

ANEXO L

CONTROLE JURÍDICO E ADMINISTRATIVO

Rita Calçada Pires

PONTO 1 – Sobre a União Orçamental

De acordo com Bouthevillain *et al.* (2013, pp. 239-240), as principais proposições para que exista uma verdadeira integração orçamental são cinco: aumento do orçamento da UE, criação de fundos de apoio, o federalismo como exceção, a mutualização das dívidas públicas e a criação de um tesouro da UE com um ministro das Finanças europeu.

Ao defender o aumento do orçamento comunitário pretende-se dotá-lo de capacidade suficiente para ocupar o espaço de amortizador do choque, tal qual se passa nos Estados Unidos da América com o orçamento federal, na sua relação com os orçamentos dos Estados federados. Inclusivamente Rogoff defende que sejam transferidos 30% da receita fiscal nacional para um Governo Central Europeu, gerando tal medida um orçamento de 1 trilião de euros.¹ A defesa de um orçamento comum apela à solidariedade entre os Estados-Membros, valorizando o interesse também comum em face do interesse nacional, este desligado do seu impacto na União como um todo. Todavia, tal é complexo de ser colocado em prática, como os recentes factos demonstram. A dificuldade em avançar para a criação de uma *Tobin Tax* para as transações financeiras (imposto sobre as transações financeiras), como forma de financiar a UE, surge como um dos exemplos possíveis da dificuldade iminente em avançar, para já, neste campo.

A invocação da criação de um fundo de apoio, não sendo nova, é algo que parece ser necessário para se construir uma verdadeira união orçamental. Os instrumentos em concreto podem ser vários. A título exemplificativo, cite-se o relatório produzido pelo Grupo Tommaso Padoa-Schioppa, em 2012,² onde, face à necessidade de prevenir as heterogeneidades persistentes na União Económica e Monetária, tornando-a, do ponto de vista orçamental, mais sustentável e resiliente no processo de resposta às crises de solvência, e, perante a

¹ Citado por Stefan Vetter, *Do all roads lead to fiscal union? Options for deeper fiscal integration in the eurozone*. Deutsche Bank DB Research, EU Monitor European Integration, 11 abril de 2013.

² Relatório Padoa-Schioppa, do Grupo Tommaso Padoa-Schioppa, *Completing the euro - a road map towards fiscal union in europe*, Notre Europe - Jacques Delors Institute, 2012, disponível em <http://www.institutdelors.eu/media/completingtheeuroreportpadoa-schioppagroupejune2012.pdf?pdf=ok> (consultado em 25 de janeiro de 2017).

necessidade de quebrar o nexo entre os bancos nacionais e as soberanias nacionais, propõe o avanço na construção do mercado único, criando um fundo de estabilização cíclico automático, fora do orçamento da UE, como forma de aligeirar os efeitos divergentes criados endogenamente entre os Estados-Membros, pela União Económica e Monetária.³ Como meio complementar é proposta a criação de uma Agência de Dívida Pública, com o objetivo de balancear os direitos e compromissos orçamentais e de permitir o acesso ao financiamento, a preços adequados, em tempos de crise.

A referência ao federalismo de exceção e à criação de um ministro das Finanças europeu feita por Bouthevillain *et al.* (2013, pp. 240)⁴, baseia-se na sugestão apresentada por Jean-Claude Trichet em 2011.⁵ No primeiro caso, propõe-se a criação de um mecanismo de auxílio automático que ajude, em primeira linha, os Estados em situação de crise, para que possam aceder aos meios financeiros necessários para a recuperação. Este primeiro passo implica igualmente a aceitação de um conjunto de regras orçamentais. No caso de não serem cumpridas, ativar-se-ia o segundo momento, onde os poderes sancionatórios e de força para a execução do programa surgiriam. Ou seja, o federalismo surgiria quando necessário, i.e., quando o equilíbrio orçamental não fosse atendido e a estabilidade da zona euro estivesse em causa. Implica, pois, uma transferência da soberania orçamental dos Estados-Membros para a UE. Algo que é comum à criação do ministro das Finanças europeu.⁶

Vetter (2013)⁷ defende que, para se conseguir um aprofundamento da União Económica e Monetária, capaz de fazer face aos choques assimétricos dos Estados-Membros, a União Orçamental tem de ocorrer, sendo que esta assenta também em quatro pilares: existência de um orçamento comum, um mecanismo de garantia contra as flutuações cíclicas, um regime

³ Sobre o impacto negativo das divergências entre Estados na consecução da União Económica e Monetária, cfr. Pasquale Foresti, *Monetary and debt-concerned fiscal policies interaction in monetary unions*, International Economy Policy (2015) 12:541–552.

⁴ Carine Bouthevillain, Gilles Dufrénot, Philippe Frouté, Laurent Paul, *Les Politiques budgétaires dans la crise. Comprendre les enjeux actuels et les défis futurs*, Louvain-la-Neuve: De Boeck, 2013 (2ª ed. 2014).

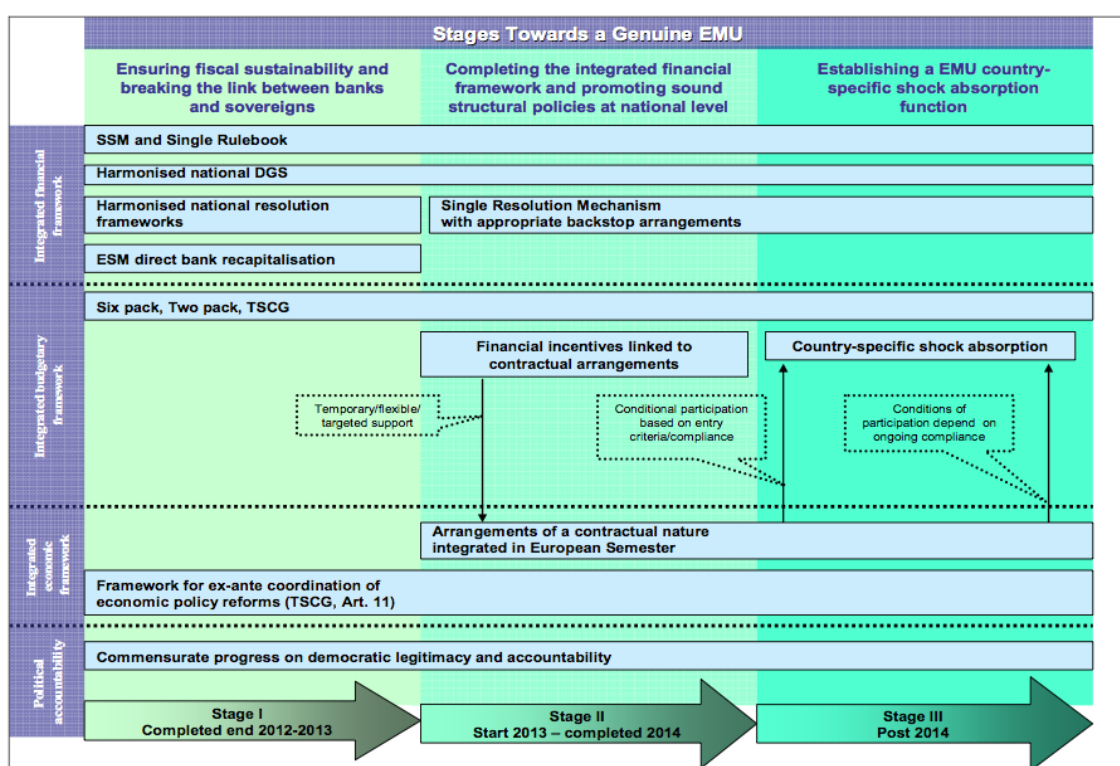
⁵ Building Europe, building institutions, Speech by Jean-Claude Trichet, President of the ECB on receiving the Karlspreis 2011 in Aachen, 2 June 2011, <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2011/html/sp110602.en.html> (consultado em 25 de janeiro de 2017).

⁶ “Not necessarily a ministry of finance that administers a large federal budget. But a ministry of finance that would exert direct responsibilities in at least three domains: first, the surveillance of both fiscal policies and competitiveness policies, as well as the direct responsibilities mentioned earlier as regards countries in a “second stage” inside the euro area; second, all the typical responsibilities of the executive branches as regards the union’s integrated financial sector, so as to accompany the full integration of financial services; and third, the representation of the union confederation in international financial institutions.” Building Europe, building institutions, Speech by Jean-Claude Trichet, President of the ECB on receiving the Karlspreis 2011 in Aachen, 2 June 2011, <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2011/html/sp110602.en.html> (consultado em 25 de janeiro de 2017).

⁷ Stefan Vetter, *Do all roads lead to fiscal union? Options for deeper fiscal integration in the eurozone*. Deutsche Bank DB Research, EU Monitor European Integration, 11 abril de 2013.

européu de subsídio de desemprego e um sistema de equalização para o peso dos juros. Tal implica a existência de uma intervenção preventiva e uma intervenção *ex post*, de reação à crise dos Estados-Membros.

No mesmo sentido, segue a discussão política no seio da UE. No relatório dos quatro presidentes (2012)⁸, conhecido também por Relatório Van Rompuy, são apresentadas etapas progressivas e temporizadas no tempo para fortalecer a União Económica e Monetária. Essas não deixam de conduzir a uma União Orçamental que, no citado relatório, não se apelida como tal.



No seguinte Relatório dos cinco presidentes (2015: pp. 14)⁹, a lógica de etapas progressivas e temporizadas mantém-se inalterada, sendo a proximidade das políticas orçamentais aspeto assente no aprofundamento da União Económica e Monetária. Inclusivamente recomenda-se a criação de uma entidade consultiva – European Fiscal Board – que complementaria os conselhos nacionais de finanças públicas, assumido esta a natureza de órgão independente e público, ao nível europeu, a que competiria aconselhar sobre como os orçamentos nacionais e

⁸ *Towards a genuine economic and monetary Union*, Herman Van Rompuy, President of the European Council In close collaboration with: José Manuel Barroso, President of the European Commission Jean Claude Juncker, President of the Eurogroup and Mario Draghi, President of the European Central Bank, 5 de dezembro de 2012

⁹ Relatório dos 5 Presidentes, Report by Jean-Claude Juncker in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, 2015

sua execução deveriam ocorrer, por forma a atingir os objetivos económicos e recomendações produzidas pelos órgãos da UE quanto à governança do quadro orçamental.

Uma breve palavra sobre o potencial regime europeu de subsídio de desemprego. A discussão sobre a sua existência é já uma discussão viva no seio da UE (Comissão Europeia e CEPS: 2015)¹⁰ e da comunidade académica (e.g. Andor: 2014; Dullien:2014; Jara e Sutherland: 2014; Gros: 2014; Claeys, Darvas e Wolff: 2014; Beblavý e Maselli: 2014; Moro: 2016; Andor: 2016)¹¹. Pensado como um mecanismo automático de estabilização, revelador da solidariedade entre Estados-Membros e entre cidadãos da UE, é encarado como um importante passo para a federalização, atuando no domínio sociolaboral e forçando a uma integração das políticas sociais de emprego de todos os Estados-Membros (ou apenas dos Estados-Membros da zona euro) através da harmonização.

Qualquer das medidas anteriores revelam, para avançar, dificuldades e resistências. Estas últimas são baseadas na tentativa de cada Estado pressionar para não perder mais espaços de soberania, não aceitando abdicar do seu poder decisório (Matthias: 2013).¹²⁻¹³ Contudo, como vimos há pouco, este poder é um poder político e já muito formal apenas, uma vez que a crescente vaga de regras da UE no domínio orçamental deixa pouco espaço para se afirmar a existência de uma plena soberania orçamental por parte de cada Estado-Membro. E veja-se que esta situação se complica se colocarmos em análise os Estados que foram e, quiçá, venham a ter de ser intervencionados, para garantir a não “insolvência” das suas finanças públicas. Aí os contratos/memorandos assinados pelos Estados eliminam grande parte da

¹⁰ Miroslav Beblavý, Gabriele Marconi and Ilaria Maselli, *European Unemployment Benefit Scheme. The rationale and the challenges ahead*, agosto de 2015.

¹¹ László Andor, *Basic European Unemployment Insurance – The Best Way Forward in Strengthening the EMU's Resilience and Europe's Recovery*, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, Volume 49, July/August 2014, Number 4, pp. 184-189; Sebastian Dullien, *The Macroeconomic Stabilisation Impact of a European Basic Unemployment Insurance Scheme*, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, Volume 49, July/August 2014, Number 4, pp. 189-193; H. Xavier Jara and Holly Sutherland, *The Effects of an EMU Insurance Scheme on Income in Unemployment*, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, Volume 49, July/August 2014, Number 4, pp. 194-199; Daniel Gros, *A Fiscal Shock Absorber for the Eurozone? Insurance with Deductible*, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, Volume 49, July/August 2014, Number 4 | pp. 199-203; Grégory Claeys; Zsolt Darvas e Guntram B. Wolff, *Benefits And Drawbacks Of European Unemployment Insurance*, Bruegel Policy Brief , Issue 2014/06 September 2014; Miroslav Beblavý e Ilaria Maselli, *An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area: A simulation exercise of two options*, CEPS, No. 98 / December 2014; Domenico Moro, *For a federal European Unemployment Insurance Scheme*, Union of European Federalists, Reflection Paper, Março de 2016; Robert Strauss, *The history and debate in Europe on a European Unemployment Benefits Scheme*, Junho 2016; László Andor, *Towards shared unemployment insurance in the euro area*, IZA Journal of European Labor Studies (2016) 5:10.

¹² Matthias Bauer, *Political Aversion To a Multilateral Fiscal Rule: The Dynamic Commitment Problem in European Fiscal Governance*, Working Papers on Global Financial Markets, N.º 44, 2013.

¹³ Sobre a diferença de escolas económicas e as diferentes abordagens às grandes questões das finanças públicas, como tendo impacto no avanço da União Orçamental, cfr., e.g., Amalia Fugaru, *The fiscal tradition in Europa – a hindrance to achieving the Fiscal Union?*, *Procedia Economics and Finance* 22 (2015) pp. 412 .

restante margem de manobra existente no domínio orçamental, pois basta ter em atenção os memorandos de entendimento que Portugal assinou (tal como a Grécia e a Irlanda), para ter a visão efetiva de que o caminho da política orçamental aí fica definido, bem como as medidas concretas para chegar aos objetivos acordados. E aqui é fundamental suscitar o princípio da solidariedade que deve ser concretizado de forma efetiva. Pois é importante tanto que os países cumpram as regras que conduzem à sanidade das finanças públicas, quanto as medidas a serem propostas para esse cumprimento não serem geradoras de uma austeridade contraproducente. Ou seja, é imprescindível que se tenha em atenção que *one size does not fit all*.¹⁴ Por isso se tende a defender a mutualização das dívidas públicas, seja com a criação de *eurobonds/eurobills*, seja com a criação de uma agência europeia de dívida (Bouthevillain *et al.*: 2013, pp. 240).¹⁵ O importante é que esta mutualização não surja como instrumento individualizado e desligado de mais instrumentos e de uma verdadeira união orçamental (Vallé: 2014, pp. 58).¹⁶

PONTO 2 - Influência da *Soft Law* Derivada das Organizações Internacionais: Brevíssima referência

Enquanto a literatura vai debatendo a mais-valia de ação, na UE, através da *Soft Policy Coordination*, por oposição à *Hard Policy Coordination* (e.g. Trubek e Trubek: 2005; Szyszczak: 2006; Bogdandy, Dann e Goldmann: 2008; Garsten e Jacobsson: 2011; Pernice *et al.*: 2013; Stefan: 2014; Terpan: 2015; Dawson: 2015; Terpan: 2015; Newman e Posner: 2016; Begg)¹⁷, o

¹⁴ Expressão utilizada pelo Relatório Padoa-Schioppa, do Grupo Tommaso Padoa-Schioppa, *Completing the euro - a road map towards fiscal union in europe*, Notre Europe - Jacques Delors Institute, 2012, disponível em <http://www.institutdelors.eu/media/completingtheeuroreportpadoa-schioppagroupejune2012.pdf?pdf=ok> (consultado em 25 de janeiro de 2017).

¹⁵ Carine Bouthevillain, Gilles Dufrénot, Philippe Frouté, Laurent Paul, *Les Politiques budgétaires dans la crise. Comprendre les enjeux actuels et les défis futurs*, Louvain-la-Neuve: De Boeck, 2013 (2ª ed. 2014).

¹⁶ Shahin Vallée, *From mutual insurance to fiscal federalism: Rebuilding the Economic and Monetary Union after the demise of the Maastricht architecture*, *International Economics* 138 (2014).

¹⁷ David M. Trubek and Louise G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, *European Law Journal*, Vol. 11, N.º 3, Maio de 2005, pp. 343–364; Erika Szyszczak, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, *European Law Journal*, Vol. 12, N.º 4, July 2006, pp. 486–502; Armin von Bogdandy, Phillip Dann e Matthias Goldmann, *Developing the publicness of public international law: towards a legal framework for global*, *German Law Journal*, vol.9, n.º 11, 2008, pp.1375 – 1400; Ingolf Pernice *et al.*, *Challenges of multi-tier governance in the European Union. Effectiveness, efficiency and legitimacy. COMPENDIUM OF NOTES*, União Europeia 2013; Oana Stefan, *Helping Loose Ends Meet? The Judicial Acknowledgement of Soft Law as a Tool of Multi-Level Governance*, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series, paper n.º 2014-18; Fabien Terpan, *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, *European Law Journal*, vol. 21, n.º 1, janeiro de 2015, pp. 68-96, 2014; Mark Dawson, *New Governance in the EU after the Euro Crisis: Retired or Re-born?*, EUI Working Paper, Academy of European Law 2015/01; Fabien Terpan. *Soft Law in the European Union The Changing Nature of EU Law*. *European Law Journal*, Wiley, 2014; Abraham Newman e Elliot Posner, *Transnational feedback, soft law, and preferences in global financial regulation*, *Review of International Political Economy*, Volume 23, 2016 - Issue 1, pp. 123-152; Iain Begg, *Hard and soft economic policy coordination under EMU: problems, paradoxes and prospects*, Center for European Studies Working Paper Series #103.

quadro orçamental nacional vai igualmente sendo influenciado por mecanismos de *soft law* desenvolvidos na área orçamental, designadamente, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e pelo FMI.

Não sendo normas obrigatórias, com força sancionatória, normas que façam parte do quadro jurídico tradicional, são, no entanto, um elemento que gera reflexão e tende a ser utilizado como boa prática orçamental. Daí que fique explicado, por exemplo, que, em 2008, o Estado Português tenha pedido à OCDE para avaliar o seu processo orçamental, esperando ter recomendações que pudesse colocar em prática para o melhorar.¹⁸ Este crescente *modus operandi* surge como consequência da já referida governança multinível e como meio de contornar, muitas vezes, a incapacidade de implementar medidas rígidas obrigatórias. O aspeto psicológico da não obrigatoriedade e do aconselhamento poderá, muitas vezes, ser mais benéfico do que a imposição, sobretudo quando falamos em medidas transnacionais que tendem a colocar em xeque a soberania dos Estados. As organizações internacionais surgem como um dos exemplos dos atores não estatais que hoje ocupam a arena mundial, havendo quem defenda que estamos perante uma governança de informação onde os Estados a buscam de forma premente. E é aqui que precisamente as organizações internacionais têm um espaço de inegável importância, pois são elas que têm a capacidade para reunir e agregar informação, transformando-a em conhecimento socialmente relevante, dando significado à informação (e.g. Conzelmann: 2014)¹⁹. A OCDE trabalha já numa lógica de *peer-review*, com base num processo de planeamento, de procura de informação relevante e sua análise, bem como de uma monitorização depois de aprovado o relatório e a ação nos Estados ter começado.²⁰ Esta transformação traz a perda da posição monopolista do Estado, tornando-se este um gestor da autoridade política (Genschel e Zangl: 2008).²¹ Esta realidade não pode deixar de influenciar a soberania do Estado, aqui especificamente quanto à soberania orçamental.

¹⁸ *Avaliação do Processo Orçamental em Portugal. Relatório da OCDE*, Direção Geral do Orçamento, Ministério das Finanças e da Administração Pública, Portugal para a edição em português, 2008.

¹⁹ Thomas Conzelmann, *The Politics of Peer Reviewing: Comparing the OECD and the EU*, in Tannelie Blom et al. (eds), *The Politics of Information. The case of the European Union*, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 49 a 62.

²⁰ E.g. [http://www.oecd.org/dac/peer-reviews/DCD\(2013\)6-ENG.pdf](http://www.oecd.org/dac/peer-reviews/DCD(2013)6-ENG.pdf) e <https://www.oecd.org/dac/peer-reviews/peer-review-portugal.htm> (Consultados em 27 de janeiro de 2017) e Gefion Schuler, *Effective Governance through Decentralized Soft Implementation: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, German Law Journal, vol.9, n.º 11, 2008, pp. 1753-1778.

²¹ Philipp Genschel e Bernhard Zangl, *Transformations of the State – From Monopolist to Manager of Political Authority*, TranState Working Papers, 76, Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2008.

Porém, há quem defenda (Rogoff: 2011)²² que, no caso da ação do FMI, este assume, no seu quotidiano, quanto à Europa, uma posição *ultra-soft* apenas ultrapassada com a intervenção em programas concretos de auxílio. Diz-se tal por ser necessário sair do impasse da crise constitucional que vive a Europa e que pode, no longo prazo, gerar uma “bola de neve” na zona euro com impacto global indesejado. Afirma-se ainda que a única instituição capaz de, na UE, fazer face à ausência do FMI é o Banco Central Europeu. Contudo, este não deverá surgir como aquele que empresta em último recurso, pois tornar-se-á insolvente, impossibilitando a continuidade da zona euro.

Independentemente da concordância com todo o conteúdo destas posições, o certo é que no, mundo global atual, o Estado é também pressionado pela posição das organizações internacionais, não se vislumbrando a área orçamental como uma exceção à regra. Por isso mesmo, compreende-se que o quadro nacional orçamental também seja embutido das influências geradas pelas organizações internacionais que trabalham sobre essa matéria.

PONTO 2 – Jurisprudência Constitucional da Crise: a austeridade revisitada pelo Tribunal Constitucional

Por forma a procurar compreender qual a limitação para a decisão orçamental resultante da relativa análise constitucional efetuada pelo Tribunal Constitucional é fundamental concentrar o olhar na jurisprudência desse mesmo tribunal. Este aspeto é assaz importante e impõe desenvolvimento, não só pelas fundamentações e decisão tomada, mas também pelas diretrizes, bem importantes, que dela podem ser retiradas, tanto mais que as circunstâncias atuais continuam a propiciar a imposição de restrições. A escolha recai sobre os acórdãos que geraram aquilo que comumente passou a ser identificado como a jurisprudência da crise. Trata-se de uma análise dos acórdãos que versam sobre certas normas das Leis do Orçamento do Estado para 2011, 2012, 2013 e 2014. O ponto de partida passa por analisar profundamente o acórdão sobre as normas da Lei do Orçamento do Estado (LOE) de 2013, por ser o acórdão mais extenso, que mais conflito tendeu a gerar entre os juízes e aquele onde se pode verificar os riscos de uma análise das normas orçamentais hierarquicamente inferiores à Lei Fundamental, no confronto com esta. Após essa análise profunda, sobretudo sobre o prisma dos direitos sociais, especificamente sobre o impacto das normas orçamentais no sistema de segurança social, far-se-á uma análise cruzada com os outros três acórdãos.

²² Kenneth Rogoff, *The Euro's PIG-Headed Masters*, Project Syndicate, 3 de junho de 2011.

1.1.1.1.1. A situação de emergência económica e financeira no acórdão sobre as normas da LOE 2013

O Tribunal Constitucional, na sua avaliação, parece ter em atenção a situação de crise económica e financeira, assumindo que é essa situação de crise económica e financeira, associada ao Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF), que propicia o enquadramento das medidas de consolidação orçamental propostas na Lei do Orçamento do Estado para 2013. Tal surge visível, não apenas na invocação de tal contexto, a propósito da fundamentação da decisão relativamente a cada uma das normas sobre as quais foi requerida a avaliação de um aspeto específico, primeiramente na fundamentação do acórdão: “A. Enquadramento preambular e descrição geral das medidas de consolidação orçamental previstas na Lei n.º 66-B/2012.” Contudo, ao longo do acórdão, na argumentação do tribunal, é visível a enfatização da ideia de que é possível, à luz do texto constitucional atual, a admissão de medidas temporárias e excecionais com impacto negativo. Acolhe-se, inclusive, a possibilidade de as medidas com esse impacto serem plurianuais, exigindo-se, para tal, a sua aprovação anual, em sede de lei do Orçamento do Estado (LOE), como modo de reforçar o seu carácter temporário e excecional. Afirma-se que a pluralidade das medidas excecionais e temporárias tenderá a ser permitida pelo artigo 105.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que consente a existência de orçamentação por programas, logo, plurianualidade. Porém, o exposto carece de um aprimoramento. O juízo da permissibilidade constitucional de medidas negativas surge ancorado na lógica de equilíbrio e de prevalência de um princípio constitucional em detrimento de outro. Como ensina a doutrina e revela a jurisprudência, perante um conflito de princípios jurídicos constitucionais, não existindo uma hierarquia constitucional de princípios, o conflito será solucionado através de um juízo de prevalência. Ou seja, no caso concreto, a maior valoração será reconhecida ao princípio que apresentar maior peso e maior impacto.

Assim, o Tribunal Constitucional, nos casos em que não julgou inconstitucionais as normas da LOE 2013, afirma que o princípio cede, em face da situação de emergência económica e financeira. Tal como, nos casos em que julgou inconstitucional as normas, afirma o Tribunal que, no confronto de princípios, a emergência económica e financeira não prevalece sobre o princípio da igualdade, na sua vertente da justa repartição dos encargos públicos. De notar que, em toda a análise do Tribunal sobre a prevalência do interesse público – o contexto económico e financeiro e suas necessidades de ajustamento orçamental – sobre os princípios constitucionais em análise (*e.g.* igualdade, proporcionalidade, mínimo de existência), houve

sempre a invocação da proporcionalidade, sobretudo nas suas vertentes da adequação e da necessidade. Estes elementos parecem mesmo surgir como os elementos basilares para a admissão da conformidade constitucional das medidas existentes de consolidação orçamental. De notar, ainda, que o carácter temporário das medidas é extremamente e permanentemente enfatizado no acórdão, como forma de justificá-las e como meio para admiti-las à luz da proteção da confiança.

Contudo, ainda que o Tribunal tenha assumido esta posição de reconhecimento, o facto é encontrar-se uma crítica direta e imediata à situação de este ser o terceiro ano consecutivo em que a LOE apresenta medidas excecionais e temporárias representativas de uma diminuição de rendimentos efetivos dos pensionistas e dos sujeitos com vínculo laboral à Administração Pública. Quiçá de forma mais política do que jurídica, o Tribunal afirma perentoriamente que existe a necessidade de construir medidas alternativas para a redução da despesa pública com outra base que não as opções pela suspensão dos subsídios ou equivalentes. Inclusivamente tece algumas considerações sobre o acréscimo de exigência para o legislador, atendendo ser 2013, e como acima se escreveu, o terceiro ano consecutivo em que existem na LOE medidas desta natureza. Assim, o Tribunal enfatiza que o legislador terá de percorrer outros caminhos, promovendo a edificação de soluções de política económica e financeira sustentadas no crescimento económico, em detrimento de medidas como as agora declaradas inconstitucionais. E a lógica de alternativas é sublinhada por no acórdão se insistir em que parece ser claro para o Tribunal existirem medidas alternativas às propostas na LOE 2013. Não só especificamente afirma que “a imposição de sacrifícios mais intensos aos trabalhadores que exercem funções públicas não pode ser justificada por fatores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego, que terão de ser solucionados por medidas de política económica e financeira de carácter geral, e não por via de uma maior penalização dos trabalhadores que, no plano da empregabilidade, não suportam, ou não suportam em idêntico grau, os efeitos recessivos da conjuntura económica.” Como insiste que “estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis.”

Numa tentativa congregadora do exposto, da leitura do acórdão parece decorrer: embora o contexto económico e financeiro de emergência seja atendível na justificação constitucional de medidas com efeitos negativos nos direitos económicos e sociais dos cidadãos e ainda que

a temporalidade e a excecionalidade das medidas com efeitos negativos sejam permanentemente reafirmadas, aparentemente a tolerância do texto constitucional para com a sucessão de anualidades em que as restrições aos direitos económicos e sociais acontecem, em nome do equilíbrio das contas públicas, é ténue. Nos termos do acórdão, a interpretação do Tribunal Constitucional parece ir no sentido de aceitar a prevalência da emergência económica e financeira limitadamente no tempo e quando conjugada com medidas intensas de política económica e financeira de carácter geral e não especificamente localizadas.

Porém, se se pretender extrair um ensinamento sólido do acórdão sobre o desenho certo da linha separadora do que é ou não realmente permitido em período de emergência económica e financeira, a tarefa não se afigura simples. A própria não uniformidade das posições dos juízes fundamenta-o. E parece ainda firmar um tal sentido o peso da leitura conjugada do texto do acórdão com as declarações de voto dos juízes. Ainda que estas declarações não tenham a força jurídica do acórdão, nelas estão reveladas as diferentes avaliações constitucionais do peso da necessidade na análise sobre a admissibilidade da prevalência de suspensões de direitos económicos e sociais em período de emergência económica e financeira, oferecendo a falta de uniformidade e, porventura, de harmonização plena, das posições dos juízes.

Veja-se, a título exemplificativo, algumas afirmações proferidas na declaração de voto conjunta dos juízes Vítor Gomes, Pedro Machete, Maria João Antunes, José Cunha Barbosa e Maria Lúcia Amaral: “Na verdade, e ao contrário da maioria, não cremos, nem que possa dar-se resposta positiva à questão de saber se as medidas legislativas são, à evidência, dispensáveis, nem que possa dar-se resposta negativa à questão de saber se os encargos se incluem ainda nos ‘limites do sacrifício’. Face às circunstâncias específicas que rodeiam o problema colocado ao Tribunal em 2013, estamos convictos de que tais respostas não podem assertivamente ser dadas. Dois argumentos essenciais parecem fundar a posição contrária assumida pela maioria. De acordo com o primeiro, ao aumentar a carga fiscal, e logo, a universalidade de encargos (que passam assim a ser repartidos de forma mais generalizada por todos os contribuintes) mas ao persistir em sobrecarregar adicionalmente os que recebem por verbas públicas, o legislador estará a desconsiderar a igualdade ‘externa’ que une tanto uns como outros cidadãos, excedendo com isso a justa medida em que se deveria comportar o sacrifício sofrido pelos trabalhadores públicos e pensionistas. De acordo com o segundo argumento, a persistência da medida no tempo, por mais do que um só exercício orçamental, teria retirado força persuasora à ideia segundo a qual só essa medida seria eficaz para

responder às urgências da consolidação. A nosso ver, nenhum destes argumentos pode ser demonstrado. Através do primeiro – que serve para que se responda negativamente à questão de saber se a medida legislativa se inclui ainda nos ‘limites do sacrifício’ – o Tribunal atribui-se uma competência (a de aferir a ‘justa medida’ da diferença a partir de uma situação de igualdade apriorística que considera como um dado vinculante) que, segundo cremos, deveria caber ao legislador. É que, como vimos, não é este um domínio em que a Constituição proíba *a priori* o estabelecimento de diferenças entre as pessoas, seja tendo em linha de conta o seu fim (redução da despesa pública por razões de equilíbrio orçamental). Por seu turno, através do segundo argumento – que serve para responder positivamente à questão da evidência da dispensabilidade da medida – o Tribunal, a nosso ver, fundou-se num dado que é jurisdicionalmente indemonstrável. Ainda que, em tese, se pudesse sustentar que a perdurabilidade, no tempo, das medidas de suspensão do pagamento de subsídios a quem recebe por verbas públicas faria crescer as responsabilidades do legislador no encontrar de soluções alternativas (menos gravosas para aquela categoria de cidadãos) nem por isso se pode concluir, no presente contexto orçamental, que o legislador incumpriu à evidência aquela responsabilidade.”

Em sentido tendencialmente contrário, resultando o reafirmar da lógica de limitação das cedências constitucionais aos momentos de emergência económica e financeira, veja-se a afirmação proferida em declaração de voto pela Juíza Catarina Sarmento e Castro: “ Volvidos três sucessivos exercícios orçamentais, o corte de remunerações, três vezes retirado, não encontra já respaldo na Constituição: o argumento, fundamental, do resultado imediato perdeu-se, e torna-se incompreensível a invocação da imperatividade ou natureza insubstituível da solução para preservação da capacidade financeira do Estado, por não haver soluções alternativas, de outra natureza, através das quais se chegasse a igual valor certo. [...] Refira-se que o facto de a medida, reconhecidamente anual, ter surgido inserida num plano plurianual, logo no primeiro exercício orçamental, não pode ser determinante para a sua aceitação automática por todo o período que a tal plano corresponda. E será ainda mais inaceitável que se possa assumir, por antecipação, a conformidade constitucional da medida por todo esse período, adotando-se a solução como justificada, à partida, independentemente da posterior evolução das condições em futuros exercícios orçamentais a exigirem, ou não. [...] Se é verdade que, à partida, todas as normas gozam de presunção de constitucionalidade, não sendo exceção as normas orçamentais ou fiscais, a confiança creditada ao legislador não aumenta nos ciclos de crise. As leis orçamentais e fiscais, potencialmente ameaçadoras de direitos fundamentais, vivem sempre, como as demais, num tempo que é sempre o da

Constituição. O prolongamento, ou mesmo o agravamento, dos momentos difíceis não deve trazer consigo um inelutável aligeirar do controlo da constitucionalidade das normas. Pelo contrário, bem se compreende que, nos momentos de tensão e de dificuldades várias, a Lei fundamental assuma papel destacado, enquanto bitola delimitadora da margem de liberdade de que dispõe o legislador. E se a energia vinculativa de uma norma constitucional pode, em certos aspetos e com apertados critérios, esmorecer no confronto com o interesse público de relevância absolutamente indiscutível, ainda e sempre a criatividade do legislador terá de funcionar no quadro da Constituição. "

Por se estar perante uma zona de incerteza quanto à delimitação exata do que pode ou não ser efetivamente buscado através das normas de consolidação orçamental, eventualmente poder-se-ia suscitar a questão de ponderar a necessidade de repensar o texto constitucional numa perspetiva de modernização normativa, quanto à previsão de instrumentos concretos e de fronteiras expressamente delineadas sobre quais as atuações possíveis quando em situação de emergência económica e financeira. Contudo, a este propósito, atenda-se que, ao longo do acórdão, não se verificou a afirmação de que as medidas contidas na LOE 2013 afastavam os direitos constitucionalmente salvaguardados. Como reconhecido pelo Tribunal Constitucional, o que as medidas em análise afetavam não era o direito a, mas antes o *quantum* envolvido na concretização do direito. E por tal, nenhuma das medidas foi julgada inconstitucional por desconformidade com o direito à pensão, ao salário ou ao subsídio de desemprego ou de doença. Mas também nenhuma norma foi declarada inconstitucional por promover uma redução do valor recebido, entendida pelo Tribunal Constitucional como admissível em períodos de emergência económica e financeira. Antes as inconstitucionalidades declaradas foram-no, ora porque se verificou, como afirma o acórdão, uma cumulação de medidas que restringem a igualdade na participação nos encargos públicos (artigo 29.º e 77.º da LOE 2013), ora porque o mínimo de existência não foi acautelado (artigo 117.º da LOE 2013).

A colocação da realidade analisada neste prisma dificulta grandemente a absorção de qual o juízo certo e concreto que pode ser retirado da jurisprudência agora criada. Reforça-se. Se se pretender extrair um ensinamento sólido do acórdão sobre o desenho certo da linha separadora do que é ou não realmente permitido em período de emergência económica e financeira, a tarefa não se afigura simples e não parece fazível com o grau de certeza e com a sustentabilidade que seriam desejáveis. A reforçar esta potencialidade refira-se ainda o estabelecido pelo acórdão a propósito da eventual ofensa do caso julgado: "Ainda que possa admitir-se que a fundamentação jurisprudencial de uma decisão de inconstitucionalidade

tenha a virtualidade de desempenhar um papel de orientação de futuras atuações legislativas (mas sem deixar eximir o legislador à sua responsabilidade política própria, quando decide tomar medidas alternativas às declaradas inconstitucionais), é constitucionalmente inadmissível pretender que essa fundamentação tenha força de caso julgado e seja, por si, invalidante de uma nova solução legislativa."

1.1.1.1.2. A inconstitucionalidade da suspensão do pagamento do 14.º mês ou equiparado aos aposentados e reformados

A declaração de inconstitucionalidade da suspensão do pagamento do 14.º mês ou equiparado aos aposentados e reformados (artigo 77.º da LOE 2013) é justificada com base na violação do princípio da igualdade. É determinado que a suspensão do pagamento do 14.º mês ou equiparado, em conjugação com as outras medidas específicas da condição de pensionista, exige um esforço maior, por comparação com os outros contribuintes. Em consequência e à semelhança do que se passa com os trabalhadores com vínculo laboral público, essa cumulação origina um juízo de inconstitucionalidade para aquilo que excede o equiparado e permitido. Criando um paralelismo entre a suspensão do subsídio de férias e equivalente para aqueles que têm vínculo de empregabilidade com a Administração Pública, a suspensão do pagamento do 14.º mês ou equiparado aos pensionistas é declarada inconstitucional porque "os pensionistas, por via da aplicação da contribuição extraordinária de solidariedade, que pretendeu estabelecer uma equiparação com a redução salarial da remuneração mensal imposta aos trabalhadores do setor público (sem considerar já a situação gravosa daqueles que auferem pensões mais elevadas), passaram a sofrer uma diminuição do rendimento disponível em medida idêntica à que já se verificava em relação a esses trabalhadores. Agravando-se também por essa via a situação de desigualdade, não só em relação aos pensionistas que não sofrem a suspensão do subsídio de férias, como também em relação aos titulares de outros rendimentos, que apenas foram confrontados com o agravamento fiscal generalizado, que incide sobre todos os contribuintes." Ou seja, é o impacto do efeito cumulado das reduções previstas que origina a declaração de inconstitucionalidade.

Apesar de ser esta a decisão e a fundamentação da argumentação do Tribunal Constitucional, podem ainda ser retirados alguns ensinamentos relevantes a serem considerados no *design* de normas no âmbito do sistema de segurança social que se prendem, em concreto, com o conteúdo do direito à segurança social sufragado no artigo 63.º da CRP. E, neste domínio, é muito relevante atender ao facto de o Tribunal enfatizar que o direito à

segurança social é um direito pertencente ao catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais. Por ter esta natureza, o Tribunal Constitucional afirma que apenas é constitucionalmente exigido o conteúdo mínimo ou nuclear do direito, sendo que, "em tudo o que vá para além de um conteúdo mínimo, ou nuclear, as concretizações legislativas específicas do direito à segurança social estão, no entender do Tribunal, sujeitas a uma larga margem de livre conformação por parte do legislador." Em consequência, o Tribunal enfatiza que o exigido pela CRP, no domínio dos pensionistas, é a existência e a salvaguarda do direito à pensão e não o direito a uma quantia certa de pensão. E esta lógica, como explicitado pelo Tribunal, é aplicável tanto às situações de direitos a constituir como de direitos já constituídos. "É certo que, no aresto acima mencionado (acórdão- n.º- 3/2010),- estavam- em causa as expectativas, eventualmente tuteladas do ponto de vista jurídico, dos futuros pensionistas. Ou seja, tratava-se, então, no fundo, de direitos a constituir. No que respeita à questão ora em análise, a situação não é exatamente idêntica, uma vez que estão em causa direitos já constituídos, posições jurídicas de cidadãos que adquiriram definitivamente o estatuto de pensionistas, com um conteúdo já perfeitamente definido pelas regras legais em vigor, no momento relevante para o seu cálculo. Este facto não é, no entanto, suficiente, do ponto de vista do direito à segurança social, para fundamentar posição distinta da assumida anteriormente pelo Tribunal quanto às regras de cálculo da pensão. " Na sequência, a justificação para permitir a conformidade constitucional de normas que promovam uma diminuição dos montantes a serem recebidos pelos pensionistas encontra-se ancorada no interesse público relevante, assente aqui, na necessidade de garantir a sustentabilidade económico-financeira do Estado. E isto mesmo assumindo que os pensionistas serão titulares de uma posição jurídica especialmente tutelada.²³

Grande parte da justificação advém igualmente do facto de o sistema de segurança social português ser um sistema de repartição e não um sistema de capitalização individual. Por tal, o Tribunal releva que: "... não existe, no nosso sistema de segurança social, uma relação direta entre a pensão auferida pelo beneficiário e o montante das quotizações que tenha deduzido durante a sua vida ativa (embora haja uma relação sinalagmática entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações [...]). Isso porque o sistema previdencial não assenta num sistema de capitalização individual, mas sim num sistema de repartição, pelo qual os atuais

²³ Será uma posição jurídica especialmente tutelada porque, nas palavras do Tribunal, "*chegado o momento em que cessou a vida ativa e se tornou exigível o direito às prestações, o pensionista já não dispõe de mecanismos de autotutela e de adaptação da sua própria conduta às novas circunstâncias, o que gera uma situação de confiança reforçada na estabilização da ordem jurídica e na manutenção das regras que, a seu tempo, serviram para definir o conteúdo do direito à pensão.*"

pensionistas auferem pensões que são financiadas pelas quotizações dos trabalhadores no ativo e pelas contribuições das respetivas entidades empregadoras [...]. de tal modo que não pode considerar-se que as pensões de reforma atualmente em pagamento correspondam ao retorno das próprias contribuições que o beneficiário tenha efetuado no passado. [...]”

Porém, ainda que não expresse diretamente, subentende-se da leitura constitucional efetuada pelo Tribunal que a diminuição não poderá ser ilimitada. A expressão que pode ser encontrada e que sirva o propósito de indicar um *quantum* do limite é a expressão: reduções parciais. A propósito da relação da prestação social com o direito de propriedade, o Tribunal afirma o seguinte: "Reduções parciais do quantitativo de uma prestação social não podem ser consideradas uma expropriação parcial, por dois motivos essenciais. Não se trata, em primeiro lugar, da subtração, através de ato jurídico, de uma posição jurídica concreta, mas da determinação, em termos gerais e abstratos, do conteúdo de toda uma categoria de direitos. Não pode esquecer-se, em segundo lugar, que estamos perante uma posição com uma forte componente social, tanto do ponto de vista genético como funcional, correspondente à participação num fundo comum de solidariedade, organizado pelo Estado, a partir de contribuições de todos os trabalhadores e das entidades empregadoras, e parcialmente financiado por transferências de verbas do orçamento geral do Estado. O que, inequivocamente afasta esta posição das que têm uma exclusiva fonte pessoal, da esfera própria do titular. "

Seguindo a lógica anteriormente exposta, o Tribunal afirmou mesmo que "tudo ponderado, face à excecionalidade do interesse público em causa e o carácter transitório da medida, pode ainda entender-se, no limite, que a supressão do subsídio de férias aos pensionistas não constitui uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança, justificando-se uma pronúncia no sentido da não desconformidade constitucional por referência a esse parâmetro de aferição. "

Será, porventura de acrescentar que, ainda que não explicitamente neste âmbito, mas antes a propósito da argumentação presente na análise da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES), que o limite da redução terá ligação com a quantia que permanece na disponibilidade do pensionista. E utilizando a lógica que percorre o acórdão, sobretudo no domínio da fundamentação para a inconstitucionalidade do artigo 117.º da LOE 2013, o mínimo de existência será sempre uma barreira inultrapassável à luz da interpretação constitucional e, para rendimentos superiores, a permanência de valores consideráveis na esfera jurídica do contribuinte/beneficiário. Mas, apesar desta construção, não parece ficar

claro qual o *quantum* concreto que pode ser reduzido nas situações de emergência económica e financeira sem ferir a edificação constitucional.

Tentando uma súmula simplificada, parece que, para o Tribunal, apesar de a posição dos pensionistas ser uma posição jurídica especialmente tutelada, não sendo uma proteção de carácter absoluto, mas antes de carácter relativo, essa posição pode ser adaptada ao contexto de emergência económica e financeira, em nome do interesse público relevante. Desde que, cumulativamente:

- O direito à pensão legalmente atribuído e constitucionalmente protegido se mantenha inalterado;
- O cálculo do valor da pensão tenha em atenção "o princípio do aproveitamento total do tempo do trabalho, permitindo a acumulação dos tempos de trabalho prestados em várias atividades e os respetivos descontos para os diversos organismos de segurança social [...].";
- A redução do montante da pensão seja meramente parcial e sustentada na proporcionalidade;
- A redução do montante da pensão não esteja em cumulação com outras reduções quantitativas que provoquem uma posição de maior esforço em face dos restantes contribuintes.

1.1.1.1.3. A inconstitucionalidade da contribuição sobre o subsídio de doença e o subsídio de desemprego

A inconstitucionalidade da norma que criava uma contribuição sobre o subsídio de doença e o subsídio de desemprego foi fundamentada, nuclearmente, com a violação do direito a uma sobrevivência minimamente condigna/um mínimo de sobrevivência. Afirma o Tribunal que tal direito decorre da conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, sendo estabelecido o limite por correspondência ao salário mínimo nacional e que este mínimo deve ser sempre salvaguardado, mesmo em situações de emergência económica e financeira.

De acrescentar, em primeiro lugar, que o Tribunal terá invocado a figura do salário mínimo nacional como "a expressão de um mínimo de existência socialmente adequado" por se estar no âmbito do sistema previdencial. Talvez seja essa a lógica inerente à não referência ao Indexante de Apoios Sociais (IAS). Em segundo lugar, parece ser de acrescentar como

relevante, atender a um aspeto pouco enfatizado pelo Tribunal como a fundamentação efetiva para a declaração de inconstitucionalidade, mas que surge na argumentação do acórdão e acaba por sustentar a não proporcionalidade da medida: a desrazoabilidade. Depois de criticar a inexistência de uma ponderação valorativa na medida orçamental, o Tribunal afirma o seguinte: "Por outro lado, uma tal opção legislativa é de todo desrazoável, quando é certo que ela atinge os beneficiários que se encontram em situação de maior vulnerabilidade por não disporem de condições para obterem rendimentos do trabalho para fazer face às necessidades vitais do seu agregado familiar, e abrange as prestações sociais que precisamente revestem uma função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se viu privado, e que era suposto corresponderem, no limite, ao mínimo de assistência material que se encontrava já legalmente garantido. Além disso, justifica-se questionar se não poderá estar aí em causa a garantia da existência condigna." Não parece ser de olvidar esta afirmação do acórdão, por constituir algo a ser tido em mente no desenho de futuras formas de oneração de prestações sociais. Mais ainda, como se verá, quando o Tribunal apelida de atípicas as formas de financiamento do sistema de segurança social que recorram a contribuições dos atuais beneficiários.

A contribuição sobre o subsídio de desemprego e sobre o subsídio de doença surge, aos olhos do Tribunal, como uma medida de redução de despesa. A justificação concentra-se no facto de, na prática, com a aplicação da contribuição se gerar uma redução do montante a receber, fruto de uma retenção na fonte definitiva, que ocorre de forma imediata, antes da sua colocação à disposição na esfera jurídica do beneficiário. Por tal, o Tribunal reforça a sua posição de que a contribuição não se enquadra no universo tributário, não estando, por tal, sujeita aos princípios constitucionais fiscais. E, diz ainda o Tribunal, mesmo que se enquadrasse no âmbito tributário, não seria sujeita às regras gerais dos impostos, por ser uma contribuição semelhante às contribuições para a segurança social e, por tal, um tributo parafiscal, com regras diferentes das regras gerais para os impostos. Na tentativa de identificar o que a CRP exige e protege no âmbito da doença e do desemprego, o Tribunal Constitucional afirma que "a Constituição assegura diretamente um direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego e dirige um comando ao legislador no sentido de este prever, no sistema de segurança social, formas de assistência material aos trabalhadores em situação de doença. Foi este o imperativo que o legislador deu execução, no âmbito do subsistema previdencial, através dos regimes jurídicos de proteção social nas eventualidade de desemprego e doença. No entanto, a Constituição não assegura o direito a um concreto montante de assistência material, mesmo em caso de

desemprego, pelo que a irredutibilidade dos montantes prestacionais não se inclui no âmbito de proteção do direito dos trabalhadores à assistência material em situação de desemprego e, por maioria razão, no âmbito do direito à assistência em situação de doença."²⁴ Do exposto resulta que tenderá a existir a possibilidade de redução do valor da prestação no caso de eventualidade de desemprego e de eventualidade de doença sem ferir o núcleo da proteção constitucional em situações de desemprego involuntário e doença de trabalhadores. Tal justificação é ainda sublinhada através de dois aspetos relevantes:

- Medidas de efeito contrário cruzadas: O Tribunal Constitucional aponta a existência de medidas de sentido inverso à da contribuição em análise. Isto é, refere-se à existência de medidas que aumentam os valores das prestações de desemprego e de doença, em determinados casos específicos. Refere-se à majoração do subsídio de desemprego, em caso de casal desempregado, em simultâneo, com dependentes a cargo. E refere-se à alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, na forma do apuramento da remuneração de referência relevante para apurar o subsídio de doença, a qual passa a considerar o total das remunerações desde o início do período de referência até ao dia que antecede a incapacidade para o trabalho. Ou seja, ainda que não de forma expressa e totalmente clara, parece que o Tribunal Constitucional fornece a indicação de que o juízo da constitucionalidade e da adequação constitucional das medidas parece dever ser efetuado atendendo ao quadro contextualizador não apenas económico e financeiro, mas igualmente ao sistema de medidas integradas que são criadas no mesmo âmbito.
- Margem de livre conformação política do legislador com base no momento histórico e financeiro como elemento densificador: O Tribunal Constitucional, após delimitar o núcleo que é protegido pela Lei Fundamental e depois de determinar que o que está fora do núcleo constitucional é da competência do legislador, afirma que "o cumprimento do programa constitucional de proteção dos cidadãos na doença e no desemprego depende, em cada momento histórico, de fatores financeiros e materiais, sendo tarefa do legislador definir o elenco das situações que carecem de proteção e o conteúdo do correspondente direito social." Esta afirmação do Tribunal Constitucional parece invocar o reconhecimento de que as medidas de redução dos valores das prestações estarão sempre na dependência da situação económica e financeira,

²⁴ Sublinhado pessoal.

cabendo ao legislador ordinário determinar a necessidade de se criarem medidas de redução dos valores das prestações. Claro está que esta aparente ilação tenderá a dever ser conjugada com o reconhecimento da temporalidade e da excecionalidade da medida, nos termos do enquadrado no ponto 1.2.1.1.1. da presente exposição. Ou seja, ainda que o discurso do Tribunal diferencie a existência de uma proteção constitucional nuclear quanto ao direito e uma possibilidade de reversibilidade do valor das prestações, dada a imutabilidade do valor das prestações não ser imposta no texto fundamental, o facto é que todo o juízo constitucional não pode ser desagregado do momento de emergência económica e financeira, como explanado anteriormente. Por tal, julga-se que parece resultar que o Tribunal pretende que os valores existentes sejam os valores efetivos, podendo, excecionalmente tais valores serem reduzidos, se a necessidade do momento económico e financeiro o exigir, respeitando o mínimo de existência, e sempre numa perspetiva de temporalidade e de excecionalidade.

Como evidenciado, o Tribunal apesar de permitir reduções ao valor das prestações, limita essa redução. A diminuição tem de assegurar que dessa operação de subtração jamais o beneficiário fica com valor inferior aos valores mínimos legalmente estabelecidos para o subsídio de doença e para o subsídio de desemprego. A justificação invocada para tal assenta, como inicialmente referido, na proteção conferida pelo direito a uma sobrevivência minimamente condigna, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à segurança social em situações de carência, sendo o salário mínimo nacional o padrão. Atenda-se que a referência ao salário mínimo é entendida como referência genérica, já que o Tribunal afirma que o equivalente ao salário mínimo será o limite mínimo legalmente estabelecido pelo legislador para as prestações compensatórias, sendo esses limites a expressão de um mínimo de existência socialmente adequado.

Em termos genéricos, parece daqui decorrer que as reduções às prestações sociais, quaisquer que forem, têm sempre de salvaguardar os limites legais que tenham sido estabelecidos especificamente para a prestação em concreto e, no caso de não existir um limite mínimo legal concretamente estabelecido, parece ser o valor do salário mínimo nacional aquele que atuará como mínimo de existência condigno. Como afirma o acórdão em análise, "Embora não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressaltar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou

desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa, o parâmetro constitucional da existência condigna.”

Uma questão que parece ser de interrogar é se o valor do salário mínimo deverá ser, como parece apontar o Tribunal Constitucional, o valor de referência para determinar o mínimo de existência. A questão surge dado que, no âmbito do sistema de segurança social, quando se refere a lógica de garantia de apoios sociais não se utiliza o referencial do salário mínimo nacional, mas antes tende-se a generalizar, utilização do Indexante de Apoios Sociais (IAS). Neste sentido, no caso de se estar perante a garantia de um mínimo de existência que deva ser sempre assegurado pelo Estado, então talvez fosse de ponderar a escolha do IAS e não a do salário mínimo nacional. Como já anteriormente se tinha exposto, julga-se que a referência ao salário mínimo nacional por parte do Tribunal Constitucional, como indicador do mínimo de existência, no caso de inexistência de um limite legal expressa e individualmente consagrado, poderá ser justificado pelo facto de no acórdão apenas se terem analisado prestações sociais integradas no sistema previdencial/contributivo da segurança social. Fica a interrogação.

No voto de vencido do Juiz Pedro Machete encontra-se estabelecido um alerta que parece ser de muita importância: as diferentes funções do sistema previdencial e do sistema não previdencial e a relação com o mínimo de existência: " ... as duas prestações em análise correspondem a aspetos parcelares de uma regime de proteção social correspondente ao sistema previdencial geral, que não está vocacionado para satisfazer o direito a uma existência condigna, mas antes substituir parcialmente e mitigar a perda de remuneração nas eventualidades de doença e desemprego. Aquele direito— que corresponde a um corolário da dignidade da pessoa humana — é assegurado, na sua vertente positiva, fundamentalmente pelos diversos componentes do sistema de proteção social de cidadania previsto no artigo 26.º e seguintes da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro — lei de Bases da Segurança Social."

1.1.1.1.4. A não inconstitucionalidade da contribuição extraordinária de solidariedade

O Tribunal Constitucional caracteriza a Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) como um tributo parafiscal, integrando-o no âmbito das receitas, e não no âmbito das despesas, como o qualifica o Relatório sobre o Orçamento de Estado para 2013. Para tal contribuirá, como identifica o acórdão, o *modus operandi* da CES. "Conforme o previsto no n.º 8 do artigo 78.º, que determina, no caso de pensões não pagas por entidades públicas, que as entidades

processadoras procedam à retenção na fonte do valor correspondente à contribuição e a entreguem, dentro de determinado prazo, à Caixa Geral de Aposentações, em correspondência com os procedimentos similares de arrecadação de receitas em sede fiscal." Assim, "no que se refere às pensões processadas e pagas pelo sistema público de segurança social, a CES assume o efeito prático de uma medida de redução de despesa. [...] Já o mesmo não pode afirmar-se quanto à sujeição das pensões dos regimes substitutivos e dos regimes __complementares, de iniciativa pública ou de iniciativa coletiva privada [...]." Neste caso, "[...] a CES produz aqui o efeito exclusivo de um aumento de receita, por via da transferência de verbas para o sistema público de segurança social." Em face da posição dual, o Tribunal tende a optar por encarar a CES como medida de aumento de receita, valorizando a sua extensão ao universo contributivo complementar de iniciativa privada.

Nesse sentido, é igualmente evidenciado o facto de o montante retido na fonte por conta da CES ser passível de ser deduzido ao rendimento ilíquido da categoria H – pensões –, no momento das deduções específicas, aquando da liquidação do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS). Tal demonstra, para o Tribunal, mais um fator indiciador de que o CES é uma medida que promove o aumento de receita, em detrimento da redução da despesa. O certo, porém, é que o Tribunal não enquadra a CES como uma receita tributária, mas antes como uma receita parafiscal, evidenciando o paralelo com as contribuições para a segurança social ocorridas pelos trabalhadores no momento da vida ativa. Por tal, não constitui um imposto e, assim, não está sujeita às regras gerais da tributação. A CES assume-se como uma contribuição financeira, terceiro tipo de tributo constitucionalmente reconhecido.

O Tribunal Constitucional apresenta dois argumentos maiores para negar a natureza fiscal da CES: a consignação e a não unilateralidade. O facto de a receita arrecadada com a CES estar consignada ao sistema previdencial, distingue-a, no entender do Tribunal, dos impostos "que têm como finalidade imediata e genérica a obtenção de receitas para o Estado, em vista a uma afetação geral e indiscriminada à satisfação de encargos públicos". Por outro lado, invoca o acórdão que a CES não detém um carácter de completa unilateralidade, "uma vez que os regimes complementares têm o seu suporte jurídico-institucional no sistema de segurança social globalmente considerado, e não deixam de manter uma relação de proximidade com o regime contributivo (que é, por natureza, obrigatório), retirando um benefício indireto do seu eficaz funcionamento. "

A CES não foi julgada desconforme com a Constituição por estar ancorada na salvaguarda do

interesse público, na não infração do princípio da proteção da confiança, nem na infração do princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente da necessidade, da adequação e da justa medida/não excesso.

Sobre a salvaguarda do interesse público: A justificação da CES, do ponto de vista da salvaguarda do interesse público, surge ancorada no equilíbrio estabelecido entre as necessidades financeiras do sistema de segurança social e a repartição equitativa dos encargos entre os seus contribuintes líquidos e os seus beneficiários. Em face da situação de emergência económica e financeira, revelada na necessidade urgente de reforçar o financiamento do sistema de segurança social, e atendendo a uma lógica de não sobrecarga adicional do Orçamento do Estado, conjugado com a indispensabilidade de salvaguardar a solidariedade intergeracional, permitem admitir uma medida como a CES, não se estando perante uma medida com carácter arbitrário, mas antes numa tentativa de equilibrar os esforços exigidos. Como afirmado no acórdão, "os pensionistas afetados pela medida não se encontram na mesma situação de qualquer outro cidadão, justamente porque são beneficiários de pensões de reforma ou de aposentação e de complementos de reforma, e é a sua distinta situação estatutária que determina a incidência da CES, como medida conjuntural, com a finalidade específica de assegurar a sua participação no financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras. "Perante a conjugação de uma diminuição das receitas do sistema de segurança social, face ao forte aumento do desemprego, redução dos salários e às novas tendências migratórias, com um aumento das despesas com o apoio ao desemprego e às situações de pobreza, e à consequente necessidade de o Estado subsidiar o sistema de segurança social, agravando desse modo o défice público, o legislador, a título excecional e numa situação de emergência, optou por estender aos pensionistas o pagamento de contribuições do sistema de segurança social do qual são direta ou indiretamente beneficiários, apenas durante o presente ano orçamental. " Verifica-se, em face do agora transcrito, que, uma vez mais, a transitoriedade, a excecionalidade e a temporalidade das medidas são parte da sustentação para a sua admissão.

Sobre a não violação do princípio da proteção da confiança: De forma breve, o acórdão apresenta um equilíbrio da CES quanto à não violação das expectativas criadas na esfera jurídica dos pensionistas. Apesar de reconhecer a legítima expectativa do pensionista na continuidade do quadro legislativo e na manutenção da posição jurídica de que é titular, "não lhe sendo sequer exigível que tivesse planos de vida alternativos em relação a um

possível desenvolvimento da atuação dos poderes públicos suscetível de se repercutir na sua esfera jurídica", o facto é que " ... em face do condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade, não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas, como são sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual. " Ou seja, o grau de importância e de urgência, ligado ao interesse público a salvaguardar, assume-se como prevalente face às expectativas dos pensionistas, ainda que seja reconhecida a intensidade do sacrifício exigido. Não se olvide o já exposto a propósito do corte do 14.º mês ou equiparado dos pensionistas quanto ao facto de o sistema de segurança social ser um sistema de repartição e não de capitalização individual.

Sobre a não violação do princípio da proporcionalidade: necessária, adequada e da justa medida/não excesso. Neste domínio, o Tribunal não aponta a existência de medida alternativa "que, mantendo uma coerência com o sistema no qual estas medidas se situam, com igual intensidade de realização do fim do interesse público, lesassem em menor grau os titulares das posições jurídicas afetadas." Assim, reconhece o cumprimento do princípio da necessidade. No referente à adequação, encarada esta como a "aptidão objetiva e formal de um meio para realizar um fim [não se promovendo uma] qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida", afirma o Tribunal que na CES "é patente que a incidência de um tributo parafiscal sobre o universo de pensionistas como meio para reduzir excecional e temporariamente a despesa no pagamento de pensões e obter um financiamento suplementar do sistema de segurança social é uma medida adequada aos fins que o legislador se propôs a realizar."

Apesar de se equiparar a CES a uma extensão da medida de redução salarial aplicada aos trabalhadores do setor público, o Tribunal, para se certificar da proporcionalidade da medida, analisa-a ainda de forma mais intensa, sobretudo do ponto de vista de se estar perante um confisco ou não, em face das taxas aplicáveis aos rendimentos em causa. Tendo por base a equivalência global e o conteúdo do direito à segurança social constitucionalmente salvaguardado, insiste-se na não violação do princípio da proporcionalidade. Repete o Tribunal que o sistema de segurança social é um sistema de repartição e não de capitalização individual, pelo que tal significa que a relação sinalagmática existente nas contribuições para a segurança social é entre o direito às prestações e a obrigação de contribuir, não significando tal que se verifique uma relação direta e imediata entre aquilo que se pagou e aquilo que se vem a receber por conta do descontado. Daqui resulta que o princípio da solidariedade deve

ser atendido, existindo "responsabilidade coletiva das pessoas entre si na realização das finalidades [...]." E, em termos do valor retirado, se é ou não um confisco, o Tribunal²⁵expõe claramente que "a variável quantitativa não é, contudo, contrariamente ao que possa parecer, única ou determinante. Para aferição do que seja ou não um imposto confiscatório, apela-se a uma ideia de equidade ou tributação equitativa: saber se um imposto tem efeitos confiscatórios não depende apenas dos montantes das respetivas taxas. Importa, isso sim, aferir desses efeitos confiscatórios em relação a determinado contribuinte em concreto. O fator decisivo não é aquilo que o imposto retira ao contribuinte, mas o que lhe deixar ficar." Na sequência do afirmado, o acórdão exprime que "transpondo esta doutrina para o caso aqui em análise, considerando que as taxas adicionais de 15 e 40 são aplicadas só a partir de rendimentos especialmente elevados e deixam ainda uma margem considerável de rendimento disponível, e – como se referiu já – revestem carácter transitório e excecional, não se afigura que se lhes possa atribuir carácter confiscatório."

Porém, o facto de a CES não ser considerada contrária aos ditames constitucionais, não deixa de, nas palavras do Tribunal Constitucional, se apresentar como um instrumento atípico para o financiamento do sistema de segurança social. E é atípica, precisamente por assentar na particularidade de ser exigida aos beneficiários atuais do sistema previdencial e não aos contribuintes líquidos com vida ativa em curso e com a remuneração associada ao fator trabalho. Esta situação conduz a uma reflexão muito relevante para o universo da segurança social que é abordada no ponto seguinte: quais os elementos decorrentes do acórdão no âmbito dos modos alternativos de financiamento do sistema de segurança social.

1.1.1.1.5. A questão dos modos alternativos de financiamento do sistema pelos beneficiários ativos: uma tentativa de isolar os contributos do Tribunal Constitucional

O acórdão do Tribunal Constitucional, a propósito da CES e da contribuição sobre o subsídio de doença e o subsídio de desemprego, analisa estas medidas como formas de financiamento do sistema de segurança social, caracterizando-as como formas atípicas. A atipicidade do financiamento advém do facto de não se financiar o sistema nem através das contribuições dos membros ativos da sociedade, nem através do Orçamento do Estado, mas antes recorrendo a contributos daqueles que, neste momento, são os beneficiários do sistema. Tal

²⁵ Citando Luis Vasconcelos Abreu, *Algumas notas sobre o problema da confiscatoriedade tributária em sede de imposto sobre o rendimento pessoal*, Fisco, n.º 31, maio de 1991, págs. 26 e ss.

atipicidade, nas palavras do Tribunal, "representa um desvio ao funcionamento do sistema, na medida em que introduz uma nova modalidade de financiamento da segurança social que abarca os próprios beneficiários das prestações sociais, pondo em causa, de algum modo, o princípio da contributividade, que tem pressuposta a ideia de uma relação sinalagmática direta entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações. O que se torna ainda mais evidente quando a obrigação incide sobre os beneficiários de modalidades privadas de proteção social, que são exteriores ao sistema público de segurança social." Ou seja, o Tribunal parece dar a entender que o recurso a contribuições por parte dos beneficiários não parece estar adequado ao sistema de segurança social como este, nos dias de hoje, está construído. Porém, o facto de o sistema previdencial ser um sistema de repartição e não um sistema de capitalização, surge como argumento a favor da admissibilidade desta nova forma de financiamento do sistema de segurança social. Todavia, uma vez mais, apenas porque "num contexto de emergência económica e financeira, a contribuição visa, por outro lado, contrariar a tendência deficitária da segurança social e permitir satisfazer os compromissos assumidos com as prestações do regime geral de segurança social e de proteção social da função pública." Ou seja, o Tribunal parece transmitir a ideia que esta via alternativa de financiamento é possível apenas em situação de emergência económica e financeira. Atenda-se ainda que o acórdão não deixa de lançar a questão da razoabilidade ou da proporcionalidade da opção de recorrer a financiamento via contribuições dos seus atuais beneficiários. No entanto, não fornece uma resposta exata e durável.

Embora não pertencendo ao acórdão, sendo antes uma declaração de voto do Juiz Pedro Machete, parece ser ainda de atender à posição transmitida quanto à admissão da necessidade de uma reforma do sistema de segurança social e de quais os princípios a serem tidos em consideração. O citado Juiz, quando expõe a sua posição sobre a CES – por sinal contrária à posição tomada pela maioria no acórdão – aponta para a necessidade de a reestruturação do sistema de segurança social dever acontecer por outra via que não através de medidas isoladas, geradas na LOE, com carácter meramente anual, medidas estas que, naquilo que parece resultar da posição do Juiz, apenas adiam a real solução para o problema do desequilíbrio entre as receitas e as despesas do sistema de segurança social. Assim, da citada declaração de voto, parece decorrer que existindo a necessidade de reequilíbrio quanto às formas de financiamento, procurando gerar-se um espaço para a sua autossustentabilidade da segurança social, será de considerar:

- Introdução de medidas corretivas às diferenças já existentes no sistema;

- Aplicação do princípio da justiça ou solidariedade intergeracional;
- Aplicação do princípio da justiça intrageracional.

Em termos explicativos, nas palavras do Juiz, "... uma coisa são as medidas pontuais de carácter excecional em vista de estabilização orçamental, outra, bem diversa, é a introdução de medidas corretivas e a aplicação do princípio da justiça ou solidariedade intergeracional com vista a assegurar a autossustentabilidade do próprio sistema. Não se pretende negar a necessidade ou a conveniência de tais medidas reformadoras. As mesmas, todavia, carecem de ser pensadas e concebidas dentro do próprio sistema como a sua reforma estrutural. Tal não se compadece nem com um limiar mínimo de aplicação tão elevado como o referido no artigo 78.º, n.º 1 (pensões acima de 1 350€), bem com o tratamento indiferenciado de situações tão diversas (ao longo do tempo a base de cálculo da pensão variou muito — há quem tenha pensões calculadas com base em cinco, dez ou trinta anos de contribuições). Numa eventual reforma promotora da autossustentabilidade do sistema haverá que respeitar, ao lado da justiça intergeracional, também a justiça intrageracional. Do mesmo modo, haverá que atender à situação daqueles que, por terem confiado na suficiência da pensão atribuída no quadro do sistema previdencial, não sentiram necessidade de investir em esquemas complementares de reforma. Em suma, um dos riscos associados à CES é justamente o de a mesma poder ser tomada como um «embrião de reforma» do sistema previdencial da segurança social, quando tal medida é, devido à indiferenciação que a caracteriza, totalmente inadequada para o efeito. "

1.1.1.1.6. Aspetos finais resultantes da análise do acórdão n.º 187/2013

Verifica-se que a transitoriedade, a excecionalidade e a temporalidade das medidas são parte da sustentação para a admissão de medidas de redução de prestações sociais à luz do texto constitucional. Dado que a Constituição quando estabelece o direito à segurança social, enquanto direito social, dependente das circunstâncias históricas, económicas e financeiras do momento, procura garantir o direito a uma prestação social, mas não o *quantum* específico dessa prestação, permite-se, em situações bem justificadas, a redução dos valores das prestações sociais. Porém, exige-se que a redução esteja ancorada numa lógica de justa repartição do esforço individual perante os encargos financeiros públicos, não podendo obrar-se uma duplicação de esforços apenas para uma tipologia de cidadãos. Exige-se ainda que nenhuma redução de uma prestação social possa colocar em causa, mesmo em momentos de emergência económica e financeira, os limites mínimos específicos legalmente determinados

ou, em última análise, fazer com que o beneficiário fique com um rendimento inferior ao do salário mínimo nacional. A justificação é oferecida pelo direito a uma existência condigna.

Em nome da solidariedade intergeracional e da necessidade de não onerar suplementarmente o Orçamento do Estado já em dificuldades de estabilização, admite-se que o financiamento do sistema de segurança social possa, aparentemente de modo temporário, ter como participação ativa os rendimentos daqueles que atualmente são os beneficiários do sistema, desde que as circunstâncias anteriores estejam salvaguardadas, sendo esta potencialidade igualmente sustentada pela característica do sistema de segurança social português ser um sistema de repartição e não de capitalização individualizada.

Contudo, depois de toda a análise do acórdão, permanece a pergunta: E quando o estado de emergência económica e financeira se prolonga por uma multiplicidade de anos, não sendo reduzido a um elemento conjuntural, mas antes estrutural, não subsumível a três, cinco ou sete anos, não havendo receita suficiente para apoiar as despesas desenhadas no quadro atual? Qual a linha exata que permitirá o corte da despesa social sem ferir o âmago das proteções criadas e garantidas no texto constitucional?

O acórdão não parece apresentar uma resposta nesse sentido. Julga-se que tenderá a ser necessário ponderar uma interpretação atualista da Constituição, fundada numa lógica diferenciada do seu contexto económico, financeiro e social. Para tentar encontrar elementos que possam auxiliar na descoberta das direções que o Tribunal Constitucional imprime, dentro de um momento de emergência económica e financeira, procede-se à análise dos dois acórdãos sobre a inconstitucionalidade de medidas contidas nos anteriores Orçamentos de Estado para 2011, 2012 e 2014, procurando-se estabelecer pontos de reforço ao agora encontrado, na tentativa de uma maior consistência nas opções possíveis ao legislador no âmbito do sistema de segurança social.

1.1.1.1.7. Análise comparativa com os restantes acórdãos da crise

Embora os conteúdos nos quatro acórdãos não sejam totalmente coincidentes — tendo-se observado uma lógica de expansão do objeto analisado pelo Tribunal Constitucional em face da

maior presença de normas que provocam redução do rendimento real dos cidadãos"²⁶, ainda assim, da análise dos acórdãos n.º 396/2011, n.º 353/2012 e n.º 423/2014 parecem resultar alguns aspetos que se julga ser de atender, por revelarem a génese e, no caso de 2014, a continuidade da posição defendida pelo Tribunal Constitucional no acórdão de 2013.

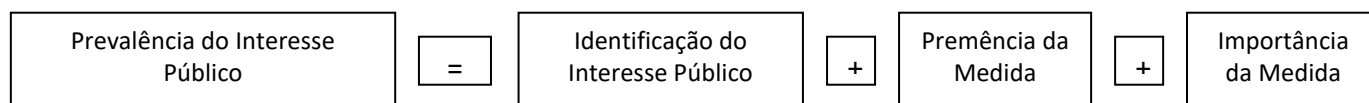
O primeiro aspeto a ser exposto passa pela lógica da excecionalidade e da transitoriedade das medidas que afetam os cidadãos no *quantum* obtido, normas essas sempre fundadas no essencial interesse público. Nos acórdãos, de 2011, 2012 e 2014, é revelada a importância das medidas serem temporárias, não se assumindo como mais do que medidas anualmente contextualizadas. A posição transmitida é a de que não há dúvida dessa sua característica temporária, não sendo de suscitar-se a questão de se estar perante normas-cavaleiro (*cavaliers budgétaires*), dado as normas apresentarem "imediata incidência financeira, já que visam diretamente reduzir o valor das despesas inscritas no orçamento a que respeita." Ou seja, para o Tribunal não parece haver dúvidas que normas que afetem a normal e conquistada posição jurídica do cidadão, pela via da redução do rendimento líquido obtido, têm a si agregadas a chancela da provisoriedade.

Na senda da transitoriedade é apresentada a excecionalidade de tais normas como característica também em presença. Ou seja, para o Tribunal parece ser um dado adquirido que normas que afetem a normal e conquistada posição jurídica do cidadão, pela via da redução do rendimento líquido obtido, são exceção e não regra, tendo de ter a sua justificação no forte interesse público, nestes casos, na necessidade de dar resposta aos compromissos internacionalmente assumidos que têm implicações orçamentais e que, apenas assim, são justificadas. Assim, parece poder ser assumido que a invocação do interesse público é nuclear para garantir a admissibilidade das medidas e iniciar o juízo de compatibilidade constitucional. Porém, do acórdão de 2011 parece poder construir-se uma fórmula sobre como o interesse público poderá ser a justificação sólida para a admissão de uma medida transitória: "o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste importância fulcral e caráter de premência. É de lhe atribuir prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimento." Com base nesta afirmação parece poder avançar-se com a seguinte fórmula base para ser tida em consideração quando se pretender gerar uma norma que, sendo fruto daquilo

²⁶ De normas de redução remuneratória para os funcionários público na LOE 2011, a normas de suspensão pagamento de 13.º e 14.º meses e equiparados, quer para trabalhadores da função pública quer para pensionistas. na LOE 2012, até se chegar a uma análise longa e complexa de várias normas com o efeito de provocar uma redução dos valores à disposição do cidadão, tanto com natureza de redução de despesa como de aumento de receita.

comummente apelidado de interesse público, poderá vir a contrariar algum princípio constitucional:

[Falta a fórmula]



Da fórmula exposta parece resultar que a fundamentação da medida atua como ponto nevrálgico para o Tribunal Constitucional. Julga-se que tenderá a estar ligado ao facto de o Tribunal, para efetuar o juízo da proporcionalidade e da não violação da igualdade e das legítimas expectativas, necessitar de averiguar a relação do impacto e do benefício retirado com as medidas orçamentalmente aprovadas. O raciocínio do Tribunal parece ser o de construir um caminho, caminho esse que se tenta agora sistematizar.

Em primeira linha a criação legislativa terá, necessariamente, de estar ancorada numa lógica de cumprimento e de salvaguarda do interesse público. Porém, não basta a invocação do interesse público, haverá que demonstrá-lo profundamente. E a utilização do vocábulo profundamente deriva do facto de o Tribunal exigir, como visto, não apenas a identificação inequívoca, mas igualmente impor a importância efetiva da medida, no quadro das medidas potenciais e das existentes, por forma a que os resultados sejam atingidos, havendo, então premência na medida em causa. Existindo interesse público identificado de forma inequívoca, sendo visível a sua importância e a sua premência a tendência será para admitir a prevalência. No acórdão de 2011, a justificação fornecida, mais simples, parecia bastar ao Tribunal. Contudo, nos anos seguintes, esse raciocínio não funcionou em pleno. Tal adveio do facto de, como será analisado em seguida, se verificar que a prevalência deixou de ser clara e inequívoca em face da potencial existência de medidas alternativas, segundo o ponto de vista do Tribunal. As exigências descritas, reveladas na fundamentação da medida, parecem cumprir o desígnio de exigir ao legislador que pondere as várias medidas possíveis e que, de forma profunda e refletida, não siga o caminho mais simples, mas antes o mais necessário e o mais completo, de entre os existentes. Ou seja, parece que as exigências no âmbito do interesse público serão uma forma de pedir o enimesmamento do legislador orçamental que, tentando objetivar a sua visão, escolhe certa medida com efeitos negativos no *quantum* dos rendimentos dos cidadãos, por ser efetivamente aquela que, numa análise custo/benefício económico e jurídico, é a que efetivamente tem de ser. E, por isso, nos acórdãos posteriores parece decorrer que o Tribunal

Constitucional, depois de garantir que o legislador apresenta uma fundamentação efetivamente trabalhada e revelada, demonstrando o real interesse público em causa, agudiza o grau de exigência, confrontando aquilo que está fundamentado no interesse público com as exigências dos três princípios que parecem surgir, ao longo dos três acórdãos, como sendo princípios norteadores do Estado Social de Direito: a igualdade, a proporcionalidade e a proteção da confiança.

O segundo aspeto a ser sublinhado parece ser o problema da plurianualidade das medidas e das suas potenciais alternativas. Nos dois anteriores acórdãos de 2011 e 2012, o Tribunal admite o tendencial prolongamento de medidas de sentido idêntico por mais do que um ano, dado o PAEF ser um compromisso plurianual com implicações financeiras ao longo de mais do que um período orçamental. Com base nessa premissa, o acórdão de 2011 afirma que tal plurianualidade terá impacto nas expectativas dos cidadãos, parecendo dar a entender que a repetição de medidas com idêntico sentido tenderão a ser expectáveis. "Neste contexto, pode dizer-se que as medidas de diminuição da despesa pública inscritas no Orçamento de 2011 mais não representam do que uma parcela, uma fase, de um programa cuja realização integral se estende por um horizonte temporal mais alargado. [...] Apenas leva a dar como praticamente certa, porque necessária para o cumprimento das vinculações assumidas, a repetição de medidas de idêntico sentido, para vigorar nos anos correspondentes aos da execução do programa que as justifica e em que se integram [...]." Porém, o facto de se admitir a plurianualidade, na senda do que faz o acórdão de 2013, não significou que, das vezes anteriores, o Tribunal aceitasse a ação ilimitada com esse fundamento. Em 2012, talvez de forma mais premente do que em 2011, o princípio da igualdade é apresentado como limite intrínseco a este tipo de medidas. "Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e ou aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada." "A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir." Tal fará afirmar que o Tribunal exige medidas que promovam verdadeiramente uma repartição do sacrifício exigido, sendo essa uma das chaves para

transpor o crivo da conformidade constitucional. Porém, nesta avaliação, como reforçado pela construção dos acórdãos de 2011, 2012 e 2014, é fundamental que as medidas em causa sejam verdadeiramente indispensáveis, parecendo o Tribunal provar tal indispensabilidade pela inexistência de hipótese alternativa. Ou seja, o Tribunal Constitucional parece exigir que a medida excecional e transitória seja aquela que menos onera o cidadão. Se a medida em causa onerar mais do que outras medidas em perspectiva, como potenciais alternativas, então a análise constitucional tenderá a ser de desconformidade com a Lei Fundamental.

De notar que os acórdãos indicam que, tal como focado em 2013, no caso de haver repetição da medida no ano orçamental seguinte, o Tribunal tenderá a ver tal como não enquadrável na sua imprescindibilidade. Mais ainda, quando está em causa o princípio da igualdade, já anteriormente focado como limite claro à excecionalidade. Tal possível conclusão advém das afirmações do Tribunal quanto ao maior grau de exigência para com o legislador na construção das medidas excecionais. A lógica parece ser a de que se se está perante outro ano orçamental, então já tenderá a ter havido tempo para se perspetivar a construção de medidas alternativas às que promovem um impacto profundo na equidade.²⁷ Ou seja, a margem de livre decisão política tende a ficar, de alguma maneira, limitada pela exigência constitucional.

Além da inexistência de medida alternativa, parece surgir como extremamente relevante para o Tribunal Constitucional a análise de medidas cruzadas. No acórdão de 2013 esse foi o argumento chave para apontar a inconstitucionalidade da suspensão dos subsídios para os funcionários públicos e para os pensionistas. Ou seja, porque esses cidadãos, além dos cortes remuneratórios, também estavam sujeitos ao aumento geral da carga fiscal, uma outra medida suplementar que afetasse a sua esfera jurídica remuneratória não seria admissível. O mesmo raciocínio está já presente nos acórdãos anteriores. O Tribunal procura sempre proceder a uma análise global e integrada das medidas orçamentais e legais, por forma a compreender qual o efeito cumulativo e continuado dos sacrifícios exigidos, parecendo daí decorrer uma lógica de impossibilidade por desconformidade constitucional.

A referência à importância de garantir que qualquer medida excecional não promova um ataque ao mínimo de subsistência parece igualmente surgir já, no acórdão de 2011, ainda que de modo tímido, resultando de um potencial raciocínio *a contrario*, "... não se pode dizer, uma vez garantido um mínimo, que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da

²⁷ Neste caso referia-se à redução das remunerações pela via da suspensão do 13.º e 14.º meses.

pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, sendo esses critérios materiais para determinar quando estamos perante um direito subjetivo que se possa considerar fundamental apesar de não estar consagrado na Constituição e sim apenas na lei ordinária." [...] "Não estando em causa a afetação do direito a um mínimo salarial, uma vez que a redução remuneratória apenas abrange retribuições superiores a 1500€, valor muito superior ao salário mínimo nacional, a irredutibilidade apenas poderá resultar do respeito pelo princípio da proteção da confiança e porventura, ainda, do princípio da igualdade." Daqui parece enfatizar-se a lógica, já detetada no acórdão de 2013, de que a diminuição de um *quantum* a receber depende da garantia do direito a um mínimo salarial, parecendo estar tal situação enraizada na separação entre o direito a e o *quantum* correspondente a esse direito que não está constitucionalmente consagrado.

Ainda com relevância coloca-se a questão de saber se haverá alguma tendência demonstrada pelo Tribunal Constitucional na opção por medidas que atuem orçamentalmente na receita ou na despesa. Do acórdão de 2011 parece resultar a admissão de maior margem de livre opção do decisor político legitimado democraticamente. "As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular. " Inclusive, neste mesmo acórdão, o de 2011, é afirmado que não compete ao Tribunal Constitucional optar entre medidas ancoradas na despesa ou na receita, sendo competência do Tribunal apenas ajuizar da arbitrariedade das decisões. "É sabido que a atuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a seleção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objeto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa,

em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objetivo a atingir, e um mínimo de lesão para outros interesses relevantes. Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade deste ponto de vista das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos." Também o mesmo acórdão, o de 2011, termina a sua fundamentação destacando a existência de posições diferentes entre quem recebe por via de verbas públicas e quem recebe por verbas privadas. "Quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual. "

Porém, em 2012, o acórdão demonstra ter o Tribunal procedido a uma decisão baseada numa redução da margem de livre opção do decisor político legitimado democraticamente. "É inegável que no atual contexto uma medida deste tipo tem, desde logo, uma razão justificativa que é a sua eficácia nos resultados a curto prazo, ao nível da redução do défice público, sendo certo que, de momento, na situação em que o País se encontra e tendo em conta os compromissos internacionais assumidos, essa redução do défice se apresenta como um objetivo prioritário de política económica e financeira. Ora, não oferece dúvidas que tal medida, efetivamente, permite uma redução segura e imediata de despesas fixas com pensões e remunerações do setor público que possibilitam uma poupança certa e garantida para os cofres do Estado, embora também não possa ser ignorado que ela igualmente determina automaticamente uma diminuição da receita do IRS e das contribuições para a Segurança Social e tem efeitos recessivos no consumo interno, com a consequente diminuição generalizadas receitas públicas." "Subsiste, pois, como razão justificativa para o tratamento diferenciado dos que auferem remunerações e pensões do Orçamento do Estado apenas a eficácia das medidas adotadas na obtenção de um resultado de inegável e relevante interesse público." Este percurso de redução da margem de livre opção do decisor político legitimado democraticamente fica ainda mais enfatizado em 2013, como se analisou acima. Recordando apenas os elementos chave, no acórdão de 2013, o Tribunal Constitucional, a este propósito, produziu discussão sobre a natureza das medidas em causa – receita ou despesa – e parece ter tomado partido quanto às opções de política económica que deveriam ter ocorrido com a LOE 2013. "Quando uma redução dos salários do setor público, a pretexto da exceção da situação económica, devia ser acompanhada de soluções alternativas de redução da despesa pública, não serve hoje de justificação para a supressão de um dos subsídios que integram a

retribuição dos trabalhadores da Administração Pública, a par da diminuição da remuneração mensal, que essa seja ainda a medida que apresenta efeitos seguros e imediatos na redução do défice e a única opção – como se afirma no Relatório do OE para 2013 – para garantir a prossecução do objetivo traçado. [...], o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta, e exige ao legislador um ónus de fundamentação em termos de valores previsíveis para diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa." "A imposição de sacrifícios mais intensos aos trabalhadores que exercem funções públicas não pode ser justificada por fatores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego, que terão de ser solucionados por medidas de política económica e financeira de carácter geral e não por via de uma maior penalização dos trabalhadores que, no plano da empregabilidade, não suportam, ou não suportam em idêntico grau, os efeitos recessivos da conjuntura económica. "

Para terminar a análise comparativa entre os quatro acórdãos, acentuando a lógica da não uniformidade da posição dos Juízes e aquilo que foi surgindo nos acórdãos do Tribunal Constitucional, sobretudo no de 2013, atenda-se ao presente em algumas declarações de voto do acórdão de 2012:

- Na declaração de voto do Juiz Carlos Pamplona de Oliveira, a propósito do artigo 63.º, n.º 4 da CRP, afirma o citado Juiz que este preceito constitucional proíbe que o montante das pensões já fixadas seja reduzido, por tal representar uma restrição a um direito constitucionalmente garantido, admitindo apenas uma suspensão em período limitado e de emergência nacional. Recorde-se a este propósito que o acórdão de 2013 apresenta o direito à segurança social (artigo 63.º da CRP), como um direito a proteção e não um direito a uma quantia específica.
- Já na senda do acórdão de 2013, a Juíza Maria Lúcia Amaral, na sua declaração de voto também ao acórdão de 2012, afirma que nenhuma Constituição pode garantir um *quantum* nem pode garantir que exista sempre um *crescendum* das quantias nem pode garantir que o valor recebido não diminua. Precisamente por se estar perante um direito que depende de um tempo histórico e de circunstâncias próprias. A mesma Juíza, na sua declaração de voto, a propósito da limitação dos direitos sociais, em nome do interesse público, quando haja uma situação de emergência financeira,

refere a importância do princípio de *salus publica*, associado à necessidade de garantir o catálogo de direitos constitucionais, reconhecendo que essa manutenção parece depender de equilíbrios contextualizados; recorda a importância da justiça intergeracional; e enfatiza o mandato constitucional para com a integração europeia. Por tal, em sequência, defende que soluções legislativas só podem ser invalidadas com base na igualdade, na proporcionalidade e na proteção da confiança, sendo o seu apuramento complexo por implicar o conhecimento da existência de outras medidas legislativas, com idêntico grau de eficácia, servindo o mesmo interesse público, e sendo mais benignas e mais conformes com as expectativas.

Aquilo que parece resultar como relevante deste último aspeto parece ser que, quando as medidas legislativas orçamentais afetam direitos sociais, se deve atender a que a concretização destes direitos depende da existência de riqueza pública e de disponibilidade financeira para garantir a sua total concretização. Tal será de salientar, dado que não estão, nem poderiam estar, em causa medidas orçamentais que afetam direitos cívicos, por esses não dependerem da existência de riqueza, mas antes e apenas, da existência de uma sociedade democrática e legítima.

Numa síntese: interesse público face a emergência económica e financeira, como contexto; necessidade, premência clara e inequívoca, adequação e justa medida/não excesso, sem alternativa, excecionalidade, transitoriedade, quanto ao carácter das medidas restritivas; não violação do princípio da igualdade, não violação do princípio da confiança, quanto ao resultado dessas medidas, eis o que, nomeadamente, se pode retirar da jurisprudência analisada como lição para o legislador orçamental, tendo ainda de ser tida em atenção a não possibilidade de substituir reformas estruturais por medidas avulsas, mesmo que sucessivas.

PONTO 3 – Haverá um quadro legal orçamental óptimo?

A OCDE (2004, pp. 132 e 136)²⁸ defende, de entre dez princípios fundamentais, que três princípios devem ser constitucionalizados no domínio da sanidade das contas públicas: o princípio da autoridade, o da universalidade e o do controlo e responsabilização. Contudo, alerta para a linha que separa as regras constitucionais das regras legais para implementação

²⁸ OCDE, *The legal framework for budget systems. An international comparison*. OECD Journal on Budgeting. Special Issue, volume 4, n.º 3, 2004.

dos princípios referidos, uma vez que os processos de alteração constitucional tendem a ser complexos e morosos. E se olharmos para a lista completa dos dez princípios invocados – princípios da autoridade, da base anual, da universalidade, da unidade, da especificação, do equilíbrio orçamental, da responsabilização, da transparência, da estabilidade e da *performance* (eficácia e eficiência) – todos eles estão presentes na LEO portuguesa. Assim, não podemos dizer que o quadro legal português peque por ausência de princípios estruturantes para boas finanças públicas, sendo que a actual LEO desenvolve todos os princípios no seu articulado, tanto na fase de preparação como na fase de execução e na fase de controlo orçamental. Então o que não resulta? Em face do exposto, o domínio do poder político sobre o técnico, pode ser a explicação. As opções políticas, numa lógica de longo prazo, não foram construídas, potenciando a captura do processo orçamental pelos ciclos eleitorais.

No seio da União Europeia não se encontra uma reflexão específica sobre o quadro legal óptimo para o processo orçamental. Todavia, reflexões podem ser efetuadas, tendo por base algumas orientações sobre as técnicas legislativas e procedimentais no âmbito da legislação produzida pelas instituições da União Europeia.

A primeira referência possível passa por atender ao Acordo Interinstitucional sobre legislar melhor, de 2016, acordo este que defende ser a avaliação de impacto, a consulta pública e às partes interessadas, bem como a avaliação *a posteriori* da legislação em vigor como os instrumentos essenciais para melhor legislar. No seguimento, a técnica da *Better Regulation/Smart Regulation* pode igualmente ser invocada. Esta “significa desenhar as políticas e as leis europeias de modo a alcançar os seus objectivos com o mínimo custo. [...] É uma forma de trabalhar para garantir que as decisões políticas são preparadas de uma forma aberta, transparente e informada pelas melhores evidências disponíveis e suportadas pelo envolvimento intenso dos interessados.”²⁹

²⁹ http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap1_en.htm



Esquema 1 - Processo de decisão política e construção legislativa no seio da UE (Better Regulation).
Esquema da UE disponível em http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap1_en.htm

Estas orientações podem ser igualmente ponderadas no domínio interno, sobretudo se as ligarmos à Directiva 2011/85/UE do Conselho, de 8 de novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros. Neste ato normativo estabelecem-se, para o quadro orçamental, um conjunto de orientações que devem ser construídas na legislação nacional. Trata-se da contabilidade pública e da sua esfera alargada de modo a abranger toda a Administração Pública, e da importância dos dados estatísticos para a comparabilidade e para a formulação de previsões macroeconómicas e orçamentais realistas. A este último propósito, preceitua-se mesmo, no artigo 4.º, n.º 1 que “o planeamento orçamental deve basear-se no cenário macro-orçamental mais provável ou num cenário mais prudente.” Determina-se, ainda, no artigo 5.º, dever o quadro normativo nacional conter “as regras orçamentais numéricas específicas, que promovam eficazmente o cumprimento das obrigações no domínio da política orçamental previstas no TFUE num contexto plurianual [...]” Por tal, ganha tanta importância a construção dos quadros orçamentais a médio prazo como a transparência na divulgação e na gestão das Finanças Públicas. Porém, à semelhança do que se encontra na nossa LEO, estabelece-se no artigo 11.º que “nenhuma disposição da presente diretiva afeta a possibilidade de um novo governo de um Estado-Membro de atualizar o seu quadro orçamental a médio prazo, de modo a refletir as suas novas prioridades políticas.” Transforma-se, assim, o médio prazo em períodos não superiores a quatro anos.

A doutrina (Lienert e Fainboim: 2010, pp. 2)³⁰ também se envolveu na resposta à pergunta qual o conteúdo do quadro legal orçamental. É defendido que uma lei de enquadramento orçamental deve propiciar a concretização de cinco objetivos para existir um bom quadro orçamental: (i) atingir estabilidade macro-orçamental no curto prazo e sustentabilidade

³⁰ Ian Lienert e Israel Fainboim, *Reforming Budget Systems Laws*, IMF, Technical Notes and Manuals, 2010.

orçamental no médio prazo, (ii) promover a distribuição de recursos orçamentais, (iii) melhorar a eficiência da despesa, (iv) assegurar que o dinheiro é gerido de forma óptima, (v) aperfeiçoar a qualidade da informação orçamental apresentada ao parlamento e ao público.

PONTO 4 – Conceito de *accountability*

A ideia de *accountability* é aquela que subjaz à necessidade de controlar, podendo este controlo ter uma abordagem mais ou menos lata. Se optarmos pela mais lata, estaremos a falar num âmbito mais vasto e extenso, cabendo aqui a verificação da atividade pública financeira como um todo e não restringida ao orçamento, ou seja, uma avaliação da prática dos atos de gestão pública. No sentido mais restrito, a fiscalização consiste na verificação da legalidade e regularidade das receitas arrecadadas e das despesas efetuadas, apreciando a adequação da atividade financeira pública na obtenção das receitas e realização das despesas.

A *accountability* é um conceito de crescente presença na esfera democrática, exigido como meio para alcançar a necessária transparência. As sociedades democráticas contemporâneas exigem este *prestar de contas* por parte das instituições públicas que gerem o dinheiro público, tanto como forma de dar resposta à crescente pressão que a sociedade civil exerce sobre o poder executivo, no que ora nos importa, como é igualmente um meio de relegitimação do poder público³¹ que, em nome da transparência, procura alcançar os cidadãos, tentando, supostamente, restringir os seus espaços de opacidade, como forma de “reganhar” a confiança e permitir a ação política mais intensa e profunda.³² Como Daza afirma, “uma gestão pública sem controlo nem prestação de contas reproduz uma brecha entre o Estado e a cidadania e deforma o sentido do público que passa de transparente e visível a obscuro e oculto.”³³ Contudo, a *accountability* apresenta ainda impacto noutros aspetos. Como Bovens³⁴ apresenta, esta também pode produzir uma catarse nos procedimentos públicos, purgando os comportamentos opacos e indevidos, exigência quer popular como institucional, com impacto, especificamente quanto ao papel que os órgãos externos de controlo têm na deteção de abusos de poder e corrupção, bem como na sua prevenção. A

³¹ Marc Bovens, *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism*, West European Politics, Vol. 33, No. 5, September 2010, página 954.

³² Javier Duque Daza, *Accountability y gestión pública el papel del control y la rendición de cuentas en la gestión de lo público*, Revista Ciencias Estatégicas, Vol. 22, n.º 30, dezembro 2013, página 240.

³³ Javier Duque Daza, *Accountability y gestión pública el papel del control y la rendición de cuentas en la gestión de lo público*, Revista Ciencias Estatégicas, Vol. 22, n.º 30, dezembro 2013, tradução livre.

³⁴ Marc Bovens, *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism*, West European Politics, Vol. 33, No. 5, September 2010, páginas 954 a 956.

accountability produz ainda espaço de reflexão e aprendizagem, fruto do seu processo, podendo propiciar, assim, aos organismos públicos maior cuidado, no que aqui importa, na gestão do dinheiro público.

De acordo com o mesmo autor, *accountability* pode ser encarada de duas perspectivas: ou como elemento de virtuosismo na ação pública, assumindo uma perspectiva normativa de *dever ser* da ação do agente público, ou, de modo mais ativo, como mecanismo de responsabilização daquele que age para lá das regras estabelecidas, devendo responder pela sua ação inadequada.³⁵ Como defende Schedler,³⁶ o conceito de *accountability* é um conceito bi-dimensional, abrangendo a dimensão *responder por* (*answerability*) e a dimensão da execução/sanção (*enforcement*). No primeiro caso, há a possibilidade de exigir ao poder público que informe, oferecendo os factos, tal como há possibilidade de exigir explicação das suas decisões, requerendo o argumentário do poder público. No segundo caso, perante a ação pública, caso o resultado seja negativo, deverá haver responsabilização dos seus autores, como consequência da necessidade de tornar os mecanismos de controlo efetivos. Esta dupla abordagem cabe na conceptualização contemporânea do neoinstitucionalismo sobre as condições necessárias para as regras e as instituições que as aplicam serem efetivas. No limite, neste domínio, a existência de regras punitivas, derivadas de resultados indevidos julgados pelo controlo, surgem como incentivo a não contrariar as regras e a cumprir decisões que seja adequadas para o equilíbrio financeiro.³⁷ Tal é aplicado ao processo orçamental, quer na sua fase de decisão como na sua fase de execução e pós-execução, ou seja, implica um conceito complexo de prestação de contas que abrange os momentos *ex ante* e os momentos *ex post*.

Vários são os tipos de *accountability* na sociedade contemporânea, podendo tais ser representados pelo seguinte esquema:

³⁵ Marc Bovens, *Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism*, West European Politics, Vol. 33, No. 5, September 2010, páginas 946 a 967.

³⁶ Andreas Schedler, Conceptualizing Accountability In *The self-restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, edited by Andreas Schedler, Larry Diamond, and Marc E Plattner., Lynne Rienner Publishers, Inc 1999, páginas 14 a 16.

³⁷ Andreas Schedler, Conceptualizing Accountability In *The self-restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, edited by Andreas Schedler, Larry Diamond, and Marc E Plattner., Lynne Rienner Publishers, Inc 1999, página 16.

Tabla 3. *Diferentes tipos de accountability*

	Accountability	¿Qué se controla?		
		Actores	Burócratas	Políticos
ACCOUNTABILITY HORIZONTAL	Agencias de balance	Poder Ejecutivo	-Veto al Congreso	-Fijación de políticas -Regulación -Control administrativo -Nominación y remoción de personal
		Poder legislativo	-Impeachment -Comisiones Investigadoras -Veto parlamentario	-Fijación de política -Regulación -Control administrativo -Nominación y remoción de personal
		Poder Judicial	-Revisión judicial	-Revisión judicial
	Agencias asignadas	Agencias de control: -tribunal de cuentas -Ombudsman -Contralorías	-Control de legalidad -Atribuciones de investigación.	-Control de legalidad -Atribuciones de investigación
ACCOUNTABILITY VERTICAL	Sociales	Medios	-Investigación y denuncia pública	-Investigación y denuncia pública -Movilización social y denuncia pública
		Asociaciones cívicas y sociedad civil	-Movilización social y denuncia pública -Denuncias en agencias de control -Litigación ordinaria	-Denuncias en agencias de control -Litigación ordinaria
	Electorales	Ciudadanos individuales	-Voto	

Fuente: Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz (2002)

Esquema 2 - in Javier Duque Daza, *Accountability y gestión pública el papel del control y la rendición de cuentas en la gestión de lo público*, pág. 234

O tipo que importa mais neste momento é a *accountability* interinstitucional. Em Portugal, como se verá adiante, se o controlo político orçamental decorre através da atividade da Assembleia da República, para tal orientada, já o controlo legal é efetuado, de forma desenvolvida, pelo Tribunal de Contas. No esquema agora apresentado constituirá o controlo do Tribunal de Contas uma forma de prestação de contas horizontal, ou seja, interinstitucional, independente e especificamente criada para tal efeito, contendo poderes de sanção. Incorporando igualmente a via horizontal, o controlo efetuado pela Assembleia da República surge em paralelo, mas num domínio de mera responsabilidade política apenas com consequência na reputabilidade resultante do debate na arena parlamentar.

Em nome do princípio democrático é fundamental que as práticas orçamentais sejam transparentes e sejam sindicáveis, quer do ponto de vista político quer do ponto de vista legal. A transparência orçamental é um conceito relevante neste âmbito, surgindo como consequência da *accountability* na dimensão *responder por*. Porém, a transparência não se limita à relação com a prestação de contas, podendo surgir desvinculada desta, como aponta

Fox³⁸ e Ball³⁹. Todavia, aquilo que interessa ao nível do processo orçamental é a relação intrínseca entre os dois conceitos e a forma como de um se alcança o outro. Assume-se a transparência como elemento relacional e complementar da prestação de contas, e não como elemento gêmeo nem elemento em tensão com essa.⁴⁰ Enaltece-se a transparência numa tripla dimensão: como valor público assumido pela sociedade de modo a combater a corrupção, como exigência de processo aberto de decisão governamental e, finalmente, como ferramenta complexa de boa governança quanto aos programas, políticas e organizações. É sobretudo nesta última vertente que a relação com a *accountability* se manifesta de modo mais profundo e intenso, sufragando igualmente os princípios da efetividade e da eficiência.⁴¹

Estas afirmações podem ser apresentadas esquematicamente da seguinte forma:

Table 2: Unpacking the relationship between transparency and accountability

Transparency		Accountability	
Opaque	Clear	Soft	Hard
Dissemination and access to information			
	Institutional 'answerability'		
			Sanctions, compensation and/or remediation

Esquema 5 - Jonathan Fox, *The uncertain relationship between transparency and accountability*, pág. 669

Sem a informação clara, apreensível e simplificada (mas não simplista), o verdadeiro controlo não pode ocorrer. E mais do que o controlo social, que é limitado nos seus efeitos, ocorrendo no momento do voto e na forma como é olhada a reputação dos decisores políticos, a transparência é nuclear para institucionalmente se proceder à monitorização e fiscalização e, assim, poder chegar a conclusões sobre se houve adequada utilização dos meios financeiros públicos. Por tal se compreende que as organizações internacionais persistentemente procedam a recomendações sobre essa matéria.

³⁸ Jonathan Fox, *The uncertain relationship between transparency and accountability*, Development in Practice, Volume 17, Numbers 4–5, August 2007, páginas 663 a 671.

³⁹ Carolyn Ball, *What Is Transparency?*, Public Integrity, 11:4, 2009, páginas 293 a 308.

⁴⁰ Expressões utilizadas na análise de Christopher Hood, *Accountability and Transparency: Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple?*, West European Politics, Vol. 33, No. 5, September 2010, páginas 989 a 1009.

⁴¹ Carolyn Ball, *What Is Transparency?*, Public Integrity, 11:4, 2009, páginas 293 a 308.