



Alberto Ascensão Clemente

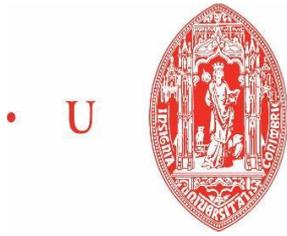
**O Princípio da Sustentabilidade nas Pensões na *Jaula de Ferro da Escassez***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação do Professor Doutor João Carlos Loureiro.

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## **O Princípio da Sustentabilidade nas Pensões na *Jaula de Ferro da Escassez***

Inside the *Iron Cage* of Scarcity, The Sustainability Principle in Old Age Pensions

Alberto Ascensão Clemente

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: Professor Doutor João Carlos Loureiro.

Coimbra, 2017

**Palavras-chave:**

Sustentabilidade; Escassez; Pensões de Reforma; Justiça Geracional; Excepção;

**Resumo**

Na primeira parte deste trabalho, argumentamos que sustentabilidade é um conceito fortemente polarizado, acerca de poder sobre o mundo social, e, porque insuficientemente densificado, uma poderosa meta-narrativa.

Defendemos a necessidade de uma perspectiva crítica devido aos seus processos densificadores, quer teóricos quer deliberativos, ocorrerem sob o signo da complexidade, acima de tudo pelo sentimento de incerteza da comunidade relativamente ao futuro que se exprime na re-consciencialização da escassez e numa ansiedade discursiva.

A sustentabilidade assume-se um como princípio entretecido com a decisão sobre as matérias clássicas da política possuindo um alcance muito maior que a sua natureza jurídica permite apreender, porque realiza juízos intertemporais distributivos sobre matérias existenciais da vida humana. Entendendo o direito constitucional um direito político, isto é que o Direito e a Lei podem ser meios plásticos dos discursos da distribuição do poder, a exploração da ambiguidade da sustentabilidade é necessária.

Na segunda parte propomos que prespectivar como a construção da Economia Política contemporânea influenciou o pensamento jurídico doutrinal e a prática jurisprudencial face à articulação dos direitos fundamentais sociais e económicos no contexto da intervenção financeira, em especial na técnica da ponderação, e as implicações na nascente juridicidade de sustentabilidade aplicada às pensões.

Argumentamos que devido à influência de uma etiologia naturalística e contabilística do problema da sustentabilidade do sistema de pensões, com a escassez como meta-narrativa, o debate tem permitido a legitimação de proposições de justiça geracional baseadas em critérios enviesados.

Perante a admissão pelo Tribunal Constitucional da constitucionalidade de uma acção legislativa que reduza estruturalmente os montantes de pensões garantidos, em posições tuteladas pela confiança, com o fundamento num interesse público excepcional na sustentabilidade e garantia funcional do Sistema Previdencial sob o signo da escassez achamos que se justifica uma *hermeneutica da suspeita* com o objectivo de testar a nascente juridicidade da sustentabilidade.

Por fim, contendemos que o problema das pensões é perspectivado na óptica da escassez e do conflito, visão que capturou a raiz da reflexão jurídica do problema peca por realizar o apelo a uma *legalidade imanente das coisas*. Na nossa opinião estas situações constituem situações de limiar da ordem jurídica e provocam um insensível re-alinhamento da doutrina e da prática jurídicas e da própria política sob a Constituição, para uma dimensão de excepção, incerteza e arbitrariedade .

**Key Words:** Sustainability; Scarcity; Old Age Pensions; Generational Justice; Exception;

### **Abstract**

In the first part of the text, we argue that, today, sustainability is a powerfully worded concept, about power in relation to the social world. With its meaning incomplete and contested, it is a powerful metanarrative.

As such we defend the necessity of a critical perspective due to the nature of this concept's construction and interpretation, among the sign of complexity and embedded in a societal feeling of uncertainty over the future expressed in the return of the postulates of scarcity into mainstream discourse.

Sustainability is a principle with influence over decisions on classical political matters. As such it possesses a bigger reach than at first suggested by its juridical formulation, as it formulates intertemporal distributive judgments over existential matters concerning the continuity of human life. Understanding, as we understand, Constitutional Law as Political, as a plastic means of discourse over power distribution, an exploration of sustainability's ambiguity is necessary.

In the second part of this work, we propose that the building of a modern Political Economy has influenced juridical reflection and judicative practice in the process of articulating fundamental social and economic rights in the framework of the financial intervention. Especially concerning the technique of "value balancing" and the implications to a nascent "juridicidade" of Sustainability.

We argue that under the influence of an naturalistic etiology that selects accounting approaches to the sustainability problem of old age pensions, inspired by the centrality of scarcity as the *nemesis* of sustainability, the debate has shifted to the legitimization of conceptions of unjust generational accounting.

This approach is relevant in light of the admission by the Constitutional Court of the conformity of legislative action reducing old age pension benefits, guaranteed by the trust principle, based on the necessity of serving the exceptional public interest in the sustainability and functional guarantee over the Pension System, allegedly under the siege of imminent scarcity. Under this development we believe that an *Hermeneutics of Suspicion* is justified to test this nascent understanding.

In conclusion, we contend that the problem of old age pension reform, seen through concept of scarcity and strife over dwindling recourses , has been captured by a dangerous appeal to an *immanent legality* suggested by the mentioned appeal. Our understanding is that we may be about dogmatic, practical and political re-alignment towards an undesirable dimension of exception and legal uncertainty.

## Índice

Introdução .....	6
<b>Parte I</b>	
As ambivalências da Sustentabilidade.....	9
Interpelando a Sustentabilidade.....	12
Juridificar a Sustentabilidade.....	17
O Elogio à Razão Técnica na Sustentabilidade.....	20
Uma Delicada Relação com a Política .....	28
<b>Parte II</b>	
A Economia Política da Segurança Social.....	34
A Evolução Doutrinal e Jurisprudencial perante a Economia Política da Segurança Social.....	37
Da Necessidade de uma <i>Hermeneútica da Suspeita</i> .....	46
O Desencantamento da Natureza, Escassez e Demografia.....	47
A inadequação de construções de Justiça baseadas em Cálculos Geracionais .....	54
A Complexidade e Amplitude das Transferências Geracionais.....	55
A Sustentabilidade na <i>Jaula de Ferro</i> da Escassez.....	60
Conclusão.....	69
Bibliografia.....	70

## Introdução

A sustentabilidade é um conceito na centralidade do discurso actual, fortemente polarizado, acerca de poder sobre o mundo social, e, porque insuficientemente densificado, uma poderosa meta-narrativa. Está necessitada de uma perspectiva crítica devido aos seus processos densificadores, quer teóricos quer deliberativos, ocorrerem sob o signo da complexidade, acima de tudo pelo sentimento de incerteza da comunidade relativamente ao futuro que se exprime na re-consciencialização da escassez e numa ansiedade discursiva.

A sustentabilidade assume-se um como princípio entretecido com a decisão sobre as matérias clássicas da política possuindo um alcance muito maior que a sua natureza jurídica permite apreender, porque realiza juízos intertemporais distributivos sobre matérias existenciais da vida humana. Entendendo o direito constitucional um direito político, isto é que o Direito e a Lei podem ser meios plásticos dos discursos da distribuição do poder, a exploração da ambiguidade da sustentabilidade é necessária.

Propomos que a construção da Economia Política contemporânea influenciou o pensamento jurídico doutrinal e a prática jurisprudencial na articulação dos direitos fundamentais sociais e económicos no contexto da intervenção financeira, em especial na técnica da ponderação, com implicações na nascente juridicidade de sustentabilidade aplicada às pensões.

A influência de discurso que sugerem uma etiologia naturalística e contabilística do problema da sustentabilidade do sistema de pensões, derivados da escassez, o debate tem permitido a legitimação de proposições de justiça geracional baseadas em critérios enviesados.

Perante a admissão pelo Tribunal Constitucional da constitucionalidade de uma acção legislativa que reduza estruturalmente os montantes de pensões garantidos, em posições tuteladas pela confiança, com o fundamento num interesse público excepcional na sustentabilidade e garantia funcional do Sistema Previdencial sob o signo da escassez achamos que se justifica uma *hermeneutica da suspeita* com o objectivo de testar a nascente juridicidade da sustentabilidade.

Por fim, contendemos que o problema das pensões é perspectivado na óptica da escassez e do conflito, visão que capturou a raiz da reflexão jurídica do problema peca por realizar o apelo a uma *legalidade imanente das coisas*. Na nossa opinião estas situações constituem situações de limiar da ordem jurídica e provocam um insensível re-alinhamento da doutrina e da prática jurídicas e da própria política sob a Constituição, para uma dimensão de excepção, incerteza e arbitrariedade .



## Parte I

### 1. As ambivalências da Sustentabilidade

A sustentabilidade é um conceito Janos, dado que contém uma referência implícita ao seu oposto. Definir algo como sustentável é realizar um juízo de valor, baseado numa razão instrumental ou comunicativa, acerca das condições em que determinado referente pode merecer esse predicado mas também, por oposição, a qualificação como insustentável. Esta ambivalência ou neutralidade valorativa da sustentabilidade, em si, ponto em que todas as tentativas de definição têm de tropeçar, contrasta paradoxalmente com a forte carga imanente que o conceito invoca. Assim sendo, uma genealogia da sustentabilidade é necessária.

A ideia pode ser expressa da seguinte forma, sustentabilidade é uma palavra fortemente polarizada, preta de significação política e de implicações jurídico-políticas, é um conceito com poder sobre o mundo e a sociedade e, na medida da sua incipiência, uma poderosa metáfora e mitolegema que invoca a familiaridade das , supostamente extintas, “metanarrativas” do mundo ocidental.

Os pensadores mais reconhecidos neste campo, como Wolfgang Kahl e Peter Häberle , convergem na dificuldade em preencher materialmente o conceito, que é qualificado quer nas vestes de elemento estrutural de uma democracia constitucional quer como um conceito-quadro( *oberbegriff*), à semelhança do princípio do Estado de direito democrático carente de operações de concretização pelo *ir e vir* da vida comunitária intermediado pelos processos do Direito. Isto, porque, levando a sério a sustentabilidade como um princípio com suficiente força normativa, implica prever juízos acerca da distribuição dos recursos numa sociedade e respectivos conflitos, desde logo a óbvia fricção que existe entre diferentes objectos de sustentabilidade, gestão responsável do meio ambiente e crescimento económico, ou diferentes dimensões de sustentabilidade entre os mesmo objecto, como sustentabilidade financeira e adequação de um sistema de segurança social, ou no plano temporal em que à colação são chamadas as gerações futuras.

À semelhança do que afirma Menezes do Vale( a propósito do *acesso*) temos que descobrir e mapear as exigências jurídicas de justiça ínsitas no conceito de sustentabilidade concentrando-nos no ponto decisivo – onde a troca entre critérios técnicos de eficiência, as tecnologias da sustentabilidade, com valores e conceitos como o contrato social e a segurança jurídica pode revelar escolhas difíceis *onde o conflito de poderes reclama pensamento político e onde o Direito se torna necessário para a regulação de interações comunitárias separadas no tempo e no espaço.* (Menezes do Vale, 2012).

Seguindo por outro caminho, a sustentabilidade, apesar dessa forte carga, não beneficia ainda de uma compreensão clara na comunidade, ou seja é possível atingir o seu significado, apreender a sua carga axiológica e fundá-la em imperativos éticos ou máximas de responsabilidade mas os seus termos concretos estão presos entre o reino do jurídico, os domínios da técnica e os domínios da legitimação no campo de uma comunidade jurídico política. A sua ambivalência exige esforços de densificação e estudo, implica conflitos com princípios longamente estabelecidos e cria novas formas do diálogo entre poderes e entre o Direito e o Poder, o seu potencial transformador sobre as estruturas do nosso direito pode vir a ser semelhante à operada pelo movimento de efectivação dos direitos fundamentais do pós-guerra. Isto porque a Sustentabilidade carrega em si o potencial de se tornar numa autêntica *grundnorm* do constitucionalismo.

A sustentabilidade assume-se um como princípio com decisão sobre as matérias clássicas da política, aquelas que contendem com visões e opções de governo da sociedade, possuindo claramente um alcance muito maior que a sua natureza jurídica permite, de momento, aquilatar. Subjacente, não é possível ignorar que o direito constitucional e o direito político são faces da mesma moeda, o direito constitucional é um direito político, sobre o político, do político e para o político e o caminho tem de passar por uma perspectiva crítica, que compreenda como o Direito e a lei podem ser meios plásticos dos discursos de poder(Balkin,2008) e distribuição do mesmo numa sociedade, enquanto distribuição dos riscos e benefícios da aplicação de princípios de sustentabilidade numa sociedade de interesses plurais e conflitantes.

Debalde, não há possibilidade de negar que um certo pessimismo metodológico perspassa o campo do Direito,” o direito constitucional, a Constituição, o sistema de poderes e o sistema jurídico de direitos fundamentais já não são o que eram” a ameaçados pela *paradoxia da auto-suficiência constitucional* das normas jurídico constitucionais e do *superdiscurso social* em torno dos direitos fundamentais e por uma *intranquilidade discursiva* que aponta aos teóricos do direito a sua falta de familiariedade com as diferentes problemáticas técnicas e teóricas de áreas que vão desde as comunicações, a economia, o ensino e o seu excessivo arrimo no compromisso das constituições com um projecto da modernidade expresso por fórmulas emancipatórias, como a de direitos subjectivos, eficazes e justiciáveis numa lógica de universalidade. (Gomes Canotilho, 2008)

*A tragédia do Estado* ocorre, sustenta-se, porque o seu sucesso se mutou em insucesso, ontem propiciador de unidade nacional, do desenvolvimento económico e social, da *rule of law* e no geral de evidentes avanços civilizacionais... todavia hoje um simples *herói local* devido à reinvenção do território operada pela globalização e integração em organizações supranacionais<sup>1</sup> perante a magnitude dos problemas e alteração das circunstâncias, o poder estadual já não é o que era e tal afecta a sua possibilidade de realização da sua ordem constitucional, em especial no que toca à socialidade.

O Estado, enquanto sujeito jurídico-político, está portanto numa certa posição de hesitação quanto à sua capacidade para lidar com os problemas de sustentabilidade financeira, intervenção económica e social e justiça intergeracional, e claro na concretização e processecação efectiva de um desenvolvimento *sustentável* e de um complexo direito ao ambiente.

Uma perspectiva crítica torna-se ainda mais necessária e urgente por acontecer que todos os processos, quer teóricos quer deliberativos, quer ocorram nos fóruns da política nacional ou transnacional quer nas discussões académicas acontecem sob o signo da complexidade, da simbiose de sistemas de conhecimento, e acima de tudo de um sentimento de incerteza da comunidade relativamente ao futuro que se exprime na re-consciencialização da escassez e no

surgimento nesses *locus* de decisão e deliberação de uma heurísticas da exceção e de emergência.

Assim sendo, e compreendendo o direito constitucional como um intertexto aberto não cristalizado numa determinada arquitectura interdisciplinar a inquirição, por superficial que seja, pode ser interdisciplinar no sentido que se deve localizar num espaço disciplinar cuja base é jurídica mas no qual o jurista deve poder utilizar os instrumentos de todas as áreas do conhecimento relevantes, da ciência, política, economia e filosofia.

## **2. Interpelando a Sustentabilidade**

A sustentabilidade nasce umbilicalmente ligada ao consciencializar do impacto deletério da actividade humana sobre o meio ambiente, é um conceito solução para um problema, cuja complexidade está melhor exposta em outros locais, dos receios relativos ao consumo desenfreado de capital natural irrenovável e das consequências duradouras da delapidação ambiental sobre a preservação da civilização e, em última análise, da Humanidade.

Fiel a este pensamento essencialmente ecológico, o termo sustentabilidade foi universalmente definido pela Comissão Brundtland ( antes conhecida como Comissão das Nações Unidas do ambiente e desenvolvimento) interpretando o conceito como a forma que permite a sistemas permanecerem produtivos em qualquer tipo de desenvolvimento ( Nações Unidas, 1987) e em subsequente literatura na área foi realizado valioso trabalho teórico-prático na construção de um conceito de sustentabilidade em que as tecnologias e indicadores base fossem materialmente enriquecidas pela sua conjugação com os contextos sociais, culturais e políticos, permitindo, por exemplo, propor modelos de desenvolvimento baseados na técnica e engenharia ocidentais embebidos pelas sensibilidades locais tratando todas as soluções tecnológicas como contingentes até a sua adopção no local.( Ganguly, Docker, 2007; Sianipar *et allia*, 2013).

Observa-se portanto, que a sustentabilidade é um conceito que a literatura do desenvolvimento sustentável detetou incertezas e a necessidade de inquérito crítico, que juridicamente tais dúvidas também surjam não é surpreendente dado o

constante trabalho de densificação e reflexão que ainda ocorre com princípios paradigmáticos da ordem da liberdade, justiça ou o primado da lei.

A sustentabilidade é, em si, um conceito bastante simples, *um sistema sustentável é um sistema que sobrevive ou persiste no tempo* (Constanza e Patten,1995). Simples como é, este conceito carece de dimensões concretizadoras, de questões essenciais, que sistema ou características é desejável preservar, durante que período de tempo, quando é adequado avaliar a resiliência de certo sistema e suas características.

Um aspecto na literatura ecológica é muito relevante, a sustentabilidade apenas pode ser verificada *post facto*, é necessário compreender a complexa rede de interdependências e diálogo entre sistemas, assim como a necessariamente finita natureza, isto é histórica e socialmente localizada, desses sistemas para se poder realizar um juízo de sustentabilidade. Se a sustentabilidade tem uma essência é permitir evitar extinção, sobreviver e reproduzir do seu referente. A adoção de estratégias de prevenção e previsão de riscos, a diminuição da incerteza como directiva e o estabelecimento de uma continuidade como regras são programas abstractamente aplicáveis a um qualquer sistema abstrato.

A questão esta no ponto, a verificação da sustentabilidade apenas é possível no futuro, o que significa que o que o passa por ser uma *definição* de sustentabilidade é na verdade uma *previsão* de acções presentes, ou a encetar no futuro, que, espera-se, se traduzirão na sustentabilidade de um sistema. Assim, concreta sustentabilidade equivale à efectiva realização prática de uma expectativa ou previsão. Este é ponto que é igualmente válido, independentemente da dimensão da realidade a que seja planeado (Constanza e Patten, 1995) . O que nos traz a uma outra característica essencial, a sua temporalidade.

Em toda a definição de estabilidade estão ínsitas previsões acerca das características mais desejáveis de um sistema, esperando-se que se revelem sustentáveis, não havendo portanto uma definição neutra, infunda, de sustentabilidade. E como todas as previsões, existe numa margem de incerteza que forçadamente deve ser explorada criticamente.

2.1 Toda a aferição de sustentabilidade é *post facto*, assim sendo é sempre necessário localizar o espaço de tempo para tal objectivo. Parece pacífico entender que sustentabilidade não é um conceito para a eternidade. Têm-se como adquirido que nenhum sistema é sustentável para sempre, um sistema sustentável é aquele que atinge toda a sua natural vida dentro do habitat de sistemas em que está inserido, essa hierarquia de sistemas é referida como o *meta-sistema*. É a diferença entre sistemas e meta-sistemas.

Por exemplo, um indivíduo é sustentável no meta –sistema se viver o máximo período tempo possível dentro da normal duração de uma vida. No nível de uma população, a esperança média de vida é usada como um indicador da saúde e bem estar de uma população, mas a população em si terá uma duração de vida maior que cada indivíduo e não seria possível considerá-la como sustentável se sofresse um choque abrupto, mesmo que todos os indivíduos da população fossem vivendo nos seus “sustentáveis” períodos de vida. É importante diferenciar entre as mudanças dentro do funcionamento do sistema e mudanças que cerceiam a própria vida do sistema, logo tudo o que reduz a longevidade de um sistema também reduz a sua sustentabilidade.

Dado que a sustentabilidade apenas pode ser definida *post facto* logo a ênfase deve ser posta em métodos que possam prever com maior segurança as políticas e instrumentos mais adequados à margem de incerteza. Dadas as consideráveis incertezas na escala de um sistema sócio-económico, é de particular importância seleccionar políticas numa lógica prudencial evitando tomar riscos desnecessários com a sustentabilidade e sem esperar por soluções tecnológicas.

Neste ponto, Constanza e Patten e outra bibliografia da ecologia dizem que a sustentabilidade é um conceito a posteriori, o que significa que para se aferir da sustentabilidade de uma medida, no contexto de uma inquirição da constitucionalidade de certa questão em que seja invocado o princípio da sustentabilidade ou da justiça intergeracional, um tribunal terá necessariamente que fazer apelo às tecnologias da sustentabilidade para compor o quadro fáctico. Dado que procuramos demonstrar que o conceito de sustentabilidade não está inteiramente na disposição de um tribunal para definir, pela sua dependência ao

que denominamos as tecnologias da sustentabilidade, o órgão judicial, cenário familiar nos últimos anos, terá de ser deferente para com os contributos científico-técnicos, afinal de contas não têm os juristas formação para questionar metodologia estatística, projecções demográficas e as minúcias da gestão financeira. Assim sendo, sustentabilidade seria aquilo que as correntes dominantes nessas ciências definiriam.

2.2 Além de uma tipologia ampla dos fenómenos a que a sustentabilidade pode ser aplicada também os graus da sua intensidade, e conseqüente força normativa, oscilam entre noções fortes ou fracas de sustentabilidade. Movendo-nos no campo da ecologia, uma forma fraca/leve de sustentabilidade assenta na capacidade de renovação do capital natural enquanto um noção mais forte sublinha a existência de elementos críticos nesse capital natural que não são adequadamente salvaguardados com uma noção mais débil. ( Pelence, Ballet,2015).

De uma forma esquemática, sustentabilidade forte é caracterizada pela ideia de que a renovação de capital natural e outros tipos de capital é severamente limitada, que certas acções humanas podem ter conseqüências irreversíveis, sendo o seu assunto fulcral a conservação dos elementos críticos e essenciais à existência dentro do capital natural, neste campo o conhecimento científico é um valioso *input* para processos de deliberação pública, movemo-nos aqui de uma racionalidade procedimental.

Paralelamente, a versão fraca de sustentabilidade tem como ideia chave a ideia de que o capital natural é renovável, que inovações tecnológicas e compensações monetárias por danos e depredações ambientais são meios adequados, o assunto fulcral está em manter ou aumentar o valor agregado de capital para gerações futuras numa óptica de alocação óptima de recursos, o papel do conhecimento científico é utilizado para determinar limites e normas, a racionalidade é instrumental.

As versões fortes de sustentabilidade, devem ser associadas a uma noção de capital crítico, este pode ser identificado em seis domínios (Brand, 2009) em que o capital natural, e os ecossistemas dele dependentes, pode ser crítico : sócio-cultural, ecológica, de sustentabilidade, ética, económica e relativa à

sobrevivência humana. Esta *multidimensionalidade* íntinseca torna difícil aquilatar a renovação e a importância crítica do capital. Admitir que tanto o capital natural como o bem estar humano são ambos complexos e multidimensionais implica convocar inúmeros sentidos com parâmetros que não são necessariamente comparáveis ( Scheidel,2013). Além dos critérios objectivos ecológicos deve atender-se a valores sociais, percepções, ética, atitudes perante o risco que têm importantes papéis em determinar que aspectos do capital natural podem ser considerados como críticos.

Assim uma definição de capital natural crítico assenta não só na capacidade de reunir conhecimento factual acerca de sistemas sócio-ecológicos mas também implica discutir os valores normativos que baseiam o nosso uso desse capital natural. Assim sendo a definição daquilo que consiste uma perda intolerável, do que é crítico para quem, requer tanto conhecimento factual relevante acerca da intereacção entre o capital natural e o bem estar humano e uma base normativa com que aferir a sustentabilidade dessas interacções. Daí a necessidade de de passar de um cálculo técnico e realizado por especialistas de limites críticos do capital natural. As pesquisas das ciências naturais têm de ser combinadas com as ciências sociais e as suas interdependência devem ser embebidas num debate social acerca dos níveis de risco aceitáveis para toda a população e dos valores que subjazem ao desenvolvimento humano.

O que se visa preservar, que sistema ou que características desejáveis? Neste ponto, as definições de sustentabilidade integram selecções de características preferenciais, a maior parte das vezes ligando um sistema global sócio-económico ao contexto do seu sistema ecológico, sendo comum a ligação da sustentabilidade da segurança social e em particular do sistema previdencial à evolução demográfica.

A título de exemplo a maior parte das definições de desenvolvimento sustentável contêm elementos como uma escala sustentável de expansão de um sistema em relação ao seu sistema de suporte, a relevância de equidade na distribuição e alocação de recursos entre presentes e futuras gerações e preocupações de eficiência na utilização de recursos. (Constanza, Patten, 1995).

Contudo é evidente o vazio axiológico e principalmente político destes estudos e dos modelos matemáticos que usam, tome-se como exemplo o modelo *Human and Nature Dynamics (HANDY)* desenvolvido pela NASA mostra com grande clareza como se pode atingir a sustentabilidade satisfazendo duas condições uma a taxa de utilização de recursos naturais não pode ultrapassar determinados limiares e a desigualdade na distribuição da riqueza, entre as elites e as não-elites, não pode ser superior a determinados valores podendo a sustentabilidade pode ser atingida de forma relativamente suave ou por meio de grandes oscilações ou crises. As quatro equações diferenciais que o modelo usa face às quatro variáveis independentes – elites, não- elites, recursos naturais e riqueza acumulada embora permitam estudar a evolução da tensão ecológica e da estratificação social e analisar os casos em que o sistema evolui para a sustentabilidade ou para o colapso (Duarte Santos,2014) não são aptas a dar mais do que a tendência a evitar, o concreto preenchimento depende de outros contributos.

A selecção das características desejáveis depende da sua importância enquanto fins comunitários. Parece que existe vantagem em separar o processo de definição de consenso à volta dessa selecção do próprio conceito de sustentabilidade. Mas a escolha de um particular sistema e de específicas características como objectos a sustentar, indefinidamente, esconde a existência de interacções hierárquicas entre sistemas na intercepção de dimensões tanto de tempo como de espaço.

### **3.Juridificar a Sustentabilidade**

O preenchimento ou juridificação da sustentabilidade é necessário, observe-se a proposta de Bosselmann(2008) de uma nova visão para a sustentabilidade de modo a transcender as suas limitações, imaginou um revigorado princípio da sustentabilidade como fundamental para reformular o princípio em termos de protecção do ambiente, governança e política. Com o autor a sustentabilidade é considerada uma norma ou princípio fundamental que apela a um *desenvolvimento baseado na sustentabilidade ecológica de modo a garantir as necessidades de pessoas presentes e futuras*. Compreendido desta

forma, este conceito contém um conteúdo e impõe uma direcção, pode ser usado na sociedade e tornado vigente pela lei.

A propósito de direcção, Gomes Canotilho(2012) afirma que o princípio da sustentabilidade aponta para novos esquemas de direcção daquilo que denomina como um Estado de Direito Ambiental Ambiental, tornando imperativos programas de estímulo à sustentabilidade, que todavia terão de estar submetidos ao esquema da distribuição de competências legislativas e a princípios conformadores como proibição do excesso e igualdade. A transformação do direito e da governação segundo esse princípio ocorre sob a influência de outros princípios estruturantes como o princípio do estado de direito e o princípio democrático.

A sustentabilidade tem de ser associada a outros conceitos e estes têm de ser definidos o mais claramente possível, é inadequado procurar com ela reconstituir os grandes pilares constitucionais legados dos séculos XIX e XX que presidem sobre uma economia política orientada para o crescimento e para a suficiência do estado nação. Com efeito a sustentabilidade é chamada a desempenhar o papel de uma *grundnorm* que impõe certos padrões idealizados do mundo social e biológico como ordem legal.

Bosselmann parte da distinção entre princípios com força moral e princípios juridicamente vinculantes, apoiando-se em Dworkin, para apoiar a sua tese da existência de princípios legais fundamentais. Desta forma, tais princípios funcionam como *grundnorms*, valores basilares, a que todas as normas subsidiárias devem aderir. Um suficiente “reconhecimento” é o catalista necessário para a sustentabilidade adquirir um carácter fundamental. A sustentabilidade deve tornar-se num meta-princípio com é a proposta do autor.

Neste ponto surgem dificuldades, o autor insiste que os princípios fundamentais devem a sua forma à referência a conceitos essenciais, deve notar-se que o autor tem uma sensibilidade favorável ao modo de pensar do direito natural, considerando as agendas políticas de sustentabilidade como meramente procedimentais, como justiça e igualdade, de modo a dar certeza ao conteúdo normativo. Desta forma, sustentabilidade só pode ser definida claramente com referência aos valores externos da prioridade ecológica, o que pede a questão de

saber qual é essa prioridade num devido momento. E este é um espaço da decisão política da comunidade.

Abrindo um breve interlúdio neste ponto, como é o cenário normativo português? A Constituição de 1976 não contém uma consagração directa e inequívoca da sustentabilidade como um princípio geral ao invés surge como um conceito claramente pluri-semântico e fragmentado por todo o *corpus* constitucional, a normatividade intersticial é real mas a estruturalidade parece elusiva. A sustentabilidade possui várias manifestações no texto constitucional, surge como tarefa fundamental no artigo 9º/e) no que concerne a preservação ecológica, no artigo 80º/d conforma o modelo económico no que toca à propriedade pública de direitos naturais, os artigos 81/1 m) e n) referem-se ao governo racionalizado e responsável de recursos energéticos e hídricos, como direito e correspondente dever fundamental a um ambiente equilibrado surge no artigo 66º/1 e 2) , no artigo 81º/a o aumento do bem estar social surge associado a uma estratégia de sustentabilidade e, por fim, no artigo 66º/2 alíneas c,d,f, e g a sustentabilidade é identificada como princípio vector e integrador das políticas públicas, e está também presente no título XX do TFUE numa perspectiva ecológica ( Canotilho, 2012).

Esta dispersão sistemática parece ser mais sintomática da existência de plurais sustentabilidade(s) com diferentes graus de importância normativa e axiológica, em comum aparentam apenas gozar de uma indefinição doutrinal e jurisdicional que se traduz na falta de um esquema conceptual abrangente, esta falta existe precisamente, na sóbria opinião do autor, pela indefinição concreta do seu conteúdo material, uma questão eminentemente política no sentido clássico do termo. Note-se que a constituição ( artigos 66º/1 e 81º) utiliza por vezes um específico conceito, o de *desenvolvimento sustentável* , que possui a particularidade de afirmar que a sustentabilidade é um modo para realizar o fim de uma contínua melhoria da qualidade de vida (Conselho da Europa, 2006) algo que por pressupor uma melhoria contínua contrasta com as correntes dominantes de redução e controlo nos sistemas de saúde pública e segurança social, orientados por uma lógica de sobrevivência.

De facto existem quadros conceptuais ou propostas de conceptualização consistentes e amplamente fundamentadas ( caso de Canotilho 2010,2012; Loureiro,2010) todavia tais teorizações não permitem, e não é seu propósito, antecipar com clareza o alcance prático essencial , os *casos difíceis* em que a(s) sustentabilidade(s) conflituem expressamente com outras forças constitucionais de igual jaez. Como tem sido defendido neste texto, a materialidade concreta da sustentabilidade está por escrever, porque o próprio conceito está profundamente enraizado nos dilemas práticos da vida e das respostas políticas que uma comunidade jurídico-política lhes dirige, para informar a dialética entre a razão jurídica e razão problemática da realidade, para permitir juridificar é necessário assimilar o conceito no Direito, com consciência das suas ambiguidades e contrariedades. Falamos de projecções normativas da justiça social no direito público, um dos problemas mais relevantes de uma coexistência humanamente ordenada é uma justa distribuição, de bens e de sacrifícios e neste domínio, o dos sistemas de pensões, os contornos de um debate começam a desenhar-se.

3.1 Assim sendo, não é desprovida de pertinência a afirmação de que a sustentabilidade, à semelhança da igualdade, da liberdade e do primado do Direito é um valor político assim que se embebe na comunidade. Levar a sério as suas expressões constitucionais tem implicações, exige que as instituições jurídicas e a sua cultura orientem a sua acção para limitar e definir em determinados conteúdos o exercício do Poder e das suas instituições sociais e jurídicas. Como a maioria dos princípios políticos o âmbito da sua extensão não é imediatamente perceptível daí que seja passível de ser cooptado mas nem por isso perde relevância. Ou de forma mais contundente, parafraseando Georges Clemenceau, a sustentabilidade é demasiado importante para ser deixada sob o arbítrio das suas tecnologias.

No entanto, se a sustentabilidade tem uma implicação jurídico-política, esta está na forma como pode influenciar o tempo e o modo do horizonte de possibilidades do político ou em termos mais concretos, nos específicos esquemas de intervenção que o poder estatal ficará adstrito. Deverão os aspectos da presente e futura acção pública e semi-pública e a rede de sistemas que a servem observar imperativamente medidas pró sustentabilidade sabendo que subjacentes a esses concretos programas existem juízos de distribuição, local e temporal, não só de recursos mas principalmente de riscos.

Faremos bem em lembrar a distinção levantada por Ulrich Beck(1992) entre o político e o sub-político. Na esfera política encontramos como princípio director o princípio democrático, ou seja a participação dos cidadãos na vida da *res publica* através de instituições representativas, por seu turno os mecanismos do poder actuam sob *caveats* de sujeição ao Direito e de legitimação sob o consenso dos governados mas na esfera tecnológico-económica o cenário é dissimilar, esta é a área da sub-política. Ora é dessa área que os critérios da sustentabilidade proveêm, as suas tecnologias retiram o seu fundamento de uma racionalidade instrumental cuja validade não necessita de processos de legitimação democrática, o que se retira como subtexto costumam ser dois conhecidos adágios do discurso nos media, *contra factos não há argumentos e there is no alternative*.

#### **4. O Elogio à Razão Técnica na Sustentabilidade**

O principal efeito deste estado de *elogio à razão técnica* é a transferência do potencial de regulação da sociedade para os sistemas sub-políticos de modernização científica, tecnológica e económica (Beck, 1992) do que resulta o esvaziamento do sistema político em paralelo com a manutenção em vigência da sua constituição, dado que os ditames das tecnologias da sustentabilidade exprimem-se com a força da necessidade e do carácter não decisório da razão instrumental.

Este entendimento exprime-se também naquilo que podemos chamar uma heurística de desconfiança face aos decisores e órgãos políticos. Os problemas demográficos, fiscais e ambientais a que se procura responder com soluções jurídicas de sustentabilidade (princípios gerais ou localizados de sustentabilidade, concessão de direitos a gerações futuras ou a membros potenciais dessas gerações como crianças, o estabelecimento de travões automáticos de despesa, de equilíbrio orçamental e regras de transparência) possuem as incómodas características de possuírem relações causa-efeito complexas que se prolongam duradouramente no termo.

A escala temporal dos problemas em que a sustentabilidade é invocada excedem em muito o normal mandato de um executivo e as políticas dirigidas à sustentabilidade podem ser caracterizadas tanto por implicarem conflitos

distributivos como por serem, na medida da sua gravidade, impopulares com segmentos identificáveis do eleitorado. Significa que, considerando conjuntamente a dimensão temporal prolongada da sustentabilidade e a conflitualidade político-partidária de uma democracia pluralista tem-se desenvolvido uma desconfiança da capacidade das democracias lidarem com desenvolvimentos de longo prazo.

Para um exemplo concreto, tomem-se as declarações, recolhidas por Owen(2012), de José António Ferreira Machado, director da faculdade de economia da Universidade Nova de Lisboa: “*As democracias favorecem amplamente o statu quo (...) Porque os perdedores das reformas conseguimos sempre identificá-los, são grupos bem precisos, capazes de fazer pressão sobre os dirigentes políticos. Mas definir quem irá beneficiar das reformas revela-se mais delicado; são as gerações futuras, a comunidade no seu todo* ) e de José Adelino, dirigente de MBA, *os programas políticos eram concebidos para as pessoas serem eleitas (...) Se continuarmos a garantir um sistema de saúde gratuito para todos, acrescentamos mais 20% à dívida. E ficamos na situação de deixar de poder garantir o sistema a que estávamos apegados.* E a faculdade de economia da Nova é a *alma mater* de vários governantes e os seus diplomados e professores estão presentes em numerosos conselhos de administração de empresas importantes.

Essa desconfiança é também estendida aos cidadãos, os visados e interessados nas medidas e de quem depende a legitimidade do poder, a existência de uma dissonância de conhecimentos cria dificuldades em articular a sua intervenção no debate até porque muitas vezes as autoridades competentes tomam posições de um certo absolutismo epistemológico ( privilegiando a sua razão técnico-científica ou a sua específica leitura da realização do interesse público) com base em imagens do público que o excluem de ser sujeito na discussão e debate ( são as imagens do público como um agente egoísta a que se refere o chamado síndrome *NIMBY*, preconceituoso ou emocional) particularmente quanto maiores são os projectos em causa, e os seus subjacentes factores técnicos e económicos ( Lima, 2004).

Parte dessa suspeita provém de críticas análogas em natureza à realizada à metodologia *fuzzy* do Direito e têm como efeito prático determinar a impertinência da interferência de agentes não especializados. Seja realizada aos cidadãos acusados de se apegarem a interesses coloquiais e curto termistas seja à propensão dos governos orientarem a sua acção política pelo primado da reeleição e através da satisfação dos interesses mais populares e uma sociedade o desiderato é o mesmo, existem certas questões que devem ser decididas por especialistas e detentores de conhecimento e subtraídas ao arbítrio dos cidadãos e suas instituições representativas, poderão ser constitucionalizadas mas tal será apenas uma força de garantir a força vinculativa dos juízos técnicos.

No domínio da reforma dos sistema previdenciais existe um argumento particularmente elucidativo. Como é do conhecimento geral, reformular um sistema de tipo PAYGO no sentido de o tornar mais sustentável por via da redução dos benefícios dos pensionistas implica criar duas classes de *perdedores*, os actuais activos e beneficiários, aos inactivos jovens a questão não lhes concerne porque não os afecta ou apenas os afectará num futuro longíquo. Conjugando esta geometria de interesses com o facto de as gerações mais velhas serem politicamente mais activas e participantes enquanto entre os seus compartes mais jovens reina uma certa alienação face ao sistema político, com uma ideia de funcionamento da democracia inspirada nas ideias de Robert Dahl, não são surpreendentes os receios de uma *gerontocracia* (Sinn, Uebelmesser, 2002) ou de *conspiração grisalha* (Ribeiro Mendes, 2005) que torne inviáveis reformas consideradas necessárias, quer votando contra elas se propostas sob a forma de leis quer alterando-as se impostas por via constitucional.

Alguns tópicos desta discussão são familiares, porque já foram discutidos num anterior momento histórico. No pós guerra surgiram várias concepções alternativas aos modelos teóricos da democracia como forma de legitimação dos governos (ou teorias elitistas da democracia como as de Robert Dahl e Schumpeter) defendendo a ideia da democracia como forma de procedimento com a capacidade de melhorar a convivência humana, como uma gramática societal e relacional do Estado e sociedade. Jürgen Habermas abriu espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática societária e não como instrumento legitimador através da exigência de uma condição de publicidade do

debate democrático para existência de um princípio de deliberação amplo englobando das pluralidades sociais existentes. As formas burocráticas monocromáticas e homogeneizantes no contexto da actividade administrativa estadual na segunda metade do século XX acusaram no entanto a sua debilidade perante a complexidade dos problemas que afligiam as sociedades e daí a necessidade de uma abertura das estruturas do poder.

A participação ampliada de actores sociais de diversos tipos nos processos de tomada de decisão surgiu como uma solução a essa debilidade, no geral esses processos implicam a inclusão de problemáticas entretanto ignoradas pelo sistema político que implicam o aumento da participação, especialmente a nível local. A solução dos problemas administrativos passaria cada vez mais por soluções plurais com necessidade da articular interesses e posições de grupos distintos no interior da mesma jurisdição dada a incapacidade das burocracias centralizadas de agregar toda a informação necessária para a execução de políticas sociais, ambientais e culturais complexas. Não sem resistências, nos anos 80, o receio da chamada “sobrecarga democrática” (o termo origina de um Relatório da Comissão Trilateral de 1975) cujos ecos soam hoje em dia, entre o rescaldo do referendo grego de 5 de julho de 2015 e a subsequente imposição de um terceiro programa de ajustamento está presente numa heurística de desconfiança do político e do princípio democrático.

Contudo, há razões para não afastar de imediato a suspeita, os partidos políticos deixaram de cumprir o papel de intermediários entre o público e as instâncias formais de decisão, por uma dupla causa segundo o autor, por um lado porque as elites políticas sentem-se capacitadas para prescindir do apoio dos filiados e apoiantes para a subsistência do partido, dado que este sobrevive principalmente através de financiamento público, e mais investidas no papel que podem desempenhar no exercício do governo face à representação dos votantes. Em paralelo assiste-se a um afastamento dos cidadãos das estruturas partidárias, ao aumento da abstenção e da importância dos *swing voters*, tornando-se o partido o representante do poder do Estado na sociedade do que resulta uma maior identificação das elites políticas com os representantes de grupos de interesses,

com quem socializam, financiam e formam uma compreensão das políticas desejáveis, do que com os cidadãos-eleitores(Mair,2013).

No debate da necessidade da constitucionalização da sustentabilidade é comum o tópico da limitação de uma acção política coligada a interesses privilegiados e maiorias conjunturais acenando-se com a ideia de o período de tempo eleitoral é demasiado curto para lidar com os desafios de longo prazo da sustentabilidade sem explicar concretamente como podem ser as suas receitas aceites sem a contribuição legitimadora dos processos normais de decisão e da arquitectura constitucional.

Invocando de novo Beck, ao referir que *progress replaces voting* (Beck, 1992, 184) somos tentados também a sugerir, desde já detectando na sustentabilidade uma dimensão discursiva ou simbólica relacionada com o progresso, que a sustentabilidade, no seu actual estado indefinido, parece tornar-se uma forma de consentimento apriorístico para mudanças e consequências de efeitos desconhecidos, sem que sejam realizadas questões importantes, ou de uma forma que tentarei esclarecer melhor adiante, implicará que a fiscalização de constitucionalidade ocorra nos moldes suaves concedidos à liberdade de conformação do legislador democrático mesmo quanto existam lesões de direitos fundamentais- a indexação do montante da pensão a indicadores de sustentabilidade pode conduzir, em situações de grave crise, a cortes nos montantes( OIT,2014).

Ao mencionar um conteúdo simbólico e discursivo da sustentabilidade penso ser possível identificar duas principais narrativas, por um lado a expressão de um ideal emancipatório ,reformulado, de progresso *verde* por via tecnológica e científica e pelo reverso como uma alegoria das inquietações que as sociedades contemporâneas sentem com as consequências históricas da modernidade industrial. As inquietações causadas pela delapidação de recursos naturais críticos e pela irreversibilidade de consideráveis alterações climáticas, pelo inverter da pirâmide demográfica, medo de perda de posição na economia globalizada perante países emergentes ou o pessimismo dos cidadãos relativo ao quebrar da melhoria constante nas condições de vida desde os trinta gloriosos são alguns dos

fenómenos que ilustram o subtexto filosófico de uma ética de responsabilidade ou de cuidado.

4.1 *Do elogio à razão técnica* como transferência do potencial de regulação da sociedade para os sistemas sub-políticos de modernização científica, tecnológica e económica emerge ainda outra preocupação, a da economia como centralizadora das tecnologias da sustentabilidade. Como Jacques Sapir argumentou, os fracassos das políticas inspiradas ou sugeridas pelas organizações internacionais e pelos economistas mais reputados justificam a afirmação de que o pensamento económico dominante se tornou *num campo de ruínas*. Sapir, citado por Belo(2015) defende que as vantagens ou desvantagens de um crescimento da concorrência, descentralização, flexibilidade e propriedade privada são contingentes aos contextos institucionais, estruturais e técnicos em que as decisões devem ser tomadas, tendo em mente as teorias expressas por economistas da escola institucionalista, em especial Thorstein Veblen e Jonh Galbraith, de que ordem económica não depende de leis universais mas das instituições da comunidade.

Portanto dada a ausência de uma regra geral uma análise casuística deve impor-se, tarefa em que se poderão aplicar os economistas, dentro da sua competência técnico científica mas contraditados . Por outro lado, *a economia, enquanto disciplina científica, não pode fundar na sua totalidade uma tal decisão, seja em que sentido for. Há uma parte irreduzível de escolha social e ética que implica que a decisão não seja de técnicos, juristas, mas que ela empenhe a representação política da comunidade em questão.* (Belo,2015,61).

A redução monetária que caracteriza a ciência económica dominante constitui uma cegueira estrutural epistemológica, que tem efeitos sobre a sua própria produção teórica, sobre os critérios de selecção e interpretação de informação estatística e das medidas propostas para os problemas sociais. A versão dominante da economia, a directamente inspirada nas escolas monetaristas dos anos 70, procurou a sua legitimidade nos axiomas matemáticos proclamando a economia como a *rainha das ciências*, uma conveniente designação que permite ocultar as autênticas diferenças ideológicas que separam as várias concepções da economia . elas existem e não são menores, entender a economia como o estudo

das interações entre agentes atomísticos regulada no sentido da eficiência pelo ideal de mercado e do qual é passível deduzir por via matemática leis gerais ( caso das escolas austríaca, de Chicago e neoclássica) de tem de obter diferentes resultados e perspectivas do que abordagens multidisciplinares e institucionalistas que reconhecem a complexidade multi-nível dos fenómenos sociais e económicos.

Tome-se como exemplo a macroeconomia, o estudo do comportamento e funcionamento de uma economia como um todo. A grande crise iniciada em 2008 desafiou o entendimento convencional dos complexos modelos económicos, que englobavam todo o conhecimento acerca de uma economia, falo dos modelos de equilíbrio geral dinâmico estocástico, que se revelaram incapazes e disfuncionais face aos choques desconhecidos dos seus parâmetro de deflação, bancarrota e crise financeira generalizada ( Münchau, 2015). Às dificuldades e embaraços dos modelos macroeconómicos em refletirem o *admirável mundo novo* pós crise, os mesmos modelos, note-se que irão basear factualmente as políticas de sustentabilidade, soma-se a inércia das instituições que os desenvolveram com cada vez maior complexidade, de certa forma algo paralelo ao desenvolvimento judicial de diversos *testes* na ponderação de valores, relutantes em abandonar a sua doutrina e hostis a aproximações críticas.

O que nos traz a outro ponto de relevo, a ausência de pluralismo e a supremacia da doutrina neoclássica no ensino e na investigação de economia e consequentemente no domínio das instâncias técnicas. As diferenças críticas entre correntes económicas heterodoxas( ou seja keynesianos, institucionalistas e regulacionistas, todos os que inscrevem a economia nas ciências sociais) e a corrente dominante ortodoxa (assente na perfeição dos mercados e racionalidade económica matematicamente demonstrável) não dispõem do mesmo direito de cidade, dado existir um fenómeno de *colonização institucional* (Raim,2015). Apesar do falhanço e responsabilidade causal da doutrina neoclássica em compreender a grande crise de 2008 e em enquadrar a política pública de resposta , para as quais forneceram legitimação científica defeituosa e falível, este é o modelo de economia que impera na academia e consequentemente se transmite às instituições internacionais e nacionais encarregadas de quantificar e criar as tecnologias da sustentabilidade.

Os laboratórios científicos reduzem por definição o objecto de estudo isolando-o do seu contexto na realidade. Uma determinada teoria económica serve para compreender e talvez antecipar fenómenos macroeconómicos e apenas dentro dos seus estreitos limites conceptuais, para uma determinada política económica podem prever-se determinados efeitos económicos mas dificilmente as suas consequências sociais ou jurídicas, a promoção de alterações paramétricas num sistema previdencial apenas é útil para aferir da sua sustentabilidade enquanto a entendermos num prisma que é essencialmente contabilístico, o dos *ratios* de activos com inactivos, contribuintes e beneficiários, volume de contribuições e despesas, evolução de taxas de substituição, evolução dos montantes pagáveis e outros.

Mas pouco ou nada diz sobre o frustrar de expectativas, a erosão na confiança nas instituições públicas em manterem o que é largamente *sentido* como um *contrato social implícito*, e as consequências do que é, efectivamente, admitir um princípio de relativa incerteza numa instituição criada para assegurar segurança. Neste ponto cruza-se também com as questões de legitimidade.

Claro que tal depende da maneira como se enquadra a legitimidade. Uma distinção útil a que se pode recorrer é a de *input legitimacy* e *output legitimacy*, terminologia cunhada por Fritz Scharpf na obra *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung* em 1970. A primeira envolve participação política pelos cidadãos e a outra faz depender a legitimidade da capacidade de resolução de problemas que requeiram soluções colectivas. É neste último ponto, de *output legitimacy*, numa espécie de consequencialismo pragmático que se enquadram o que neste texto são chamadas as tecnologias da sustentabilidade, *lato sensu* o conjunto de critérios e procedimentos com natureza técnico-científica, própria ou auto-atribuída.

Alguns traços relevantes emergem, estas tecnologias surgem para problemas que requerem uma solução colectiva mas não têm uma natureza exclusivamente económica ou financeira, paralelamente os cidadãos vêem a sua capacidade de influenciar as decisões políticas gradualmente a deteriorar-se enquanto o contributo dos especialistas, trabalhando para organizações

internacionais ou nacionais ou grupos de pressão mais organizados têm essa capacidade reforçada. Entre estes especialistas estão muitas vezes os economistas sendo o seu particular entendimento da disciplina utilizado para justificar mudanças legislativas, inspiração que pode assumir-se de forma evidente e clara ou de forma mais subtil.

A legitimidade de *output* é neste contexto essencialmente utilitarista e determina que determinadas propostas, por exemplo, como o Mercado Único Europeu ou a Parceria Trans-Atlântica são justificadas pela sua capacidade de criação de riqueza. A premissa é de que o crescimento do produto ou a sustentabilidade de um sistema de pensões a longo prazo aferida pela evolução controlada do seu peso em despesa expresso num juízo de contabilidade financeira são inerentemente fins benevolentes e “bons” melhorando o bem estar da comunidade no conjunto, independentemente das consequências em termos de distribuição da riqueza criada ou da adequação/realização efectiva dos objectivos do sistema de pensões.

Conforme se pode acompanhar na imprensa, o consenso económico nas organizações internacionais e dos economistas que trabalham com elas e seus dirigentes, está no sentido de que a prosperidade necessita da realização de ajustes estruturais, reformas do mercado de trabalho, mais competição, menos apoios estatais, disciplina fiscal, privatizações e redução com a assumpção que estas medidas aumentaram a estabilidade, solvência e competitividade sendo, em si, boas e válidas e desejáveis ou necessárias. Quando estas receitas económicas, politicamente comprometidas e não neutras são consagradas nas mais altas e vinculantes formas do Direito com o intuito, implícito ou não, de inoculá-las contra maiorias conjunturais é legítimo falar de problemas de legitimidade democrática e de governação tecnocrática, económica, ou simplesmente não democrática (O'Rourke, 2010).

## **5. Uma Delicada Relação com a Política**

As análises jurídicas não podem ser sociologicamente ingénuas e esquecer as múltiplas ocasiões em que o Direito foi usado como expressão dos interesses mais influentes numa sociedade para subalternizarem outros em nome de belos valores como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A conhecida supremacia dos interesses e da razão económica e do peso da sua voz nos fóruns de deliberação tem de ser associada à decomposição do binómio soberania-cidadania, ou como descreve Étienne Balibar(2010) os efeitos desagregadores da globalização sobre o espaço nacional constituíram um novo espaço cultural transnacional que particularizou as “religiões cívicas” de cada estado impedindo-as resumir o universal no seu território em paralelo à inversão da relação de força entre o mercado de capitais globalizado e capacidade regulativa estatal.

Deste modo, uma certa suspeita perante a sustentabilidade e outros termos que lhe surgem comumente associados como as temáticas da justiça intergeracional e das sempre inevitáveis, reformas estruturais, do papel do Estado na economia e socialidade parece ser justificada metodologicamente, simplesmente porque este é um conceito que carece de preenchimento e a voz da economia e das finanças não só é mais audível nos fóruns de deliberação como possui interesse próprios e distintos.

Como um adicional elemento complicador, a sustentabilidade está longe de ser um conceito simples na prática, simplesmente depende de uma galáxia de factores cujas inter-relações quando não são base de acesas discussões científicas são objecto de igualmente ígneas discussões políticas. A sustentabilidade financeira de uma economia, para fazer uso da expressão mais frequente nos últimos anos, depende do comportamento efectivo e da percepções pelos agentes relevantes de um número de factores como demografia, educação, política fiscal, quadro regulativo, e conjuntura internacional portanto mesmo utilizando um indicador complexo em substituição de um limite numérico, nos chamados *debt brakes*, *expenditure brakes* e cláusulas de equilíbrio orçamental, não é possível eliminar uma margem de incerteza que inevitavelmente se traduz numa margem de discricionariedade no poder de avaliar o que é, ou não, sustentável.

Embora o uso de uma metodologia pública detalhada possa, via falsibilidade, introduzir uns muito necessários *checks and balances* no poder de

dizer a sustentabilidade, a verdade é que tal fecha o procedimento aos agentes não especialistas, dado que sofisticados conhecimentos de metodologia estatística e finanças excluiriam do debate informado grande parte do auditório, desde logo os juristas. Também desloca a conformação da sustentabilidade, baseada num consenso comunitário indefinido de que ninguém quer a insustentabilidade, para as instâncias tecnocráticas que tomaram as decisões substanciais essenciais, como, por exemplo, determinar se os encargos com pensões devem ser contabilizados como dívida pública, sobre as gerações futuras. Com o substrato de que as medidas legislativas que modifiquem negativamente o índice de sustentabilidade constitucionalizado podem ser consideradas como inconstitucionais, é possível compreender o poder que o instituto hermeneuta da sustentabilidade possui em termos políticos, de distribuir riscos e recursos para uma comunidade.

Tal hermeneuta será, sem dúvida, composto por economistas ou, pelo menos, as suas vozes terão grande influência. Isto representa um problema porque os economistas podem realizar juízos de valor com implicações comunitárias em vez da comunidade jurídica, relegando ao Direito o papel de *enforcement* das suas prescrições. Porque não é este um desenvolvimento satisfatório? Para os economistas, dentro da sua metologia, o utilitarismo não pode ser medido, pelo que é logicamente impossível. E se a utilidade não é comparável entre pessoas como afirmar que determinada mudança de política é boa ou má, dado que todas as consideráveis mudanças numa política inevitavelmente produzem vencedores e perdedores? Em sentido estrito uma política apenas prefere sobre outra quando tem a capacidade para melhorar a situação a alguém sem prejudicar os restantes, ou seja se a mudança de política leva a um melhoramento de Pareto.

O problema surge mais claro se observarmos o uso de métricas quantificáveis como o dinheiro em específico o critério de compensação de Kaldor -Hicks em que uma mudança de um estado para outro pode ser julgada como benéfica para a sociedade se for possível que os vencedores possam financeiramente compensar os perdedores e ainda assim manter a sua vantagem ganha. Os perdedores *não têm* de ser compensados – dado que realizar tal afirmação seria invadir o território do político, fora dos limites dos economistas- é a mera possibilidade da compensação que é relevante. Além de contraditórios por natureza estes critérios mantêm-se em utilização espelhando um utilitarismo que

carece de auto reflexão e é filosoficamente simplista. Considerando que este critério é bastante utilizado para avaliar mudanças políticas, também na dimensão social do Estado, não é necessário um sentido de justiça apuradíssimo para detectar potenciais torções incómodas a valores comunitários constitucionalmente consagrados, que assim podem obter cobertura científica mas também constitucional em nome da Sustentabilidade.

Como referimos a princípio, determinar o que é sustentável também é determinar o que não é, e esta afirmação algo tosca sugere no entanto uma ideia delicada, a de que há respostas que são certas, independentemente da vontade dos interessados e visados, de que as afirmações da sustentabilidade são conclusões, tão inevitáveis que afastam o princípio democrático e as sensibilidades da comunidade.

Há algo de profundamente perturbador num entendimento assim e o ponto de vista ecológico fornece um paralelo clarificador, a Rede Brasileira de Justiça Ambiental define *injustiça ambiental* como *o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis* ( Porto e Pacheco, 2009 citado em Porto, Finamore e Ferreira, 2013,38), assim sendo se é possível perspectivar como um modelo ambientalista principalmente assente em visões restritas da economia verde e em esquemas de organização empresariais pode definir/decidir a seu favor eventuais conflitos distributivos de recursos e de riscos, em prejuízo de visões não hegemónicas não deve causar embaraço que algo semelhante possa ocorrer na dimensão dos sistemas previdenciais, a conjuntura, os termos do debate e natureza do sistema são favoráveis à predominância de um certo modelo de razão económica.

O direito não se reduz à Política, e parece razoável continuar a afirmar a relativa autonomia do Direito sem prejuízo de aceitar igualmente o entendimento do Direito como uma forma de expressão do discurso social sobre o poder e o exercício, e uma forma plástica de discurso. Observando como o Direito intercepta a realidade com os seus critérios próprios, o que releva na natureza

dialética desse encontro entre o sentido jurídico e a realidade problemática é a modo como o Direito assimila ou juridifica critérios exógenos (Menezes do Vale, 2012). Socorrendo-nos ainda mais uma aproximação ao pensamento de Menezes do Vale, vários tipos de critérios externos ao conceito jurídico de sustentabilidade têm de prover de fora do *limes* do Direito, a sua selecção e acolhimento se não são questões políticas, pelo menos têm implicações desse género.

## **PARTE II**

### **1. A Sustentabilidade das Pensões na *Jaula de Ferro* da Escassez**

1.1 A crise da Segurança Social é essencialmente enunciada pela sua dimensão financeira, como um processo de crescente imparidade entre crescentes despesas sociais e escassos recursos a que um fenómeno de transição demográfica confere um carácter de conflito geracional.

Este é um conflito que oporia, de forma muito grosseira, os “jovens” e os “idosos” quanto à repartição do suporte dos crescentes custos da manutenção do

contrato geracional em matéria de pensões. Consequentemente a argumentação da bondade e justiça, e principalmente da necessidade, de ultrapassar reformas paramétricas a favor de alterações regressivas mas imperativas do contrato geracional para impor uma ordem de justiça intergeracional, tornou-se comumente aceite nos círculos do debate académico, doutrinal e jurisprudencial nacional e mundial.

Os problemas práticos e filosóficos integráveis nas questões da sustentabilidade do Estado Social, em particular dos sistemas previdenciais, são centrais na actualidade. No nosso momento histórico, argumenta-se, atingiu-se a maturidade desses sistemas, que combinada com o envelhecimento e declínio da população, a alteração da estrutura familiar, o augurar do fim crescimento económico distributivo e a consolidada internacionalização e financeirização da economia acompanham a deslocalização dos *locus* do poder, criando um contexto em que não só a crescente exigência de protecção social excederá os recursos como é uma ameaça à actividade económica, uma ineficiente alocação de recursos, e à garantia dos direitos sociais.

Contudo, é impossível não detectar um subtexto de catastrofismo, de aproximação mais ou menos iminente de um desequilíbrio insustentável, resultado de um “inverno demográfico”, impossível de prevenir pela insistência de uma futura gerontocracia, uma “conspiração grisalha” apostada em manter um *status quo* profundamente injusto e previligiado em relação aos “jovens”, tingido este consenso de dúvidas. A redução a uma questão moral algo simplista das complexas interacções entre sistemas da vida determinados por factores pragmáticos e pela contingência histórica é discursivamente suspeita.<sup>2</sup>

A discussão de possíveis soluções está muitas vezes truncada por um jargão técnico excessivo que oculta a compreensão de que no âmago da questão das pensões (para utilizar de um termo simplificador) estão interrogações práticas de ética e de justiça distributiva.\* Em suma, falar sobre pensões, além de ponderar percentagens de despesa com o produto e modelar cenários demográficos e

---

<sup>2</sup> As previsões de insolvência iminente e insustentabilidade dos mecanismos de apoio social datam provavelmente do seu nascimento, contudo para um exemplo recente e revelador, observe-se a previsão de Medina Carreira, noticiada em 22/10/2012 pelo Diário de Notícias, da falência do Estado Social dentro de poucos anos...

económicos, é realizar um inquérito sobre valores, em áreas que vão desde o papel da família e dos idosos, o trabalho, concepções da “vida boa”, a responsabilidade comunitária e individual e que entretencem as vicissitudes da intervivência das gerações.

A intermediação do discurso técnico, útil para quantificar, deve ser entendida com uma essencial reserva, o problema das pensões não é económico ou demográfico, apenas se manifesta nesses termos, é um problema político porque implica a enunciação de questões de justiça com consequências normativas e uma engenharia institucional consciente dos problemas do futuro (Shokkaerte e Van Parijs, 2014).<sup>3</sup>

Como terei oportunidade de referir, mais adiante, uma visão de justiça nos estreitos termos contabilísticos utilizados actualmente, tecnologicamente determinada, em combinação com o ataque ideológico ao Estado Social e com o avanço dos processos de colonização pelo Capitalismo Tardio, articulada por um apelo a uma *legalidade imanente das coisas* pode induzir uma situação de indistinção entre facto e direito com perigosas implicações para a legitimidade da ordem constitucional.

## **2. A Economia Política da Segurança Social**

Desde os anos 80 que a relação entre o Estado Social e o Capitalismo tem sido pensada sobre o quadro de crise, situação que Claus Offe expressou como o *paradoxo do Estado Social* ( Offe 1984;153 *apud* Jessop 2013) - *o capitalismo não pode coexistir com, e nem existir sem o Estado de Bem-Estar* – com o sentido

---

<sup>3</sup>A existência de *vested interests*, no sentido dado por Thorstein Veblen de que a forma de certos grupos salvaguardarem a sua posição dominante sobre certo assunto é tornando difusos e opacos os termos do debate em condições que beneficiam a sua posição. A criação de um vocabulário circular que justifique concepções de que o mundo têm de ser como é, logo não existindo alternativas, deve ser encarada com suspeita.

de que a relação entre estas duas dimensões é sempre de uma geometria variável tecida entre o poder que os agentes sociais têm de articular essa relação.

O conteúdo desta relação era determinada pela “terceira via”, um movimento transnacional de consolidação da vitória do modo liberal anglo-saxónico de organizar a economia e a sociedade após a sua vitória na Guerra Fria, caracterizado, *grosso modo*, por um processo de abertura ao mercado livre e desmantelamento do Estado de Bem Estar de tipo Keynesiano.

Após a grande de crise de 2008, esta relação foi concretizada pela OCDE da seguinte forma: (...) *social welfare systems redesigned to be more job friendly; and training provided to increase labour market skills. These investments are also key to mirror competitiveness concerns. (...) Deep and prolonged fiscal consolidation process will be needed in most countries in the coming years to stabilise and then to reduce debt levels to the pre-crisis level. In many countries, pension systems are unsustainable and also need to be reformed. And in some European economies the sovereign debt issue needs to be addressed.* (OCDE, 2011).

Adoptamos aqui a argumentação de Jessop ( 2013, 2002) de que a relação entre o Estado Social e o Capitalismo tornou-se um “casamento infeliz” iniciado com uma coabitação experimental até chegar a um modo de vida mutuamente benéfico. Só que, descobertas as incompatibilidades e frustradas as tentativas de conciliação, o Estado Social passou a desempenhar um papel secundário para o Capitalismo. Contudo, como o autor refere, há casais mais compatíveis que outros, cada país articulando a sua versão do paradoxo de Offe, uma concreta concatenação de Economia Política, de acordo com as contingências históricas e institucionais.

Deste modo, no que toca à articulação de políticas sociais a adaptação das estruturas do Estado Social à estratégia contra-crise é caracterizada pelo seu desmantelamento parcial e re-alinhamento teleológico no sentido da versão de criação de valor mediada pelo mercado e do modelo de reprodução da força social de trabalho associado a objectivos de competitividade e eficiência.<sup>4</sup> No caso

---

<sup>4</sup>Surgindo a perspectiva de que o grau de realização de direitos sociais constitui uma desvantagem por criar condições negativas, tanto pelo seu risco moral como pelo efeito de

português esta adaptação ocorre segundo o modelo da economia baseada no conhecimento, primeiro definida na chamada Agenda de Lisboa e actualmente segundo a Agenda 2020, revela a transição para um Estado *Workfare*. A célebre ideia de Habermas de colonização do mundo, descreve este processo de re-funcionalização, nos moldes da estratégia económica internacional, das funções estatais, constitucionalmente consagradas, no campo social mas também das suas próprias estruturas de articulação de soberania e de legitimidade popular democrática ao privilegiar o uso de redes e mecanismos de meta-governança de natureza pública e privada articulados transnacionalmente.

O paradoxo de Offe é um instrumento valioso não só para explicar a relação multifacetada do Estado Social com o Capitalismo. Através da consideração desta Economia Política, podemos lançar mão de paralelos, por exemplo, como as suas variações permitem compreender as diferenças entre as formas de socialidade dos Estados Unidos ou da Suécia, baseadas não em quanto gastam mas no grau de reificação mercantil do trabalho, ou, juridicamente, o quanto se afastaram da visão do trabalho como um direito consagrado ( Esping-Andersen, 1990).<sup>5</sup> A função mediadora realizada pela Segurança Social entre o Capitalismo e a Política Democrática (Shionoya,2009;225), e os seus termos concretos, é essencial para construir um contexto interpretativo, as bases factuais que influenciam a reflexão do Direito.

De facto, a Política Social recente mostra as alterações dessa Economia Política funcionalizadora, os novos termos dessa mediação. Com mudanças teleológicas da Segurança Social, dirigida à gestão do desemprego e da pobreza, sob lógicas de precisão, e ao auxílio à consolidação das contas públicas.

---

*crowding out* do investimento, para a competitividade e empregabilidade. Desta forma, um grau rígido de realização, no sentido de políticas orçamentais generosas e reforço jurídico, acabaria por ser contra-produtivo por enfraquecer o seu sustentáculo fiscal. A dissolução do Estado Fiscal face ao *dumping* fiscal permitido pela integração económica internacional e liberdade de circulação de capitais contribuiria para salientar a ideia de falência do Estado.

<sup>55</sup> A não reificação entendida como a situação em que “a service is rendered as a matter of right, and when a person can maintain a livelihood without reliance on the market.”

No primeiro aspecto verifica-se uma estreita ligação entre gestão da força de trabalho e os fundos da segurança social com a criação medidas destinadas a gerir o desemprego numa perspetiva funcionalista (Varela, 2015), nesse campo destacam-se as chamadas Políticas Ativas de Emprego que juntamente com a formação profissional, constituem uma fonte importante de gastos para a Segurança Social, em contraste com a moderação na duração e bondade do subsídio de desemprego (Varela, 2016), numerosos regimes de isenções empresariais de contribuições sociais e relacionados perdões fiscais<sup>6</sup>, e a recente utilização da Taxa Social Única como instrumento de competitividade.<sup>7</sup>

Paralelamente assiste-se a uma mudança das teleologias de solidariedade universal de políticas sociais para a promoção de objectivos específicos de combate à pobreza ou ao desemprego de longa duração.

Observe-se o caso das Pensões Mínimas, no início existia o princípio da convergência gradual do valor da pensão mínima com o salário mínimo nacional, concretizado em 2006. Contudo, em 2007, a desindexação chegou com a adopção de um novo referencial de cálculo e actualização, o Indexante de Apoios Sociais. A mudança dos objectivos políticos veio a ser demonstrada pelo legislador ao criar o Complemento Solidário para Idosos de modo a lidar com o alto custo e alegada ineficácia na luta contra a pobreza da pensão mínima. A re-orientação a favor de um esquema universal a favor de prestações seletivas ocorreu por influência do estudo *Para que servem as Pensões Mínimas?* (Gouveia e Rodrigues, 2003) em que se propôs uma consideração separada da pensão estatutária e do complemento social, introduzindo o conceito da condição de recursos para a sua legitimação. A consequência é desligar a pensão mínima da sua origem no trabalho com prejuízo para as suas funções redistributivas (Murteira, 2015).

---

<sup>6</sup> A sucessão de planos, “definitivos”, reguladores de contribuições sociais em dívida com objectivos económicos acoplados é expressiva, o DL 225/94 (“Plano Catroga”), o DL 124/96 (“Plano Mateus”), o DI 220/86, o DL 179/90, o DL 248A / 2002 ao recente PERES.

<sup>7</sup> Subjacente a estes desenvolvimentos está o efetivo abandono do pleno emprego como objectivo de política económica, não é alheio a este facto a transformação do desemprego num problema técnico e na desajustabilidade de um certo nível de desemprego para prevenir inflação.

No segundo aspecto, observa-se a utilização do Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social para estabilização das contas gerais do Estado, desde a operação de titularização da dívida entre 2002 e 2005 à compra de títulos de dívida pública, ou a transferência dos fundos de pensões dos bancários, ou outros fins como investimentos de risco ou a sua utilização em ajuda humanitária.

Realizada esta breve exploração, cujo substrato é a ideia de um contínuo necessário que entretece economia e política ( Polyani, 1944), queremos dizer que o modo como se organiza juridicamente a defesa social face ao funcionamento mercado através da institucionalização de direitos veio sofrer várias mudanças silenciosas mesmo antes da crise de 2008. O Direito, como um sistema socialmente embebido, foi fortemente influenciado pela evolução desta relação, induzida pelas alterações no pensamento económico e na prática política, e reagiu perante a nova Economia Política com o seu próprio processo de adaptação conceitual.

### **3.A Evolução Doutrinal e Jurisprudencial perante a Economia Política da Segurança Social**

Contudo, não sofra esta obra do reducionismo económico que censura no presente, o actual contexto é melhor caracterizado pela emergência de novas e conflitantes juridicidades. A juridicidade do Estado Social de Direito, fundada no Estado Nacional e na economia de comando e controlo, foi decompondo-se pela sua submissão a sistemas financeiros, fiscais e sociais, a que aderiu por força convencional ou de facto, e confronta-se com uma juridicidade heterónoma que circunscreve a liberdade política e económica em moldes de tipo hayekiano, em mecanismos de governo baseados na libertação e legitimação da lógica de mercado como pilar de legitimidade. A tensão que esta situação cria no nosso ordenamento constitucional é palpável.

Tomamos aqui a súpula de Susana Tavares da Silva(2011) como representativa do discurso doutrinal dominante relativamente às implicações jurídico-constitucionais da nossa condição colectiva. Que, as condições que dão

sentido ao princípio da democracia económica e social como um princípio de interpretação conforme da actividade estadual, que lhe conferem a força normativa de um projecto político constitucional alteraram-se: *Percebemos com a falência do modelo de economia socialista que perdeu sentido a legitimação de um sistema público exclusivo de redistribuição equitativa do rendimento e da riqueza, pois todas as experiências deste modelo mostraram que a “mão pública” não conseguia produzir desenvolvimento económico nem social, pelo que rapidamente esgotava a sua capacidade redistributiva, que degeneraria em uma generalização da miséria – antes de redistribuir é necessário produzir(!)* (Silva,2011, 108).

O novo contexto exige novos conceitos, um novo quadro de referências. O dinamismo atribuído aos sistemas económicos do capitalismo tardio é o novo motor do desenvolvimento económico e, logo, do desenvolvimento social, a que o Estado deve procurar adaptar-se num papel regulativo conciliado aos processos desses sistemas. O recorte material e funcional dessa tarefa implica uma reformulação da intensidade da intervenção pública na garantia do bem estar social e do progresso social.

A questão já não é de legitimação de medidas interventivas ( um dos dados adquiridos do Estado Social) mas para o controlo e a fundamentação dessas medidas. *A juridicidade dos três E's triunfa sobre a juridicidade democrática quando a obriga a fundamentar as suas escolhas no princípio da sustentabilidade.*(Silva,2011).

Isto implica algumas alterações tectónicas: que o Estado Social existe no interesse dos cidadãos mas a sua intervenção foi substancialmente alterada pelas mudanças do paradigma económico. Uma mudança de paradigma na Política, porque o Estado Social deixa de ser um espaço de afirmação de ideologia para se transformar numa reconstrução pragmática arreigada a um neoconstitucionalismo da sustentabilidade e à redifinição das tarefas públicas como de desenvolvimento económico-social.

3.1 Este processo de *aggiornamento* é particularmente visível na decomposição do Princípio da Proibição do Retrocesso em matéria do grau de realização de direitos económicos e sociais.

Embora o processo de perda de relevância do princípio seja interessante<sup>8</sup> o que mais surpreende é a semelhança em relação às dúvidas acerca das condições em que esse princípio se manifestava com o actual estado da nascente dogmática da sustentabilidade. No estado actual do debate, e *a contrario* com o referido, o princípio parece estabelecer que o legislador, relativamente aos preceitos constitucionais sociais, possui uma margem de arbítrio no que toca ao quando, o como e o quanto concretizado de direitos sociais, mesmo se concretizado pela lei infraconstitucional e assente na consciência comunitária e no sentimento da legitimidade, um consenso-legitimidade assente na assumpção de pressupostos de crise e escassez.

Continuando a reproduzir este paralelo, dir-se-ia que a ideia de ocorrência de uma *osmose recíproca* entre o Direito da Constituição e o Direito da Lei é o mecanismo que explica o paulatino enraizamento nos discursos da constitucionalidade dos temas da sustentabilidade, em especial em áreas onde a sua dedução precisa do texto constitucional, caso dos sistemas previdenciais, pode ser colocada em dúvida.<sup>9</sup>

Somos tentados a utilizar aqui a sistematização de Tiago Fidalgo de Freitas (2012) para questionar se a questão da sustentabilidade se refere a um fenómeno de transição de fontes que implica que os seus juízos distributivos assumam um estatuto supraconstitucional ou se a sua origem num consenso da comunidade interpretativa é a origem da sua influência na arquitectura constitucional. Porém, a seu tempo trataremos deste ponto.

3.2 Outra marca é a ascensão como técnica jurídica de excelência da Ponderação. O período de intervenção externa deixou um impacto perceptível na generalização desta técnica para judicar a austeridade. Questionado acerca da (in)constitucionalidade de várias medidas sacrificiais o Palácio Rattón foi empregando uma metódica de ponderação cada vez mais sofisticada mas a

---

<sup>8</sup> De forma grosseira, a favor primeiro de interpretações sob a forma de um princípio da reserva do possível, depois na defesa de um *núcleo essencial do direito* e recentemente propõe-se a sua suplantação em nome de uma juridicidade de sustentabilidade emergente.

<sup>9</sup> Outra semelhança, está na heterogeneidade de fundamentos de sustentação do princípio, desde a justiça intergeracional e intrageracional, o princípio da igualdade, princípios de responsabilidade, e, em especial, o interesse público.

complementar análise detalhada da necessidade e oportunidade das mesmas foi descurada.

Em paralelo com a experiência do Conselho de Estado grego (Contiades;2014; 206-207) o papel do nosso tribunal foi também de uma *moderação paradoxal* e de extrema cautela com o exercício das suas funções. A nossa jurisprudência de crise empregou um rigoroso método de proporcionalidade para testar a adequação de várias medidas sacrificiais e realizou em vários casos juízos indicando como as medidas submetidas a controlo poderiam ser, em concreto, conformes aos critérios materiais definidos na jurisprudência do tribunal.<sup>10</sup>

Contudo, apesar deste crivo mais apertado, a natural relutância do tribunal em invadir a esfera do legislativo reforçou-se em vários pontos ao ponto de também se poder afirmar que, grosso modo, a acção do tribunal constitucional ajudaram a sustentar as escolhas do legislador. De facto, a natural hesitação do Tribunal em complexas matérias financeiras acentuou-se com a crise, e por causa desta, como o demonstram as inúmeras vezes em que a centralidade do interesse público no cumprimento dos compromissos financeiros internacionais foi aceite, sem discussão, como fundamento das medidas e a preocupação que as decisões e os seus efeitos fossem, no possível, orçamentalmente neutras.

Não necessita de grande fundamentação a afirmação de que o Tribunal Constitucional não podia, e nem tentou, invadir o cerne do argumento do interesse público, substanciado no cumprimento dos compromissos financeiros internacionais impostos pelo Memorando de Entendimento. Dado que tal implicaria interferir em áreas estrangeiras das suas funções, na política externa, económica e financeira, correndo o risco de ao ferir de inconstitucionalidade os compromissos do memorando de provocar uma crise política.

---

<sup>10</sup> Nos Acórdãos n.º 128/2009, n.ºs 188/2009, 187/2013 e 862/2013, veio a desenvolver-se este modelo de testes. No qual, para que haja tutela da «confiança» é necessário, cumulativamente, que o Legislador através de comportamento reiterado gere «expectativas» de continuidade do mesmo entre os particulares, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas, particulares devem ter baseado planos de vida na continuidade desses comportamentos e, por último, devem inexistir razões de interesse público que motivem a não continuação do comportamento que gerou as expectativas.

Mas tal acabou por criar uma situação paradoxal e incerta: Os perigos e exigências da situação de crise levaram à necessidade de medidas. Apesar do normal *self restraint* dos Tribunais as mesmas não poderiam ficar imunes a controlo e, devido à natureza sacrificial de direitos das mesmas, foram sujeitas à aplicação de uma metódica mais rigorosa do que o habitual. Porém perante a premência da conjuntura e do interesse público, a relutância dos Tribunais em envolver-se no urgente dever de combater a crise acentuou-se. Mas apesar disso, essas medidas, de balde um controlo mais apertado, acabaram por entrar em vigor, porque a natureza extrema das circunstâncias o veio determinar, à excepção de evidentes casos arbitrários.

Esta redução prática do poder do Tribunal Constitucional, e da força normativa da constituição, por um lado, submetido pelos seus deveres a empregar um método mais rigoroso, e por outro obrigado a considerar as exigências da urgência teve como paradoxal fruto a sustentação por metódicas de controlo mais rigorosas de medidas gravemente restritivas de direitos solidamente consolidados. Contudo, outro não poderia ser o resultado do caminho de cuidadoso equilíbrio escolhido.

3.3 Para navegar por entre dos juízos normativos de sustentabilidade, de consciência e ansiedade do futuro e da distribuição de ónus e benefícios da sustentação do sistema previdencial uma versão, aperfeiçoada nas escolhas difíceis da crise financeira, da metodologia da ponderação de interesses contrapostos foi criada.

O Tribunal tem articulado o seu discurso na confrontação das dimensões em que os princípios preocupados com a prossecução do interesse público, em especial as derivadas do poder de inovação e reformulação reconhecido ao Legislador, e aqueles que concernem à confiança dos governados na manutenção da lei estabelecida se encontram em confronto. Por deterem igual peso na axiologia constitucional estes dois grupos e as posições jurídicas associadas exigem uma arbitragem conciliadora.

Contudo a metodologia de ponderação convocada para estas questões não é simplesmente uma iteração da metódica de restrição de direitos assente no binómio da proporcionalidade ou adequação substancial, a metodologia que predata a crise, em que premência do interesse público na ponderação não dispensava uma posterior verificação material de conformidade do sacrifício do direito, que prevenisse que o mesmo fosse inaceitável por arbitrariedade ou onerosidade.

A novidade está no facto de que o interesse público, enquanto o elemento interpretativo passar a ser o radical da ponderação quando estão em causa questões existenciais efectivamente legitimando, quase que *a priori*, medidas restritivas de direitos fundamentais com fundamento nas condições da sua existência, com a agravante de, herança da jurisprudência de crise, o Tribunal não exigir uma demonstração exaustiva de alternativas menos lesivas.

Sousa Ribeiro, anterior Presidente do Tribunal Constitucional em *O interesse público como elemento de ponderação na decisão constitucional* ao realçá-lo como factor determinante e fundamentador do sentido da decisão da questão de constitucionalidade, no âmbito da aplicação do princípio da confiança e pela incidência na restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, articula-o *à liberdade de conformação do legislador*, ligada ao *princípio democrático*.

A ideia a tirar é que mesmo com plena reunião das condições que fazem com que uma situação seja digna da tutela da confiança há sempre necessidade de ponderar o contrapólo que é o do interesse público contudo esta preponderância é refreada por outro princípio, o da proporcionalidade – em sentido estrito. Daí a afirmação do Acórdão n.º 287/90 - *Não há, um direito à não frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal de relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Só é inadmissível essa frustração quando ela não se justifica pela salvaguarda de um interesse público que deva ser considerado prevalecente.*- parece razoável, a arbitrariedade é evitada.

Relativamente ao problema da sustentabilidade das pensões, o Tribunal construiu o seu quadro fáctico de referências com uma etiologia simples: razões

estruturais, a corporização do ideal de sustentabilidade do sistema, como o aumento da esperança de vida e a quebra acentuada da natalidade levam a uma situação em que aumentam os beneficiários e decrescem os contribuintes, um desequilíbrio. Essas razões levaram a mudanças legislativas nos requisitos de fruição e nas fórmulas de cálculo das prestações, no quadro de crise económica financeira, a essas razões adicionou-se a necessidade de contenção orçamental.

Consequentemente, ao longo da sua jurisprudência, o Tribunal sustentou a ausência de expectativas de confiança tuteláveis quanto à manutenção das condições de direitos previdenciais contrabalançada por uma tutela concreta, a da progressividade e gradualidade das regras de sustentabilidade, e pela fundamentação ao interesse público na sustentabilidade dos sistemas.

A mesma formulação paradoxal da crise, a combinação de um rigoroso método de ponderação, que acaba por concluir por um apelo à supremacia do interesse público, leva o Tribunal a afirmar que o direito adquirido a um montante de pensão é uma posição jurídica especialmente tutelada, do ponto de vista do princípio da confiança.

Na modesta opinião do autor a argumentação construída ao longo dos acordãos do Tribunal Constitucional n.ºs 862/2013 e 575/2014, é o caso de estudo para apreender o difuso e incerto desenho das fronteiras dos debates jurídicos e políticos acerca do cultivo e da escrita da sustentabilidade que resulta da adopção deste método para ponderar questões de justiça intertemporal.

A intervenção do Palácio Ratton veio a propósito da intenção do XX Governo Constitucional de realizar uma série de medidas que se traduziriam na redução dos montantes pagos a título de pensão, legitimadas grosso modo por uma argumentação da sua necessidade face ao cumprimento do contrato geracional articulado, nos termos da exposição de motivos, como assentando no cumprimento da disciplina orçamental e fiscal imposta pelo complexo de normas do Pacto Fiscal e Orçamental e, de forma lateral e com a sua ligação a este

objectivo algo oblíqua, a necessidade de resolver no presente os problemas de sustentabilidade com o sistema da previdência social através da proposta medida de redução definitiva das pensões já em pagamento.<sup>11</sup>

Conforme entendeu o tribunal as exigências de cumprimento de um contrato geracional em *latu sensu* estão intimamente relacionadas com a subsistência da ordem constitucional portuguesa, e, entre tais exigência figura a necessidade de lidar de forma adequada com o problema de sustentabilidade que se julga existir com a vertente previdencial da Segurança Social.

A necessidade parece ser clara na visão da Cúria, reconhecendo o efeito disruptor da crise económica que aprofunda as dificuldades de pleno funcionamento dos mecanismos de financiamento dos programas de segurança social ( o efeito depressivo do desemprego e da imigração sobre as contribuições sociais e sobre a receita fiscal) e a mudança do contexto demográfico com as consequentes implicações em termos de distribuição de encargos e benefícios, a protecção rígida da confiança da actual geração beneficiária ( baseada em concretos planos de vida e expectativas de manutenção do *status quo*) é secundária, e injusta, perante difusas, indefinidas e susceptíveis à História, situações de futuros ainda não viventes e contemporâneos não beneficiários.

Nas palavras do Tribunal: *Certa doutrina tem reconhecido que a sustentabilidade é um critério que pode levar a uma redução global de pensões na hipótese de, apenas desse modo, se assegurar a capacidade funcional do sistema de previdência. Os interesses públicos da sustentabilidade financeira e da justiça intergeracional - os invocados como fundamento das normas impugnadas - têm também sido invocados pelo Tribunal Constitucional para credenciar medidas restritivas de direitos sociais, quer num contexto de crise económico-*

---

<sup>11</sup> A restrição da decisão à constitucionalidade da medida de normalização da contribuição extraordinária de sustentabilidade não impediu a realização pelo tribunal de juízos mais vastos e possui o dom de esclarecer como as questões de sustentabilidade podem ser facilmente desviadas do seu curso e da sua temporalidade para servir a preocupações mais imediatas de presentes conjunturas, desde logo os constrangimentos orçamentais e fiscais a que o Estado Português se vinculou no decorrer da crise das dívidas soberanas, ilustrando em simultâneo como as dificuldades existenciais das sociedades ocidentais e a crescente profundidade da influência da globalização estão a erodir o tecido constitucional e o própria natureza do Direito.

*financeira (cf. Acórdão n.º 187/2013 – corte de subsídios de férias ), quer a propósito da convergência do sistema de pensões (cf. Acórdãos n.º 188/2009 e n.º 3/2010).*

De forma bem expressiva, refere-se no Acórdão n.º 188/2009 que «*não pode deixar de reconhecer-se que a limitação do montante da pensão, entendida no quadro mais geral da reforma do sistema de segurança social, se encontra justificada pela necessidade de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos que devem considerar-se prevalecentes, como o princípio da justiça intergeracional e o princípio da sustentabilidade*». *O princípio da sustentabilidade recebe acolhimento constitucional nos artigos 81.º, alínea a), e 66.º, n.os 1 e 2, da CRP, mas também do artigo 101.º, quando refere a exigência do "desenvolvimento social" ou do artigo 9.º, alínea d), que tem subjacente a ideia de justiça intergeracional, o que pressupõe a sustentabilidade do sistema.*

Esta não é uma proposição difícil de aceitar, face a uma afirmação como a realizada pelo tribunal no ponto 27 da fundamentação no acórdão n.º 575/2014 em que fica clara a influência do factor “crise” sobre os juízos de sustentabilidade: *Perante os quadros gerais do atual sistema previdencial de segurança social, que foi definido num outro contexto histórico, e cuja subsistência no presente momento, sem qualquer modificação, **poderá suscitar dificuldades de sustentabilidade das finanças públicas e do próprio sistema de pensões e colocar a República em situação de incumprimento perante as suas obrigações europeias e das suas obrigações perante gerações futuras, não pode deixar de reconhecer-se a necessidade de uma reforma do sistema*** (negrito meu).

Perante o artigo 63.º da CRP, que estatui a imperatividade de um sistema forma público de organização da segurança e solidariedade social, a presente situação coloca em contraste a realização de diferentes conteúdos fundamentais entre gerações e entre tempos. Desde logo porque os juízos distributivos forçosamente imanentes a considerações geracionais de justiça não são têm de ser transpostos na linguagem das duas gerações, em conflito, e, principalmente, porque o momento de fragilidade financeira e económica é a mais premente motivação que subjaz às acções dos executivos e à ponderação dos tribunais.

Segundo o antigo Presidente do Tribunal, o interesse público tem que passar o *filtro normativo* da Constituição para justificar para o desvio, não basta a evocação do interesse público como categoria abstrata e indeterminada, de âmbito geral e indiferenciado, conceito genérico integrável por uma variedade de interesses públicos e padrão de avaliação de outros interesses, é necessário a individualização de um interesse público constitucionalmente credenciado.

Os riscos de manipulação da simples menção ao interesse público são assim combatidos pelo legislador constitucional com a qualificação restritiva de que só importam os *de excepcional relevo* e com a expressa cominação, apenas para esta causa justificativa, da necessidade de fundamentação. Como qualquer decisão judicial tem que ser fundamentada, há a imposição uma fundamentação *especial e reforçada*, que passará sempre pela identificação precisa do interesse que se pretende salvaguardar e das razões concretas pelas quais a sua tutela impõe uma declaração de inconstitucionalidade mitigada.

Contudo, tentaremos demonstrar, que a natureza das questões da sustentabilidade, que constituem a base fáctica do quadro conceitual construído pelo Tribunal Constitucional, resiste a este modelo do Tribunal e à importância que coloca no elemento *interesse público excepcional* na Ponderação.

#### **4. Da Necessidade de uma *Hermeneútica da Suspeita***

Como escrevemos atrás, a adaptação do Direito à nova Economia Política, de Sustentabilidade Competitiva, tem conduzido a interpretações cada vez mais cuidadosas, e receosas das implicações orçamentais, do quadro normativo fundamental dos direitos sociais e económicos, mesmo antes da emergência da crise financeira de 2008, que permitem a legitimação de formulações normativas e éticas cuja justiça parece, na nossa opinião, duvidosa.

No início do século passado, Paul Ricour denominou o trio de pensadores dessa época nascente- Marx, Nietzsche e Freud – como a “Escola da Suspeita”,

referindo-se ao facto de como utilizaram a suspeita para analisarem as forças causais subjacentes aos fenómenos da consciência, juízos e intuições morais, revelando o seu verdadeiro significado. Parece-me que um método semelhante, uma *hermenêutica da suspeita* (Leiter, 2005) é necessário para testar de forma radical a nascente dogmática da sustentabilidade, em particular na sua aplicação ao sistema de pensões, e em especial quando estão em causa soluções sacrificais de direitos tutelados pela Confiança.

Outra razão está na existência de um ataque ideológico ao Estado Social. Por um lado pelo paradoxo da proposição de que a melhoria de níveis de vida e de condições de trabalho e uma segurança social abrangente, as condições que ajudaram a legitimar o Capitalismo face à alternativa Soviética, se tornaram impossíveis embora, certamente que não fisicamente, dado o enorme potencial produtivo da economia moderna. Por outro pelo uso de *politics of retrenchment* para reformar aspectos do Estado Social, numa postura que visa evitar a culpa, num esforço de transformar mudança programática ou conjuntural numa posição que minimize os custos políticos de uma regressão ( Pierson, 18, 1994), convencendo a oposição da necessidade da mudança e impondo os seus custos concretos a um determinado grupo de cidadãos em troca de ganhos futuros e incertos.

Também a prevalência da visão da escola da Public Choice, de James Buchanan, sobre a crise fiscal do Estado Social, expressa no crescimento expressivo da dívida pública atribuída à irresponsabilidade e curto termismo das maiorias eleitorais que vivem acima das suas possibilidades, tem tornado como senso comum a ideia de que a Economia de Mercado, liberta da interferência da Democracia, é um referente não só de eficiência como de virtude e responsabilidade ( Wolfgang, 2014).

Ao admitir a proximidade e a influência que o pensamento económico possui como um importante elemento na conformação do Direito, é possível perceber a utilidade de que tal hermenêutica, em especial a teoria da ideologia proposta por Tucídides e Marx pode ter para interpretar (Leiter, 2005). A ideia de que o sistema social dominante procura reproduzir-se através da manutenção de uma estrutura conceitual ideológica que racionalize os seus interesses como

gerais, como *interesse público*, justifica a investigação por uma dimensão oculta à análise crítica.

Perante o desaparecimento da ideia da possibilidade de um futuro de abundância surge uma era com a escassez como centro das preocupações. Assim perante a incerteza das justificações morais em promover mudança e para ultrapassar racionalizações ideológicas nos debates da articulação da escassez com a sustentabilidade a Comunidade Jurídica e Política necessita das ferramentas que apreendam as redes de causação sócio-económica para submeter os conceitos e as teorias de justiça a teste. No nosso entendimento, superficial, existem vários campos que merecem a suspeito do intérprete do Direito.

### **5. O Desencantamento da Natureza, Escassez e Demografia;**

Como referimos atrás, o Direito é um sistema de validade socialmente embebido, e prova pode ser encontrada na absorção tácita do princípio da escassez realizada pelo Tribunal Constitucional ao perspectivar o problema das pensões na óptica da sustentabilidade, o contrapólo da escassez, e da justiça geracional, ao pressupor um conflito na manutenção do contrato geracional.

O postulado económico da escassez proposto por Robbins<sup>12</sup> foi universalizado e naturalizado ao ponto de se ter tornado totalizante, também no Direito, com o principal efeito foi o de excluir formas alternativas de formular que sejam sensíveis a outras dimensões.

Aliás essa é a principal característica da escassez, é totalizante, perante a ausência de recursos não é só a esfera do possível que é pulverizada mas também toda e qualquer tentativa para inquirir acerca das suas causas, a escassez faz a sua própria lei e justiça. É um conceito a evitar a todo o custo.

A escassez não é um fenómeno natural mas sim socialmente construído, ou seja a teoria económica e os vários dos seus pilares, incluindo a escassez, não são

---

<sup>12</sup> Parte do princípio de que sendo as necessidades ilimitadas e os recursos para a sua satisfação escassos, a economia deve formular-se para o estudo do comportamento humano entre múltiplos fins e escassos recursos passíveis de uso alternativo. Tendencioso mesmo na altura em que foi formulado, tendo sido rejeitado no trabalho posterior do autor, tem sido no entanto aceite como truísmo da vida humana.

universalmente aplicáveis. È também um conceito da modernidade, e antes do século XVII não era considerada como uma condição existencial da Humanidade, de facto a origem etimológica da palavra refere-a às situações temporárias de falta de bens resultado de uma má colheita anual( Achterhuis,1995). De um fenómeno espacialmente localizado e temporalmente intermitente a escassez foi realaborada como uma universalização sem espaço para ambiguidades.

Por sua vez, Karl Polanyi no seu livro *The Great Transformation* , argumentou que antes do século XIX, o mercado estava imbuído na sociedade e subordinado por ideologia, relações sociais e pela política contudo a grande transformação da revolução industrial levou à emergência do mercado “auto-regulado”, desligando do controlo social provocando o domínio das forças de mercado sobre a sociedade. Contudo, noutras sociedades, a população satisfaz as suas necessidades numa lógica diferente, de reciprocidade, redistribuição e troca ( Polanyi, 1944 in Mehta,2010 ).<sup>13</sup>

Em *Trade and Market in the Early Empires*, Polanyi e os seus colaboradores criticaram a universalidade do postulado da escassez através da distinção entre os sentidos substantivo e formal de “económico”. Um entendimento substantivo contende com a dependência do Homem de interagir com a natureza e congéneres para satisfazer as suas necessidades básicas. Em contraste um significado formal refere-se a uma escolha a realizar entre usos alternativos para meios insuficientes.( Mehta, 2010).

È interessante porque Polanyi alerta para o problema de que o conceito do “económico” realiza uma fusão entre os significantes “subsistência” e “escassez” sem a clareza necessária para compreender os

---

<sup>13</sup> Em Koragur, Papua Nova Guiné, o desenvolvimento da percepção do tempo como um bem escasso está relacionado com o processo de incorporação numa economia política internacional, a imposição de controlo pelas autoridades da dimensão temporal por novos líderes locais está a espalhar a ideia de que o tempo é escasso. Em situações em que um observador ocidental veria escassez de tempo os aldeãos observam uma malvinda imposição de autoridade. (Smith, 1982).

perigos que tal fusão carrega. Mais à frente teremos oportunidade para esclarecer como esta confusão, mais ou menos intencional, constitui uma grave dificuldade para a nossa ordem jurídica.

Porém, antes disso, reparamos que este conceito é bastante útil nos actuais debates da sustentabilidade, em especial no caso do sistema de pensões, em que a norma é a aferição contabilística de estrita proporção de contribuições/benefícios sem a necessária contextualização com dimensões de justiça, não só nas complexidades das transferências e dos seus significados ambíguos mas também com a falta de consideração de importantes aspectos que interagem com o sistema de Pensões, desde o papel da família, o valor dos idosos, o trabalho e a sua organização em mercado, as assimetrias regionais(...). Atendendo a este prisma, é possível ver noutra luz muitas das proposições da nascente dogmática da sustentabilidade sob a influência que uma percepção da escassez na estrita e conflitual composição formal.

Torna-se clara a ansiedade discursiva que sugere a ideia de um declínio programado, e terminologia como *inverno demográfico* e *conspiração grisalha* que surjem associadas à ideia de conflito entre gerações que baseia as mais populares concepções de justiça geracional e os programas políticos. O apagamento da noção de que pode haver colaboração na ligação das necessidades com os recursos implica necessariamente uma perspectiva de conflito.

Nestas circunstâncias causa pouca surpresa a desorientação das categorias tradicionais de pensar os direitos sócias e económicos, em especial o processo de decomposição interpretativa do princípio da proibição do retrocesso no princípio da reserva do possível até ao actual entendimento da sustentabilidade como princípio director da metódica da restrição de direitos sociais e económicos e de definição da intervenção pública em termos de socialidade. Este entendimento tem também o mérito de ajudar a esconjurar possíveis preconceitos ideológicos ocultos sob os postulados da escassez como uma insindicável angústia do não ter.

Realizar um apelo à Escassez de recursos, é apelar a uma legalidade e legitimidade *imane*nte das coisas, não mediada por instituições de uma ordem humana mas de ordem natural, que é *insindicável*. Na actual jurisprudência, admite-se que só um interesse público *excepcional*, pode triunfar sobre princípios

do Estado de Direito, o que é garantia contra o oportunismo político. Mas a escassez é a excepcionalidade.

Consequentemente a insustentabilidade na questão das derivada de uma futura e previsível escassez, expressa por uma razão ineficiente entre contribuições e benefícios, não tem de surgir como um destino. Porque não resulta apenas do afunilar da pirâmide demográfica mas também das implicações de múltiplos sistemas anciliários, como as desigualdades de propriedade e rendimento ,evolução da produção e da distribuição de rendimento, da questão ambiental, da comodificação e automatização crescente do trabalho e dos constrangimentos orçamentais impostos ao Estado Português.

Em vez de ver a escassez como um fenómeno exógeno sobre o qual a ordem humana não tem controlo existem diferentes perspectivas, significados e respostas que diferentes actores deram ao fenómeno ao invés de aceitar um padrão de comportamentos fixos ( cooperação ou conflito). Portanto, adoptar uma perspectiva sobre a escassez, além de implicar uma etiologia acerca dos problemas do sistema de pensões também deve incluir uma reflexão acerca dos princípios de justiça que guiam as soluções normativas.

Neste ponto ganha relevo a relação do Direito com a Ciência, reforçando o papel da axiologia, o pânico ecológico destrói a possibilidade de vida social ao reforçar a ideia de que a vida é um conflito por recursos sempre escassos

A confusão da Política com a Ciência abre perspectivas de certezas absolutas e cria a necessidade de decisões radicais, com o perigo inerente em apontar um grupo de cidadãos como (ir)responsáveis por fenómenos naturais: *Não é necessário que haja um motivo de peso para a preocupação quanto à vida e à morte, com o exemplo nazi mostra, apenas uma sensação momentânea de que a uma acção drástica é necessária para preservar o modo de vida. Quando o apocalipse aparece no horizonte a espera por soluções científicas parece não fazer sentido, a luta parece natural e os demagogos da terra e sangue revelam-se.* (Snyder, 2016). Embora o catastrofismo não tenha chegado a esse ponto, é possível perceber os problemas das soluções pensadas neste contexto, como as pressupostas nas invocações de gerontocracia (Uebelmesser e Sinn, 2002), ou nas

propostas de restrição do direito de voto dos idosos ou votos “qualificados” associados à idade e à família ( ver Van Parijs, 1998).

Na nossa, humilde, opinião, é necessário relançar o debate acerca da sustentabilidade no Direito com atenção a estas coordenadas de modo a prevenir, ou pelo menos tornar clara, a instrumentalização e colonização do Direito por este conceito económico de escassez.

A escassez funciona como um entorpecedor da razão, propõe explicações a fenómenos sobre os quais não existe possibilidade de controlo humano e atribui-lhes consequências a nível da ética/justiça, que não são tão facilmente reproduzíveis fora desse quadro estrito.

As categorias utilizadas no campo das pensões, utilizadas pelos órgãos públicos e pelo Tribunal Constitucional, são construídas pela escassez. As previsões da macroeconomia e da análise de informação expressas sob forma de *generational accounting* são utilizadas para, simultaneamente, provar o problema e prescrever a solução. O problema é a falta de recursos, a situação o conflito, geracional devido à natureza do sistema, e a solução é, potencialmente, toda aquele que permita um equilíbrio.

Não é preocupante apenas a ausência de uma noção de justiça historicamente localizada e concretamente assente que acentue a realidade de convivência como necessidade da partilha de riscos e responsabilidades mas também eventuais ganhos, que permita, parafraseando E.P. Thompson, lutar acerca da escassez e não apenas contra ela.

È, ainda mais preocupante, porque estamos perante um Tribunal ( e uma Dogmática) abalado pelas batalhas do período de tutela financeira, chamado a tomar decisões sobre questões de *Mega-Política* ( Hirschl, 2008), hesitante perante aspectos técnicos e receoso de quebrar a separação de poderes, adoptou um método de judicção delicado.

5.1 A demografia é outro conceito naturalizado contudo a ansiedade demográfica não é um fenómeno novo. O seu longo passado, está intimamente ligado à crença no seu determinismo e à sua instrumentalização para justificar

arranjos sociais. A simples análise demográfica, a reduzida fertilidade das pessoas desejáveis quando comparada à da classe trabalhadora fornecia narrativas de decadência da civilização e de instabilidade social e permitia afastar o debate sobre a análise social acerca dos efeitos da pobreza e da desigualdade. Um tema comum na literatura do género entre 1870 e 1945.

Contudo as ansiedades demográficas foram partilhadas além dos eugenicistas conservadores e proponentes nativistas com pensadores marxistas e sociais democratas, estes últimos indigavam se o declínio populacional seria tanto demonstração de falência do capitalismo como obstáculo ao progresso social dadas as preocupações com segurança e estabilidade de uma sociedade conservadora. Essas ansiedades foram consagradas também no Beveridge Report, sendo o espectro do declínio populacional utilizado para inspirar ou assustar os políticos na direcção das reformas propostas, para a instauração do Estado de Bem Estar ( Teilbaum; Winter;1985; 60 e 61). Demonstrada a utilidade dos argumentos demográficos para reforma social, fica justificada a cautela que a reflexão jurídica tem que tomar.

Até porque, a existência da fatalidade demográfica está todavia longe de ser consensual e indubitável. E é susceptível a variadas interpretações, no que toca à redução da população activa as previsões relativamente a Portugal, o peso da população activa se reduza no âmago da população total, todavia até 2030 o peso desta regressão demográfica traduzir-se-à em três pontos percentuais ( de 56% para 53% da população total), o período mais acentuado será entre 2030 e 2050 com uma redução para os 44% da população total, segundo um cenário mais pessimista pela ONU. Este é um processo que ocorre ao longo de 50 anos ( Ramos, 2013).

A análise da evolução do encargo com as pensões é compósita porque tem de considerar o comportamento das variáveis demográficas e económicas e em especial aumentos da produtividade.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> *Os aumentos necessários são negligenciáveis, no período 2002-2011 – período de relativa estagnação- a produtividade do trabalho cresceu a 1% ao ano, aumentando anualmente mais de quatro vezes que o necessário para compensar o factor demográfico adverso até 2030, e mais de o dobro até 2060, incluindo no cenário mais pessimista da ONU. ( Ramos, 2013).*

È verdade que a consciência da importância destes fenómenos e do papel de tendências estruturais sob a sociedade deve estar presente na reflexão jurídica ( como Abraham Lincoln disse, “*I hope to have God on my side, but I must have Kentucky.*”) mas admitir a importância fundamental de relações com aspectos físicos da existência, pressões geográficas e demográficas, e a sua capacidade de afectar a distribuição do poder entre grupos humanos numa espécie *horizonte do possível* deve lembrar os perigos de determinismo, essas relações são o pano de fundo em que os juízos normativos e de justiça se realizam, não se confundem.

O determinismo afasta a ausência de perspectivas transversais e contamina com paradoxos todo o debate em matéria de pensões: a crítica à intangibilidade insustentável dos direitos consolidados e omite que medidas que aumentam a sustentabilidade como estabilidade da despesa social face ao envelhecimento através da combinação de aumento da idade de reforma e de contribuições são, na ausência de compromissos substanciais com o emprego, a imposição de um regime mais desfavorável aos “jovens” baseado em nada mais do que a arbitrária razão de que nasceram mais tarde,<sup>15</sup> uma significativa minoria de pessoas que, por falta de estatuto sócio-económico, morrerão ou adoecerão gravemente antes de atingirem a reforma, no entanto, de tolerar também essas medidas gravosas.

Grande parte das medidas paramétricas e estruturais propostas, baseadas em mecanismos automáticos, não são adequadas porque continuam a ignorar as diferenças estruturais em termos de rendimentos e património da população, os mesmos constrangimentos que a esperança média de vida, não reflecte as muito reais clivagens sociais e geográficas, nomeadamente a do fosso litoral-interior. Estabelecer critérios de justiça inter-geracionais sem corrigir reais injustiças intrageracionais é simplesmente o continuar da injustiça, atendendo à diferença na esperança média de vida, nas oportunidades económicas, sociais e escolares podem num determinado território.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Com o adicional elemento perturbador de que os agentes pessoalmente responsáveis por tais decisões não serão abrangidos pelos seus efeitos, pelo contrário estarão efectivamente mais protegidos.

<sup>16</sup> Nascer em determinadas zonas do país determina o futuro de muitos portugueses, observe-se a paridade do poder de compra com o nível europeu, em que a Madeira é superior a

Concretizando, demonstrámos como o Tribunal Constitucional se encontra em terreno difícil, em especial para aplicar uma metódica de ponderação que se traduz no triunfo de um interesse público que não está, e é provável que não possar ser, definido de forma segura e previsível o suficiente para produzir um critério de justiça.

## **6. A inadequação de construções de Justiça baseadas em Cálculos Geracionais**

A discussão sobre a reforma do sistema de Pensões, é demasiadas vezes enquadrada em cálculos geracionais de precisão duvidosa, em especial assentes na dimensão contabilística e fiscal da questão – sendo a ideia basilar a de que, perante um envelhecimento e redução da população activa, a sustentabilidade de um sistema de pensões é fiscal, traduzida uma relação favorável entre contribuições e benefícios que assegura a justiça e a equidade entre gerações.

Deste modo um dos métodos mais comuns ( Mattil citando Rürup,2004,) para aferir da sustentabilidade de sistemas públicos de pensões é o **da *Generational Accounting***, que consiste num método de cálculo e comparação dos fluxos de rendimento positivos e negativos entre gerações induzidos pelas políticas actuais face a actuais e futuras gerações( *Generational Accounts: A Meaningfull Alternative to Deficit Accounting – Tax Policy and the Economy* 5, 1991, 55-100 A.J. Auerbach, J. Gokhale e L.J. Kotlikoff). A perspectiva adoptada é de a tentar perspectivar a “pegada financeira” não numa análise anual orçamental mas na quantificação do fardo fiscal total, preço de manutenção das actuais instituições. Compreende toda a actividade fiscal e orçamental de um Estado (Shionoya , 302) projectada para o futuro mas não toma em consideração todos os benefícios e custos passados.

---

Lisboa, que é superior a Castelo Branco, e observe-se a disparidade que existe entre Câmara de Lobos e o Funchal para se compreender a injustiça que se propõe com critérios distributivos intertemporais que ignoram estes pormenores.

A lógica inerente ao *generational accounting* é que medindo os benefícios e custos fiscais líquidos que cada coorte de uma geração espera receber por influência da manutenção de determinadas políticas e instituições se podem retirar inferências quanto a justiça e consequências normativas, e em especial uma simples lição ética, a de que justiça equivale a estrita proporção entre contribuições e custos. De facto não é possível articular um conteúdo ético mais profundo de uma visão de sustentabilidade estritamente financeira, para afirmar que quando a gerações mais velhas aparecem favorecidas em relação às mais jovens, não existe justiça intergeracional.

No nosso entender a vantagem que esta perspectiva pode ter em termos de utilidade prática e de consciencialização da dimensão destes problemas não permite sanar a sua simplicidade enganadora para dar respostas adequadas em termos de justiça. Utilidade prática questionável, dado basear-se num, discutível, entendimento quanto à bondade da dívida pública e da tributação, com graves problemas metodológicos ( Galbraith, Ray e Randall; 2009, 22).

Em termos gerais, estes cálculos e suas inferências, além da sua questionabilidade metodológica e dos pressupostos axiológicos de que partem está no facto de que os enunciados normativos vindos da economia são defeituosos porque se desinteressaram do problema da justiça, fruto do entendimento de que a eficiência, a tarefa principal, conflitua com a justiça e de que o problema da distribuição pertence à ética.

Reproduzindo Arthur Cecil Pigou (Shiyonochi,229;2009), a preocupação dos economistas com as técnicas de eficiente afectação de recursos para maximizar um conceito de bem implica uma visão das instituições humanas mediada pela eficiência, daí a dificuldade, ou simples omissão, em articular a eficiência com os valores da Justiça, do Direito e da Política.

A necessidade de uma reflexão que coordene justiça e eficiência exigem que se convoquem perspectivas que permitam essa sinergia, vindas da deontologia, da moral, do contratualismo e da oposição a determinismos.

## **7. A Complexidade e Amplitude das Transferências Geracionais**

Antes de articular um princípio de justiça a nível geracional é necessário definir entre quem se devem reformular as relações distributivas, por quem são compostas as gerações, a complexidade destas relações ultrapassa o estrito cálculo geracional.

Num determinado período de tempo convivem três gerações, cada uma contendo trinta coortes, grosseiramente divididas entre os jovens, adultos e idosos. Esses indivíduos além de participarem num processo histórico comum e instituições colectivas que interagem com os seus percursos de vida está também inserido numa ordem biológica de afecto espontânea e intertemporal (Sokkaert e Van Parijs,2014; Mattil, 2002; Shionoya,2009). Isto é, a heterogeneidade é a regra da vida comum no que toca à convivência entre contemporâneos.

Para efeitos deste texto, adoptamos o entendimento de que, não obstante a utilidade prática de uma análise empírica baseada em comparações temporais entre diferentes coortes da população em respeito à relação entre contribuições e benefícios como auxílio do planeamento de políticas,<sup>17</sup> há necessidade de construir uma base mais ampla para a articulação de um princípio de justiça constitucionalmente conforme, partindo do princípio de que um exercício de justiça implica um inquérito por valores.

A convivência implica a circulação de valor, seja na forma de capital económico, monetário ou não, ou capital cultural ou simbólico, não necessariamente com base numa lógica de troca. A existência de consideráveis transferências de rendimentos entre as gerações de adultos da mesma família é um aspecto indesmentível das relações geracionais apesar da ascensão da família nuclear e sua tendencial separação com a saída dos filhos do lar conjugal e da des-

---

<sup>17</sup> Apesar de serem possíveis várias formas de construir modelos de justiça de acordo com as várias possibilidades de segmentar as coortes da população, perspectivas de justiça distributiva de transferências: longitudinal, compara as transferências totais entre gerações sucessoras; transversal, uma comparação ao longo do tempo entre dois indivíduos de diferentes gerações,(conferir, Mattil, 2007).

familização da solidariedade através de uma segurança social de mecanismos públicos.

As transferências são múltiplas, na família, recursos são transmitidos, monetariamente, através da herança, da prestação de direitos de alimentação e das despesas em cuidados dos familiares e, por ser de difícil expressão monetária, trabalho socialmente útil presente nos cuidados, assistência, educação e na protecção da família e da família estendida. Também difíceis de contabilizar são os contributos colectivos, materiais como a infraestrutura ou a integridade territorial e imateriais como a herança cultural, instituições políticas estáveis e princípios de justiça. Isto sem contar com a invisibilidade do trabalho, principalmente feminino, na família( Coelho,2011).

A ideia que emerge é a de que uma aferição da distribuição de recursos intergeracional para ser coerente , tem de ter em conta todos os recursos, por mais difíceis que sejam de quantificar monetariamente.

Focando-nos nas transferências familiares, encontramos transferências entre familiares entre *inter vivos*, esmagadoramente realizadas a favor das classes etárias mais novas pelas mais idosas ou *mortis causa*, realizadas para crianças adultas já fora do lar parental. ( Kohli, 1999).

Como nota este autor, estas são transferências consideráveis, e em direcção oposta às transferências públicas da segurança social, entre elas verifica-se uma relação de reciprocidade com os apoios materiais dos pais a serem compensados com apoio assistencial dos filhos.

Por outro lado, parte das transferências públicas a favor dos idosos são canalizadas a favor da população activa e infantil, num fenómeno largamente documentado durante a emergência financeira a população reformada actuou como uma importante última rede de protecção social para os seus descendentes desempregados, sem contar com o normal apoio dado aos descendentes em educação ou na doença. Neste sentido, são também um elemento da legitimidade

do contrato geracional público de balde as assimetrias reais das transferências e a sua dependência.<sup>18</sup>

A incapacidade de integrar este fenómeno no estrito cálculo fiscal entre contribuições e benefícios é um sinal da incapacidade do mesmo fornecer um critério de justiça.<sup>19</sup>

Mesmo considerando que os idosos possuem mais recursos do que aqueles que consomem, e que poderiam distribuir por via *inter vivos* ou *mortis causa*, razão por que uma quebra parcial do contrato geracional seria justa, e eficiente por conduzir directamente os recursos para os “jovens” há vários aspectos dessa desproporção patrimonial entre jovens e idosos que dependem da ausência de justiça distributiva em sistemas associados ao previdencial.<sup>20</sup>

Revelar a complexidade das transferências entre gerações permite intuir sentimentos de justiça que escapam ao estrito escopo de uma análise contabilística e é sobre estes importantes pormenores que pode elaborar e aprofundar um conceito de justiça intergeracional digno desse nome.

O estudo de Vilaverde Cabral, *Autoritarismo de Estado e sociedade civil real em Portugal*, acerca da “distância ao poder” da sociedade portuguesa dá um contributo útil para fundar este entendimento de que análise mais ampla é

---

<sup>18</sup> Exemplo da qualidade das interdependências entre gerações, as famílias funcionam como um seguro para os riscos que os jovens correm numa economia de mercado, pelas possibilidades que tiveram de estabilizar a sua vida e construir poupanças e capital social. Contudo é necessário relativar um pouco estes dados, a falta de estudos empíricos implica a dificuldade em estimar os montantes destas transferências, cujos beneficiários não têm necessariamente de ser os activos contribuintes do sistema PAYGO.

<sup>19</sup> De balde a possibilidade de utilizar modelos mais apurados inspirados no do *salário social líquido*, um modelo de cálculo que permite, através da modelação entre o conjunto das contribuições entregues pelos trabalhadores ao Estado e as despesas com os serviços sociais, realizar uma ponderação de recursos mais abrangente. (Varela e Guedes, 2016).

necessária para fundamentar juízo de justiça. Partindo do conceito de *familismo amoral* para identificar um conjunto de representações e práticas que favorecem, face ao estado e ao mercado de trabalho, o estabelecimento de relações verticais assimétricas em detrimento de relações horizontais colectivas é percebida uma importante estrutura de comunicação de interesses intergeracional que escapa aos modelos de conta geracional.

Com implicações axiológicas, como diz Kellerhals o sentimento de justiça é um projecto relacional. No seu livro *Figures de l'équité La construction des normes de justice dans le groupes (1988)*, os critérios que regulam a justiça distributiva e processual, identificados em cinco questões genéricas que estruturam a definição de justiça nos grupos, \* aplicam-se de maneira diferente no conjunto de uma rede, de acordo com a natureza e a força dos laços e dos recursos em jogo. As normas de comparação (qual o laço de rede) e de transformação (qual é o bem em causa) prevalecem sobre a norma(critério) de repartição.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> A primeira é relativa à *norma de repartição*, ou seja qual o critério para a distribuição de bens raros. Colocar este critério em aplicação implica fazer intervir *normas de avaliação*, outros critérios que permitam definir o valor das contribuições e a situação dos membros do grupo que participam na troca. Em terceiro lugar surge uma *norma de comparação* que define como o estatuto e a identidade social são importantes para a decisão interna de justiça – estas categorias podem ou não funcionalizar as normas de repartição e de avaliação. Como qualquer destas normas pode ser afectada pela natureza do bem em jogo é necessário aplicar uma *regra de transformação* – ou seja é ou não possível aplicar as mesmas regras e critérios para distribuir bens de diferente natureza. Por fim, todos estes problemas estão condicionados pelo problema da *norma de apropriação* – isto é saber como o grupo constitui a massa de bens a distribuir.

O conceito de *dívida positiva* (Godbout, 1995)<sup>22</sup> para analisar a circulação da dádiva no interior da família em lugar da mera reciprocidade, é especialmente útil para perceber o dom familiar, sobretudo os fluxos intergeracionais. Este aspecto, importante para caracterizar a natureza das relações transferenciais e distribucionais entre gerações, a nível familiar e para-familiar, importante para uma reflexão acerca do que significa concretamente justiça a nível geracional, é completamente desconsiderado.

A ideia de que a norma de justiça é de difícil aplicação no interior da rede de parentesco que apenas constitui um princípio dominante quando aplicada à comparação de diferentes retribuições para uma mesma contribuição leva-nos a intuir conteúdos de justiça intergeracional com interesse para a valorização da socialidade pela sociedade de modo a permitir perceber qual o nível de despesa que a nossa comunidade está disposta a suportar pela socialidade, e secundariamente como a distribuir de uma forma justa e equitativa.

A indiferença e ahistoricidade deste método fazem pressupor uma sociedade além da realidade, porque retira a sua autoridade de uma meta-explicação, este tipo de método desinteressa-se também de um dado importante, de que a estrutura dos direitos de um sistema de pensões reproduz a estrutura do trabalho e da distribuição da riqueza.

## **7. A Sustentabilidade na *Jaula de Ferro* da Escassez**

---

<sup>22</sup> A dívida positiva existe quando o receptor não percebe no dador a intenção de o endividar através do seu gesto – o que está estreitamente ligado ao prazer de estar em dívida, elemento essencial do estado de dívida positiva. A dívida com os progenitores é simultaneamente uma dívida económica e uma dívida de reconhecimento, há uma grande mistura de elementos materiais, afectivos e simbólicos que não exclui alguma reciprocidade.

Como referimos atrás o problema das pensões é perspectivado na óptica da escassez e do conflito, visão que capturou a raiz da reflexão jurídica do problema. Entendemos que este apelo a uma *legalidade imanente das coisas* constitui sempre uma situação limiar da ordem jurídica que provoca um insensível realinhamento da doutrina e da prática jurídicas e da própria política sob a Constituição, porque tal apelo invoca a categoria da excepção.

O apelo a uma ordem natural das coisas é uma interrupção de uma ordem humana construída social e politicamente, que torna a ordem constitucional determinística e hostil à inovação que vá contra essa ordem. O papel de instituições tecnocráticas é essencial para esta formulação, Claus Offe, de acordo com Habermas (2015, 70) descrevia o carácter negativo assumido pela política, dirigindo a actividade estatal à prevenção de riscos e perigos às estruturas de reprodução social, transformando-a num actividade técnica, para explicar como a política científica da segunda metade do século XX para descrever o processo em que *em vez de uma vontade popular política, aparece a legalidade imanente das coisas, que o próprio Homem reproduz como ciência e trabalho.* ( Helmut Schelsky, em Habermas, 2015,114).

O problema das pensões é assim traduzido pelas instâncias tecnocráticas incluindo as jurídicas, permeáveis à influência do pensamento económico, como uma questão de escassez, levando-a, de imediato, para a dimensão da gestão e furtando-a à da legitimação. Contudo, o choque deste poder técnico com a *praxis vital* ( Habermas, 2015) não esconde a desproporção com os sistemas de valores anteriores, daí uma certa ansiedade discursiva, ao estilo da *jaula de ferro* de Max Weber.

A escassez assume assim uma afinidade ao conceito de *vida nua* de Agamben. No sentido de que não é um facto natural extrapolítico mas sim um *limiar* em que o direito se transforma em facto e o facto em direito, tornando-se os

dois planos, o *estar* em escassez e o *ser* em escassez, indescerníveis (Agamben, 1998, 164). Para completar esta construção heideggeriana, deve notar-se o uso de conceitos indeterminados que remetem para a situação e não para uma norma, como refere Agamben, opera-se um efeito em que a certeza e a calculabilidade se desloca para fora da norma, todos os conceitos jurídicos se tornam indeterminados (Agamben, 1998). A partir do momento em que o referente se torna a *vida nua*, todos os conceitos, orientações políticas e jurídicas, tornam-se indeterminados.

Concretizando, bem pode argumentar-se que apenas um interesse público *excepcional* pode afastar a tutela da confiança mas o que parece resultar é que a articulação do princípio da sustentabilidade ao problema das pensões, enunciado numa visão de escassez e conflito, abre um espaço de indeterminação e de criação de Direito por apelo a um elemento externo que justifica a suspensão do actual.<sup>23</sup>

A invocação do valor sustentabilidade para fornecer uma resposta *interna* da Ordem Jurídica a um problema *ecológico*, da ruptura do contrato geracional em matéria de pensões, futura mas certa, e devido à urgência das soluções para garantir efeito útil, iminente, vem produzir um efeito legitimador de uma solução “revolucionária”, a admissão de que o Estado pode quebrar os termos de confiança, que definiu, face aos seus cidadãos.

O que esta argumentação sugere, é uma situação parecida à da *jaula de ferro* de Max Weber (1992). Vivemos novamente num *mundo desencantado*, devido ao choque dos ideais de emancipação e de progresso material e crescimento económico ilimitado, com a finitude do mundo, ou no nosso caso, com um longo período de, previsível, fraco crescimento económico e altos níveis de dívida, constringindo o nosso projecto constitucional.

A desadequação dos quadros conceituais do pensamento jurídico e da dogmática constitucional que nos foram guiando, confrontada com essa ansiedade, não consegue resolver o impasse.<sup>24</sup> A nossa Constituição prevê um direito fundamental à Pensão e também que o Poder está limitado por uma série de princípios de garantia, segurança e previsibilidade, mas os pressupostos indicam que tal pode não ser possível.

Weber escreveu que as únicas alternativas seriam a tentativa de reviver os ideias anteriores ao *desencantamento* ou o surgimento de *novos profetas*. O primeiro, tal como uma doutrina de direitos fundamentais resistente, era impossível. O segundo, um apelo, externo e irracional, a uma forma carismática de autoridade, ainda era possível, análogo ao apelo ecológico a princípios de existência da sustentabilidade no sentido de que o binómico sustentabilidade/escassez é fundado em pressupostos externos à Ordem Jurídica.

Não vivemos em Weimar. Contudo é difícil não observar certos paralelos preocupantes, o sentimento de que vivemos numa espécie de estado de emergência latente, que as referências tradicionais estão descontextualizadas, que a Democracia Parlamentar é egoísta, curto-termista e capturada por grupos de interesses e que, para o seu próprio bem, é necessário limitar o seu poder, procurando a legitimidade com apelo a princípios externos à ordem jurídica baseados na realidade das coisas.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Uma perspectiva alternativa é dada por Bauman, é da modernidade líquida como uma sociedade desprovida de meios que lhe permitam actuar sobre a origem sistémica dos padecimentos individuais – uma sociedade bloqueada. Daí várias formas de incerteza, de meios, uma incerteza axiológica, que se referia ao estado mental de dúvida dos fins que merecem ser prosseguidos, uma incerteza deontica, respeitante aos deveres e obrigações na relação do indivíduo com as normas (Caldas, 2008).

<sup>25</sup> A crise trouxe um número variado de estruturas e entes cujo objectivo foi limitar, e “salvar de si mesmo” o poder democrático. Desde o reforço dos poderes regulativos do Banco de Portugal, a criação do Conselho das Finanças Públicas ao reforço de governança através da Concertação Social. O chamamento de instâncias imparciais e independentes, não judiciais,

Com este paralelo não acuso os proponentes destas ideias de deliberadamente atacar a Constituição Democráticas e os Direitos Sociais, apenas procuro esclarecimento num momento discursivo semelhante. Como sabemos, as tentativas de refundar a ordem perdia e concretizar um apelo ao irracional falharam.

Neste campo, Carl Schmitt, concentrou-se em explorar o potencial interno à legalidade para subverter os pilares Constituição Democrática, que identificou no artigo 48.º da Constituição de Weimar ( em conjunção com as normas que concediam poderes executivos ao Presidente do Reich, Dyzenhaus, 2012). No seu pensamento, o reconhecimento pela constituição democrática de uma forma de tentar controlar as forças da irracionalidade implicava a sua existência e importância, a previsão do estado de emergência trazia portanto a semente da destruição da Ordem Constitucional.

---

para influenciarem as decisões políticas de longo curso, paralelas a Parlamentos e Tribunais continua. Num caso recente, o apelo do Partido Social Democrata à constituição de uma comissão de sábios para reformar a Segurança Social (PSD propõe grupo de sábios para preparar grande reforma da Segurança Social, jornal Expresso, 17)

As semelhanças com os argumentos da Comissão Trilateral, nos anos 70, é surpreendente. No famoso relatório o mesmo tipo actual de idealistas, intelectuais orientados por valores ultrapassados alimentam uma cultura de oposição e de excesso de actividade democrática, desastrosa para o interesse público e contrárias ao pragmatismo necessário. Para eles, a democracia e a sua crise significavam um irresistível crescimento de exigências que colocavam pressão sobre os governos, levavam ao declínio da autoridade e causavam indivíduos e grupos a retraírem-se da disciplina e dos sacrifícios necessários para o bem comum. ( Rancière, 2006).

O que este jurista reacionário identificou, se bem que não a solução correta, foi o perigo que constitui para um regime constitucional o uso expansivo de leis de emergência ou de exceção para resolver dificuldades políticas e económicas (Scheuerman, 2001, Agamben, 2010), ora é justamente isso que está a suceder com as dificuldades das nossas sociedades em lidarem com os problemas da civilização fora de um quadro de conflito.

Porém, há razões para ter esperança, Max Weber pode nunca ter explicado o que queria dizer com a necessidade de balanço entre éticas (Gerth e Mills, 1947) mas a solução para a armadilha ecológica talvez esteja numa articulação consciente e humana entre uma ética da responsabilidade, que leva a sério as consequências de um proposto plano de acção para o bem estar dos que afectará, e uma ética de convicção, o dos valores últimos que devem guiar a acção.

### **Conclusão**

Talvez o legado mais importante que podemos deixar às gerações futuras esteja em instituições e critérios de justiça democráticos e legítimos sem necessidade de recurso a remédios extremos e apelos à natureza das coisas. Além de certas necessidades materiais, o mais importante interesse das gerações futuras são o interesse fundamental na vida, liberdade do medo, opressão e humilhação, e a liberdade necessária para que cada possa perseguir a sua concepção de uma boa vida em harmonia com as concepção de outrem ( Beckerman, 2004).

Em termos mais concretos, parece-nos que deve impor-se ao Legislador um ónus de prova, ao ponto de demonstrar o esgotamento de alternativas, traduzida numa fundamentação precisa e exigente dos juízos de justiça geracional e da sustentabilidade subjacentes, com pluralismo metodológico e responsabilidade institucional, sempre que haja a invocação de um superior interesse público, que seja articulado com bases em discursos de escassez de recursos articulados contabilisticamente, para abrogar a protecção da confiança, por exemplo, quanto à redução de montantes em pagamento de pensões de reforma.

## Bibliografia

Achterhuis, Hans; *Scarcity and Sustainability em Global Ecology: a new arena of political conflict*, Wolfgang Sachs, Zed Books, Londres, 1995

Agamben, Giorgio: *Estado de Excepção*, edições 70, 2010

Agamben, Giorgio; *O Poder Soberano e a Vida Nua, Homo Sacer*, Editorial Presença, 1998

Andrade, Vieira de: *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 2ª edição, Almedina, 2001, pp. 391-392

Balibar, Étienne, *Prolegómenos à Soberania*, tradução de Miguel Serras Pereira, in *A Política dos Muitos povo, classes e multidão*, coordenado por Bruno Peixe Dias e José Neves, Tinta da China, 2010.

Balkin, Jack M., *Critical Legal Theory Today*, em *On philosophy on American Law*, Mootz, Francis J., Cambridge University Press, 2008.

Beck, Ulrich *Risk Society: towards a new modernity*, Sage Publications, Londres, 1992.

Beck, Ulrich *A Europa Alemã: de Maquiavel a Merkievel, estratégias de poder na crise do euro*, edições 70, ano 2013,

Beckerman, Wilfred, *Intergenerational Justice*; ; em *Intergenerational Justice Review*, revista 2/2004 ; Foundation for the Rights of Future Generations ; disponível em [http://www.intergenerationaljustice.org/images/stories/publications/gg12\\_20040629.pdf](http://www.intergenerationaljustice.org/images/stories/publications/gg12_20040629.pdf)

Belo, Fernando – *A Economia Política por vir enquanto ciência terapêutica* in *Crítica Económica e Social*, edição digital, nº4, Novembro 2015.

Birgit, Mattil, *Pension Systems Sustainability and Distributional Effects in Germany and the United Kingdom*, Physica-Verlag, Springer, 2002.

Boaventura, Santos, Expandir o cânone democrático, *Democratizar a democracia os caminhos da democracia participativa*; organização de Boaventura de Sousa Santos, edições afrontamento.

Bosselmann, Klaus; *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Ashgate, 2008.

Brand, *Critical natural capital revisited: Ecological resilience and sustainable development*, In *Ecological Economics*, 68, 605-612, 2009

Caldas, **José Maria Castro** *A arte da fuga: Os mecanismos da liquidez* em *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 82 | 2008,

Coelho, Lina, *A invisibilidade das mulheres no discurso económico. Reflexão crítica sobre os conceitos de trabalho, família, bem-estar e poder*; em *Discursos e representações de mulheres hoje*, organização de Isabel **Caldeira** e Gisele **Wolkoff**, *Cadernos do CES*, n.º 14, 2011.

Concialdi; Pierre; *Retraites, en finir avec le catastrophisme idées neuves contre un déclin programmé*; Éditions Lignes de Repères, 2010

Conselho da Europa, *Sustainable Development Strategy*, 2006, documento 10917/06, 1º parágrafo.

Constanza, Robert, Patten ,Bernard C. *Defining and predicting sustainability*, *Ecological Economics* 15(1995) 193-194

Cowen e Parfit, 1992, 148- Cowen, Tylon and Derek Parfit, 1992, “Against the Social Discount Rate”, in Laslett and Fishkin 1992, 144–161. Disponível em <http://www.stafforini.com/txt/Cowen%20%26%20Parfit%20-%20Against%20the%20social%20discount%20rate.pdf>

Dworkin,Ronald *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978.

Dyzenhaus, David *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford Press, 2012

Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* ,Princeton University Press, 1990.

Ferreira da Cunha, Paulo, *Constituição, Direito e Utopia*, coimbra editora 1996.

Fidalgo de Freitas, Tiago, *O Princípio da Proibição do Retrocesso, em Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Marcelo Caetano no centenário do seu nascimento*, volume II, Lisboa, 2012.

Galbraith, James K., Wray, L. Randall, Mosler, Warren; *The case against intergenerational accountin, the accounting campaign against Social Security and Medicare*, Public Policy Brief, n.º 98, 2009, The Levy Economics Institute of Bard College, disponível em [http://www.levyinstitute.org/pubs/ppb\\_98.pdf](http://www.levyinstitute.org/pubs/ppb_98.pdf)

Godbout,Jacques , *la norme de justice dans les relations des parenté* em *L'Année Sociologique*, vol 45, nº2, , 1995, citado por Portugal, Sílvia, *Dádiva, família e relações sociais*; CES, acessível via <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/31320/1/3-%20cidadania.pdf?ln=pt-pt>

Gomes Canotilho ,JJ, *O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional* – Revista de Estudos Politécnicos, volume VIII, nº13, 2010.

Gomes Canotilho ,JJ, *Sustentabilidade – um romance de cultura e ciência para reforçar a sustentabilidade demográfica* – Boletim da Faculdade de Direito, 88, Tomo I, 2012.

Gomes Canotilho, JJ - *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7º edição, 2003, página 1438 e seguintes

Gomes Canotilho: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2º edição ,Coimbra editora; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7º edição, Almedina ; *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, volume I, Coimbra editora, 2007; *O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional* na revista *Tékne*, 2010, volume VIII, nº13.

Gomes Canotillho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2º edição ,Coimbra editora, 2008.

Habermas, Jürgen, *Técnica e Ciência como “Ideologia”*, Edições 70, 20157

Hirschl, Ran; *The judicialization of Mega Politics and the Rise of Political Courts*, Universidade de Toronto, em *Annual Review of Political Science*, volume 11, 2008.

Jakab, András, *Sustainability in European Constitutional Law*, disponível em <http://futureroundtable.org/documents/2238847/0/Andras+Jakab.pdf/9f3e3d87-c3ca-4083-81c3-fdf2074d7c08> .

Jessop, Bob; *Política Social, Estado e “Sociedade”*, SER Social, v.15, n.º 33, Brasília, Julho/Dezembro 2013 citando Offe, Claus *Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson, Londres, 1984;

Jessop, Bob; *The Future of the Capitalist State*, Cambridge Polity, 2002,

Kohli, Martin; *Private and Public transfers between generations: linking the family and the state* ;, Free University of Berlin; *European Societies* 1(1) 1999- págs 81-1-04, Routledge

Leiter, Brian; *The Hermeneutics of Suspicion: Recovering Marx, Nietzsche, and Freud*, em *Public Law & Legal Theory Working Paper No. 72*, the University of Texas School of Law, Março 2007, disponível em <http://ssrn.com/abstract=691002>

Lima, Maria Pedroso , *Images of the public in debates about risk: consequences for participation*; in Portuguese Journal of Social Science 2 (3), 2004.

Loureiro, João Carlos, *Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do fernrecht e da fernverfassung em diálogo com Castanheira Neves*, Boletim da Faculdade de Direito, 86, 2010.

Loureiro, João Carlos: *A “Porta da Memória”: (Pós?)constitucionalismo, estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo Contributos para uma” dogmática da escassez”*, Coimbra 2013; *Sobre a (in)constitucionalidade do regime proposto para a redução dos montantes de pensões de velhice da caixa geral de depósitos; Proteger é preciso, viver também: a jurisprudência constitucional portuguesa e o direito da segurança social, em XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra editora 2009.

Lúcia Amaral, Maria , *A forma da República- uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2012

Mair, Peter; *Rulling the Void, the hollowing of western democracy*, Verso, Londres, 2013

Maria Pedroso de Lima *Images of the public in debates about risk: consequences for participation*; in Portuguese Journal of Social Science 2 (3).

Mehta, Lyla; *The Scare, Naturalization and Politicization of Scarcity em The Limits of Scarcity: Contesting the Politics of Allocation*, Earthscan, 2010

Menezes do Vale, Luís A. M., *Acess to health care between rationing and responsiveness: problem(s) and meaning(s)*, Boletim da Faculdade de Direito, 88, tomo I, 2012.

Münchau, Wolfgang, *A macroeconomia precisa de novos instrumentos para desafiar o consenso*, artigo de opinião no Diário de Notícias, 13 de Abril de 2015, disponível em <http://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/wolfgang-munchau/interior/a-macroeconomia-precisa-de-novos-instrumentos-para-desafiar-o-consenso-4507338.html>

Murteira, Maria Clara, *Assistencialismo versus direitos dos trabalhadores: o caso das pensões mínimas*, Le Monde Diplomatique, edição portuguesa, n.º 109, Novembro de 2015.

Nações Unidas, 1987 – *Report of the World Commission on Environment and Development*, Resolução da Assembleia Geral 42/187, 11 de Dezembro de 1987

NASA, *Human and Nature Dynamics (HANDY): Modeling Inequality and Use of Resources in the Collapse or Sustainability of Societies* disponível em <http://www.sesync.org/sites/default/files/resources/motesharrei-rivas-kalnay.pdf> .

Novais, Reis: *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004; *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra editora, 2º edição.

OCDE, *Policy challenges and policy options to foster growth, competitiveness and employment in Europe*, 2011, disponível em <http://www.oecd.org/netherlands/policystrategiesforgrowthcompetivenessandemploymentineurope.htm>

Organização Internacional do Trabalho *World social protection report – building economic recovery, inclusive development and social justice*, International Labour Office, 2014, disponível em [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_245201.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_245201.pdf)

Owen, Jones, *Em Portugal, a universidade do consenso*, artigo no *Le Monde Diplomatique*, edição portuguesa, Abril de 2012, disponível em <http://pt.mondediplo.com/spip.php?article895#nh8>

Pelenc e, Jérôme , Ballet ,*Jérôme Brief for GSDR 2015, Weak Sustainability versus Strong Sustainability*; pdf disponível em <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/6569122-Pelenc-Weak%20Sustainability%20versus%20Strong%20Sustainability.pdf>

Pierson, Paul, *Dismantling the welfare state? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, Cambridge University Press, 1994

Porto, Marcelo Firpo; Finamore, Renan; Ferreira, Hugo; *Injustiças da sustentabilidade e produção da energia “limpa” no Brasil* in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 100, Maio 2013, citando o próprio Bruno Milanez no artigo *Eixos de Desenvolvimento Económico e geração de conflitos socioambientais no Brasil: desafios para a sustentabilidade e justiça ambiental*, in *Ciência e Saúde Colectiva*, 14(6), 1983-1994.

Raim, Laura, *A polícia do pensamento económico na universidade*, artigo no *Le Monde Diplomatique*, edição portuguesa, Julho de 2015.

Ramos Nogueira, Pedro , *Torturem os númeors que eles confessam, sobre o mau uso e abuso das estatísticas em Portugal, e não só*, Almedina, Janeiro 2013;

Ramos, Pedro Nogueira *Torturem os númeors que eles confessam, sobre o mau uso e abuso das estatísticas em Portugal, e não só*, Almedina, Janeiro 2013.

Ranciére, Jacques, *Hatred of Democracy*, traduzido por Steve Corcoran, Verso, Londres, 2006

Ribeiro, Mendes, *Conspiração Grisalha. Segurança Social, Competitividade e Gerações*, Celta editora, Oeiras, 2005.

Ribeiro, Sousa *O interesse público como elemento de ponderação na decisão constitucional*, acessado através do site do Tribunal Constitucional, 2013.

Santos Duarte, Filipe; *A matemática da sustentabilidade*, artigo de opinião no Público, 10 de abril de 2014, disponível em <http://www.publico.pt/ecosfera/noticia/a-matematica-da-sustentabilidade-1631713>

Scherman, Karl-Gustav, *The Swedish public pension under financial stress*, Global Social Policy, 2012, 12, p.339

Scheuerman, W.E; *Down on law: the complicated legacy of the authoritarian jurist Carl Schmitt* Boston Review, vol XXVI ,n.º2, 2001.

Shokkaert, Eric; Van Parijs, Philippe, *Pensions Policies for a Just Europe: Individual versus Collective Responsibilities*; Université Catholique de Louvain; 2014; disponível em [https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH\\_081\\_SchokkaertVanParijs.pdf](https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_081_SchokkaertVanParijs.pdf)

Sianipar, Corinthias Pamatang, Dowaki, Kiyoshi ;Yudoko,Gatot; Adhiutama, Akar - *Seven Pillars of Survivability: Appropriate Technology with a Human Face* – European Journal of Sustainable Development, 2, 4, 2013.

Silva, Susana Tavares da: *Os direitos fundamentais na escala global*, Imprensa da UC, 2011.

Sinn, Hans-Werner; Uebelmesser, Silke; *Pensions and the path to gerontocracy in Germany* in European Journal of Political Economy, vol.19, 153-158, 2002.

Smith, Michael French, *Bloody time and bloody scarcity: capitalism, authority, and the transformation of temporal experience in a Papua New Guinea village*, American Ethnologist n.º 9503-518. Virginia Polytechnic Institute and State University, 1982,

Snyder, Timothy; *Terra Negra, O Holocausto como história e aviso*, Bertrand Editora, 2016;

Soares, Rogério; *Observações, Sentido e Limites da Função Legislativa no estado contemporâneo*; separata da UC MAIS INFO

Streeck, Wolfgang, *How will Capitalism End?* em New Left Review, n.º 87, Maio-Junho de 2014

Teitelbaum, Michael S e Winter, Jay M. ; *The Fear of Population Decline*, Academic Press, 1985;

Van Parijs, Philippe, *The disfranchisement of the elderly, and other attempts to secure intergenerational justice* em *Philosophy and Public Affairs*, volume 27, n.º 4, 1998.

Varela, Raquel, Pereira, Luísa Barbosa; *Segurança Social, Trabalho e Estado em Portugal*, Revista Temporalis, ano 15, n.º 30, 2015.

Varela, Raquel; Guedes, Renato; *Quem paga o “bem-estar” no Estado Social em Portugal*; Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016

Vilaverde Cabral, *Autoritarismo de Estado e sociedade civil real em Portugal; comunicação ao Colóquio internacional “Acção Colectiva, Espaço Público e Cidadania”*, Coimbra; citado por Portugal, Sílvia, *Dádiva, família e relações sociais*; CES, acessível via <https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/31320/1/3-%20cidadania.pdf?ln=pt-pt>

Waldron, Hillary, *Security Covered Workers, by Average Relative Earnings*; ORSecseeES Working Paper No. 108, 2007.

Weber, Max, *Politics as a Vocation* , em H.H. Gerth and C. Wright Mills, *From Marx to Weber: Essays in Sociology*, Londres, 1947

Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Londres, 1992;

Yuichi, Shionoya, *Economy and Morality the philosophy of the welfare state*, Edward Elgar, 2009.

-

,









-



---

---

