁰.

De resto, a mesma ideia deverá ser tida em mente ao considerar a medida, recentemente abraçada em vários países, de *adiamento da idade legal da reforma*⁶¹. Não se nega que o aumento da esperança média de vida, como a melhoria da qualidade de vida para grupos de idade mais avançada aconselhem esse aumento. Aliás, contemporizando o discurso catastrofista em torno da insustentabilidade dos sistemas de pensões europeus, diga-se que, de acordo com os cálculos da Comissão Europeia, o aumento da idade de reforma para ter em conta o aumento futuro da esperança de vida poderia resultar em poupanças orçamentais correspondentes a mais de metade do aumento previsto da despesa com as pensões nos próximos 50 anos⁶². Deve, porém, lembrar-se que o que releva para efeitos da dita sustentabilidade financeira é a *idade efectiva da reforma* – que depende, mais uma vez, não só do *andamento da economia e do emprego em geral*, mas ainda de factores específicos, atinentes à *viabilidade da permanência dos*

⁵⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., p. 7.

⁶⁰ Respectivamente, COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., p. 15 e 17-18 e COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, cit., 1.4. e 2.2.

⁶¹ COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., p. 11.

⁶² COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., p. 11.

trabalhadores mais velhos no respectivo posto de trabalho. Ora, esta depende não só do interesse dos empregadores na conservação destes trabalhadores, como da existência de condições para a conservação de um bom estado de saúde nessa idade e adaptação dos postos de trabalho a ela. Como o reconhece a Comissão Europeia, no referido Livro Branco, “[n]a ausência de tais medidas, o impacto sobre as finanças públicas poderia ser muito menos favorável, pois as reformas que visam alterar a idade da reforma conduziriam a um aumento do número de pessoas dependentes de outros tipos de prestações (por exemplo, de invalidez, desemprego ou assistência social). Por outro lado, as poupanças realizadas pelos orçamentos públicos poderiam resultar do facto de os trabalhadores mais velhos receberem pensões inferiores, se não pudessem continuar a trabalhar até à idade normal de reforma. O resultado seria um risco mais elevado de pobreza na velhice”⁶³.

A respeito do *desafio financeiro do sistema*, referimo-nos, por último, às propostas de reformulação do financiamento e organização do sistema, amiúde apresentadas como vias indispensáveis para permitir a sobrevivência do sistema⁶⁴.

⁶³ COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., pp. 8 e 12-13. Esse risco é especialmente grave para os sujeitos que exerçam profissões árduas e perigosas, ou que tenham iniciado a carreira muito cedo, os quais deverão poder aceder às prestações de reforma mais cedo do que os demais; têm aliás, uma esperança de vida em média inferior à destes – cfr. COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, cit., 1.7., 3.2.3., 3.6., 3.7.3. e 3.7.4. Para uma comparação entre a idade legal de reforma e a idade efectiva de saída do mercado de trabalho em vários países da OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, *Pensions at a Glance 2011...* cit., pp. 41-43 e, para uma comparação o peso relativo da reforma, desemprego, invalidez e outros nos motivos de saída do mercado de trabalho em vários países, pp. 44-45.

⁶⁴ Já que, alega-se, o sistema de segurança social em repartição geraria uma “dívida implícita” de carácter permanente e estrutural, oculta

A este propósito, tem-se discutido a possibilidade de “plafonar” o sistema público de pensões, fazendo entrar no perímetro do sistema obrigatório entidades privadas, encarregadas de gerir em regime de capitalização a parte das contribuições que excedesse o *plafond* fixado. Teve aqui grande influência o relatório proposto em 1994 pelo Banco Mundial, delineando um sistema organizado em torno de três pilares. Destes, apenas o primeiro seria público e gerido em repartição, sendo o segundo obrigatório, mas gerido por entidades privadas em capitalização; o terceiro juntaria a estas duas características o carácter facultativo⁶⁵. Nesta linha, tem sido debatida entre nós a hipótese de limitar quantitativa-

das contas oficiais: a dívida assumida no presente de proceder ao pagamento de prestações sociais no futuro. Cfr., porém, Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases...”, cit., pp. 94-96, que chama a atenção para que esta linha argumentativa faz derivar de meras expectativas presentes, dívida futura; por outro lado, faz assentar o cômputo das receitas apenas nas contribuições advindas do rendimento do trabalho, obnubilando a possibilidade de diversificação das formas de financiamento do sistema.

⁶⁵ Cfr. BANCO MUNDIAL, *Averting the old age crisis, Policies to protect the old and promote growth*, Oxford University Press, 1994, pp. 15 e ss., 101 e ss. e 233 e ss., e GRUPO INDEPENDENTE DE AVALIAÇÃO DO BANCO MUNDIAL, *Pension reform and the development of pension systems, An evaluation of World Bank assistance*, Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento/ Banco Mundial, 2006, pp. xxii e 4-5. A condução do processo internacional coube em grande parte ao Banco Mundial e ao FMI, deixando na sombra a OIT, que tinha sido, até aí, a instância internacional líder na matéria – Emmanuel REYNAUD, “The right to social security – current challenges in international perspective”, in *Social security as a human right, Drafting a general comment on article 9 ICESCR – some challenges* coord. por Eibe RIEDEL, Berlim/Heidelberga/Nova Iorque: Springer, 2007, pp. 1-15, pp. 4-5. Segundo o autor, as reformas deixaram, assim, de parte objectivos vistos pela OIT como cruciais, como a protecção contra as incertezas da vida numa economia de mercado, a implementação de princípios de justiça – como a redistribuição e a igualdade de género, o fortalecimento da coesão social, da inclusão e da democracia. Por outro lado, trouxeram para o campo das políticas de segurança

mente (“plafonar”) as contribuições obrigatórias para um primeiro pilar, passando os sujeitos com rendimentos acima de determinado patamar a contribuir obrigatoriamente para um segundo pilar. A limitação quantitativa inserida no primeiro pilar é dupla: havendo um tecto para as contribuições a efectuar, há também um tecto para a pensão máxima pagável no âmbito deste pilar – há um “plafonamento” quer de prestações, quer de contribuições. Esta discussão polarizou os trabalhos da Comissão do Livro Branco da Segurança Social e continua a fazer sentir a sua presença no debate político actual⁶⁶.

A combinação do modelo actual com segmentos de capitalização e mesmo com a intervenção de entidades privadas é, como referimos acima, constitucionalmente possível. Em termos financeiros, porém, impõe-se que esta hipótese seja vista com algum realismo, nas suas vantagens e riscos⁶⁷.

Antes de mais, diga-se que uma tentativa de inclusão de elementos de capitalização obrigatória no sistema parece neste momento *inviável*. Esta transição implicaria que as receitas advindas das contribuições pagas no presente não poderiam ser usadas na sua totalidade para o pagamento de

social actores privados com escala para influenciar as decisões políticas – bancos, seguradoras, fundos de pensões.

⁶⁶ Cfr., sobre ela, Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases...”, cit., p. 96-99.

⁶⁷ Veja-se, em geral, a avaliação muito crítica dos efeitos da actuação do Banco Mundial na reforma dos sistemas de pensões de vários países, do GRUPO INDEPENDENTE DE AVALIAÇÃO DO BANCO MUNDIAL, *Pension reform...* cit., *passim*; sobre as insuficiências reveladas pelo modelo chileno, avaliado 25 anos após a sua implementação, veja-se também Alberto Arenas de MESA/David BRAVO/Jere R. BEHRMAN/Olivia S. MITCHELL/Petra E. TODD, “The Chilean pension reform turns 25: lessons from the Social Protection Survey”, in *Lessons from pension reform in the Americas*, coord. por Stephen J. KAY/Tapen SINHA, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 23-58, *passim*.

despesas actuais com pensões, já que, acima do tecto estipulado, passariam a ser geridas em capitalização. Haveria, assim, uma lacuna nas receitas do sistema previdencial, que teria que ser preenchida com transferências do Orçamento de Estado – para as quais não há, de momento, margem orçamental.

Passando à análise dos modelos de capitalização, deve começar-se por frisar que estes não correspondem a um figurino único: convivem com sistemas em que o Estado actue como prestador – caso do nosso Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social –, como com modelos de *benefício ou prestação definida* – correspondentes a esquemas de poupança em que o montante a atribuir aos participantes está definido à partida, podendo *variar em função dele o montante das contribuições devidas*. O modelo popularizado pelo Banco Mundial corresponde, porém, no que concerne ao segundo pilar, a um *modelo de contribuição definida*⁶⁸ – cada participante efectua as suas contribuições no montante estipulado, recebendo a final o resultado da sua aplicação, sem garantia de rendimento ou de capital – sendo as poupanças geridas por entidades privadas.

Ora, a introdução de elementos de capitalização no sistema traz vantagens, inerentes à diversificação dos riscos a que este está exposto, bem como a um possível aumento das taxas globais de poupança, que se poderão traduzir num aumento do investimento. Tende, porém, a ser vista como uma solução mirífica, sem que se preste a devida atenção aos

⁶⁸ E encontramos também modelos de repartição em que apenas a contribuição se encontra definida. É o caso de capitalização virtual ou fictícia em regime de repartição (“notional defined contributions”), no qual, embora o montante de pensão a receber por cada sujeito seja calculado de acordo com o valor actuarial das suas contribuições, o respectivo financiamento assenta nas contribuições da geração presente. Veja-se Maria Matilde da Costa LAVOURAS, *Financiamento...* cit., p. 90.

riscos próprios destes modelos. Estes enfrentam, por um lado, *riscos financeiros relevantes*, como o provou à saciedade a recente crise financeira, *não permitindo uma confiança na rentabilização – ou sequer na manutenção – das contribuições investidas*⁶⁹. Por outro lado, *poderão não trazer sequer qualquer poupança de recursos públicos*, na medida em que esses *riscos financeiros venham a ser assumidos pelo Estado*, v. gr., por se considerar que a degradação financeira das instituições coloca riscos sistémicos, ou por se entender intolerável que a falta de rentabilização das contribuições faça as prestações descer abaixo de determinados montantes. Trata-se, novamente, de hipóteses que a recente crise financeira provou bem mais que académicas; como já antes dela o haviam feito as falências dos fundos que garantiam as pensões do grupo *Maxwell*, ou do grupo *Enron*. Mas mais do que isso: nas *análises empíricas de países que transitaram para sistemas de capitalização*, assistiu-se, ao contrário do esperado, a um *aumento de despesas públicas*, associado ao facto de as *contribuições efectuadas por um grande número de sujeitos não lhes permitirem aceder ao mínimo de pensão considerado juridicamente aceitável* – tendo o Estado que preencher com transferências a lacuna⁷⁰. Deve chamar-se a ainda a atenção, na linha do que antes dizíamos, para a existência provável de

⁶⁹ Chama a atenção para este aspecto, por exemplo, COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, cit., 3.1.2.

⁷⁰ São as conclusões do GRUPO INDEPENDENTE DE AVALIAÇÃO DO BANCO MUNDIAL, *Pension reform...* cit., pp. 34-35. Cfr. também BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*, cit., pp. 55-57 e 62-63 e 117-118. A propósito desta desadequação, Emmanuel REYNAUD, “The right to social security...”, cit., pp. 7-8, cita o exemplo do Reino Unido, onde a *Independent Pensions Commission* estima que cerca de 9,6 milhões de pessoas com 35 anos ou mais não estão actualmente a contribuir ao nível necessário à provisão de pensões adequadas.

uma *relação entre a grandíssima acumulação de fundos correspondentes às contribuições geridas em capitalização e os fenómenos de instabilidade dos mercados*⁷¹. Com efeito, a concentração desses fundos no património dos fundos de pensões e seguradores e a necessidade de os rentabilizar acima das taxas de inflação podem desencadear processos de sobreavaliação de activos – formação de “bolhas” nos mercados –, decorrentes de um excesso de procura. E podem mesmo desencadear processos de sobreavaliação ou de subavaliação dos activos de modo deliberado, visando lucrar com tais variações de valor.

Acresce que a interferência de entidades privadas na gestão financeira do sistema tende a elevar consideravelmente os seus *custos administrativos*⁷². A gestão profissional da carteira de investimentos correspondente às contribuições deverá remunerar a empresa que a ela procede, gerando para esta lucros – lucros que, em parte, serão *deduzidos, na forma de comissões, dos rendimentos gerados pelos investimentos*. Por outro lado, é frequente que a construção da componente facultativa do sistema, correspondente ao terceiro pilar, venha acompanhada de *benefícios fiscais*, visando estimular a captação do rendimento dos sujeitos. Ora, os benefícios fiscais implicam uma *perda de receita para os cofres do Estado* – o que não pode deixar de ser tido em conta num discurso que acusa os modelos de repartição de porem em causa a sustentabilidade das finanças públicas. De resto, a análise feita pelo Grupo Independente de Avaliação do Banco Mundial concluiu a implantação efectiva do modelo proposto pelo Banco Mundial não cumpriu os objectivos a que se propunha, de aumento

⁷¹ Cfr. António José Avelãs NUNES, *A crise do capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo, Globalização*, Página a Página, Lisboa, 2013, pp. 35–36; ver também 28–31.

⁷² Fernando Rocha ANDRADE/Matilde LAVOURAS, *Políticas de redistribuição e segurança social*, cit., p. 14.

do nível nacional de poupança ou de desenvolvimento do mercado de capitais⁷³.

No fundo, um argumento de considerável peso a favor destes modelos de capitalização com contribuição definida é que estes *transferem os riscos financeiros do sistema para os beneficiários*. A transferência de riscos no segundo e terceiro pilares é, aliás, total, não se garantindo uma prestação mínima aos beneficiários. A garantia de uma prestação mínima estará a cargo de outra parte do sistema: do primeiro pilar, podendo haver riscos de pobreza para os sujeitos se esta prestação garantida for de montante baixo. Face a esta distribuição dos riscos financeiros, é aqui de primordial importância a *transparência do sistema*, devendo os beneficiários ser cabalmente informados da pensão futura a que corresponde, a cada momento, o montante das contribuições até aí efectuadas, como da possibilidade de variação negativa daquele montante. As questões da transparência têm-se revelado pontos problemáticos do funcionamento dos modelos de contribuição definida, tendo os beneficiários falta de informação ou dificuldades na compreensão dos riscos assumidos⁷⁴. Um modelo constitucional com o nosso seria particularmente exigente neste ponto, dada a *garantia do carácter participado da gestão do sistema*.

Em remate, diga-se que o CDESC, embora não considere que os modelos multi-pilares, correspondentes à proposta do Banco Mundial, sejam em si incompatíveis com o dever de realização progressiva do direito à segurança social previsto no PIDESC, entende que este impõe o cumpri-

⁷³ GRUPO INDEPENDENTE DE AVALIAÇÃO DO BANCO MUNDIAL, *Pension reform...* cit., pp. xxiv-xxv e 35 e ss.

⁷⁴ Cfr., para a realidade chilena, Alberto Arenas de MESA/David BRAVO/Jere R. BEHRMAN, et al., “The Chilean pension reform turns 25: lessons from the Social Protection Survey”, cit., pp. 52-53.

mento de várias exigências concretas⁷⁵. Em primeiro lugar, o envolvimento do sector privado deve respeitar os princípios democráticos – em particular, os direitos à participação e à informação. Em segundo lugar, deve ser regulado pelo Estado, sendo sujeito a uma vigilância efectiva e sancionamento em caso de incumprimento dos deveres impostos. Em terceiro lugar, este sector deve ser co-responsabilizado pela garantia do direito à segurança social, nomeadamente aceitando a responsabilidade da correcção das falhas de mercado que o impeçam.

Deve salientar-se que os sistemas com um pilar em capitalização, de contribuição definida, não são a única solução possível para a partilha de riscos entre o Estado e os beneficiários, outras havendo que protegem em maior medida os sujeitos, retendo mais riscos no Estado. Aliás, da história política nacional recente colhem-se facilmente exemplos de propostas nesse sentido – propostas de cuja virtude concreta não pretendemos aqui aferir, mas que citamos para ilustrar a multiplicidade de abordagens possíveis aos problemas de sustentabilidade financeira do sistema.

Em primeiro lugar, recorde-se *a introdução de factores de sustentabilidade no cálculo das pensões*, levada a cabo pela reforma da LBSS, que entrou em vigor em 2007. Esta associa dinamicamente o montante das prestações devidas nos quadros de um sistema de repartição à evolução verificada na esperança de vida, transferindo para os beneficiários parte dos riscos de variação demográfica adversa à sustentabilidade

⁷⁵ Cfr. um resumo das tomadas de posição do CDESC em Malcolm LANGFORD, “Social security and implications for law, policy and practice”, in *Social security as a human right, Drafting a general comment on article 9 ICESCR – some challenges* coord. por Elbe RIEDEL, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 2007, pp. 29-53, pp. 50-51, que aqui acompanhamos de perto.

do sistema⁷⁶. Em segundo lugar, recorde-se a proposta, emergida no âmbito das discussões da Comissão do Livro Branco da Segurança Social, e apoiada por parte dos membros dessa Comissão, de “plafonamento” do montante das prestações devidas, sem “plafonamento” do montante das contribuições⁷⁷. Aqui, continuando os sujeitos a contribuir na proporção do seu rendimento *sem um tecto máximo de contribuição*, receberiam uma prestação não estritamente proporcional ao montante das contribuições efectuadas, já que haveria um tecto para as prestações – uma pensão máxima paga pelo Estado. Note-se que esta solução, rejeitando um nexo directo entre contribuições e prestações, subordinaria, ao menos em parte, a determinação das primeiras ao princípio da capacidade contributiva. Nada, porém, de inédito. Desde logo, a relação entre contribuições e prestações tem-se apartado de uma lógica de equivalência, com uma incursão não despidiéndose do princípio da capacidade contributiva nesta sede⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas...* cit., p. 37. O factor de sustentabilidade a aplicar depende em parte da esperança média de vida verificada *no ano que antecede o requerimento da pensão pelo sujeito* – art. 64.º LBSS. Nessa medida, o sistema deixa de ser configurado em termos de “prestação ou benefício definido”, já que só neste momento se conhece o montante da prestação que será atribuída. Cfr. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, *Pensions at a Glance 2011...* cit., pp. 106-107.

⁷⁷ Assim, Boaventura de Sousa SANTOS/Maria BENTO/António Maldonado GONELHA/Alfredo Bruto da COSTA, *Uma visão alternativa da reforma da Segurança Social: o modelo social europeu e os seus desafios*, s. ed., s. l., 1998, 3.2.2., V, ponto xvi, junto à nota 122.

⁷⁸ Veja-se, por todos, Nazaré da Costa CABRAL, “Contribuições para a Segurança Social: um imposto que não ousa dizer o seu nome?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, coord. por Jorge MIRANDA, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 267-298, pp. 277 e ss. Tal não levanta, de resto, problemas para quem considere que as contribuições de segurança social têm natureza de impostos, devendo, à partida, conformar-se com o sobredito princípio. É o

O Tribunal Constitucional teve mesmo já ocasião de apreciar a constitucionalidade de um modelo legal de “plafonamento” das prestações, que não das contribuições, a propósito da Lei 75/93, de 20 de Dezembro, tendo concluído pela não inconstitucionalidade da solução e defendido que não existe uma relação directa entre os descontos efectuados e a prestação a receber⁷⁹.

Na argumentação em torno da (in)sustentabilidade financeira do sistema tem sido, aliás, frequentemente empolada a vertente da diminuição das despesas, sem que se dê a devida atenção ao pólo do aumento das receitas⁸⁰. Ora, conferindo-lhe a devida atenção, outras propostas se descortinam, assentes num carácter assumidamente fiscal do sistema, que passaria a ser financiado pela tributação do rendimento despendido em consumo – o que nos parece problemático, dado o carácter regressivo desta tributação – ou do rendimento gerado por outros factores de produção. A própria LBSS afirma, aliás, na linha do que vinha já da LBSS anterior, o princípio da diversificação das fontes de financiamento do sistema de segurança social⁸¹. Esta hipótese poderia, no limite, conduzir à atribuição de uma prestação básica universal, independente da situação profissional do sujeitos e

caso de José Casalta NABAIS, “O financiamento da segurança social em Portugal”, cit., pp. 644-645; também a autora antes citada conclui pela natureza fiscal – de imposto dotado “de algumas peculiaridades” – das contribuições – cfr. pp. 294 e ss.

⁷⁹ Cit. ap. João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado social...* cit., p. 248.

⁸⁰ Sensível a este ponto, por exemplo, COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, cit., 2.1. e 3.2.3.

⁸¹ Cfr. 88.º; quanto ao princípio nos quadros da Lei de Bases anterior, cfr. Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases...” cit., pp. 99 e ss.

financiada por via fiscal⁸². Conferindo ao Estado o dever de subsidiar o sistema de segurança social, o art. 63.º da CRP contém espaço hermenêutico bastante para esta hipótese.

6. Palavras finais

Terminamos prolongando estas ideias e simultaneamente recuperando um tópico pelo qual passámos acima: o da garantia da participação democrática na organização do sistema de segurança social. O *sistema público e universal de segurança social*, conforme o garante a Constituição, não deve ser visto como irreformável – a sua preservação implicará provavelmente que sofra alterações e aperfeiçoamentos. A legitimidade da sua reforma exige, porém, que a sua discussão seja democraticamente participada pelos sujeitos afectados pelo sistema – que são, afinal, a colectividade – e que esta participação seja, antes de mais, esclarecida – para lá de pretensos “argumentos de autoridade” pouco escrutinados ou do escamotear de alternativas possíveis. É nossa esperança que estas páginas alimentem esse debate.

⁸² Cfr. Nazaré da Costa CABRAL, “A nova Lei de Bases...”, cit., p. 96, que aqui acompanhamos de perto; nesta linha afigura-se ir também o COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, cit., 1.4.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKERLOF, George A., “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488-500.
- ANDRADE, Fernando Rocha / LAVOURAS, Matilde, *Políticas de redistribuição e segurança social*, Coimbra: s/ ed., 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “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*, 1, 2004, pp. 4-29.
- BANCO MUNDIAL, *Averting the old age crisis, Policies to protect the old and promote growth*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa*, disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatoriosegurancasocial_2011.pdf> (consultado pela última vez a 18.01.2013).
- CABRAL, Nazaré da Costa, “Contribuições para a Segurança Social: um imposto que não ousa dizer o seu nome?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, coord. por Jorge MIRANDA, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 267-298.
- , “A nova Lei de Bases do Sistema de Solidariedade e Segurança Social, (Enquadramento e inovações a nível do financiamento)”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 71-109.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.
- / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- COMISSÃO DO LIVRO BRANCO DA SEGURANÇA SOCIAL, *Livro branco da segurança social, Versão final*, 1998.
- COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco, Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis*, 2012, disponível em <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7341&langId=pt>> (consultado pela última vez a 26.01.2013).
- COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, *General Comment no. 2, International technical assistance measures (Art. 22)*, disponível em <<http://www2.ohchr.org/english/>> (consultado pela última vez a 18.01.2013).

- COMITÉ DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, *General Comment no. 19, The right to social security (Art. 9)*, disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/403/97/PDF/G0840397.pdf?OpenElement>> (consultado pela última vez a 17.01.2013).
- COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Livro Branco – Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis”*, 2012, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:299:0115:0121:PT:PDF>> (consultado pela última vez a 29.01.2013).
- GRUPO INDEPENDENTE DE AVALIAÇÃO DO BANCO MUNDIAL, *Pension reform and the development of pension systems, An evaluation of World Bank assistance*, Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento/ Banco Mundial, 2006.
- KENNER, Jeff, “Economic and social rights in the UE legal order: the mirage of indivisibility”, in *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal perspective*, coord. por Tamara K. HERVEY/Jeff KENNER, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.
- LANGFORD, Malcolm, “Social security and implications for law, policy and practice”, in *Social security as a human right, Drafting a general comment on article 9 ICESCR – some challenges* coord. por Elbe RIEDEL, Berlin/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 2007, pp. 29-53.
- LAVOURAS, Maria Matilde da Costa, *Financiamento da Segurança Social, Problemas e perspectivas de evolução*, Coimbra: s. ed., 2003.
- LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MEDEIROS, Rui, “Art. 63.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, coord. por Jorge MIRANDA /RUI MEDEIROS, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1280-1304.
- , “Art. 64.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, coord. por Jorge MIRANDA /RUI MEDEIROS, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1305-1322.
- MESA, Alberto Arenas de/BRAVO, David/BEHRMAN, Jere R./MITCHELL, Olivia S./TODD, Petra E., “The Chilean pension reform turns 25: lessons from the Social Protection Survey”, in *Lessons from pension reform in the Americas*, coord. por Stephen J. KAY/Tapen SINHA, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 23-58.
- MIRANDA, Jorge, “Art. 12.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, coord. por Jorge MIRANDA /Rui MEDEIROS, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 207-212.

- , “Breve nota sobre Segurança Social”, in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 225-233.
- NABAI, José Casalta, “O financiamento da segurança social em Portugal”, in *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 623-653.
- NEVES, Ilídio das, *Direito da segurança social, Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NUNES, António José Avelãs, *A crise do capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo, Globalização*, Lisboa: Página a Página, 2013.
- , *Noção e objeto da Economia política*, Coimbra: Almedina, 2013.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, *Pensions at a Glance 2011: Retirement-income Systems in OECD and G20 Countries*, 2011, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/pension_glance-2011-en> (consultado pela última vez a 29.01.2013).
- REYNAUD, Emmanuel, “The right to social security – current challenges in international perspective”, in *Social security as a human right, Drafting a general comment on article 9 ICESCR – some challenges coord. por EIBE RIEDEL*, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque: Springer, 2007, pp. 1-15.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de finanças públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa/BENTO, Maria/GONELHA, António Maldonado/COSTA, Alfredo Bruto da, *Uma visão alternativa da reforma da Segurança Social: o modelo social europeu e os seus desafios*, s. ed., s. l., 1998.
- TOOZE, Jennifer, “Social security and social assistance”, in *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal perspective*, coord. por Tamara K. HERVEY/Jeff KENNER, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

Sumário: O presente texto analisa a garantia jurídico-constitucional e jurídico-internacional do direito à segurança social. Pretende-se determinar a racionalidade económica e jurídica dos termos desta garantia, problematizando os seus limites bem como a viabilidade jurídica e económica de alguns dos modelos de segurança social actualmente em discussão.

Palavras-chave: segurança social; direito à segurança social; pensões; modelos de repartição; modelos de capitalização.

On the right to social security

Abstract: The present text analyses the protection of the right to social security, both in terms of constitutional law and of international law. It intends to determine the legal and economic rationality of the protection of this right, problematizing its limits as well as the legal and economic viability of some of the social security models presently under discussion.

Keywords: social security; right to social security; pensions; pay-as-you-go systems; fully-funded systems.

Maria Inês de Oliveira Martins

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra