

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

12 
2021



Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º 12 — Ano 2021

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português

Cláudia Isabel Ferraz Dias Matias ^(*)

Mestre em Direito e Advogada.

RESUMO: Numa conjuntura de crescente despesa com prestações sociais e/ou numa conjuntura de crise económica – à semelhança do que sucedeu no contexto da crise económico-financeira que assolou Portugal em 2009-2014 –, o poder político-legislativo poderá ver-se confrontado com a necessidade de suprimir ou reduzir o montante de determinadas prestações sociais do sistema de segurança social.

O presente estudo indaga sobre a especial proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português e, embora admitindo a possibilidade de afetação e/ou restrição das referidas pensões, em formação e em pagamento, analisa e reflete sobre os limites e as especiais garantias jurídico-constitucionais que o legislador terá, necessariamente, de observar nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: direito à segurança social; pensões públicas por velhice; a proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice, em formação e em pagamento; as garantias constitucionais das pensões públicas por velhice.

^(*) Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2014). Advogada. Técnica Superior do Instituto de Segurança Social, I.P.

O presente texto teve por base a investigação jurídica realizada no âmbito do Programa de Doutoramento em Direito Público – variante Estado Social, Constituição e Pobreza – da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Nota Introdutória

Num quadro de crescente despesa com prestações sociais, não só destinadas a proteger as eventualidades de velhice e de dependência na terceira idade, mas – atendendo ao recente contexto de pandemia – também as eventualidades de doença e de desemprego, e na iminência de um cenário de crise económica e financeira, o poder político-legislativo poderá sentir necessidade de repensar, reformar ou mesmo suprimir direitos a prestações sociais concretizadores do direito fundamental à segurança social.

Neste contexto, assume relevância a questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice, ou seja, de que modo e com que extensão é que a Lei Fundamental confere proteção a estas pensões.

Ora, delimitar o âmbito da proteção jurídica das pensões públicas por velhice consiste, no fundo, em refletir sobre as questões da reversão do quadro legal das pensões por velhice em formação e da afetação e/ou da restrição das pensões por velhice em pagamento, bem como sobre o modo como a Constituição da República Portuguesa tutela as posições jurídicas quer dos aspirantes a pensionistas, quer dos pensionistas por velhice.

Na verdade, foi introduzida pela jurisprudência constitucional¹, mas carece de desenvolvimento a *magna* questão jurídica que se impõe investigar neste domínio: será admissível, em que medida e com que limites jurídico-constitucionais reduzir *definitivamente*² os montantes pecuniários das pensões públicas por velhice?

¹ Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 07/01/2014.

² A maioria das decisões jurisprudenciais analisaram e decidiram a questão do “corte” dos montantes mensais das pensões públicas partindo de uma perspetiva de *excepcionalidade* e de *transitoriedade*, isto é, partindo do pressuposto prévio de que as reduções das pensões por velhice – e de outras prestações pecuniárias públicas – consubstanciariam restrições temporalmente delimitadas, isto é, sacrifícios temporários em prol do interesse público e que os respetivos montantes nominais seriam repostos uma vez terminado o ciclo de austeridade.

A questão torna-se particularmente controversa quando se contende com direitos à pensão já constituídos na esfera jurídica dos respetivos titulares.

A abordagem que faremos do tema parte da premissa de que, no domínio do estudo jurídico das pensões, nos deparamos com uma dualidade jurídica: direitos em formação e direitos constituídos, que exigem do ordenamento jurídico distintas tutelas.

Com efeito, o direito constituído à pensão pública por velhice carece de uma mais intensa tutela jurídico-constitucional, na medida em que consubstancia o direito de um titular vulnerável – um direito de um grupo social inativo, que *presumidamente* não poderá regressar ao mercado para obter rendimentos de trabalho – e, bem assim, um direito em si mesmo vulnerável, pois é mais permeável à pressão da conjuntura económica, dado que a redução do respetivo montante nominal permite alocar, de forma imediata, recursos financeiros ao orçamento público estadual.

2. A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice em formação

A questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português será estudada sob duas perspetivas: na perspetiva dos direitos à pensão por velhice em formação e na perspetiva dos direitos à pensão por velhice já constituídos na esfera jurídica dos seus titulares.

Começemos por analisar a questão jurídica relativamente aos direitos que ainda não se constituíram na esfera jurídica dos particulares, ou seja, relativamente às pensões por velhice em formação.

O tema da proteção ou tutela jurídico-constitucional das pensões por velhice em formação coloca-se quando surge uma medida político-legislativa que visa

reverter o quadro normativo existente, seja por via da introdução de fórmulas de cálculo da pensão mais penalizadoras para as futuras pensões que as previamente existentes, seja por via da introdução de requisitos legais mais exigentes no acesso ao direito à pensão pública por velhice, como o aumento da idade legal de acesso à pensão.

Poderemos, desde logo, equacionar vários posicionamentos da doutrina relativamente à questão da admissibilidade da reversibilidade do quadro normativo das pensões públicas por velhice. Vejamos, então.

2.1. Inadmissibilidade da revisibilidade do quadro legal das pensões por velhice em formação e proibição de retrocesso social?

Numa perspetiva que consideramos ter já sido abandonada pela doutrina constitucional portuguesa, poderia considerar-se que, uma vez concretizado o direito fundamental à segurança social pelo legislador ordinário, ou seja, uma vez legislado o direito à pensão por velhice, esse direito integraria o *acquis* constitucional, consolidando-se na ordem jurídica constitucional de tal modo que seria, por conseguinte, insuscetível de ser alterado em toda a sua extensão.

Esta versão ortodoxa de aceitação plena do designado *princípio da proibição do retrocesso social* determinaria que, uma vez alcançado determinado grau de realização e concretização de um direito social, como um direito a uma determinada pensão por velhice, ficaria vedada, para o legislador, a possibilidade de retroceder quanto a esse grau de realização do direito social.

Em bom rigor, o referido princípio elevaria as medidas legais concretizadoras dos direitos fundamentais sociais não a direito materialmente constitucional, mas a direito supraconstitucional de cariz inderrogável.

Com efeito, a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso implicaria que não fosse possível rever ou reverter, por qualquer via, um direito

social concretizado em lei, o que não é admissível: em primeiro lugar, até os direitos, liberdades e garantias com assento no texto da Constituição da República Portuguesa admitem restrições legais, desde que respeitados os necessários parâmetros constitucionais, e, em segundo lugar, a aceitação do princípio assenta nos pressupostos irrealis de que os recursos são inesgotáveis e de que a evolução socioeconómica só conhece o caminho do progresso.

Por outro lado, a aceitação do princípio da proibição do retrocesso *tout court* determinaria a destruição da própria autonomia do poder político-legislativo, pois a liberdade de criação e de revisibilidade das normas legais ficaria comprometida se o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização jurídico-social alcançado e a respeitar os direitos por ele criados³.

2.2. Admissibilidade da revisibilidade total do quadro legal das pensões por velhice em formação?

Poderia afirmar-se que não tendo o beneficiário do sistema de segurança social ainda adquirido um direito à pensão por velhice, então a sua situação jurídica perante o quadro legislativo vigente poderia ser livremente modificada pelo legislador.

Se é verdade que a tendência doutrinária e jurisprudencial é a de aceitar uma maior margem de revisibilidade das leis quando os direitos não foram ainda adquiridos pelos respetivos titulares, mas se encontram em processo de formação, a liberdade do legislador, ainda assim, não é total.

Como veremos melhor *infra*, não obstante o aspirante a pensionista ainda não ser titular de um direito subjetivo à pensão por velhice, o mesmo pautou a sua conduta confiando num determinado enquadramento legal, criando uma

³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 379.

expectativa digna de tutela jurídico-constitucional, pelo que a alteração legislativa do quadro legal vigente deverá não só ser fundamentada na prossecução de um valor constitucional⁴, como deverá observar também o princípio da segurança jurídica na dimensão da proteção da confiança legítima⁵.

Naturalmente, a expectativa jurídica terá de ser valorada em função da maior proximidade à idade legal de acesso à pensão, bem como do esforço contributivo já realizado, sendo que a aprovação de normas de direito transitório que assegurem transições suavizadas entre regimes poderá ser o meio mais eficaz para garantir o respeito pelo mencionado princípio constitucional.

2.3. Admissibilidade da revisibilidade do quadro legal das pensões por velhice em formação, com observância das garantias constitucionais de proteção das expectativas jurídicas

A maioria das posições doutrinárias e jurisprudenciais relativamente a esta matéria propugna a admissibilidade da revisibilidade do quadro legal das pensões por velhice em formação, mas dentro de determinadas condicionantes⁶.

⁴ No Acórdão n.º 188/2009, de 22 de abril de 2009, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional afirmou que, durante o período contributivo, o trabalhador não é titular de qualquer direito adquirido, dispondo apenas de um *mero direito em formação*, concluindo que uma limitação superveniente ao montante da pensão se encontra constitucionalmente justificada pela necessidade de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos e prevalecentes, como a justiça intergeracional ou a sustentabilidade do sistema de segurança social.

⁵ Neste sentido, MEDEIROS, Rui, Anotação ao artigo 63.º, *in* Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 930, quando refere que a revisibilidade das opções políticas no sentido da redução do âmbito de proteção da segurança social não é, forçosamente, inconstitucional, mas deve estar sujeita ao princípio da proteção da confiança (artigo 2.º da Constituição), sendo que quanto mais consistente for a expectativa do particular, mais exigente deve ser o controlo da proteção da confiança, exemplificando que não se encontra numa situação análoga o trabalhador que está a iniciar a carreira contributiva e aquele que está na iminência de se tornar pensionista.

⁶ Em matéria de reversão do quadro legal concretizador de um direito social fundamental, o Tribunal Constitucional teorizou uma solução moderada no Acórdão n.º 39/84, publicado no Diário

Vieira de Andrade defende uma posição compromissória, que corresponde, em grande medida, à confluência doutrinária sobre o tema⁷, posição que garante, por um lado, alguma estabilidade aos direitos a prestações sociais já criados pelo legislador e, por outro lado, alguma margem de conformação ao legislador na revisão das políticas públicas no domínio da socialidade⁸.

da República n.º 104/1984, Série I, de 5 de maio de 1984, tendo considerado inconstitucional o diploma legal que revogava parte substancial do já instituído Serviço Nacional de Saúde.

Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional distinguiu dois planos de relevância das normas constitucionais de garantia dos direitos sociais: o plano das normas constitucionais de natureza programática, de natureza diferida no tempo, e, portanto, com vinculatividade jurídica mais atenuada, e o plano das normas constitucionais que impõem ao poder político a realização de tarefas concretas no âmbito dos direitos sociais, com vinculatividade jurídica mais reforçada, para afirmar que só se verifica uma proibição de retrocesso social quando i) o parâmetro de verificação da constitucionalidade se situa no âmbito deste último tipo de normas constitucionais e ii) o legislador já procedeu à concretização legislativa do comando constitucional, de tal modo que repor a anterior situação de inexecução da norma constitucional corresponderia a uma inconstitucionalidade por omissão.

Ora, segundo esta posição jurisprudencial, constando o direito fundamental à segurança social de uma norma constitucional bastante genérica e de natureza programática, o direito legal a uma pensão por velhice, dele derivado, nunca estaria a coberto de um princípio da proibição do retrocesso social.

Jorge Reis Novais salienta que “apesar de nunca ter abandonado a linha argumentativa delineada no Acórdão n.º 39/84, o Tribunal [Constitucional] não faz apelo a esse tipo de fundamentação mesmo quando objetivamente tal podia ocorrer, optando muitas vezes por uma avaliação onde, na prática, se reconhece uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário. (...) mesmo quando faz apelo àquela linha argumentativa (...), [dá-lhe] uma configuração tão minimalista que o resultado traduz também uma grande contenção de controlo. Como se diz no citado Acórdão n.º 590/04, a intervenção revogatória do legislador ordinário ‘só colocará um problema de inconstitucionalidade se não subsistirem quaisquer outras medidas neste domínio, originando uma situação de total incumprimento da determinação constitucional, equivalente, nos seus pressupostos, a uma inconstitucionalidade por omissão’ (...)” – sobre este ponto, *vide* NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, *in Jurisprudência constitucional*, Lisboa, n.º 6 (outubro-dezembro 2004), p. 6.

⁷ Assim reconhece NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, *cit.*, p. 6.

⁸ Segundo o autor, não basta que o legislador tenha concretizado em lei o direito derivado a prestações, para que este integre, de forma imediata e automática, o acervo de direito constitucional, sendo, ainda, necessário um excecional consenso básico e uma excecional sedimentação ou radicação na consciência jurídica geral de que “«o grau de realização legislativamente obtido [corresponda] a uma complementação ou desenvolvimento do direito

Nesta perspetiva, a garantia de estabilidade dos direitos só muito excecionalmente constituirá uma garantia absoluta de não retorno – como pressuporia a aceitação de um princípio jurídico-constitucional de proibição do retrocesso social –, sendo que, frequentemente, se traduzirá numa garantia de estabilidade de grau intermédio quanto ao não retorno: uma eventual restrição legal do direito derivado deverá ser feita pelo legislador com observância, por um lado, da necessidade de fundamentar as medidas legislativas restritivas em impreteríveis razões dotadas de valor constitucional e, por outro lado, com respeito pelo princípio da proteção da confiança legítima.

Assim, parece-nos que, segundo este entendimento, o legislador não está proibido de alterar a forma como materializou, em lei, o quadro legal da pensão em formação, podendo modificar a fórmula de cálculo da pensão ou os requisitos de acesso à pensão, tendo, designadamente, em consideração a evolução das circunstâncias económicas ou sociais, estando embora proibido de eliminar o instituto *pensão de reforma* ou, ainda, o seu conteúdo essencial⁹.

constitucional, dispondo, como ele, da força ou dignidade normativa das normas constitucionais»”. Este processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na «consciência jurídica geral», não significa a aceitação de um princípio jurídico-constitucional geral de proibição do retrocesso, mas implica uma certa garantia de estabilidade, de intensidade variável, para os direitos derivados a prestações, garantia essa que abrange, no mínimo, a proibição de o legislador extinguir a posição jurídica – *maxime*, o direito – por si criada e que poderá, eventual e excecionalmente, atingir um grau máximo, quando as concretizações legais devam ser consideradas direito materialmente constitucional por consubstanciarem um *mínimo social arreigado na consciência jurídica geral*. – assim, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição*, ob. cit., pp. 377-378.

⁹ Também fazendo esta interpretação, *vide* o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 862/2013, de 19 de dezembro de 2013, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 7 de janeiro de 2014.

Gomes Canotilho¹⁰ não defende, atualmente, a existência de um princípio jurídico-constitucional *geral* de proibição de retrocesso¹¹, mas considera que o princípio da proibição do retrocesso social assume alguma relevância no plano constitucional, funcionando como limite a eventuais modificações legislativas que constituam um retrocesso no grau de realização dos direitos sociais já concretizados pelo legislador – os direitos derivados a prestações.

Segundo o autor, ao nível dos direitos ainda não adquiridos, isto é, dos direitos em formação¹², o princípio da proibição do retrocesso social impõe, ainda assim, que as leis restritivas de direitos sociais já concretizados por via legislativa observem os princípios do Estado de Direito vinculativos da atividade legislativa e respeitem o núcleo essencial dos direitos derivados a prestações já realizados através de medidas legislativas, devendo considerar-se esse núcleo essencial como *constitucionalmente garantido*.

Assim, serão inconstitucionais quaisquer medidas político-legislativas que, primeiro, violem os princípios gerais do Estado de Direito e, segundo, constituam uma anulação, revogação ou aniquilação do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios. O autor não define, porém, o que será o núcleo essencial desses direitos, aludindo somente ao facto de esse núcleo essencial incluir uma garantia do mínimo de existência condigna, mas tal garantia decorreria já dos princípios jurídico-

¹⁰ Sobre este tema, *vide* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 338-340 e 477-479.

¹¹ “Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social (...) formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social”. – assim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *ob. cit.*, p. 340.

¹² Segundo esta posição, só faz sentido falar em proteção constitucional conferida pelos princípios gerais do Estado de Direito e por aquilo que seja considerado o núcleo essencial dos direitos realizados relativamente aos direitos em formação, pois, no entendimento de Gomes Canotilho, os direitos adquiridos gozam já de proteção constitucional plena.

constitucionais gerais, mais concretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, Reis Novais avança, também, uma proposta compromissória, afirmando que os direitos a prestações sociais já concretizados por via legislativa, como as pensões por velhice, na medida em que são direitos sob a reserva do financeiramente possível, podem ser restringidos quando o legislador invoque, fundada e legitimamente, essa reserva¹³. No entanto, refere o autor, quando essa reserva do financeiramente possível não possa ser objetiva e fundamentamente acionável pelo legislador, as concretizações prestacionais do direito fundamental à segurança social, como o direito à pensão por velhice, adquirem, por força da sua natureza jusfundamental¹⁴, uma força de resistência constitucional idêntica à dos direitos fundamentais de liberdade, que as subtraem da livre disponibilidade do legislador ordinário. Ou seja, não podendo invocar a reserva do financeiramente possível, o poder político só pode rever o quadro legal das pensões públicas por velhice se fundamentar a revisibilidade que pretende impor na necessidade de proteger outros bens jurídicos que devam prevalecer¹⁵ e desde que sejam observados os limites aplicáveis às restrições a direitos fundamentais de liberdade, designadamente o princípio da proibição do excesso, o princípio da proteção da confiança e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., pp. 7-8.

¹⁴ Ora, o autor defende que a concretização legislativa de um direito fundamental social integra a própria norma constitucional de direito fundamental, como será o caso do direito à pensão por velhice, que, a partir da sua concretização por via legislativa, se revestirá, nesta perspetiva, ele próprio, de jusfundamentalidade.

¹⁵ O autor não exige que esses bens revistam, necessariamente, valor constitucional, referindo-se apenas a “uma justificação suficientemente forte e indiscutível que obrigue um direito fundamental a ceder” ou a “uma justificação suficientemente ponderosa e consistente”. – vide NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, in *Revista E-Pública*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 72, 83 e 95.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 7.

Portanto, pode afirmar-se, em jeito de conclusão, que a tendência doutrinária e jurisprudencial no constitucionalismo português é a de considerar juridicamente admissível que o legislador possa retroceder na forma como materializou em lei o acesso ao direito à pensão por velhice¹⁷, podendo, desde que observados determinados parâmetros constitucionais, nomeadamente os relativos à proteção da confiança das expectativas dos aspirantes a pensionistas, alterar as normas legais vigentes em matéria de pensões, podendo a lei nova, tendencialmente mais restritiva no acesso à prestação, ser aplicada aos beneficiários cujos direitos se encontram em processo de formação¹⁸.

Assim tem sido a *praxis* do poder político-legislativo, que, reiteradamente, tem aprovado sucessivas alterações legislativas para tornar mais restritivo o acesso ao direito à pensão por velhice por parte daqueles que ainda não adquiriram o direito. O exemplo paradigmático é o aumento reiterado da idade mínima legal de acesso à pensão por velhice.

¹⁷ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? – A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 275.

¹⁸ Contrariamente à tendência do constitucionalismo português, no direito anglo-saxónico, e como reação a um período da história em que predominava o entendimento de que as pensões públicas consubstanciavam meras liberalidades estaduais, foram criadas diversas limitações de matriz constitucional, legal e jurisprudencial que impedem, ou, pelo menos, dificultam, que o poder político-legislativo possa, atualmente, alterar a legislação vigente em matéria de *public pensions*. Na verdade, na maioria dos Estados federados americanos considera-se que as normas legais que regulam as futuras pensões por velhice dos trabalhadores do setor público atualmente em funções não podem ser alteradas e que as opções políticas reduzem-se a aumentar as contribuições sociais que incidem sobre os salários públicos ou a alterar o quadro legislativo das pensões para os trabalhadores que ainda não iniciaram um vínculo de emprego público. A doutrina estrangeira tem criticado a rigidez do regime das *public pensions* e tem defendido a revisão das normas constitucionais e legais que impedem o poder político de reformar as pensões públicas, bem como a interpretação restritiva de alguns institutos jurídicos por parte dos tribunais, de modo a permitir que o poder político-legislativo possa adequar o regime das pensões públicas a eventuais condicionalismos provocados por uma crise económica. – neste sentido, MUNNELL, Alicia/QUINBY, Laura, “Legal Constraints on Changes in State and Local Pensions”, State and Local Issue in Brief 25, Chestnut Hill, MA: Center for Retirement Research at Boston College, 2012, disponível em <<http://crr.bc.edu>>.

Ainda que o aspirante a pensionista não seja titular de um direito subjetivo à pensão por velhice, o mesmo pautou a sua conduta confiando num determinado enquadramento legal, criando uma *expectativa* digna de tutela jurídico-constitucional, pelo que a alteração legislativa do quadro legal vigente deverá não só ser fundamentada na prossecução de um valor constitucional, como deverá observar também o princípio da segurança jurídica na dimensão da proteção da confiança legítima.

Como já referido anteriormente, a tutela das legítimas expectativas dos aspirantes a pensionistas poderá ser assegurada através da criação de regimes legais transitórios, sendo que quanto mais desfavorável ou restritivo for o novo regime legal, mais suavizada deverá ser a transição entre regimes¹⁹.

3. A proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice em pagamento

A questão da proteção jurídico-constitucional do direito à pensão por velhice coloca-se relativamente a todas as pensões por velhice: não só relativamente às

¹⁹ DILIAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, Vol. 69 of Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 231.

Saliente-se que a necessidade de fundamentação da restrição e a necessidade de observância do princípio da proteção da confiança legítima não significa que a expectativa jurídica terá a mesma tutela constitucional que o direito à pensão por velhice, que beneficiará da proteção constitucional específica que é conferida aos direitos fundamentais em geral, que corresponde não só à necessidade de fundamentar as medidas legislativas restritivas em impreteríveis razões dotadas de valor constitucional, bem como ao respeito por todos os princípios constitucionais vigentes que servem de parâmetro de controlo da atividade político-legislativa, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, mas também à garantia de inviolabilidade do núcleo essencial do direito fundamental.

pensões previdenciais ou contributivas²⁰, mas também relativamente às pensões solidárias ou não contributivas²¹.

Se a doutrina e a jurisprudência tendem a admitir a possibilidade de algum retrocesso social em matéria de direitos a pensões em processo de formação, a controvérsia jurídica agudiza-se quanto à possibilidade de esse retrocesso social afetar os direitos a pensões já reconhecidos e *consolidados* na esfera jurídica dos respetivos titulares²².

Na verdade, podemos equacionar vários modos de afetação e/ou restrição do direito à pensão pública por velhice: quer seja por via de uma redução no montante nominal da pensão por velhice em pagamento, como medida conjuntural, transitória ou excepcional ou como medida estrutural, permanente ou

²⁰ A questão da restrição do direito à pensão pública por velhice – no fundo, a questão da redução do montante do direito à pensão – conferida no âmbito do subsistema previdencial coloca-se na medida em que aquele direito não assenta numa estrita base contributiva, como sucede nos modelos de capitalização puros. No sistema previdencial português não vigoram puros princípios de contributividade e de corresponsabilidade. Na verdade, os montantes das pensões do sistema previdencial português não correspondem à soma das contribuições acumuladas e da respetiva capitalização, não existindo uma efetiva equivalência entre o montante das contribuições e o das prestações.

Com efeito, para além dos vários complementos de natureza solidária ou não contributiva que compõem o montante nominal mensal do direito à pensão contributiva por velhice, como o complemento mensal por cônjuge a cargo (artigo 103.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, e artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 13/2013, de 25 de janeiro), o complemento social (artigos 46.º e 47.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), o complemento solidário para idosos (instituído pelo Decreto-Lei n.º 232/2005, de 29 de dezembro, com alterações posteriores), há, ainda, que ter em consideração que a legislação prevê, desde 1 de janeiro de 1994, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de setembro, uma ficção jurídica de densidade contributiva, que faz corresponder 120 dias de registos de remunerações a um ano civil completo – a 365 dias de registos de remunerações (artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio). Existem, também, mecanismos de “compensação social”, como os registos por equivalência à entrada de contribuições, que são registos equivalentes (ou ficcionados) a registos de tempos de trabalho. Por fim, refira-se que a atribuição de montantes de pensões baseados no último salário ou nos melhores anos em termos salariais originou pensões de montantes inflacionados.

²¹ Os direitos a pensões solidárias ou sociais são direitos conferidos a beneficiários, no âmbito do subsistema de solidariedade, sem suporte em contribuições e quotizações.

²² LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, ob. cit., p. 272.

de reforma²³; quer por via do recálculo da pensão por velhice em pagamento, introduzindo um novo fator de redução na originária fórmula de cálculo da

²³ No ordenamento jurídico português, foram já ensaiadas pelo poder político-legislativo medidas de redução do montante nominal da pensão por velhice em pagamento, como a redução em 10% das pensões em pagamento dos funcionários públicos – pensões da Caixa Geral de Aposentações (CGA) –, a contribuição extraordinária de solidariedade (CES) e a contribuição de sustentabilidade (CS).

Em nome da convergência entre o regime de proteção social convergente (CGA) e o regime geral da segurança social, ensaiou-se uma redução (temporária?) em 10% das pensões dos funcionários públicos de montante líquido mensal superior a €600,00. A medida constava do artigo 7.º do Decreto n.º 187/XII da Assembleia da República e não entrou em vigor por ter sido declarada inconstitucional, em sede de fiscalização preventiva, pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 07/01/2014. O Tribunal considerou que uma medida de redução de pensões que afeta, exclusivamente, o sistema de pensões da CGA não traduz uma reforma estrutural do sistema de pensões, na medida em que não abrange os demais pensionistas e não assegura a sustentabilidade do sistema de pensões, nem as solidariedades intra e intergeracionais, constituindo, ao invés, uma medida de consolidação orçamental e de redução de despesa pública.

A contribuição extraordinária de solidariedade (CES) foi uma medida adotada em sucessivas Leis do Orçamentos de Estado desde a Lei do Orçamento de Estado para 2011, tendo sido extinta em 31/12/2016, pela Lei n.º 159-B/2015, de 30 de dezembro. A medida consistia numa tributação *provisória* aplicada sobre o montante nominal mensal das pensões em pagamento para reduzir a despesa pública no período da crise económico-financeira de 2009-2014, tendo apresentado várias configurações (taxas e escalões). A CES foi considerada pela generalidade da doutrina como uma contribuição social para a segurança social. Nos Acórdãos n.º 187/2013 de 5 de abril de 2013 e n.º 572/2014 de 30 de julho de 2014, ambos disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a CES e considerou que era uma medida de natureza orçamental que revestia uma natureza excecional e transitória diretamente relacionada com os objetivos imediatos de equilíbrio orçamental e de sustentabilidade das finanças públicas, tendo legitimado a sua conformidade constitucional à luz dos parâmetros decorrentes do princípio da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade precisamente pela natureza transitória da medida.

A contribuição de sustentabilidade (CS) constava dos artigos 2.º e 4.º do Decreto n.º 262/XII da Assembleia da República, mas foi, em sede de fiscalização preventiva, declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Tratava-se de uma contribuição *permanente* que incidia sobre todas pensões em pagamento – pensões por velhice da Caixa Geral de Aposentações, do Centro Nacional de Pensões do Instituto de Segurança Social, I.P. e da Caixa de Previdência de Advogados e Solicitadores – com um montante mensal líquido superior a €1.000,00, calculada por aplicação de uma taxa ao montante da pensão ou soma de montantes de pensões. No Acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto de 2014, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional fundamentou a declaração de inconstitucionalidade na insuficiência da fundamentação da medida, na estrutura conjuntural e não estrutural da medida, na indistinção entre as diferentes componentes contributivas das pensões, tendo ainda se pronunciado no sentido de que a medida suscitava um “problema de igualdade [e de justiça intrageracional] entre pensionistas no ponto em que incide sobre todas as pensões pagas por um sistema público de pensões, (...) independentemente de esses

pensão²⁴; quer por via da positivação de fórmulas de automatização do sistema de pensões²⁵ que, no limite, poderão aumentar, manter ou diminuir o montante nominal das pensões; ou mesmo por via indireta, através do aumento da tributação do rendimento de pensões em sede de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares (IRS).

Adiantamos, desde já, que, no nosso entendimento, o direito à pensão por velhice já reconhecido ao particular beneficia da proteção constitucional

ensionistas se encontrarem em situação distinta por efeito de terem sido objeto de anteriores reformas do sistema com reflexo no cálculo e valor da pensão já em pagamento.” e afirmado que a medida não resolvia qualquer problema no plano da justiça intergeracional, pois incidia também sobre os futuros titulares de pensões sem qualquer ponderação dos efeitos gravosos que as sucessivas modificações do regime de cálculo das pensões e a introdução do fator sustentabilidade implicavam já na determinação do montante da pensão.

²⁴ No ordenamento jurídico português, em nome da convergência entre o regime de proteção social convergente (CGA) e o regime geral da segurança social, ensaiou-se um recálculo das pensões dos funcionários públicos (CGA) de montante líquido mensal superior a €600,00 no artigo 7.º do Decreto n.º 187/XII da Assembleia da República, medida que não entrou em vigor por ter sido, em sede de fiscalização preventiva, declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional – vide o Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 4/2014, Série I, de 07/01/2014.

²⁵ Os mecanismos automáticos de equilíbrio (*Automatic balancing mechanisms*) visam a sustentabilidade financeira do sistema de pensões e consistem em mecanismos de ajustamento aos elementos demográficos e económicos que alteram a taxa de atualização anual das pensões em pagamento, podendo determinar a contenção na atualização das pensões em pagamento. Existem mecanismos de equilíbrio na Suécia (desde 1998) e na Alemanha (desde 2004). No modelo sueco, o sistema de estabilização automática permite reduzir o montante nominal das pensões em ciclos de decréscimo económico. O modelo alemão prevê um mecanismo de proteção que impede a descida do montante nominal da pensão (cláusula de salvaguarda) e um mecanismo de compensação desses custos através da não revalorização das pensões nos anos seguintes até à recuperação da diferença (cláusula de correção em anos sucessivos). No ordenamento jurídico português, não existe uma fórmula de automatização do sistema de atualização de pensões e o poder político-legislativo tem optado por decisões *ad hoc* quanto à atualização de pensões. No entanto, foi ensaiada uma iniciativa legislativa – o artigo 6.º do Decreto n.º 262/XII da Assembleia da República – que previa a criação e enunciava os critérios para ser construído um mecanismo de indexação das pensões públicas, mas não instituiu a concreta fórmula de atualização das pensões. Tratava-se de um mecanismo inspirado no modelo alemão, com cláusula de salvaguarda (6.º, n.º 2) e cláusula de correção em anos futuros (6.º, n.º 3). No Acórdão n.º 575/2014, de 14 de agosto de 2014, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>, o Tribunal Constitucional decidiu não tomar conhecimento do pedido de fiscalização da inconstitucionalidade quanto ao artigo 6.º do Decreto, mas a medida não vingou e foi abandonada juntamente com as restantes medidas previstas no Decreto.

específica que é conferida aos direitos fundamentais em geral, o que não significa uma absoluta intangibilidade do direito à pensão, mas que esse direito não pode ser restringido sem mais, tendo o legislador que justificar a restrição do direito com fundamento na incrementação de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e que demonstrar que tal restrição não viola nem os princípios estruturantes do Estado de Direito, nem o núcleo essencial do direito fundamental à pensão²⁶.

Efetivamente, em sistemas constitucionais como o português, onde os mais elementares direitos fundamentais de liberdade podem ser objeto de restrições constitucionalmente justificadas, não se pode afirmar que o direito à pensão por velhice se encontra subtraído a essa possibilidade. À semelhança dos demais direitos fundamentais, o direito à pensão por velhice não é um direito intocável, podendo ser restringido, limitado ou afetado de forma desvantajosa²⁷. Afirmar que o *quantum* da pensão por velhice se encontra protegido ou garantido pela Constituição não significa afirmar a intocabilidade do montante da pensão²⁸.

3.1. Inadmissibilidade das restrições ao direito à pensão por velhice: a doutrina dos direitos adquiridos

Tradicionalmente, a maioria da doutrina constitucional portuguesa defendia que os *direitos a pensões adquiridos*, incluindo os respetivos montantes nominais, eram intocáveis²⁹.

²⁶ Sobre a natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice e adotando o entendimento de que este direito reveste natureza de direito materialmente constitucional ou jusfundamental, *vide* MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, in *DataVenia*, n.º 11, ano de 2020, pp. 405-428, disponível em: http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p405_428.pdf.

²⁷ Cf. NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, *cit.*, p. 72.

²⁸ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, *cit.*, pp. 76-77.

²⁹ Assim reconhece LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, *ob. cit.*, p. 272; NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 521-522. LOUREIRO,

Segundo a doutrina dos direitos adquiridos, o direito adquirido é o direito subjetivo que, uma vez constituído na esfera jurídica do seu titular, goza de uma espécie de garantia de intangibilidade relativamente a modificações legislativas (restritivas) supervenientes, porquanto os efeitos jurídicos produzidos pela(s) norma(s) jurídica(s) que conferiram o direito consolidaram-se na esfera jurídica do seu titular, tornando o seu direito irrevogável, imutável e irredutível.

A doutrina dos direitos adquiridos privilegia a estabilidade das situações jurídicas de individuais sujeitos de direito, o que, frequentemente, se traduz na perpetuação de regimes legais que originam assimetrias do ponto de vista do interesse coletivo e da justiça social³⁰.

João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões entre a atualização e a redução”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 92 (2016), p. 729, distingue, quanto à possibilidade de ser reduzido o valor das pensões *em pagamento*, três posições distintas na doutrina e jurisprudência portuguesas: a tese clássica, só marginalmente contestada, segundo a qual uma vez adquirido um direito à pensão, o seu montante não poderia ser reduzido; a tese do pós-crise, que admite apenas reduções temporárias e excecionais dos montantes das pensões em pagamento; e a tese que, reconhecendo o carácter estrutural e não meramente conjuntural da insustentabilidade do sistema de segurança social, admite a possibilidade de redução, a título permanente e não meramente transitório, dos montantes das pensões, no quadro de uma reforma legislativa estrutural, global e gradual.

³⁰ Na doutrina e na jurisprudência constitucionais brasileiras, a questão do direito adquirido à aposentadoria é objeto de intenso estudo, dado que o instituto do direito adquirido tem consagração expressa no texto constitucional brasileiro e o poder político vê-se confrontado com esta limitação de matriz constitucional sempre que pretende modificar as regras da previdência social. O entendimento dominante na doutrina constitucional brasileira é o de que o artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988 proíbe o legislador de, por qualquer via, restringir direitos adquiridos, incluindo os direitos adquiridos à aposentadoria, cujos montantes jamais poderiam ser reduzidos. A maioria da doutrina brasileira entende, ainda, que o disposto no mencionado preceito constitucional não pode sequer ser revisto por emenda constitucional. Contra o entendimento dominante, *vide* SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, nº. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008, pp. 1-28, que salienta, a propósito da doutrina dos direitos adquiridos, a questão da “tirania constitucional de uma geração sobre as seguintes” e refere que o valor da segurança jurídica, subjacente a esta doutrina, não é o único valor constitucional acolhido pela Constituição brasileira, havendo outros valores, como a democracia, a justiça social e a igualdade material, que também terão de ser equacionados no processo de interpretação da Constituição.

Acresce, ainda, que a proteção que jorra do instituto do direito adquirido e que a doutrina constitucional tradicionalmente considerava ser aplicável à pensão por velhice em pagamento não encontra fundamento na letra do texto constitucional português³¹.

No constitucionalismo português, Gomes Canotilho considera que o princípio da proibição do retrocesso social limita a liberdade de conformação política ao nível dos *direitos adquiridos*, vendando qualquer tentativa de reversibilidade dos direitos já constituídos, afirmando que uma tal reversibilidade constituiria violação clara do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, que prescreve que, a todos, seja assegurado um mínimo para uma existência condigna. Para o autor, os direitos prestacionais subjetivamente adquiridos devem ser reconhecidos como direitos de propriedade e erigidos a limite intransponível da margem de liberdade de conformação política³².

Assumindo, nesta matéria, uma posição mais restritiva, que passa pela defesa da intocabilidade do direito adquirido à pensão por velhice do regime contributivo³³, Reis Novais afirma que “dentro do direito à pensão há variações substanciais na consistência das posições e situações jurídicas protegidas”³⁴, isto é, gradações de intensidade em termos de tutela jurídica e que “é diversa a consistência de um direito à pensão que se vai formando durante a vida ativa, mas

³¹ Contrariamente à Constituição federal brasileira de 1988, que dispõe, no seu artigo 5.º, inciso XXXVI, que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, erigindo o instituto do direito adquirido a direito de natureza constitucional.

³² “O reconhecimento desta proteção de «direitos prestacionais de propriedade», subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador (...)” – assim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 339.

³³ O autor aceita a eventual restrição do direito adquirido à pensão do regime não contributivo, quando afirma que “em qualquer caso, a eventual restrição de direitos consolidados justificada por razões extremas devidamente escrutinadas tem de passar por um controlo judicial intensivo do respeito pelos princípios constitucionais estruturantes (...)”. – sobre este ponto, NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., p. 96.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., pp. 72-73.

que ainda não está constituído, da de um direito à pensão já reconhecido, subjetivado e consolidado na esfera jurídica do despectivo titular; (...) é diferente a solidez [e força de resistência jurídica] do direito e das expectativas de alguém que já tem a pensão em pagamento e que, por razões de idade ou de saúde, não tem mais condições de retorno ao mercado de trabalho (...) das de um outro alguém que ainda não preenche aqueles requisitos e se encontra na plenitude da vida ativa”³⁵.

Reis Novais defende, portanto, a intocabilidade das pensões contributivas em pagamento, que assumiriam, nesta perspectiva, natureza de direitos constituídos, consolidados ou adquiridos, argumentando que, no plano jurídico infraconstitucional, o legislador tem reafirmado a proteção dos direitos à pensão já constituídos: consagrando o princípio da tutela dos direitos adquiridos e afirmando a distinção entre direitos já constituídos e direitos em formação na Lei de Bases do Sistema de Segurança Social; e garantindo sempre, nas sucessivas revisões legislativas do regime jurídico das pensões, a subsistência dos quantitativos dos direitos à pensão por velhice já constituídos ao abrigo de legislação anterior, dando consistência reforçada às expectativas legítimas dos respetivos titulares quanto à intocabilidade dos seus direitos^{36 37}.

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., p. 73.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., pp. 74-75.

³⁷ Coisa diferente é afirmar que um direito à pensão por velhice de matriz contributiva, que se constitui na esfera jurídica do seu titular com adequado suporte financeiro em contribuições e quotizações, deve ser objeto de uma mais intensa tutela constitucional do que aquele direito que foi reconhecido sem base em qualquer esforço contributivo do titular, desde logo porque a posição jurídica do pensionista que contribuiu para o financiamento da sua própria pensão por velhice deve ser mais extensamente protegida e valorizada no processo de interpretação constitucional.

3.2. Admissibilidade das restrições ao direito à pensão por velhice

O facto de o legislador ter vindo, no plano infraconstitucional, a reforçar a convicção da intocabilidade do montante das pensões já atribuídas e em pagamento não constitui impedimento ou obstáculo intransponível a uma futura restrição desses direitos, mas significa, isso sim, que uma eventual redução do montante das pensões por velhice em pagamento se sujeita, naturalmente, a um crivo jurídico-constitucional muito mais apertado e exigente, visto que muito maior deve ser a proteção constitucional dos titulares dos direitos já constituídos.

Naturalmente, a redução dos montantes das pensões por velhice em pagamento carecerá, necessariamente, de uma mais intensa tutela jurídica, o que não significa “uma imunização dos referidos direitos e uma subtração a ponderações com outros bens jurídico-constitucionais que se revelem necessárias”³⁸.

Saliente-se que, a par com o princípio da tutela dos direitos, que abrange, em bom rigor, os direitos adquiridos e os direitos em formação³⁹, a Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social prevê, também, um princípio de adaptabilidade do quadro legal das pensões a novos condicionalismos sociais⁴⁰.

Portanto, a leitura e conjugação das várias disposições constitucionais consagradas na Lei Fundamental tenderá, inevitavelmente, a evoluir no sentido de abandonar as teses defensoras da intocabilidade dos direitos adquiridos à pensão por velhice e de admitir a sua restrição – tendência que foi, aliás, evidenciada na recente *jurisprudência da crise* em Portugal.

³⁸ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?*, ob. cit., p. 273. LOUREIRO, João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões entre a atualização e a redução”, cit., pp. 747-748.

³⁹ Artigos 20.º e 66.º da Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social, Lei n.º 4/2007, de 16 de maio.

⁴⁰ Artigo 63.º, n.º 1 da Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social, Lei n.º 4/2007, de 16 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83-A/2013, de 30 de dezembro.

O direito adquirido, se concebido como um direito absoluto, sacrossanto e intangível, revela-se uma garantia jurídica de *status quo*, que serve muito mais aos que já têm direitos do que aos que nada têm⁴¹. Se considerarmos que os direitos fundamentais sociais são instrumentos constitucionais de emancipação e não de conservação do *status quo*, não podemos aceitar uma doutrina que fossiliza todos os direitos já adquiridos, sem ter em consideração se são justos ou não e se são legítimos ou não⁴².

Com efeito, o direito à pensão por velhice (em pagamento) caracteriza-se por ser um direito fundamental sujeito a restrições como qualquer outro direito fundamental, não havendo fundamento constitucional para lhe conferir estatuto de direito subjetivo supraconstitucional, intocável, inderrogável, imutável.

3.3. A extensão da tutela jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice em pagamento

Assumindo que, do ponto de vista jurídico-constitucional, é possível afetar e/ou restringir o direito à pensão pública por velhice, isto é, as pensões por velhice em pagamento, note-se, todavia, que qualquer medida legislativa restritiva nesta matéria encontra-se submetida a (exigentes) parâmetros de aferição da inconstitucionalidade.

Na verdade, se existe uma ampla margem de conformação do legislador democrático na implementação e na realização positiva de direitos fundamentais sociais, o controlo jurídico-constitucional intensifica-se quando o legislador

⁴¹ SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, cit., p. 16.

⁴² SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, cit., p. 27.

pretende alterar as prestações sociais existentes no sentido da sua restrição ou da sua revogação⁴³.

Vejam, então, quais os parâmetros jurídico-constitucionais que balizam e limitam a margem de atuação legislativa do poder político-legislativo nesta matéria.

Não obstante o direito à pensão por velhice, com o seu inerente *montante prestacional*, poder ser considerado, em si mesmo, um direito de natureza jusfundamental⁴⁴, ele constitui, também, uma decorrência ou projeção do direito fundamental à segurança social, bem como do direito fundamental à sobrevivência – por assegurar a subsistência de um grupo social particularmente vulnerável: os idosos. Por outro lado, no âmbito das pensões concedidas com suporte em contribuições sociais, esse direito à pensão por velhice acaba por beneficiar, ainda que parcialmente, da tutela conferida pelo direito fundamental à propriedade.

Como ponto de afluência e confluência de vários âmbitos de proteção de diferentes direitos fundamentais, o direito à pensão por velhice goza de um estatuto jurídico-constitucional *especialmente garantido*, com gradações em termos de tutela jurídica:

i) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que se destine a assegurar a sobrevivência do idoso goza de uma garantia constitucional de proteção absoluta, nunca podendo esse montante ser fixado abaixo do limiar necessário a assegurar uma sobrevivência condigna do idoso;

ii) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que resultou da contribuição social a ele destinado pode ser reduzido, mas tal redução terá de

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 4.

⁴⁴ A este propósito, *vide* MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, cit., pp. 405-428.

passar pelo exigente crivo de uma garantia constitucional particularmente reforçada, que resulta da confluência dos âmbitos de proteção do próprio direito fundamental à pensão por velhice e do direito fundamental de propriedade;

iii) o remanescente montante da pensão por velhice em pagamento, na parte em que exceda um mínimo para a existência condigna do idoso, bem como o valor do esforço contributivo na base da concessão da pensão, goza de uma garantia constitucional comum a qualquer direito fundamental, garantia que brota da natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice⁴⁵.

A garantia constitucional conferida pelo direito fundamental à pensão por velhice impõe que as alterações que o legislador pretenda introduzir tenham de se fundamentar em comprovados motivos justificados de valor constitucional, como a escassez de recursos, o interesse público na sustentabilidade financeira do sistema de segurança social e/ou o princípio da solidariedade intergeracional, e, bem assim, que tenham de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, nomeadamente os que decorrem dos princípios constitucionais estruturantes aplicáveis às restrições de direitos fundamentais.

3.3.1. O limite jurídico-constitucional intransponível do “mínimo para uma existência condigna”

O primeiro parâmetro de controlo a ser mobilizado na eventualidade de restrição do direito à pensão por velhice é, inquestionavelmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, donde, em conjugação com o direito fundamental à segurança social, enunciado no artigo 63.º, n.º 1 da Constituição, se extrai um

⁴⁵ Para quem não aceite que o direito à pensão por velhice se jusfundamentalizou pelo enraizamento na consciência jurídica geral, a garantia de proteção constitucional comum poderá brotar, *in limine*, do direito fundamental à segurança social.

direito fundamental à sobrevivência, que se traduz numa proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas legais que preveem a atribuição de prestações destinadas a assegurar o mínimo para uma existência condigna⁴⁶. Este entendimento decorre da decisão jurisprudencial proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 509/2002⁴⁷ e, atualmente, é aceite pacificamente pela maioria da doutrina constitucional portuguesa.

Portanto, atualmente, entende-se que o Estado tem o dever de assegurar, por via negativa e por via positiva, mediante prestações pecuniárias e/ou em espécie, meios materiais que assegurem a todos, de forma condigna, a sua própria existência, independentemente da conjuntura económica e financeira do país ou de particulares orientações políticas da governação.

Pode-se, por conseguinte, afirmar que o primeiro limite, intransponível, consensualmente aceite na doutrina e jurisprudência constitucional portuguesas, à restrição do direito à pensão por velhice consiste em deixar intocado o mínimo para assegurar uma existência condigna ao idoso.

Como consequência direta deste primeiro limite jurídico-constitucional, o poder político não pode eliminar os institutos *pensão de reforma* ou *pensão por aposentação*, deixando completamente desprotegidos, sem qualquer meio de subsistência, os idosos.⁴⁸

Assim, por exemplo, o direito a uma pensão por velhice solidária ou não contributiva não pode ser suprimido, nem o seu montante pode ser reduzido de tal modo que não assegure uma existência condigna ao seu titular.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 12.

⁴⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002, de 19 de dezembro de 2002, publicado no Diário da República n.º 36/2003, Série I-A, de 12 de fevereiro de 2003.

⁴⁸ Também por exigência do princípio da igualdade, nunca poderia o poder político assegurar os meios para uma existência condigna aos cidadãos ativos, que ainda têm a possibilidade de ingressar no mercado de trabalho, e deixar de os assegurar a um grupo social inativo, particularmente vulnerável, como é o da terceira idade.

3.3.2. A garantia jurídico-constitucional reforçada decorrente das contribuições acumuladas, destinadas à cobertura da eventualidade de velhice

Contudo, o poder político-legislativo não pode reduzir todos os montantes das pensões por velhice ao mínimo para uma existência condigna, pelo menos no que diz respeito às pensões do sistema previdencial, concedidas em função do esforço contributivo do pensionista, por força de um segundo parâmetro de controlo constitucional – o direito fundamental à propriedade.⁴⁹

Mesmo que o sistema de segurança social português não se caracterize por ser um modelo de capitalização, nunca uma medida legislativa deverá reduzir os montantes das pensões previdenciais para valores que fiquem aquém do que resultaria das contribuições sociais acumuladas, efetivamente pagas⁵⁰ e capitalizadas, destinadas à cobertura do risco social velhice⁵¹, sob pena de o

⁴⁹ Note-se que se o poder político-legislativo diminuísse o montante de todas as pensões ao valor mínimo necessário a assegurar um mínimo para uma existência condigna violaria, também, o princípio da igualdade, que prescreve um tratamento diferenciado das diferentes situações contributivas, bem como o princípio da proporcionalidade na distribuição dos encargos do sistema de segurança social.

⁵⁰ Referir-nos, portanto, a contribuições e quotizações efetivamente percebidas pelo Estado, o que é substancialmente diferente das contribuições e quotizações devidas ao Estado, que incidem sobre remunerações de trabalho declaradas, mas que nunca foram liquidadas, pese embora estejam na base da concessão de prestações sociais por força do princípio da garantia das prestações sociais.

⁵¹ O que não é o mesmo que garantir ao pensionista uma pensão correspondente à totalidade das remunerações mensais reais registadas durante toda a sua carreira contributiva, nem sequer uma pensão correspondente à soma de todas as contribuições sociais efetivamente percebidas pelo Estado durante o período de contribuição, dado que as contribuições para o sistema previdencial de segurança social não se destinam a financiar apenas a eventualidade de velhice, mas financiam globalmente as várias eventualidades a coberto do regime de proteção social, prevendo a lei a percentagem da contribuição que se destinará ao financiamento de cada eventualidade – velhice, invalidez, doença, desemprego, parentalidade, morte.

Assim, discordamos das posições doutrinárias e jurisprudenciais, como a vertida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, que negam qualquer proteção constitucional à pensão por velhice decorrente do direito fundamental de propriedade, por considerarem que, nesta matéria, existe um específico direito fundamental aplicável, o direito fundamental à segurança social. Porém, também não entendemos que o direito de propriedade tenha toda a projeção que a doutrina portuguesa usualmente aponta, mais concretamente não defendemos que o direito de propriedade

Estado se apoderar, injustificadamente, do que não lhe pertence ou do que não lhe foi destinado.

Por força do princípio da solidariedade social, típico em modelos de repartição, não vigora no sistema previdencial de segurança social português um princípio de equivalência direta ou de corresponsabilidade estrita entre o montante da obrigação contributiva e o montante mensal da pensão por velhice concedida.

No domínio das pensões, até à data, os desvios ao princípio da corresponsabilidade sempre visaram o favorecimento dos titulares das pensões por velhice: o quadro legal sempre admitiu que o *quantum* da pensão pudesse, por força de mecanismos de solidariedade social que o mitigam, ser superior ao que resultaria da estrita consideração das contribuições sociais acumuladas, devidamente corrigidas, mas nunca igual ou inferior⁵². É, no fundo, esta a aspiração que subjaz ao modelo de repartição: ir mais longe na proteção social do que o modelo de capitalização ou de seguro social e esta aspiração sempre foi particularmente visível no domínio dos regimes legais das pensões.

Uma eventual restrição do direito à pensão por velhice do tipo contributivo não deverá, à partida, descurar a relação sinalagmática entre a obrigação contributiva e o montante do direito à pensão. Com efeito, o somatório das

protege o *quantum* integral da pensão. Com efeito, apenas o somatório das contribuições e quotizações pagas e acumuladas, devidamente corrigido, no percentual, fixado por lei, destinado à cobertura do risco social velhice, corresponde, no fundo, ao património do pensionista, a coberto do direito fundamental de propriedade. Face ao exposto, dir-se-á que a tutela constitucional decorrente do direito de propriedade pode ser, na generalidade dos casos, bastante redutora.

⁵² Apesar de existirem casos em Portugal em que o princípio da solidariedade mitiga o princípio da contributividade em desfavor do titular da prestação social, como sucede com a prestação de subsídio de desemprego, em que o titular fica sujeito a receber uma prestação mensal com um montante máximo, independentemente de poder ter contribuído, no percentual respetivo, para uma prestação de valor superior, essa lógica encontra-se claramente afastada no caso das pensões, podendo afirmar-se a disseminação na consciência social geral de que o percentual da contribuição social destinado ao financiamento da pensão por velhice constitui património dos seus titulares. Esta convicção social foi sempre reforçada por generosas medidas político-legislativas que conferiram direitos à pensão em montantes muito superiores aos que seriam devidos em função do esforço contributivo.

contribuições e quotizações acumuladas e efetivamente pagas e da respetiva capitalização constante do histórico contributivo do pensionista, no percentual da contribuição social, fixado por lei, destinado à cobertura da eventualidade de velhice, corresponde, no fundo, a um direito fundamental de propriedade do pensionista⁵³.

Não deverá ser imputada ao pensionista a irresponsabilidade política de afetação de receitas destinadas ao financiamento de pensões ao financiamento de medidas sociais solidárias, que deveriam ter sido financiadas por via de impostos do orçamento estadual e não por via de contribuições sociais⁵⁴.

⁵³ Sobre este ponto, cf. NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, cit., pp. 73-74: “(...) mesmo não havendo, num sistema de segurança social como o nosso, uma contrapartida exata entre contribuições e pensão, há uma relação finalística, instrumental, sinalagmática, entre os dois planos da obrigação de contribuir durante a vida ativa e do conseqüente direito à pensão. Tal retira à pensão fixada pelo Estado a natureza de pura e simples liberalidade e confere-lhe a natureza de algo também criado pelo esforço contributivo dos beneficiários, a natureza de algo que o Estado prometera e agora *devolve* aos anteriores contribuintes também em função do *quantum* que estes lhe haviam entregado não por opção livre, mas porque o Estado lhes impusera coativamente essa obrigação contributiva em ordem ao financiamento deste tipo de prestações (...)”.

Assinalando que a liberdade de conformação do legislador na *reformatio in pejus* da legislação em vigor é menor no âmbito do sistema *previdencial ou contributivo* e advogando uma tutela reforçada, porventura sustentada no direito fundamental de propriedade, relativamente a quem contribui para o sistema, vide MEDEIROS, Rui, Anotação ao artigo 63.º, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 933-934.

No âmbito do direito comparado, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm entendido que as pensões resultantes de contribuições não irrisórias constituem uma nova forma de propriedade, protegida sob o direito constitucional de propriedade. – assim, DILIAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, ob. cit, p. 110. Também a doutrina e a jurisprudência gregas consideraram, recentemente, que as pensões por velhice se encontram abrangidas pelo direito de propriedade consagrado na Constituição grega. – neste sentido, vide DILIAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, ob. cit, pp. 107-117.

⁵⁴ Assim o prevê o artigo 54.º da Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social – Lei n.º 4/2007, de 16 de maio –: “O sistema previdencial deve ser fundamentalmente autofinanciado, tendo por base uma relação sinalagmática direta entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações”. As contribuições sociais nem sequer se devem destinar ao financiamento de “mecanismos de compensação social” ou a medidas de solidariedade que o poder político deva implementar, inclusivamente em cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana ou de

No modelo de repartição ou de *pay-as-you-go*, as contribuições sociais do beneficiário destinadas à cobertura da eventualidade de velhice não se destinam ao financiamento da sua própria pensão por velhice, como sucede no modelo de capitalização ou de *funding*, mas visam o financiamento das pensões por velhice do sistema previdencial dos atuais pensionistas.

Não obstante, quando o trabalhador contribui para o financiamento da eventualidade de velhice não o faz com espírito de liberalidade, mas porque a tal se encontra legalmente obrigado segundo um quadro legal que prevê, como contrapartida da sua contribuição – que financiará o pagamento das pensões de outros –, o reconhecimento de um futuro direito a uma pensão de matriz contributiva financiada pelas futuras gerações.

Se, no modelo de repartição, o pensionista não financia o pagamento da sua própria pensão por velhice, tal não significa que o seu direito subjetivo não reveste natureza patrimonial. O modo de financiamento do direito não afasta a natureza patrimonial do direito à pensão por velhice. À medida que o beneficiário vai contribuindo para o sistema de pensões, ele vai formando um direito à pensão de natureza patrimonial, que será maior ou menor no seu montante mensal em função do maior ou menor valor da sua contribuição social.

A natureza patrimonial do direito decorre, ainda, do facto de o reconhecimento administrativo do direito depender da prévia existência de contribuições sociais finalisticamente orientadas para a concessão da pensão do tipo contributivo (prazo de garantia)⁵⁵.

prementes razões de justiça redistributiva. O financiamento do sistema de solidariedade deve ser feito pelo Orçamento de Estado em função e na medida das receitas arrecadadas com impostos.

⁵⁵ As contribuições sociais correspondem, portanto, a tributos obrigatórios, finalisticamente orientados para uma função estadual específica: a proteção social. Efetivamente, se as pensões contributivas não gozam de adequada tutela jurídica, não pode o poder político, legitimamente, exigir o pagamento obrigatório de contribuições sociais destinadas ao financiamento das pensões contributivas. Esta foi, aliás, a posição adotada pela jurisprudência constitucional na Grécia – *v.g.* Council of State (Plenary Session), 10 June 2015, no. 2287-2290/2015 –, a propósito da possibilidade de a componente suplementar (contributiva) da pensão por velhice poder, virtualmente, por força

Por isso se pode afirmar que a pensão por velhice do sistema previdencial que resulta estritamente do somatório das contribuições e quotizações acumuladas e efetivamente pagas, capitalizadas, no percentual fixado por lei como destinado à cobertura do risco social velhice, constitui património ou propriedade do pensionista, enquanto que as pensões por velhice do tipo solidário, financiadas por receitas gerais de impostos, não constituem propriedade dos seus titulares.

Neste sentido já se pronunciou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Gaygusuz v. Áustria*⁵⁶, considerando que uma prestação social para assistência urgente a desempregados prevista na lei austríaca e concedida a desempregados que contribuíram para o fundo de desemprego austríaco e esgotaram o subsídio de desemprego a que tinham direito constitui um direito de natureza patrimonial – *pecuniary right* –, fundamentando que a natureza patrimonial do direito decorre da ligação intrínseca entre o reconhecimento do direito à prestação e a obrigação prévia de o titular pagar contribuições. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconheceu a natureza patrimonial do direito sem tecer quaisquer considerações a propósito do modelo de financiamento de segurança social austríaco, que, tal como o português, é um modelo de repartição.⁵⁷

de uma *cláusula de défice nulo*, vir a tornar-se inexistente no futuro, em função da evolução da conjuntura sociodemográfica. – sobre este tema, DILLAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, ob. cit, pp. 91-92.

⁵⁶ *Gaygusuz v. Áustria*, no. 17371/90, European Court of Human Rights (ECHR) 1996, disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

⁵⁷ Surpreendentemente, no caso *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, ECHR 2003, disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que um subsídio por deficiência para adultos, uma prestação de natureza solidária ou não contributiva, constituía um direito de propriedade para efeitos de aplicação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 (ou Protocolo Adicional) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal afirmou-o sem desenvolver argumentação jurídica que sustentasse a afirmação, limitando-se a referir que o facto de ter decidido, no caso *Gaygusuz v. Áustria*, que o direito a uma prestação contributiva constituía um direito patrimonial não significava, *a contrario sensu*, que o direito a uma prestação não contributiva não constituísse também um direito de propriedade. Como bem salientou o juiz Mularoni, na sua declaração de voto à decisão proferida em *Koua Poirrez v. France*, não se

Assim, o pensionista dispõe da garantia constitucional patrimonial sobre as contribuições sociais destinadas à eventualidade de velhice, que ele suportou integralmente ou conjuntamente com a sua entidade patronal.

No entanto, considerando que os montantes das pensões por velhice do sistema previdencial português não correspondem ao somatório das contribuições acumuladas e da respetiva capitalização, não existindo correspondência entre o montante das contribuições e o valor das prestações, e considerando, ainda, que os montantes das pensões por velhice do sistema previdencial são resultado da introdução, na fórmula de cálculo, de diversos fatores de natureza solidária ou não contributiva, dificilmente uma medida legislativa restritiva conflituará com esta garantia constitucional.

Trata-se de uma garantia constitucional reforçada por ser ponto de confluência de dois direitos fundamentais – o direito fundamental à pensão por velhice e o direito fundamental de propriedade –, pelo que se exige uma ponderação particularmente cuidadosa das posições jurídicas dos seus titulares – que são titulares não de um, mas de dois direitos fundamentais –, bem como da igualdade de tratamento entre pensionistas com carreiras contributivas distintas.

compreende como é que uma prestação social não contributiva possa ser considerada propriedade do seu titular. Também o juiz Borrego Borrego, na declaração de voto à decisão proferida no caso *Stec and Others v. The United Kingdom*, no. 65731/01, 65900/01, ECHR 2006, disponível em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>, defendeu que o Tribunal fora longe de mais na interpretação do conceito de propriedade e que as prestações não contributivas não deviam ser consideradas propriedade dos titulares.

Não obstante, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem reiterado sucessivamente a sua posição nesta matéria, reafirmando que qualquer benefício ou prestação social previsto na lei estadual, incluindo os benefícios do tipo não contributivo, se encontram cobertos pelo âmbito de proteção do direito de propriedade previsto no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção, nos casos *Stec and Others v. The United Kingdom*, nos. 65731/01, 65900/01, ECHR 2006; *Andrejeva v. Latvia*, no. 55707/00, ECHR 2009; *Andrle v. The Czech Republic*, no. 6268/08, ECHR 2011; *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, ECHR 2012; *Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal* (dec.), nos. 62235/12 and 57725/12, ECHR 2013; *Mockienė v. Lithuania* (dec.), no. 75916/13, ECHR 2017, todos disponíveis em <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

3.3.3. A garantia jurídico-constitucional decorrente da natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice

O reconhecimento de um direito fundamental à pensão por velhice⁵⁸ permite conferir proteção constitucional à pensão por velhice na parte em que exceda o mínimo para uma existência condigna e, bem assim, o estrito cálculo do percentual das contribuições destinado ao financiamento da pensão, devidamente capitalizado.

A garantia constitucional conferida pelo *direito fundamental* à pensão por velhice impõe que as restrições que o legislador pretenda introduzir nas pensões por velhice em pagamento tenham, por um lado, de se fundamentar em comprovados motivos justificados de valor constitucional, como a escassez de recursos, o interesse público na sustentabilidade financeira do sistema de segurança social e/ou o princípio da solidariedade intergeracional, e, por outro lado, de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, designadamente os que decorrem dos princípios da proporcionalidade⁵⁹ e da igualdade e a garantia de inviolabilidade do núcleo essencial do direito fundamental.

O núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice corresponderá ao montante da pensão por velhice que assegura não só uma existência condigna, mas também uma participação na vida social *não ostensivamente dispar* da que o beneficiário passou a usufruir quando lhe foi reconhecido o direito à pensão por velhice. Assim, se a redução do montante da pensão por velhice não permitir condições de vida *minimamente aproximadas* das que o pensionista gozava antes da redução do montante da pensão e implicar uma

⁵⁸ Sobre a natureza jurídica jusfundamental do direito à pensão pública por velhice, *vide* MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, *cit.*, pp. 405-428.

⁵⁹ O princípio constitucional estruturante da proporcionalidade, nas suas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, serve de parâmetro constitucional para aferir a inconstitucionalidade da medida legislativa restritiva do direito à pensão por velhice (a pensão em pagamento).

modificação substancial do modo de vida do pensionista, estaremos perante uma violação do núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice.

Com uma abordagem distinta, o Tribunal Constitucional tem recorrido ao princípio da proteção da confiança legítima como parâmetro jurídico-constitucional para aferir se a medida legislativa restritiva do direito à pensão por velhice é ou não conforme à Constituição.

Efetivamente, o princípio da proteção da confiança tem sido o parâmetro constantemente mobilizado pela jurisprudência constitucional em matéria de pensões⁶⁰, independentemente de as pensões se encontrarem em processo de formação ou já em pagamento.

O princípio da proteção da confiança é um dos subprincípios decorrente do princípio do Estado de Direito e das exigências de segurança jurídica⁶¹. A jurisprudência constitucional portuguesa recorre a este princípio constitucional para aferir a inconstitucionalidade de medidas restritivas do direito à pensão por velhice, porquanto uma eventual restrição desse direito configurará uma situação

⁶⁰ Ora, a violação do princípio da proteção da confiança foi apreciada pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade de medidas legislativas aprovadas na sequência da crise económica e financeira que afetou Portugal no período de 2009-2014. O Tribunal Constitucional apreciou a questão da redução das pensões à luz do princípio da proteção da confiança legítima nos Acórdãos n.º 188/2009 (previsão de um limite superior para uma das parcelas da pensão que integra a fórmula de cálculo do montante da pensão), n.º 3/2010 (alterações ao Estatuto da Aposentação), n.º 353/2012 (suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal pela Lei do Orçamento de Estado para 2012), n.º 187/2013 (suspensão do pagamento do subsídio de férias pela Lei do Orçamento de Estado para 2013) e n.º 862/2013 (convergência do regime das pensões dos subscritores da Caixa Geral de Aposentações com o regime das pensões dos beneficiários do regime geral de segurança social), todos disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>.

⁶¹ Como se refere em NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 261, o princípio da proteção da confiança dos cidadãos (ou de determinados grupos sociais) relativamente à ação dos órgãos do Estado, dedutível do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, é um elemento essencial não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de Direito.

de *retrospetividade* ou de *retroatividade inautêntica*⁶², na medida em que o poder político-legislativo pretenderá aprovar uma lei restritiva que vigorará *ex nunc*, mas que afetará direitos que, embora constituídos no passado com a cobertura de lei anterior, prolongam os seus efeitos no presente.

O Tribunal Constitucional aplica o princípio da proteção da confiança como um verdadeiro teste de ponderação de bens, inspirado ou de atuação conjunta com o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso, em que se pondera, por um lado, o peso específico das *expectativas* dos particulares afetadas pelas medidas legislativas restritivas e, por outro lado, a importância do interesse público a proteger e a própria liberdade de conformação política, decidindo qual prevalece.

Com efeito, o Tribunal Constitucional pondera as *legítimas expectativas* dos pensionistas e pondera os motivos de interesse público na restrição dos direitos às pensões por velhice perante as *legítimas expectativas* dos pensionistas para

⁶² A doutrina e a jurisprudência portuguesas distinguem retroatividade – a nova lei visa regular situações constituídas e com efeitos produzidos na vigência da lei anterior – e retrospetividade ou retroatividade inautêntica – a nova lei visa regular situações constituídas na vigência da lei anterior, mas que ainda produzem efeitos à data de entrada em vigor da nova lei. Se, *a priori*, ressalvadas algumas situações excecionais, a retroatividade de uma lei restritiva de direitos se encontra vedada, por força dos princípios constitucionais de segurança jurídica e de proteção da confiança, sendo reflexo desses princípios as normas consagradas nos artigos 18.º, n.º 3 (proibição de leis retroativas restritivas de direitos, liberdades e garantias), 29.º (proibição de retroatividade de lei penas desfavorável ao arguido) e 103.º, n.º 3 (proibição de impostos retroativos), todos da Constituição, já a restrição de efeitos futuros de normas que constituíram situações jurídicas no passado – retrospetividade – será, em princípio, e salvo casos excecionais, admissível, porquanto é uma decorrência natural dos princípios da democracia e da liberdade de conformação e de revisibilidade político-legislativa.

Desde sempre o Tribunal Constitucional afirmou que o princípio da proteção da confiança não excluía a possibilidade de leis retroativas, mas impunha limites à retroatividade (*lato sensu*), que não poderia afetar de forma intolerável, inadmissível, arbitrária ou excessivamente onerosa a confiança dos particulares. – sobre este tema, *vide* PINTO, Paulo Mota, “A Proteção da confiança na «Jurisprudência da Crise»”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – ensaios críticos*, org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 138-141.

concluir se as *expectativas* são afetadas ou não de forma desproporcionada ou excessiva e, assim, ajuizar sobre a inconstitucionalidade da medida legislativa.

A aplicação prática deste princípio gera as maiores dificuldades, pois se, por um lado, se entende que os pensionistas criaram *legítimas expectativas*⁶³ quanto à permanência de um dado quadro legislativo em matéria de pensões públicas por velhice, por outro lado, o poder político está vinculado à prossecução do interesse público, tendo de dispor de margem de conformação política, incluindo a possibilidade de alterar as leis vigentes.

Nesta ponderação casuística de interesses, são valorados múltiplos fatores e circunstâncias históricas e conjunturais para atribuição de pesos aos interesses em disputa, pelo que o resultado da ponderação apresenta-se, *a priori*, imprevisível e incerto⁶⁴.

Em termos de resultado, o princípio pode determinar soluções bastante diferenciadas consoante a maior ou a menor premência do interesse público, que vão desde a garantia absoluta de intocabilidade dos direitos adquiridos ao abrigo do quadro legislativo anteriormente vigente, passando por exigências mais ténues de proteção das posições jurídicas através de disposições transitórias que salvaguardem os pensionistas de alterações demasiado bruscas no quadro legislativo, até à proteção minimalista dos pensionistas⁶⁵.

Ficou demonstrado na jurisprudência constitucional portuguesa do período da crise financeira de 2009-2014 que a urgência em evitar a insolvência do próprio

⁶³ As expectativas são consideradas legítimas quando, cumulativamente, as posições jurídicas dos particulares foram adquiridas dentro da estrita legalidade, há indícios consistentes de que as expectativas foram, continuamente, toleradas, estimuladas ou geradas pelo poder político e os particulares não poderiam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal, tendo adotado planos de vida assentes na estabilidade e na continuidade desse quadro legal.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, cit., p. 10; NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes*, ob. cit., pp. 263-264.

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes*, ob. cit., p. 268.

Estado é um fator que pesa no processo de *ponderação* entre o interesse público na redução dos montantes das pensões por velhice e os direitos dos pensionistas, podendo, efetivamente, justificar a redução dos montantes e em quantitativos significativos.

Por conseguinte, a mobilização do princípio da proteção da confiança legítima pode determinar uma proteção jurídico-constitucional muito reduzida das pensões públicas por velhice em pagamento se o interesse público na restrição das pensões for preponderante.

A nosso ver, devemos, porém, considerar que o pensionista é titular de um *direito subjetivo* de natureza constitucional, o direito fundamental à pensão por velhice⁶⁶, e não de uma mera *legítima expectativa jurídica*, pelo que a questão de uma eventual afetação das pensões por velhice em pagamento deverá ser analisada como uma questão de restrição de um direito fundamental, devendo o princípio da proteção das legítimas expectativas ser mobilizado, essencialmente, para os casos de alterações legislativas do quadro legal das pensões por velhice em formação, sobretudo tendo em vista a tutela daquelas situações em que o aspirante a pensionista se encontra na iminência de satisfazer os requisitos legais de acesso ao direito à pensão e uma medida legislativa restritiva, com efeitos imediatos ou a curto prazo, pretende vedar essa possibilidade.

Na verdade, a tutela jurídico-constitucional conferida ao titular de um direito subjetivo de natureza fundamental será sempre mais forte do que a proteção constitucional, decorrente de um princípio geral de direito constitucional, de meras expectativas jurídicas. Ao reconhecermos a natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice conferimos uma adequada tutela jurídico-constitucional à pensão por velhice.

⁶⁶ E, nas pensões contributivas, também titular de um direito fundamental de propriedade.

4. Conclusões

Num quadro de crescente despesa com prestações sociais e na iminência de um cenário de crise económica e financeira, o poder político-legislativo poderá sentir necessidade de repensar, reformar ou mesmo suprimir direitos a prestações sociais concretizadores do direito fundamental à segurança social. Neste contexto, assume relevância a questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice, ou seja, de que modo e com que extensão é que a Lei Fundamental confere proteção a estas pensões.

A questão da proteção jurídico-constitucional das pensões públicas por velhice no ordenamento jurídico português deve ser estudada sob duas perspetivas: na perspetiva dos direitos à pensão por velhice em formação e na perspetiva dos direitos à pensão por velhice já constituídos na esfera jurídica dos seus titulares.

Delimitar o âmbito da proteção jurídica das pensões públicas por velhice consiste em refletir sobre as questões da reversão do quadro legal das pensões por velhice em formação e da afetação e/ou da restrição das pensões por velhice em pagamento, bem como sobre o modo como a Constituição da República Portuguesa tutela as posições jurídicas quer dos aspirantes a pensionistas, quer dos pensionistas por velhice.

O tema da proteção ou tutela jurídico-constitucional das pensões por velhice em formação coloca-se quando surge uma medida político-legislativa que visa reverter o quadro normativo existente, seja por via da introdução de fórmulas de cálculo da pensão mais penalizadoras para as futuras pensões que as previamente existentes, seja por via da introdução de requisitos legais mais exigentes no acesso ao direito à pensão pública por velhice, como o aumento da idade legal de acesso à pensão.

A tendência doutrinária e jurisprudencial no constitucionalismo português é a de considerar juridicamente admissível que o legislador possa retroceder na

forma como materializou em lei o acesso ao direito à pensão por velhice, podendo, desde que observados determinados parâmetros constitucionais, nomeadamente os relativos à proteção da confiança das expectativas dos aspirantes a pensionistas, alterar as normas legais vigentes em matéria de pensões, podendo a lei nova, tendencialmente mais restritiva no acesso à prestação, ser aplicada aos beneficiários cujos direitos se encontram em processo de formação.

Com efeito, não obstante não ser titular de um direito subjetivo à pensão por velhice, o aspirante a pensionista pautou a sua conduta confiando num determinado enquadramento legal, criando uma *expectativa* digna de tutela jurídico-constitucional, pelo que a alteração legislativa do quadro legal vigente deverá não só ser fundamentada na prossecução de um valor constitucional, como deverá observar também o princípio da segurança jurídica na dimensão da proteção da confiança legítima.

Se a doutrina e a jurisprudência tendem a admitir a possibilidade de algum retrocesso social em matéria de direitos a pensões em processo de formação, a controvérsia jurídica agudiza-se quanto à possibilidade de esse retrocesso social afetar os direitos a pensões já reconhecidos e *consolidados* na esfera jurídica dos respetivos titulares.

Podemos equacionar vários modos de afetação e/ou restrição do direito à pensão pública por velhice: quer seja por via de uma redução no montante nominal da pensão por velhice em pagamento, como medida conjuntural, transitória ou excecional ou como medida estrutural, permanente ou de reforma; quer por via do recálculo da pensão por velhice em pagamento, introduzindo um novo fator de redução na originária fórmula de cálculo da pensão; quer por via da positivação de fórmulas de automatização do sistema de pensões que, no limite, poderão aumentar, manter ou diminuir o montante nominal das pensões; ou mesmo por via indireta, através do aumento da tributação do rendimento de pensões.

Tradicionalmente, a maioria da doutrina constitucional portuguesa defendia que os *direitos a pensões adquiridos*, incluindo os respetivos montantes nominais, eram intocáveis. Nesta perspetiva da doutrina dos direitos adquiridos, o direito adquirido é um direito subjetivo que, uma vez constituído na esfera jurídica do seu titular, goza de uma espécie de garantia de intangibilidade relativamente a modificações legislativas (restritivas) supervenientes, porquanto os efeitos jurídicos produzidos pela(s) norma(s) jurídica(s) que conferiram o direito consolidaram-se na esfera jurídica do seu titular, tornando o seu direito irrevogável, imutável e irredutível.

Discordamos desta perspetiva e consideramos que a redução dos montantes das pensões por velhice em pagamento carecerá, necessariamente, de uma mais intensa tutela jurídica, o que não significa uma imunização dos referidos direitos e uma subtração a ponderações com outros bens jurídico-constitucionais que se revelem necessárias.

No nosso entendimento, o direito à pensão por velhice (em pagamento) caracteriza-se por ser um direito fundamental sujeito a restrições como qualquer outro direito fundamental, não havendo fundamento constitucional para lhe conferir estatuto de direito subjetivo *supraconstitucional*, intocável, inderrogável, imutável.

Assim, e assumindo que, do ponto de vista jurídico-constitucional, é possível afetar e/ou restringir o direito à pensão pública por velhice, isto é, as pensões por velhice em pagamento, note-se, todavia, que qualquer medida legislativa restritiva nesta matéria encontra-se submetida a (exigentes) parâmetros de aferição da inconstitucionalidade.

Como ponto de afluência e confluência de vários âmbitos de proteção de diferentes direitos fundamentais, o direito à pensão por velhice goza de um estatuto jurídico-constitucional *especialmente garantido*, com gradações em termos de tutela jurídica: i) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que se destine a assegurar a sobrevivência do idoso goza de uma

garantia constitucional de proteção absoluta, nunca podendo esse montante ser fixado abaixo do limiar necessário a assegurar uma sobrevivência condigna do idoso; ii) o montante mensal da pensão por velhice em pagamento que resultou da contribuição social a ele destinado pode ser reduzido, mas tal redução terá de passar pelo exigente crivo de uma garantia constitucional particularmente reforçada, que resulta da confluência dos âmbitos de proteção do próprio direito fundamental à pensão por velhice e do direito fundamental de propriedade; iii) o remanescente montante da pensão por velhice em pagamento, na parte em que exceda um mínimo para a existência condigna do idoso, bem como o valor do esforço contributivo na base da concessão da pensão, goza de uma garantia constitucional comum a qualquer direito fundamental, garantia que brota da natureza jusfundamental do direito à pensão por velhice.

Com uma abordagem distinta, o Tribunal Constitucional tem recorrido ao princípio da proteção da confiança legítima como parâmetro jurídico-constitucional para aferir se a medida legislativa restritiva das pensões por velhice *em pagamento* é ou não conforme à Constituição.

O Tribunal Constitucional pondera as *legítimas expectativas* dos pensionistas e pondera os motivos de interesse público na restrição dos direitos às pensões por velhice perante as *legítimas expectativas* dos pensionistas para concluir se as *expectativas* são afetadas ou não de forma desproporcionada ou excessiva e, assim, ajuizar sobre a inconstitucionalidade da medida legislativa.

Em termos de resultado, a mobilização do princípio da proteção da confiança legítima pode determinar uma proteção jurídico-constitucional muito reduzida das pensões públicas por velhice em pagamento se o interesse público na restrição das pensões for preponderante.

A nosso ver, devemos considerar que o pensionista é titular de um *direito subjetivo* de natureza constitucional, o direito fundamental à pensão por velhice, e não de uma mera *legítima expectativa jurídica*, pelo que a questão de uma

eventual afetação das pensões por velhice em pagamento deverá ser analisada como uma questão de restrição de um direito fundamental, devendo o princípio da proteção das legítimas expectativas ser mobilizado, essencialmente, para os casos de alterações legislativas do quadro legal das pensões por velhice em formação.

Na verdade, a tutela jurídico-constitucional conferida ao titular de um direito subjetivo de natureza fundamental será sempre mais intensa e adequada do que a proteção constitucional, decorrente de um princípio geral de direito constitucional, de meras expectativas jurídicas.

A garantia constitucional conferida pelo *direito fundamental* à pensão por velhice impõe que as restrições que o legislador pretenda introduzir nas pensões por velhice em pagamento tenham, por um lado, de se fundamentar em comprovados motivos justificados de valor constitucional, como a escassez de recursos, o interesse público na sustentabilidade financeira do sistema de segurança social e/ou o princípio da solidariedade intergeracional, e, por outro lado, de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, designadamente os que decorrem dos princípios da proporcionalidade e da igualdade e a garantia de inviolabilidade do núcleo essencial do direito fundamental.

O núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice corresponderá ao montante da pensão por velhice que assegura não só uma existência condigna, mas também uma participação na vida social *não ostensivamente dispar* da que o beneficiário passou a usufruir quando lhe foi reconhecido o direito à pensão por velhice. Assim, se a redução do montante da pensão por velhice não permitir condições de vida *minimamente aproximadas* das que o pensionista gozava antes da redução do montante da pensão e implicar uma *modificação substancial do modo de vida do pensionista*, estaremos perante uma violação do núcleo essencial do direito fundamental à pensão por velhice.

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003.

DILLAGKA, Dafni, *The Legality of Public Pension Reforms in Times of Financial Crisis: The Case of Greece*, Vol. 69 of *Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

GONÇALVES, Luísa Andías, “Reflexões em torno da Reforma das Prestações Sociais – das Pensões em especial”, in AA.VV. org. Fernando Ribeiro Mendes; Nazaré Costa Cabral, *Por Onde vai o Estado Social em Portugal?*, Vida Económica, Porto, 2014, pp. 192-193.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS, *Adeus ao Estado Social? - A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos "Direitos Adquiridos"*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LOUREIRO, João Carlos, “Cortes, Pensões e Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – ensaios críticos*, org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 185-201.

LOUREIRO, João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões entre a atualização e a redução”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 92, II (2016), pp. 717-755.

LOUREIRO, João Carlos, “Contribuição de sustentabilidade & companhia: linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. II – Sobre o(s) modo(s) de realização da redução retrospectiva dos montantes de pensões”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 93 (2017), pp. 57-88.

MATIAS, Cláudia Isabel Ferraz Dias, “A natureza jurídica do direito à pensão pública por velhice no ordenamento jurídico português”, in *DataVenia*, n.º 11, ano de 2020, pp. 405-428.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.^a edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MONAHAN, Amy B., “Public Pension Plan Reform: The Legal Framework”, *Education Finance and Policy*, Vol. 5, No. 4, *Rethinking Teacher Retirement Benefit Systems* (Fall 2010), pp. 617-646.

MUNNELL, Alicia/QUINBY, Laura, “Legal Constraints on Changes in State and Local Pensions”, State and Local Issue in Brief 25, Chestnut Hill, MA: Center for Retirement Research at Boston College, 2012.

NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais - o direito à segurança social”, in *Jurisprudência constitucional*, Lisboa, n.º 6 (outubro-dezembro 2004), pp. 3-14.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 1.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, in *Revista E-Pública*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 69-96.

PINTO, Paulo Mota, “A Proteção da confiança na «Jurisprudência da Crise»”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – ensaios críticos*, org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 138-141.

PRADUROUX, Sabrina, “Objects of property rights: old and new”, in *Comparative Property Law: Global Perspectives*, edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Research Handbooks in Comparative Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 51-70.

SARMENTO, Daniel, “Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social.”, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, n.º. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008, pp. 1-28.

VAN DER WALT, André/WALSH, Rachael, “Comparative constitutional property law”, in *Comparative Property Law: Global Perspectives*, edited by Michele Graziadei and Lionel Smith, Research Handbooks in Comparative Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 193-215.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.

Data  **enia**
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 9 • N.º 12 • janeiro 2021

