

JUSTIÇA ENTRE GERAÇÕES

Perspetivas interdisciplinares

COORDENADORES

Jorge Pereira da Silva | Gonçalo de Almeida Ribeiro



JUSTIÇA
ENTRE
GERAÇÕES

Título Justiça entre Gerações
Perspetivas Interdisciplinares
Coodenadores Jorge Pereira da Silva
Gonçalo de Almeida Ribeiro
Coleção Investigação

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial António Brás
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Conceção gráfica Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal 432262/17
Data outubro 2017
Tiragem 500 exemplares

ISBN 9789725405710

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



JUSTIÇA ENTRE GERAÇÕES

Justiça entre gerações : perspetivas interdisciplinares / coord. [de]
Jorge Pereira da Silva e Gonçalo de Almeida Ribeiro. – Lisboa
: Universidade Católica Editora, 2017. – 564 p. ; 23 cm. –
(Investigação).

– ISBN 9789725405710

I – SILVA, Jorge Pereira da, coord. II – RIBEIRO, Gonçalo de
Almeida, coord. III – Col.

CDU 342.7

JUSTIÇA ENTRE GERAÇÕES

Perspetivas interdisciplinares

COORDENADORES

Jorge Pereira da Silva | Gonçalo de Almeida Ribeiro

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2017

Índice

- 7 PEDRO PITA BARROS
Prefácio
- 9 JORGE PEREIRA DA SILVA | GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO
Introdução

I. Fundamentos Jurídico-Filosóficos da Justiça Intergeracional

- 19 ELSA VAZ DE SEQUEIRA
Direitos sem sujeito?
- 41 ANDRÉ SANTOS CAMPOS
Teorias da Justiça Intergeracional
- 70 MIGUEL MORGADO
A Comunidade Política e o Futuro

II. Teoria Constitucional

- 93 JORGE PEREIRA DA SILVA
Justiça Intergeracional:
Entre a Política e o Direito Constitucional
- 138 GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO
O Problema da Tutela Constitucional das Gerações Futuras
- 161 MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
Democracia e Revisão Constitucional
- 187 CATARINA SANTOS BOTELHO
A Tutela Constitucional das Gerações Futuras:
Profilaxia Jurídica ou Saudades do Futuro?

III. Políticas Públicas

- 221 J. ALBANO SANTOS
A Dívida Pública como Problema Intergeracional
- 261 MARIA D'OLIVEIRA MARTINS
Ensaio sobre a Solidariedade Intergeracional e sua Incidência na Despesa Pública
- 290 BRUNO PINTO
Breves Noções de Sustentabilidade Ecológica
- 323 CARLA AMADO GOMES
Precaução e Proteção do Ambiente: Da Incerteza à Condicionalidade
- 352 NAZARÉ COSTA CABRAL
A Sustentabilidade da Segurança Social
- 397 GONÇALO SARAIVA MATIAS
Demografia, Migrações e Sustentabilidade Intergeracional
- 420 ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO
Justiça Intergeracional e Mercado de Trabalho:
Apontamentos para uma Aproximação Juslaboral

IV. Política Empresarial

- 469 EVARISTO MENDES
Governança Societária e Justiça Intergeracional

Prefácio

PEDRO PITA BARROS

A Fundação Francisco Manuel dos Santos tem como um dos seus princípios fundacionais contribuir para uma sociedade mais informada. E por ser mais informada, uma sociedade mais livre e melhores políticas públicas.

Numa sociedade envelhecida, e crescentemente envelhecida, com um crescimento económico anémico, a distribuição de recursos entre gerações assume igualmente uma maior visibilidade.

As políticas públicas e o próprio enquadramento constitucional afetam essa distribuição de recursos, seja entre diferentes gerações num mesmo momento do tempo ou entre gerações presentes e gerações futuras.

O primeiro tipo de problemas de distribuição de recursos surge, por exemplo, com sistemas de pensões mais generosos em regime de repartição, onde as pensões de hoje são pagas por contribuições ou pensões dos atuais trabalhadores.

O segundo tipo de problemas de distribuição de recursos está presente quando se utilizam recursos hoje que deixam de estar disponíveis para as gerações futuras.

Em ambas as situações se colocam questões de direitos e deveres, questões de quadros legais que reflitam os valores da sociedade quanto a estas relações entre gerações.

Os textos constantes deste volume trazem alguma ordem à discussão, nalguns pontos, e uma saudável desordem noutras, obrigando a uma reflexão que se pretende útil. São apresentadas posições e colocados dilemas para a definição da ordem constitucional, começando pelos fundamentos do que possam ser noções de justiça intergeracional e passando pelas suas implicações para o quadro mais geral (constitucional). Por exemplo, existe um sujeito futuro (geração vindoura) que possa e deva ser considerado com direitos no momento presente? E quem deve intervir na definição desse quadro? Como é que a sociedade pode conhecer os seus valores e refletir no seu quadro global de direitos e obrigações?

Há posteriormente a visita a diversas políticas públicas com fortes implicações na distribuição de recursos entre gerações – a dívida e a

despesa pública, a dimensão ambiental, a dimensão de um mercado de trabalho em mutação e a dimensão da proteção em idade avançada, a segurança social e as pensões.

Não são discussões que encerram os temas. São antes discussões que iniciam um percurso de debate que deverá interessar a todos os cidadãos, qualquer que seja a geração a que pertençam.

Lisboa, 17 de julho de 2017

Introdução

JORGE PEREIRA DA SILVA | GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO

Há inúmeras ações ou omissões presentes que se repercutem no futuro: consumo de recursos não renováveis, investimento de retorno a muito longo prazo, inovação que provoca efeitos tendencialmente irreversíveis na sociedade, antecipação de ganhos futuros, entre muitos outros. Esta dependência das gerações futuras em relação às escolhas e comportamentos da geração presente intensificou-se desde meados do século XX, em virtude de desenvolvimentos sem precedentes nos domínios tecnológico, demográfico e social. A questão que estes factos suscitam é a de saber se as gerações presentes têm agido com justiça ou cumprido as suas obrigações em relação às gerações futuras.

Esta questão é particularmente relevante na sociedade portuguesa contemporânea, confrontada com graves problemas demográficos e económicos, em cujo espaço público tem vindo a ser gradualmente introduzido, em especial nos últimos anos, o debate sobre a equidade intergeracional e a sustentabilidade social. Todavia, tal debate não repousa no lastro de informação rigorosa e reflexão crítica adequado à complexidade da matéria. Ora, a cidadania democrática não se esgota no exercício periódico do direito de voto ou no gozo passivo de informação e de opiniões oficiais ou prestigiadas. Ela pressupõe a possibilidade e disponibilidade dos cidadãos para participarem na formação da opinião pública e exercerem uma vigilância livre, exigente e responsável sobre o comportamento das autoridades. Esta obra coletiva é um pequeno contributo para mitigar a escassez de recursos intelectuais para se fazer o debate público neste domínio, com vista, não apenas a melhorar a qualidade das políticas, mas sobretudo a promover a consciência cívica da sua natureza e relevância.

A obra está dividida em quatro partes: fundamentos filosóficos, teoria constitucional, políticas públicas e empresariais. Os autores são distintos cultores de várias disciplinas relacionadas com as temáticas em causa, da filosofia política à história ambiental, passando pela economia e finanças, mas sem prejuízo da prevalência de contributos assegurados por juristas

de diferentes áreas, dada a formação académica dos coordenadores e a vocação da unidade de investigação de que são membros

*

Um dos argumentos mais utilizados para negar a possibilidade de direitos das gerações vindouras, e dessa forma recusar a eventual responsabilidade da geração presente relativamente às gerações futuras, é o da inexistência dos respetivos sujeitos. Segundo este raciocínio, a falta do sujeito impede a constituição do direito e a inexistência deste determina a ausência de um correlativo dever de respeito. No primeiro capítulo deste volume, ELSA VAZ DE SEQUEIRA procura determinar, por um lado, se efetivamente não podem existir direitos sem sujeito e, por outro, se não é possível haver um dever genérico de respeito ainda que não se tenha constituído qualquer correlativo direito subjetivo concreto.

Embora a justiça seja assunto explorado pela filosofia desde os seus primórdios, apenas recentemente o problema do prolongamento temporal do valor por várias gerações foi reconhecido como merecedor de maior atenção. Nascida das discussões sobre as exigências de estabilidade dos constitucionalismos modernos e sobre os ditames da economia pública quanto à extensão da dívida contraída, a temática da justiça intergeracional acabou por desenvolver-se como resposta a desafios históricos emergentes, para os quais as tradicionais teorias da justiça não encontraram soluções adequadas. Com o alargamento do alcance da ação humana ao ponto da entrada numa era do antropoceno, cujas consequências mais significativas se repercutirão em gerações ainda não nascidas, a reflexão sobre a justiça nas relações entre diferentes gerações reveste-se da maior importância teórica e prática. No seu texto, ANDRÉ SANTOS CAMPOS procura delinear um breve panorama das teorias da justiça intergeracional que se foram desenvolvendo nas últimas décadas. Numa primeira parte, delimita o que se deva entender por teorias da justiça intergeracional. Numa segunda parte, identifica e articula as características específicas destas teorias. Por fim, procura resumir o que defendem algumas das principais teorias da justiça intergeracional, dando particular atenção à teoria da reciprocidade indireta, ao utilitarismo intergeracional e às diversas concepções de igualitarismo, nomeadamente o comunitarista, o libertarista e o de inspiração rawlsiana.

A temporalidade é constitutiva de qualquer comunidade política. Na medida em que ela se determina por um «projeto», há uma relação da comunidade política com o futuro que é decisiva, quer para a sua

autointerpretação quer para as possibilidades que se abrem e fecham à coletividade e aos membros que a compõem. No apogeu da modernidade, essa discussão ficou resumida à questão do «progresso», o que se veio a revelar redutor. Importa, pois, tentar perceber como o futuro é estruturante do passado e do presente da comunidade política, e, do ponto de vista prático, como pode a comunidade política preparar-se para esse futuro. Esse é o tema do capítulo de MIGUEL MORGADO nesta obra.

São diversas as políticas públicas que, nos tempos mais recentes, têm surgido no espaço mediático sob o escrutínio de uma ideia de justiça entre gerações. Endividamento público, parcerias público-privadas, segurança social, mercado de trabalho, ambiente e energia são apenas algumas das áreas temáticas a respeito das quais se receia que as gerações futuras – abrangendo nesta noção tanto as gerações que ainda não existem, quanto as que ainda não acederam a certo direito, como inclusivamente as gerações mais jovens – não terão as mesmas oportunidades das suas antecessoras. É naturalmente sobre a Constituição, enquanto texto normativo destinado a impedir o abuso do poder e a garantir os direitos fundamentais, que recai a expectativa de limitar a possibilidade de as gerações presentes transferirem para o futuro alguns dos encargos decorrentes das políticas que desenvolvem hoje no seu interesse, reduzindo a autonomia das gerações futuras para tomarem as suas próprias opções e o próprio acervo de direitos que poderão exercer. No capítulo da sua autoria, JORGE PEREIRA DA SILVA argumenta que, independentemente dos afloramentos concretos do princípio da justiça entre gerações nos textos constitucionais, os direitos fundamentais que integram a essência do constitucionalismo moderno parecem incorporar uma dimensão intergeracional *a se*: subjetivamente, eles fluem de forma contínua entre gerações, sem ruturas ou descontinuidades; mas numa perspetiva objetiva eles coexistem no tempo, em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, limitando o seu alcance e o seu exercício.

A proteção constitucional das gerações futuras é geralmente apresentada como uma resposta natural à tendência crónica da democracia representativa para o imediatismo. Dada a incapacidade do processo político, controlado pela geração presente, de salvaguardar os interesses das gerações vindouras – tanto mais quanto mais distante o futuro –, justifica-se a imposição de limites constitucionais neste domínio. O problema é geralmente visto a partir do ângulo da autovinculação: o povo encarnado no processo político ordinário é como Ulisses encantado

pelas sereias – incapaz de agir racionalmente –, pelo que é sensato que o povo encarnado no processo constituinte, lúcido e sereno, proceda como Ulisses quando pede à sua tripulação que o prenda ao mastro do navio. Porém, na sua contribuição para este volume, GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO procura demonstrar que esta analogia sedutora não é isenta de defeitos substanciais. Os problemas da justiça intergeracional são complexos e controvertidos, pelo que se coloca a questão de saber se é prudente e legítimo que a sua resolução seja avocada pelo legislador constituinte – elevada para o plano constitucional –, em vez de decorrer do regular funcionamento dos mecanismos de formação e renovação da vontade coletiva próprios do processo político democrático.

O capítulo da autoria de MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO visa questionar a ideia de que exista um direito dos cidadãos a reunir em assembleias populares com o propósito de rever a Constituição, mesmo à margem das disposições que regulam o procedimento de revisão constitucional, ou que a conceção moderna da democracia envolva necessariamente um elemento «populista» expresso na participação necessária de todos os eleitores em certas decisões fundamentais da comunidade política. A tese de que deve permanecer aberta a possibilidade de o povo ser chamado a pronunciar-se diretamente sobre as questões mais relevantes da vida política, não pode ser defendida, segundo o Autor, com base na sua pretensa proximidade da ideia moderna de democracia, tendo na sua raiz uma visão deturpada das origens desta última. Acresce que essa tese pode enfraquecer a força das normas constitucionais destinadas a salvaguardar os direitos das gerações futuras.

CATARINA SANTOS BOTELHO defende que, independentemente das premissas éticas, morais, filosóficas, sociológicas, mundividenciais, entre outras, que possam justificar a tutela das gerações futuras, a ordem jurídica não pode assentar numa lógica exclusivamente sincrónica. Seja qual for a estratégia de proteção adotada, o importante será não cair nos extremos do excesso de tutela, que possa manietar a liberdade das gerações futuras, ou do défice de tutela, que deixe as gerações vindouras inteiramente à sua sorte. Numa perspetiva *de jure condendo*, a Autora defende ser pertinente alterar o texto constitucional português e nele consagrar, de forma cristalina, a tutela das gerações futuras.

O modo como, em cada momento, uma sociedade decide usar os seus meios disponíveis tem, regra geral, reflexos na qualidade de vida das gerações futuras. Daí que a equidade intergeracional seja uma antiga exigência que reclama dos decisores políticos uma afetação de recursos

que pondere devidamente os interesses dos vindouros. Ora, a dívida pública é um tópico crucial nesta matéria, na medida em que aquela representa o instrumento básico para a distribuição do custo do capital coletivo da nação pelas várias gerações que dele beneficiam. De há muito, porém, que a dívida pública está envolta numa viva controvérsia onde mitos e realidades se cruzam com igual firmeza, quantas vezes ao sabor de meras conveniências ideológicas. O texto de JOSÉ ALBANO SANTOS passa em revista os principais argumentos com que, de ambos os lados, se alimenta essa polémica, no intuito de contribuir para a formação de um juízo criterioso neste domínio.

No capítulo da sua autoria, MARIA D'OLIVEIRA MARTINS debruça-se sobre o impacto que a solidariedade entre gerações tem no plano jurídico-financeiro, dando resposta, essencialmente, a duas questões. A primeira é a de saber se as gerações presentes devem sacrificar o seu bem-estar em benefício do porvir. A segunda é a de saber que gerações presentes e futuras são aquelas a que a Constituição oferece proteção: serão apenas as nacionais ou também as estrangeiras? A partir destas questões, ensaiam-se os contornos da prioridade ao presente e estabelecem-se as prioridades entre as diferentes gerações nacionais e estrangeiras, tal como se desenham no plano constitucional.

O texto de BRUNO PINTO procura definir sustentabilidade ecológica ou ambiental, ilustrando a importância de serviços de ecossistema como a reciclagem de ar e água, a polinização ou a produção de alimento, e pôr em evidência a sua atual degradação. Assim, são incluídos estudos globais que apontam para a degradação de alguns valores naturais, havendo referência a ameaças específicas como a destruição do *habitat*, as alterações climáticas ou a escassez de água. Tendo em conta que a nossa economia é baseada no uso sustentável desses valores naturais, o texto reforça a ideia de que devemos assegurar a sua viabilidade a médio prazo para evitar consequências negativas no futuro.

CARLA AMADO GOMES apresenta uma análise das fragilidades e virtudes da ideia de precaução. Por um lado, sublinha a imprecisão da noção nos textos normativos, nacionais e internacionais, que gera posicionamentos erráticos dos tribunais e utilizações abusivas da parte dos responsáveis políticos. Por outro lado, o facto de a precaução entroncar no conceito de risco tecnológico alerta para a necessidade de o avaliar e gerir dinamicamente no contexto de decisões tomadas em cenários de incerteza. Agir de acordo com uma lógica de precaução constitui, no entender da Autora, um importante penhor de paz social no presente e de testamento

político ante os vindouros. A metodologia de ponderação de interesses em que se traduz reveste uma inarredável dimensão prospetiva, que sustenta a responsabilidade (ética) por escolhas que podem hipotecar irreversivelmente as opções das gerações futuras.

Na sua contribuição para este volume, NAZARÉ COSTA CABRAL começa por relacionar as noções de sustentabilidade da segurança social e de justiça entre gerações. De seguida, articula o problema da sustentabilidade dos Estados de bem-estar contemporâneos com a necessidade de respeitar os direitos sociais (fundamentais), em função da sua densidade, evidenciando as tensões que hoje se descortinam nessa articulação. Analisa depois, especialmente, o desafio da sustentabilidade da segurança social (e em particular do seu sistema de pensões), à luz das várias propostas de reforma e de modelos alternativos que nas últimas décadas têm vindo a ser concretizados. Finalmente, a Autora assinala que, nos últimos anos, muito por força da influência do modelo sueco de contas «nacionais», os sistemas de pensões – mesmo que mantendo a técnica de repartição (*pay-as-you-go*) – têm evoluído no sentido de acomodar automaticamente os efeitos da demografia e da economia no comportamento das variáveis da segurança social, seja do lado da receita seja do lado da despesa, assim procurando, em cada momento e para futuro, garantir o respetivo equilíbrio

A sustentabilidade intergeracional das sociedades europeias e do seu Estado social dependem, em larga medida, da capacidade de impor uma correta política migratória. Essa imposição é cada vez mais difícil em face das reações populistas e xenófobas de muitos países. Segundo GONÇALO MATIAS, numa sociedade envelhecida, só a atração de imigrantes permite essa sustentabilidade, seja no plano das relações familiares, no cuidado aos idosos dependentes ou, no plano mais geral, na sustentabilidade das finanças públicas, dos sistemas de segurança social e do próprio Estado social.

O texto de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO articula o tema da justiça intergeracional com uma reflexão sobre os impasses atuais do Direito do Trabalho. Parte da construção do paradigma juslaboral clássico e da sua crise, passando, depois, ao tratamento genérico das circunstâncias que suscitaram, nas últimas décadas, a eclosão (ou a recuperação) do debate sobre a justiça intergeracional, relacionando-as com as vicissitudes específicas do ordenamento laboral e aferindo o seu impacto no projeto regulativo do Direito do Trabalho. A partir daqui, deixam-se bases para a discussão da questão da justiça intergeracional numa pers-

petiva juslaboral, tomando-a como vetor de política legislativa e como tópico argumentativo.

A governança societária (*corporate governance*) é, genericamente, um conjunto articulado de estruturas, regras de competência e funcionamento, normas de comportamento, princípios, recomendações, incentivos e boas práticas, aplicáveis a uma sociedade comercial ou nela observáveis, tendo como objetivo contribuir para otimizar o seu funcionamento e o exercício do seu objeto, de forma sustentável e, no longo prazo, levando em consideração a respetiva função económico-social geral. Os instrumentos de «governança societária» não estão, em geral, pensados para promover a justiça intergeracional. Porém, como argumenta EVARISTO MENDES no seu texto, deles podem resultar benefícios ou efeitos positivos neste domínio e um papel coadjuvante na efetividade do sistema de proteção jurídica existente. Esta conclusão, segundo o autor, é secundada por uma análise baseada no texto constitucional.

*

Esta obra é o primeiro passo de um ambicioso e inovador programa de investigação dedicado à justiça intergeracional, desenvolvido no âmbito do Católica Research Centre for the Future of Law. A sua execução foi integralmente financiada e apoiada de diversas formas pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, sem prejuízo da liberdade dos autores e da independência da coordenação.

Os coordenadores agradecem à Fundação, nas pessoas de Pedro Pita Barros, coordenador dos projetos na área de Política Social, e de Pedro Magalhães, o diretor científico da FFMS, o patrocínio que deu a este projeto.

Um justo agradecimento é ainda devido a todos os autores pelo contributo imprescindível que deram, através da sua participação nesta obra, para a realização do programa de investigação que com ela se iniciou.

Por último, agradecemos ao nosso colega Armando Rocha pela competente colaboração prestada na fase final deste projeto.

I.

Fundamentos Jurídico-Filosóficos da Justiça Intergeracional

Direitos sem sujeito?

ELSA VAZ DE SEQUEIRA

Teorias da Justiça Intergeracional

ANDRÉ SANTOS CAMPOS

A Comunidade Política e o Futuro

MIGUEL MORGADO

Direitos Sem Sujeito?

ELSA VAZ DE SEQUEIRA*

1. Colocação do problema

I. Não raro questiona-se se as atuações levadas a cabo pela geração presente não poderão constituir em certas circunstâncias uma violação ilícita dos direitos da geração vindoura. Em causa estão os atos ou as decisões cujos efeitos negativos irão ser sentidos por pessoas que ainda não existem, ameaçando ou limitando as suas possibilidades de futuro, mormente no que respeita à integridade física, ao livre desenvolvimento da personalidade, ao ambiente, à saúde e à liberdade de decidir sobre o destino das suas vidas.

Numa ótica de responsabilidade, dir-se-á que o dano é futuro, mas o facto ilícito e culposo é presente. Para que este raciocínio esteja correto, é necessário demonstrar desde logo a ilicitude da ação. Ora é aqui que surge o problema objeto deste artigo.

II. Discute-se se a ilicitude se traduz na violação de um direito subjetivo ou de um interesse juridicamente protegido – como parece decorrer da letra do artigo 483.º do Código Civil – ou, pelo contrário, no incumprimento de um dever – seja um dever genérico de respeito seja um dever especial de prestar –, como se afigura ser a solução mais rigorosa do ponto de vista dogmático, sobretudo por um imperativo de coerência entre responsabilidade por ação e responsabilidade por omissão, por um lado, e entre ilicitude civil e ilicitude penal, por outro.

Independentemente da visão preconizada sobre esta querela conceptual, a verdade é que amiúde se recusa qualificar os factos que estão na base das chamadas “violações dos direitos das gerações futuras” como ilícitos, dada a alegada inexistência em tais casos de um direito violado

* Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, instituição onde se licenciou (1996), obteve o grau de Mestre (2004) e de Doutor (2014). Coordenadora do *Católica Research Centre for the Future of Law*. Tem publicado e desenvolvido investigação nas áreas do Direito Civil e do Direito Penal, em particular no domínio da colisão de direitos e da contitularidade de direitos.

ou, na perspetiva oposta, de um dever genérico de respeito incumprido. Segundo este raciocínio, as condutas em apreço não são ilícitas porque, pura e simplesmente, não vigora nenhuma situação jurídica – ativa ou passiva, consoante a conceção – passível de ser transgredida.

III. Este pensamento assenta na interpenetração de dois silogismos. O primeiro é comum a ambas as perspetivas, o segundo diverge consoante a conceção de ilicitude que se perfilhe.

O primeiro silogismo vem dizer:

- *Primeira premissa*: Não há direitos sem sujeito;
- *Segunda premissa*: As gerações futuras, precisamente por serem constituídas por pessoas futuras, não têm existência no presente;
- *Conclusão*: Não há direitos das gerações futuras.

O segundo silogismo, por seu turno, veste diferente roupagem conforme se identifique a ilicitude com a violação de um direito subjetivo ou com o incumprimento de um dever que, no caso em análise, pelas suas características, seria necessariamente um dever genérico de respeito.

Assim, quando se compreende a ilicitude como a violação de uma situação ativa, o silogismo assume a seguinte forma:

- *Primeira premissa*: A ilicitude consiste na violação de um direito subjetivo;
- *Segunda premissa*: Não há direito subjetivo (violado);
- *Conclusão*: O facto não é ilícito.

Se, pelo contrário, se reconhece a ilicitude como a infração de um dever, a configuração do silogismo nas situações em exame já será esta:

- *Primeira premissa*: A ilicitude consiste no incumprimento de um dever genérico de respeito;
- *Segunda premissa*: Não há dever genérico de respeito, por não existir um direito subjetivo a respeitar;
- *Conclusão*: O facto não é ilícito.

IV. No fundo, estes silogismos assentam na ideia de que não há direitos sem sujeito. Por não haver sujeito, não há direito; por não haver direito, não há ilicitude. Ou, de outro prisma, por não haver sujeito, não

há direito; por não haver direito, não há dever genérico de respeito; por não haver dever genérico de respeito, não há ilicitude.

Pois bem, aquilo que interessa descortinar é, por uma banda, se efetivamente não podem existir direitos sem sujeitos e, por outra banda, se não é possível haver um dever genérico de respeito pese embora o direito subjetivo a respeitar ainda não se ter constituído em concreto.

V. Antes de se examinar as questões enunciadas, apenas um brevíssimo apontamento de ordem semântica. Quando se refere os direitos das gerações futuras ou se avalia os atos da geração presente em relação à geração vindoura não se está evidentemente a erigir as gerações – atual ou futura – à categoria de sujeito jurídico (coletivo). Razões de economia terminológica e de simplicidade de linguagem justificam que, em vez de se escrever “direitos ou deveres das pessoas atualmente vivas” e “direitos das pessoas (ou tipos de pessoas) que irão nascer no futuro”, normalmente se opte pela versão sincopada que tem estado a ser utilizada neste texto. (Sobre a noção de geração futura, concretamente, se esta expressão designa grupos futuros, indivíduos futuros ou tipos de pessoas futuras, cf. HERSTEIN, 2009, pp. 1173 *et seq.*)

2. Direitos sem sujeito

2.1. Generalidades

I. O problema dos direitos sem sujeito é algo que remonta ao Direito romano, mais concretamente à figura da herança jacente. Com efeito, resulta do *Corpus Iuris Civilis*, mais concretamente do Digesto – §§ 1 D 1, 8; 3 pr D 15, 1 e 13, 5 D 43, 24 –, que os juristas da época entendiam que, durante o período que mediava entre a morte do *de cuius* e a aceitação da herança por parte dos herdeiros, os direitos integrados no caudal relicto não tinham efetivamente sujeito. A julgar pelas fontes, era juridicamente admissível a subsistência dos direitos do falecido enquanto não surgisse um novo titular.

II. No Direito português, a questão coloca-se igualmente a propósito da herança jacente, mas também dos títulos ao portador abandonados enquanto não forem adquiridos por alguém e das doações ou sucessões a favor de nascituros ou concepturos. É de frisar, no entanto, que, contrariamente aos jurisconsultos romanos, a doutrina nacional tem-se

mostrado muito dividida quanto a este tema, havendo um esforço grande por parte de alguns autores para explicar as situações em estima sem o recurso à noção de direitos sem sujeito.

III. Particularmente sensível a este problema é o Direito alemão, o qual se empenhou muito seriamente em impedir o surgimento de situações desta natureza. Isto mesmo explica o sistema sucessório germânico, em que vigora a regra da aceitação automática, de maneira a evitar a jacência da herança (KARSTEN SCHMIDT, 1991, p. 497; WOLF & NEUNER, 2012, p. 217; BROX & WALKER, 2015, p. 268). Ainda assim, hipóteses há em que a pergunta sobre a admissibilidade de direitos sem sujeito se impõe. É o que acontece, nomeadamente, no caso de o herdeiro ser um nascituro, pois a ficção estabelecida no § 1923, Abs. 2, em virtude da qual o nascituro se tem por nascido antes da morte do *de cuius*, não parece suficiente para afastar a dúvida sobre a existência de uma efetiva titularidade dos direitos do falecido afetos ao nascituro durante o período que medeia entre a morte daquele e o nascimento deste (cf., no mesmo sentido, §§ 2043 e 2108, Abs. 1, do BGB). Tal-qualmente questiona-se se, nas deixas testamentárias a concepturos, os direitos integrados nos legados não permanecerão sem sujeito até ao nascimento do legatário (cf. § 2178 do BGB; cf. ainda § 1912 do BGB). Idêntica questão se coloca nas situações de promessa a terceiros, sempre que o promissário morra antes de o terceiro beneficiário da promessa nascer (cf. § 331, Abs. 2, do BGB), assim como, a propósito da obrigação de indemnizar o titular do direito a alimentos pela morte do obrigado a prestá-los, quando se admite que essa obrigação de indemnização abrange os nascituros que iriam ter direitos a alimentos frente ao falecido (cf. § 844, Abs. 2, do BGB).

IV. Importa, no entanto, não confundir este problema com as situações de direitos com sujeito indeterminado. Enquanto ali – pelo menos aparentemente – não existe um sujeito, aqui ele existe, embora ainda não se conheça a sua identidade (BLOMEYER, 1953, pp. 309 *et seq.*).

2.2. Inadmissibilidade de direitos sem sujeito

I. Afirma-se com frequência que direito sem sujeito é uma contradição em si mesma [*inter alia*, ANDRADE, 1960, pp. 34-5; CUNHA, 1971-2, ponto 32 *b*); MOTA PINTO, 2012, pp. 196 e 198; GIERKE, 1895, p. 257; CROME, 1900, p. 163; VON TUHR, 1998, pp. 81-2]. O próprio nome desta

situação jurídica o denúncia, porquanto direito subjetivo quer dizer direito do sujeito. Todos os direitos servem para satisfazer os interesses dos seus titulares. O fundamento material para a concessão de semelhante posição reside justamente na atribuição de um âmbito de liberdade a uma pessoa. Assim sendo, não se consegue compreender como seria possível a subsistência de um direito sem o seu suporte subjetivo. De acordo com esta visão, o sujeito precede o direito e é condição indispensável para o seu surgimento e manutenção.

II. Não obstante, certo é que nos casos supra referidos a ordem jurídica parece considerar a viabilidade de um direito pese embora a ausência temporária de um sujeito. Várias foram as explicações propostas no sentido de demonstrar que esses casos não consubstanciam uma exceção àquele dogma, sustentando a ideia de que aí se verifica:

- a) Uma *obnubilação do sujeito*, por mor da qual se dá o congelamento da relação jurídica até ao aparecimento de um novo sujeito [CUNHA, 1971-2, ponto 32 c)];
- b) Um simples *estado de vinculação*, não havendo verdadeiros direitos subjetivos, mas antes “estados de vinculação de certos bens, em vista da possível superveniência de um titular para eles e portanto de um direito que lhes corresponda” (ANDRADE, 1960, p. 35). Cada um desses bens “não seria o objeto de um direito subjetivo, mas também não seria livre”, sendo alvo de tutela jurídica adequada com vista ao direito e titular futuros (MOTA PINTO, 2012, pp. 197 e 198) (IHERING, 1871, pp. 392 *et seq.*, refere a existência de um estado de vinculação ou a presença do lado passivo em dois momentos: no período intermédio em que falta o sujeito e durante o processo de constituição do direito);
- c) A *extinção* do direito e posterior *renascimento*, assim que surja um novo sujeito (STAMMLER, 1907, p. 463);
- d) A *personificação* do próprio direito ou acervo patrimonial. Em causa está, por exemplo, a atribuição de personalidade judiciária (e tributária) à herança jacente.

III. Qualquer das soluções apontadas acaba, contudo, por não conseguir explicar cabalmente as situações em análise.

A obnubilação do sujeito não passa de uma forma mais elegante de afirmar a indeterminação do sujeito. Acontece, porém, que essa explicação

não colhe, pois o que aqui está em questão é justamente a existência de um sujeito. A pessoa que um dia encabeçará o direito até já pode existir, mas não é titular do direito, não podendo, por isso, dizer-se que o sujeito existe, embora seja indeterminado. A verdade é que o sujeito enquanto tal ainda não existe. Isto torna-se mais evidente naquelas hipóteses em que ocorre a inexistência não apenas do sujeito, mas da própria pessoa que virá a assumir esse título, de que constitui exemplo emblemático a doação ou sucessão a favor de um concepturo (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2000, p. 398, & 2002, p. 83; CARVALHO FERNANDES, 2012b, p. 263).

A noção de estado de vinculação dos bens também não parece proceder, visto não esclarecer qual o destino do direito até então incidente sobre tais bens. Extingue-se? Fica latente? Na primeira hipótese, isso implicaria, por um lado, que as coisas se tornariam *nullius*, com todas as consequências inerentes, e, por outro lado, que o surgimento do sujeito teria por efeito o nascimento do direito subjetivo e consequente aquisição originária do mesmo por parte daquele. Ora tal não se coaduna com o regime jurídico vigente (PEREIRA COELHO, 1992, p. 191; CARVALHO, 2012, pp. 156-7). Na segunda hipótese, isso equivaleria, no fundo, a aceitar a possibilidade de um direito subsistir sem sujeito.

A ideia de que o direito se extingue, renascendo mal surja o sujeito correspondente, no fundo não difere muito da visão anterior, quando se entenda que o direito até então vigente desaparece para dar lugar ao surgimento de um estado de vinculação de bens, merecendo deste modo iguais reparos.

Sem negar que em certas circunstâncias a lei personifica a herança jacente – falando-se então de pessoa rudimentar –, afigura-se inegável que o alcance dessa personificação é claramente limitado, restringindo-se à possibilidade de propor ações ou de responder em juízo, ou ainda de ser tributada. Acresce que nas demais situações enumeradas – *v.g.*, doação ou sucessão de nascituros ou concepturos ou títulos ao portador abandonados – não acontece semelhante personificação, permanecendo assim em aberto a questão sobre se em tais casos não haverá realmente direitos sem sujeito.

IV. Por vezes, trilham-se outros caminhos com vista ao mesmo resultado, isto é, obviar à impossibilidade lógica da existência de um direito sem sujeito.

Um desses caminhos, partindo da concepção de que um dos elementos constitutivos do direito é justamente o sujeito e que, por isso, a falta

deste obsta inevitavelmente a existência ou manutenção daquele, vem, no entanto, defender a possibilidade de se encontrarem preenchidas todas as circunstâncias necessárias para a aquisição do direito antes do nascimento do sujeito. Neste caso, a carência de sujeito impede a constituição efetiva do direito, mas já não impede o surgimento de uma expectativa jurídica. A esta luz, as “pessoas futuras não podem ter direitos, embora possam existir expectativas jurídicas a seu favor”. Tais expectativas, que durante a sua vigência conferem faculdades passíveis de ser exercidas por via da representação, transformam-se em verdadeiros direitos subjetivos mal surja o correspondente sujeito (VON TUHR, 1998, pp. 81-2 e 194-7).

Outro caminho frequente, percorrido normalmente pelo próprio legislador, é o recurso à figura da retroatividade. Por mor desta, o aparecimento do sujeito teria sempre eficácia retroativa, tudo se passando como se o direito tivesse titular desde o momento em que o facto atributivo daquele se produziu. A retroatividade é vista assim como um meio eficaz de apagar da ordem jurídica qualquer resquício de acefalia.

V. Se se reparar, os caminhos indicados acabam por admitir a viabilidade jurídica (e lógica) de situações ativas desprovidas de sujeito.

O primeiro caminho arreda de forma perentória a possibilidade de direitos sem sujeito. Paradoxalmente, porém, admite expectativas jurídicas sem sujeito. Ou seja, direitos sem sujeitos são intoleráveis, expectativas jurídicas sem sujeito, pelo contrário, já seriam perfeitamente sustentáveis. Ora, não se afigura compreensível semelhante visão. A diferença entre uma expectativa jurídica e um direito subjetivo não reside no facto de ali haver um sujeito e aqui não. Qualquer uma destas situações ativas é pensada e criada tendo em vista os interesses de uma determinada pessoa ou conjunto de pessoas. Qualquer uma delas é atribuída ao destinatário da norma que as estabelece, mal ocorra o preenchimento da respetiva previsão. O que as distingue – se é que são verdadeiramente diversas – é o respetivo conteúdo e a tutela que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico. Numa palavra, a diferença é objetiva e não subjetiva. Neste aspeto, elas são idênticas. Por isso mesmo, a admissão de expectativas jurídicas desprovidas de sujeito denuncia a aceitação da dita impossibilidade lógica que se quer a todo o custo enjeitar. Isto é, a viabilidade de uma situação subjetiva carecida de sujeito (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2000, p. 400).

Idêntica confissão subjaz no recurso à figura da retroatividade. Como é sabido, a retroatividade é assumidamente uma ficção jurídica, por mor

da qual se finge que a realidade é uma, quando efetivamente é outra. A simples circunstância de se necessitar de recorrer a esta ficção equivale a admitir publicamente que a verdadeira realidade é outra (como diz REGELSDERGER, 1893, pp. 78-9, “A ficção não consegue realidade, mas assenta justamente na sua falta”. Cf. ainda WINDSCHEID, 1856, p. 236). A simples circunstância de se necessitar de ficcionar que o sujeito já existia à data da verificação do facto atributivo do direito equivale a admitir publicamente que, na realidade, o sujeito ainda não existia àquela data. A isto acresce que a retroatividade é uma ficção que atua *a posteriori*. Isto é, não se finge que a realidade é outra no presente, mas unicamente em momento posterior. O que significa que, enquanto não se verificar o facto determinante da produção dos efeitos retroativos, a realidade aparece nas suas vestes puras, sem qualquer tipo de artifício ou fingimento. Na questão ora em exame, isto vale por dizer que, enquanto não surgir o sujeito, o direito existe sem sujeito.

2.3. Admissibilidade de direitos sem sujeito

I. Apesar de todas as tentativas, quer por parte da doutrina quer inclusivamente por parte do legislador, afigura-se indiscutível que, pelo menos em determinadas situações, a nossa ordem jurídica reconhece existência e validade a direitos desprovidos de titular.

Assim acontece, desde logo, na herança jacente, que se caracteriza justamente por um estado de pendência na titularidade das situações jurídicas integradas no acervo patrimonial até então pertencente ao *de cuius*. Estas situações não são do falecido, precisamente porque a sua personalidade jurídica se extinguiu por morte, nem são dos sucessíveis, porquanto ainda não ocorreu o ato de aceitação do qual a lei faz depender a transmissão efetiva dos direitos. Nem se diga que a atribuição de personalidade judiciária e tributária à herança jacente evita semelhante cenário, dado o carácter claramente limitado dessa atribuição. Ainda que se admita que nas hipóteses previstas nos artigos 12.º do Código do Processo Civil e 2.º do Código do IRC se está perante uma pessoa jurídica (de índole rudimentar), o certo é que fora desse âmbito não se assiste à personificação do caudal relicto. A eficácia retroativa reconhecida à aceitação da herança também não consegue apagar o período que mediou entre a abertura da sucessão e a aceitação. O que significa que até à aceitação só “a afirmação de um direito sem sujeito retrata fielmente a realidade” (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2000, p. 399. Cf. ainda CASTRO MENDES, 1978,

p. 80; GALVÃO TELLES, 2004, p. 33; CARVALHO FERNANDES, 2012a, p. 264; PAMPLONA CORTE-REAL, 2012, p. 268; WINDSCHEID, 1853, pp. 186, 191 e 203; 1865, p. 233; & 1887, p. 133; GOMES DA SILVA, 1955, p. 282, prefere ver aí direitos à espera de sujeito, em vez de direitos sem sujeito. Em sentido diverso, CAPELO DE SOUSA, 2002, p. 10, sustenta que em tal situação se verifica um estado de vinculação juridicamente tutelado de uma universalidade).

De igual modo se passa na doação e na sucessão a favor de nascituro ou concepturo, por meio das quais o direito deixa de pertencer ao doador, embora também ainda não caiba ao donatário, ou, no campo sucessório, o direito ou a própria herança ficam necessariamente em estado de jacência até ao nascimento do sucessível ou até ao momento em que se tem a certeza do seu não nascimento [OLIVEIRA ASCENSÃO, 2000, p. 105; CARVALHO FERNANDES, 2012a, p. 161; PAMPLONA CORTE-REAL, 2012, pp. 197 e 269. PEREIRA COELHO, 1992, p. 191, aceita a existência de direitos sem sujeito apenas no caso de sucessão (ou doação) a concepturo. Se o beneficiário for um nascituro, então será este, justamente por já se encontrar concebido, o sujeito do direito em questão].

À mesma conclusão conduz o caso do abandono de título ao portador. É claro que sempre se poderia tentar sustentar a extinção por abandono do direito ali titulado. Não parece, contudo, que seja essa a solução mais rigorosa e consonante com o regime legal, desde logo porque implicaria a produção de idêntica consequência no correspondente lado passivo. Ou seja, o abandono teria por efeito a extinção do direito de crédito materializado no título e a extinção do correspondente dever. Numa palavra, a extinção da própria relação obrigacional. Ora, não se afigura que tal corresponda à realidade. Pense-se, por exemplo, num bilhete de cinema. Se o seu titular o abandonar, perde naturalmente a titularidade do direito de crédito corporizado no referido bilhete. Mas isso não quer dizer que o empresário que explora a sala de cinema fique desobrigado de permitir a entrada na sala e de projetar a película a um indivíduo que se apresente com o bilhete em questão. O que demonstra que, pese embora o abandono, o dever do sujeito passivo subsistiu. E se o dever subsistiu, então inevitavelmente o direito de crédito que lhe corresponde também persistiu. Resulta da natureza das situações relativas que uma situação “consubstancia-se na medida em que, frente a ela, se equacione uma outra, de teor inverso” (MENEZES CORDEIRO, 2011, I, p. 306). Por isso, só faz sentido falar da adstrição a um dever especial de prestar exatamente porque simultaneamente existe um direito de crédito a essa

prestação (HOHNER, 1969, pp. 48 e 54. Cf., ainda, DÖLLE, 1952, pp. 27-9; LARENZ, 1977, p. 142).

Em todas estas situações, ainda que as faculdades e poderes positivos contidos no direito se encontrem sustados enquanto não adquiridos pelo sujeito, o efeito negativo de exclusão dos não titulares produz-se imediatamente (HOHNER, 1969, pp. 41 e 75).

II. O dogma da impossibilidade de vigorarem direitos desprovidos de sujeito assenta num alicerce que se julga incorreto. A saber: o de que o sujeito é elemento essencial do próprio direito ou, numa versão menos ambiciosa, que o sujeito constitui um elemento identificativo ou individualizador do direito.

Começando pela primeira perspectiva, está-se em crer que a transmissibilidade do direito demonstra que o sujeito não pode ser elemento constitutivo deste. Se assim fosse, não se compreenderia como um direito poderia sair da esfera jurídica de uma pessoa e ingressar na esfera de outra. Mais, não se compreenderia que a morte do sujeito não determinasse a imediata extinção dos direitos até então encabeçados pelo *de cuius*. Se o sujeito fosse um elemento constitutivo do direito, os fenómenos da aquisição derivada translativa e da perda relativa seriam letra morta. Apenas a aquisição originária e a perda absoluta fariam sentido. Ora, não é isto que ocorre no nosso sistema jurídico, em que, salvo raras exceções, impera a regra da livre transmissibilidade das situações jurídicas.

Importa, no entanto, esclarecer o verdadeiro alcance da transmissibilidade neste âmbito, pois não raro ela é vista como a derradeira prova da viabilidade de direitos acéfalos. Afigura-se inegável que a transmissibilidade é suficiente para mostrar o carácter exógeno do sujeito relativamente ao direito subjetivo. O sujeito é o titular do direito, mas não integra o direito em si mesmo. Não demonstra, contudo, que pode haver direitos sem sujeitos, como muitas vezes se considera. O facto de a identidade do sujeito não constituir um elemento essencial do direito não vale por afirmar que o sujeito enquanto tal é irrelevante para a existência ou subsistência desse direito. É perfeitamente possível, à luz da transmissibilidade, concluir-se pela inadmissibilidade de direitos desprovidos de sujeito. O fundamento para tal é que certamente não poderá ser o reconhecimento do sujeito como elemento constitutivo do direito. Numa palavra, a transmissibilidade clarifica o problema, mas não o resolve.

A segunda perspectiva, por seu turno, aceitando o carácter extrínseco do sujeito em face do direito subjetivo, entende que a identificação ou

individualização desse direito opera-se através da identidade do respetivo sujeito. Isto é, que a identidade do sujeito contribui de forma decisiva para a identidade do próprio direito. Se é verdade que frequentemente se procede a uma assimilação entre o direito e o respetivo titular, particularizando o direito em função da pessoa que o encabeça – v.g., o direito do A ou o direito do B –, não é menos verdade que a individualização jurídica da situação ativa em si mesma considerada não se baseia em aspetos subjetivos, mas objetivos. Mormente, no objeto e no conteúdo do direito, tal como resulta da aplicação da norma permissiva que o prevê ao facto constitutivo e demais factos modificativos que entretanto ocorram. Pense-se, por exemplo, nas seguintes hipóteses. Se A for titular de dois direitos, isso não quer dizer que os direitos sejam idênticos. Não só um pode ser um direito real e o outro um direito de crédito, como, ainda que comunguem de igual natureza, incidem sobre objetos distintos, procedendo as mais das vezes de factos jurídicos diversos. A unidade de sujeito não determina a identidade (e muito menos a unidade) da situação jurídica. Se A vender um desses direitos a B, verifica-se uma alteração da pessoa titular do direito, mas nem por isso se pode afirmar sem mais que simultaneamente se operou uma modificação no próprio direito. Pelo contrário, regra geral, a transmissão de um direito não implica nenhuma transformação no direito alienado. Apenas a titularidade se altera. Estes dois exemplos tão simples expressam bem o carácter acessório da identidade do sujeito no tocante à individualização do direito (THAL, 1905, pp. 116-9. No sentido que o essencial é o direito e o accidental o sujeito, cf. SAVIGNY, 1840, III, pp. 10-1. Cf. ainda WINDSCHEID, 1856, p. 235; FISCHER, 1923, p. 54; OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, p. 81).

III. Muitas das reservas à aceitação de direitos sem sujeito alicerçam-se quer na assimilação do direito subjetivo a um poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica quer na ideia de que a pessoa – humana ou coletiva – constitui simultaneamente o fundamento e o fim desta espécie de situação ativa.

Como é sabido, o conceito de direito subjetivo é das matérias mais controversas na ciência jurídica. A variedade e a complexidade deste tipo de posição contribuem de maneira decisiva para semelhante dificuldade. Uma das propostas que goza de maior acolhimento é justamente aquela que o define como um *poder de vontade* concedido pela ordem jurídica. Importa, no entanto, salientar desde já que esta expressão nem sempre foi compreendida da mesma forma. Se inicialmente ela foi tida como

sinónimo da concessão de um espaço de liberdade, assentando assim numa conceção de índole filosófica, mais tarde passou a ser entendida como o reconhecimento do domínio de uma vontade em face de outra, agora vista em sentido puramente psicológico, para finalmente ser considerada como um poder exclusivamente normativo, isto é, a vontade da própria ordem jurídica (SAVIGNY, 1840, I, pp. 7 *et seq.*; PUCHTA, 1865, pp. 9-12; WINDSCHEID, 1862, p. 81; 1879, pp. 92-3; 1887, pp. 98-9; & 1906, pp. 156-8; VON TUHR, 1998, pp. 57 *et seq.*).

Pois bem, não raro quando se perfilha uma visão deste género rejeita-se a possibilidade de vigorar um direito desprovido de sujeito, por tal equivaler a admitir um direito – que, como se viu, mais não seria do que um poder de vontade – onde não existiria vontade. Não deixa, no entanto, de ser curioso que na base das conceções ora em apreço não se encontre semelhante repulsa por tal figura.

É certo que na sua versão original se negava a existência de direitos sem sujeitos. A razão para tal residia, contudo, não numa pretensa impossibilidade jurídica, mas antes na ideia de que nas situações então estudadas – relacionadas como o fenómeno sucessório, em especial a jacência da herança – havia um sujeito, que simplesmente não estava determinado. Por outras palavras, na versão inicial desta conceção enfeitava-se a figura dos direitos sem sujeito, não porque isso fosse inviável, mas unicamente porque não se conheciam situações em que tal acontecesse. Aparentemente, tal não repugnaria ao Direito – dado, sobretudo, o carácter acessório do sujeito frente ao direito –, apenas a realidade não oferecia casos em que a questão se levantasse (SAVIGNY, 1840, II, pp. 363 *et seq.*; & 1840, III, pp. 9-11).

Diferentemente, nas suas versões posteriores, incluindo a perspectiva de carácter psicológico, aceita-se de forma expressa a figura dos direitos sem sujeito. Segundo essas, o que aqui está em causa não é o reconhecimento do poder decorrente da vontade de uma certa pessoa, mas antes um verdadeiro poder de vontade, concretamente “de um poder-querer de determinada espécie” (WINDSCHEID, 1856, p. 235; CARVALHO, 2012, p. 156). Advindo a individualidade do direito quer do seu conteúdo, quer do respetivo facto constitutivo – e não da pessoa do seu sujeito –, nada obsta a que temporariamente o ordenamento jurídico reconheça um poder-querer, pese embora a ausência de titular (WINDSCHEID, 1853, pp. 186, 191 e 203; 1856, p. 235; & 1887, pp. 132-4). Neste caso, “os direitos servem um fim impessoal ou são conservados para servir no futuro os interesses de uma pessoa” (WINDSCHEID, 1887, p. 134).

No tocante à segunda reserva, não se nega que a pessoa constitui o fundamento e o fim último do direito subjetivo e que não faz sentido falar de direitos definitivamente carecidos de sujeito. Mas isso não quer dizer que sejam lógica ou ontologicamente impossíveis direitos temporariamente sem titular. Pelo contrário, a realidade demonstra, como se viu, que casos há em que o ordenamento jurídico aceita e convive bem com situações desta natureza.

IV. O nascimento do direito subjetivo depende exclusivamente do preenchimento da norma permissiva. Se esta não demanda a existência de um sujeito, nada obsta a que o direito surja. De igual forma, a extinção do direito depende tão-só da produção de um facto extintivo. Se este não se verificar, o direito perdura. Se a ordem jurídica, em certas circunstâncias, não associa à falta de titular o fim do direito, então ele persiste. O direito subjetivo, por mais paradoxal que possa parecer, é uma realidade objetiva (cf. HOHNER, 1969, p. 73, apresenta como argumentos a favor desta objetivação do direito subjetivo, por exemplo, o facto de o direito poder inclusivamente constituir o objeto de outro direito. Cf. ainda FISCHER, 1919, pp. 177-80). Ou seja, é uma realidade *a se*, dotada de autonomia e que resulta da simples aplicação da estatuição da norma ao caso concreto. conceptualmente, nada há que se oponha a direitos sem sujeito. “O direito é antes de mais uma organização objetiva, assente em meios jurídicos; essa organização subsiste, ainda que transitoriamente esteja destituída de sujeito, até que a atribuição subjetiva opere de novo” (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002, p. 83).

Na generalidade das situações, o preenchimento da norma permissiva implica a preexistência de um sujeito. Pense-se, por exemplo, no direito a receber o preço na compra e venda, cuja constituição se acha na estrita dependência da existência de um vendedor. Mas curiosamente a sua manutenção já não exige a presença do vendedor. Se este morrer, o direito ao preço integrará a respetiva herança e, enquanto esta não for aceite pelo sucessível ou sucessíveis, subsistirá, ainda que desprovido de titular.

Não obstante, por vezes, é possível verificar-se o preenchimento da previsão normativa e consequente aplicação da correspondente estatuição, pese embora a privação de sujeito. Assim acontece, designadamente, no caso de alguém emitir um título ao portador e, sem o entregar a alguém, o abandonar. Quem emitiu o título encontra-se, em razão da emissão e da subsequente colocação em circulação, imediatamente vinculado à

prestação, nascendo em simultâneo o correspondente direito de crédito. Neste caso, a ausência de um credor não é impedimento bastante para o nascimento do direito de crédito. O mesmo em relação a direitos constituídos a favor de concepturos – ou nascituros, quando não se lhes reconheça personalidade jurídica –, em que o direito se forma plenamente, apesar da inexistência do titular (CARVALHO, 2012, pp. 156-7).

3. Direitos das gerações futuras

I. Da admissibilidade jurídica de direitos sem sujeito não resulta, porém, a conclusão de que gerações futuras possam ser titulares de direitos hoje. E isto por duas razões principais. A primeira prende-se com a pretensa preexistência do direito relativamente ao sujeito. A segunda, mais difícil de ultrapassar, diz respeito à possibilidade de um direito preexistir ao respetivo objeto.

II. Assim, no que tange à primeira dificuldade, a questão que se coloca é a da viabilidade de um direito se constituir antes do nascimento do correspondente sujeito. Ou seja, até que ponto é possível os direitos de uma pessoa à vida, à integridade física, à saúde ou ao ambiente nascerem antes dessa mesma pessoa. Como se teve oportunidade de observar, na generalidade das situações em que se acolhe a figura dos direitos desprovidos de titular, a acefalia ocorre em momento posterior à constituição do direito. A pergunta que em tais casos se impõe é se a perda do sujeito deve ou não determinar a extinção do direito. Nas hipóteses ora em análise, a pergunta é outra. Concretamente, se a falta de titular impede o nascimento do direito. Enquanto ali o que está em causa são os eventuais efeitos extintivos da perda do sujeito, aqui o que está em causa são os eventuais efeitos impeditivos da falta de titular.

É certo que no ponto anterior se declarou aceitar a possibilidade de um direito nascer antes do próprio sujeito, tendo para tal recorrido ao exemplo do título de crédito abandonado logo após a sua criação. Só por si, isto talvez fosse suficiente para fundamentar uma resposta afirmativa à questão colocada. Contudo não o é. A razão para tal é simples: ali vigora a regra da abstração, ao passo que aqui se cai no âmbito da causalidade. E pode acontecer que a solução a dar ao problema difira justamente em razão disso. É perfeitamente lógico que o grau de exigência relativamente aos factos constitutivos de um direito sujeito ao regime da abstração

seja menor do que o grau de exigência imposto ao facto constitutivo de direitos subordinados à regra da causalidade.

Poderia argumentar-se com as doações e a sucessão a favor de nascituros e concepturos. Convém, porém, não esquecer que na maior parte destes casos o direito doado ou a suceder, que obviamente é preexistente relativamente ao seu futuro sujeito, não se achava desprovido de titular quando surgiu. Por outras palavras, importa não olvidar que a doação e a sucessão normalmente andam associadas a fenómenos de aquisição derivada translativa e perda relativa. Nada impede, no entanto, que através de doação ou testamento se constitua um direito em benefício de um nascituro ou concepturo, ou seja, que através desses atos se proceda a uma aquisição derivada constitutiva. Basta pensar, por exemplo, na hipótese de se criar um usufruto a favor do nascituro ou concepturo. Em tal cenário, o direito precederia o seu titular. O que aparentemente testemunha em prol da admissibilidade jurídica da preexistência do direito relativamente à pessoa que o encabeçará.

Ainda a propósito do nascituro, cumpre não descartar a eventualidade de se considerar que, em rigor, não se está perante uma situação de direito sem sujeito, visto este já existir. Se se entender, como alguma jurisprudência e doutrina o faz (PEREIRA COELHO, 1992, pp. 175-6; MENEZES CORDEIRO, 2011, IV, p. 365; & PAIS DE VASCONCELOS, 2015, p. 78. Cf. ainda Ac. STJ de 03-04-2013, proc. n. 436/07.6TBVRL.P1.S1., *in* www.dgsi.pt), que a personalidade jurídica se inicia com a concepção e que do nascimento apenas depende a aquisição de capacidade genérica de gozo, então deixaria de fazer sentido lançar mão das doações ou sucessão em benefício do nascituro para tentar demonstrar a viabilidade da precedência do direitos relativamente ao respetivo titular. Apenas a doação ou a sucessão a concepturos teriam relevância.

III. No fundo, o que aqui se questiona é se a constituição originária de um direito pode ocorrer sem que simultaneamente se produza a aquisição originária do mesmo, havendo, portanto, uma dilação temporal entre o momento em que aquela se dá e o momento em que esta acontece. Numa palavra, a admissibilidade da assincronia entre o data da constituição do direito e a data da sua aquisição.

Apesar de não ser a regra, está-se em crer que este desfasamento cronológico é juridicamente possível. Neste sentido depõe, como se viu, quer a situação da criação e subseqüente abandono do título ao portador quer a doação ou sucessão em proveito de um nascituro ou concepturo.

Em qualquer uma destas hipóteses o direito está plenamente formado, verificando-se uma quiescência da situação jurídica derivada da falta temporária de sujeito (CARVALHO, 2012, pp. 156-7. Cf., ainda, REGELSBERGER, 1893, pp. 78-9; HOHNER, 1969, pp. 79-80; & WOLF & NEUNER, 2012, p. 217).

Cumpra, aliás, salientar que por vezes a justificação material invocada para fundamentar a admissibilidade da preexistência do direito reside precisamente na ideia de concessão de tutela a uma pessoa futura. Sob este prisma, apenas nos casos em que estiver em causa a proteção de uma pessoa futura faz sentido a prévia constituição do direito. Aqui se enquadrariam, naturalmente, os chamados direitos das gerações futuras (HOHNER, 1969, pp. 79-80).

IV. Se a primeira razão apontada aparentemente não encerra em si um obstáculo intransponível para a eventual admissibilidade dos direitos da geração vindoura, a segunda – ainda para mais quando conjugada com a primeira – pode conduzir a um desfecho diametralmente oposto.

Pese embora o direito não se confundir com o seu objeto, a verdade é que este lhe serve de esteio. Todas as permissões contidas naquela posição jurídica têm por referência o respetivo objeto. Com exceção talvez dos direitos potestativos, que, devido à sua estrutura peculiar, justificam a questão sobre a autonomia do objeto relativamente ao conteúdo, nos direitos subjetivos gerais ou comuns o objeto é sempre uma realidade *a se*, sobre a qual incidem as faculdades ou poderes agregados no conteúdo do direito. O objeto é tão importante que não raro as classificações – doutrinárias ou legais – dos direitos o têm por base. Ele possibilita, em certa medida, a diferenciação dos direitos reais relativamente aos direitos de crédito, bem como a autonomização dos direitos de personalidade, cuja principal característica identificadora reside precisamente no seu objeto: os bens de personalidade.

“Quando se fala de direitos das gerações futuras fala-se em especial dos direitos fundamentais que correspondem aos pressupostos físicos da vida e da autonomia humana no futuro, de uma vida humana na terra tal como a conhecemos, com dignidade e com direitos” (J. PEREIRA DA SILVA, 2015, p. 434). O mesmo é dizer que a expressão “direitos das gerações futuras” designa os direitos fundamentais que são simultaneamente direitos de personalidade, isto é, “direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objeto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanações ou manifestações da personalidade”

(CARVALHO FERNANDES, 2012b, p. 223). Ora, é precisamente aqui que reside o problema. Se as pessoas ainda não nasceram, isso significa não apenas a ausência de sujeito, mas sobretudo a falta de objeto.

Olhando para as hipóteses mencionadas de preexistência do direito frente ao respetivo titular poderia ser-se tentado a concluir pela irrelevância de tal dado. Se é certo que, na constituição de um usufruto a favor de um concepturo, a coisa a usufruir já existe aquando da criação do direito, não é menos correto afirmar que, na situação de emissão e abandono de título ao portador, a prestação é futura. O que, só por si, poderia indiciar a desnecessidade lógica e ontológica da preexistência do objeto e do sujeito relativamente ao direito subjetivo.

Cumpre, no entanto, distinguir as duas hipóteses. Na primeira, o que está em causa é o surgimento de um direito absoluto, ao passo que na segunda já se trata de um direito relativo. Enquanto ali o objeto do direito tem necessariamente de ser presente, sob pena de o direito não se constituir; aqui o objeto é por natureza futuro. Enquanto ali o direito não nasce sem a prévia existência da coisa que lhe serve de esteio; aqui o direito refere-se sempre a uma prestação que mais não é do que uma atividade futura por parte do devedor.

Quando se trata dos direitos das gerações vindouras tem-se em mente os direitos fundamentais dessas gerações, mormente os seus direitos de personalidade. Ou seja, direitos absolutos que se esgotam no vínculo patente entre a pessoa e o objeto. A ausência simultânea de titular e de bem impede o aparecimento do vínculo. É concebível um vínculo em que somente uma das extremidades está preenchida, ficando-se a aguardar o preenchimento da outra. Assim acontece no caso da constituição de usufruto a favor de um concepturo. Não se consegue, contudo, vislumbrar como seja viável a presença de um vínculo desprovido de polos de referência. Numa palavra, afigura-se impossível a constituição de um vínculo entre uma pessoa e um objeto, quando nem aquela nem este existem.

Se a materialização da coisa pode ser suficiente para fundamentar o aparecimento do direito real, ainda que desprovido de sujeito, no que aos direitos de personalidade concerne tal não se mostra factível. A razão é simples. Naqueles, o objeto do direito é externo à pessoa do titular, não estando a sua existência dependente da existência dessa pessoa. Justamente por isso, a presença ou surgimento desse objeto não se acha condicionada pelo nascimento do titular. No caso aqui em análise, isso não sucede. A falta de independência do objeto face ao sujeito impede a sua preexistência e com ela a do direito. “A ideia de direitos sem

sujeito torna-se menos estranha se se pensar que é temporário e que só é possível relativamente a direitos que se relacionam imediatamente com uma coisa fora dele. O direito à liberdade, à honra, à integridade física são impensáveis sem sujeito” (REGELSBERGER, 1893, p. 79. Cf. ainda GIERKE, 1895, p. 257).

V. Tudo somado, isto parece indiciar que, de facto, não há no presente direitos subjetivos das gerações vindouras. Não porque essa figura seja juridicamente inadmissível – como não raro é afirmado nesta sede –, mas porque o carácter futuro não apenas do sujeito, mas sobretudo do objeto obstam à sua constituição. Isso não significa, contudo, a não vinculação da geração presente aos direitos futuros da geração futura. Como se verá, o direito da geração vindoura é futuro, mas a vinculação da geração atual é presente.

4. Situação jurídica da geração presente relativamente à geração futura

I. Neste momento, poderia ser-se levado a supor que a questão inicialmente colocada sobre a eventual ilicitude dos atos praticados pela geração presente, que venham a afetar a geração futura, já se encontra respondida em sentido negativo. Se não vigora um direito subjetivo, não há violação nem deste nem de um hipotético dever de respeito derivado daquele. Por qualquer caminho, portanto, se concluiria pela ausência de ilicitude. Não se julga, porém, que essa conclusão esteja correta.

II. A norma jurídica não contém apenas permissões ou imposições, encerrando em si valorações (ENGISCH, 1988, p. 46). No caso das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais – que é o que interessa a esta análise – acresce ainda a circunstância de os valores ali contidos terem uma “vocação de permanência” (J. PEREIRA DA SILVA, 2015, p. 431). Os direitos fundamentais caracterizam-se “medularmente pela capacidade de continuamente atravessarem o tempo, incólumes na sua essência   passagem de gera es”, encontrando-se “originariamente marcados pela sua intemporalidade, que deflui da presença da dignidade da pessoa humana no seu núcleo irredutível e no centro do próprio sistema jusfundamental” (J. PEREIRA DA SILVA, 2015, p. 428).

De qualquer norma permissiva, e por maioria de razão das normas jusfundamentais, resulta o dever de não impedir a constitui o e futuro

exercício dos direitos nela previstos. Enquanto vigorarem aquelas normas atributivas de direitos, não se deve adotar comportamentos que venham impossibilitar a sua aplicação. O direito fundamental da geração vindoura é futuro, mas a norma que o prevê é presente, tal como o valor nela consagrado. O que significa que a norma, pelo simples facto de vigorar e de possuir conteúdo axiológico tido por intemporal, impõe à geração atual o dever de se abster de praticar qualquer tipo de conduta que possa obstar ao seu futuro preenchimento e concretização. Da simples vigência da norma decorre, portanto, a proibição de inviabilizar o nascimento dos direitos fundamentais da geração vindoura ou de os esvaziar por completo.

III. Por outro lado, importa também não esquecer a distinção latente nas normas jusfundamentais entre domínio de tutela e domínio de garantia efetiva ou, se se preferir, a separação entre o direito fundamental *prima facie* e o direito fundamental definitivo. Os primeiros correspondem ao desenho abstrato da situação jurídica, os segundos ao direito encabeçado em concreto por uma determinada pessoa (ALEXY, 1997, pp. 103, 130 *et seq.*; BOROWSKI, 1998, pp. 29 *et seq.*).

Quando se observa esta distinção na ótica do confronto entre gerações atuais vs. gerações vindouras, facilmente se conclui pelo carácter presente do direito *prima facie* da geração vindoura. A norma jusfundamental, precisamente por ter uma vocação de permanência, traça o modelo do direito não apenas tendo por referência os destinatários contemporâneos, mas simultaneamente os seus destinatários futuros. Numa palavra, a norma define o direito *prima facie* de qualquer pessoa, presente ou futura. Apenas o direito definitivo se acha dependente do nascimento do titular. O que vale por dizer que os bens futuros da geração futura se acham a coberto pelo domínio de tutela da norma vigente. Somente o domínio de garantia efetiva consagrado por tal norma fica dependente do nascimento do sujeito.

Duas são as consequências da natureza presente dos direitos *prima facie* da geração futura. A primeira traduz-se na imposição de um dever genérico de respeito, que vincula a geração atual a não impedir a constituição e o exercício futuro dos direitos definitivos da geração vindoura. Não se pode inviabilizar a conversão no momento devido do direito *prima facie* em direito definitivo. A segunda, estritamente interligada com a primeira, prende-se com a delimitação dos direitos definitivos da geração atual pelos direitos *prima facie* das gerações futuras. Por outras palavras, os direitos *prima facie* da geração vindoura podem constituir

limites extrínsecos ou restrições aos direitos definitivos da geração atual. Em termos práticos, isto significa que no juízo de proporcionalidade próprio da concretização dos direitos fundamentais devem ser sopesados os direitos *prima facie* das gerações futuras. Estes fundamentam não só a aplicação de restrições aos direitos das gerações presentes, como possíveis juízos de inconstitucionalidade de normas que ponham em causa, sem justificação material atendível, os direitos das gerações vindouras.

IV. Em jeito de conclusão, tudo leva a crer que os direitos futuros da geração vindoura desempenham hoje uma dupla função: instituem um dever geral de respeito e balizam a extensão dos direitos da geração presente. Qualquer ato, que não se ache justificado pelo âmbito de garantia efetiva do direito fundamental e que impeça a constituição ou o exercício do direito fundamental da geração futura, será por conseguinte um ato ilícito.

Bibliografia referenciada

- ALEXY, 1997. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- ANDRADE, 1960. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina
- OLIVEIRA ASCENSÃO, 2000. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, Coimbra: Coimbra Editora
- OLIVEIRA ASCENSÃO, 2002. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora
- BLOMEYER, 1954. Arwed Blomeyer, *Der unbestimmte Gläubiger*, *Festschrift für Rabel*, Tübingen: Mohr Siebeck
- BOROWSKI, 1998. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos
- BROX & WALKER, 2015. Hans Brox & Wolf Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, Munique: Vahlen
- CARVALHO, 2012. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora
- PEREIRA COELHO, 1992. Francisco Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, Coimbra: s/ed.
- MENEZES CORDEIRO, 2011. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, tomos I & IV, Coimbra: Almedina
- PAMPLONA CORTE-REAL, 2012. Carlos Pamplona Corte-Real, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa: Quid Juris
- CROME, 1900. Carl Crome, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Tübingen & Leipzig: Mohr

- CUNHA, 1971-1972. Paulo Cunha, *Teoria Geral do Direito Civil*, Resumo Desenvolvido das Lições Proferidas no Ano Letivo 1971-1972, Lisboa: s/ed.
- DÖLLE, 1952. Hans Dölle, *Bemerkungen zur Blankozession, Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck
- ENGISCH, 1988. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Gulbenkian
- CARVALHO FERNANDES, 2012a. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª edição, Lisboa: Quid Juris
- CARVALHO FERNANDES, 2012b. Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 6.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora
- FISCHER, 1919. H. A. Fischer, “Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft”, in *Archiv für die civilistische Praxis* 117 (1919), pp. 143 *et seq.*
- FISCHER, 1923. H. A. Fischer, “Subjekt und Vermöge”, in *Festschrift für Eduard Rosenthal zum siebzigsten Geburtstag*, Jena: Juristische Fakultät der Universität Jena, pp. 1 *et seq.*
- GIERKE, 1895. Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig: s/ed.
- HERSTEIN, 2009. Ori J. Herstein, “The Identity and (Legal) Rights of Future Generations”, in *George Washington Law Review* 77 (2009), pp. 1172 *et seq.*
- HOHNER, 1969. Georg Hohner, *Subjektlose Rechte – Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession*, Bielefeld: Giesecking
- IHERING, 1871. Rudolf von Ihering, “Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag für die Theorie der Rechte”, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 10, Jena: F. Mauke, pp. 387 *et seq.*
- LARENZ, 1977. Karl Larenz, “Zur Struktur ‘subjektiver Rechte’”, in *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis*, Munique: Beck, pp. 129 *et seq.*
- CASTRO MENDES, 1978. João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa: AAFDL
- MOTA PINTO, 2012. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, revista por António Pinto Monteiro & Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora
- PUCHTA, 1865. George Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, 1. Bd., Leipzig: s/ed.
- REGELSBERGER, 1893. Ferdinand Regelsberger, *Pandekten*, vol. I, Leipzig: Duncker
- SAVIGNY, 1840. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vols. I, II e III, Berlin: Veit
- SCHMIDT, 1991. Karsten Schmidt, “Universalsukzession Kraft Rechtsgeschäfts”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 191 (1991), pp. 495 *et seq.*
- PEREIRA DA SILVA, 2015. Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- GOMES DA SILVA, 1955. Manuel Gomes da Silva, *Curso de Direito das Sucessões*, 3.ª edição, Lisboa: AAFDL
- CAPELO DE SOUSA, 2002. Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora

- CAPELO DE SOUSA, 2003. Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora
- STAMMLER, 1907. Rudolf Stammler, “Unbestimmtheit des Rechtssubjektes”, in *Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universität-Jubiläum*, Giessen: Alfred Topelmann, pp. 1 *et seq.*
- GALVÃO TELLES, 2004. Inocência Galvão Telles, *Sucessões – Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora
- THAL, 1905. Alfred Thal, *Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen*, Breslau: Marcus
- VON TUHR, 1998. Andreas von Tuhr, *Derecho civil*, vol. 1, trad. Tito Ravá, Granada: Comares
- PAIS DE VASCONCELOS, 2015. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a edição, Coimbra: Almedina
- WINDSCHEID, 1853. Bernhard Windscheid, “Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit”, in *Kritik Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1 (1853), pp. 181 *et seq.*
- WINDSCHEID, 1856. Bernhard Windscheid, *Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf: Buddeus
- WINDSCHEID, 1862. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Estugarda: s/ed.
- WINDSCHEID, 1879. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Estugarda: s/ed.
- WINDSCHEID, 1887. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Frankfurt am Main: Theodor Kipp
- WINDSCHEID, 1906. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Frankfurt am Main: Theodor Kipp
- WOLF & NEUNER, 2012. Manfred Wolf & Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Munique: Beck

Teorias da Justiça Intergeracional

ANDRÉ SANTOS CAMPOS*

Em cada ação é mister atentar, além de na própria ação, no nosso estado presente, passado, futuro, assim como em tudo aquilo que lhe seja relevante. E ao ver as ligações entre todas essas coisas, ficaremos então deveras refreados.

Pascal, *Pensées* (L 927 / S 756)

1. O que são teorias da justiça intergeracional

Desde os seus primórdios que a filosofia se preocupa com a justiça e se ocupa de refletir sobre os pressupostos correspondentes e conteúdos possíveis. Quer o seu olhar deambulante se fixe na estrutura básica das sociedades ou nos caracteres e ações dos humanos, quer o seu entendimento da (re)partição social requeira uma igualdade absoluta no acesso aos recursos disponíveis (ora enquanto sejam meios de produção, ora enquanto sejam riqueza resultante da produção) ou um mero tratamento equitativo entre indivíduos livres, quer a sua linguagem se explique numa preferência por deveres ou numa predominância (hoje em dia quase inebriante) dos direitos, quer as suas intenções sejam pedagógicas e prescritivas ou apenas descritivas de valores, quer a sua intimidade com o ideal implique uma utopia realizada (ou por realizar, mesmo que impossível) ou um compromisso terra a terra com a práxis, sempre a

* André Santos Campos é investigador principal do Ifilnova, instituto de filosofia da Universidade Nova de Lisboa, onde trabalha nas áreas da Filosofia Moderna, Filosofia Política e Filosofia do Direito. É também professor auxiliar convidado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde leciona a disciplina de Teoria do Direito no programa de doutoramento. Em 2014, recebeu o prémio do melhor ensaio filosófico da Sociedade Portuguesa de Filosofia pelo seu trabalho sobre justiça intergeracional. Foi autor de *Jus sive Potentia* (CFUL, 2010), de *Spinoza's Revolutions in Natural Law* (Palgrave MacMillan, 2012), e de *Glosas Abertas de Filosofia do Direito* (Quid Juris, 2013), assim como editor de *Spinoza: Basic Concepts* (Imprint Academic, 2016), *Spinoza and Law* (Ashgate, 2014) e de *Challenges to Democratic Participation* (Lexington Books, 2014).

sua procura por modelos de distribuição do bem e de comutação do mal aspirou à universa(bi)lidade.

Num tal contexto, seria expectável que justiça entre gerações consistisse na aplicação de diferentes teorias da justiça às relações entre indivíduos de diferentes grupos etários, fossem eles contemporâneos entre si ou não. Contudo, essas mesmas relações contêm uma especificidade que, se não chega a tornar defunta a ambição de um universal axiológico, pelo menos desafia-o: a suscetibilidade ao curso unidirecional do tempo. O velho problema metafísico do contraste entre vivências simultâneas a diferentes tempos – por exemplo, o tempo do humano tão curto perante a espécie, o tempo do indivíduo tão curto perante a sociedade, o tempo do planeta tão curto perante o cosmos, tudo num jogo de tensões entre o desespero do curto-prazo próprio das partes e um esforço de longo-prazo apenas possível aos todos – ressuscita então no respeitante à justiça, dado que o alcance da ação humana estende-se muito para lá da duração do agente e nessa extensão pode não haver reciprocidade entre agentes sidos e agentes por ser.

Por isso, o apuramento da “geração” como destinatária de uma teoria da justiça, ao invés dos habituais “indivíduo humano” e “sociedade”, surge sobretudo como consequência da capacidade do tempo poder estabelecer relações, porventura sujeitas a algum tipo de avaliação moral, entre quem nunca chega a ser contemporâneo. Ora, o que vem a ser uma geração neste contexto? O senso comum reconhece que os indivíduos podem partilhar características com outros (ou divergir de outros nas suas características) em função da semelhança (ou da diferença) de idade, porém não consegue definir esses limites. A paternidade (ou a sua possibilidade) pode ser vista como separadora de gerações, mas esse é um critério muito incerto de identificação. Em rigor, não há uma fronteira exata demarcando as gerações, um limiar quantitativo a partir do qual se possa dizer que uma termina para se iniciar uma outra. Mas há um facto que diferencia irremediavelmente em função do tempo: a simultaneidade. E nesse sentido é fácil discriminar entre quem viveu antes, vive durante ou viverá depois de um determinado tempo.

Haverá então que distinguir, debaixo dessa cobertura conceptual que é a geração, entre aquelas relações em que os indivíduos partilham um mesmo tempo embora se distingam mais ou menos na idade e aquelas relações em que os indivíduos não partilham de todo o mesmo tempo. Das primeiras, que se dizem *intratemporais*, pode haver juízos morais em que a idade seja um fator a ter em conta (v.g., tem um indivíduo

adulto uma obrigação de justiça perante outro indivíduo apenas por este último ser uma criança? ou ser um idoso?), mas nestes casos a diferença justificativa da problemática reside não tanto na idade quanto no facto de alguns indivíduos se encontrarem numa situação de fragilidade em função da idade (como podiam assim estar em função de qualquer outra circunstância, como a pobreza, a doença, *etc.*). Não há então motivo por que as teorias da justiça mais gerais não possam dar resposta aos problemas que relações desta natureza suscitam. As segundas, porém, que se podem chamar de *intertemporais*, apresentam algumas especificidades dado não admitirem reciprocidade entre os indivíduos enquanto agentes que afetam e agentes que são afetados, exclusivamente à luz do tempo em que vivem – e aqui poderá falar-se então de *justiça intergeracional* (sobretudo entre diferentes gerações não simultâneas), contraposta à *justiça intrageracional* (sobretudo entre diferentes gerações simultâneas). Para efeitos da justiça intergeracional, portanto, as crianças e os idosos de hoje podem ser considerados membros da mesma geração, embora não para efeitos da justiça intrageracional. É quanto à intergeracional, cuja amplitude abrange relações entre diferentes gerações que podem não ser contemporâneas, que se pode invocar uma insuficiência das teorias gerais da justiça.

O cético pode negar a autonomia de uma conceção da justiça focada em exclusivo nas relações entre gerações (*e.g.* BECKERMAN, 2006, p. 66), e ao fazê-lo recupera o já ancestral parecer de Thomas Jefferson, para quem “a terra pertence aos vivos, não aos mortos” e “cada geração tem o usufruto da terra durante o período da sua permanência” (JEFFERSON, 2004, p. 599), pelo que a justiça entre gerações ou não existe ou reduz-se a cada geração reconhecer às anteriores e às sucessivas o direito de determinarem as suas próprias noções de justiça. As teses de Jefferson, apresentadas em debates epistolares com James Madison ou John Wayles Eppes e tendo ido ao encontro de algumas das pretensões originais da Revolução Francesa (consoante o atestam, por um lado, a formulação que viria a ser adotada pelo artigo 28.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1793, influenciada pelo pensamento de Condorcet, segundo a qual “uma geração não pode submeter às suas leis as gerações futuras”; e, por outro lado, também a posição de Thomas Paine ao negar em *The Rights of Man*, de 1791, a ideia segundo a qual um órgão de poder gozaria de um qualquer direito de tornar obrigatórias as suas políticas até “ao fim do tempo” [PAINE, 1995, p. 91], em resposta à crítica de Edmund Burke aos ideais revolu-

cionários baseada numa concepção de sociedade enquanto parceria entre vivos, mortos e por nascer (BURKE, 1962, p. 140)] por secundarem um ideal de homem transformador (*homo faber*) que acredita no progresso e na sua capacidade de ser senhor do seu próprio destino, incidiram em especial sobre as exigências de estabilidade do então emergente constitucionalismo norte-americano e sobre os ditames da economia pública quanto à extensão da dívida contraída. E nestes âmbitos a recusa da necessidade de uma noção de justiça intergeracional resultava do próprio entendimento da natureza e do alcance de uma noção de justiça intrageracional, uma vez que as leis e as dívidas poderiam ser constituídas com um prazo determinado e propositadamente adstrito ao tempo de uma geração (que Jefferson, seguindo os estudos demográficos de Buffon, chegou a situar em 19 anos).

Todavia, este contexto redimensionou-se a partir do momento em que as atividades humanas começaram a surtir um impacto significativo não apenas nas gerações não simultâneas mais próximas no tempo, mas também naquelas distanciando-se numa duração histórica de difícil mensuração. O *homo faber*, na sua ânsia de demiurgo insaciável, fez incorrer o planeta numa era do antropoceno em que os efeitos da sua ação transformam o clima e os ecossistemas numa escala global (STEFFEN *et al.*, 2011). Isso faz com que as suas ações não só afetem a qualidade de vida de gerações não simultâneas longinquamente subsequentes, como sejam ainda capazes de impedir o próprio nascimento de gerações futuras, dessa maneira provocando num prazo alargado a aniquilação da espécie. Por conseguinte, deixa de ser possível que uma concepção exclusivamente intrageracional da justiça seja suficiente para enquadrar num só esquema valorativo todas as (potenciais) consequências morais e físicas, quer das ações humanas quer dos arranjos sociais de que estas emergem.

Como se isso não bastasse, a transformação rápida das sociedades modernas parece proporcionar cada vez mais desafios transtemporais a teorias da justiça minimamente exequíveis, desde o envelhecimento progressivo das comunidades devido à melhoria dos cuidados de saúde (o que exige reformulações dos sistemas públicos de proteção social), passando pelas alterações demográficas que multiplicam sociedades em desenvolvimento ou reduzem sociedades desenvolvidas (o que exige novos modelos de distribuição dos recursos públicos disponíveis), pela discrepância entre o número de jovens adultos em funções públicas de decisão e a sua representatividade social, pela difícil mobilidade etária do mercado de trabalho (por renovação ou por criação de novos empre-

gos, resultando na persistência de taxas de desemprego jovem em muito superiores à média geral dos trabalhadores), e culminando na presença de alterações climáticas capazes de forçarem migrações em massa ou de destruírem recursos naturais tidos por necessários à sobrevivência da espécie humana (TREMMELE, 2006, pp. 210-2).

Ao transformar o seu meio e a si mesmo com crescente velocidade, ao alçar o seu braço causal cada vez mais longe na História, ao potenciar-se ao ponto de ameaçar a sua própria persistência enquanto espécie, esse agente moral partilhando a natureza de humanidade alterou a sua relação com o tempo, e nessa alteração foi desafiado a incluir na sua noção de justiça esse outro humano escondendo-se por detrás da cortina do porvir, tomando-o (mesmo que ideal ou potencialmente) como um humano-outro. Nesse sentido, não basta o aprofundamento de teorias da justiça ao abstrato da relação intergeracional – é mister a especificidade de teorias da justiça intergeracional.

2. Em que consistem as teorias da justiça intergeracional

A temática da justiça intergeracional envolve dois tipos de problemas. O primeiro é o de indagar se existirá sequer uma conceção de justiça que se aplique exclusivamente às relações entre gerações; o segundo é o de identificar, em caso de resposta afirmativa ao primeiro problema, qual o conteúdo de uma tal justiça. A partir destes problemas, as tentativas de resposta estendem-se por distintas áreas de estudo, com preocupações e metodologias autónomas, que vão desde a ética até à filosofia política, à economia, à sociologia, ao direito e aos estudos ambientais.

Quanto ao primeiro problema, mesmo admitindo a existência de uma específica justiça entre gerações, ela não deixará de ser também como que uma subespécie da temática geral da justiça, e por isso estará submetida aos mesmos desafios. Não bastará portanto questionar se existe justiça entre gerações; será ainda necessário indagar o que se entende por justiça (ou pelos critérios que a determinam) num contexto relacional entre gerações. Só desta maneira se perceberá como as várias perspetivas da existência de justiça intergeracional diferem não só nos motivos e nas razões que justificam invocar uma dimensão axiológica entre gerações, mas também nas próprias conceções de justiça, ao ponto de por vezes a defesa de um determinado tipo de justiça intergeracional poder ser considerada uma defesa da inexistência de justiça intergeracional à luz de um outro tipo de justiça intergeracional.

Em geral, as posições a favor ou contra a justiça intergeracional partilham as seguintes características:

- 1) *Intertemporalidade geracional*. A justiça entre gerações tende a ser debatida no interior de um contexto temporal das relações inter-humanas mensurável na não contemporaneidade. Por outras palavras, as gerações em que se afere a existência e os conteúdos de uma justiça comum não são necessariamente simultâneas. É isso o que torna as sociedades em comunidades transgeracionais, isto é, transtemporais ao ponto da não conectividade temporal entre indivíduos de uma mesma sociedade. A visão do tempo usada divide-se em três momentos: necessidade-atualidade-possibilidade. Aquilo a que se chama “passado” é aquele momento da História absolutamente inalterável; é necessário no sentido em que a relação de causa e efeito é uma de necessidade e não pode ocorrer de outra forma. Aquilo a que se chama “presente”, por seu turno, é a realidade do momento em que o potencial e o possível se convertem em efetivo, em evento. E, por fim, aquilo a que se chama de “futuro” é, do conjunto infinito de mundos possíveis, aqueles cuja expectativa de conversão em atualidade é razoável. Em qualquer dos casos, a intergeracionalidade é sempre uma intertemporalidade em que os seus três momentos constitutivos não têm de se misturar. Mas é ainda esta tripartição intertemporal que justifica um tratamento da justiça não apenas na relação das gerações presentes com as gerações futuras, mas também na relação das gerações presentes com as passadas, consoante o ilustram as reivindicações de reparação de danos pretéritos por parte dos descendentes dos escravos norte-americanos (cf., de entre uma vastíssima bibliografia, HOROWITZ, 2002, e BROPHY, 2008) e das vítimas do Holocausto (BAZYLER & ALFORD, 2005), por exemplo, ou a contagem de emissões de CO₂ no passado para aferição das taxas de redução de emissões devidas no presente (GOSSERIES, 2004).
- 2) *Ausência de reciprocidade entre gerações de indivíduos não contemporâneos*. A discussão em torno da justiça intergeracional pressupõe a impossibilidade de uma cooperação mútua entre membros de uma mesma comunidade pertencentes a gerações não simultâneas.
- 3) *Assimetria nas relações de poder entre as gerações*. Toda a discussão axiológica intergeracional assume como preocupação

primordial um nivelar do desequilíbrio de poder entre presente e passado ou futuro no qual se opõe a efetividade das forças hodiernas à impotência e fragilidade dos humanos de ontem e de amanhã. A motivação inerente à justiça intergeracional acaba por ser a necessidade de uma proteção dos mais frágeis. Talvez por isso mesmo, apesar de a temática da justiça intergeracional envolver o apuramento de responsabilidades das gerações presentes face às gerações passadas e às futuras, é na relação entre o presente e o vindouro que ela mais se especifica, uma vez que não há afeição possível do passado por parte do presente salvo através da memória ou da relação intrageracional entre descendentes de um certo passado e não descendentes.

- 4) *Transdisciplinaridade*. O que começou por ser uma discussão em torno dos tipos de constrangimentos oponíveis ao desenvolvimento de políticas públicas, enquanto temática central da filosofia política, depressa transbordou as margens do político e da instrumentalização jurídica para se instalar no âmbito dos vários ramos da ética, desde a meta-ética até à ética prática. Ilustram-no os debates em torno da existência de direitos à existência ou não existência por parte de indivíduos ainda por nascer, em conexão com a temática do aborto, assim como os debates acerca da violabilidade dos direitos de pessoas portadoras de deficiência, e sobretudo as preocupações a nível de ética ambiental. Por conseguinte, mesmo a abordagem de problemas de justiça intergeracional próprios da ordem disciplinar do jurídico-político não pôde deixar de se focalizar em argumentos e pressupostos herdados do âmbito moral.

Nos horizontes desta partilha serpenteiam porém diferentes caminhos feitos de diferentes substâncias. Desde logo, e *em primeiro lugar*, os instrumentos conceptuais manipulados por teorias da justiça intergeracional não são uniformes – enquanto aqui se coloca a ênfase argumentativa no problema dos direitos das gerações futuras, ali prefere-se tratar de deveres das gerações presentes para com as vindouras, e acolá de constrangimentos normativos não deonticos (como princípios, políticas, ou diretivas) às gerações presentes por motivos que se não restrinjam exclusivamente ao interesse ou aos direitos dos vindouros.

A distinção não é de somenos, dado que cada instrumento conceptual enfrenta os seus problemas existenciais capazes de perigar a própria defesa

de uma justiça intergeracional. No que concerne ao respeito por direitos de pessoas futuras, o recurso à terminologia dos direitos parece pressupor que não é a sua titularidade concreta por indivíduos específicos do futuro o que faz relevar a sua importância numa ponderação moral presente, mas sim a consideração de que as pessoas futuras serão seres humanos, partilhando com as pessoas do presente a mesma condição de humanidade (MEYER, 2010). Porém, uma tal posição presume a possibilidade de se conceberem como vinculativos direitos ainda sem titulares, e num certo sentido a não titularidade de direitos pode ser entendida liminarmente como razão suficiente para rejeitar a vinculação a direitos de pessoas futuras uma vez que não haverá então poderes deonticos efetivos nem capacidades subjetivas de reivindicação, mas apenas razões atendíveis de justificação de alguns constrangimentos (deonticos ou não) às gerações presentes (DE GEORGE, 1981; MACKLIN, 1981; BECKERMAN, 2003; & 2004). Continua a impor-se, portanto, um esclarecimento do que se entende por “direitos de pessoas futuras” quando se discute a existência de justiça intergeracional.

Por outro lado, a eventual rejeição da existência de direitos de pessoas futuras não acarreta necessariamente a não atribuição de deveres às gerações presentes para com as gerações futuras, conquanto se considere haver deveres válidos que não têm direitos como correlativos. Para os defensores de uma justiça intergeracional explanável sobretudo em linguagem deontica, esta superação justifica-se de maneira simples: as pessoas presentes devem respeito a bens valiosos deixados pelos seus antepassados e que transitarão para os seus sucessores, assim como devem respeito aos projetos de longo prazo considerados valiosos pelos seus contemporâneos. Um tal respeito origina um dever geral a que normalmente se chama de *proibição da despoupança* (formulação mais exigente e impositiva do “princípio da poupança” elaborado por John Rawls, do qual se falará *infra*), segundo o qual as pessoas do presente não deverão esgotar ou destruir os bens herdados e as condições constitutivas de prossecução de projetos de longo prazo (BAIER, 1981; MEYER, 2005). Porém, o que justifica que esse respeito tenha a natureza forte de um imperativo? Com efeito, a deontologia parece ser apenas uma das maneiras de interpretar a justiça intergeracional. Porquê então restringir a discussão da justiça intergeracional a uma linguagem deontica que diminui a exigência axiológica de conceitos morais relevantes como a virtude, a responsabilidade, o respeito, o interesse, a boa política? Por outras palavras, a escolha do instrumento conceptual numa teoria da justiça intergeracional constitui

uma pedra-chave na argumentação a favor da existência dessa justiça específica e da natureza dos seus conteúdos.

Em segundo lugar, os padrões de medida da justiça entre gerações estão também longe de serem semelhantes. Mesmo naqueles casos em que a discussão se cinge à determinação do bolo (o quê e o quanto dos *recursos disponíveis*, isto é, do capital não apenas físico, mas também tecnológico, institucional, ambiental, cultural, relacional, que esteja acessível aos membros de uma comunidade) (GOSSERIES, 2008, p. 63) a passar às gerações seguintes, o critério que o identifica difere de teoria para teoria, podendo ser comutativo, agregativo, ou distributivo. Um critério *comutativo* estabelece que, independentemente do tamanho do bolo em questão, a justiça é atingida na medida em que haja um equilíbrio entre o que se recebe e o que se transmite. Há como que um padrão de reciprocidade, o qual, não sendo possível em relações entre gerações não simultâneas (a obrigação de devolver o que se recebeu não é direta se já não existe a entidade de quem se recebeu), pode ainda assim ter um papel proeminente se a ideia de devolução puder ser atualizada na continuidade das gerações (indiretamente, portanto). Em sentido oposto, um critério *agregativo* estabelece que, independentemente de como as relações entre gerações se desenvolvem, a justiça é atingida levando em conta apenas a grandeza total do bolo – o que importa é o agregado do capital e do bem-estar do qual a sociedade como um todo beneficia, não os tamanhos relativos das porções desse bem-estar que cada membro da comunidade acabará por receber. Por fim, um critério *distributivo* atenta nos meios de distribuição do bolo entre os destinatários de uma justiça intergeracional, pelo que o relevo recai no padrão da repartição entre todos do total do bolo disponível, mesmo que este não esteja maximizado na sua grandeza e independentemente da afetação passada de recursos que de algum modo haja que devolver ou comutar.

O critério da distribuição, por seu turno e *em terceiro lugar*, cria azo a um outro desvio da uniformidade nas teorias da justiça intergeracional: o da partição segundo um subcritério de igualdade em sentido estrito, segundo um subcritério de prioridade ou segundo um subcritério de suficiência.

À luz de um *igualitarismo estrito*, a mera permissão de exercícios de liberdades individuais que deixem as gerações futuras numa situação desigual será injusta, mesmo que todos os membros futuros vejam reconhecidos os seus direitos mínimos de aceder aos mesmos recursos que as gerações anteriores. Todavia, a adoção da igualdade como critério

de qualificação da justiça intergeracional não está isenta de problemas e desafios. Um primeiro consiste na determinação de quais os agentes comparáveis para avaliação de uma relação de igualdade. Igualdade, sim: mas “igualdade entre quem?” De acordo com uma determinada interpretação, as gerações presentes estão vinculadas a exigências de justiça na medida em que não poderão fazer com que determinados membros de gerações futuras fiquem em condições de bem-estar abaixo daquelas gozadas pela generalidade dos membros dessas mesmas gerações futuras. Por outras palavras, a justiça (intergeracional) estabelece hoje um dever de evitar que as gerações futuras vivam numa situação de desigualdade (intra-geracional) (SHER, 1979, p. 389). Uma outra interpretação sublinha que a justiça dita a impossibilidade de fazer com que os membros de gerações futuras fiquem em condições de bem-estar piores do que aquelas gozadas pelas gerações anteriores. Assim, a justiça intergeracional impõe hoje um dever de evitar que as gerações futuras fiquem numa situação de desigualdade prejudicial perante as anteriores (BARRY, 1999): o foco incide não mais sobre a desigualdade intra-geracional futura, mas sobre a igualdade transgeracional.

Um segundo desafio consiste na determinação dos termos de comparação que permitem concluir que uma situação de igualdade ocorre entre pelo menos duas entidades. Igualdade, sim: mas “igualdade do quê?” (SEN, 1982, pp. 353-69; & DWORKIN, 2000, p. 11) Assim, onde algumas interpretações preferem comparar os níveis de bem-estar dos vários membros de uma sociedade transgeracional (isto é, ao longo de várias gerações não simultâneas) (HONDERICH, 1976, p. 4; LAYARD, 2005, p. 111; DWORKIN, 2000, p. 12), outras incidem o seu foco sobre a igualdade dos recursos estruturais e institucionais disponíveis às várias gerações (RAWLS, 1999, sec. 44), outras ainda sublinham a importância da igualdade de capacidades individuais básicas na obtenção do estilo de vida valorizado (SEN, 1999, p. 75) ou até a igualdade medida por uma escala contendo uma mistura de critérios determinativos de oportunidades livres de obstáculos e de padrões mínimos de bem-estar (COHEN, 2011, pp. 44-60). Não parece bastante, para o estabelecimento de uma teoria da justiça intergeracional, a procura por uma resposta satisfatória à dúvida acerca de “porquê a igualdade como critério de justiça”, sendo necessária ainda a especificação do tipo de igualdade adotado.

Ainda assim, pode haver uma preferência por algum tipo de desigualdade aquando da distribuição dos recursos que constituem uma certa noção de justiça intergeracional. A mera possibilidade de preocupações iguali-

tárias virem a justificar exclusivamente que certos membros de gerações futuras fiquem em condições piores que as dos membros presentes ou as dos seus contemporâneos chega a ser suficiente para afastar a igualdade como critério determinativo da justiça intergeracional, em detrimento de um critério conferindo prioridade e privilégios aos que se encontrem em pior condição. É o que chega a fazer a “perspetiva da prioridade” (ou *prioritarismo*) (PARFIT, 1997, p. 213), segundo a qual devem ser produzidos mais benefícios sobre os mais desfavorecidos mesmo que daí resulte um acréscimo nas diferenças sociais e económicas entre os membros de uma comunidade transgeracional. O objetivo de um tal redimensionamento do critério determinativo da distribuição consiste em evitar que a justiça como igualdade seja invocada para permitir um nivelamento por baixo das condições de *todos* os membros de uma mesma comunidade. O ideal da prioridade entende a justiça sobretudo no sentido da universalização dos benefícios produzidos como consequência de exigências morais. Qualquer falha no cumprimento desta universalização corresponde a uma injustiça, mesmo que resulte na produção de maior igualdade.

Contudo, mesmo uma tal pretensão de universalização de benefícios pode ter os seus limites. Estes são identificados sobretudo pelas visões defensoras da justiça como “suficiência” (ou *suficientarismo*), segundo as quais há exigências axiológicas no sentido de providenciar ao maior número possível de indivíduos os meios suficientes de procura e obtenção do estilo de vida valorizado (FRANKFURT, 1987). Logo, a justiça não corresponde a uma noção estrita de igualdade uma vez que aceita como justas situações de desigualdade; ela corresponde sim à “perspetiva da prioridade” sempre que os mais desfavorecidos estejam abaixo de um limiar de suficiência que lhes permita a procura desse estilo de vida valorizado; contudo, uma vez atingido e superado esse limiar, nenhuma outra exigência moral será imposta. A justiça como que se torna dever de universalização de um grau mínimo de existência – uma vez atingida essa universalização, a justiça silencia-se quanto às relações intergeracionais (CRISP, 2003).

Num certo sentido, a disparidade entre os padrões de medida da justiça nas variantes teóricas das relações entre gerações não simultâneas deixa transparecer as mesmas diferenças que se encontram nas teorias da justiça mais gerais. Mesmo os esforços para superar uma tal disparidade [no que constitui, por exemplo, uma tentativa de fundir as perspetivas igualitária em sentido amplo, de prioridade, e de suficiência, cf. PAGE (2006); CASAL (2007)] não evitam uma tentativa de encontrar uma teo-

ria da justiça ampla o bastante para envolver e prever necessariamente a verificação de responsabilidades morais entre gerações. Porém, isso resulta da exigência inerente a uma teoria da justiça intergeracional: que reconheça a especificidade das relações entre gerações não simultâneas em matéria de justiça, sobretudo quando comparadas com as relações entre gerações contemporâneas (as chamadas comunidades intrageracionais); mas que, dentro dessa originalidade no enfoque, se desenvolva enquanto inerência teórica de uma específica reflexão sobre a justiça.

3. O que dizem as teorias da justiça intergeracional

Uma teoria da justiça intergeracional resulta do pressuposto de que há uma dimensão axiológica relevante no estabelecimento (mesmo que apenas ideal) de relações entre diferentes gerações. Nesse pressuposto está implícita a possibilidade de vigência de elementos normativos (deveres, obrigações, direitos, responsabilidades, princípios, *etc.*) cuja contraparte inexistente no presente, porém não contém ainda qualquer razão positiva que demonstre a validade desses elementos normativos, nem qualquer definição dos seus conteúdos – cabe às teorias substanciais da justiça intergeracional o fornecimento de uma argumentação, a seu tempo explicativa e justificativa, a favor da sua existência e/ou do seu conteúdo.

Em tais exercícios de especificação persistem diferentes aceções quer das relações dos destinatários desses elementos normativos (a saber: os membros das gerações do presente) com os recursos que lhes estão disponíveis, quer do enquadramento temporal da legitimidade da posse e do usufruto desses mesmos recursos; isto é, diferentes atitudes perante problemas tipicamente metafísicos acarretam diferentes perspectivas no âmbito da filosofia prática respeitante apenas às relações entre gerações não simultâneas. Por exemplo, uma teoria comutativa simples reproduz os modelos da herança e da reparação: as gerações presentes herdaram dos seus antepassados os recursos que estes lhes deixam e esse benefício como que é constitutivo de um encargo de restituição de um benefício a outra geração, se não a mesma (que a não pode já receber), uma outra por via novamente do mecanismo da herança – a relação dos agentes morais com os recursos é neste caso uma de disponibilidade semelhante à propriedade, e a sua transmissão de geração para geração espelha o curso do tempo histórico. Num sentido oposto expressa-se o tradicional provérbio índio-americano: “Não herdamos a terra dos nossos antepassados, recebemo-la por empréstimo dos nossos filhos.” Aqui, o

modelo é o do empréstimo, não mais o da herança, o que implica não só um aligeiramento da legitimidade do usufruto dos recursos, na medida em que não haverá propriedade mas sim posse de algo pertencente a outrem, mas também uma perspectiva do tempo no sentido psicológico mais do que histórico, pois o empréstimo espelha o curso da memória, da frente para trás, por uma geração de proprietários que nunca chega a existir (porque está sempre no futuro, mesmo para as gerações futuras que se tornarão presentes).

Alternativa a estas posições será ainda a tese da responsabilidade de Hans Jonas, a qual pretendeu redefinir os elementos-chave da ética ao introduzir-lhe um cuidado especial com o futuro e ao adaptá-la às condições proporcionadas pelo recém-imenso poderio do humano face à natureza (JONAS, 1979). Segundo Jonas, a questão intergeracional é uma de sobrevivência da própria humanidade, uma vez que a ação humana se tornou capaz de perigar, pela tecnologia, a própria habitabilidade do planeta. A solução proposta passa por uma redefinição da ética que a desligue de um centramento excessivo no homem e a distenda ao ponto de incluir a conservação do mundo físico, mormente através de um princípio de responsabilidade que supere os constrangimentos antropocêntricos da reciprocidade e que exija a cada indivíduo a assunção de ações e limites correspondentes que contribuam para a existência da humanidade futura e para a preservação da ideia de homem. Ora, segundo Jonas, há uma conexão entre o poderio ilimitado da tecnologia humana sobre os recursos disponíveis e o facto de a ética tradicional ser profundamente antropocêntrica na medida em que relaciona sempre e apenas diferentes gerações de humanos, quer num sentido histórico quer num sentido psicológico do tempo. Por isso, a perspectiva da duração que lhe interessa é a do tempo cósmico pois só assim a espécie humana assimilará que a sua relação com os recursos disponíveis é uma de identidade (não de propriedade, posse ou usufruto), e que a sua sobrevivência no longo prazo depende tanto de uma reciprocidade com a natureza quanto de uma autolimitação moral na qual a noção de responsabilidade adota um papel central.

Não obstante, qualquer uma destas três facetas tem em comum com as restantes um entendimento da relação das gerações presentes com os recursos disponíveis e com as gerações não simultâneas que requer a já mencionada “proibição da despoupança” (GOSSERIES, 2015, pp. 14-7 e 145). Os valores ínsitos na relação entre as gerações começam por tomar a forma de constrangimentos morais à possibilidade de esgotar (ou diminuir ao ponto do dano irreversível) os recursos gozados. Os fun-

damentos da força vinculativa desses constrangimentos é que começam por ser diferentes. Mesmo assim, será demasiado simplista reduzir todas as teorias da justiça intergeracional a um tronco comum que proíba a despoupança, sobretudo porque pode haver argumentos a favor de uma obrigatoriedade de certas poupanças ou em desfavor de uma inércia de investimentos cujos benefícios recaiam sobre outras gerações. Os traços peculiares dessas teorias são discerníveis de maneira mais fácil no seguinte elenco exemplificativo.

3.1. Teoria da reciprocidade indireta

O paradigma elementar de uma teoria comutativa da justiça intergeracional consiste no mecanismo da reciprocidade indireta. Num contexto intrageracional, a clássica ideia de justiça enquanto *suum cuique tribuere* (“dar a cada um o que é seu”) requer a operacionalização de um equilíbrio social entre aquilo que cada um contribui para o bem-estar de outrem e aquilo que cada contribuinte recebe de bem-estar de outrem. Os deveres para com alguém nascem e justificam-se a partir do facto de esse alguém haver beneficiado previamente de alguma maneira o agente – devolve-se a quem deu o bem o mesmo bem que começou por ser dado (o “seu”), e nessa reciprocidade cumpre-se a justiça. Esta percepção do justo teve uma disseminação popular muito alargada nas sociedades contemporâneas, e dela dependem várias construções de distribuição da riqueza, como por exemplo se nota nos sistemas públicos de segurança social do modelo social europeu do pós-guerra, em que as contribuições se justificam não apenas num senso de solidariedade social entre gerações simultâneas mas também na expectativa de que os contribuintes de hoje venham a ser beneficiados enquanto recetores das contribuições do futuro.

Num contexto intergeracional alargado (intertemporal), porém, não é possível essa reciprocidade. Mas isso não invalida forçosamente que a necessidade de devolução de benefícios cedidos se extinga num enquadramento conceptual da justiça pois a ausência de reciprocidade direta resulta da inexistência presente da geração credora, não da geração devedora. Daí a salvaguarda de um princípio de reciprocidade intertemporal, o qual faz transmitir os benefícios em crédito a outra geração ao jeito de uma herança – os credores, porque já desaparecidos na fatalidade do passado, transferem aos seus descendentes os seus créditos, mas para evitar que a reciprocidade se extinga por devedor e credor serem a mesma entidade, os descendentes que herdaram são afinal os descendentes indiretos,

isto é, os membros da geração subsequente à dos devedores. Por outras palavras, opera então um princípio de reciprocidade indireta: cada geração deve algo às gerações seguintes porque recebeu algo das gerações precedentes (BARRY, 1989, pp. 211-41; DE-SHALIT, 1995, pp. 96-9; & WADE-BENZONI, 2002).

Avoluma-se assim um conjunto de deveres em cadeia conectando todas as gerações não simultâneas. A geração do presente deve algo à subsequente em razão de haver recebido algo da anterior, a qual por seu turno devia à presente o que lhe deixou em razão de haver recebido algo da anterior, e assim sucessivamente (ou melhor, “regressivamente”). Não só há deveres para com as gerações futuras, como esses deveres se justificam à luz de uma relação com o passado. O exato conteúdo desses deveres, ainda assim, não é de fácil determinação, embora a mera formalidade da justificação já indicie um mínimo substantivo de equiparação entre o que se recebeu e o que se retribui, pelo que a geração do presente deverá então à subsequente algo pelo menos equivalente àquilo que recebeu da anterior, o que não invalida que não possa eventualmente dever mais. O mais importante é que se mantenha válida a ideia de restituição dos benefícios, mesmo que indiretamente, e sobretudo que as relações de deveres entre as gerações permitam um equilíbrio intertemporal em que cada geração recebe igualmente encargos e benefícios, deixando sempre algo para o futuro.

3.2. *Utilitarismo*

Longe da ideia de reciprocidade, destaca-se um modelo teórico segundo o qual uma justa organização da sociedade é aquela que maximiza o bem-estar dos seus membros, sobretudo da perspetiva do agregado. Este é o modelo típico das teorias utilitaristas. O utilitarismo clássico nasce da necessidade de superar a insatisfação com uma teoria do bem assente num referente moral (como a justiça ou o dever) cuja objetividade independe dos resultados práticos suportados pelos agentes. Em alternativa, o valor moral de uma ação ou regra passa a ser determinado em vista das suas consequências, no que constitui uma teoria do bem *para* alguém. As consequências de uma ação ou de uma regra determinam-na como boa ou má consoante sejam capazes de efetivar o que a própria natureza dos agentes assume como algo a ser buscado necessariamente.

Porém, a valoração moral da ação ou da regra não surge *a posteriori* da mera observação dos resultados obtidos. Ao invés, ocorre com

a conformação da ação ou regra a um princípio que vise a otimização do resultado. Trata-se do “princípio da utilidade”, entendido no sentido clássico como “princípio da maior felicidade” (ou bem-estar) ou num sentido moderno de “princípio de maximização do capital”: algo é bom porque é útil na promoção da felicidade, do bem-estar ou dos recursos disponíveis. A moral torna-se relevante ao prescrever a maximização do bem, isto é, o princípio da utilidade impõe a necessidade de se dar origem às melhores situações e é então um princípio de otimização (não um imperativo determinando o bom e o mau de maneira absoluta) segundo o qual o atingir do estado melhor possível (aquele mais próximo de um ideal máximo de bem-estar ou capital, mensurado ora quantitativamente ora qualitativamente) constitui a meta principal.

Neste encadeamento, não é estritamente necessário que a esfera dos valores morais se expresse por deveres, obrigações e direitos. Isso mesmo conota-se na habitual distinção contemporânea entre utilitarismo dos atos e utilitarismo das regras. Segundo o primeiro, a justificação moral de uma determinada ação depende do valor das suas consequências, isto é, do valor intrínseco das consequências às quais ela conduz diretamente enquanto comparado com o valor intrínseco das consequências previsíveis das respetivas alternativas; e, segundo o utilitarismo das regras, a justificação moral de uma ação depende dela ser conforme a determinadas regras cuja validade depende, por sua vez, das consequências de que deriva a sua aceitação (consequências tão boas ou melhores do que aquelas a que conduziria a aceitação de qualquer sistema de normas alternativo). Não obstante, esta é uma simplificação exagerada. É verdade que o sentido clássico do princípio da utilidade cabe dentro da descrição lata do chamado utilitarismo dos atos; mas será importante notar que ele se aplica tanto aos atos individuais quanto às decisões políticas, sobretudo se legislativas. O princípio de maximização do bem-estar ou da eficiência que orienta o político não se dirige apenas ao ato de aprovação de legislação, mas ao próprio funcionamento do sistema jurídico como um todo. Por conseguinte, o princípio de utilidade, mesmo na versão mais clássica, constitui um utilitarismo dos atos na sua dimensão individual; mas constitui também um utilitarismo das regras na sua dimensão de otimização pública. Os dois tipos de utilitarismo não são necessariamente incompatíveis se entendidos como diferentes faces de um princípio gradativo de utilidade.

Esta diluição da dicotomia é importante, uma vez que as teses utilitaristas dificilmente se confinam ao simplismo com que são tantas vezes

descritas. Por exemplo, ao contrário do que frequentemente se lê, não há uma necessária conexão conceptual entre o princípio da utilidade e um agregacionismo simples dos valores, isto é, o utilitarismo não exige necessariamente que a avaliação das situações deva ser indiferente à distribuição do bem, consistindo no mero apuramento do bem total ou médio através da soma dos custos e benefícios para todos os indivíduos afetados. Esta assimilação do utilitarismo ao agregacionismo conduz em último caso à tolerância do sacrifício de inocentes para benefício da maioria conquanto isso produza um agregado (total ou médio) de bem-estar ou capital superior àquele que proteja as minorias. Ora, tal interpretação assenta tão-só na versão mais simples do princípio da utilidade. Na verdade, é concebível que o utilitarismo coloque a ênfase dos critérios morais não no princípio determinativo dos meios para obter um resultado, mas no princípio determinativo do fim a atingir.

Nesta formulação, a justificação moral de ações e políticas depende do valor relativo das suas consequências dentro de um contexto geral em que a maneira de distribuição do bem-estar ou do capital seja mais ou menos igual. Não há aqui em rigor um problema de encontrar um critério de comensuração de dois valores heterogêneos como o bem-estar e a igualdade com base no qual seja possível estabelecer a qual deles se deva atribuir precedência em caso de conflito, isto porque a igualdade não surge como valor comensurável ao bem-estar mas sim como elemento da otimização do bem-estar. A igualdade (de meios, de poder, de riqueza, de felicidade) é aqui um meio de garantia da maior eficiência do bem-estar – a distribuição geral não é apenas agregativa (total ou média) mas sobretudo equitativa da maior agregação possível. Neste sentido, todos os índices de bem-estar individual contam, no que está longe de ser uma promoção do sacrifício de inocentes.

Tudo isto é transportável para o contexto intergeracional na medida em que o justo será então determinado a partir de um princípio de maximização do tamanho do bolo dos recursos disponíveis (incluindo bem-estar e capital) numa mesma comunidade durando indefinidamente (e portanto perpassando várias gerações não simultâneas). Torna-se então viável uma versão utilitarista da proibição da despoupança conquanto o adiamento do consumo de uma parte dos recursos disponíveis para um momento temporal ulterior da vida de uma comunidade permita no longo prazo aumentar o bem-estar ou o capital agregado de uma maneira que não seria possível sem essa proibição (LIEDEKERKE & LAUWERS, 1997; ASHEIM & BUCHHOLZ, 2007).

À luz de uma perspectiva igualitarista, a ideia de que as gerações supostamente mais desfavorecidas (por se encontrarem ainda numa fase inicial do processo de acumulação do agregado) terão de fazer os maiores sacrifícios para aumentarem um bolo cujos benefícios consequentes serão gozados por outras gerações constitui uma atualização de injustiça, nunca de justiça (GOSSERIES, 2015, p. 150). Porém, tamanho contraste advém da confusão conceptual entre utilitarismo e agregacionismo. É que o agregado de bem-estar e capital medido ao longo das várias gerações nunca está quantitativamente fechado, uma vez que a vida da comunidade se prolonga no tempo, e cada nova geração supõe a existência futura de uma outra geração que integrará esse mesmo agregado. Neste sentido, o utilitarismo aplicado às relações entre gerações não simultâneas não exige um despropósito da taxa de poupança (um sacrifício de gerações mais desfavorecidas) porque o agregado provisoriamente contabilizado num momento (presente) inclui elementos fixos (o número de membros das gerações do presente e do passado) e elementos apenas possíveis (a estimativa indefinida de membros das gerações futuras), sendo então concebível que haja uma primazia dos elementos fixos em detrimento dos elementos possíveis (indefinidos ao ponto da possível infinitude) na aferição do bem-estar e do capital do todo. Uma vez mais, o cerne das teorias utilitaristas reside num princípio de otimização que leva em conta todos os membros do agregado, e tratando-se neste caso de um “agregado aberto” (que então nunca chega verdadeiramente a estar “agregado”), a proibição da despoupança não pode ser absoluta ao ponto de prejudicar a maximização do bem-estar e do capital disponíveis, quer às gerações presentes quer às gerações futuras. Existe aqui um elemento mínimo de equidade atendível, embora mais qualificativo da aferição do agregado do que propriamente classificativo da justiça entre as gerações.

3.3. *A multiplicidade de igualitarismos*

A par das conceções comutativa e agregativa da justiça entre as gerações, a preferência por distribuições igualitárias dos recursos disponíveis a cada geração dá azo a diferentes tipos de igualitarismos consoante a noção de igualdade acolhida.

De uma perspectiva *comunitarista* – a qual coloca a ênfase da convivência inter-humana na preexistência de uma comunidade em que se inserem os indivíduos, ao invés de serem estes a constituí-la a partir de uma condição de individualidades isoladas –, a consideração de que as

sociedades políticas precedem o indivíduo e são por definição transgeracionais permite que os elementos normativos nelas vigentes tenham em conta os interesses e os direitos de indivíduos pertencentes a grupos sociais com uma existência estendendo-se desde o passado até ao futuro. Desta maneira, é a própria transgeracionalidade das comunidades já existentes que garante a necessidade de qualquer teoria da justiça ter já de contemplar a sua inserção ao longo de um período temporal equivalente ao da duração dessas comunidades. As relações de justiça não se estabelecem assim entre indivíduos de diferentes gerações mas sim entre indivíduos e as suas comunidades transtemporais.

A inserção dos indivíduos numa comunidade com uma duração superior à humana, e por isso necessariamente transgeracional, importa no âmbito da justiça na medida em que a sociabilidade se funda em “interesses individuais transcendendo o tempo de vida” (THOMPSON, 2009a). Trata-se de interesses comuns aos indivíduos membros de uma mesma comunidade ao longo do tempo, referentes ao próprio tempo da comunidade, como por exemplo as preocupações com o futuro dos descendentes, o cuidado com as reputações póstumas, o respeito pelos antepassados ou o destino de projetos deixados pendentes no momento da morte (v.g., testamento). A comunhão desses interesses, que se repetem ao longo das gerações, justifica quer a ideia de pertença a uma comunidade, quer as exigências entre gerações. Por conseguinte, será expectável que cada membro da comunidade esteja vinculado a um princípio de respeito pelos “interesses individuais transcendendo o tempo de vida” quanto a todos os membros dessa comunidade ao da duração (efetiva e por efetivar) do coletivo. O próprio interesse presente de cada membro da comunidade tenderá a expressar-se pela manutenção de hábitos e instituições que produzam e permitam a reivindicação e a satisfação de “interesses individuais transcendendo o tempo de vida” por parte de membros futuros, uma vez que isso garantirá a permanência de uma identidade comunitária ao longo do tempo, no que constituirá um reforço da possibilidade de satisfação dos “interesses individuais transcendendo o tempo de vida” do presente (THOMPSON, 2009b). A justiça intergeracional não é apenas uma dimensão axiológica entre gerações – é sobretudo, neste contexto comunitarista, uma característica da coesão cultural de uma comunidade.

O que há de igualitário à luz do comunitarismo é precisamente a ausência de primazia de qualquer geração no tempo histórico da comunidade; mesmo as gerações do presente constituem apenas a atualização da vida da comunidade, pelo que os próprios recursos estão disponíveis

enquanto pertencem à comunidade como um todo ao longo do tempo. A igualdade aqui invocada na distribuição do gozo desses recursos é então uma consequência de uma rejeição de prioridades ou privilégios medidos tão-só em função do tempo.

Completamente distinta é a versão de igualdade da perspectiva *libertarista*, a qual parte de pressupostos contrários aos do comunitarismo. O foco de referência não é mais o indivíduo *na* comunidade, mas o indivíduo *diante da* comunidade, aquele que assume a liberdade pessoal como um valor absoluto oposto à autoridade mais do que dependente dela. Nas palavras de Roderick Long, libertarismo é “qualquer posição política que advogue uma radical redistribuição do poder do Estado coercitivo para associações voluntárias de indivíduos livres” (LONG, 1998, p. 304). Daí a autonomia do indivíduo preceder conceptual e cronologicamente a existência da comunidade, quer nas versões libertaristas mais conservadoras e adeptas de um poder político mínimo (“minarquistas”), quer nas versões mais radicais e adeptas de um poder político ausente (“anarquistas”). O que mais caracteriza o libertarismo (distinguindo-o de outras formas de individualismo) será porventura a concepção da autoridade mais como obstáculo ao desenvolvimento das liberdades pessoais do que auxiliador eficaz na produção das mesmas, uma vez que a própria autoridade é desde logo entendida como um coartar dessas liberdades. O indivíduo é-o enquanto livre, isto é, dotado de um domínio de si próprio, com direitos morais e os poderes conexos de se apropriar de recursos exteriores (ainda) não possuídos.

Num tal contexto, será expectável que o estabelecimento de deveres nas relações entre gerações não seja um fácil expediente. A proibição da despoupança em prol de gerações futuras será justificada tão-só em circunstâncias tais que direitos morais da liberdade de outrem sejam violados caso inexistam tais responsabilidades intergeracionais. No fundo, quaisquer deveres limitativos de ações no presente com vista ao benefício de gerações futuras acarretariam um sacrifício de liberdades individuais presentes em favor de liberdades individuais futuras, ainda apenas possíveis e contingentes. Daí a cautela com que vozes libertaristas abordam a temática da justiça intergeracional. Não obstante, o facto de serem estabelecidas relações entre direitos morais efetivos e direitos morais possíveis, se bem que insuficiente para impor uma noção de justiça transtemporal que coarte substancialmente o exercício das liberdades individuais das gerações presentes, é no entanto bastante para não permitir uma satisfação tamanha de direitos presentes que invalide sequer

a possibilidade de indivíduos por existir virem a gozar dos seus próprios direitos. Daí a adoção de um limite preciso às liberdades individuais das gerações presentes que, pela sua amplitude e necessidade intrínseca à própria natureza da liberdade com outros, opere como regulador das relações intrageracionais e, conseqüentemente, também das transgeracionais.

Assim, a igualdade determinativa da justiça neste contexto é, como o léxico bem o indicia, apenas referente à liberdade dos indivíduos – uma igualdade de direitos face aos recursos, uma igualdade de tratamento dos indivíduos no respeitante ao gozo e ao exercício dos seus direitos, nunca uma igualdade dos próprios recursos nem uma partição equitativa dos referentes da propriedade. Todavia, para que essa igualdade da liberdade seja assegurada, é necessária uma espécie de provisão normativa que chegue a vincular os indivíduos ao ponto de os submeter a uma limitação das suas capacidades de despoupança – e essa mesma provisão é inspirada pelo pensamento de Locke, para quem a propriedade faz com que “nenhum homem exceto ele [o proprietário] tenha um direito sobre aquilo a que se associou, pelo menos onde haja o bastante e o satisfatório deixado em comum a outros” (LOCKE, 1988, p. 288).

Esta “provisão de Locke” consiste no conteúdo da expressão “pelo menos onde haja o bastante e o satisfatório deixado em comum a outros”, ou seja, a sua aplicação ao cenário intergeracional dependerá do modo como se entende o que haja de ser considerado “bastante” e “satisfatório” (cf. ELLIOT, 1986; ARNESON, 1991; MACK, 1995; & WOLF, 1995). Tendencialmente, o “pelo menos” é mensurado em termos de equivalência, com formulações várias consoante as características do quinhão de recursos deixado. Por exemplo: “A legitimidade persistente da propriedade privada, do ponto de vista da propriedade de si, depende do facto de cada geração sucessiva beneficiar do equivalente de uma fatia por cabeça da terra não melhorada e não degradada” (ARNERSON, 1991, p. 53). Nesta formulação, a ênfase recai sobre as gerações ao invés de sobre os indivíduos, e os limites implícitos não contemplam a possibilidade de terem de ser violados por motivos supervenientes. Daí uma outra formulação: “Nenhum indivíduo poderá deteriorar ou esgotar mais do que a sua parcela *per capita* de recursos naturais sem uma compensação adequada.” (STEINER & VALLENTYNE, 2009, p. 63). Porém, neste caso, é deixada em aberto a natureza concreta dos recursos disponíveis aos indivíduos de cada geração, o que não permite compreender o “quê” cuja despoupança a provisão de Locke é suposto proibir. Numa formulação mais abrangente, uma visão libertarista da justiça intergeracional

poderá expressar-se do seguinte modo: cada indivíduo de uma geração “deve deixar à seguinte pelo menos tanto quanto aquilo de que a geração seguinte poderia ter-se apropriado no caso em que a geração atual não tivesse existido, ou melhor, no caso em que a geração atual não tivesse, pela sua ação, conduzido a qualquer melhoria ou degradação clara do que a geração subsequente teria herdado” (GOSSERIES, 2015, p. 143).

O modelo em questão não é tanto o da herança por respeito aos direitos dos indivíduos de um pretérito que se transferem para os direitos dos indivíduos do presente, senão uma igualdade das condições formais de todos os direitos de todos os indivíduos no acesso aos recursos não necessariamente transformados (para melhor ou para pior) cujo gozo esteja disponível. Em última análise, a reposição das condições de originalidade resume-se ao quesito de cada indivíduo deixar ao porvir uma condição de liberdade pelo menos idêntica àquela que existiria se ele não houvesse existido. É afinal uma exigência de tornar igual (num sentido formal) a liberdade entendida como ausência de restrições ilegítimas à ação potencial dos indivíduos. Um entendimento da liberdade neste sentido conduz ao reconhecimento de uma tal provisão enquanto elemento de uma justiça que não pode deixar de ser também transgeracional, sempre com a temática da escassez dos recursos naturais como ponto de referência.

Já diferente será uma teoria da justiça em moldes contratualistas com espaço para princípios de justiça intergeracional, como ocorre com o *igualitarismo liberal de John Rawls*, o qual aborda a questão das condições em que um conjunto de indivíduos elegeria princípios e instituições justos, isto é, as condições em que eles escolheriam o que conduzisse a uma sociedade bem ordenada. A sua teoria da justiça é pensada sobretudo num contexto intrageracional em que o conceito de contrato social tem um papel preponderante. Os princípios de justiça são então concebidos como resultados de um contrato (hipotético e a-histórico) elaborado a partir de uma “posição original” dos indivíduos, em que as partes contratantes se encontram numa situação que exige a fundação de um conjunto de princípios vinculativos na estrutura da sociedade em que elas mesmas irão viver; todavia, cada indivíduo decide apenas por detrás de um “véu de ignorância”, desconhecendo portanto todas as características que lhe poderiam trazer vantagens ou desvantagens na vida social, tais como as suas posições de classe ou fortuna, as suas capacidades, as suas inteligência e força, as suas concepções do bem. Numa tal situação, Rawls considera que os indivíduos optariam de acordo com uma estratégia *maximin*, segundo a qual favoreceriam a alternativa cujo pior resultado

possível fosse menos mau do que o pior resultado possível de qualquer das outras. Dessarte, decidiriam vincular-se a dois princípios: o princípio da liberdade individual compatível com a liberdade alheia; e o princípio da diferença, de acordo com o qual as desigualdades apenas se justificam se favorecerem os mais carenciados.

Este enquadramento intrageracional, contudo, não é facilmente passível de transposição para o contexto intergeracional, dado que o princípio da diferença não pode vincular as gerações do presente face a indivíduos da mesma sociedade cuja situação de carência seja insuperável em função do decurso do tempo (gerações anteriores menos afortunadas, por exemplo). Daí a atenção de Rawls à especificidade das relações entre as gerações, formulando um novo princípio de justiça a que chamou de “princípio da poupança”.

Retomando a tese da “posição original” e do “véu de ignorância”, relembra que o desconhecimento dos indivíduos nessa condição inclui a pertença a um tempo específico e a conseqüente inclusão numa geração, pelo que na posição original todas as gerações estão potencialmente representadas. Cada indivíduo sabe que pertencerá a uma geração, mas o véu de ignorância impede-o de conhecer qual a geração específica que integrará. Daí a necessidade de determinar um limiar de justiça abaixo do qual nenhum indivíduo em nenhuma geração aceitaria viver, e que por conseguinte impõe-se como princípio de justiça a salvaguardar por todas as gerações (RAWLS, 1999, sec. 44, pp. 254-5).

Segundo Rawls, as relações de justiça entre gerações modificam-se consoante as diferentes fases de desenvolvimento social, havendo duas grandes fases a considerar. Numa fase de acumulação, as gerações presentes estarão adstritas a um princípio de poupança na medida em que esta seja necessária para permitir às gerações subsequentes a permanência acima de um limiar mínimo de justiça, o qual é descrito por Rawls como o conjunto das “condições que são necessárias para estabelecer e preservar uma estrutura básica justa ao longo do tempo” (RAWLS, 2001, p. 159). Numa fase ulterior de estabilidade, em que as instituições justas estejam já suficientemente estabelecidas, o princípio de poupança dá lugar tão-só à responsabilidade de fazer aquilo que permita às gerações subsequentes continuar a viver ao abrigo dessas instituições justas, mormente deixando cada geração à seguinte pelo menos o equivalente àquilo que receba da geração anterior (RAWLS, 1999, pp. 255-8).

Neste sentido, não é rigoroso sustentar que a posição de Rawls sobre a justiça intergeracional seja simplesmente igualitarista quanto à distri-

buição dos recursos disponíveis a cada geração; na verdade, a taxa de poupança da fase de acumulação justifica-se em razão da necessidade de se instalarem instituições justas que protejam as liberdades básicas de todos os indivíduos (v.g., integridade física, liberdade de expressão, etc.), pelo que o seu fim é sempre atinente à estrutura fundamental da sociedade e o meio de o atingir não se pode contradizer. O que importa a Rawls é assegurar uma igualdade das oportunidades abertas a cada indivíduo de cada geração por via da sua inserção numa estrutura básica da sociedade em que os princípios de obtenção da justiça sejam aplicados. Assim, a fase de estabilidade numa sociedade justamente estruturada não se atinge à custa de violações das liberdades básicas na fase de acumulação, dado que a igualdade almejada não é substantiva e portanto não permite que as liberdades sejam derogadas pelo objetivo de melhorar as condições sociais e económicas dos mais desfavorecidos (de facto ou em potência). Mister é, sim, que os indivíduos de diferentes gerações acordem na vinculação a princípios de justiça que garantam aos membros de cada geração o serem integrados numa estrutura básica de sociedade que proteja os seus direitos mais fundamentais – e sendo a igualdade de oportunidades uma dessas liberdades individuais protegidas, então o princípio da poupança será um desses princípios de justiça acordados, mesmo que provisório porque formulado para atingir um fim (e, uma vez atingido, deixa de se justificar a sua vinculação).

Em *A Theory of Justice* [1971], Rawls justifica esta transversalidade temporal do princípio da poupança numa “presunção motivacional” segundo a qual os indivíduos contraentes preocupam-se com os seus descendentes e assim estarão dispostos a poupar para seu benefício. Mas como esta justificação não se refere à geração presente como uma ponte de conexão contínua de princípios institucionais de justiça entre gerações passadas e gerações futuras (conexão essa que obriga a deixar à geração seguinte o equivalente àquilo deixado pela geração anterior), Rawls reelabora em *Political Liberalism* [1993] a formulação do seu princípio da poupança justa de maneira a torná-lo aplicável a todas as relações entre gerações e não apenas à linha sucessiva presente-futuro: “Ao invés de imaginar um acordo direto (hipotético e não histórico) entre todas as gerações, poderá ser requerido às partes que acordem num princípio de poupança sujeito à condição ulterior de que deverão querer que todas as gerações anteriores a tivessem seguido. Assim, o princípio correto é aquele que os membros de qualquer geração (e portanto todas as gerações) adotariam como aquele a ser seguido pela sua geração e

como o princípio que eles queriam que as gerações precedentes tivessem seguido (assim como as gerações seguintes), independentemente de quão mais se recuasse (ou se adiantasse) no tempo.” (RAWLS, 1993, p. 274. Quanto a este desvio no pensamento de Rawls, cf. GOSSERIES, 2001, pp. 311-2).

Rawls esforça-se por aprimorar a espessura do “véu de ignorância” no respeitante à geração a que cada indivíduo pertencerá, mas no fundo fá-lo à custa da pureza da “posição original” (pois passa a presumir que nenhum indivíduo pode fazer parte da primeira geração de uma sociedade justa, uma vez que pressupõe sempre gerações anteriores) e do mecanismo do contrato (enquanto disposição normativa sempre virada para o futuro), o que acaba por sujeitá-lo a diversos géneros de crítica. (Cf., apenas a título de exemplo, quanto aos seguidores: PADEN, 1997; TREMMEL, 2009. E, quanto aos críticos, DIERKSMEIER, 2006; BIRNBACHER, 2006.) Porém, isso não é bastante para perigar a sua versão liberal-igualitária da justiça entre as gerações. Desde logo, porque a “posição intermédia” de cada geração é posta na atualidade da História de uma comunidade, enquanto a “posição original” é apenas pressuposta para efeitos de aferição dos princípios constitutivos de uma estrutura social justa. Por outro lado, o “contrato” em Rawls é apenas uma maneira de entender a necessidade de acordo entre todos os indivíduos de uma mesma comunidade quanto a esses mesmos princípios de justiça – é o consenso (não histórico) em torno da proibição da despoupança que justifica a vigência de uma conceção de justiça cuja atualização é, mais do que histórica, trans-histórica. (Num sentido revisionista de Rawls, segundo o qual o consenso em torno da proibição da despoupança na fase de estabilidade é insuficiente para fundamentar uma justiça entre as gerações, sendo necessário adicionar uma proibição da poupança para benefício das gerações futuras, cf. GOSSERIES, 2015, pp. 165-8.)

Todas estas teorias da justiça fornecem instrumentos que ensinam a abordagem do tema da justiça intergeracional através de diferentes perspetivas que, se aprofundadas nos seus argumentos, podem gerar uma multiplicidade de implicações. Tal ocorrerá sobretudo se às linhas gerais aqui apresentadas forem adicionadas algumas variáveis próprias da conjuntura empírica. Por exemplo, cada uma destas teorias pode ter uma solução específica para o problema das flutuações demográficas contemporâneas – as alterações no número de membros de uma comunidade podem, ora modificar o conteúdo do que se acredita dever deixar às gerações seguintes, ora manter a mesma grandeza em jogo, consoante

a teoria adotada. Da mesma maneira, o facto de uma geração anterior haver cumprido ou não as obrigações que a geração presente reconhece serem vinculativas perante todas as gerações pode também, segundo diferentes teorias, afetar ou não a extensão e a natureza das responsabilidades perante as gerações subsequentes (futuras).

E tudo isto sem chegar a abordar as características específicas dos recursos disponíveis e do capital usufruído/produzido que constituem a substância das responsabilidades entre as gerações (v.g., se estão em jogo pensões de reforma, lixo industrial, juros de dívida pública, capacidades de armamento, migrações em massa, escassez de recursos ambientais e alimentares, taxas de desemprego, enquadramentos normativos a problemas de bioética como o aborto, a eutanásia e a procriação medicamente assistida, etc.). Em última análise, levar a sério os modelos basilares das mais notórias teorias da justiça intergeracional pode ser determinante para lidar com problemas próprios das sociedades contemporâneas, sobretudo no que elas têm de potencial e limitativo em relação ao seu futuro. Mas o debate, apesar de longo, está ainda longe de conseguir demonstrar a existência de uma justiça intertemporal cuja imperatividade se torne desígnio primordial das sociedades de hoje, quando mais de conseguir uniformizar uma definição mínima dos contornos dessa responsabilidade entre as gerações. Caberá a uma cidadania eficiente assimilar o plano teórico na práxis do quotidiano e não permitir que todos estes argumentos não passem de experiências inconsequentes do pensamento.

Bibliografia referenciada

- ARNESON, 1991. Richard Arneson, "Lockean Self-Ownership: Towards a Demolition", *Political Studies*, 39 (1991): 36-54
- ASHEIM & BUCHHOLZ, 2007. Geir B. Asheim & Wolfgang Buchholz, "The Malleability of Undiscounted Utilitarianism as a Criterion of Intergenerational Justice", in *Justifying, Characterizing and Indicating Sustainability*, ed. Geir B. Asheim, Dordrecht: Springer, pp. 63-82
- BAIER, 1981. Annette Baier, "The Rights of Past and Future Persons", in *Responsibilities to Future Generations*, ed. Ernest Partridge, Buffalo: Prometheus Books, pp. 171-83
- BARRY, 1989. Brian Barry, *Liberty and Justice*, Oxford: Clarendon
- BARRY, 1999. Brian Barry, "Sustainability and Intergenerational Justice", in *Fairness and Futurity*, ed. Andrew Dobson, Oxford: Oxford University Press, pp. 93-117
- BAZYLER & ALFORD, 2005. Michael Bazylar & Roger P. Alford, *Holocaust Restitution. Perspectives on the Litigation and Its Legacy*, New York: New York University Press

- BECKERMAN, 2003. Wilfred Beckerman, *A Poverty of Reason. Sustainable Development and Economic Growth*, Oakland: The Independent Institute
- BECKERMAN, 2004. Wilfred Beckerman, “Intergenerational Justice”, *Intergenerational Justice Review*, 4 (2004): pp. 1-5
- BECKERMAN, 2006. Wilfred Beckerman, “The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 53-71
- BIRNBACHER, 2006. Dieter Birnbacher, “Responsibility for Future Generations – Scope and Limits”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 23-38
- BROPHY, 2008. Alfred L. Brophy, *Reparations. Pro & Con*, Oxford: Oxford University Press
- BURKE, 1962. Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, ed. Russell Kirk, Chicago: Gateway
- CASAL, 2007. Paula Casal, “Why Sufficiency is Not Enough”, *Ethics*, 117 (2007), pp. 296-326
- COHEN, 2011. G. Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*, ed. Michael Otsuka, Princeton: Princeton University Press
- CRISP, 2003. Roger Crisp, “Equality, Priority, and Compassion”, *Ethics*, 113 (2003), pp. 745-63
- DE GEORGE, 1981. Richard de George, “The Environment, Rights, and Future Generations”, in *Responsibilities to Future Generations*, ed. Ernest Partridge, Buffalo: Prometheus Books, pp. 157-66
- DE-SHALIT, 1995. Avner De-Shalit, *Why Posterity Matters. Environmental Policies and Future Generations*, London: Routledge
- DIERKSMEIER, 2006. Claus Dierksmeier, “John Rawls on the rights of future generations”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 72-85
- DWORKIN, 2000. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge: Harvard University Press
- ELLIOT, 1986. Robert Elliot, “Future Generations, Locke’s Proviso and Libertarian Justice”, *Journal of Applied Philosophy*, 3 (1986), pp. 217-27
- FRANKFURT, 1987. Harry Frankfurt, “Equality as a Moral Ideal”, *Ethics*, 98 (1987), pp. 21-43
- GOSSERIES, 2001. Axel Gosseries, “What do we Owe the Next Generation(s)?”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 35 (2001), pp. 293-354
- GOSSERIES, 2004. Axel Gosseries, “Historical Emissions and Free-Riding”, *Ethical Perspectives*, 11 (2004), pp. 36-60
- GOSSERIES, 2008. Axel Gosseries, “Theories of Intergenerational Justice: a synopsis”, *Sapiens*, 1 (2008), pp. 61-71
- GOSSERIES, 2015. Axel Gosseries, *Penser la justice entre les générations* (2004), trad. Joana Cabral, *Pensar a Justiça entre as Gerações. Do caso Perruche à reforma das pensões*, Coimbra: Almedina

- HONDERICH, 1976. Ted Honderich, *Three Essays on Political Violence*, Oxford: Blackwell
- HOROWITZ, 2002. David Horowitz, *Uncivil Wars. The Controversy Over Reparations for Slavery*, San Francisco: Encounter Books
- JEFFERSON, 2004. Thomas Jefferson, *Jefferson: Political Writings*, ed. Joyce Appleby & Terence Ball. Cambridge: Cambridge University Press
- JONAS, 1979. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt: Insel
- LAYARD, 2005. Richard Layard, *Happiness. Lessons from a New Science*, London: Allen Alan
- LIEDEKERKE & LAUWERS, 1997. L. van Liedekerke & L. Lauwers, "Sacrificing the Patrol: Utilitarianism, Future Generations and Infinity", *Economics and Philosophy*, 13 (1997), pp. 159-74
- LOCKE, 1988. John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press
- LONG, 1998. Roderick Long, "Towards a Libertarian Theory of Class", *Social Philosophy & Policy*, 15 (1998), pp. 303-49
- MACK, 1995. Eric Mack, "The Self-Ownership Proviso: A New and Improved Lockean Proviso", *Social Philosophy and Policy*, 12 (1995), pp. 186-218
- MACKLIN, 1981. Ruth Macklin, "Can Future Generations Correctly Be Said to Have Rights?", in Ernest Partridge (ed.), *Responsibilities to Future Generations*, Buffalo: Prometheus Books, pp. 151-56
- MEYER, 2005. Lukas H. Meyer, *Historische Gerechtigkeit*, Berlin: De Gruyter
- MEYER, 2010. Lukas H. MEYER, "Intergenerational Justice", in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/justice-intergenerational>
- PADEN, 1997. Roger Paden, "Rawls's Just Savings Principle and the Sense of Justice", *Social Theory and Practice*, 23 (1997): 27-51
- PAGE, 2006. Edward A. Page, *Climate Change, Justice and Future Generations*, Cheltenham: Edward Elgar, 2006
- PAINE, 1995. Thomas Paine, *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, ed. Mark Philp. Oxford: Oxford University Press
- PARFIT, 1997. Derek Parfit, "Equality and Priority", *Ratio*, 10 (1997), pp. 202-21
- RAWLS, 1993. John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press
- RAWLS, 1999. John Rawls, *A Theory of Justice* [1971], Oxford: Oxford University Press
- RAWLS, 2001. John Rawls, *Justice as Fairness*, Cambridge: Harvard University Press
- SEN, 1982. Amartya Sen, *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford: Oxford University Press
- SEN, 1999. Amartya Sen, *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press
- SHER, 1979. George Sher, "Compensation and Transworld Personal Identity", *Monist*, 62 (1979), pp. 378-91
- STEINER & VALLENTYNE, 2009. Hillel Steiner & Peter Vallentyne, "Libertarian Theories of Intergenerational Justice", in *Intergenerational Justice*, ed. Axel Gosseries & Lukas H. Meyer, Oxford: Oxford University Press, pp. 50-76

- STEFFEN, GRINEVALD, CRUTZEN & McNEILL, 2011. W. Steffen, J. Grinevald, P. Crutzen & J. McNeill, "The Anthropocene: Conceptual and Historical Perspectives", *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 369 (2011), pp. 842-67
- THOMPSON, 2009a. Janna Thompson, "Identity and Obligation in a Transgenerational Polity", in *Intergenerational Justice*, ed. Axel Gosseries & Lukas H. Meyer, Oxford: Oxford University Press, pp. 25-49
- THOMPSON, 2009b. Janna Thompson, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an Intergenerational Polity*, New York: Routledge
- TREMMELE, 2006. ed. Jörg Tremmel, "Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions", in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 187-214
- TREMMELE, 2009. Jörg Tremmel, *A Theory of Intergenerational Justice*, London: Earthscan
- WADE-BENZONI, 2002. Kimberly A. Wade-Benzoni, "A Golden Rule Over Time: Reciprocity in Intergenerational Allocation Decisions", *The Academy of Management Journal*, 45 (2002), pp. 1011-28
- WOLF, 1995. Clark Wolf, "Contemporary Property Rights, Lockean Provisos and the Interests of Futures Generations", *Ethics*, 105 (1995), pp. 791-818

A Comunidade Política e o Futuro

MIGUEL MORGADO*

Quase sempre nas discussões especializadas ou não especializadas sobre as questões “intergeracionais” pressupõe-se a relação da comunidade política com o futuro e, por conseguinte, pressupõe-se também a situação da comunidade política no tempo. Esses pressupostos nem sempre são explicitados, o que as mais das vezes significa que não são devidamente considerados e refletidos. Ora, é essa consideração que importa incluir como uma espécie de preâmbulo dos debates sobre os múltiplos temas “intergeracionais”, assim como na longa discussão em torno do regime político, em geral, e da democracia, em particular. É este o breve momento que deve ser aproveitado para pensar nos pressupostos não explicitados.

I

No mundo cotidiano, a primeira pergunta que se impõe na ponderação de uma relação entre a comunidade política e o futuro é a de se essa comunidade *tem futuro*. À partida, a pergunta instintiva parece não fazer sentido, já que a ausência de futuro de um ser só poderia ser decretada pelo desaparecimento total do mundo que o contextualiza. Logo, no caso de uma comunidade política, só uma catástrofe inominável, ou um *escathon* apocalíptico, poderia justificar a formulação dessa pergunta.

Por outro lado, colocar a pergunta do futuro da comunidade política parece não fazer qualquer sentido pela simples razão de o futuro não poder ser posto em questão, ou sequer constituir uma “questão”. Afinal de contas, nenhuma comunidade política nasce com a finalidade de não perdurar, ou com prazo de expiração determinado por si mesma. Foi também com esse propósito de iluminação que desde a fundação da teoria da soberania moderna se expôs a perpetuidade como uma das suas “marcas”. Bodin (1986, I.6), ao dizer que a soberania era, além de absoluta e indivisível, perpétua também, queria assinalar que ela era

* Miguel Morgado é Professor no Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica. É atualmente deputado à Assembleia da República.

uma potência que não conhecia delimitação temporal, ao contrário, por exemplo, da instituição da “ditadura” na república romana, cuja duração estava bem delimitada no tempo. Daqui decorre uma consequência muito importante. A comunidade política, em particular na sua versão moderna, não precisa de encontrar uma justificação externa a si para existir e continuar. E, por conseguinte, não precisa de uma justificação ulterior para se defender daqueles que interna ou externamente pretendem extingui-la (MONTESQUIEU, 2011, XI.5).

Porém, a comunidade política não é uma entidade qualquer indiferenciada de tantas outras. De facto, a comunidade política coloca a si mesma, e de modo constante, a questão do seu próprio futuro. Em termos mais coloquiais: ela *pode ter futuro*? Mas esta formulação deve ser fundamentada no essencial. Por exemplo, Portugal enquanto comunidade política vive desde há muito tempo um período de ansiedade, seja devido à “crise”, à “Europa”, à degradação institucional, ou outra das “causas” enunciadas no debate público. Contudo, a questão de saber se *tem futuro* não é coincidente com uma resposta *terapêutica* superficial dessa ansiedade, como se tratasse de efetuar um tratamento clínico coletivo, como os apelos à autoestima ou outros exercícios cívicos mais ou menos desnorteados. O problema é outro e mais fundamental.

Qualquer comunidade política enfrenta o problema do futuro, desde logo enquanto sobrevivência no tempo como comunidade autónoma, isto é, capaz de determinar uma vontade coletiva ou universal que dê uma orientação às *intenções*, quando não dos movimentos e resultados históricos, da própria comunidade. Dado que essa é a questão primeira, então é preciso examinar qual o futuro do conteúdo – conteúdo cívico, digamos assim – que constitui o requisito primordial da autonomia da comunidade. Ora, esse requisito é a cidadania. Não existe comunidade política autónoma sem cidadãos. Mas isso implica a distinção entre cidadãos e não cidadãos. Este é apenas um aspeto posto em causa pelo preconceito ideológico que densifica várias correntes (das extremas-esquerdas a alguns liberalismos) e que denuncia em termos morais essa distinção – precisamente a distinção que necessária e incontornavelmente funda a cidadania. Sem essa distinção, a cidadania não existe, e sem ela a comunidade política autónoma também não existe. O seu passado, presente e, claro, futuro requer essa distinção, tal como essa distinção é absolutamente necessária à relação demiúrgica que o “povo constituinte” da comunidade política tem com ela e com o seu futuro. A comunidade existe por *vontade* – por *fiat* – do povo que a constitui, e é esse o

entendimento basilar do exercício da soberania nos tempos modernos. Só um “povo constituinte” diferenciado de outros “povos constituintes” pode ser este criador e este sustentador do ser da comunidade política. Assim sendo, a tese da arbitrariedade moral das fronteiras políticas, que sem dificuldade desliza para a ilegitimidade *simpliciter* das mesmas, é uma das muitas formas da negação de futuro às comunidades políticas, diluindo-as no vasto oceano indiferenciado da humanidade (NUSSBAUM, 1996). Sem fronteiras históricas, políticas e jurisdicionais, a humanidade como um todo pode ter um futuro comum? No fundo, essa é a ideia do cosmopolitismo concretizada historicamente na globalização, ou mais rigorosamente da mundialização, isto é, na consolidação de uma pluralidade de mundos humanos num mundo só.

II

A segunda questão que tem de se colocar é a de se o futuro que ponderamos ainda é da mesma comunidade política. Aqui entramos na difícil distinção entre *nação* e *comunidade política*. Desde a fundação do moderno “Estado-nacional”, uma designação nem sempre clarificadora, gerou-se a tendência para supormos ambas as realidades como equivalentes. E, na medida em que a nação tem subjacente a sua continuidade histórica, a comunidade política adquiriria a mesma continuidade, perenidade e quasi-imutabilidade. Mas é preciso perceber, com Aristóteles, que as comunidades políticas mudam fundamentalmente de acordo com a sua identidade política. A ideia de “nação” remete para a conceção contrária: a de que as transformações coletivas ocorrem a uma velocidade glacial, na vinculação às lentidões históricas, ao ponto de podermos vislumbrar melhor as permanências estruturais do que propriamente mudanças dignas desse nome. Porém, as comunidades políticas, incluindo as nacionais, são identificáveis politicamente. Essa identidade é o seu regime político – um regime político que é muito mais do que os “sistemas de governo” da ciência política ou do direito constitucional contemporâneos. Os regimes políticos são modalidades de autointerpretação coletiva. Neste sentido, Portugal, em 1974, como “nação” manteve-se; mas *mudou*. O que vale por dizer que passou a entender-se a si mesmo de outra maneira bastante diferente.

Assim, segundo este entendimento de nação que se identifica a si mesma politicamente, quando concebemos o futuro da comunidade política, concebemo-lo para a comunidade que se autointerpreta de acordo com o

mesmo regime político do presente. Caso contrário, estaríamos a dizer que a comunidade política não teve futuro, já que o futuro determinado como presente revelou uma comunidade política fundamentalmente outra – trazendo inscrito um novo regime político. Concretizando, se quisermos refletir sobre o “futuro de Portugal”, então é forçoso especificar se é o “futuro do Portugal *democrático*”, ou alternativamente o futuro “de Portugal como povo e país com esse nome independentemente do seu regime político”. E, no entanto, ainda que se opte pela segunda abordagem, é preciso assegurar a prioridade da determinação ulterior: “... independentemente do seu regime político, *mas enquanto comunidade política autónoma*”.

Explicitados estes preliminares, vale a pena insistir em mais um outro. Podemos formulá-lo da seguinte maneira: toda a comunidade política se define por um projeto. É parte integrante da tal identidade, ou da sua autointerpretação a que podemos começar por chamar “regime político”. A comunidade política é um projeto e, portanto, temos um pleonasma perfeito quando dizemos que a comunidade política se “projeta para o futuro” – um pleonasma ou uma tautologia rica de significado. O regime político coloca a si mesmo tarefas a cumprir no tempo histórico e que, por isso mesmo, são tarefas concretas – tarefas que podem ser proclamadas, ou tacitamente prosseguidas no decurso do tempo histórico [veja-se como Aron (1990: xii) descreve a tarefa histórica concreta que a IV República francesa colocou a si mesma: “reconstruir as suas ruínas, encontrar o seu lugar numa situação diplomática sem precedentes, acordar uma Europa unida, modernizar a sua economia e transformar fundamentalmente o, e finalmente prescindir do, seu império”]. Além da legitimidade de cada um dos diferentes regimes, somos forçados também a avaliá-los segundo a eficácia que demonstram na realização dessas tarefas. Ademais, a comparação entre regimes políticos torna-se mais complexa. Avaliamos e comparamos os regimes pelo conteúdo dessas tarefas que eles propõem a si mesmos. Mas também medimos a sua eficácia relativa. Quais são os regimes políticos, ou as variantes dentro de uma mesma forma de governo, mais eficazes a realizar os objetivos a que se propõem? Isso não oblitera a questão da legitimidade aferida de acordo com uma filosofia política implícita ou explícita. Pode haver eficácia na realização de um determinado propósito (por exemplo, mais crescimento económico), mas falhando no critério da legitimidade por comprometer valores inegociáveis (por exemplo, negação de liberdade política) (MORGADO, 2016).

Haverá, sem dúvida, quem contestará a noção de que a sociedade política se define essencialmente como um projeto. E contestará em nome de “diagnósticos” contemporâneos, como o facto social do pluralismo ou as irreduzíveis diferenças culturais que cada comunidade política contém no seu interior. Por outras palavras, falar da comunidade política enquanto projeto soa a pretensão monolítica que foi já definitivamente superada, pelo menos nas democracias de tipo ocidental, pelo facto da diversidade de concepções do bem que coexistem em cada uma delas. Mas esta objeção pode ser parcialmente respondida se se atender ao leque amplíssimo de projetos políticos societários que podem ser, e são, concebidos.

Tome-se como exemplo um dos projetos mais poderosos e disseminados: o crescimento económico. Se há facto politicamente significativo que percorre uma parte crescente do mundo desde o final da II Guerra Mundial é como um projeto desta natureza acabou por abranger comunidades políticas cultural e ideologicamente tão distintas. No início do século XX esta era, pelo menos nos seus grandes contornos, a tese da “modernização”. Mas estranhamente as ciências sociais deixaram de reparar neste facto histórico do maior significado, bem como naquilo que ele comporta.

Seja como for, um projeto como o da mobilização de toda a comunidade para a transformação do futuro económico – e, por arrastamento, social, moral e político também – é compatível com o facto social do pluralismo. O crescimento económico acaba por ser assumido como um bem desejado que permite gozar todos (ou quase todos) os bens desejados – bens económicos que são definidos pela aplicação da razão à satisfação dos bens determinados subjetivamente. É da (crescente) multiplicidade destes encontros, ou destas coincidências, que resulta a desejabilidade, e poderíamos até dizer obsessão, do crescimento económico em praticamente todas as sociedades do mundo contemporâneo com a possível exceção das partes sujeitas à opressão do fundamentalismo islâmico. Até porque o crescimento económico é hoje visto por muita gente como essencial na produção de bens a que não nos habituámos a associar ao desenvolvimento da economia; bens intimamente ligados à infraestrutura da própria democracia política, como, por exemplo, a tolerância e a liberdade (FRIEDMAN, 2006a; FRIEDMAN, 2006b).

Por outro lado, poderá dizer-se que o crescimento económico enquanto projeto despolitiza. Com este projeto, a comunidade política não se distingue de uma população que tem de ser gerida do ponto de vista da satisfação dos seus desejos “económicos” – isto é, materiais e corporais.

E isto nada tem a ver com a crítica ao “neoliberalismo” e a sua propensão despolitizante, tecnocrática e globalizante. A crítica da esquerda ao “neoliberalismo” é uma mera insistência para a mesma inclinação e propósito. Se a política é reduzida a gestão de uma população em que a lógica do mercado, da concorrência e da propriedade privada como meios para gerar o crescimento económico e prosperidade é substituída pela lógica centralizadora, planificadora e de propriedade estatal vistas como meios mais eficazes para atingir os mesmos fins – sem aparentemente os custos da abordagem “neoliberal”, então nada se alterou do ponto de vista da despolitização da comunidade. O processo de dissolução é equivalente, na medida em que o objeto é essencialmente o mesmo – isto é, a redução do cidadão ao produtor/consumidor. Mais, não se pode perder de vista que a globalização dos mercados acompanhou o movimento de universalização do reino do indivíduo sujeito de direitos, sem obrigações correlativas; uma entidade independente e autossuficiente, que povoa, não ordens políticas impositoras de heteronomias, mas uma sociedade civil global despolitizada. De um certo ponto de vista, a inclinação *agregadora* e *uniformizadora* da ordem “económica” desejada pela esquerda na resposta ao “neoliberalismo” não deixa dúvidas quanto ao seu carácter ainda mais tecnocrático e despolitizante. Mas o serviço completo da sociedade para a finalidade do crescimento económico, se esta for a finalidade exclusiva, não qualificada por outros bens, projetos ou ambições, conduz aparentemente a um processo de despolitização que ameaça a própria comunidade política enquanto tal. Convém, no entanto, perceber que este comentário não pode ser erigido em regra até porque o crescimento económico gera poder social, político e militar, o que transporta consigo possibilidades societais carregadas de valores extraeconómicos.

Talvez a desejabilidade do crescimento económico venha a ser posta em causa em tempos futuros. Talvez isso venha a suceder em alguma medida pelos males que também produz e que podem passar a ser vistos como excedendo os benefícios. Já existe na Europa pelo menos um partido político cujo programa é o de travar o crescimento económico – embora não revertê-lo. Também não são de agora os grupos e movimentos como o chamado “Clube de Roma”, que clamam contra a degradação ambiental ou a exaurição dos recursos naturais. E não se deve excluir o argumento tradicionalista de que as transformações económicas de destruição criativa comprometem costumes, tradições e comunidades. De uma perspectiva filosófica, e pondo de parte a maior parte das críticas do capitalismo que só infrequentemente foram críticas do crescimento económico, resta a

pairar a denúncia de uma fundamental (e alegada) incompatibilidade entre o crescimento e as aspirações humanas à felicidade. Mas por enquanto parece que o receio contrário, o de que o crescimento económico pode ter sido varrido do nosso horizonte, tem mais correligionários do que o temor perante o seu excesso. Esse receio é hoje sintetizado na chamada tese da “estagnação secular” (*secular stagnation*), ideia tributária de um receio que aparece pela primeira vez, e sem surpresas, durante a Grande Depressão (SUMMERS, 2014; HANSEN, 1939).

Há pouco foi dito que a objeção de que a noção de projeto coletivo como orientador da aventura para o futuro da comunidade política era incompatível com o facto do pluralismo social, moral e religioso, só podia ser parcialmente respondida. Com efeito, há que admitir que o desacordo *radical* quanto ao conteúdo e densidade de um projeto coletivo identificador da comunidade política significa a morte dessa mesma comunidade. A secessão, a guerra civil e o próprio desaparecimento de uma comunidade política enquanto tal são factos que correspondem frequentemente a esse colapso na aceitação de um roteiro comum, ou de um enredo comum, que unifique o sentido da comunidade na história. Não quer isto significar que esse acordo necessário para a simples sobrevivência da comunidade política seja equivalente a um unísono, a um coro harmónico, orquestrado e afinado. A existência e aceitação de um projeto coletivo não implica o desaparecimento do desacordo, da discussão, do debate cívico, nem sequer da dissensão. Mas implica, sim, que essas divergências sejam como que interpretações díspares de um enredo comum, ou, visto de uma certa perspetiva mais redutora, de uma tradução dos conteúdos essenciais do projeto aos preliminares indispensáveis à sua realização que uns veem de uma maneira, e outros verão de outra. Isto é, um desacordo sobre os meios históricos de realizar os fins associados a esse projeto que *pressupõe* um acordo fundamental quanto a estes. E ainda assim convém não excluir a possibilidade de um desacordo em torno dos meios históricos que adquire uma gravidade e violência tais que comprometa a própria existência da comunidade política e, por maioria de razão, os conteúdos essenciais do projeto coletivo. Talvez seja mais rigoroso dizer que as dificuldades que se multiplicam à tarefa que a comunidade política atribuiu a si mesma sejam objeto de diferentes interpretações e de diferentes sugestões de resposta que geram divisões potencialmente sérias. E, na medida em que essas dificuldades são inevitáveis, o debate cívico em torno do seu significado e da resposta que elas merecem nunca está terminado.

III

Não podemos ignorar que a autonomia da comunidade política, ainda que sucessivamente alargada para mais e novas esferas, deixou de ser suficiente como reivindicação e projeto futuro nas sociedades democráticas. Essa é porventura uma das ilusões dos tempos que estamos a viver em que o fortalecimento, ou até a recuperação, da autonomia da comunidade política aparece como objetivo suficiente. Porém, *autonomia* neste sentido aplicado às comunidades políticas deixou de ser a literalidade do ser governado apenas por leis da sua própria autoria e o ser responsável pela sua própria ordem. Desde a chamada Revolução Industrial que um novo desígnio se tornou disponível para as sociedades: o da sua construção e reconstrução a ponto de a sua existência ter passado a ser a sua permanente construção e reconstrução históricas. Ora, é impossível dissociar o fenómeno do crescimento económico – e as possibilidades que abre – desta novidade histórica. Certamente que houve sempre quem receasse que o crescimento económico obedeça a leis que se subtraem ao *nomos* político e que a história da construção e reconstrução da comunidade política não era afinal de contas escrita pelo *político enquanto tal*, nem pela vontade política comum. Para estas vozes, o futuro já não apelaria a um momento da realização de um desejo fundamental, mas apenas a mais um estádio da longa sequência de transformações que ia definindo a própria identidade da comunidade. Claro que esta condenação da submissão a leis impessoais que comandam as transformações desapareceria se estas fossem comandadas pela voz do político enquanto tal – se elas fossem o resultado da vontade política articulada. Quanto a estas vozes, cabe apenas dizer que frequentemente se deixaram confundir pela inevitável indeterminação do futuro, bem como pela natureza particular do projeto do crescimento económico. Mais desenvolvimentos deste ponto não são necessários neste ensaio, já que o importante é perceber o que estas transformações acrescentaram à tarefa de preservação – e alargamento – da autonomia da comunidade política.

Mas esta sequência de transformações não é aquilo a que nos últimos 150 anos se tem chamado “progresso”? Se tivesse sido escrito nas últimas décadas, um ensaio deste tipo, dedicado ao tema aqui em análise, teria o “progresso” como conceito central. Mas desde outras tantas décadas que já não falamos com a mesma confiança no “progresso”, na medida em que é ideia que remete para a necessidade, ou para a linearidade, ou para a inexorabilidade históricas. Hoje já não saberíamos sequer medir

um putativo progresso, tantas foram as desilusões que coletivamente sofreremos. Por cada “progresso” registado numa dimensão da vida humana somos forçados a indicar um “retrocesso” noutra dimensão e não sabemos como ponderar o “valor” de uma face à outra. Ninguém duvida do progresso técnico-científico, pois não é permitido duvidar da acumulação de saber científico, das inovações tecnológicas, da elevação do padrão de vida, desde os níveis de saúde e de esperança média de vida ao alívio de esforço humano e melhoramento do conforto e das comodidades. Mas já no que respeita à evolução moral-normativa não se pode dizer que haja razões para a confiança sentida pelos nossos antepassados aquando da viragem do século XIX para o século XX. Sendo assim, somos convidados ao silêncio, a desistir das proclamações do progresso e a arrumar no baú esta ideia que mobilizou tantas aspirações democráticas desde o século XIX. Silenciosos e resignados, aceitamos até o retrocesso como uma triste possibilidade. O progresso fica reservado para discursos políticos vazios sempre que uma lei é aprovada ao serviço da agenda ideológica de subversão do lugar tradicional do corpo. Não é suficiente para inscrições em bandeiras nacionais.

A imagem originária do progresso incluía o progresso de toda a humanidade (e não apenas a acumulação de mais capacidades e conhecimentos pelos homens); não tinha limites, correspondendo à ilimitada “perfetibilidade” do homem; e finalmente apresentava-se como irresistível, como um movimento necessário, automático e inexorável (BENJAMIN, 1968, pp. 261-2). Mas, na verdade, foi graças à redução da escassez económica e à aventura sempre nova do conhecimento científico que o progresso pôde tornar-se na categoria fundamental da nossa esperança “secular”, da fé “laica” e, como correlativo importante, da caridade “humanística” – em que o amor ao outro se traduzia, não pela exortação à virtude, não pelo chamamento ao caminho da verdade que salva, mas antes pela capacidade de lhe reduzir a dor física. Não é apenas a extensão temporal da vida humana, mas a sua extensão com a redução da dor que lhe está associada. Por conseguinte, o critério do progresso só é cumprido se este for trazendo a superação da dor: a dor da doença e da escassez a par das dores do trabalho, como é amaldiçoada a condição humana no livro do *Génesis*. Só a abundância económica e os avanços científicos podiam dar essa garantia. Um mundo com cada vez menos dor seria necessariamente um mundo cada vez mais economicamente abundante e cientificamente mais esclarecido. No entanto, esta é já a visão mais modesta do progresso. É a procura do mínimo denominador

comum do maior número possível de “concepções do bem”. E em que a ténue ligação do progresso com o crescimento moral só é permitida aparecer como se a emancipação da dor fosse condição necessária para o aperfeiçoamento moral da humanidade. A ausência de limites, porém, permanecia como pedra de toque, tal como sucedia nas concepções de progresso mais sofisticadas e mais ambiciosas.

Se, como Maquiavel ensinou, a existência humana move-se sempre num contexto de escassez e de perigo, o progresso teria de ser então o afastamento cada vez maior face a esse contexto. Teria de ser o caminho para transcender ou superar a escassez – o que seria mais fácil de mensurar, porventura – e o perigo que desde o início condicionavam a vida dos homens. Por aqui também se vê que o crescimento económico pôde constituir um determinante mais fiável do “progresso”, visto que a escassez não deixando de ser realidade relativa ainda assim poderia encaixar mais docilmente nos moldes da objetividade. Os perigos a que estamos sujeitos é uma variável mais difícil de dominar.

O progresso, progressivamente entendido, sugeria o carácter cumulativo de um bem humano primordial – a felicidade, a liberdade, o bem-estar ou o conhecimento, ou até a redução de um mal, como a superstição, o obscurantismo e por aí em diante. Mais precisamente, o progresso sugeria o carácter cumulativo de uma gama de bens humanos primordiais que devem obedecer a uma relação de complementaridade, sob pena de o deixarem de ser. Coletivamente, desejamos acumular mais conhecimento, por exemplo, mas desde que contribua para aumentar o nosso bem-estar e a nossa liberdade. A dependência do progresso no desenvolvimento da ciência natural moderna implica que este progresso seria tão infinito quanto as possibilidades da própria ciência, desconhecendo o ponto de repouso próprio da tradição utópica. Esta estrutura afasta a tradição progressista da tradição utópica. Assim, o progresso não tem fim, nunca termina, nem pode parar. Mas reflete a esperança no fechamento de uma História insuscetível de operar todas as conciliações e de uma Política como ação trágica no sentido literal do termo, isto é, como ambas capazes de superar a condição em que a apropriação de um bem obtém-se com a perda de outro, ou que uma época de prosperidade tem de ser seguida de uma época de declínio, ou que os avanços deixam de ser substituídos por recuos.

Até há algumas décadas partilhávamos no Ocidente de uma crença automática de que estes bens humanos primordiais eram, de facto, complementares. Porém, essa crença perdeu-se. Ou pelo menos a sua

automaticidade. Tornou-se numa das lacunas mais irreparáveis da crença no progresso que se constatasse que a disseminação do próprio progresso estava sujeita a constantes avanços e recuos. Uma outra lacuna atingiu a relação humana com o motor de todo o progresso, a saber, o desenvolvimento da ciência. Não só se pôs em dúvida a ligação necessária entre o progresso científico e o progresso noutras dimensões humanamente necessárias, como o progresso antecipado da ciência aparecia agora frequentemente como assustador e ameaçador, pondo radicalmente em causa os fundamentos da nossa humanidade, da autoconsciência humana, de valores humanos fundamentais sem os quais a nossa vida deixa de ser reconhecível e, portanto, desejável nos termos dos “melhoramentos” trazidos pela ciência e pela técnica.

Muitos disseram que, sem a crença – esta é mesmo a palavra adequada – no progresso, perder-se-ia a esperança imanente que tem animado os homens (pelo menos, nos dois últimos séculos) a agir. Dizia-se que perderíamos o interesse no futuro, ou na mobilização da vontade para lançar mãos aos projetos do futuro (LASCH, 1991, pp. 41-4). O aviso não deixa de ser estranho dado que, aceitando-o, ou negamos séculos de história que desconhecera a noção de progresso sem perder a mobilização para o futuro; ou trata-se outrossim de uma inadvertida admissão de que o homem moderno não possui os mesmos recursos para essa mobilização e, portanto, requer incentivos, ou promessas garantidas, para agir. Ora, a verdade é que temos razões mais do que suficientes para agir, independentemente da falência de uma ou de outra crença.

IV

Como deve uma comunidade política “enfrentar” o futuro? Isto é, como deve pôr-se de frente para o futuro? Uma comunidade política é uma forma de ordem, e não há ordem que possa prescindir de um princípio de estabilidade. A ancoragem num passado em que o presente da comunidade se possa reconhecer faz parte muito provavelmente de um princípio de estabilidade minimamente eficaz para uma ordem política. A aptidão da comunidade para conservar os bens que quer transmitir para o futuro é outro elemento indispensável e estreitamente relacionado com o anterior.

Mas a ordem de uma comunidade não contém apenas um princípio de estabilidade. Requer a ativação de um princípio de abertura ao futuro. Ou mais exatamente: um princípio de abertura à *indeterminação*

do futuro. Uma ordem política moderna não pode aspirar a enfrentar o seu futuro apenas querendo reproduzir nele o que já é no presente – ou o que herdou do passado. É a natureza da realidade mutável que não o consente. Por conseguinte, é constitutivo do princípio de abertura à indeterminação do futuro que os mecanismos de renovação da sociedade estejam ativos. Nas sociedades humanas, a capacidade de renovação é, sem paradoxo, parte insubstituível do princípio de estabilidade da ordem política e também da abertura à indeterminação do futuro. Pela razão elementar de que, sem renovação, espera-nos o declínio. E o declínio abre as portas à desordem e à dissolução.

Com uma ponderação reforçada, porém, percebe-se que o princípio de estabilidade e o princípio de abertura ao futuro são mais solidários do que se poderia pensar. Os projetos para o futuro não são criados *ex nihilo*; não são sugeridos ao imaginário dos povos de um modo arbitrário. Pelo contrário, os projetos resultam da experiência do que a comunidade política já foi – e frequentemente de uma representação da experiência passada de *outras* comunidades políticas (ORTEGA Y GASSET, 1964, pp. 38-9). A vitalidade da relação com o passado acaba por ser constitutiva da vitalidade da relação com o futuro. Nessa medida, processos acelerados de “individualização” do tecido social estão normalmente associados à declaração cultural de guerra ao passado da comunidade. Isso sucede em períodos violentos ou pacíficos; ou em revoluções que conscientemente se desenvolvem como inaugurações de um “tempo novo”, como nas grandes revoluções modernas que degeneraram em despotismos opressores; ou em períodos pacíficos de estabilidade política e prosperidade econômica, mas culturalmente estruturados na negação do passado por este ser tido como moralmente embaraçoso ou vergonhoso. O paradoxo mais assinalável para os nossos propósitos dessas situações históricas pode ser traduzido nos seguintes termos: a limpeza do tempo passado produz uma ilusão de “horizonte livre” – a expressão é de Starobinski (1973, p. 35) – que é, afinal de contas, um horizonte *vazio*.

Viver num eterno presente tem como consequência viver sem horizonte futuro. Alguns dedicaram-se a fazer precisamente esse diagnóstico dos nossos tempos: “um presente onde apenas conta a possibilidade de inovar em relação ao passado, cada laço com o passado apenas aparece como um entrave ou um fardo de que temos de nos livrar” (GAUCHET, 2005, p. 39). Mais, não é só a ligação ao passado que se rompe, mas a construção de “um presente onde já não vale a pena preocuparmos-nos com o futuro global, de qualquer modo impossível de antecipar”

(GAUCHET, 2005, p. 40), numa autointerpretação fragmentária, em que o direito (subjetivo) e o “interesse” se substituem à deliberação e ação políticas, que empurra cada um para cuidar dos seus próprios projetos individuais em separação com a vida comum – construção que remove o futuro como tempo de consumação ou de aproximação de um projeto comunitário. Isto traz implícito que não haver senão presente é idêntico a dizer só existem indivíduos, que eles são o único facto social, o único destino de qualquer normatividade, o único não estrangeiro da cultura que se promove. A própria ideia de projeto coletivo perde qualquer sentido. Cabe reconhecer que para muitos isto soará a emancipação. Esta espécie de regresso a um “estado de natureza” (pacífico) em que o “governo dos homens” dá lugar à mera “administração das coisas” gera com facilidade o equívoco de se confundir o eclipse do político, e, portanto, a negação da condição política do homem, com uma era histórica de libertação individual. Mas isto também nos permite perceber que dizer que “em política o futuro não existe” é, no fundo e à superfície, um *bon mot* vazio e contraditório.

Contudo, não basta inverter os termos deste problema para encontrar uma saída geradora de futuro. As comunidades políticas que romantizam o seu passado, e o desejam no presente, também comprometem o seu futuro. Mas comprometem-no num sentido subtil. É preciso não esquecer que a tarefa de preservação do passado, ou a sua reconstrução de acordo com mitos mais ou menos verosímeis, projeta já a comunidade política para o futuro: um futuro de preservação (ou de reconstrução) do passado. Contudo, pela mesma razão, o futuro perde o seu carácter próprio, isto é, não resulta de um esforço de contributo histórico novo ou original – ele é, ou espera-se que seja, o resultado de esforços determinados pela experiência remota, ou pelo menos da interpretação (benévola) presente dessa experiência remota. Neste sentido, o futuro desejado é o que mais fidedignamente cumprir uma representação romantizada do passado. Em contraposição, a abertura plena ao futuro tem de conter a abertura à novidade histórica, incluindo às descontinuidades e não linearidades que essa novidade histórica inevitavelmente produz.

Daqui podemos começar a concluir que o futuro da comunidade política depende sobretudo da vitalidade, preservação, reabilitação ou revitalização de uma relação, a saber, da relação que une os cidadãos num povo, de um lado, à comunidade que lhes dá unidade, do outro. Essa relação exprime necessariamente um cuidado que liga os cidadãos uns aos outros e à comunidade que eles corporizam – um cuidado que

é, na verdade, uma forma de amor. A comunidade constitui a totalidade referencial de sentido onde todos os “objetos” e relações entre partes constituintes recebem os seus atributos, o que vale por dizer, o seu significado ou o seu valor. Quando esta relação se desfaz, a comunidade política perde o seu futuro – ou até o seu próprio presente. A vontade de futuro da comunidade política depende, no fundo, da vitalidade de uma forma de cuidado ou de amor.

Antes dos recentíssimos reveses reputacionais sofridos pelo movimento histórico da “globalização”, crescia a força da tese segundo a qual o “paradigma” da comunidade política autónoma “nacional” estaria a perder relevância, eficácia e lealdade dos seus cidadãos. A ser verdade que o devir histórico anunciava a substituição da forma política moderna pela “governança em rede” ou pelo “constitucionalismo global” (com dimensão regional ou não, pouco importa) ou pela pós-soberania da lei, então isso seria equivalente a afirmar o esvaziamento da fonte de sentido constituída pela comunidade política moderna. E, nesse sentido, seria o mesmo que dizer que a comunidade política moderna – portuguesa ou estrangeira – não tinha futuro. Mas, por mais diagnósticos de que os problemas são crescentemente globais e exigem, por conseguinte, soluções igualmente globais – ou que, pelo menos, a escala transnacional dos problemas contemporâneos tem de ser correspondida por uma idêntica escala no uso de meios políticos e técnicos para os confrontar –, parece subsistir a relação de cuidado, a apropriação de sentido existencial, no contexto da comunidade política na forma moderna. Se for verdade que as pessoas – os tais indivíduos – relacionam-se com a comunidade política de um modo puramente instrumental, e apenas procuram dela uma aritmética positiva e utilitária de benefícios face aos custos, então o futuro de que falamos evidentemente não existe.

Não pode haver um compromisso com o futuro da comunidade política se, em qualquer momento, o cálculo de custo-benefício se altera. E não porque poderia fazer vingar a mudança de forma política ou de autoridade política desde que mais eficaz em cumprir determinadas funções associadas ao chamado “bem-estar material” do indivíduo enquanto tal; mas antes porque esse cálculo puramente instrumental pode conduzir à completa desvalorização do valor da comunidade política enquanto tal. Esse compromisso com o futuro pressupõe investimento existencial – no limite de sacrifício pessoal ilimitado, como sucede em caso de guerra defensiva. Não é redutível à contabilidade do indivíduo isolado que, por assim dizer, compara ofertas alternativas de empresas concorrentes em

busca de um novo cliente. São ordens de racionalidade, de ligação, e de envolvimento temporal inteiramente distintas, como não custa demonstrar.

V

Num mundo marcado essencialmente pela mudança, os mecanismos societais de renovação tornam-se ainda mais preciosos e o seu disfuncionamento manifesta-se com rapidez acelerada. E por renovação entenda-se a renovação cultural, intelectual, social, o que forçosamente inclui a renovação demográfica. Não devemos fugir da dimensão demográfica na ponderação dos mecanismos societais de renovação. Não é o único desses mecanismos, mas a sua importância é inegável. A natalidade como a projeção de alguém radicalmente novo no mundo, e por maioria de razão na comunidade, é um facto da maior importância. A renovação da comunidade tem de ser corporizada; nunca é um vago processo descorporizado. Tem de ser sempre protagonizado por pessoas; e neste caso por pessoas *novas* no sentido literal do termo – não “jovens”, mas *novas*, que não existiam antes e evidentemente irrepetíveis.

Como vimos, dirigidas para o futuro, as comunidades políticas têm de se definir por um projeto. Caso contrário não têm futuro. Literalmente. Daqui também se segue uma consequência importante. Se as comunidades políticas são essencialmente um projeto político, então os seus membros são participantes num projeto. E quem são os seus membros? Ou dito de outra maneira: quem pode ser incluído como participante neste projeto para o futuro? A resposta não pode ser outra senão a que diga: os cidadãos da geração presente, bem como os cidadãos que já eram participantes no passado. Do mesmo modo, os cidadãos do futuro são igualmente participantes. Também eles pegarão num projeto que herdaram – e que não deixarão de reformar, alterar, modificar. Ora, do ponto de vista político, a continuidade geracional da comunidade política é determinada pelas suas fronteiras também. Os cidadãos do passado contam, assim como contam para nós, os cidadãos presentes, os cidadãos do futuro da nossa comunidade política. Contam, não nos termos de um contrato, como a célebre citação de Burke (1999) deixa patente e que o próprio Burke invoca ao estilo de uma crítica imanente aos contratualismos da sua época, mas antes como elemento fundamental deste entendimento da comunidade política como um projeto, e, portanto, essencialmente dirigida ao futuro.

A comunidade política enquanto projeto não é uma simples ideia. Para estar mais próximo da verdade, ela é a corporização de uma ideia.

É um processo animado e orientado por uma ideia. E nesse sentido deveria ser um truísmo indicar que a política precisa de um corpo e de corpos. Neste registo particular, insisto, a questão demográfica não pode ser ignorada. As consequências do envelhecimento da população (fenómeno particularmente avançado na Europa do Sul e do Sueste) são tão vastas, complexas e profundas que seria impossível fazer aqui sequer um sumário. Mas é indesejável deixar passar a seguinte observação: a redução das taxas de natalidade que podemos observar em inúmeros países, entre os quais se inclui Portugal, reflete uma relação problemática com o futuro. O comportamento que a redução da natalidade reflete exprime, por um lado, uma recusa de futuro. Não se trata aqui de apresentar uma causa efetiva da decisão pessoal de não ter filhos. Existe certamente uma panóplia de conjecturas envolvendo fatores “socioeconómicos” e “culturais”. Contudo, o abandono do futuro e, como face da mesma moeda, a apropriação desesperada do presente são os elementos primordiais do sentido político e da interpretação cultural deste fenómeno dos últimos trinta ou quarenta anos. E, por outro lado, exprime a indisponibilidade para gerar o único recurso sem o qual, mesmo o futuro ambicionado, não pode ser concretizado – pessoas, agência humana, a radicalidade do agir de quem não existia no mundo antes e não permanecerá para sempre nele.

A comunidade política moderna é marcada pela convicção de que o projeto articulado será concretizado na história pela vontade humana, ou pela concorrência da vontade humana. As sociedades serão aquilo que querem ser. Mas a exaltação moderna depara-se rapidamente com dificuldades, a principal das quais reside nisto: o futuro, sendo essencialmente indeterminado, não é simplesmente o invólucro neutro e passivo, dos desejos presentes. Agimos, mas a nossa liberdade, ou vontade, apenas consegue cumprir metade, ou perto disso, do que ambiciona. Mesmo Maquiavel (1961, cap. XXV) tinha boas razões para preservar a outra metade na esfera indecifrável e imprevisível da variação das coisas – ou *fortuna*. Todavia, a exaltação moderna torna ainda mais saliente a relação estrutural da comunidade política com o futuro. Na medida em que a comunidade política moderna está, por assim dizer, particularmente enraizada num solo identitário e autointerpretativo, isto é, particularmente associada a uma consciência de si e da sua existência na história diferenciada das outras comunidades políticas, então a determinação dessa identidade e dessa autointerpretação tem de se permanentemente clarificada. Ora, isso carrega uma implicação. Se a comunidade política entende-se a si mesma como densa de uma autorrepresentação, então o

exame dessa representação torna-se numa questão permanente para a própria comunidade. E esse exame gerará dúvidas igualmente permanentes acerca da distância entre a representação afirmada e a representação verificada pelo processo interminável de se por a si mesma em questão. A aproximação da comunidade face à sua identidade afirmada é, assim, sempre assintótica e a tarefa de aproximação e de reconstrução dessa identidade constitui-se como um projeto do futuro (KAHN, 2005, pp. 51-3).

A comunidade política consciente de si mesma questiona-se a si mesma, ou pelo menos sente-se questionada pela diferença que pressente relativamente às restantes comunidades políticas. Numa era de intensa comunicação global, as comunidades políticas parecem não ter grande alternativa já que se não se questionam a si mesmas num primeiro momento, nem se apercebem das diferenças face às outras comunidades políticas, serão estas – as restantes comunidades políticas – com as suas diferenças a interpelá-la de modo inconfundível. Ademais, esta relação com o futuro afigura-se fundamentalmente diferente daquela que é abstratamente construída pela ideologia do progresso, em que a comunidade política já sabe o que será no futuro – antevê no futuro aquilo que vai ser e para onde caminha inexoravelmente, e nessa proporção ela já é o que vai ser.

Feitas todas estas considerações, coloca-se uma questão com um cariz mais prático: como ativar o princípio de abertura à indeterminação do futuro sem deslizar para a pura liquefação das instituições sociais, dos valores humanos, dos bens culturais e da memória histórica? A resposta passa forçosamente pela trivialidade, que não é menos importante por sê-lo, segundo a qual a política moderna requer a abertura à reforma. Com as suas origens na eclesiologia medieval, “reforma” como conceito remete para a adoção de uma nova forma. No sentido originário, de uma nova forma de organizar e orientar a estrutura da Igreja. Mas a que ponto vai essa novidade? Na verdade, a nova forma é adotada não sem antes haver uma reflexão sobre a revitalização dos princípios originadores e justificadores de uma determinada instituição ou estrutura. Mais: a nova forma é exigida porque essa instituição ou estrutura já não conseguem servir os fins para os quais foram criadas. É em nome dessas finalidades e princípios originários que se repensa a forma, e é em nome deles que se julga a adequação da nova forma que se irá adotar. Por conseguinte, a reforma nunca é uma mudança nem por rutura, nem por saturação. Isto é, não é uma revolução para criar *ex nihilo*, nem uma mudança trazida pelo aborrecimento ou pelo enfado com a forma existente. Note-se, por-

tanto, que a “reforma” é um compromisso com o futuro, mas não deve ser confundida com a definição de um projeto coletivo. A “reforma” está ao serviço da consecução mais eficaz – porventura, mais harmoniosa, ou mais justa também – do projeto no tempo histórico futuro. Está essencialmente ligada à revitalização dos princípios originadores do projeto. Pode até ser que sem reforma a comunidade política não tenha futuro, no sentido do colapso do seu projeto, sobretudo quando uma comunidade política vai multiplicando os seus bloqueios e impasses. Mas, em rigor, o futuro da comunidade política está ligado à densidade dela, e à sua ligação com um projeto, e as propostas ou execuções de reformas, podendo dar consistência a uma e a outro, não os substituem.

Como antecipar, então, o hiato entre a harmonia do nosso projeto coletivo e os factos históricos futuros? O futuro que concebemos, o futuro que nunca deixa de o ser, acaba por ser diferente do futuro que se torna presente. O futuro não é um espaço vago aguardando pacientemente pela sua ocupação milimétrica pelas aspirações e projetos do presente. O ser da comunidade política envolve uma tarefa que é *problemática*. A comunidade política em ação confronta as inúmeras dificuldades que se lhe interpõem. E acontecerá que essas dificuldades à consumação do projeto se converterão, pelo seu impacte direto e pela reação que suscitem, em desvios ao próprio projeto, ou descaracterizações desse mesmo projeto. Mas, como vimos, este ajustamento torna-se numa obsessão para a comunidade política moderna. A questão é: quão diferente será o futuro do projeto coletivo presente que se quer realizar no futuro? Podemos prevenir a distensão indesejável desse *quantum*? Afinal de contas, esse hiato pode variar, e olhando para a experiência histórica das nações, varia muito de comunidade para comunidade. O que é possível dizer com mais alguma segurança é que a frustração de um hiato insuportavelmente grande é causa habitual de dissoluções mais ou menos violentas da comunidade política.

Podemos dizer que Portugal teve um certo projeto político nos últimos 35 anos, não muito elaborado, não muito sofisticado. E que se pode resumir assim: Portugal ambicionava tão-só ser mais parecido com as democracias do centro e norte da Europa. Enquanto na década de 80 e 90 se foi consumando o chamado “processo de convergência”, a expectativa quanto à viabilidade e bondade do dito projeto crescia em credibilidade e robustez. Claro que a tendência inversa começou a manifestar-se a partir do momento em que os primeiros anos do século XXI revelaram que o tal “processo de convergência” tinha sido interrompido e invertido – e que,

portanto, o tal hiato aumentava, em vez de diminuir. A abertura desse hiato alguma responsabilidade terá na relação dos Portugueses com as suas instituições, procedimentos e práticas (na sua grande maioria justificados pelo projeto coletivo e pela sua eficácia na redução do hiato). O futuro de Portugal estará sempre de alguma maneira relacionado com o caráter da interpretação (que venha a ser) dominante das dificuldades que rodearam, e rodeiam, esta tarefa. Também não é preciso explicitar que o futuro do País seria dramaticamente afetado se porventura este projeto coletivo, que depende da *existência* de uma “Europa” a imitar, com um determinado figurino institucional e com a sua função concreta de âncora ou de lastro aos movimentos nacionais, desaparecesse. Nessas circunstâncias, Portugal enquanto comunidade política teria de se renovar com um alcance profundíssimo para conseguir substituir o antigo projeto coletivo, para o qual no passado recente se mobilizou com uma intensidade invulgar, por um novo necessariamente alternativo.

Bibliografia referenciada

- ARON, 1990. Raymond Aron, *Democracy and Totalitarianism*, Ann Arbor: The University of Michigan Press
- BENJAMIN, 1968. Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History” in *Illuminations*, ed. Hannah Arendt, Nova Iorque: Schocken Books
- BODIN, 1986. Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, Paris: Fayard, vol. 1
- BURKE, 1999. Edmund Burke, “Reflections on the Revolution in France”, in *Select Works of Edmund Burke*, vol. 2, Indianapolis: Liberty Fund
- FRIEDMAN, 2006a. Benjamin M. Friedman, “The Moral Consequences of Economic Growth”, *Society*, 43 (2006)
- FRIEDMAN, 2006b. Benjamin M. Friedman, “Moral Consequences of Economic Growth. The John R. Commons Lecture, 2006”, *The American Economist*, 50 (2006)
- GAUCHET, 2005. Marcel Gauchet, *La condition politique*, Paris: Gallimard
- HANSEN, 1939. Alvin Hansen, “Economic Progress and Declining Population Growth”, *The American Economic Review*, 29 (1939)
- KAHN, 2005. Paul W. Kahn, *Putting Liberalism in its Place*, Princeton: Princeton University Press
- LASCH, 1991. Christopher Lasch, *The True and Only Heaven: Progress and its Critics*, Nova Iorque: W. W. Norton & Company
- MAQUIAVEL, 1961. Maquiavel, *Il Principe*, Turim: Einaudi
- MONTESQUIEU, 2011. Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, trad. Miguel Morgado, Lisboa: Edições 70

- MORGADO, 2016. Miguel Morgado, “Montesquieu and Aron on Democracy’s Virtues and Vices: The Question of Political Legitimacy”, in *The Companion to Raymond Aron*, ed. José Colen & Elisabeth Dutartre-Michaut, Londres: Palgrave Macmillan
- NUSSBAUM, 1996. Martha C. Nussbaum, *For Love of Country?*, Boston: Beacon Press
- ORTEGA Y GASSET, 1964. José Ortega y Gasset, *Historia como Sistema*, in *Obras Completas*, Madrid: Revista de Occidente, 6.^a edição, vol. VI
- STAROBINSKI, 1973. Jean Starobinski, 1789. *Les Emblèmes de la Raison*, Paris: Flammarion
- SUMMERS, 2014. Lawrence Summers, “U.S. Economic Prospects: Secular Stagnation, Hysteresis, and the Zero Lower Bound”, *Business Economics*, 49 (2014)

II.

Teoria Constitucional

Justiça Intergeracional:
Entre a Política e o Direito Constitucional

JORGE PEREIRA DA SILVA

O Problema da Tutela Constitucional das Gerações Futuras

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO

Democracia e Revisão Constitucional

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

A Tutela Constitucional das Gerações Futuras:
Profilaxia Jurídica ou Saudades do Futuro?

CATARINA SANTOS BOTELHO

Justiça Intergeracional: Entre a Política e o Direito Constitucional

JORGE PEREIRA DA SILVA*

The question whether one generation of men has a right to bind another, seems never to have been started on this or our side of the water. Yet it is a question of such consequences as not only to merit decision, but place also, among the fundamental principles of every government.

T. Jefferson to J. Madison, Paris, 6 Sept. 1789

I

Ainda há não muito tempo, um conhecido comentador político escrevia num artigo de opinião que “em política não há gerações futuras, só as eleições seguintes”. E um líder partidário proclamava num discurso inflamado: “não contem connosco para introduzir na Constituição a regra de ouro”, referindo-se naturalmente à pressão de Bruxelas para que os Estados-membros da União Europeia integrassem nas respetivas Leis Fundamentais regras contendo limites percentuais ao défice orçamental e à dívida pública. Aparentemente sem relação, estas duas afirmações têm em comum uma posição de fundo sobre o problema da justiça intergeracional: a sua inviabilidade no contexto das democracias contemporâneas.

* Professor Auxiliar e Diretor da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP), instituição onde se licenciou, obteve o grau de mestre e de doutor. Tem desenvolvido investigação nas áreas do Direito Constitucional, dos Direitos Fundamentais, da Teoria Geral do Estado e da Ciência Política. Foi professor visitante no Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica e no Instituto Superior de Estudos Militares. É também assessor do Representante da República para a Região Autónoma dos Açores e desenvolve atividade como consultor jurídico privado. Entre as suas publicações, destacam-se as obras *Protecção jurisdicional contra omissões legislativas* (2003), *Direitos de cidadania e direito à cidadania* (2004) e, mais recentemente, *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais* (2015).

A primeira afirmação representa a capitulação perante a forma atual de fazer política de curto prazo, com os olhos postos apenas na obtenção de proventos eleitorais imediatos. Afinal, segundo o conhecido vaticínio keynesiano, “*in the long run, we are all dead*”. Já a segunda afirmação, além de ser contraditória, revela sobretudo desconhecimento. É contraditória na medida em que, se uma qualquer asserção normativa se designa “regra de ouro”, é porque deve incorporar qualquer coisa de muito positivo e valioso e, portanto, não é razoável rejeitá-la liminarmente, sem ponderar sequer a sua introdução num diploma fundamental como a Constituição. Mas acima de tudo mostra desconhecimento, já que quem a proferiu ignora a razão pela qual uma coisa aparentemente tão simples – limites ao défice e ao endividamento, em percentagem do PIB – tem sido apelidada de “regra de ouro”. Ou seja, não percebeu o motivo da associação entre a limitação do recurso ao crédito público e a conhecida “regra de ouro” da ética, segundo a qual não devemos fazer aos outros o que não gostaríamos que nos fizessem a nós. E, sobretudo, que esta regra tanto vale quando os “outros” são nossos contemporâneos – vivem connosco, no mesmo fuso geracional – como quando os “outros” são nossos sucessores, imediatos ou mediatos, na linha do tempo. Recorde-se, a este respeito, a pequena estória que Derek Parfit conta quanto apresenta o seu paradoxo da não identidade: “suponhamos que eu deixo um vidro partido no chão de uma floresta. Cem anos depois, uma criança pisa esse vidro e fica ferida num pé. Os meus atos causaram um dano sério a esta criança. Se eu tivesse colocado o vidro em segurança, esta criança teria atravessado a floresta sem se ferir. Do ponto de vista moral, faz alguma diferença que a criança ainda não exista hoje?” (PARFIT, 1987, pp. 356-57).

Incompreensões à parte, antes de uma análise mais sistemática das repercussões político-constitucionais da ideia de justiça entre gerações, apresentam-se algumas perspetivas setoriais sobre o problema, que nos últimos tempos têm surgido no espaço público, frequentemente ligadas à crise financeira e social que Portugal tem atravessado, mas não só. Por outras palavras, procurar-se-á primeiro afirmar a plausibilidade hodierna de uma verdadeira *questão intergeracional* – dado que existe o perigo de as pessoas das diferentes gerações não terem o mesmo acervo de oportunidades e o mesmo nível de qualidade de vida (PARFIT, 1987, p. 365) –, para num segundo momento se refletir sobre o modo como deve ser equacionada a essa questão no plano constitucional. Em todo o caso, uma análise científica aprofundada de algumas das declinações

setoriais do problema que a seguir se apresentam pode encontrar-se em vários capítulos desta mesma obra.

1. Défice e dívida

Antes de mais, é difícil não reconhecer que o défice orçamental e a dívida pública colocam um incontornável problema de justiça entre gerações e, conseqüentemente, um sério problema constitucional (PEREIRA, 2012, pp. 62 *et seq.*). Ou alguém poderá dizer, em consciência, que uma maioria governativa não abusa do seu poder quando, para obter dividendos políticos no final da legislatura, gera encargos financeiros que terão de ser pagos anos ou mesmo décadas a fio? Se uma força política obtém maioritariamente do eleitorado legitimidade para governar durante quatro anos, como poderá justificar-se a ausência de limitações jurídicas claras, que a impeçam de obrigar as maiorias seguintes a pagar os empréstimos por ela contraídos, ao longo de 10, 20 ou mais anos? Só quem entender que estas questões não são pertinentes, no plano da governação da *res publica*, pode rejeitar *a priori* a constitucionalização dos parâmetros do endividamento público, afirmando apenas que os parlamentos democraticamente eleitos têm de poder decidir com ampla liberdade o *quantum* dos impostos a cobrar aos cidadãos – assim no presente como no futuro, para pagar a dívida pública (ou só para cumprir o serviço da dívida) – ou, ainda, que não é por se consagrar na Constituição a proibição de défices excessivos que estes vão desaparecer.

Regressando às origens, é importante lembrar que uma Constituição é um documento cuja razão de ser está na limitação do poder, prevenindo as formas mais graves ou mais comuns do seu abuso. Como sustentava Montesquieu, só há liberdade nos governos moderados e só há governos moderados quando não se abusa do poder (MONTESQUIEU, 1996, p. 166). Desde os primórdios do Estado de Direito que esse objetivo primordial tem sido prosseguido por três vias paralelas: garantia dos direitos fundamentais; imposição da separação de poderes; e democraticidade dos sistemas de governo. E a verdade é que o endividamento desregulado do Estado interfere negativamente com todas e cada uma destas três vias.

Por um lado, umas finanças públicas não sustentáveis põem em causa direitos fundamentais das gerações futuras, que se verão privadas da liberdade para fazer as suas próprias escolhas democráticas (v.g., entre modelos de desenvolvimento económico ou entre políticas sociais). Em coerência, pois, a Constituição não pode permitir que se esvaziem de

conteúdo útil os direitos dos cidadãos de amanhã, quando ao mesmo tempo faz questão de garantir aos cidadãos de hoje o pleno exercício desses mesmos direitos. Por outro lado, a separação de poderes tem também, entre outras, uma dimensão temporal. Por isso os governantes têm o seu tempo em funções dividido em mandatos curtos, de quatro, cinco ou seis anos. Separação de poderes e princípio republicano caminham aqui de mãos dadas, exigindo renovação periódica da legitimidade de todos os que governam em nome do povo. E é por isso um paradoxo que a Constituição não os impeça de, a partir desses mandatos limitados, determinar insidiosamente a ação governativa por períodos temporais bastante mais longos. Por último, uma democracia saudável pressupõe que, quem recebe dos eleitores os louros associados à realização da despesa pública, assumam também os custos inerentes à cobrança dos correspondentes impostos. Não há, aliás, melhor estímulo à gestão eficiente dos recursos públicos. Se for possível transferir para quem vem depois os ditos custos, isso dificulta muito a responsabilização política dos governantes e põe em causa a transparência e a lealdade do jogo democrático. Enfim, o endividamento público é o ópio das democracias fracas, que não conseguem resistir à tentação!

Ora, atendendo ao modo concreto de funcionamento das democracias ocidentais, é legítima a dúvida sobre se as disposições constitucionais que as regem estarão aptas a preencher as exigências decorrentes de uma ética de responsabilidade para com o futuro, tal como pensada por Hans Jonas. Isto é, são capazes de garantir um mínimo de equidade intergeracional e as condições de possibilidade dos direitos das gerações vindouras (JONAS, 1995, pp. 63 *et seq.*). Naturalmente, estas gerações não votaram nas últimas eleições – aquelas em que se escolheram os governantes e as políticas que as virão a onerar –, como não chegarão a tempo de votar nas próximas eleições – quase por certo as últimas em que será possível responsabilizar aqueles governantes e censurar as suas políticas. Depois disso, muito provavelmente, o ciclo político-partidário mudará de vez. Assim, a legitimidade das decisões do poder público, que afetam negativamente o futuro e os seus protagonistas, não pode deixar de ser questionada no próprio plano democrático, sobretudo quando essa afetação seja muito gravosa, demasiado prolongada ou irreversível.

Garantir, no plano financeiro, um tratamento justo para os cidadãos de amanhã, numa época em que a sociedade e o sistema político convergem numa irrestrita glorificação do presente, é porventura um dos mais importantes problemas que a teoria política e a teoria jurídica

têm para resolver no início deste século. Pelo menos se, para utilizar as palavras de Ulrich Beck, tiverem a ambição de controlar a situação de “irresponsabilidade organizada” em que as atuais sociedades ocidentais (e não só) se encontram mergulhadas (BECK, 2015, pp. 63 *et seq.*). A sua solução passa, antes de mais, por uma reflexão séria sobre o desenho dos sistemas políticos estaduais, mormente sobre os freios e contrapesos que incorporam e sobre os reais efeitos que estes produzem nos diferentes domínios da governação. Numa palavra: num quadro em que se reconhece que “as finanças são a realidade da Constituição”, nada há de mais “constitucional” do que a limitação do défice e da dívida pública (CANOTILHO, 2017, pp. 44 *et seq.*). Se é nesse campo que se têm registado graves abusos – com consequências muito sérias para as populações –, a constitucionalização desses limites é certamente uma questão pertinente, que apresenta algumas dificuldades técnicas, mas que não deve ser afastada de ânimo leve (v., para uma análise no plano da teoria económica, III, caps. 7 e 8).

2. Parcerias público-privadas

Também a respeito dos esquemas de financiamento de muitas das obras públicas realizadas em Portugal nos últimos anos – *parcerias público-privadas*, *project finance*, *pay-as-you use* (SARMENTO, 2013, pp. 26 e 50 *et seq.*) –, se tem sustentado que a transferência para os que vêm depois dos encargos correspondentes às nossas ações suscita, além de um óbvio problema de sustentabilidade das contas públicas a médio e longo prazo, uma séria questão de natureza moral.

Recorrendo a um lugar paralelo, todos concordarão que não é moralmente aceitável que os pais procurem viver à conta dos filhos. Como já referia Thomas Jefferson, em 1789, na sua carta escrita de Paris a James Madison, “nenhuma geração pode contrair dívidas maiores do que as que sejam pagáveis no curso da sua própria existência”. Por exemplo, nenhum pai responsável assume um encargo financeiro para os seus filhos pagarem mais tarde, quando começarem a trabalhar e a ganhar dinheiro. Pelo contrário, os bons pais investem na educação dos filhos e, quando podem, poupam algum do seu rendimento para depois os ajudar a construir a sua independência. Sacrificam parte do seu bem-estar presente para que eles possam ter um futuro melhor. Assim sendo, é inevitável perguntar por que motivo não aplicar este mesmo princípio no governo dos Estados. E, ao invés, se tolera que os governantes atuais

sobrecarreguem as gerações futuras com pesados encargos financeiros, decorrentes de investimentos públicos que só eles decidiram.

Alguns asseguram que é justo que as gerações futuras compartilhem com a geração presente os custos das grandes obras do regime, que irão perdurar no tempo, e dos investimentos públicos que, pelo seu efeito reprodutivo, terão um resultado virtuoso no médio e longo prazo, assim como das próprias políticas sociais de que também elas virão a retirar benefícios. Seria este, aliás, o único procedimento conforme com os cânones da racionalidade económica e financeira.

É preciso não esquecer, porém, que é a geração presente que decide fazer as obras, realizar os investimentos e adotar as políticas públicas. Numa palavra, somos nós, e não as gerações futuras. E, precisamente porque somos nós que tomamos as decisões, fazemo-lo à luz das nossas prioridades políticas, dos nossos modelos de desenvolvimento, dos conhecimentos técnicos disponíveis e, em especial, da relação que estabelecemos entre ambiente e progresso económico. De resto, fazemo-lo também visando a satisfação das nossas aspirações de bem-estar e das nossas ingentes necessidades de emprego. Não é de estranhar que nos pareça equitativo que as gerações vindouras suportem os encargos decorrentes das nossas ações de hoje. É fácil considerar como justo um veredicto quando julgamos em causa própria, em sintonia com os nossos interesses, sem ter de perguntar a opinião dos demais afetados.

Num mundo cada vez mais imprevisível, não é possível garantir que as gerações oneradas com os custos das obras, dos investimentos e das políticas que pusemos em marcha irão pensar e sentir como nós. Num mundo em que a única certeza é a permanente mudança, ainda quando as intenções presentes sejam as melhores, as gerações futuras parecem ter pelo menos o direito de exigir uma especial prudência e uma particular probidade nas decisões que as vão sobrecarregar. E, não obstante, os governantes insistem em comportar-se à semelhança de um pai que compra uma casa nova, à medida das suas necessidades, e que deixa grande parte do respetivo preço para os filhos pagarem, com o argumento de que eles também vão viver nela e, até, que a virão a herdar um dia mais tarde.

A verdade é que cada vez mais os governantes atuam desta forma porque a sociedade atual constitui uma imensa glorificação do presente. Como na frase referida logo no início, “em política não há gerações futuras, só as eleições seguintes”. A relação entre governantes e governados tornou-se uma relação de mercado, num jogo entre oferta e procura, em que os governos têm na satisfação imediata dos seus clientes – isto é,

dos governados – a sua principal política. Por sua vez, os governados – cientes dos seus direitos enquanto consumidores de serviços de governação – descartam os governos com grande solicitude, logo que sentem que estes não servem eficientemente os seus interesses. Descartam-nos com a mesma facilidade com que trocam de operador de telecomunicações ou de eletricidade. Para que tal não aconteça, é necessário prestar bons serviços e, na maior parte dos casos, isso só é possível construindo boas autoestradas, aeroportos, hospitais modernos, escola novas e bem equipadas, mesmo que os recursos financeiros não se encontrem (ainda) disponíveis.

Na sociedade e na política, vive-se o presente como se não houvesse futuro. O próprio presente parece reduzido à atualidade, às notícias em direto. O tempo é sentido como cada vez mais curto e urgente, para ser usado intensamente. Em consequência, tomam-se decisões políticas de enorme alcance – cujos efeitos, mormente de natureza financeira, se projetam por várias décadas – como se o futuro não existisse ou, pior, como se o futuro fosse apenas mais uma oportunidade de viver comodamente a atualidade e de uma forma mais despreocupada (v., de novo, para uma análise no plano da teoria económica, III, caps. 7 e 8).

3. Segurança social

Como é sabido, outro lugar clássico deste problema da justiça entre gerações é o da segurança social, sendo comuns as referências, mais ou menos envergonhadas, à existência de uma verdadeira “conspiração grisalha”, supostamente responsável pela situação de crescimento contínuo (e incontrolado) da despesa pública com pensões e pela situação de insustentabilidade do sistema no seu conjunto (MENDES, 2011, pp. 36 *et seq.* e 104 *et seq.*).

Como alguém dizia, lapidarmente, “eu acho muito bem que o meu pai tenha uma reforma igual ao último ordenado. Só tenho pena de ter que ser eu a pagá-la”. Lamento justificado, naturalmente, porque a geração dos atuais trabalhadores no ativo usufrui em geral de ordenados mais baixos, desconta para o sistema por uma taxa superior, terminará a sua carreira contributiva mais tarde na vida e, mesmo que venha a ter efetivamente direito a uma reforma, esta terá sempre uma taxa de cobertura muito inferior à das pensões que se encontram a pagamento (correspondam estas, no caso mais extremo, ao último ordenado, ou aos melhores cinco dos últimos dez, à média dos últimos quinze, etc.).

Fatores de desvantagem a que se pode acrescentar ainda o facto de os ativos presentes enfrentarem, como especial intensidade, a ameaça do desemprego. Ou seja, mesmo fora dos períodos mais agudos de crise económica, as taxas de desemprego tornaram-se estruturalmente mais elevadas do que há 10 ou 20 anos.

Assentando o sistema público de segurança social num princípio de repartição – e não de capitalização – a geração que tem pensões em pagamento (que, por comodidade, se pode designar por terceira geração) beneficia, supostamente, de um direito adquirido, do qual não está disposta a abdicar, que se formou ao abrigo de regimes legais vigentes num tempo em que as circunstâncias económicas, demográficas e de mercado de trabalho eram bastante mais favoráveis do que as que existem no presente e em que a geração dos ativos (a segunda geração) tem de desenvolver o seu (sobre)esforço contributivo. A terceira geração tem direito a receber porque pagou, mas não recebe apenas o que pagou. Recebe, diretamente do bolso da geração que lhe sucede, muito mais do que aquilo que pagou e do que aquilo que a geração ativa presente alguma vez poderá aspirar. A primeira geração, que ainda não iniciou o seu período contributivo, está por enquanto fora da equação, embora o movimento geracional flua constantemente, sem paragens ou roturas. Numa perspetiva de segurança social, tanto a primeira como a segunda gerações são futuras, embora a segunda já tenha expectativas dignas de alguma tutela jurídica. Só a terceira geração é presente e, nessa qualidade, beneficia do grau máximo de tutela que o sistema comporta (o que não significa que tenha, necessariamente, total proteção contra alterações subsequentes do seu estatuto).

O problema da segurança social constitui, como é sabido, uma parte – certamente a mais delicada e aguda – da chamada crise do Estado Social (ou Estado Providência), surgida na segunda metade da década de setenta do século passado e que se tem arrastado até aos nossos dias, apesar dos esforços de sucessivos governos e das múltiplas soluções propostas por académicos e especialistas. Ficaram célebres, por exemplo, as “*New Ideas about Old Age Security*”, contidas num documento do Banco Mundial, coeditado por Holzmann e Stiglitz e publicado em 2001, com vista a garantir a sustentabilidade do sistema de segurança social no século XXI. No caso português, o problema é agravado pela circunstância de o início dessa crise ser contemporâneo do próprio esforço (de estabilização política e económica e) de construção do nosso próprio modelo social de Estado, em concretização da Constituição de 1976 e do amplo catálogo

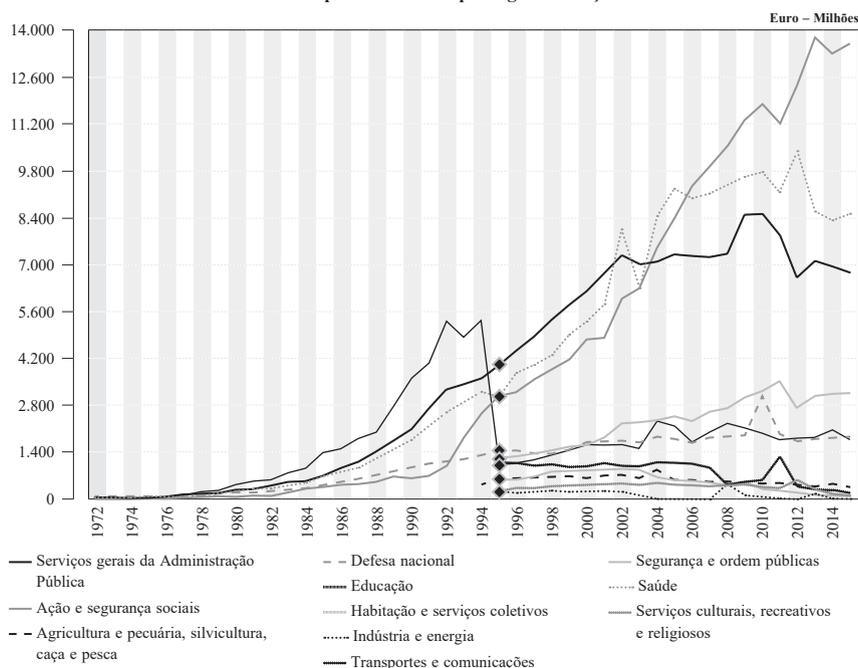
de direitos económicos, sociais e culturais que a mesma consagrou, com os olhos postos nos países desenvolvidos do centro e do norte da Europa (CARREIRA, 1996, pp. 273 *et seq.*; SILVA, 2013, pp. 17 *et seq.*).

Não constitui novidade que os fatores mais incontornáveis dessa crise são essencialmente três: a redução consistente das taxas de crescimento económico, que, com algumas oscilações conjunturais, nunca mais atingiram os níveis anteriores às crises petrolíferas; a inversão progressiva da pirâmide demográfica, com a redução paulatina das taxas de natalidade e com o alargamento notável da esperança média de vida e, consequentemente, com a diminuição do *ratio* de trabalhadores ativos por dependente; o aumento estrutural do níveis de desemprego, que provoca simultaneamente redução das contribuições e aumento das prestações devidas. Para além destes, a crise de financiamento do Estado social conta com outros fatores, mas em que o aumento da despesa pública tem uma leitura positiva muito relevante, como sucede, na educação, com o alargamento da “carreira escolar” da generalidade dos alunos ou, na saúde, com a disponibilização de medicamentos e tratamentos médicos que, apesar de caros, alongam e dão qualidade à vida das pessoas.

Que, fruto essencialmente dos fatores referidos, o sistema de segurança social tem por sua conta o mais grave problema se sustentabilidade de todo o universo do Estado social de direito – em Portugal, como em várias outras paragens – é, pois, um dado incontornável, que a simples visualização do gráfico subsequente revela com facilidade (PORDATA, Despesas públicas por funções do Estado, 2017)

Além do extraordinário peso das despesas sociais no Orçamento de Estado – com as despesas relativas às funções soberanas a assumirem hoje, algo paradoxalmente, uma dimensão quase residual –, o que o gráfico demonstra é que, ao contrário do que sucedeu com as despesas com saúde e com educação, mesmo nos anos de mais intensa austeridade, com o congelamento do valor de todas as pensões e com cortes sensíveis em muitas das que estavam em pagamento, a despesa pública com ação e segurança sociais (rubrica em larga medida preenchida por pensões) continuou a crescer, a níveis absolutamente extraordinários. Comparando 2010 com 2015, a despesa com educação desceu de 8559 para 6757 e a despesa com saúde encolheu de 9776 para 8518. Em contrapartida, sem prejuízo de pequenas oscilações, a despesa com ação e segurança social escalou de forma progressiva de 11 809 para 13 625 no mesmo período, o que corresponde a um acréscimo acumulado de cerca de 15% em apenas seis anos. É verdade que os anos de crise económica, sobre-

Despesas do Estado por algumas funções



tudo por causa do duplo efeito de desemprego (de redução da receita e de aumento da despesa), são sempre muito pressionantes para todos os sistemas de segurança social, mas não deixa de ser surpreendente que o aumento se tenha dado num contexto de poupança forçada – com enormes custos sociais e que, inclusive, se revelou problemático do ponto de vista constitucional – de recursos públicos afetos ao pagamento de largos milhares de pensões. Imagine-se o que teria ocorrido se os montantes de todas as pensões em pagamento se tivessem mantido absolutamente inalterados (assumindo apenas o congelamento do valor respetivo como incontornável). Imagine-se o que teria sucedido se, por exemplo, a tão diabolizada *Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES)*, nas suas sucessivas configurações, não tivesse passado no crivo apertado do Tribunal Constitucional [Acórdão n.º 187/2013 (Orçamento de Estado para 2013) e acórdãos n.ºs 413/2014 e 572/2014 (Orçamento de Estado para 2014)].

A situação é, pois, deveras preocupante no médio prazo. Tudo isto, porém, não faz uma conspiração da geração que beneficia agora do sistema contra a que suporta o sistema com as suas contribuições. A incapacidade

de resolver o problema do financiamento do Estado social (sem recurso sistemático ao endividamento público) e de garantir a sustentabilidade do sistema de segurança social não foi um exclusivo da terceira geração, quando até há bem pouco tempo detinha o poder político. A geração dos atuais responsáveis políticos no ativo revela a mesmíssima incapacidade e, reforma após reforma (como, por exemplo, a que levou à introdução, em 2008, do conhecido *fator de sustentabilidade*), o problema acaba por regressar sempre tal qual um bumerangue. Nem basta sequer, para haver conspiração, que a terceira geração não abdique dos diferentes regimes jurídicos que ainda a beneficiam na atualidade, escudando-se no princípio da proteção da confiança. Seria necessário dolo: ou seja, que os regimes legais em causa tivessem sido desenhados por ela mesma, no passado, quando dominava o poder legislativo, com o objetivo de criar para si própria um sistema de reformas douradas, custeado pelos contribuintes futuros do sistema – o que, obviamente, é um absurdo do ponto de vista histórico.

De um prisma jurídico, o problema é antigo e muito conhecido: *rebus sic stantibus*. Os regimes da segurança social e, em particular, o regime das pensões foram desenhados e mantidos em funcionamento – por sucessivas gerações de governantes e governados, que fluem entre si de forma contínua – assumindo a permanência de circunstâncias que foram desaparecendo progressivamente e que, hoje, já não existem de todo. Em rigor, os tais três pilares do modelo social de Estado acima referidos e que, quando foram perdendo a solidez, desencadearam a chamada crise do Estado Social: elevadas taxas de crescimento económico; altas taxas de natalidade e de renovação geracional; níveis de emprego elevados. Tendo desaparecido, de forma notória, a quase totalidade das circunstâncias que estiveram na base do contrato celebrado entre o Estado (representando a comunidade política no seu conjunto) e os então contribuintes do sistema de segurança social (hoje beneficiários), poderá o devedor invocar essa cláusula implícita em todos os contratos para não cumprir as suas obrigações nos termos inicialmente previstos? Fará sentido, com base no mesmo princípio subjacente ao artigo 437.º do Código Civil, defender, não evidentemente a resolução do contrato geracional, mas a sua modificação segundo juízos de equidade?

Uns responderão que não, com boas razões. Outros responderão que sim, também com bons argumentos. O drama reside no facto de os primeiros – tendencialmente à esquerda –, apesar de baterem no peito em sinal de apreço pelo Estado social, serem incapazes de explicar como

irão garantir a sustentabilidade do sistema público de pensões sem cortes nos seus valores e sem rever em baixa as regras do seu cálculo. Em contrapartida, os segundos, que – maioritariamente à direita – se têm revelado exímios em demonstrar a insustentabilidade da segurança social tal como está, parecem também incapazes de explicar como é que a generalidade dos reformados vai conseguir sobreviver depois de novos cortes nas pensões, cujo nível médio é já hoje muito baixo.

Certo é que, entretanto, a sustentabilidade da segurança social entrou definitivamente no domínio do jurídico, com o Tribunal Constitucional a convocá-la como fator de ponderação em algumas das decisões em que teve que tomar posição sobre medidas legislativas que encurtavam pensões – em formação e em pagamento –, mas sem lhe atribuir o peso suficiente para justificar um desfecho de não inconstitucionalidade [v.g., acórdão n.º 188/2009 (fórmula de cálculo das pensões), acórdão n.º 862/2013 (caixa geral de aposentações), acórdão n.º 575/2014 (contribuição de sustentabilidade)]. Ou, mais precisamente, sem lhe atribuir o peso bastante para, numa operação de balanceamento com a proteção da confiança, levar a melhor sobre a estabilidade garantida por este princípio – o que parece sugerir, algo paradoxalmente, que é razoável manter, a curto prazo, a confiança num sistema que, a médio prazo, já não será sustentável. Numa palavra: *desconto temporal*, com sobrevalorização da utilidade dos bens presentes relativamente à utilidade dos bens futuros (PARFIT, 1987, pp. 480 *et seq.*) (v., para uma análise aprofundada deste tema, III, cap. 11).

4. Mercado de trabalho

O (des)emprego constitui outro tópico recorrente da (in)justiça intergeracional, com ampla projeção no espaço público e mediático, onde pululam referências como: “aumenta o desemprego jovem”; “cresce o desemprego entre os licenciados”; “geração ‘nem-nem’, não trabalham nem estudam”; “geração 500 euros”; “geração recibos verdes”. A estas menções mais ou menos estigmatizantes é, por vezes, justaposta uma outra, destinada a aumentar o contraste: “geração mais bem preparada de sempre”.

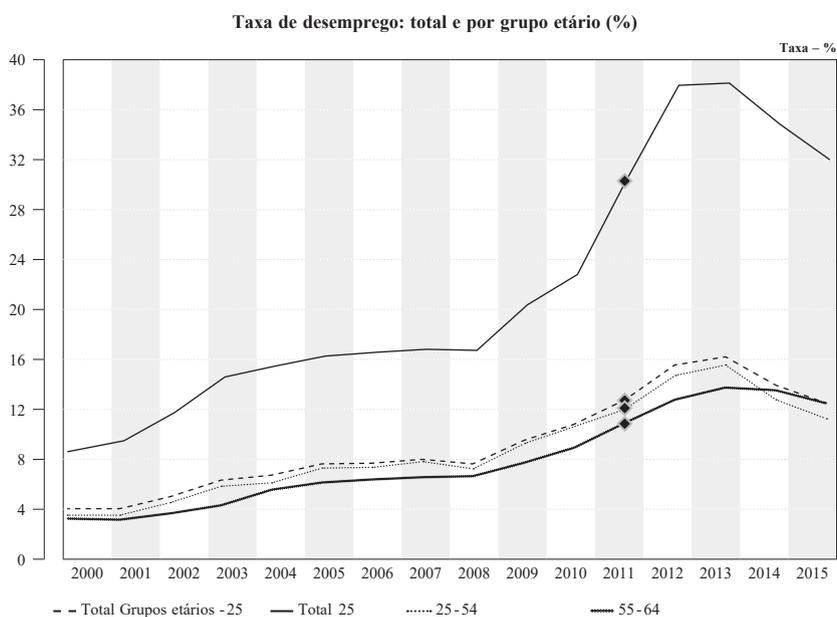
A injustiça nas relações entre os mais novos e os mais velhos manifesta-se, todavia, em diferentes aspetos do funcionamento do mercado de trabalho, que naturalmente não deixam de ter conexões entre si: a taxa de desemprego; a estabilidade no emprego; e os níveis remuneratórios.

Num quadro económico em que o emprego se tornou definitivamente um bem escasso, o aspeto mais evidente do problema reside pois na grande discrepância entre as taxas de desemprego vigentes entre o grupo etário mais jovem e as taxas médias de desemprego da população em geral (ou, para aumentar o contraste, as taxas de desemprego da faixa etária intermédia ou mais avançada na idade). Muitos gráficos poderiam ser apresentados, com números (nacionais e europeus) absolutamente bombásticos e com diferentes delimitações entre grupos etários e, sobretudo, com diferentes definições de “jovem”. Desses gráficos poderia retirar-se, *grosso modo*, sempre a mesma conclusão: o fenómeno do desemprego afeta, em termos comparativos, muito mais os jovens – mormente os jovens à procura do primeiro emprego – do que a restante população ativa. Sendo que “afetar bastante mais” significa que a taxa de desemprego jovem representa frequentemente pelo menos o dobro da taxa média do desemprego em geral (dependendo um pouco da idade com que se perde a qualidade, ou em rigor o defeito, da juventude).

O gráfico a seguir apresentado, que tem um conceito restrito de jovem para os padrões sociológicos atuais, revela em 2015 uma taxa de desemprego jovem de 32%, contra uma média de 12,4% e contra uma taxa de 11,2% no grupo etário intermédio (PORDATA, *Taxa de desemprego total e por grupo etário*, 2016). São números assustadores, com respeito aos quais se intui que podem pôr em risco a coesão social e que, naturalmente, fazem temer pelo futuro de qualquer economia e pela estabilidade política de qualquer país. Com a agravante de, na generalidade dos casos, os jovens não reunirem (pela ausência de carreira contributiva) condições de acesso ao subsídio de desemprego. Por outro lado, este (na melhor das hipóteses) retardamento da entrada dos jovens no mercado de trabalho desencadeia um conjunto de efeitos laterais muito negativos, como a redução do seu poder negocial (que, por sua vez, redundava em ordenados mais baixos), a ausência de emancipação pessoal, a não constituição de família, a redução da taxa de natalidade e o encurtamento das carreiras contributivas.

É claro que o desemprego jovem não é a única injustiça geracional que se pode vislumbrar no acesso ao mercado de trabalho. Pense-se, por exemplo, naqueles trabalhadores que caem no desemprego ainda relativamente jovens para se reformarem, mas que já são velhos de mais para os padrões de recrutamento do mercado e não podem, pelas suas necessidades familiares, reiniciar a sua carreira com níveis remuneratórios idênticos aos oferecidos aos mais novos. De resto, é também comum a

duração média do desemprego aumentar à medida que os trabalhadores vão avançando na idade. Mas, pela sua extensão e alcance, a grande dificuldade dos jovens em ingressar no mercado de trabalho é certamente uma das injustiças geracionais mais graves e disruptivas.



A questão é, precisamente, a de saber se o enquadramento legal e institucional do mercado não favorece de forma indelével os trabalhadores empregados, em detrimento dos jovens desempregados ou à procura do primeiro emprego. Em particular, é razoável perguntar se a garantia jurídica de um elevado nível de estabilidade das relações laborais – segundo o paradigma clássico do contrato de trabalho por tempo indeterminado – não tem um efeito negativo no acesso ao mercado de trabalho por parte dos mais jovens. Assim como é razoável perguntar se as regras sobre despedimento (por causas objetivas) não favorecem os trabalhadores há mais tempo na empresa, em comparação com os entrados mais recentemente. Ou ainda se as restrições quantitativas de acesso à função pública *lato sensu* – e o Estado continua a ser de longe o maior empregador nacional – não se projetam sobretudo sobre os mais jovens, protegendo em contrapartida uma classe de trabalhadores mais velha e, porventura, algo acomodada à irrevogabilidade do seu vínculo (MEDEIROS & SILVA,

2015, pp. 413 *et seq.*, a propósito do acórdão n.º 474/20013). De resto, é também pertinente a questão de saber se o movimento sindical coloca o mesmo empenho na defesa dos desempregados (maioritariamente jovens) e na defesa dos trabalhadores detentores de emprego (por norma mais velhos e com maior índice de sindicalização).

A par deste problema da taxa de desemprego jovem, o mercado de trabalho parece reservar ainda aos grupos etários mais baixos uma segunda desvantagem comparativa. Com efeito, o mercado de trabalho encontra-se hoje profundamente segmentado, de modo que mesmo entre os trabalhadores empregados encontramos diferentes grupos, cujos interesses não são necessariamente coincidentes (CENTENO, 2013, pp. 41 *et seq.*). No essencial: trabalhadores com contrato por tempo indeterminado; trabalhadores com contrato a prazo; e trabalhadores a recibo verde (na maior parte dos casos, falsas prestações de serviços, toleradas pelo sistema juslaboral e acomodadas pelos regimes da segurança social); mas também trabalhadores contratados por empresas de trabalho temporário; trabalhadores a tempo parcial ou num qualquer outro regime de subemprego. Quer isto dizer que a relação jurídica de emprego, que durante muito tempo esteve no âmago do desenvolvimento do direito do trabalho, e que foi legal e constitucionalmente arvorada em paradigma dessa relação (o artigo 53.º da Constituição consagra, precisamente, o direito à “segurança no emprego”) – pelas especiais garantias que dava ao trabalhador, em particular no que toca à estabilidade do vínculo –, volveu-se apenas numa forma, entre várias, de integração do trabalhador no mercado. A par dela – ou melhor, um ou mais degraus abaixo dela – outras surgiram, com níveis bastante mais reduzidos de tutela do trabalhador e dos seus direitos.

Sobretudo, estas outras relações laborais não paradigmáticas têm por traço identitário comum, apesar da sua heterogeneidade e, por vezes, atipicidade, a precaridade do vínculo jurídico entre o trabalhador e o empregador. Não obstante, volveram-se aos poucos na forma comum – estatisticamente mais relevante – dos jovens entrarem no mercado de trabalho e, em muitos casos, na única via de estes se manterem no ativo durante muitos e bons anos. Numa palavra, além de mais afetados pelo desemprego, os jovens são também o grupo etário mais atingido pelo fenómeno da precarização do emprego. A questão é, conseqüentemente, a de saber onde fica o ponto de equilíbrio em matéria de estabilidade dos vínculos laborais que cabe ao legislador do trabalho definir, num domínio normativo em que os efeitos adversos são recorrentes e onde,

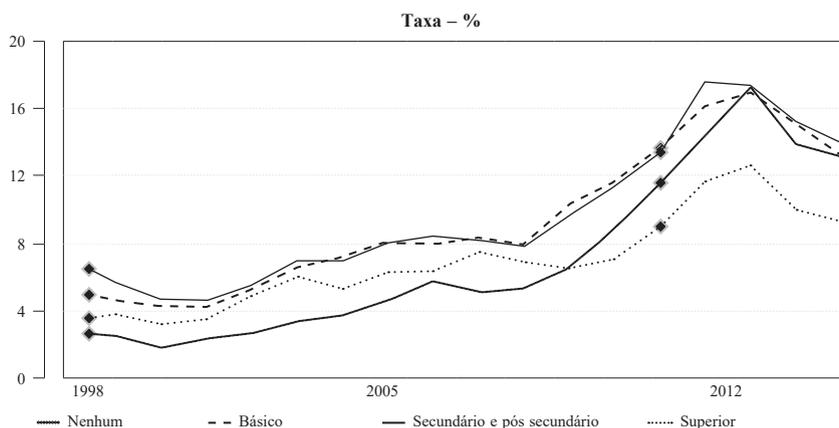
por exemplo, o excesso de proteção se projeta negativamente sobre os destinatários dessa proteção ou sobre outros grupos de trabalhadores em posição de maior fragilidade (por razões jurídicas, etárias, nível de especialização, disponibilidade de mão de obra, etc.).

De resto, é também defendida com frequência a ideia de que os jovens – sobretudo os detentores de formação superior (licenciatura ou até mestrado) – juntam à dificuldade em encontrar um primeiro emprego (com um mínimo de estabilidade) uma condenação prolongada a níveis remuneratórios muito baixos, ligeiramente acima da fasquia do salário mínimo. A mensagem que, por vezes, está subjacente a esta ideia é mesmo a de que não vale muito a pena estudar e tirar um curso superior, uma vez que os licenciados, além da dificuldade em encontrar um emprego digno desse nome (isto é, não um simples estágio, não um programa de formação, nem um emprego assistido por incentivos públicos), quando o encontram, auferem remunerações não condizentes com o seu nível de qualificações. No fundo, o mercado de trabalho não recompensaria o esforço daqueles que se empenham em completar um curso superior.

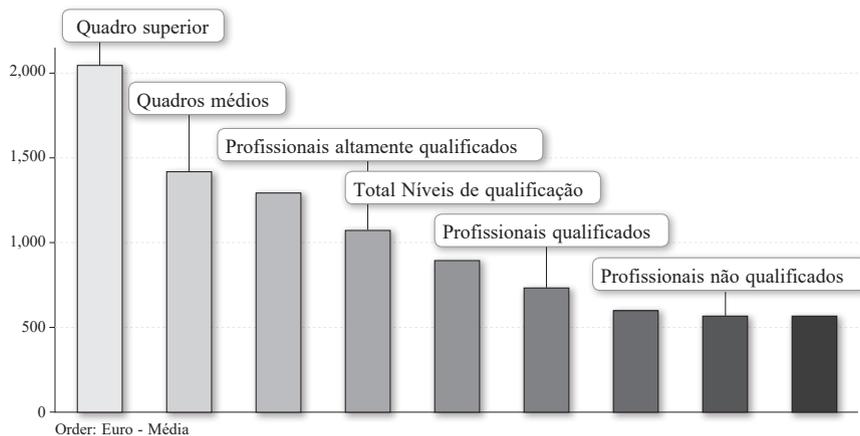
Porém, sem negar as dificuldades que os licenciados sentem no acesso e permanência no mercado de trabalho – sobretudo quando se compara a realidade presente com o que existia há algumas décadas atrás, em uma licenciatura constituía um elemento curricular muito diferenciador e que abria as portas para uma vida profissional tranquila e bem remunerada –, não é líquido que o problema se coloque exatamente nos termos referidos. De um modo geral, aliás, o que os números indicam é que, quando a taxa de desemprego aumenta, aumenta também entre os trabalhadores detentores de licenciatura e, em geral, entre os mais qualificados. Mas aumenta menos nos níveis superiores de formação académica e de qualificação profissional. Os mais afetados pelo fenómeno do desemprego são, por regra, os trabalhadores indiferenciados. Conclusão semelhante é válida para a questão dos níveis remuneratórios, em que o prémio salarial pela formação superior, sobretudo numa economia como a portuguesa ainda carecida de licenciados, é muito significativo e, apesar de tudo, é acompanhado por perspectivas de carreira que não se abrem a trabalhadores não qualificados ou com baixa escolaridade.

Vejam-se os gráficos, primeiro quanto à distribuição do desemprego por níveis de escolaridade, com o desemprego dos titulares de formação superior a acompanhar as oscilações gerais da taxa geral de desemprego,

mas alguns pontos percentuais mais a baixo (PORDATA, *Taxa de desemprego por nível de escolaridade completo, 2016*):



Por sua vez, quanto ao nível remuneratório, é manifesto o desvio para cima da remuneração média dos quadros superiores relativamente às restantes categoriais profissionais (PORDATA, *Níveis remuneratórios por categorias profissionais, 2016*):



Por conseguinte, ao contrário do que sucede com a taxa de desemprego jovem e quanto à precaridade do emprego jovem, não parece que os dados estatísticos confirmem uma injustiça geracional – pelo menos uma injustiça generalizada ou que perdure no tempo – no que respeita

aos níveis remuneratórios da denominada “geração mais bem preparada de sempre”. Apesar de a dicotomia licenciados *versus* não licenciados ser demasiado simplista, a verdade é que os prémios remuneratórios decorrentes dos níveis superiores de qualificação parecem ser, ainda hoje, na economia portuguesa, muito significativos e, naturalmente, esse efeito é multiplicado quando se considera a totalidade da carreira profissional dos trabalhadores.

Isto não invalida que o mercado de trabalho seja um contexto muito propenso a desigualdades geracionais e à ocorrência de casos de verdadeira discriminação em função da idade, sobretudo no que toca ao acesso ao emprego. É interessante sublinhar, aliás, que a Constituição, no proémio do artigo 59.º, sobre direitos dos trabalhadores, coloca a idade como o primeiro dos critérios suspeitos (seguindo-se o sexo, a raça, a cidadania, etc.) – o que não sucede no artigo 13.º, que consagra o princípio geral da igualdade, e que nem sequer inclui a idade na sua lista exemplificativa de termos de comparação suspeitos. Neste ponto, o artigo 59.º pode ser considerado como precursor de uma tendência recente – com forte projeção, por exemplo, na legislação europeia antidiscriminação – de valoração jurídica da idade (das diferentes idades, para ser mais rigoroso) como critério materialmente não justificativo de decisões (públicas e privadas) conferentes de tratamento desigual. É conhecido, aliás, o neologismo “idadismo”, que visa precisamente sublinhar que a idade das pessoas não é apenas um dado de facto, natural e axiologicamente neutro, mas que pode ser usada como uma qualidade ou como um defeito, com intuítos discriminatórios e até estigmatizantes daqueles que têm a idade errada – com a agravante de que, dada o seu carácter de inevitabilidade, as pessoas nada podem fazer contra ela (MARQUES, 2011, pp. 17 *et seq.*) (v., para uma análise aprofundada do tema, à luz do direito do trabalho, III, cap. 13).

5. Ambiente e energia

A recente eleição de Trump ressuscitou uma outra questão intergeracional clássica, mas cuja resposta parecia estar até certo ponto encontrada, ainda que a sua implementação prática implicasse um caminho longo e difícil: a necessidade de proteger o ambiente e os recursos naturais, contrariando o aquecimento global e apostando nas energias renováveis. Depois das Cimeiras do Rio de 1992/2012 e de Joanesburgo em 2002, bem como do acordo histórico alcançado em Paris, na Conferência

das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, em 2015, o caminho parecia estar traçado no sentido do reconhecimento comum do princípio do desenvolvimento sustentável, segundo o qual apenas é legítimo o “*desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades*” (formulação cunhada pela Bruntland Commission, in “*Our common future*”, 1987). Porém, a retórica oficial da presente Administração norte-americana – os EUA são o segundo maior poluidor mundial, logo a seguir à China, com uma quota de cerca de 18% das emissões de gases com efeito de estufa a nível global – revela absoluta simpatia pelas teses que negam o fenómeno do aquecimento do planeta e muito pouco apreço pelas políticas ambientais e de promoção do desenvolvimento de energias renováveis. Ainda que um mandato de quatro (ou oito) anos não seja suficiente para reverter um percurso de consciencialização ambiental que tem mais de 40 anos – recorde-se que a primeira grande cimeira internacional sobre ambiente realizou-se em 1972, em Estocolmo –, com desenvolvimento de políticas públicas e empresariais que têm vindo a produzir alguns resultados dignos de registo, o regresso dos EUA a uma política semelhante à adotada a respeito do “protocolo de Kyoto” constitui um revés significativo no que toca aos objetivos de preservação do nosso futuro comum.

É fundamental sublinhar, a este respeito, que o tema ambiental – nele incluindo o combate à poluição, a preservação dos habitats e da biodiversidade, a utilização sustentada dos recursos naturais, a produção de energias limpas –, como questão de justiça intergeracional, apresenta quatro particularidades relativamente aos outros terrenos antes apresentados: a irreversibilidade de muitos dos danos produzidos pela ação humana; a amplitude das escalas temporais envolvidas; a dificuldade em dissociar a responsabilidade dos atores públicos e privados pelas suas ações e omissões; a inexistência de soluções eficazes num plano que não seja transnacional. Estas quatro especificidades conjugadas fazem do ambiente e da energia um domínio particularmente difícil e agudo no que respeita à defesa dos direitos das gerações futuras. É neste sentido que Derek Parfit vaticina, logo no início das suas considerações sobre o paradoxo da não identidade, que “os próximos séculos serão aos mais importantes da história da humanidade” (PARFIT, 1987, p. 351).

É sabido que, quanto à primeira especificidade referida, o que fez soar os alarmes nos anos 70 e 80 do século passado foi precisamente a representação intelectual do desaparecimento de condições naturais

para a continuação da vida humana na terra. A identificação de efeitos ecológicos adversos da atividade humana e a ocorrência de alguns desastres ambientais – o desaparecimento de muitas espécies animais, a morte de florestas no centro da Europa, provocada por chuvas ácidas, ou o acidente químico de Bhopal – juntaram-se ao medo de um conflito nuclear entre as duas superpotências, no sentido de questionar, pela primeira vez, o mito do progresso contínuo, que praticamente acompanha o homem desde o Renascimento e que, salvo algum evento anormal, garantia a cada nova geração gozar uma vida melhor do que a das suas antecessoras. Trata-se de um grande choque conceptual para a humanidade, que é forçada simultaneamente a confrontar-se com os efeitos irreversíveis da sua ação sobre a natureza – como sucede com a extinção de espécies animais ou com o esgotamento de alguns recursos – e com a possibilidade de o próprio homem ter o mesmo destino, a curto prazo, num conflito nuclear, ou a longo prazo, por desaparecimento progressivo das condições naturais de vida na terra. No fundo, é este confronto com uma realidade dramaticamente ameaçadora – marcada pela nota da irreversibilidade das mudanças já ocorridas ou da sua reversibilidade apenas numa escala temporal muitíssimo alargada – que está na origem do novel paradigma ético proposto por Hans Jonas, de responsabilidade para com o futuro: *age de tal modo que a máxima da tua ação seja compatível com a permanência de condições da vida humana na terra* (JONAS, 1995, pp. 40-1). Numa palavra: evolui-se de uma ética de reciprocidade para uma ética de responsabilidade num só sentido; caminha-se de uma ética centrada exclusivamente no homem – e nos deveres que este tem para consigo e para com os seus semelhantes – para uma ética que incorpora a natureza e o meio ambiente no seu seio.

Quando ao segundo ponto, começa por existir uma enorme discrepância entre o tempo normal de permanência em funções dos governantes e o tempo em que se fazem sentir as consequências dos seus atos ou, na maior parte dos casos, das suas omissões. A escala temporal dos decisores políticos reparte-se, na melhor das hipóteses, em curtas legislaturas de quatro ou cinco anos, ao passo que as escalas dos ciclos biológicos e naturais, da regeneração das espécies e dos ecossistemas, bem como dos efeitos da acumulação de poluentes no solo, na atmosfera ou na água são sempre bastante mais espaçadas, medindo-se na maior parte dos casos em dezenas ou centenas de anos, quando não mesmo em milhares de anos. Por exemplo, os efeitos de um derrame de crude podem durar por várias décadas e o lixo radioativo produzido nos últimos 50 anos nas centrais

européias irá, previsivelmente, permanecer ativo durante largos milhares de anos. Para além disso, no domínio ambiental, existe uma certa névoa que dificulta a identificação das causas e das consequências na linha do tempo, uma vez que, frequentemente, umas e outras se sucedem de forma contínua e se entrecruzam repetidamente.

No que tange ao terceiro ponto, a dificuldade em responsabilizar politicamente alguém – não tanto uma pessoa, mas um governo ou um conjunto de atores políticos em funções num dado período – decorre, por um lado, de em matéria ambiental os danos resultarem mais de condutas omissivas do que propriamente da decisão x ou y e de, por outro lado, a generalidade dos atores poluentes serem as empresas e os cidadãos e de ser limitada a capacidade dos poderes públicos para os refrear. As políticas públicas ambientais são, de um modo geral, ou políticas de contenção – *v.g.*, redução de emissões poluentes – ou políticas de estímulo – *v.g.*, em matéria de energias renováveis –, mas em ambos os casos o que se censura nas más políticas seguidas não são as medidas tomadas, mas sobretudo o que não se faz, a insuficiência ou a falta de medidas mais severas e limitativas. O que se critica não são tanto as escolhas efetuadas, mas é a passividade ou a falta de determinação para mudar *o status quo*. Ademais, esta permissividade do poder público vai ao encontro da manifesta preferência temporal que a sociedade – excetuados alguns franjas do eleitorado, militantes da preservação do ambiente – concede às utilidades presentes em face das utilidades futuras. Por isso, empresas e particulares, no desenvolvimento da sua atividade e nos mais pequenos gestos do dia a dia, convergem em processos decisórios, expressos e tácitos, que perpetuam padrões de desenvolvimento económico e de consumo não sustentáveis. Por outras palavras, as questões ambientais não geram o mesmo tipo de polarização político-ideológica de outras políticas públicas – *v.g.*, as políticas sociais redistributivas – e não existe, na prática, um confronto tão marcado entre sociedade e poder.

Por fim, porque as emissões poluentes, assim como muitos recursos naturais, não conhecem fronteiras políticas, as questões ambientais são um exemplo claro da “*glocalização*” que caracteriza o mundo presente: na linha de Peter Singer, para problemas globais só soluções globais podem ser eficazes; mas, ao mesmo tempo, as soluções globais têm de ser executadas localmente, já que são o resultado de muitos pequenos passos, dados ao mesmo tempo nas diferentes partes do globo (SINGER, 2004, pp. 155 *et seq.*). Não que os riscos ambientais toquem a todos por igual. Pelo contrário, há claramente países e povos que têm sofrido e sofrerão

mais com a degradação do ambiente (v.g., fenómenos meteorológicos extremos, aumento do nível do mar, desertificação), mas os problemas da casa comum não se resolvem sem a mobilização de toda a comunidade internacional e das suas instituições. Não são apenas problemas de países ricos, preocupados com a qualidade de vida das suas populações, contra os países pobres, que reclamam o direito ao desenvolvimento económico e à exploração dos seus recursos naturais, com vista à elevação do seu nível de vida. Assim como não são só problemas dos países pobres, com níveis elevados de poluição da água e do ar e de degradação dos solos, contra os países ricos, que muitas vezes aí buscam matérias-primas e extraem energia sem os devidos níveis de proteção ambiental, para alimentar as suas economias desenvolvidas. Ainda assim, é evidente que o problema da justiça intergeracional cruza-se aqui com o problema das desigualdades presentes entre países desenvolvidos e países pobres ou em desenvolvimento, não sendo razoável pedir aos deserdados de hoje que se sacrifiquem em nome do bem-estar daqueles que nos hão de suceder na terra.

Ciente destas particularidades da questão ambiental, a UNESCO aprovou em 1997 uma Declaração – infelizmente não muito divulgada – sobre as “*Responsabilidades da Geração Presente para com as Gerações Futuras*”. Essa declaração começa por revelar, entre as premissas em que assenta: “no atual ponto da história, está ameaçada a própria existência da humanidade e do seu ambiente”; é fundamental para a solução dos problemas do mundo de hoje uma “crescente cooperação internacional, em particular para criar as condições que garantam que as necessidades e interesses das gerações futuras não serão prejudicados pelo fardo do passado”; “o destino das gerações futuras depende, em larga medida, de decisões e ações tomadas hoje, de modo que os problemas presentes – incluindo a pobreza, o subdesenvolvimento tecnológico e material, o desemprego, a exclusão e as ameaças ao ambiente – devem ser resolvidos simultaneamente no interesse das gerações presentes e futuras”. Depois, no seu articulado, a declaração prescreve, entre outras coisas: “no que respeita aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, as gerações futuras devem beneficiar, tal como a presente, de total liberdade de escolha quanto aos seus sistemas político, económico e social” (artigo 2.º); “a geração presente deve garantir a manutenção e perpetuação da humanidade, com respeito pela dignidade da pessoa humana” (artigo 3.º); “a geração presente tem a responsabilidade de transmitir às gerações futuras uma Terra que um dia não esteja irreversivelmente danificada

pela atividade humana” (artigo 4.º); “o desenvolvimento científico e tecnológico não deve comprometer a preservação da vida humana e das outras espécies” (v., para uma análise mais detalhada da questão ambiental, III, caps. 9 e 10).

6. *Brexit*

Virando por fim a agulha para outro domínio completamente diferente, a recente decisão dos eleitores britânicos de abandonar a União Europeia veio suscitar de forma inesperada a questão do risco de os sistemas democráticos atuais produzirem decisões políticas intergeracionalmente injustas, numa perspectiva de médio e longo prazo. Ao mesmo tempo, porém, uma análise mais ponderada do fenómeno revela como são difíceis e arriscados os caminhos da reforma das estruturas políticas em funcionamento – de modo a incorporar os interesses das diferentes gerações – ainda que aquelas tenham sido herdadas dos séculos XIX e XX e aí pensadas essencialmente para decidir questões de justiça social, de (re)distribuição de riqueza entre classes sociais, num mesmo espaço geográfico e no mesmo fuso temporal.

A prova, mediaticamente apresentada para demonstrar a existência de um verdadeiro “*brexit* entre gerações”, foi então a seguinte:

| Grupos etários | Idade média | Permanência | Saída | Esperança de Vida | N.º médio de anos que terão de viver com a decisão |
|----------------|-------------|-------------|-------|-------------------|--|
| 18-24 | 21 | 64% | 24% | 90 | 69 |
| 25-49 | 37 | 45% | 39% | 89 | 52 |
| 50-64 | 57 | 35% | 49% | 88 | 31 |
| 65+ | 73 | 33% | 58% | 89 | 16 |

No fundo, os eleitores mais novos queriam claramente ficar. Os mais velhos, porém, estavam determinados a sair. E, com uma população envelhecida, o “*exit*” partia com clara vantagem e acabou mesmo por ganhar o referendo. Pior ainda, os mais velhos, saudosos de tempos pas-

sados – tempos felizes, de glória e soberania, que todavia ninguém sabe verdadeiramente quando foram e quando terminaram –, não tiveram consideração pelos mais novos e votaram decididamente pela saída. Ou seja, não incorporaram na sua decisão de voto os interesses dos mais jovens, apesar de estes serem, por sinal, os seus filhos e netos. A “retrotopia” recentemente convocada por Zygmunt Bauman, como esperança ilusória de regresso a uma estabilidade e a uma confiança perdidas algures no tempo, acabou por ser uma ideia mais mobilizadora do que qualquer utopia europeia, como projeto de paz, unidade e desenvolvimento (BAUMAN, 2017, pp. 5-8). Numa sociedade marcada pelo não conhecimento e pela incerteza quanto ao futuro, o passado parece ser o único lugar seguro, ao qual faz sentido querer regressar (BECK, 2015, pp. 217 *et seq.*).

De fora da equação ficaram, naturalmente os muitos imigrantes, aliás na sua maioria também jovens, que no Reino Unido não têm – como na generalidade das democracias ocidentais – direito de sufrágio. Estão *a priori* excluídos da comunidade politicamente organizada onde vivem, apesar de aí trabalharem, de aí pagarem impostos de até de aí acederem aos diferentes serviços e prestações sociais. Um dos grupos mais diretamente afetados pelo resultado do referendo não participou, como consequência de uma regra que é tão pacificamente aceite quanto difícil de justificar no plano teórico: os direitos de participação política, com o direito de voto à cabeça, são exclusivos dos nacionais. A regra sagrada da democracia “*one man, one vote*” – tal como no passado só valia para os homens livres (e não para os escravos), ou só valia para os homens brancos (e não para os de outras raças), ou só valia para os homens (e não para as mulheres) – continua no presente a valer apenas para os nacionais do Estado e não para os estrangeiros. Ainda que, em muitos casos, estes sejam essenciais para manter a economia a funcionar, para equilibrar o saldo demográfico e para preservar em níveis mínimos a sustentabilidade dos sistemas de proteção social.

Tanto quanto é possível apurar – considerando o ambiente de pós-verdade em que se vive atualmente e que se manifestou de forma particularmente intensa durante toda a campanha do referendo britânico –, o quadro acima recolhe os resultados de uma sondagem, que aliás daria globalmente a vitória ao “remain”. Apesar de apresentado e massivamente divulgado após o resultado do referendo, só podia tratar-se de uma sondagem porque, como é evidente, os resultados eleitorais propriamente ditos apenas são desagregáveis por área geográfica. Nunca por idade, género, instrução. Ainda assim, assumindo que não houve fabricação, o quadro

tem claramente duas partes. As quatro colunas da esquerda limitam-se a apresentar a desagregação do resultado por escalões etários (de alcance bastante desigual). As duas colunas da direita, por sua vez, confrontam os resultados com dados completamente estranhos à sondagem: a esperança de vida e o número médio de anos que os eleitores terão de viver com a decisão. A conclusão final é a de que *quem vai ter de viver mais tempo com a decisão queria ficar na União Europeia* e está a ser arrastado para a saída contra a sua vontade.

A questão decisiva que esta interpretação dos dados coloca é a de saber se, em democracia, além da regra da *universalidade* do direito de voto – “*one man, one vote*”, ainda que com exclusão óbvia dos menores e bem menos evidente dos estrangeiros –, a regra da *igualdade* do sufrágio é uma inevitabilidade e deve por isso permanecer acima da discussão, como um dogma inquebrantável. Com efeito, sufrágio “igual” significa que os votos dos eleitores devem ter todos sensivelmente o mesmo peso. Por isso, dois círculos com o mesmo número de eleitores devem eleger aproximadamente o mesmo número de deputados. Mas também: um analfabeto e um licenciado têm um e um só voto cada; um pobre e um rico têm um e um só voto cada; um solteiro e um pai ou uma mãe de família têm um e um só voto cada; e, enfim, um jovem e um idoso têm um e um só voto cada.

Tecnicamente seria possível graduar o voto em função de certas características dos eleitores, como o *nível de interesses que cada um joga na votação* ou o *contributo que cada um dá para a sociedade*. Tal já aconteceu algumas vezes no passado, com a lei a atribuir aos eleitores um direito de voto diferenciado: voto plural ou voto ponderado. Há instituições privadas e comunidades restritas que gradua o direito de voto dos seus associados nesses termos. Seria por isso fácil atribuir aos cidadãos em geral um direito de voto cujo peso se fosse depreciando com o passar do tempo ou, porventura, instituir um “sistema de pontos” de participação política, que os eleitores gastam paulatinamente à medida que vão exercendo o seu direito de voto e ficando mais velhos.

O problema é que não há nenhuma correlação entre a idade de cada um (ou a esperança média de vida) e o contributo dos eleitores para a sociedade, que não é mensurável em termos minimamente objetivos e todas as tentativas de o avaliar acabaram por se revelar profundamente discriminatórias. Além disso, claro está, semelhante mecanismo de tipo pragmático colidiria de forma dramática com o princípio básico de que o direito de voto é uma decorrência da ideia transpositiva de dignidade

da pessoa humana – da igual dignidade da pessoa, como criatura única e irrepetível e que, segundo Pico della Mirandola, se distingue das outras criaturas pela capacidade de se criar e de se recriar a si mesma por força exclusiva do seu ânimo (MIRANDOLA, 2008, p. 57). Quer dizer que, com a igual dignidade da pessoa na sua raiz mais profunda, não é possível, sem insanável contradição com o seu próprio fundamento material, um direito de sufrágio que não seja também tão igual quanto possível (tendo em conta apenas a falta de absoluta isonomia dos universos ou circunscrições eleitorais). Por outras palavras, a igual dignidade da pessoa determina que todas as desigualdades existentes entre os eleitores – incluindo a diferença de idade – sejam afinal acidentais e, portanto, insuscetíveis de se refletirem no peso de cada voto a inserir nas urnas.

Nestes termos, é muito duvidoso que, mesmo os que se indignam com a injustiça intergeracional decorrente da decisão popular no referendo sobre o Brexit, sejam capazes de pôr em causa a regra do voto igual. Será seguramente preferível dizer aos jovens que, se a sua orientação política de hoje se mantiver, devem procurar convocar outro referendo algures no futuro sobre o Brin: *Britain in again!* Assim, as únicas conclusões que, nesta matéria, se podem extrair do referendo britânico serão: primeiro, não há convergência de posições entre as diferentes coortes populacionais com acesso ao direito de voto, sendo por isso razoável pensar que essa ausência se mantém no confronto com as mais jovens (ainda não votantes); segundo, ao contrário do que por vezes se afirma, é muito duvidoso que as gerações mais velhas incorporem nas suas opções políticas, enquanto decisoras e enquanto votantes, os interesses das gerações mais novas. De certa forma, como já intuía Thomas Jefferson na sua famosa carta a James Madison, “*pela lei da natureza, uma geração está para outra como uma nação independente está para outra*”.

II

Os diferentes campos problemáticos apresentados – outros ainda se poderiam juntar, como as políticas de educação, a preservação do património cultural (material e imaterial), a investigação e experimentação científicas nas áreas da biologia e da medicina, os movimentos migratórios e as políticas demográficas – revelam à saciedade que o tema da justiça intergeracional é hoje incontornável, independentemente do modo como surge formulado: deveres morais das gerações presentes para com as vindouras; proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras;

princípio jurídico da sustentabilidade (das decisões e políticas públicas); princípio político do desenvolvimento (económico) sustentável¹.

São poucos os que negam a sua autonomia teórica, sustentando que a melhor forma de fazer justiça às novas gerações é garantir o respeito atual pelos direitos fundamentais dos cidadãos (BECKERMAN, 2006, p. 66; BECKERMAN & PASEK, 2004, pp. 11 *et seq.*). E mesmo esses preferem concentrar-se na demonstração da impossibilidade lógica de gerações de pessoas que *ainda não existem* serem titulares de posições jurídicas *agora*, dificilmente escapando ao reconhecimento de que a geração atualmente dominante tem obrigações para com as suas sucessoras (BECKERMAN, 2006, pp. 53 *et seq.*, esp. p. 61; BECKERMAN & PASEK, 2004, pp. 107 *et seq.*; GOMES, 2007, pp. 155 *et seq.* Numa análise crítica desta argumentação, PARTRIDGE, 1990, pp. 5 *et seq.*). A verdadeira questão que desafia o mundo do Direito não é, assim, tanto a de saber *se* os indivíduos do presente estão vinculados para com as gerações posteriores, mas antes a de saber *como* se fundamenta e se conforma juridicamente essa vinculação (SALADIN & ZENGER, 1988, p. 129).

Apesar da transversalidade do problema dentro do universos dos ramos de direito — Direito Internacional, Direito do Ambiente, o Direito Financeiro e o Direito da Segurança Social — é certamente para o Direito Constitucional que o desafio se apresenta mais exigente: por este constituir o instrumento decisivo de limitação jurídica do poder político e das maiorias conjunturais que efetivamente o exercem; porque os direitos fundamentais compreendem em si mesmos uma dimensão intergeracional que é mais do que um simples corolário da Constituição enquanto pacto com vocação duradoura e, portanto, enquanto pacto entre gerações (HÄBERLE, 2006, pp. 224-25; & 2003, pp. 261-65). A literatura germânica mais recente revela, como é hábito, estar profundamente preocupada com esses desafios (KAHL, 2008; GEHNE, 2011; GLASER, 2006; KLEIBER, 2014). Concretamente, é no plano constitucional que se tem perguntado se os *deveres de proteção de direitos fundamentais* que impendem sobre o Estado se referem apenas aos seus titulares presentes ou se abarcam também os direitos que hão de ser titulados pelas gerações futuras (MURSWIEK, 1985, pp. 207 *et seq.*; ROBBERS, 1987, pp. 217 *et*

¹ Daqui em diante segue-se, muito de perto, o que se escreveu em *Breve ensaio sobre a proteção constitucional dos direitos das gerações futuras*, Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, ed. ATHAYDE, CAUPERS, GARCIA, Coimbra, 2010, pp. 458 *et seq.*

seq.; DIETLEIN, 1992, pp. 124 *et seq.*; LAWRENCE, 1989, pp. 174 *et seq.*; SALADIN & ZENGER, 1988, p. 76).

7. Problema constitucional

Admitindo como correta a ideia de que, no domínio em apreço, o Direito (Constitucional) tem por obrigação corresponder a um *mínimo ético*, segundo um modelo de *complementaridade e diferenciação* entre regras jurídicas e regras morais (HABERMAS, 2001, pp. 169 *et seq.*, esp. p. 172) – ideia que, não obstante as controvérsias que suscita, tem beneficiado de ampla aceitação, representando o relacionamento entre moral e direito através duas circunferências secantes (TREMMELE, 2006, pp. 199-200) –, a vinculação jurídica do Estado a um dever de atuação em favor das gerações futuras resulta da imperiosa necessidade de salvaguardar todos aqueles que se acham ameaçados nos seus bens mais elementares e não têm, por razões óbvias, qualquer capacidade para se defender a si próprios. Ou, o mesmo é dizer, que decorre do imperativo de proteção de todos os que, em virtude da sua posição de fragilidade, estão colocados numa situação de absoluta dependência relativamente à conduta de terceiros.

Excluída fica, portanto, toda e qualquer orientação segundo a qual o Estado não se encontra juridicamente obrigado a atuar em proteção das gerações vindouras, uma vez que, algures no futuro, é provável que se venham a descobrir remédios eficazes contra os males que, aos olhos de hoje, as sociedades atuais projetam sobre as gerações de amanhã (MURSWIEK, 1985, p. 211; CASPAR, 2001, p. 101). E, do mesmo modo, são igualmente de excluir aquelas outras orientações que, reconhecendo embora a existência de vinculações genéricas (de natureza moral) em favor daqueles que hão de suceder-nos – mas não direitos das gerações futuras (BECKERMAN & PASEK, 2004, pp. 15 *et seq.*) –, sustentam ao mesmo tempo que a melhor forma de lhes dar cumprimento é cuidar dos vivos, promovendo os seus direitos hoje e, em particular, aproveitando o potencial que os direitos de participação política podem ter no sentido da construção de um futuro melhor (BECKERMAN, 2006, pp. 66-7; BECKERMAN & PASEK, 2004, pp. 114 *et seq.*; contra, TREMMEL, 2006, p. 200).

Um exemplo de escola tem sido utilizado para demonstrar a improcedência destas argumentações simultaneamente otimistas e apologistas da passividade (BIRNBACHER, 2006, pp. 26-29): “alguém construiu um engenho explosivo capaz de ceifar inúmeras vidas humanas, mas programa-

-o para explodir apenas daqui a 100 ou 150 anos. O Estado, através das suas forças policiais e da sua máquina judiciária, tem ou não um dever de ação imediata, desarmando a bomba e perseguindo penalmente o seu autor?" (MURSWIEK, 1985, pp. 209, 212 e 215; PALOMBELLA, 2007, p. 6). Em face deste exemplo singelo, quem poderá defender no plano jurídico que o desarmar da bomba é responsabilidade, não das autoridades públicas atuais – que, assim, poderiam simplesmente cruzar os braços –, mas sim das autoridades que estiverem em funções daqui a 100 ou 150 anos? E quem poderá sustentar que basta efetivar os direitos das pessoas atualmente vivas para que a vida humana esteja devidamente salvaguardada daqui a 100 ou 150 anos?

Nem se alvitre que, na hipótese dada, as autoridades têm o dever de desarmar a bomba porque sabem como fazê-lo, ao passo que, no atual estado da ciência e da técnica, desconhece-se o modo de resolução de muitos dos problemas que são deixados para as gerações seguintes. Assim, *ultra posse nemo obligatur!* O argumento não procede porquanto, em rigor, o dever de agir das autoridades estaduais competentes – ainda que atendendo apenas à função geral de segurança do Estado – é bem mais complexo do que o simples desarmar do engenho já construído: ele começa logo na evitação do seu fabrico; passa pela sua localização, se esta for desconhecida; caso necessário, engloba também o desenvolvimento do saber indispensável ao seu desarmamento; e só termina com o desativar, em segurança, da dita bomba. Trata-se de um dever de diligência orientado para um resultado e cujo alcance, portanto, não deve ser delimitado pelos meios já disponíveis para o alcançar. Se a geração presente não tiver os conhecimentos ou os meios técnicos para desarmar a dita bomba-relógio, nem por isso se torna ética e juridicamente legítimo relegar uma eventual solução do problema para as gerações seguintes. Muito pelo contrário, ela deve, antes de mais, procurar evitar o fabrico daquela e, se isso já não for possível, fica vinculada a uma *obrigação de investigação e desenvolvimento*, no sentido de contribuir para a resolução quanto antes do problema entretanto criado.

Isto posto, firmada a existência não apenas de um dever ético mas também de um dever jurídico de proteção das gerações futuras, resta saber se o objeto a que esse dever se refere é constituído, agora numa perspectiva dogmática, por verdadeiros direitos e, mais precisamente, por direitos fundamentais. Ou se, pelo contrário, o Direito Constitucional tem escolhido (ou pode escolher) outros caminhos para se desincumbir dessa sua missão de salvaguarda de um *mínimo da ética de responsabilidade*

para com o futuro, afirmando os vínculos relativos às gerações vindouras pela via dos princípios gerais, das normas programáticas e de outras imposições ou tarefas constitucionais. Deveres por referência a direitos, ou simplesmente deveres?

A tendência recente para proceder à incorporação do tópico das gerações futuras nos textos constitucionais vigentes não representa de modo algum o arrastar de um corpo estranho para dentro do Direito Constitucional. A temática em causa integra-se com facilidade no campo mais vasto das relações entre o Direito Constitucional positivo e o decurso do tempo, que é, como se sabe, quase tão antigo quanto a própria ideia de Constituição escrita (PALOMBELLA, 2007, pp. 17-8; CASPAR, 2001, pp. 73 *et seq.*). O problema das denominadas “cláusulas pétreas” em matéria de revisão constitucional é apenas uma das suas manifestações mais salientes (MIRANDA, 2003, pp. 198 *et seq.*). Mesmo excluindo o tema mais óbvio da aplicação da lei constitucional no tempo, existem vários outros que revelam a natureza multifacetada daquele problema, como o do relevo do elemento histórico (e dos preâmbulos) na interpretação constitucional, o próprio papel da interpretação evolutiva, a medida da admissibilidade do costume constitucional, a atenção concedida à herança cultural do povo, a figura das garantias institucionais, as cláusulas (programáticas) de evolução e o cumprimento das tarefas e imposições (legislativas) constitucionais (HÄBERLE, 2000, pp. 1 *et seq.*) (v., para uma análise específica destes problemas do tempo constitucional, sobretudo em sede de revisão constitucional, II, cap. 5).

8. Afloramentos positivos

Não é de estranhar, por isso, que a justiça intergeracional e as gerações futuras se achem representadas num número significativo de textos constitucionais em vigor. Mesmo deixando agora de lado os casos mais recentes e conhecidos de introdução de disposições contendo limites ao défice e ao endividamento público – v.g., os extensos artigos 109.º e 115.º da Constituição de Bona e o artigo 135.º da Constituição espanhola –, podem mencionar-se os seguintes exemplos:

- a) Desde 1997, a alínea *d*) do nº 2 do artigo 66.º da Constituição portuguesa incumbe o Estado, em ordem a assegurar o direito ao ambiente, de “promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardar a sua capacidade de renovação e a estabili-

dade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações” (CANOTILHO & MOREIRA, 2007, pp. 849-50; em sentido diferente, GOMES, 2007, pp. 155-56);

- b) O artigo 20.º da Lei Fundamental de Bona prescreve, desde que foi introduzido em 1994 (e alterado em 2002), que, “tendo em conta a responsabilidade para com as gerações futuras, o Estado protege as bases naturais da vida (e os animais) no quadro da ordem constitucional, através dos poderes legislativo e, em conformidade com a lei, executivo e jurisdicional” (CALLIESS, 2001, pp. 104 *et seq.*, esp. pp. 118-21; HÖFLING, 2001, pp. 107 *et seq.*; BUBNOFF, 2001, pp. 62 *et seq.*; TEPPERWIEN, 2009, pp. 106-7);
- c) Seguindo uma linha original, a Constituição francesa (1958) foi acrescentada, em 2004, de uma “Carta do Ambiente”, a qual consagra simbolicamente a terceira geração de direitos fundamentais dos franceses – somando-se aos direitos da primeira geração, plasmados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e aos direitos da segunda geração, recolhidos no preâmbulo da Constituição da IV República (1946) –, por entre os quais foram igualmente consignados os princípios da precaução (artigo 5.º) e do desenvolvimento durável (artigo 6.º) (BOURG, 2006, pp. 230 *et seq.*);
- d) No preâmbulo da Constituição de 1999, o povo e os cantões suíços inscreveram “o adquirido comum e o dever de assumir as suas responsabilidades para com as gerações futuras” entre os fundamentos primeiros do novo texto constitucional;
- e) Por sua vez, na Constituição polaca de 1997 – no que, aliás, é acompanhada por vários outros textos constitucionais da Europa de leste (HÄBERLE, 2006, p. 217) –, depois de no seu preâmbulo reconhecer a “obrigação de deixar como herança às gerações futuras tudo o que é valioso para a atual”, vem prescrever no artigo 74.º que “as autoridades públicas devem prosseguir políticas que garantam a segurança ecológica para a geração presente e para as gerações futuras”;
- f) Noutra latitude completamente diferente, a Constituição brasileira estabelece, no seu artigo 225.º, integrado no título VIII sobre “ordem social”, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia quali-

- dade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”;
- g) Também a Constituição da África do Sul de 1996 prescreve, no seu artigo 24.º, que “todos têm o direito” [...] “a um ambiente que não seja ameaçador da saúde e do bem-estar”, bem como “a ter um ambiente protegido, em benefício das gerações presentes e futuras”;
 - h) Noutros países ainda, como a Hungria ou Israel, optou-se pela criação de um órgão – respetivamente, um *ombudsman* e uma comissão parlamentar – cuja função é precisamente a de representar as gerações futuras e de salvaguardar os seus interesses (JÁVOR, 2006, pp. 282 *et seq.*; SHOHAM & LAMAY, 2006, pp. 244 *et seq.*);
 - i) No plano supraestadual, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia declara, no seu preâmbulo, que o gozo dos direitos nela consagrados “implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras”.

Com exceção das disposições sobre déficit e dívida, todos os demais exemplos se inscrevem, de algum modo, na narrativa constitucional de afirmação do “Estado de Direito ambiental” (CALLIESS, 2001, pp. 30 *et seq.*; HÄBERLE, 2006, p. 223). Além disso, a leitura dos excertos apresentados sugere que, do ponto de vista substantivo, se oscila entre visões mais compreensivas do problema das gerações futuras, a começar por aqueles textos que o chamam para o preâmbulo, e outras que o tratam como um epifenómeno de outros institutos ou direitos constitucionais – como sucede com a Constituição portuguesa, em que o tópico das gerações futuras apenas surge como parâmetro aferidor do aproveitamento racional dos recursos naturais. Por outro lado, mesmo sendo a amostra pequena, ela é suficiente para dar conta de uma grande heterogeneidade de fórmulas de interceção entre o Estado (constitucional) de Direito e a necessidade de nele dar guarida à posição das gerações futuras, especialmente no domínio ambiental (mais exemplos: TREMMEL, 2006, pp. 192-98; HÄBERLE, 2006, pp. 215-21). Com efeito, é possível vislumbrar soluções normativas e soluções institucionais, e dentro das soluções normativas é patente a distinção entre as fracas – como é o caso das referências preambulares, sem prejuízo da sua grande carga simbólica – e as fortes – como se verifica com os preceitos constitucionais propriamente ditos.

Por último, é de sublinhar que a generalidade das soluções normativas fortes, apesar de surgirem no contexto dos direitos fundamentais, não são formuladas textualmente como tal, mas antes como princípios, como tarefas estaduais (e sociais) ou como fins ou programas públicos (SALADIN & ZENGER, 1988, pp. 93 *et seq.*).

9. Dimensão intergeracional dos direitos fundamentais

O facto de os textos constitucionais mencionados não recorrerem nunca à expressão “direitos das gerações futuras” parece denunciar a primazia concedida ao lado passivo da relação entre a geração atual e as gerações subsequentes, em desprimor de um eventual lado ativo. Tal primazia parece, aliás, estar de harmonia com a unilateralidade passiva que, na ética de responsabilidade para com o futuro, caracteriza assumidamente o relacionamento entre o presente e a posteridade (SALADIN & ZENGER, 1988, p. 27). Mas quererá isso dizer que, embora existam deveres jurídico-constitucionais para com as gerações seguintes, não é possível falar, ao menos numa perspectiva *de jure condendo*, de direitos fundamentais das gerações futuras?

Não parece que assim seja. A análise literal das Constituições que foi efetuada é insuficiente, deixando na sombra um sentido mais profundo do constitucionalismo e, em particular, dos direitos fundamentais. Um sentido que permite afirmar, com segurança, que de todo não pode aceitar-se que os direitos consagrados nos textos constitucionais em vigor sejam entendidos apenas como direitos das gerações presentes. Ou seja, tão-somente como direitos daquelas pessoas que, por estarem hoje vivas, podem assumir subjetivamente a titularidade das correspondentes posições ativas. A pretexto da impossibilidade de erigir os “direitos (ainda) sem sujeito” numa categoria jurídica genérica, não pode admitir-se que se confinem os direitos fundamentais àquelas que são as suas dimensões subjetivas – traduzidas em pretensões de defesa e na reivindicação de prestações –, esquecendo as diversas dimensões objetivas que são parte integrante da sua complexidade estrutural e funcional. Muito em especial, semelhante visão redutora olvidaria que, à luz da própria genealogia dos direitos fundamentais, logo na sua raiz natural e pré-constitucional, estes se caracterizam pela sua capacidade de atravessar o tempo, de forma contínua e incólumes na sua essência à passagem das gerações. Numa palavra, tais entendimentos ignorariam que os direitos fundamentais se acham originariamente marcados pela sua própria *intemporalidade*, que

deflui da presença da dignidade da pessoa humana no núcleo irreduzível de cada um deles e do próprio sistema jusfundamental (SZCZEKALLA, 2002, pp. 288-9; SALADIN & ZENGER, 1988, pp. 23-4). Na verdade, do que se tem cuidado desde as revoluções liberais até hoje não é apenas dos direitos de todos os homens e em todos os lugares, mas também dos direitos dos homens em todos os tempos (ANDRADE, 2016, p. 17). Por isso, eles são garantidos pelos textos constitucionais sem um horizonte temporal específico (*zeit-unspezifisch*) (SALADIN & ZENGER, 1988, p. 63).

Logo nos adventos do movimento constitucional, na Declaração de Direitos da Virgínia, o perfil dos direitos inatos é definido, justamente, pela circunstância de o homem não poder, quando entra no estado de sociedade, “por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade”. A própria Constituição dos Estados Unidos foi decretada, entre outras razões, para “assegurar os benefícios da liberdade a nós e aos nossos descendentes”. Do lado de cá do Atlântico, a palavra “doravante” achase no centro do preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, para que daí em diante os cidadãos pudessem fundar as suas reclamações em princípios simples e incontestáveis. E logo no artigo 2.º deste texto fundador, os direitos aí consagrados são apelidados de “imprescritíveis”. É assim possível dizer-se que, se há nota marcante dos alvares do constitucionalismo, e das primeiras consagrações formais dos direitos do homem, ela é exatamente um sentido muito apurado de futuro e, com ele, uma grande determinação em legar às gerações vindouras um conjunto de instituições políticas e jurídicas de que as gerações passadas e a geração então presente não tinham beneficiado (HOFMANN, 1981, pp. 266-70). Entre essas instituições definitivamente legadas a todas as gerações vindouras, destacavam-se, como é óbvio, os direitos do homem.

Os direitos fundamentais hoje consagrados nas Constituições – como herdeiros diretos dos direitos do homem então reconhecidos e positivados – estão, pois, também eles, irremediavelmente imbuídos desse sentido apurado de futuro, compreendendo uma verdadeira *dimensão intergeracional* (HÄBERLE, 2003, p. 261 e p. 263, em nota; & 2006, pp. 223-5). Evidentemente, aquilo que está em causa no (re)tomar desta dimensão jusfundamental não é o reconhecimento a cada um dos membros de todas as gerações futuras de pretensões subjetivas atuais e acionáveis sobre aqueles que são os concretos titulares presentes de direitos fundamentais ou contra os poderes públicos em exercício. Os direitos das gerações futuras existem – aliás, sem necessidade de se instituir artificialmente um novo

sujeito constitucional denominado “geração”, porventura para lhe nomear um representante legal específico, para além dos órgãos competentes do Estado (PARTRIDGE, 1990, pp. 8-13) – e são merecedores de proteção constitucional enquanto realidades inscritas na dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais – somando-se assim às funções institucionais, irradiantes, de eficácia entre privados, valorativas e estruturantes da ordem constitucional (DOLDERER, 2000, pp. 117 *et seq.*). E é nessa qualidade que, naturalmente, interagem com a vertente jusfundamental subjetiva reservada às gerações presentes e, por consequência, também com a posição jurídica atual assumida pelo próprio Estado. A ideia de direitos das gerações futuras não constitui, desta forma, uma alegoria dissolvente da noção histórica e dogmaticamente estabelecida de direitos fundamentais – ao contrário do que acontece, porventura, com outras ideias, como a de direitos dos animais, direitos da natureza, ou direitos dos povos ao desenvolvimento e aos recursos naturais (ARAÚJO, 2003, pp. 181 *et seq.*, e pp. 283 *et seq.*).

Subjetivamente, os direitos fundamentais fluem de forma contínua entre gerações, sem ruturas nem descontinuidades, mas numa perspetiva objetiva eles coexistem no tempo em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, cerceando-os no seu alcance material ou nas suas possibilidades de exercício, e vinculando as entidades públicas à sua salvaguarda. Trata-se assim, acima de tudo, de uma dimensão jusfundamental que compromete os seus titulares presentes para com os seus titulares supervenientes e que – como certamente já se vem pressentindo – depende da efetiva assumpção pelo Estado das suas responsabilidades (éticas e) jurídicas para com o futuro (SALADIN & ZENGER, 1988, pp. 124-8). Os titulares presentes dos direitos fundamentais têm de agir, até certo ponto, como administradores fiduciários daqueles que lhes hão de suceder (HÄBERLE, 2003, p. 264). Tal como, lapidarmente, se escreve no preâmbulo da recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o gozo dos direitos nela consagrados “implica deveres e responsabilidades”, não apenas para com “as outras pessoas individualmente consideradas” e “a comunidade humana”, mas também para com “as gerações futuras”.

A ideia de direitos fundamentais das gerações futuras não é apenas um artifício retórico sem qualquer tradução jurídica, antes possuindo a consistência dogmática que deriva do facto de aqueles poderem já hoje produzir (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos atualmente titulados pela geração presente. Desde logo – adaptando uma ideia recorrente

no que toca ao relacionamento entre direitos de sujeitos contemporâneos –, os direitos das gerações presentes terminam aí onde o seu exercício irrestrito (ou abusivo) ponha em causa a subsistência dos direitos das gerações futuras, considerando sobretudo a dependência destes em face dos pressupostos naturais da vida humana na terra. Os direitos fundamentais presentes incorporam como limites (imanescentes), se não mesmo como restrições, a responsabilidade dos seus atuais titulares para com todos aqueles que lhes não de suceder nessa posição. Para que essa eficácia delimitadora se produza em termos efetivos – assim se fechando o círculo –, os direitos das gerações futuras carecem apenas do cumprimento por parte do Estado, com um alcance temporalmente alargado, dos seus deveres de proteção de direitos fundamentais. Por outras palavras, entre a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais – que permite falar com propriedade jurídica de direitos das gerações futuras – e a teoria dos deveres estaduais de proteção existe uma ligação umbilical, uma vez que é esta que fornece o caminho dogmático que permite dar tradução prática àquela dimensão e àqueles direitos.

É assim indiferente que as Constituições acima citadas não se refiram expressamente a direitos das gerações futuras. Não tinham nem têm de o fazer. Por definição, os direitos fundamentais que todas elas consagram *são* também direitos das gerações futuras, embora numa perspetiva diferente daquela em que são direitos da geração presente (MURSWIEK, 1985, p. 211; BUBNOFF, 2001, pp. 46-7). Tão-pouco pode cavar-se um fosso entre a proteção constitucional concedida a uns e a outros. Muito pelo contrário, a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais implica a continuidade substancial da sua proteção constitucional, sem nenhum corte geracional, sem separar o presente do futuro (SALADIN & ZENGER, 1988, pp. 76-8). Todas as Constituições, sobretudo enquanto sede dos direitos fundamentais, incluem o futuro no seu programa normativo. É evidente que elas não são eternas, podendo ser revistas e passar por inúmeras outras vicissitudes que interrompem a sua vigência. Mas não é menos evidente que – descontados alguns exemplos históricos de textos destinados a vigorar transitoriamente – a generalidade das Constituições comunga de uma forte vocação de permanência, concebendo-se como projetos de estabilização das relações políticas e sociais por períodos temporais alargados (TEPPERWIEN, 2009, pp. 101 *et seq.*). O tempo das Constituições é um tempo longo – não um tempo curto, nem menos ainda um tempo limitado à atualidade –, o que lhes permite afirmarem-se também como pactos entre gerações (HÄBERLE, 2003, p. 263). Acresce

que, de entre todos os capítulos constitucionais, é precisamente no terreno dos direitos fundamentais que a referida vocação de permanência e de continuidade mais se acentua. O que explica, por exemplo, a presença relativamente frequente dos direitos fundamentais entre as cláusulas de limites materiais de revisão constitucional – como ocorre com a alínea *d*) do artigo 288.º da Constituição portuguesa.

Em suma, não se vislumbra nenhum obstáculo dogmático inultrapassável à inclusão dos direitos das gerações futuras na teoria dos deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais. Não são argumentos procedentes contra essa inclusão, nem a impossibilidade de configurar uma relação jusfundamental intersubjetiva triangular em que tomem parte o Estado, as gerações presentes e as gerações vindouras, nem a circunstância de ser inviável a criação de uma categoria geral de “direitos fundamentais à espera de um titular”, nem tão-pouco o facto de não fazer sentido colocar, relativamente aos direitos das gerações futuras, o conhecido problema da transmutação subjetiva (ou ressubjetivação) dos deveres estaduais (objetivos) de proteção (SZCZEKALLA, 2002, p. 289). Bem ao invés, numa perspetiva de construção progressiva de um *Estado de direitos fundamentais* e de um *Estado de Direito ambiental*, a partir dos seus alicerces constitucionais, é através do *dever de proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras* que o Estado pode cumprir aquele mínimo ético de responsabilidade para com a posteridade a que está vinculado (CALLIESS, 2001, pp. 114 *et seq.*; BUBNOFF, 2001, pp. 48 *et seq.*; TEPPERWIEN, 2009, pp. 117 *et seq.*) (v., sobre o problema dos direitos sem sujeito presente, I, cap. 1).

10. A ponderação com os direitos das gerações presentes

Uma vez assumida a natureza jusfundamental da posição das gerações vindouras, outras questões ficam por responder relativas à configuração do correspondente dever estadual de proteção: qual o acervo de direitos futuros carecidos de proteção antecipada; qual o alcance temporal dessa vinculação presente – isto é, com quantas gerações futuras tem a geração atual de se preocupar; que instrumentos jurídicos existem hoje, ou devem ser criados, para garantir que as decisões públicas hoje tomadas são compatíveis com a ética de responsabilidade para com o futuro aqui defendida; sobretudo, como balancear a justiça intergeracional e a justiça intrageracional, já que, obviamente, os direitos das gerações futuras não podem ser direitos absolutos (CASPAR, 2001, pp. 98-100; SALADIN &

ZENGER, 1988, pp. 102-4; BUBNOFF, 2001, pp. 70 *et seq.*; TEPPERWIEN, 2009, pp. 183 *et seq.*).

Na impossibilidade de abordar aqui as quatro questões enunciadas, sublinha-se apenas que os direitos das gerações vindouras terão sempre de ser cuidadosamente balanceados com alguns direitos da geração presente cujo exercício pode comprometer as condições de possibilidade daqueles, como se verifica por certo com o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa económica, a liberdade de investigação científica e, embora marginalmente, com algumas faculdades compreendidas em direitos como a liberdade de deslocação e fixação, a liberdade de escolha de profissão, o direito à habitação e, de resto, a própria liberdade geral de ação. Em termos genéricos, os direitos das gerações futuras terão sempre que ser ponderados nas decisões públicas destinadas a promover o bem-estar económico e a qualidade de vida dos cidadãos atuais, mormente quando impliquem o consumo de recursos naturais escassos ou a projeção a médio ou a longo prazo de efeitos nocivos.

Recusa-se, portanto, o argumento segundo o qual é logicamente impossível fazer o confronto entre direitos de pessoas que não sejam contemporâneas, em termos que redundem na atribuição de posições ativas a umas e passivas a outras (PARTRIDGE, 1990, pp. 6-8; CASPAR, 2001, p. 98) – à semelhança, aliás, dos argumentos segundo os quais é inviável confrontar os direitos de pessoas que não se encontrem inseridas no mesmo espaço político ou que a justiça intergeracional agrava os problemas de justiça entre os povos (BECKERMAN & PASEK, 2004, p. 105, pp. 167 *et seq.*, e pp. 193 *et seq.*). Estes argumentos inserem-se, no fundo, nas orientações que negam a possibilidade de definir e aplicar princípios de *justiça intergeracional* e de *justiça entre povos* ou Estados, que pudessem acrescentar-se e articular-se com os tradicionais princípios de *justiça social* em sentido amplo (justiça comutativa e distributiva), ou seja, aos princípios que regem as relações entre pessoas que vivem num dado tempo e num dado espaço político (RAWLS, 2000, esp. pp. 43 *et seq.*, e pp. 124 *et seq.*; SINGER, 2004, esp. pp. 155 *et seq.*). Ora, uma coisa é a dificuldade em delinear princípios de justiça aplicáveis às relações intergeracionais, outra a sua impossibilidade lógica (WALLACK, 2006, p. 86).

Além do já muito difundido princípio da precaução, outros princípios ilustram bem que não é impensável definir princípios substantivos e adjetivos de justiça entre gerações. É o que se verifica com os seguintes princípios:

- a) *Equivalência* – cada geração só pode usar uma quantidade de recursos renováveis equivalente à que é possível repor no período de uso, e de recursos não renováveis para os quais possa providenciar um sucedâneo (LUMER, 2006, p. 39; CASPAR, 2001, pp. 103-4);
- b) *Saldo positivo de poupança* – cada geração deve deixar à seguinte tantos bens (capital, tecnologia, recursos naturais, educação, conhecimento) quantos os necessários a que esta possa elevar o seu nível de bem-estar acima da precedente (LUMER, 2006, pp. 45-6; CASPAR, 2001, p. 103; BUBNOFF, 2001, pp. 60-2);
- c) *Mínimo dano irreversível* – todas as atividades de que resultem danos irreversíveis devem ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável (WALLACK, 2006, p. 97);
- d) *Indisponibilidade do futuro dos outros* – se é possível em regra dispor dos direitos (presentes ou futuros) próprios, não é lícito a ninguém dispor dos direitos (presentes ou futuros) dos outros (PALOMBELLA, 2007, p. 3 e pp. 18 *et seq.*);
- e) *Imparcialidade intergeracional* – as decisões cujas consequências se estendam por várias gerações devem ser tomadas com abstração da geração a que o decisor pertence, bem como ser defensáveis na perspectiva de todas as que são afetadas (WALLACK, 2006, p. 103; contra, BECKERMAN, 2006, p. 64; DIERKSMEIER, 2006, pp. 72 *et seq.*).

Estes princípios não são apenas a expressão retórica de boas intenções isoladas. Antes são aptos a reunir à sua volta o apoio necessário para guiar certas políticas públicas e, em alguns casos, para se traduzirem em diretrizes juridicamente relevantes na ponderação dos direitos das gerações presentes e futuras (GARCIA, 2007, pp. 386-8; BUBNOFF, 2001, pp. 31 *et seq.*). Nem se pode dizer, sequer, que a controvérsia que geram seja superior à que sempre existiu em torno dos princípios da dita justiça social, sobretudo quando se discute a justiça distributiva.

Entre os que aceitam a possibilidade e a necessidade de ponderação dos direitos das gerações presentes e dos direitos das gerações futuras existem, no entanto, opiniões divergentes sobre o peso relativo que deve der atribuído a uns e a outros. Mesmo excluindo a hipótese de diminuição substancial do valor dos direitos das gerações vindouras por aplicação de uma regra de “desconto temporal” – por ostensiva contradição com

a “regra de ouro” acima enunciada –, duas posições essenciais merecem registo:

- a) De um lado, estão os que são particularmente exigentes na valoração das ameaças incidentes sobre os direitos das gerações futuras, mas originadas pelo exercício de direitos de pessoas pertencentes à atual geração (HOFMANN, 1981, pp. 280-1);
- b) Do outro lado, estão os que entendem que a Constituição não permite conferir aos perigos jusfundamentais que se projetam sobre a posteridade um peso comparativamente superior ao que seria atribuído a idênticos perigos se refletidos de imediato no presente (MURSWIEK, 1985, pp. 212-3);
- c) Entre uns e outros, há também espaço para defender uma “preferência limitada do presente” sobre o futuro (CASPAR, 2001, p. 100).

Baseiam-se os primeiros no facto de, colocadas perante certas alternativas decisórias, as pessoas atuais admitirem correr certos riscos jusfundamentais na expectativa de retirar daí alguns benefícios, mas semelhante raciocínio não valer em relação às pessoas futuras, porque quanto a estas não existe uma compensação correspondente ao risco a que ficam submetidas (GARDINER, 2006, pp. 153-4) – como se passa, tipicamente, com a produção de energia nuclear, assim como sempre que o risco de certas atividades se repercute à distância ou decorre de processos de acumulação. A energia produzida pelas centrais nucleares é consumida hoje, mas o lixo radioativo daí resultante permanecerá um perigo para as gerações futuras. E, ainda que estas mantenham a opção atômica que herdaram, ficarão sempre sujeitas a um nível de risco superior àquele de que tiram proveito – uma parte vinda do passado e outra parte originada no presente. Os segundos, por seu turno, invocam em seu favor a ausência de um princípio constitucional de *equivalência entre custos e benefícios* ou de identidade entre as vantagens de certa atividade – não individuais, mas geracionais – e as desvantagens daí decorrentes – também geracionais e não individuais (MURSWIEK, 1985, pp. 213-4).

Sem prejuízo da importância de integrar a posição das gerações futuras nas *análises de custos/benefícios* destinadas a avaliar certas decisões públicas, ainda que referentes a interesses ou projetos privados, contrariando alguma superficialidade que por vezes as tem caracterizado – v.g., a tendência para o curto termo e para negligenciar aspetos culturais, ambientais e estéticos (GARDINER, 2006, pp. 157-8) –, a verdade é que

nem aquelas análises constituem um critério de decisão imposto pela Constituição, nem tão-pouco elas esgotam os elementos (quantitativos e qualitativos) necessários a uma ponderação constitucionalmente adequada dos direitos das diferentes gerações. O problema é antes outro: os riscos jusfundamentais devem ser avaliados de forma meticulosa levando em conta essencialmente a sua intensidade, por um lado, e o seu potencial lesivo, por outro. Mas a dimensão temporal do risco – compreendendo a extensão máxima do intervalo de tempo em que este se produz e a sua distribuição ao longo desse intervalo –, é também indissociável de uma correta avaliação do mesmo. Designadamente, não é possível averiguar a intensidade de um risco sem definir uma escala temporal, seja ela curta ou longa. Assim, a riscos que se prolongam no tempo por 100, 1000 ou 10 000 anos tem normalmente que corresponder, no momento de ponderar os direitos das gerações presentes e das gerações vindouras, um peso muito superior aos riscos cujos efeitos se esgotam em lapsos temporais mais curtos, compreendidos na vida daqueles que são responsáveis pela sua produção (MURSWIEK, 1985, pp. 215-6). Este maior peso constitui, portanto, uma especificidade resultante da medição e valoração dos riscos de longo prazo (*Langzeitrisikos*), que depois se repercute no resultado das operações de ponderação e na dificuldade aí sentida em justificar jusfundamentalmente atividade privadas e decisões públicas causadoras de riscos com semelhante tipo de efeitos (sobre os riscos de longo prazo: HOFMANN, 1981, pp. 258 *et seq.*; CALLIESS, 2001, pp. 123-4; LAWRENCE, 1989, pp. 174 *et seq.*; GETHMANN & KAMP, 2001, pp. 137 *et seq.*; BUBNOFF, 2001, pp. 107 *et seq.*).

Em suma, inexistindo um princípio constitucional de equivalência entre custos e benefícios, a compressão de direitos fundamentais pertencentes à comunidade atual, com vista à proteção de direitos futuros, obedece aos padrões comuns constitucionalmente definidos em matéria de limitações e restrições, valendo para a oneração da esfera jusfundamental dos homens futuros os mesmos princípios e regras que valem para a oneração dos homens presentes: proporcionalidade, densidade e determinabilidade da lei, salvaguarda do conteúdo essencial, segurança jurídica, etc. Mesmo que fosse possível isolar entre si as sucessivas gerações, apartando de forma cortante o respeito pelos direitos da geração presente e a proteção dos direitos das gerações futuras, o certo é que, à luz da Constituição, as gerações posteriores não parecem exigir institutos jurídicos ou meios materiais mais exigentes do que as gerações atuais (MURSWIEK, 1985, p. 215; PALOMBELLA, 2007, p. 21).

Bibliografia referenciada

- ALEXY, 1990. Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat*, 29 (1990), pp. 49-68
- ANDRADE, 2016. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina
- ARAÚJO, 2003. Fernando Araújo, *A Hora dos Direitos dos Animais*, Coimbra: Almedina
- BAUMAN, 2017. Zygmunt Bauman, *Retrotopia*, Malden: Polity Press
- BECK, 2015. Ulrich Beck, *A Sociedade de Risco Mundial. Em Busca da Segurança Perdida*, trad. Marian Toldy & Teresa Toldy, Lisboa: Edições 70
- BECK, 2006. Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós Iberica
- BECKERMAN, 2006. Wilfred Beckerman, “The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 53-71
- BECKERMAN & PASEK, 2004. Wilfred Beckerman & Joanna Pasek, *Justice, Posterity, and the Environment*, Oxford: Oxford University Press
- BENDA, 1981. Ernst Benda, “Technische Risiken und Grundgesetz”, in *Technische Risiken und Recht*, ed. Blümel & Wagner, Karlsruhe, pp. 5-11
- BERKEMANN, 1989. Jörg Berkemann, “Zur logischen Struktur von Grundrechtsnormen”, in *Rechtstheorie*, 20 (1989), pp. 451-91
- BIRNBACHER, 2006. Dieter Birnbacher, “Responsability for Future Generations – Scope and Limits”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. J. Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 23-38
- BÖCKENFÖRDE, 1990. Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen, Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, 29 (1990), pp. 1-31
- BOURG, 2006. Dominique Bourg, “The French Constitutional Charter for the Environment: An Effective Instrument?”, in *Handbook of intergenerational justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 230-43
- BUBNOFF, 2001. Daniela von Bubnoff, *Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht*, Berlin: Erich Schmidt
- CALLIESS, 2001. Christian Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck
- CANOTILHO, 2017. J. J. Gomes Canotilho, “Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas dos sistemas jurídicos multinível”, *Católica Law Review*, 1 (2017), pp. 35-54
- CANOTILHO & MOREIRA, 2007. J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora
- CARREIRA, 1996. H. M. Carreira, *As Políticas Sociais em Portugal*, Lisboa: Gradiva
- CASPAR, 2001. Johannes Caspar, “Generationen-Gerechtigkeit und moderner Rechtsstaat”, in *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, ed. Birnbacher & Brudermüller, Würzburg: Königshausen & Neumann, pp. 73-106

- CENTENO, 2013. Mário Centeno, *O Trabalho, uma Visão de Mercado*, Lisboa: FFMS
- DIERKSMEIER, 2006. Claus Dierksmeier, “John Rawls and the Rights of Future Generations”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. J. Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 72-83
- DIETLEIN, 1992. Johannes Dietlein, *Die Lehre von grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot
- DOLDERER, 2000. Michael Dolderer, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin: Duncker & Humblot
- DREIER, 1994. Horst Dreier, “Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte”, *Jura*, 10 (1994), pp. 505-13
- ESTEVE PARDO, 1999. Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y Derecho – Tratamiento del riesgo tecnologico en el derecho ambiental*, Barcelona: Ariel
- FARBER, 2007. Daniel Farber, “From Here to Eternity: Environmental Law and Future Generations”, University of Minesota Law School Research Paper no 02-7
- GARCIA, 2007. Maria da Glória Garcia, *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Coimbra: Almedina
- GARDINER, 2006. Stephan Gardiner, “Protecting Future Generations: Intergenerational Buck-Passing”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 148-69
- GEHNE, 2011. Katja Gehne, *Nachhaltig Entwicklung als Rechtsprinzip*, Tübingen: Mohr Siebeck
- GETHMANN & KAMP, 2001. Carl Gethmann & Georg Kamp, *Graduierung und Diskontierung bei der Langzeit verpflichtung*, in *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, ed. Dieter Birnbacher & Gerd Brudermüller, Würzburg: Köhshausen & Neumann, pp. 137-53
- GLASER, 2006. Andreas Glaser, *Nachhaltige Entwicklung und Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck
- GOMES, 2007. Carla Amado Gomes, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora
- GOSSERIES, 2015. Axel Gosseries, *Pensar a justiça entre gerações*, Coimbra: Almedina
- HÄBERLE, 2006. Peter Häberle, “A Constitutional Law for the Future Generations – The Other Form of the Social Contract: The Generation Contract”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 215-29
- HÄBERLE, 2003. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Granada: Comares
- HÄBERLE, 2000. Peter Häberle, “Zeit und Verfassungsstaat – kulturwissenschaftlich betrachtet”, *Jura* (2000), pp. 1-10
- HABERMAS, 2001. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta
- HÖFLING, 2001. Wolfram Höfling, *Intergenerationelle Verantwortung und Verfassungsrecht*, in *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, ed. Dieter Birnbacher & Gerd Brudermüller, Würzburg: Köhshausen & Neumann, pp. 107-13

- HOFMANN, 1981. Hasso Hofmann, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, Estugarda: Klett-Cotta
- HOLZMANN & STIGLITZ, 2001. Robert Holzmann & Joseph Stiglitz, *New Ideas about Old Age Security*, Washington D.C.: World Bank
- JÁVOR, 2006. Benedek Jávor, “Institutional Protection of Succeeding Generations – Ombudsman for Future Generations in Hungary”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 282-98
- JONAS, 1995. Hans Jonas, *El principio de responsabilidad, Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Editorial Herder
- KAHL, 2008. Wolfgang Kahl (ed.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen: Mohr Siebeck
- KLEIBER, 2014. Michael Kleiber, *Die Grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen: Mohr Siebeck
- LAWRENCE, 1989. Christian Lawrence, *Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generationenverantwortung*, Berlin: Duncker & Humblot
- LUMER, 2006. Christoph Lumer, “Principles of Generational Justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 39-52
- MARBURGER, 1981. Peter Marburger, “Die Bewertung von Risiken chemischer Anlagen”, in *Technische Risiken und Recht*, ed. Blümel & Wagner, Karlsruhe, pp. 27-38
- MARQUES, 2011. Sibila Marques, *Discriminação da Terceira Idade*, Lisboa: FFMS
- MATHIS, 2011. Klaus Mathis (ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht: Springer
- MEDEIROS & SILVA, 2015. Rui Medeiros & Jorge Pereira da Silva, “Segurança no Emprego de Trabalhadores em Funções Públicas”, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Bernardo Xavier*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora
- MENDES, 2011. Fernando Ribeiro Mendes, *Segurança Social: O Futuro Hipotecado*, Lisboa: FFMS
- MIRANDA, 2005. Jorge Miranda, “Anotação ao artigo 23.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, ed. Jorge Miranda & Rui Medeiros, Coimbra: Coimbra Editora
- MIRANDA, 2003. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora
- MIRANDOLA, 2008. Pico della Mirandola, *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, Lisboa: Edições 70
- MONTESQUIEU, 1996. Montesquieu, *O Espírito das Leis*, São Paulo: Martins Fontes
- MÜLER, 1990. Jörg Müller, “Zur sog. subjektiv- und objektiv rechtlichen Bedeutung der Grundrechte”, *Der Staat*, 29 (1990), pp. 33-48
- MURSWIEK, 1985. Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin: Duncker & Humblot
- OPSTAL & TIMMERHUIS, 2006. Rocus van Opstal & Jacqueline Timmerhuis, “The Role of CPB in Dutch Economic Policy”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 299-316

- OSSENBÜHL, 1981. Fritz Ossenbühl, “Die Bewertung von Risiken kerntechnischer Anlagen”, in *Technische Risiken und Recht*, ed. Blümel & Wagner, Karlsruhe, pp. 45-52
- PALOMBELLA, 2007. Gianluigi Palombella, “Reasons for justice, rights and future generations”, in *EUI Working Papers, Law 2007/07*
- PARFIT, 1987. Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press
- PARTRIDGE, 1990. Ernest Partridge, “On the Rights of Future Generations”, in *Upstream/Downstream: Issues in Environmental Ethics*, ed. D. Scherer, Philadelphia: Temple University Press, disponível em www.igc.org/gadfly
- PEREIRA, 2012. Paulo Trigo Pereira, *Portugal: Dívida Pública e Déficit Democrático*, Lisboa: FFMS
- RAWLS, 2000. John Rawls, *A Lei dos Povos*, trad. Luís Castro Gomes, Coimbra: Quarteto
- ROBBERS, 1987. Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden: Nomos
- SALADIN & ZENGER, 1988. Peter Saladin & Andreas Zenger, *Rechte künftiger Generationen*, Basel-Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn
- SARMENTO, 2013. Joaquim Miranda Sarmiento, *Parcerias público-privadas*, Lisboa: FFMS
- SCHERZBERG, 1989. Arno Scherzberg, “‘Objectiver’ Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht. Überlegungen zur Neukonzeption des grundrechtliches Abwehrechts”, *Deutsches Verwaltungsblatt* (1989), pp. 1128-36
- SHOHAM & LAMAY, 2006. Shlomo Shoham & Nira Lamay, “Comission for Future Generations in the Knesset: Lessons Learnt”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 244-81
- SILVA, 2013. Filipe Carreira da Silva, *O Futuro do Estado Social*, Lisboa: FFMS
- SINGER, 2004. Peter Singer, *Um só Mundo, Ética da Globalização*, trad. Maria de Fátima St. Aubyn, Lisboa: Gradiva
- STEINBERG, 1996. Rudolf Steinberg, “Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 49 (1996), pp. 1085-994
- SZCZEKALLA, 2002. Peter Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot
- TEPPERWIEN, 2009. Joachim Tepperwien, *Nachweltschutz im Grundgesetz*, Baden-Baden: Nomos
- TREMME, 2006. Jörg Tremmel, “Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 187-214
- WAGNER, ZIERGLER & CLOSS, 1982. Hellmut Wagner, Eberhard Ziegler & Claus-Detlef Closs, *Risikoaspekte der nuklearen Entsorgung*, Baden-Baden: Nomos
- WALLACK, 2006. Michael Wallack, “Justice between Generations: The Limits of Procedural Justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 86-106

O Problema da Tutela Constitucional das Gerações Futuras

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO*

1. A Tese da Constitucionalização

A proteção constitucional das gerações futuras – dos direitos ou interesses das pessoas vindouras – é um caso especial do problema geral da constitucionalização de determinados direitos, interesses ou escolhas públicas. O pressuposto em que a proposta de elevação de certa matéria ao nível constitucional assenta é o de que a constituição tem *força normativa* e *valor reforçado*. Força normativa, na medida em que as leis ou outros atos da autoridade pública desconformes à constituição são inválidos, e não apenas indesejáveis ou censuráveis, pelo que não vinculam os seus destinatários. Valor reforçado, pelo facto de a constituição não poder ser alterada através de legislação ordinária, mas apenas nos termos de um procedimento agravado, em que se salienta a exigência de uma maioria qualificada.

Daí resulta que a constitucionalização de uma certa decisão – a consagração de um direito ou a adoção de uma política no plano constitucional – impede o poder político ordinário, em particular os parlamentos e os governos que emergem das eleições, de a contrariar. Se a constituição determinar que os cidadãos têm direito a um ambiente livre de poluição radioativa antropogénica ou que a dívida pública não pode exceder uma determinada percentagem do produto interno bruto, quaisquer decisões políticas de sentido contrário serão inconstitucionais e, por essa razão, juridicamente inválidas. A constituição estabelece *limites* à liberdade de escolha do legislador ordinário, inibindo-o de tomar certas decisões.

* Gonçalo de Almeida Ribeiro é Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e (desde julho de 2016) juiz conselheiro do Tribunal Constitucional. Licenciou-se na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2006), fez o LL.M. (2007) e doutorou-se (2012) na Harvard Law School. Foi coordenador da Secção de Lisboa do Católica Research Centre for the Future of Law (2014-2016).

Essa natureza limitadora ou inibitória das constituições conduz com naturalidade a que o processo de constitucionalização seja iluminado através da analogia com o modelo da autovinculação individual (HOLMES, 1995). O paradigma clássico desse modelo é o episódio da *Odisseia* em que Ulisses dá instruções aos argonautas para que o prendam ao mastro do navio, de modo a impedi-lo de se deixar atrair pelo canto sedutor das sereias. Versões mais prosaicas do mesmo fenómeno são a do dorminhoco que coloca o despertador a uma distância suficiente para o impossibilitar de desligar o alarme de manhã e a do glutão que come uma dose substancial de fruta momentos antes de sair de casa para um lanche em que sabe que serão servidas sobremesas irresistíveis.

Nestas e noutras situações semelhantes, ocorre algo que parece encerrar um paradoxo: um ser livre e racional – um agente – limita *deliberadamente* a sua liberdade de escolha. Mas o paradoxo é apenas aparente. Nas situações descritas, o agente tem a perfeita noção de que padece da patologia deliberativa que Aristóteles designou através do termo *acrasia* – e que é comum traduzir-se por «fraqueza da vontade» –, cujo efeito é inibir a ação de acordo com critérios que se reconhecem como razoáveis ou de agir segundo as razões que se entende imporem-se (ARISTÓTELES, 2006, pp. 152-72). A autovinculação é uma *garantia* de liberdade porque permite ao agente exercer controlo sobre o seu comportamento, impor a sua vontade às inclinações que o tentam, ou regular os impulsos que o assaltam. Trata-se mesmo de uma medida cautelar indispensável naquelas condições tipicamente acráticas – como a intoxicação, o vício, a luxúria, a histeria, a preguiça, a depressão ou a inveja – em que a razão tende a ser assoberbada pelas inclinações. Pese embora a sua natureza inibitória, a autovinculação funciona, por isso, não como uma restrição da liberdade pessoal, mas como uma garantia de *autonomia* ou de *autogoverno*, o mesmo é dizer, de liberdade *efetiva*.

Transposto para o plano constitucional, o modelo da autovinculação é geralmente apresentado nos seguintes termos. Perante os múltiplos preconceitos e impulsos que *podem* inquirar a deliberação do povo encarnado no processo político ordinário – como o racismo, a misoginia, a homofobia, a xenofobia, o pânico, o fanatismo ou o populismo – compete ao povo encarnado no processo constituinte – um momento de deliberação relativamente serena, lúcida e responsável – autovincular-se por intermédio de compromissos constitucionais dotados de força normativa e imunes a alteração legislativa. Dados estes termos da questão, haverá boas razões para constitucionalizar um direito ou uma política – v.g., a

proibição de discriminação, a liberdade religiosa, o rendimento mínimo, a indemnização por nacionalização – se recair sobre o processo político ordinário uma suspeita fundada de patologia deliberativa inibitória de autocontrolo ou autogoverno.

A tese da proteção constitucional das gerações futuras repousa na premissa de que o processo político ordinário padece de uma patologia deliberativa que se pode designar por *imediatismo*. Trata-se da incapacidade da geração presente, que exerce controlo absoluto sobre o processo político, de atender aos interesses ou respeitar os direitos das gerações futuras, tanto mais quanto mais distantes estas estejam. Sem dúvida que em parte tal se deve a razões de ordem cultural, mais ou menos difusas, como seja a tendência nas sociedades ocidentais contemporâneas para o hedonismo – uma ética da satisfação pessoal – e para o individualismo – uma metafísica da efemeridade existencial. É natural que em universos sociais caracterizados por uma ética de serviço ao bem comum e por uma metafísica transpersonalista, para dar o exemplo diametralmente oposto, a geração presente assuma de modo espontâneo a responsabilidade de zelar pelos interesses das gerações futuras. É o caso daquelas que por vezes se designam de «sociedades heroicas», como as representadas nos poemas homéricos ou na mitologia nórdica, ou das «comunidades teocêntricas», como os reinos cristãos da era medieval (MACINTYRE, 2007, pp. 121-30, & 165-80). Mas o imediatismo do processo político ordinário deve-se também a razões estruturais da democracia representativa – ao modo específico como nela se *organiza* o exercício do poder.

São principalmente quatro os índices desse enviesamento: representatividade eleitoral, responsabilidade política, legitimidade maioritária e limitação temporal (SILVA, 2015, pp. 418-21). Em primeiro lugar, como as gerações futuras não participam nos atos eleitorais do presente, não se verifica em relação a elas a coincidência, mediada pelo nexo representativo, entre autores e destinatários das decisões políticas. Em segundo lugar, e pela mesma razão, os titulares de cargos políticos que tomam decisões que se repercutem nas gerações futuras não respondem politicamente perante elas. Em terceiro lugar, a justificação sincrónica ou intrageracional do governo maioritário, baseada na igualdade política dos cidadãos, não é extensível ao plano diacrónico ou intergeracional, pelo facto de uma maioria eleitoral no momento presente poder constituir uma minoria num cenário hipotético em que todas as gerações afetadas pelas decisões relevantes fossem chamadas a participar no ato eleitoral. Finalmente, os mecanismos que se destinam a relativizar os poderes

das maiorias conjunturais – como a renovação periódica de mandatos, a limitação de mandatos sucessivos e a proibição da prática de certos atos em fim de mandato – não têm qualquer sucedâneo no âmbito intergeracional, porque cabe necessariamente à maioria contemporânea governar.

A conclusão preliminar desta análise é a de que há boas razões para descrever na capacidade do processo político ordinário para respeitar os direitos ou interesses das pessoas vindouras. E este juízo *a priori* (na medida em que decorre da análise do conceito de democracia representativa) parece ser corroborado pela observação casual da generalidade dos sistemas políticos democráticos, em que avultam tendências crónicas para os défices orçamentais e o sobre-endividamento, o consumo excessivo de energias não renováveis, a extrema dificuldade em concertar a redução da emissão de gases poluentes, a aposta estratégica em energias tão eficientes quanto perigosas (como a nuclear), a evolução da segurança social (em particular no que diz respeito às pensões de velhice) para uma situação de insustentabilidade, a opção por políticas que geram emprego e rendimento no curto prazo mas agravam os desequilíbrios macroeconómicos e muitas outras descritas nas estatísticas oficiais, debatidas pela opinião pública e estudadas pelos especialistas. Ora, tal conclusão preliminar secunda uma outra, regularmente afirmada na literatura sobre justiça intergeracional, a de que as constituições devem salvaguardar os direitos fundamentais das gerações futuras (SILVA, 2015, pp. 421-32), não apenas através de compromissos preambulares ou de princípios gerais, mas através de cláusulas de proteção ambiental, equidade financeira, sustentabilidade económica, e mecanismos afins (HÄBERLE, 2006; & TREMMEL, 2006).

Em suma, em virtude do imediatismo que o caracteriza na sua encarnação «ordinária», o povo deve, na sua encarnação «constituente», autovincular-se ao respeito pelos direitos das gerações futuras. Assim o impõe o verdadeiro e próprio autogoverno coletivo, a submissão de «nós, o povo» passional ou com p minúsculo a «Nós, O Povo» racional, ou com P maiúsculo (COUTINHO, 2009, pp. 346-7).

2. Duas Formas de Autovinculação

Antes de nos debruçarmos sobre o mérito da tese da constitucionalização dos direitos das gerações futuras, é indispensável examinarmos quais as *formas* que a autovinculação coletiva através do direito constitucional pode assumir. Importa distinguir, a este respeito, entre vinculação mecânica e fiduciária.

No âmbito da autovinculação individual, o modelo que inspira a conceção constitucional da autovinculação, distinguem-se entre mecanismos causais e não causais (WALDRON, 1999, pp. 260-6). Imagine-se o seguinte cenário hipotético. É dia de baile de finalistas da licenciatura em Direito. O jovem estudante Acúrsio, prevendo os excessos no decurso da noite e ciente do perigo de conduzir embriagado, decide tomar medidas preventivas. Pode fazê-lo de duas formas: deixar as chaves do automóvel em casa e tomar um táxi para a festa ou deslocar-se no seu automóvel para a festa e aí confiar as chaves à sua namorada abstémia. Através da primeira solução, Acúrsio cria um obstáculo que o impede de agir nas circunstâncias acráticas; trata-se de um mecanismo causal, porque através dele o agente previne a possibilidade física da ação indesejável. Com a segunda solução, por outro lado, Acúrsio transfere a responsabilidade deliberativa para um terceiro, submetendo-se à direção deste nas circunstâncias acráticas; trata-se de uma delegação de poder, na medida em que o agente atribui a um terceiro a autoridade de orientar a sua conduta.

Em sentido amplo, ambas as soluções são formas de autovinculação, já que correspondem à restrição voluntária da liberdade de decisão. Mas repare-se que apenas os mecanismos causais o são num sentido próprio ou estrito, já que através deles o agente toma uma decisão no momento lúcido e promove a sua inderrogabilidade em circunstâncias acráticas; constituem, por isso, formas de vinculação *mecânica*. A delegação de poder num terceiro, por outro lado, é uma forma de o agente abdicar de decidir e de confiar a decisão ao juízo de terceiro, pelo que consubstancia um mecanismo de vinculação *fiduciária*.

Ambas as formas de autovinculação têm, como é evidente, vantagens e inconvenientes. A primeira tem a virtude de prevenir a possibilidade, inevitável quando a decisão é delegada num terceiro, de erro deliberativo ou de abuso de confiança; no exemplo que vimos, impede que a namorada de Acúrsio se recuse devolver-lhe as chaves do automóvel no dia seguinte porque julga tratar-se de um empréstimo ou porque pretende usar o veículo em benefício próprio. A vinculação fiduciária, por outro lado, tem a vantagem de prevenir a execução da decisão prevista para circunstâncias normais em situações anómalas que justificam um tratamento excecional; no nosso exemplo, imagine-se que Acúrsio se apercebe quando chega à festa de que se esqueceu da gravata e tem de regressar imediatamente a casa para a ir buscar.

A distinção entre vinculação mecânica e fiduciária tem um paralelo *parcial* no plano da autovinculação coletiva através de freios consti-

tucionais ao processo político. Com efeito, as normas constitucionais podem consubstanciar *regras* ou *princípios*. Reduzida aos seus aspetos essenciais, a distinção traduz-se no seguinte (DWORKIN, 1977, pp. 22-31, & 71-80; ALEXY, 2002, pp. 44-110). Se uma norma tem a natureza de regra, a sua lógica de aplicação é basicamente subsuntiva ou, segundo uma imagem disseminada, de «tudo ou nada»; quer isto dizer que, verificados os respetivos pressupostos, a regra dispõe sobre o caso em termos definitivos. Se uma norma tem a natureza de princípio, por outro lado, a sua lógica de aplicação é basicamente valorativa ou, como é comum dizer-se, implica um juízo de ponderação; verificados os pressupostos da aplicação de um princípio, este conta como uma razão *prima facie* para a decisão, sendo o sentido desta determinado pelo «peso relativo» dos princípios que nela concorram. Aplicando estes conceitos a um caso paradigmático de proteção constitucional das gerações futuras – a existência de uma norma-travão ao endividamento público – temos que ou esta determina a proibição definitiva do endividamento acima de determinados valores de referência – caso em que será uma regra –, ou estabelece apenas uma razão *prima facie* para a censura constitucional do endividamento excessivo – caso em que será um princípio.

Importa não exagerar os termos da distinção. Apesar de por vezes se afirmar o contrário, as regras nunca são *absolutas*, mesmo que o seu âmbito de aplicação não seja limitado por cláusulas de exceção. Com efeito, em circunstâncias excepcionais, em que é muito elevado e evidente o peso das razões para a não aplicação da regra, admite-se o recurso à chamada redução teleológica, que consiste na operação simétrica à aplicação analógica de uma norma. Nesses casos, por natureza excepcionais, justifica-se precisamente aquilo que, em princípio, é contrário ao direito consubstanciado em regras: que o aplicador recuse a solução acolhida na regra e a substitua pela ponderação dos valores ou princípios relevantes nas circunstâncias. É nesse sentido que a vinculação dos poderes públicos a uma regra constitucional que proíba o endividamento excessivo poderá admitir exceções em situações de guerra ou calamidade pública. Por outro lado, os princípios não encerram meras aspirações programáticas ou proclamações simbólicas, mas verdadeiras normas jurídicas. O seu sentido é o de que devem ser aplicados a todos os casos sobre os quais dispõem, *sob reserva de ponderação* com outros princípios que possam aplicar-se ao caso. A vinculação dos poderes públicos a um princípio constitucional de proibição do endividamento excessivo implica que, *prima facie*, uma política orçamental que ultrapasse determinados valo-

res de referência é inconstitucional. Na verdade, a ofensa ao princípio da equidade financeira que o endividamento excessivo sempre importa evitará censura constitucional apenas naquelas circunstâncias em que o peso concreto de princípios de sentido contrário o justificar.

Repare-se que, um pouco à semelhança do que ocorre com os mecanismos causais e as delegações de poder no âmbito da autovinculação individual, a forma de vinculação das regras é tendencialmente mecânica, ao passo que a dos princípios é de natureza fiduciária. Num modelo de regras, a constitucionalização passa pela avocação constituinte de determinadas escolhas públicas; o povo, na sua encarnação presumidamente serena, lúcida e responsável, toma decisões inderrogáveis na sua encarnação acrática – cabendo a garantia dessa autovinculação a uma jurisdição independente do processo político e *adstrita a um dever funcional* de aplicar as regras constitucionais. Num modelo de princípios, por outro lado, a decisão é essencialmente confiada à jurisdição constitucional, incumbida de *controlar através do seu juízo* a racionalidade da atividade legislativa; o povo constituinte delega num agente presumidamente sereno, lúcido e responsável o poder de impedir a degeneração acrática do processo político democrático.

As vantagens e desvantagens da vinculação por intermédio de regras ou princípios são precisamente as que caracterizam as soluções mecânicas ou fiduciárias: ao passo que as regras encerram decisões constituintes que previnem a possibilidade de ponderações erradas ou usurpações de poder por parte da jurisdição constitucional, os princípios, ao transferirem a responsabilidade deliberativa para um terceiro contemporâneo das decisões sob escrutínio, têm a virtude de serem flexíveis, o mesmo é dizer, de vincularem de um modo equitativo e ponderado.

3. Irracionalidade ou Pluralismo?

Como se viu, a ideia de autovinculação – seja no contexto individual, seja no contexto coletivo – baseia-se na premissa de um contraste entre o «eu racional» e o «eu acrático». Na sua encarnação serena, lúcida e responsável, o agente sabe exatamente o que é melhor para si e tem a vontade firme de o fazer. Ulisses sabe que não se deve deixar atrair pelas sereias e deseja evitá-lo; Acúrsio sabe que não deve conduzir embriagado e deseja evitá-lo. A questão que se lhes coloca, nesse momento esclarecido, é a de saber como garantir a *racionalidade* da sua conduta nas circunstâncias acrálicas ou de «fraqueza da vontade»

em que o exercício da liberdade de escolha gera escolhas irracionais, isto é, escolhas que o agente reconhece serem-lhe prejudiciais e cuja ocorrência deseja evitar. Essa é uma questão de ordem *técnica* ou instrumental: diz respeito à seleção dos meios adequados e necessários para controlar os efeitos da acrasia.

A situação não pode ser descrita nestes termos quando, em vez de um conflito entre o «eu racional» e o «eu acrático» – entre razões e inclinações –, o agente experimenta um conflito no seio do seu «eu racional» (WALDRON, 1999, pp. 266-70). Imagine-se o caso de outro estudante, o jovem Bártolo, que tem de fazer uma apresentação num exame oral de filosofia do direito sobre a questão de saber se devem ser reconhecidos direitos aos animais. Após muitas horas de estudo afincado e reflexão empenhada, Bártolo sente-se dividido entre duas teses opostas. Por um lado, parece-lhe que os direitos só podem ser atribuídos a agentes racionais, o que exclui obrigatoriamente os animais, tanto mais que se forem reconhecidos direitos aos animais, nomeadamente direitos fundamentais à vida, à integridade física e a não serem submetidos a maus tratos, o sacrifício destes em atividades destinadas à promoção de interesses humanos – como a investigação médica – é, com a maior das probabilidades, ilícito. Por outro lado, é certo que pelo menos alguns seres humanos não são agentes racionais – *v.g.*, as crianças muito pequenas ou os doentes mentais graves –, e nem por isso deixam ser titulares de direitos, e que o bem-estar dos animais, nomeadamente o seu interesse em não sofrerem, é moralmente atendível por razões que não são nada fáceis de destrinçar daquelas que nos levam a reconhecer direitos a humanos não racionais (GALVÃO, 2015, pp. 78-83).

Consumido pela hesitação e pressionado pelo curto prazo de preparação para o exame, Bártolo decide comprometer-se com a tese negativa. Para selar esse compromisso, comunica ao professor dois dias antes do exame que defenderá a tese de que aos animais não devem ser reconhecidos direitos. Sem dúvida que são perfeitamente inteligíveis e válidas estas razões que levam Bártolo a vincular-se a uma determinada opção. O certo, porém, é que essas razões nada têm que ver com um suposto conflito entre o «eu racional» e o «eu acrático», ou com a limitação da possibilidade de escolhas irracionais. Pelo contrário, o sentido do seu compromisso é o de inibir o exercício das faculdades racionais que alimenta a hesitação intelectual, justamente porque aumenta a sua noção da *complexidade* dos problemas sobre os quais se terá de pronunciar e do *pluralismo* razoável que caracteriza o debate na matéria (WALDRON,

1999, pp. 269-70). Em suma, Bártolo não age no sentido de prevenir a insuficiência, mas sim a afluência, racional da sua encarnação vindoura. Só assim conseguirá assegurar uma *decisão em tempo útil*.

Ora, a situação do povo no momento constituinte é, relativamente a muitas matérias sobre as quais decide, mais próxima daquela em que se encontra Bártolo do que da situação de Acúrsio. Com efeito, as sociedades democráticas e liberais contemporâneas caracterizam-se pela persistência de um amplo *pluralismo de opiniões*, não apenas no âmbito religioso, metafísico e ético, mas também em matéria de liberdades fundamentais, justiça social, política económica, organização administrativa e muitas outras questões incontornáveis da vida pública (RAWLS, 2005, pp. 36-9, & 54-66). As estantes das livrarias, os seminários académicos, as colunas de imprensa, as redes sociais e outros espaços de debate estão saturados de argumentos rivais construídos com base em premissas liberais partilhadas. As divergências estendem-se desde o plano elevado das teorias filosóficas da justiça até patamares de discussão mais prosaicos, como o das diferentes leituras sobre o comportamento da economia ou das políticas públicas adequadas nos domínios da saúde, da educação, da segurança social, da cultura e da proteção ambiental. Esta diversidade de razões, situada em todos os quadrantes da sociedade civil, incluindo o discurso académico, não pode ser globalmente atribuída à degeneração de um espaço público colonizado pela propaganda ou permeável ao tribalismo; corresponde ao dissenso razoável entre cidadãos livres e responsáveis, no uso das suas faculdades racionais (RIBEIRO, 2016, pp. 71-2).

No âmbito constitucional, o pluralismo razoável reflete-se no amplo consenso em torno de princípios estruturantes – v.g., igualdade de tratamento, proibição do excesso, tutela da confiança, determinabilidade das leis, separação de poderes – e de direitos fundamentais – dos clássicos direitos de liberdade aos direitos sociais e de terceira e quarta geração – acompanhado de controvérsia persistente sobre as implicações concretas daqueles princípios e o peso relativo e concretização destes direitos. Por outras palavras, um pequeno conjunto de valores constitucionais partilhados serve de base a um extenso reportório de programas políticos concorrentes, cada um dos quais informado de modo mais ou menos explícito por conceções morais, económicas, antropológicas, históricas e outras profundamente controvertidas. A título de exemplo, pense-se nas polémicas em torno dos limites à liberdade de expressão, da adoção por casais de pessoas do mesmo sexo, da incriminação da interrupção

voluntária da gravidez, do papel do mercado na provisão de bens sociais como a saúde ou a educação, da distribuição justa dos sacrifícios ditados por uma crise de endividamento público, da sustentabilidade da segurança social numa era de envelhecimento demográfico ou da criação de quotas de género e raciais no acesso à educação superior, ao mercado de trabalho e a cargos públicos (RIBEIRO, 2016, *idem*).

Nestas matérias, tão vastas e fundamentais, «Nós, O Povo» não é um agente convicto na decisão acertada, como Ulisses ou Acúrsio, mas um espírito inquietado pela dúvida, como Bártolo (WALDRON, 1999, pp. 270-5). Ao constitucionalizar uma determinada escolha controversa, o povo constituinte não se limita a prevenir a degeneração acrática do processo político – a combater a eventual irracionalidade coletiva –, mas a inibir a razão pública e a arbitragem do dissenso próprios da democracia, o mesmo é dizer, a alienar o pluralismo razoável de uma sociedade aberta. Tal como Bártolo se compromete com uma determinada tese sem que para isso tenha necessariamente uma razão suficiente, e sobretudo *suspendendo* o exercício das suas faculdades de revisão crítica, o povo constituinte, em matérias controversas, vincula a sociedade a uma opinião sem que ela seja necessariamente objeto de um consenso alargado, e, sobretudo, impede que essa opinião seja *revista* no quadro do debate público e da deliberação democrática.

4. Complexidade da Justiça Intergeracional

Como vimos, a tese da constitucionalização dos direitos ou interesses das gerações futuras assenta no diagnóstico de uma patologia deliberativa do processo político ordinário em democracia – o imediatismo. Importa agora chamar a atenção para a *complexidade* e *controvertibilidade* dos problemas da justiça intergeracional, isto é, das razões pelas quais não existe, e é extremamente improvável que algum dia venha a existir, qualquer consenso alargado nessa matéria. Na verdade, o dissenso que ela gera é profundo e obstinado, estendendo-se da opinião pública ao universo académico, e incidindo, quer sobre questões relativas às políticas públicas adequadas em cada um dos múltiplos domínios em que se projeta, quer sobre questões filosóficas relativas aos fundamentos lógicos, empíricos e morais da justiça entre gerações. Vale a pena determo-nos por alguns instantes nessa ordem de complexidade *fundamental*.

Há inúmeras ações e omissões presentes que se repercutem no futuro: consumo de recursos não renováveis, investimento de retorno

a muito longo prazo, inovação que provoca efeitos tendencialmente irreversíveis, antecipação de rendimentos futuros, entre muitas outras. A questão fundamental que a partir de tal facto se coloca é a de saber qual a extensão e quais as implicações de eventuais deveres da geração presente relativamente às gerações futuras (JONAS, 1984; & BIRNBACHER, 2006). A este propósito, suscitam-se três grandes categorias de questões: (i) questões *conceptuais*, relativas à possibilidade lógica de uma teoria da justiça entre gerações; (ii) questões *empíricas*, relativas às condições epistémicas e antropológicas da justiça intergeracional; e (iii) questões *normativas*, relativas ao conteúdo dos deveres de justiça da geração presente.

A principal questão conceptual que se tem debatido neste domínio é a de saber se as gerações futuras – mais precisamente, os indivíduos que integrarão as coortes geracionais vindouras (GOSSERIES, 2015, 24-8) – podem ser titulares de direitos existentes ou interesses atendíveis no momento presente (BECKERMAN, 2006, pp. 54-60; TREMMEL, 2009, pp. 35-63). O problema, colocado em termos de máxima generalidade, é o de saber se é logicamente possível que existam direitos (ou interesses) *sem sujeito*. (Sobre o assunto, com desenvolvimento, veja-se a contribuição de Elsa Vaz de Sequeira para este volume).

A complexidade da matéria admite graduações. No primeiro nível, estão os casos de direitos temporariamente sem titular, como seja a herança jacente no lapso temporal entre a morte do autor da herança e a aceitação da mesma pelos herdeiros. No nível seguinte estão os casos de direitos cujo futuro titular (ainda) não existe, mas encontra-se individualizado, como seja o de usufruto constituído a favor de nascituro. Num terceiro nível de complexidade estão aquelas situações em que o futuro titular do direito não existe, nem se encontra individualizado, como é o caso de usufruto constituído a favor de concepturo. No nível subsequente, deparamos com os casos em que, quer o sujeito, quer o próprio objeto, do direito, não existem, como seja a vida de futuros recém-nascidos num berçário em que um terrorista colocou uma bomba programada para detonar dentro de um século. Finalmente, no patamar de maior complexidade, estão os casos em que faltam o sujeito e o objeto ao suposto direito, e em que a existência do futuro titular do direito depende – paradoxalmente – da sua violação no presente.

Estas últimas situações, a que caracteristicamente pertencem os problemas da justiça intergeracional, encerram o denominado *paradoxo da não identidade* (PARFIT, 1984, pp. 351-79). Imagine-se que a geração

presente enterra lixo radioativo que dentro de 1000 anos contaminará o planeta, ao ponto de prejudicar gravemente a saúde dos seres humanos e de reduzir dramaticamente a esperança média de vida. Sucede que esse lixo radioativo resulta da utilização de energia nuclear, essencial para o modo de vida (incluindo a reprodução) da geração presente, de tal forma que os indivíduos concretos que integram as coortes geracionais futuras não existiriam, se a economia presente tivesse um perfil energético diferente. Ora, a questão que se coloca é a de saber se é logicamente possível que um ato constitua simultaneamente uma violação ilícita de um direito e uma condição necessária da existência do sujeito e do objeto desse mesmo direito.

Note-se que a questão é essencial para a teoria da justiça intergeracional. A noção de que ela pode ser evitada se em vez da «linguagem dos direitos» se recorrer a um discurso moral baseado em noções como «deveres» ou «responsabilidades» (BECKERMAN, 2006, p. 61; & TREMMEL, 2009, pp. 46-7) assenta num equívoco. Com efeito, duas proposições fundamentais e amplamente perfilhadas da cultura política liberal que, em larguíssima medida, subjaz às democracias constitucionais contemporâneas, são as de que: (i) apenas os deveres de justiça – e não também deveres morais de outra natureza, como os de caridade, de magnanimidade, de retidão etc. – são «justiciáveis», ou seja, constituem razões moralmente suficientes para a tutela coativa; e (ii) os deveres de justiça – que dizem respeito ao que é devido a cada um – têm por correlativos direitos subjetivos, justamente direitos ao aproveitamento dos bens devidos ao respetivo titular, ou situações ativas semelhantes (HART, 1955, p. 178; & WALDRON, 1999, pp. 105-6, & 159-60). Destas proposições resulta que apenas uma teoria da *justiça* intergeracional tem implicações jurídico-políticas e que semelhante teoria não pode dispensar (ainda que implicitamente) a afirmação de que as gerações futuras têm *direitos*.

Outra ordem de complexidade e controvérsia no debate sobre a justiça intergeracional diz respeito a questões de natureza empírica, que se reconduzem essencialmente a duas ordens. Em primeiro lugar, aquelas que dizem respeito à possibilidade de prever o futuro. A preocupação com as repercussões vindouras das decisões presentes repousa na premissa de que é possível prever razoavelmente os efeitos futuros de decisões tomadas no presente, no sentido de que conseguimos fazer prognósticos credíveis de longo e muito longo prazo. É possível, e muitos críticos da justiça intergeracional têm-no assinalado, que esta ideia se baseie numa

forma de neomalthusianismo, pessimista quanto ao futuro da espécie, mas otimista quanto à nossa capacidade de o prever (BECKERMAN, 1999). Na verdade, não só é difícil determinar com precisão os efeitos de determinados tipos de conduta (a relação entre a emissão de dióxido de carbono e o aquecimento global), como as previsões que fazemos hoje são condicionadas por parâmetros cuja evolução futura desconhecemos – em especial, o desenvolvimento tecnológico.

Questões empíricas de uma segunda espécie são as que respeitam à possibilidade antropológica da justiça intergeracional. Há uma longa tradição filosófica de considerar, entre as «circunstâncias da justiça» (RAWLS, 1971, pp. 126-30) – aquelas propriedades do mundo que tornam a justiça necessária e possível – o «altruísmo limitado» (HUME, 1985, pp. 529-36) dos seres humanos, ou seja, o facto de estes terem simultaneamente um *sentido* de justiça (daquilo que é devido a cada um) e um *interesse* na justiça (na arbitragem dos conflitos humanos) (KANT, 2006). Ora, é justamente este segundo pressuposto que está ausente nas relações intergeracionais, pelo menos aquelas em que se não verifica a sobreposição temporal de gerações (BECKERMAN, 2006, pp. 61-4) Com efeito, não podendo, em virtude do sentido único da história, as gerações futuras interferir na vida da geração presente, esta não tem qualquer incentivo para abdicar da prossecução irrestrita do seu bem-estar. Coloca-se, pois, a questão de saber se é *realista* a expectativa de que a geração presente trate *com justiça* as gerações futuras, senão mesmo se faz sentido reconduzir as responsabilidades da geração presente perante as gerações futuras à categoria moral da justiça.

Finalmente, a complexidade e a controvertibilidade da justiça intergeracional revela-se no debate interminável sobre o conteúdo dos deveres da geração presente – sobre a teoria da justiça entre gerações em sentido estrito. Pese embora se trate de uma reflexão de natureza essencialmente especulativa, é um pressuposto indispensável do debate sobre as políticas públicas de alcance intergeracional. *Grosso modo*, a teoria da justiça intergeracional está para as políticas intergeracionais como a teoria da justiça social está para as políticas sociais. Ora, as teorias neste domínio (GOSSERIES, 2015, pp. 107-78) – *v.g.*, a teoria da reciprocidade indireta, as teorias neolockeanas, as teorias de matriz utilitarista, as teorias de inspiração rawlsiana, as teorias igualitaristas –, divergentes nos seus princípios e implicações, são numerosas, razoáveis e incipientes, contribuindo para ampliar o dissenso no debate público sobre a matéria.

5. Legitimidade Constituinte

Em virtude da sua elevada complexidade e controvertibilidade, a justiça intergeracional não integra seguramente o elenco de matérias em relação às quais a tutela constitucional pode ser justificada por uma simples analogia com o modelo da autovinculação individual.

Daí não se segue – *imediatamente* – que seja ilegítimo o legislador constituinte vincular o legislador ordinário a determinadas opções de tutela das gerações futuras, como seja uma cláusula de limite ao endividamento público ou a proibição de atividades que comportam graves riscos ambientais. Sem dúvida que, ao avocar essas decisões, o poder constituinte condiciona a liberdade de escolha do legislador democrático (BRITO, 2000). Porém – poderá dizer-se –, fá-lo no exercício de um *poder superior*, o de estabelecer ou rever a constituição à qual a autoridade democrática do legislador ordinário se reconduz, e no gozo de *legitimidade reforçada*, em virtude das exigências procedimentais a que estão sujeitos os momentos constituintes e de revisão constitucional.

Sucedem que tal argumento traduz uma conceção estritamente formal do princípio democrático, assente na comparação entre as grandezas aritméticas e outras circunstâncias exigidas para a aprovação de diferentes atos legislativos. Se é certo que a maioria de aprovação e de revisão constitucional é mais expressiva do que a maioria exigível no processo político ordinário, não é menos certo que a rigidez e a longevidade da constituição implicam que o juízo de uma maioria qualificada conjuntural vincule uma sequência potencialmente infinita de maiorias simples futuras. Por outras palavras, uma vez acolhida determinada solução no texto constitucional, as gerações políticas futuras ficarão vinculadas a respeitá-la, ainda que essa opção seja reiteradamente repudiada por maiorias dos seus representantes aquém das necessárias para rever a constituição. Semelhante conceção do poder constituinte expõe a ordem constitucional aos défices de legitimidade expressos através dos conhecidos paradoxos *intergeracional* (a submissão das gerações presentes às escolhas das gerações passadas) e *democrático* (o governo da maioria presente por uma minoria de bloqueio).

A alternativa a esta visão voluntarista é uma conceção *material* da legitimidade constituinte. Segundo esta, a legitimidade das decisões constituintes depende, essencialmente, não do procedimento de decisão, mas da substância das opções consagradas: estas são legítimas se forem imputáveis ao titular da soberania – «O Povo». É evidente que «O Povo»

é incapaz de exercer o poder soberano de que goza, pelo que terá sempre de contar com os bons ofícios de quem o represente no momento constituinte; mesmo nos casos em que este assume a forma de um procedimento convencionalmente democrático, como seja a eleição por sufrágio universal de uma assembleia com plenos poderes constituintes, é absurdo dizer-se que a constituição é obra direta do povo soberano. Porém, mesmo com esta importante ressalva, a representação naturalística do poder constituinte é amplamente insatisfatória. Os incapazes, como os menores ou os interditos, são pessoas físicas, ainda que lhes faltem as condições indispensáveis ao exercício dos seus direitos e poderes. «O Povo», pelo contrário, é uma *ficção normativa*, um parâmetro de justificação ou ideia regulativa da ação política concreta daqueles que reclamam atuar em seu nome.

Não admira, por isso, que a vontade popular tenha sido invocada, ao longo da história, para legitimar programas constitucionais radicalmente divergentes no plano ideológico: uma conceção carismática, segundo a qual a vontade popular se revela nas epifanias do líder aclamado pelas massas; uma conceção romântica, que associa o povo a uma cultura nacional cujos curadores são o escol académico; uma conceção classista, para a qual o povo se identifica com a classe explorada que atua através de uma vanguarda revolucionária; uma conceção populista, em cujos termos o povo emerge nos protestos de rua, nos movimentos sociais, na resistência ao poder oficial e noutras erupções inorgânicas; e, finalmente, a conceção democrático-liberal, segundo a qual «Nós, O Povo» é o conjunto de indivíduos livres e iguais sujeitos a um sistema comum de leis. Tão variados são os usos do povo no discurso constituinte, que é justo dizer-se do termo o que Proudhon referiu a propósito do género humano: quem o invoca está a fazer batota (RIBEIRO, 2016, pp. 58-9).

A cada discurso constituinte subjaz, pois, uma determinada conceção, *axiologicamente comprometida*, de vontade popular. Na tradição do constitucionalismo democrático-liberal, «O Povo» é a vontade comum de indivíduos livres e iguais, concebidos à imagem e semelhança dos protagonistas de um amplo reportório de construções filosóficas, mais ou menos aparentadas, como seja um contrato social, uma posição original, um consenso de sobreposição ou uma situação ideal de diálogo. A legitimidade de uma constituição inscrita nessa matriz afere-se mediante a comparação entre uma obra constitucional com autor e data e a *vontade hipotética* de um povo imaginado; a matéria da constituição não é arbitrária, o livre produto da decisão do seu criador onnipotente,

mas o critério de reconhecimento da sua imputação ao povo, o que é dizer, aos *valores que este personifica*. Em suma: não é a vontade que justifica a matéria, mas a matéria que revela a vontade; não é a forma que confere dignidade à substância, mas a substância que reclama a solenidade da forma (RIBEIRO, 2016, pp. 60-1).

É esse o alcance do célebre artigo 16.º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789: «A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.» O sentido desta disposição é o de que O Povo do liberalismo democrático não pode deixar de querer o poder público separado e vinculado aos direitos fundamentais. O primeiro, porque só assim, dividindo a autoridade numa pluralidade de poderes e instituindo mecanismos de vigilância recíproca, pode prevenir a usurpação da soberania que exclusivamente lhe cabe. O segundo, porque uma autoridade instituída por cidadãos anónimos e iguais carece de legitimidade para lhes dirigir a vida segundo o seu critério de felicidade ou de bem, como se de um déspota ilustrado se tratasse, cabendo-lhe apenas assegurar as condições para que cada cidadão possa perseguir o ideal de felicidade ou praticar a conceção de bem, que entende justificados. Nos termos do artigo 2.º da *Declaração*: «A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.» Estas palavras lapidares condensam todo um projeto de vida coletiva, o do constitucionalismo moderno, assente numa conceção material (também dita «racional-normativa») de constituição (AMARAL, 2005, pp. 33-7; RIBEIRO, 2016, *idem*).

De tudo isto decorre que não é legítimo ao legislador constituinte, que exerce um poder de que é titular «O Povo», no sentido que cabe a essa expressão no constitucionalismo liberal, vincular o legislador ordinário a determinadas opções em matéria de justiça intergeracional. Assim é, porque, estando a vontade popular profunda e perenemente dividida quanto a tal matéria, nenhuma decisão de sentido único lhe pode ser imputada. Ao elevar uma certa opção ao plano constitucional – *v.g.*, a limitação do endividamento público –, o legislador não estará a expressar a vontade popular à qual se devem reconduzir as suas decisões, mas a usurpar o poder constituinte para «entrincheirar» uma opção política controversa que deveria estar submetida aos processos de debate e de revisão próprios da democracia.

É certo que este argumento parece provar de mais. Se as opções constitucionais são legítimas apenas na medida em que sejam consensuais,

ou, mais rigorosamente, em que sobre elas recaia a vontade comum ou o consenso hipotético de uma pluralidade de indivíduos livres e iguais, haverá que concluir pela impossibilidade de estabelecer uma constituição numa sociedade pluralista. Afinal de contas, as constituições não podem deixar de organizar o poder político, instituindo os órgãos de soberania, fixando as suas competências, definindo o regime do seu exercício, estabelecendo os princípios eleitorais e acolhendo soluções em muitas outras matérias conexas. E a verdade é que também nestes domínios se verifica um dissenso razoável, que se manifesta nos debates intermináveis sobre o sistema político (parlamentarismo, presidencialismo ou semipresidencialismo), o sistema eleitoral (representação proporcional, maioritária ou mista), as formas de participação democrática (eleições e referendos), o financiamento dos partidos políticos e inúmeros temas semelhantes. Seria absurdo e autofágico concluir que estas divergências razoáveis de opinião impedem que se adotem determinadas opções constitucionais relativas à organização do poder político.

Mas note-se que há uma diferença fundamental entre estas questões de *organização* do poder político e as que dizem respeito ao *conteúdo* das escolhas coletivas. Sem uma arquitetura constitucional da autoridade pública, não há democracia. Os parlamentos, os governos, os tribunais, as eleições, os procedimentos, os atos – tudo isto não são factos naturais, mas *instituições constitucionais* sem as quais «O Povo» não pode resolver democraticamente os seus diferendos. Sem prejuízo da extrema importância de se procurarem consensos alargados, a legitimidade das opções constitucionais nestas matérias baseia-se ainda no facto de elas serem inevitáveis; é uma impossibilidade lógica o poder constituinte confiar ao processo político ordinário a tomada de decisões que são um *pressuposto* da existência deste. A escolha constituinte nestas matérias tem algumas semelhanças com a decisão de Bártolo de suspender as suas reflexões por razões utilitárias, e não porque tenha formado uma convicção segura e definitiva. Ora, esta justificação não aproveita àquelas matérias em que não há *necessidade* alguma de uma opção de nível constitucional, porque nenhum obstáculo lógico ou prático impede que elas sejam submetidas à apreciação e decisão do processo político ordinário. É justamente esse o caso das questões intergeracionais.

6. Princípios Intergeracionais

O argumento até aqui desenvolvido coloca-nos perante um dilema. Por um lado, há boas razões para crer no imediatismo do processo político ordinário, ou seja, que ele tenderá necessariamente a revelar um défice de preocupação com as gerações futuras. Por outro lado, não há dúvida de que a justiça intergeracional é uma matéria complexa e controversa, cuja resolução deve caber aos mecanismos de deliberação próprios de um regime democrático. Em suma, justifica-se subtrair a decisão destas matérias ao processo político ordinário, mas não se justifica encerrar ou condicionar a deliberação democrática que a elas diga respeito. A questão é, pois, a seguinte: como assegurar simultaneamente a limitação do legislador ordinário e a *respiração democrática* da sociedade?

Uma resposta promissora passa por recuperarmos a distinção entre regras e princípios. Recorde-se que a vinculação constitucional pode revestir a forma relativamente mecânica de regras ou a forma substancialmente mais flexível de *princípios*. Ao contrário do que sucede com aquelas, estes não encerram escolhas definitivas do legislador constituinte; operam antes como razões *prima facie*, cuja força vinculativa depende do seu peso relativo no conjunto das razões válidas para uma determinada decisão. Ora, a objeção à tutela constitucional das gerações futuras tem em vista sobretudo a consagração de regras, como a proibição do endividamento acima de determinados valores de referência, e não de princípios. Assim é, porque estes admitem, por natureza, juízos de graduação dos interesses em causa e de ponderação com outros interesses com dignidade constitucional, que no limite abrangem até posições minimalistas em matéria de justiça intergeracional, nos termos das quais os direitos e interesses das gerações futuras relevam apenas na medida em que estas digam respeito a pessoas que já existem. Na verdade, a consagração constitucional de princípios intergeracionais – ou a interpretação da constituição como acolhendo-os implicitamente (SILVA, 2015, pp. 427-32) – encontra uma justificação semelhante à de outros princípios estruturantes e direitos fundamentais do constitucionalismo democrático: não é a afirmação dos princípios que gera dissenso, mas o juízo sobre as suas implicações. Na medida em que a constituição não se estenda, pois, para além do plano dos princípios, justifica-se plenamente a proteção das gerações futuras.

Os princípios – já o vimos – aplicam-se sob reserva de ponderação com princípios de sentido contrário, cuja tradução técnica é o princípio

da proibição do excesso, geralmente desdobrado em três «testes» de aplicação sucessiva e cumulativa: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. O teste da adequação diz respeito à questão de saber se a medida lesiva (v.g., o endividamento) é um meio idóneo para atingir a finalidade visada pelo legislador (v.g., o estímulo ao consumo); se o não for, a medida é inútil, pelo que a lesão que implica consubstancia um sacrifício injustificado. O teste da necessidade afere se a medida adotada é a menos lesiva no conjunto das medidas idóneas para a atingir a finalidade pretendida; se houver uma medida menos lesiva, o sacrifício acrescido implicado pela medida adotada é desnecessário. Finalmente, o teste da proporcionalidade refere-se ao confronto entre o valor da medida adotada, determinado pelos benefícios que a sua adoção gera, e o seu desvalor, determinado pelos sacrifícios que implica; por outras palavras, trata-se de saber se a promoção de um ou mais princípios justifica o sacrifício de outros (NOVAIS, 2014, pp. 162-93).

Relativamente a cada um destes «testes», coloca-se a questão de saber qual o grau legítimo de intervenção judicial, nomeadamente por uma jurisdição constitucional responsável por controlar a constitucionalidade da atividade legislativa. A intensidade do escrutínio judicial das decisões do legislador admite graduações, polarizadas pelo mínimo de um controlo de evidência ou de uma proibição do arbítrio, até ao máximo de um controlo intensificado ou de uma revisão plena. Por norma, cabe ao legislador uma ampla liberdade de conformação ou margem de apreciação para decidir o que é adequado, necessário ou proporcional, sob pena de em vez de um governo democrático, em que as escolhas fundamentais da vida coletiva competem a uma maioria de representantes eleitos pelo povo e politicamente responsáveis, termos um governo juristocrático, em que os destinos da comunidade são, em última análise, decididos por uma maioria de juizes sem legitimidade democrática e politicamente irresponsáveis. Quer isto dizer que o controlo jurisdicional da atividade legislativa, em democracia, deve limitar-se, em regra geral, ao patamar mínimo de um controlo de evidência ou racionalidade (RIBEIRO, 2014, pp. 95-7).

A exceção a esta regra são precisamente os casos em que o processo político ordinário padece de uma patologia deliberativa. O povo encarnado naquele pode comportar-se como um tirano maioritário quando toma decisões que atingem os interesses de grupos politicamente alienados ou socialmente minoritários, recorrendo para o efeito a «classificações suspeitas» como a raça, o género, a orientação sexual, a religião, e

outras (ELY, 1980, pp. 135-80). A discriminação injusta desses grupos, motivada por preconceitos racistas, sexistas, homofóbicos, fundamentalistas, e quejandos, é uma perversão do autogoverno coletivo – uma degeneração da democracia, uma forma de governo entre iguais, na ditadura da maioria (RIBEIRO, 2014, pp. 97-9). Em virtude da propensão irresistivelmente imediatista da democracia representativa, há boas razões para incluir as gerações futuras nesse elenco de grupos sociais politicamente vulneráveis.

Ora, nesses casos excepcionais, em que recaem suspeitas acráticas sobre o processo político ordinário, justifica-se um escrutínio judicial intenso das decisões legislativas, porque a jurisdição constitucional tem *maior* legitimidade democrática do que o legislador ordinário. Com efeito, o facto de os juízes não estarem sujeitos a pressão eleitoral e a terem de fundamentar as suas decisões torna mais plausível que, nesses casos, os seus juízos reproduzam os mecanismos deliberativos de uma comunidade de pessoas livres e iguais do que as decisões de um legislador condicionado por preconceitos arraigados. Tem, por isso, todo o sentido que a última palavra sobre essas matérias delicadas seja confiada a uma jurisdição constitucional independente e que esta seja particularmente severa no controlo que exerce sobre a atividade legislativa nesse domínio. A analogia com os casos de autovinculação individual através de um mecanismo fiduciário é aqui particularmente útil e cogente: embora em princípio seja mais livre aquele que decide sobre a sua própria vida do que aquele que transfere essa responsabilidade para terceiro, as decisões de um agente acrático são plausivelmente menos representativas do seu «eu racional» do que as de um terceiro sereno, lúcido e responsável ao qual confiou essa autoridade.

7. Reservas Finais

A conclusão a que chegámos é a de que o único modelo legítimo de proteção constitucional das gerações futuras é o da consagração de princípios intergeracionais e da atribuição de poderes de controlo intensificado à jurisdição constitucional neste domínio.

Porém, esta conclusão merece algumas reservas.

Os problemas da justiça intergeracional não implicam apenas ponderações de interesses e direitos, e outros juízos de valor que integram o trabalho habitual da justiça constitucional. Implicam regularmente juízos de prognose empírica extremamente complexos sobre as repercussões

futuras das decisões presentes. Ora, a verdade é que os tribunais constitucionais não têm a menor vocação para essas tarefas. Mal estaríamos se, por exemplo, os juizes se arrogassem, com fundamento no princípio da proibição do endividamento excessivo, a prerrogativa de escrutinarem a credibilidade técnica de teorias macroeconómicas neokeynesianas, monetaristas ou outras subjacentes às opções de política pública subscritas pelo legislador. E o mesmo se diga quanto a outras áreas privilegiadas de decisão pública com repercussão intergeracional, como o ambiente, o ordenamento do território, ou a política energética. Se é verdade que o imediatismo justifica uma atitude de desconfiança relativamente à integridade democrática das decisões tomadas nestes domínios, não é menos verdade que a intervenção judicial dificilmente aprofundará a qualidade da deliberação pública a eles respeitante. O pior remédio fiduciário para a acrasia é confiar a decisão a um terceiro incompetente.

Estas inquietações encerram o dilema fundamental que nos tem acompanhado neste percurso. Por um lado, a tentação do imediatismo deprecia fortemente, no âmbito das decisões com repercussões no futuro, o capital de legitimidade democrática do legislador ordinário. Por outro lado, os freios constitucionais característicos das democracias contemporâneas são funcionalmente inadequados para cumprir muitas das tarefas exigidas pela necessidade de proteger as gerações futuras. Talvez isso nos deva levar a questionar até que ponto as estruturas constitucionais com as quais estamos familiarizados oferecem uma resposta satisfatória ao problema da proteção das gerações futuras.

O território a que tal questão nos conduz é o da arquitetura constitucional, esse grande desafio à imaginação e à experiência coletivas, em que nos deslocamos sobre os ombros de figuras gigantes da nossa tradição intelectual e política, como o Barão de Montesquieu, o Abade Sieyès, Immanuel Kant e James Madison.

Bibliografia referenciada

- ALEXY, 2002. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press
- AMARAL, 2005. Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, Coimbra: Coimbra Editora
- ARISTÓTELES, 2006. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. António de Castro Caeiro, Lisboa: Quetzal Editores

- BECKERMAN, 1999. Wilfred Beckerman, “Sustainable Development and Our Obligations to Future Generations”, in *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability*, ed. Andrew Dobson, Oxford: Oxford University Press, pp. 71-92
- BECKERMAN, 2006. Wilfred Beckerman, “The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 53-72
- BIRNBACHER, 2006. Dieter Birnbacher, “Responsibility for Future Generations – Scope and Limits”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 23-38
- BRITO, 2000. Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte*, Coimbra: Coimbra Editora
- COUTINHO, 2009. Luís Pereira Coutinho, *A Autoridade Moral da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora
- DWORKIN, 1977. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press
- ELY, 1980. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press
- GALVÃO, 2015. Pedro Galvão, *Ética com Razões*, Lisboa: FFMS
- GOSSERIES, 2015. Axel Gosseries, *Pensar a Justiça entre Gerações*, trad. Joana Cabral, Coimbra: Almedina
- HÄBERLE, 2006. Peter Häberle, “A Constitutional Law for Future Generations – The ‘Other’ Form of the Social Contract: The Generational Contract”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 215-29
- HART, 1955. H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 175-91
- HOLMES, 1995. Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago: Chicago University Press
- HUME, 1985. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Londres: Penguin Books
- JONAS, 1984. Hans Jonas, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, trad. Hans Jonas, Chicago e Londres: The University of Chicago Press
- KANT, 2006. Immanuel Kant, “Anthropology from a Pragmatic Point of View”, in *Towards Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*, ed. Pauline Kleingeld, New Haven: Yale University Press
- MACINTYRE, 2007. Alasdair Macintyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3.^a edição, Notre Dame: University of Notre Dame Press
- NOVAIS, 2014. Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora
- PARFIT, 1984. Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press
- RAWLS, 1971. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press

- RAWLS, 2005. John Rawls, *Political Liberalism*, Nova Iorque: Columbia University Press
- RIBEIRO, 2014. Gonçalo de Almeida Ribeiro, “O Constitucionalismo dos Princípios”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*, ed. Gonçalo de Almeida Ribeiro & Luís Pereira Coutinho, Coimbra: Almedina, pp. 69-103
- RIBEIRO, 2016. Gonçalo de Almeida Ribeiro, “O que é Hoje Matéria Constitucional?”, in *A Prova do Tempo. 40 Anos de Constituição*, ed. A. M. Hespanha *et al.*, Lisboa: Assembleia da República, pp. 53-78
- SILVA, 2015. Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa: Universidade Católica Editora
- TREMME, 2006. Jörg Tremmel, “Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 187-214
- TREMME, 2009. Jörg Tremmel, *A Theory of Intergenerational Justice*, Londres: Routledge
- WALDRON, 1999. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press

Democracia e Revisão Constitucional

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO*

1. Introdução: justiça intergeracional, democracia e revisão da Constituição

A relevância do tema da revisão constitucional para o problema da justiça intergeracional e da sustentabilidade é evidente, sobretudo se pensarmos nos limites à revisão constitucional. Nessa perspetiva, podemos mesmo afirmar que a consagração de limites à revisão constitucional é um dos instrumentos privilegiados da efetivação de qualquer justiça intergeracional e de qualquer política de sustentabilidade. Assim, por exemplo, a introdução da «*regra de ouro*» num texto constitucional, a afirmação da neutralidade económica da Constituição, ou a introdução de disposições visando acautelar os direitos das gerações futuras, designadamente no plano ambiental, sairão evidentemente reforçadas se forem garantidas através de cláusulas pétreas.

Ao mesmo tempo, a revisão constitucional foi, desde a origem do constitucionalismo, pensada precisamente como meio de dar voz à geração presente contra as anteriores, deixando às gerações futuras o direito de se manifestarem também. Thomas Jefferson deu expressão a este pensamento em termos impressionantes. Vale a pena retomar aqui as suas palavras a este propósito:

«... consagremos na nossa constituição a sua revisão em períodos fixos. Qual a duração destes períodos é algo que a própria natureza nos indica. Segundo as tabelas europeias de mortalidade, de todos os adultos vivos em cada momento a maioria estará morta em

* Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa, faculdade pela qual se licenciou e obteve os graus de mestre e doutor. Foi membro do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (1991-1996) e assessor do Presidente do Tribunal Constitucional (2001-2003) e do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional (2003-2007). Desde 2007 que é também advogado. Tem investigado e publicado nas áreas do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Ciência Política e Filosofia do Direito. Entre as suas obras destacam-se *A Constituição Constituinte*, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional* e *As Andanças de Cândido*.

cerca de dezanove anos. No final desse período, então, uma nova maioria ocupará o seu lugar; ou, por outras palavras, uma nova geração. Cada geração é tão independente quanto a que a precede, como esta o foi de todas as que antes se foram. Tem, pois, como elas, um direito de escolher por si a forma de governo que acredita ser mais promotora da sua própria felicidade; conseqüentemente, de se acomodar às circunstâncias em que se encontra, recebidas dos seus predecessores; e é para a paz e o bem da humanidade que a oportunidade solene de fazer isto cada dezanove ou vinte anos deveria ser prevista na constituição; de modo que possa ser transmitida, com reparações periódicas, de geração para geração, até ao fim dos tempos, se é que algo humano pode durar tanto.»

Poder-se-ia pensar que esta emancipação da geração presente em relação às que a precederam não a liberta de vínculos em relação às gerações futuras. Mas, precisamente, esses vínculos devem ser pensados e assumidos por cada geração, não por uma geração em nome de todas as que se lhe seguirão. Esse parece ser, em todo o caso, o pensamento de Jefferson:

«Faz agora quarenta anos desde que a constituição da Virgínia se formou. As mesmas tabelas informam-nos que, durante esse período, dois terços dos adultos que então viviam estão agora mortos. Será que o terço restante tem o direito, mesmo que tenha o desejo, de manter a obediência à sua vontade, bem como às leis feitas por si, dos outros dois terços, que compõem por si a presente massa de adultos? Se não têm, quem terá? Os mortos? Mas os mortos não têm direitos. São nada e nada não pode ter algo. Onde não existe substância, não pode existir acidente. Este globo corpóreo, e tudo o que sobre ele existe, pertence aos seus atuais habitantes corpóreos, durante a sua geração. Apenas eles têm um direito de dirigir o que é apenas da sua conta, e de declarar a lei em conformidade; e esta declaração pode apenas ser feita pela sua maioria. Essa maioria tem, então, um direito de apontar representantes para uma convenção, e fazer a constituição que pensarem ser melhor para si mesmos.» [Cf. carta de Thomas Jefferson a Samuel Kercheval de 12 de junho de 1816, disponível em <http://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-samuel-kercheval/>, último acesso em 29 de dezembro de 2016 (tradução do autor).]

As palavras de Jefferson têm um especial ressonância na medida em que parecem articular diretamente o princípio democrático com uma certa

visão do princípio de justiça entre gerações: cada geração tem o direito de fazer a sua própria constituição; nenhuma geração pode vincular as que se lhe sucedem. Na realidade, essa articulação parece apontar para uma justificação das «*preferências temporais puras*», segundo a designação de John Rawls (RAWLS, 1993, pp. 233 *et seq.*): a deliberação democrática de cada geração seria um fundamento para essa geração atribuir maior importância aos seus interesses do que aos das gerações passadas ou futuras. A ideia duma revisão constitucional em sentido «forte», como exigência dos princípios democrático e de justiça entre gerações, parece admitir um ressurgimento periódico do próprio poder constituinte, mas não teve acolhimento em praticamente nenhuma constituição.

Pelo contrário, o que mais comumente se verifica na prática constitucional é a conceção da revisão como um compromisso entre as exigências do princípio democrático, que tornaria inaceitável qualquer imutabilidade absoluta da constituição, e a exigência de respeito do texto constitucional, que conduz à introdução de limites ao poder de revisão. Este compromisso é usualmente pensado como uma implicação da distinção entre poder constituinte e poder constituído. O poder de revisão é ainda um poder constituído e por essa razão não pode o seu exercício ser ilimitado; apenas ao poder constituinte compete aprovar uma nova constituição, livre de vínculos constitucionais anteriores. Em certa medida, este modo de pensar permite preservar a ideia de que o poder constituinte permanece no povo e, ao mesmo tempo, desconsiderar a possibilidade do seu exercício nos quadros da ordem jurídica em vigor.

O apelo das ideias de Jefferson permaneceu, todavia, como modo de conciliar poder constituinte e poder constituído no âmbito da revisão constitucional. É possível, com efeito, pensar a revisão constitucional como efetuada no âmbito do ordenamento vigente, mas sem apelo às regras formalmente previstas para o efeito. Para tal, bastaria a deliberação de uma convenção nacional confirmada por um referendo. Esta é, no que toca à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a opinião de Akhil Reed Amar: «*A Constituição dos Estados Unidos é um documento muito mais majoritário e populista do que temos geralmente pensado; e Nós o Povo dos Estados Unidos temos um direito legal de alterar o nosso governo – de rever a nossa Constituição – através de um mecanismo majoritário e populista semelhante a um referendo nacional, ainda que esse mecanismo não esteja explicitamente especificado no Artigo V.*» Em nota de rodapé, Amar acrescenta: «*Especificamente, acredito que o Congresso estaria obrigado a convocar uma convenção para propor*

uma revisão se uma maioria dos eleitores americanos o peticionasse; e essa revisão poderia ser legalmente ratificada por uma maioria simples do eleitorado americano» (AMAR, 1995, p. 89 & nota 1).

Uma concepção próxima é a defendida por Bruce Ackerman: a história constitucional norte-americana estaria repleta de situações em que transformações momentosas da Constituição não seguiram exatamente os trâmites do artigo V, mas não deixam de se conformar com o princípio democrático que lhe está subjacente. Exemplos dessas transformações seriam a Décima Quarta Emenda (em que a maioria de votos exigida no artigo V apenas foi obtida à custa da ausência dos congressistas dos Estados do Sul) e o *New Deal* (ACKERMAN, 1998, pp. 160 *et seq.*, 207 *et seq.*, & 279 *et seq.*).

Os dois constitucionalistas mencionados encaram a disposição do artigo V da Constituição norte-americana como apenas um dos modos através dos quais se pode rever a Constituição, sem excluir outros, que envolvem um apelo direto à vontade popular. Ackerman afirma a este propósito existir uma *«dialética recorrente entre populismo e legalismo na história americana»* (ACKERMAN, 1998, p. 379). Amar, por seu turno, procura sustentar a existência de uma componente populista no próprio direito constitucional norte-americano vigente, que adquire expressão no direito de o povo se reunir em convenções com o objetivo de rever a Constituição (AMAR, 1988, p. 1044; & 1995, p. 107). Estas leituras do direito constitucional norte-americano são congruentes com uma visão mais ampla da democracia moderna, de acordo com a qual a participação política é encarada como um aspeto essencial, mas ao mesmo tempo limitada a um conjunto de atos fundamentais, entre os quais adquirem especial relevância as revisões da constituição. De acordo com tal visão a própria possibilidade da democracia moderna assenta na distinção entre soberania e governo. A soberania é do povo, mas este não a exerce para governar; apenas a pode exercer para autorizar o governo e decidir as questões fundamentais. Por outras palavras, a soberania é do povo e exerce-se através do voto dos cidadãos, com base no princípio maioritário; o governo é representativo e exerce-se sem participação popular direta. Richard Tuck traçou recentemente as origens desta concepção de democracia no pensamento de Hobbes e especialmente Rousseau: estaria aqui em causa o surgimento de *«um novo tipo de democracia, apropriado para o mundo moderno, em que os cidadãos podem todos ser verdadeiros legisladores em assuntos fundamentais, mas deixar os menos fundamentais aos seus agentes»*. O próprio Rousseau terá compreendido o caráter

moderno desta ideia, embora essa compreensão tenha sido raramente reconhecida pelos seus comentadores (TUCK, 2015, p. 141).

Não pretendo questionar a existência duma oposição histórica entre democracia e representação política, muito presente nos tempos da Revolução Francesa, apesar de a superação dessa oposição consistir na própria condição de possibilidade do constitucionalismo moderno. Julgo, no entanto, que é de rejeitar a ideia segundo a qual a democracia envolve necessariamente um momento «*populista*», para utilizar uma expressão que tanto Amar como Ackerman algo ingenuamente adotaram (mas certamente sem plena consciência de desenvolvimentos mais recentes), e que esse momento «*populista*» teria especial relevância, através da realização de referendos, no que diz respeito à revisão da constituição ou, em geral, à adoção de decisões especialmente relevantes na vida dum Estado.

Nas páginas subsequentes pretendo precisamente questionar a ideia de que exista um direito dos cidadãos a reunir em assembleias populares tendo em vista uma revisão da Constituição, ou que a conceção moderna da democracia envolva necessariamente um elemento «*populista*» expresso na participação necessária de todos os eleitores em certas decisões fundamentais da comunidade política. Repare-se que a crítica desta conceção adiante desenvolvida é prévia a um conjunto de objeções que relativamente à mesma poderiam ser formuladas: Quem tem a iniciativa do referendo? E quem formula as questões sobre as quais deve ser consultado o eleitorado? Pode o eleitorado ser chamado a pronunciar-se sobre quaisquer matérias? É que estas questões envolvem já que previamente se aceite o carácter eliminável do elemento representativo na vida de uma comunidade política.

O meu propósito consiste em defender a ideia de que a revisão constitucional não pode ser levada a cabo através de duas vias – a via «*legalista*», com observância dos artigos 284.º e seguintes da Constituição, e a via «*populista*», realizada à margem daquelas disposições, mas assegurando uma ampla participação política dos cidadãos –, mas apenas com base no disposto na Constituição. A tese contrária, de que deve permanecer aberta a possibilidade de o povo ser chamado a pronunciar-se diretamente sobre as questões mais relevantes da vida política, não pode ser defendida com base na sua pretensa proximidade da ideia moderna de democracia. E esta, por seu turno, não pode ser mobilizada para fundamentar preferências temporais puras, suscetíveis de fazer prevalecer os interesses da geração que delibera sobre os das demais. A conciliação entre o princípio democrático e a ideia de

justiça entre gerações não pode ser levada a cabo pelos instrumentos de participação democrática direta, mas antes impõe a salvaguarda da dimensão representativa da democracia. Levar a cabo tal conciliação, através da revisão constitucional, é uma tarefa que deve caber aos representantes e não diretamente ao povo. A razão para tal reserva da revisão constitucional à representação política resulta de só esta estabelecer adequadamente a separação entre juízo e vontade que devem estar presentes em toda a decisão política (NADIA URBINATI, 2009, pp. 10, 23 *et seq.*, & 61 *et seq.*). A eleição dos representantes envolve o exercício de faculdade de juízo dos eleitores, refletindo o voto a complexidade das opiniões em termos que não se deixam à simples agregação dos votos. Pretendo, pois, sustentar aqui que os constituintes prestam um mau serviço aos seus concidadãos quando consagram o referendo como instrumento normal de revisão constitucional, subordinando o exercício da faculdade de juízo dos eleitores sobre o comportamento dos eleitos a longo prazo à expressão da vontade imediata sobre uma questão pontual.

Para esse efeito, começarei por comentar um caso recente: o referendo realizado em Itália em 4 de dezembro de 2016 sobre a proposta de revisão constitucional contida na lei constitucional intitulada «*Disposizioni para a superação do bicameralismo paritário, a redução do número dos parlamentares, a contenção dos custos de financiamento das instituições, a supressão da CNEL [Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro] e a revisão do Título V da parte II da Constituição*» (publicada na *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Serie Generale n.º 88, de 15 de abril de 2016) (2.). Seguidamente sustentarei que a democracia constitucional atravessa um momento de crise cujas consequências são ainda, em toda a sua extensão, desconhecidas, mas envolvem uma profunda transformação da vida política. Esse momento de crise prende-se, em última análise, com a desvalorização e desgaste do conceito de representação política, contra a qual urge reagir (3.). Ao mesmo tempo, esta crise da representação política está inscrita nas próprias origens do conceito moderno de democracia, a partir do pensamento de Rousseau (4.). A partir daqui analisarei a conceção de democracia subjacente à nossa Constituição – e, na verdade, a todas as constituições ocidentais –, com especial destaque para a questão da revisão, tendo em vista sustentar que a matriz teórica dessa conceção é muito diferente daquela que é apresentada por alguns como a base da democracia moderna, supostamente assente num dualismo entre participação direta e representação política (5.).

2. Um caso recente: o referendo italiano sobre a revisão constitucional

No dia 4 de dezembro de 2016 o povo italiano rejeitou, por uma maioria ligeiramente superior a 59% dos votos, num ato eleitoral com uma participação de cerca 65% dos eleitores (cf. <http://elezioni.interno.it/referendum/scrutini/20161204/FX01000.htm>, último acesso em 3 de janeiro de 2017), a proposta de revisão constitucional apresentada pelo governo ao parlamento, e submetida a referendo por não ter sido aprovada em segunda votação na Câmara dos Deputados e no Senado da República por dois terços dos seus membros, como prevê o artigo 138.º da Constituição italiana.

A revisão constitucional foi apresentada pelos seus defensores como visando reduzir os custos da política, diminuir os cargos de poder e introduzir um aparato público mais eficiente, desde logo através da eliminação do bicameralismo paritário, centrando-se na segunda parte da Constituição italiana, respeitante à organização do Estado, e deixando intocada a primeira parte, em que são consagrados os princípios e os direitos fundamentais (cf., e.g., BOSCHI, 2016, p. V). Pelo contrário, os detratores da revisão salientam que o seu propósito é o de reforçar o poder executivo, sobretudo se a lei de revisão for articulada com a reforma eleitoral de 2015, designada como «*Italicum*» (ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, pp. 37-47), que acentuaria o caráter maioritário do sistema. Esta deslocação do centro do poder para o executivo decorreria de o Senado (cujo número de membros diminuiria de 315 para 95) deixar de ser eleito pelos cidadãos, passando os seus membros a ser designados pelas instituições territoriais (para além de eventuais 5 senadores designados pelo Presidente da República), e ainda de o controlo da agenda parlamentar ser assumido pelo governo (ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, p. 79; AZZARITI, 2016, pp. 52-3; LABRUNA, 2016, pp. 59 *et seq.*).

O debate entre defensores e opositores da proposta de revisão constitucional foi amplo e profundo, suscitando tomadas de posição claras pelos apoiantes de cada um dos lados da contenda [do lado dos defensores do não cf. «*Sulla Riforma Costituzionale*», de 24 de abril de 2016, disponível em <http://www.libertaegiustizia.it/2016/04/24/sulla-riforma-costituzionale/>; do lado oposto, cf. «*Le Ragione del Sì*», in http://media2.corriere.it/corriere/pdf/2016/Le_ragioni_del_Si.pdf (último acesso em 3 de janeiro de 2017)]. Não cabe aqui, naturalmente, nem seria relevante para os propósitos deste escrito, discutir os méritos da proposta de revi-

são. Importa apenas salientar como a discussão em torno da proposta de revisão constitucional se tornou também, independentemente dos seus méritos, uma discussão sobre o rumo da democracia na Itália.

Entre os defensores da reforma constitucional ouvia dizer-se que a mesma permitiria superar o estado de coisas correspondente à vida política dos primeiros anos de vigência da Constituição italiana de 1948, supostamente dominada por duas regras: a primeira afirmando que a soberania pertence ao povo; a segunda afirmando que o seu titular jamais deve exercê-la. Ora, a reforma constitucional, ao «*prever um potenciamento dos institutos de participação popular, consente verdadeiramente o exercício da soberania por parte do povo, evidentemente segundo as formas e limites da Constituição*» (FROSINI, 2016, p. 73). A isto respondem os opositores que o recurso aos instrumentos de democracia direta é apenas aparentemente favorecido pela proposta de revisão. Isto aconteceria porque, nesta matéria, como resulta da proposta de revisão do artigo 71.º da Constituição, «*quase tudo é reenviado para sucessivas leis constitucionais: seja para introduzir os referendos propositivo e de orientação [indirizzo], seja para obrigar o Parlamento a discutir as propostas de lei de iniciativa popular*». Pelo contrário, a revisão torna «*imediatamente operativo o aumento de assinaturas que se tornará necessário recolher: triplicado, de 50 mil para 150 mil, quanto à iniciativa popular; aumentado de 500 mil para 800 mil para o referendo se se pretender que o quórum seja calculado sobre metade mais um não dos eleitores, mas dos votantes nas últimas eleições para a Câmara [dos Deputados]*» (ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, p. 78).

O debate que se gerou em torno da revisão toca aspetos mais profundos que se prendem com a própria natureza da democracia constitucional em Itália. Um dos defensores da reforma colocou a questão nos seguintes termos: «*Queremos uma democracia de tipo consociativo, em que representar conta mais do que decidir, ou queremos uma democracia maioritária da alternância, em que a representação é função da decisão política?*» (MORRONE, 2016, p. 123; LIJPHART, 1989). A reforma permite dotar a Itália de uma «*democracia decidente*», em face de uma mera democracia «*discutidora*» (SCHMITT, 1996, p. 33; CORTÉS, 1973, p. 31).

A esta alternativa contrapõem os críticos da revisão que a mesma visaria, na verdade, introduzir uma «*democracia de investidura*», por oposição a uma «*democracia pluralista*» (MANGIA, 2016, p. 126), um cesarismo político ou mesmo uma «*autarquia eletiva*» (ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, p. 79). Em causa estaria o facto já notado, aceite por todos mas

valorado diferentemente por defensores e opositores da revisão, de esta conduzir a um reforço dos poderes do executivo em face do parlamento, o que aliás não se apresentaria como uma novidade na procura de soluções para os problemas do sistema político italiano (PERTICI, 2016, pp. 53 *et seq.*; FUSARO, 2016, pp. 3-12). Tal reforço decorreria em particular, antes de mais, do facto de a revisão, em vez de ter origem em iniciativa parlamentar, resultar de uma proposta do Governo (RUBECHI, 2016, p. XIII; ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, p. 52), o que em Portugal seria motivo para a inexistência da lei de revisão (BRITO, 2013, p. 136)]. Para além disso, o reforço do executivo resultaria ainda de a relação de confiança entre parlamento e governo passar a ter apenas como titular a Câmara dos Deputados, dado que os membros do Senado deixam de ser eleitos, e ser eventualmente enfraquecida em resultado de a lei eleitoral atribuir 340 lugares (dos 630 previstos no artigo 56.º, n.º 2, da Constituição) ao partido com maior número de votos (ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, p. 64; FUSARO, 2016b, pp. 83-4). Por último, o reforço do poder executivo decorreria da introdução de um processo legislativo com conclusão «*em data certa*», através da possibilidade – apenas excluída em relação a determinados atos legislativos, como as leis constitucionais, as leis eleitorais, as leis de autorização à ratificação de tratados internacionais, as leis de amnistia e indulto e as leis que dão execução ao equilíbrio orçamental – de o governo requerer ao parlamento que reconheça, no prazo de 5 dias, que um determinado projeto de lei é «*essencial para a realização do programa de governo*» (artigo 72.º, n.º 7, da Constituição, de acordo com a proposta de revisão; ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016, pp. 70-1; FUSARO, 2016b, pp. 62-3).

O aspeto mais interessante da discussão em torno da revisão constitucional consiste, todavia, no modo como os dois lados da contenda avaliam o facto, já notado, e sobretudo salientado pelos defensores do «*Sim*» (D'AMICO, 2016, pp. 91 *et seq.*), de a proposta de revisão incidir apenas sobre a parte segunda da Constituição italiana, relativa à organização do Estado e deixar intocada a primeira parte, respeitante aos princípios e direitos fundamentais. A questão que se pode colocar a este propósito é a seguinte: em qual das duas dimensões reside, afinal, a democracia? Em relação a tal questão a clivagem deixa de operar entre defensores do «*Sim*» e do «*Não*».

Assim, Tania Groppi, defensora do «*Sim*», estabelece uma diferença entre democracia constitucional e democracia eleitoral e considera esta última, em que o exercício do princípio democrático se encon-

tra desligado das formas e limites da constituição, responsável pelas experiências do nazismo e do fascismo. Ao procurar ilustrar o funcionamento da democracia constitucional Groppi afirma que a mesma se «concretiza, a nível organizativo, na separação entre dois distintos “circuitos decisórios”: de um lado, o circuito do *indirizzo político*, em que decidem as maiorias emergentes das eleições, que adotam as decisões políticas “ordinárias” levando avante o seu programa; do outro lado, o circuito das garantias, em que operam órgãos “técnicos”, independentes da política, com o escopo de fazer respeitar por todos, incluindo as maiorias políticas, as regras constitucionais» (GROPPi, 2016, pp. 75-6). Em sentido aparentemente diverso Marilisa D’Amico, igualmente defensora do «*Sim*», sustenta que a reforma – ao pôr termo ao bicameralismo paritário e ao concentrar na Câmara dos Deputados a competência para fazer a maior parte das leis e atribuir confiança ao governo, transformando o Senado em expressão das autonomias territoriais – «tem entre os seus objetivos principais também o de dar novamente valor e centralidade à primeira parte [da Constituição]». Assim, a reforma contribuiria para que os tribunais deixem de poder substituir-se ao parlamento e garantir os direitos com a mesma eficácia de uma lei geral (D’AMICO, 2016, p. 95).

O facto, todavia, que merece ser destacado, é a dissociação, revelada pelo conteúdo da própria proposta de revisão, entre a constituição dos direitos e a constituição da política. O propósito do Governo Renzi parece ter sido o de combinar uma «*democracia decidente*», no quadro de um sistema político mais eficaz e gerador de menos custos, com o respeito dos direitos e princípios fundamentais. Mas a dissociação entre constituição dos direitos e constituição da política pode assumir outras manifestações. Pode significar, antes de mais, uma transformação não apenas no sentido de uma «*democracia decidente*», mas de uma democracia «*eleitoral*» ou «*iliberal*», em que se procura combinar eleições livres com restrições aos direitos e liberdades dos cidadãos (MAIR, 2013, p. 10). Temos manifestações recentes disso mesmo no caso da Hungria e da Polónia (MÜLLER, 2016, pp. 58-9); se não quisermos limitar o campo de análise aos governos em funções, mas a experiências partidárias, cabe reconhecer que o populismo se revela em todos, ou quase, os países da Europa (JUDIS, 2016, pp. 89 *et seq.*). A dissociação indicada pode também significar, em sentido contrário, que «*não são as eleições – ou pelo menos as eleições enquanto tais – que fazem a democracia, mas antes os tribunais, ou pelo menos a combinação dos tribunais com*

outros modos de participação não eleitoral» (ZAKARIA, 2007, pp. 89 *et seq.*; MAIR, 2013, p. 11).

Uma terceira forma de dissociação, ou desagregação (MAIR, 2013, p. 10), da democracia é precisamente aquela que ocorre entre as suas dimensões representativa e de participação direta. O que aqui se verifica é um desinteresse dos cidadãos pelo funcionamento normal das instituições políticas combinado com um comportamento no voto popular que exprime o distanciamento em relação aos representantes políticos e muitas vezes se torna imprevisível e constitui manifestação de atitudes identitárias. Dir-se-á, com razão, que o referendo em Itália não correspondeu a qualquer manifestação identitária. O que se verificou foi antes que os representantes políticos, com o primeiro-ministro Renzi à cabeça, não souberam interpretar a vontade popular; ao mesmo tempo, os opositores da revisão não são necessariamente defensores do atual estado de coisas constitucional.

O referendo sobre a revisão constitucional correspondeu, pois, em certa medida, a uma oportunidade desperdiçada, ao não resolver o problema da necessidade de reforma das instituições políticas, reconhecida por todos, quer os defensores do «*Sim*», quer os do «*Não*». Resta saber se as futuras tentativas de reforma não irão agravar a dissociação entre democracia constitucional e democracia eleitoral.

As posições em debate no referendo constitucional italiano são bem expressas em dois escritos sobre a democracia, de Giorgio Napolitano, anterior Presidente da República Italiana e um dos grandes defensores da reforma constitucional, e de Gustavo Zagrebelsky, porventura um dos seus mais empenhados opositores. Para Napolitano é politicamente legítimo «*verificar que os concretos elementos de reforço ulterior dos poderes do governo, e de quem a ele preside, possam ser introduzidos na base de motivações transparentes e convincentes*» (NAPOLITANO, 2010, p. 14). Falar de democracia é, neste contexto, falar de legitimação de uma reforma institucional sentida como necessária quase desde o início de vigência da Constituição italiana de 1948. Zagrebelsky, por seu turno, defende «*a tese de que a democracia não é apenas um hábito exterior de regras, mas é também uma atitude interior que dá corpo às instituições; de que não existe democracia sem um ethos conforme e difuso; de que o esqueleto, feito de regras, é importante mas não suficiente; de que a mais democrática das constituições está destinada a morrer, se não for animada da energia que compete aos cidadãos transmitir-lhe*» (ZAGREBELSKY, 2010, p. 54).

O que o referendo italiano sobre a revisão constitucional demonstra é, afinal, a indefinição sobre a própria noção de democracia. O referendo serviu para rejeitar, para já, uma certa visão de democracia, mas permanece a indefinição sobre qual deva ser o seu sentido atual na vida política italiana. A questão consiste em saber se esse sentido pode ou deve ser apurado através de um referendo.

3. A desagregação da democracia e a necessidade de revitalização da representação política

A partir das considerações anteriores, é possível falar de um fenómeno da desagregação da democracia, que reveste as seguintes manifestações: (i) a identificação da democracia com a afirmação dos direitos dos cidadãos através dos tribunais, em detrimento da escolha dos representantes políticos; (ii) em sentido contrário, a identificação da democracia com as eleições, ao mesmo tempo que se restringem os direitos e liberdades; (iii) o desenvolvimento de mecanismos de democracia direta e outros instrumentos de participação que exprimem uma desconfiança crescente dos cidadãos em relação ao funcionamento da democracia representativa. Está aqui em causa o afastamento entre os dois «*circuitos decisórios*», na expressão de Tania Groppi há pouco referida, regulados na Constituição: a justiça e a política. No primeiro caso, é impossível deixar de notar como um recuo da participação política coincide com o desenvolvimento do ativismo judicial; no segundo caso, pelo contrário, o que releva é a utilização das eleições para o estabelecimento de projetos políticos contrários ao Estado de Direito e uma das questões suscitadas por esses projetos consiste precisamente em saber em que medida poderão os tribunais atuar como travões ao seu desenvolvimento.

A estas manifestações pode ainda acrescentar-se uma outra: (iv) a dissociação entre a democracia e os vínculos comunitários de pertença dos cidadãos, como as nações, que pode ocorrer de duas maneiras: através da desnacionalização do conceito de cidadania e a sua estruturação sobre a qualidade de ser pessoa e titular de direitos (COLLIOT-THÉLÈNE, 2011, pp. 21 & 173 *et seq.*); em sentido contrário, através da ideia de que apenas se integram na nação certos grupos sociais, definidos pela etnia, pela cultura ou até pela classe social. Neste último caso, estamos perante a deriva populista que toma a parte pelo todo; no primeiro, perante a ilusão de que é possível superar por completo o carácter exclusivo da pertença a uma comunidade política.

Não se desconhece que a crise é, em certa medida, inerente à própria vivência da democracia (ZAGREBELSKY, 2010, p. 40), mas o que está em causa é especificamente a crise da dimensão representativa da democracia. Com efeito, a manifestação da desagregação da democracia que se prende com a introdução de mecanismos corretivos da democracia representativa, com aquilo que é percecionado como a necessidade de contrariar o afastamento dos representantes em relação aos seus representados, pode ser resumida na afirmação de que «*no regime representativo a democracia está sempre em falta*» (D. ROUSSEAU, 2015, p. 27).

A crise da democracia representativa tem sido explorada e desenvolvida por múltiplos autores. Pierre Rosanvallon distingue, neste contexto, dois tipos de experiência democrática: o funcionamento e os problemas das instituições eleitorais representativas, por um lado, e, por outro lado, os contrapoderes sociais informais e as instituições «*destinadas a compensar a erosão da confiança por uma organização da desconfiança*» (ROSANVALLON, 2006, p. 11).

O projeto de Pierre Rosanvallon consiste em estudar o alargamento da vida das democracias «*cada vez mais para além da esfera eleitoral-representativa*», estendendo-se a muitas outras maneiras «*ao mesmo tempo concorrentes e complementares da consagração pelas urnas, de se ser reconhecido como democraticamente legítimo*» (ROSANVALLON, 2008, p. 19). No seu modo de ver, todavia, essas outras maneiras não chegam a pôr em causa a ideia de soberania popular, mas apenas a sua visão monista, esteja ela centrada num «*corpo social tendo a sua consistência intrínseca*», ou num espaço de comunicação, concebido na linha de um «*patriotismo constitucional*», como pretenderia Habermas. Em vez disso, haveria que admitir a existência de diversas maneiras de agir ou falar «*em nome do corpo social*» e de «*ser representativo*» (ROSANVALLON, 2008, pp. 20-1).

A grande questão consiste, todavia, em saber se a introdução de medidas «*destinadas a compensar a erosão da confiança por uma organização da desconfiança*», na expressão de Pierre Rosanvallon já anteriormente citada, não terá um efeito sobretudo negativo. Por outras palavras, há que admitir a hipótese de a instituição de uma «*contrademocracia*» ter um efeito essencialmente destrutivo da democracia representativa, sem ganhos significativos na perspetiva da instituição de um novo regime democrático.

Ainda que a ideia de «*contrademocracia*» possa ser válida como descrição do atual estado de coisas que se vive nas democracias ocidentais

modernas (ideia que encontra, aliás, um paralelo evidente em outros conceitos, como o de «*democracia de monitorização*», desenvolvido por KEANE, 2009, pp. xxii *et seq.*, & 585 *et seq.*), essa é a descrição de democracias sem linha de rumo. A demonstração de que essas democracias não mais sustentam uma visão monista da soberania – isto é, a ideia de que não só os órgãos constitucionais atuam em nome do corpo social, mas este admite uma pluralidade de expressões –, não é, em si mesma, um argumento contra tal visão monista. É apenas um sinal do enfraquecimento da soberania e da comunidade política de que a mesma constitui expressão. Na verdade, a ideia de «*contrademocracia*» pode ser comparada a um «*contrafogo*»: trata-se de combater o fogo com o fogo, mas o propósito é extinguir o incêndio. Ao combater o distanciamento entre governantes e governados que caracteriza a democracia representativa através de instrumentos de democracia participativa é a própria consistência do projeto democrático que fica em jogo.

O que está em causa é, em última análise, o conceito de representação política e a incapacidade de distinguir no seu seio entre as realidades a que Ernst-Wolfgang Böckenförde chama representação formal e representação material. A primeira designa «*o nexa de legitimação e imputação entre a atuação dos órgãos de direção e o povo: os órgãos de direção atuam representativamente em nome do povo e como povo; têm a força de vincular o povo através da sua atuação*» (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 391). A representação em sentido material, por seu turno, é aquela através da qual os representantes atualizam e manifestam os conteúdos da vontade do povo, que assim se revê na sua atuação. Já não está apenas em causa a competência dos representantes para obrigar externamente os representados, mas a sua «*capacidade para gerar aceitação e uma disposição de seguimento*». Ora, apenas com o alargamento do conceito, de modo a abranger a dimensão material mencionada, se torna possível compreender que a representação não se limita a exprimir algo já dado, mas antes consiste num «*processo político-espiritual*» (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 392). Outra forma de exprimir esta mesma ideia consiste em afirmar que a representação implica duas versões do «*povo*»: o povo que os representantes fazem aparecer e o povo que faz desaparecer os representantes. Isto significa que «*o funcionamento da democracia representativa depende de políticos capazes de oferecer diferentes visões do povo ao povo, de modo a que os votantes sejam capazes de escolher aquela que preferem*» (VIEIRA & RUNCIMAN, 2008, pp. 140-1).

A representação produz-se através de uma atuação dos representantes que implique os diversos interesses e necessidades em presença e, ao mesmo tempo, articule aquilo que os representados sentem como vinculante para todos na ordenação da sua vida em comum. A representação surge como um processo de mediação em direção ao geral e só ela permite alcançar a *volonté générale* dos cidadãos, por oposição à mera *volonté de tous*. Quer isto dizer, nas palavras de Böckenförde, que «a representação democrática pode lograr-se, pode consolidar-se, mas pode também diluir-se e desintegrar-se» (BÖCKENFÖRDE, 1991, pp. 397-98). Por outras palavras, para Böckenförde a dissociação entre vontade geral e vontade de todos – a primeira entendida como conceito normativo e a segunda como mera realidade empírica – permanece uma possibilidade na democracia representativa, ao contrário do que sucede na conceção identitária da democracia defendida por Carl Schmitt (SCHMITT, 2010, pp. 234 *et seq.*). Precisamente porque permanece uma possibilidade de dissociação entre vontade geral e vontade de todos é que a própria articulação do povo surge como uma tarefa a ser realizada no âmbito do processo aberto da representação, em vez de surgir como uma realidade dada previamente ao processo político e fixada numa determinada comunidade de raça ou língua. Ora, aquela tarefa, por sua vez, apenas pode ser levada a cabo através da atuação autónoma dos membros do parlamento no contexto do mandato livre (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 400). A representação em sentido material pressupõe a negação do mandato imperativo, bem afirmada no artigo 152.º, n.º 2, da nossa Constituição.

Não é uma simples coincidência histórica que o momento histórico em que se dá a desincorporação do poder, com o afastamento do príncipe, é também o momento histórico em que, através do pensamento de autores como Paine, Madison e Sieyes, se torna possível pensar a representação como assente na participação dos indivíduos, sem dúvida, mas visando representá-los não como simples indivíduos e sim como membros do Estado como um todo (VIEIRA & RUNCIMAN, 2008, p. 44).

Aquilo que a tese da desagregação da democracia verdadeiramente significa é a diluição e desintegração da democracia representativa em resultado da incapacidade de articulação da vontade geral a partir da expressão da vontade de todos. Dito de outro modo, a desagregação da democracia decorre em boa medida da incapacidade de descortinar, para além da representação formal, através da qual os órgãos políticos vinculam o povo, a representação material, através da qual lhe constroem a identidade e a razão de ser como comunidade política. Repare-se que

nesta dimensão material a representação não é apenas construída pelos representantes, mas também por todos os membros da comunidade política. São muitas e conhecidas as razões da mencionada incapacidade – a indiferença dos cidadãos, o desinteresse das elites pela coisa pública e o seu envolvimento na vida económica e financeira, a indiferenciação dos partidos políticos que aceitam os princípios do Estado de direito, o clientelismo e eleitoralismo da classe política, etc. –, mas a causa que verdadeiramente interessa aqui salientar consiste muito simplesmente na «*labilidade da democracia*» enquanto traço da sua própria natureza e na dependência de um regime democrático de recursos que nele possam ser mobilizados tendo em vista o desenvolvimento de uma cultura política robusta (BÖCKENFÖRDE, 1991, pp. 404-5).

Uma cultura política democrática robusta é uma cultura política que se mobiliza para assegurar que o lugar do poder, em vez de permanecer um vazio (LEFORT, 1986, pp. 292 *et seq.*; HABERMAS, 1992, p. 452) é preenchido por um processo político-espiritual correspondente ao fim e cabo à representação política e, ao mesmo tempo, para impedir que o mesmo seja ocupado por uma qualquer identidade prefixada. A democracia não pode prescindir do povo e da nação, ainda que deva repudiar a sua construção identitária]. Substituir no lugar do poder uma pessoa por um processo não é tarefa, porém, que se afigure fácil. Na verdade trata-se de uma tarefa que apenas foi possível, no contexto europeu, pela lenta maturação do conceito de representação política ao longo de todo o período medieval. Foi no âmbito dessa evolução que se tornou possível pensar os parlamentos já não como órgãos de representação do poder real perante o povo, mas como órgãos de representação do povo perante o rei e, posteriormente, órgãos a cujos membros cabia a tarefa de articular a comunidade política (VIEIRA & RUNCIMAN, 2008, pp. 10-28). Sem dúvida que no termo desta evolução a responsabilidade que pesa sobre os ombros dos representantes, e também dos seus representados, se torna consideravelmente maior, mas é duvidoso que a incapacidade que estes parecem atualmente mostrar de se desonerar dela não ponha em risco a própria democracia. A democracia não pode sustentar-se no voto isolado dos cidadãos sobre questões concretas, mas necessita de uma «*temporalidade ininterrupta*» que apenas lhe é conferida pela representação política (URBINATI, 2009, p. 68) e que é também a condição essencial de qualquer princípio de justiça entre gerações.

4. O problema de Rousseau

O problema anteriormente identificado, isto é, o problema que consiste em articular democracia e representação é, na realidade, o problema de Rousseau. Mas é-o apenas com uma precisão complementar, decorrente de dizermos «vontade popular», em vez de «democracia». Tem sido notada a tensão que existe nos seus escritos entre a ideia de autolegislação do povo e a rejeição da representação na articulação do poder legislativo, por um lado, e, por outro lado, o reconhecimento do carácter necessariamente representativo do governo.

Assim, enquanto «*o poder legislativo pertence ao povo, e não pode pertencer senão a ele*», o «*poder executivo não pode pertencer à generalidade enquanto legisladora ou soberana; porque este poder não consiste senão em atos particulares que não competem à lei, nem consequentemente ao soberano, cujos atos, todos eles, não podem ser senão leis*» (J.-J. ROUSSEAU, 1992a, p. 264). Segundo Rousseau, «*não sendo a lei senão a declaração da vontade geral, é claro que, no poder legislativo, o povo não pode ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que não é senão a força aplicada à lei*» (J.-J. ROUSSEAU, 1992a, p. 299).

A crítica da representação política vale, pois, em relação ao poder legislativo, mas já não tem razão de ser em face do executivo. É em relação àquele, com efeito, que vale a conhecida afirmação de que «*a soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; e consiste essencialmente na vontade geral, que em caso algum se representa; a vontade é a mesma, ou é outra; não há meio-termo*» (J.-J. ROUSSEAU, 1992a, p. 298). O contexto desta afirmação demonstra, todavia, que o exercício do poder legislativo do povo não prescinde, segundo Rousseau, de deputados; apenas sucede que os mesmos não podem ser considerados representantes do povo, mas seus comissários, que «*não podem concluir nada definitivamente*». Rousseau rejeita assim a ideia moderna de representação, de origem feudal, com base na qual os deputados do povo atuam em vez deste, para recuperar a visão clássica da democracia direta. Neste contexto, afirma não ver que «*seja doravante possível ao soberano conservar entre nós o exercício dos seus direitos se a cidade não for muito pequena*» (J.-J. ROUSSEAU, 1992a, p. 300). Como afirma noutra ocasião, «*um dos grandes inconvenientes dos grandes Estados, aquele de entre todos que mais dificulta a conservação da*

liberdade, é que o poder legislativo não se pode aí mostrar a si próprio, e apenas pode agir por deputação» (J.-J. ROUSSEAU, 1992b, P. 434).

Neste contexto, o grande problema consiste em saber como articular o poder legislativo sem recorrer à representação moderna. Para Rousseau, o povo não governa, isto é, não exerce o poder executivo, mas em rigor também não legisla. Na realidade, uma das raízes da tirania consiste em reunir «*sobre as mesmas cabeças a autoridade legislativa e o poder soberano*». Deste modo, «*aquele que redige as leis não tem assim, ou não deve ter, qualquer direito legislativo, e o próprio povo não pode, mesmo que quisesse, despojar-se desse direito incomunicável, uma vez que segundo o pacto fundamental só a vontade geral obriga os particulares, e não se pode jamais assegurar que uma vontade particular é conforme com a vontade geral senão depois de a ter submetido aos sufrágios livres do povo*» (J.-J. ROUSSEAU, 1992, p. 250). Para além disso, importa distinguir no seio do poder legislativo o requisito de unanimidade exigido para a instituição do pacto social e a exigência de maioria para todas as demais deliberações: «*fora deste contrato primitivo, a voz do maior número obriga sempre todas as outras*». Na verdade, «*quanto mais as deliberações são importantes e graves, mais o sufrágio que a sustenta se deve aproximar da unanimidade*» e «*quanto mais o assunto suscitado exige celeridade, mais se deve estreitar a diferença prescrita na partilha dos sufrágios: nas deliberações que é necessário terminar imediatamente o excedente de uma só voz deve ser suficiente*» (J.-J. ROUSSEAU, 1992a, pp. 309 & 311; & 1992b, pp. 452-3). A vontade popular conduz em Rousseau a uma visão da democracia como essencialmente composta de uma série contínua de decisões isoladas, enquanto manifestação de uma «*soberania pontilhista*» (URBINATI, 2009, p. 65).

Não é claro o sentido útil que podem ter estas considerações em relação às instituições das modernas democracias representativas. Poderá ver-se aí uma referência ao poder constituinte como fonte de toda a autoridade política legítima (ZWEIG, 1909, pp. 83-5; COLLIOT-THÉLÈNE, 2001, p. 68). É duvidoso, todavia, que se possa encontrar no plano institucional a relevância de Rousseau para a democracia moderna. Na verdade, importa reconhecer a existência no pensamento político de Rousseau de uma distinção «*entre o plano da metapolítica, que trata do fundamento do poder legítimo, e um plano pragmático, mais próximo daquilo que usualmente se espera de uma teoria política*» (COLLIOT-THÉLÈNE, 2011, p. 72). De resto, a confusão, deliberada ou não, instalada por Rousseau entre os dois planos mencionados teve um efeito persistente na cultura

política ocidental que consiste em fazer da abolição da distinção entre dominantes e dominados um objetivo político, todavia desmentido na vida das comunidades políticas e, ao mesmo tempo, da democracia uma ideia regulativa, porém inalcançável na prática. Na verdade, com Rousseau a democracia torna-se um modelo crítico de todas as formas de governo, a começar pelo governo representativo, mas também um modelo em larga medida irrealizável. É, em grande medida, por causa de Rousseau que hoje se pode chegar a afirmar que o lugar do poder deve permanecer vazio. A crítica da representação que desenvolveu não resulta, todavia, tanto da sua oposição à democracia, quanto da respetiva incompatibilidade com a ideia moderna de soberania, identificada com a vontade popular (URBINATI, 2009, p. 19). É o caráter absoluto com base no qual continua a pensar a soberania que leva à rejeição da representação política no pensamento de Rousseau.

5. Rejeição do dualismo democrático como chave de compreensão do poder de revisão constitucional

Mas poderá afirmar-se que nas condições dos Estados modernos o ideal de Rousseau pode apenas ser aproximado através dos referendos constitucionais, com o reconhecimento inerente que os mesmos não podem consistir numa modalidade comum de tomada de decisões políticas, mas asseguram a presença da vontade popular nos grandes momentos constitucionais? A conceção que encara a democracia moderna como um compromisso entre representação e participação, a primeira funcionando para as decisões «*normais*» do governo e a segunda orientada para as grandes decisões políticas, agrava o fenómeno da desagregação da democracia e não é, de modo algum, apropriada para o mundo moderno. Tal conceção não fornece a melhor leitura do desenvolvimento do pensamento democrático constitucional e não deve, por isso, ser pensada como o fundamento da revisão constitucional.

A conceção aqui criticada foi, como já anteriormente afirmei, defendida com maior profundidade, no plano da história das ideias políticas, por Richard Tuck e, no plano do direito constitucional, por Akhil Reed Amar e Bruce Ackerman. O pensamento de todos estes autores caracteriza-se por uma afirmação do princípio democrático que se basta a si própria, sem uma necessária articulação com os princípios constitucionais do Estado de direito e da defesa dos direitos. O primeiro deles procura fazer remontar a Rousseau a ideia de um soberano referendário, isto é, a ideia de que só

ao povo soberano cabe decidir as questões políticas fundamentais, entre as quais se inclui certamente a revisão da constituição. E o modo como Tuck alcança essa conclusão baseia-se na tese de que Rousseau teria construído uma teoria política que «*equivale à teoria de Hobbes com uma inconsistência removida, mais do que a uma teoria que se encontra em oposição fundamental com a de Hobbes*» (TUCK, 2015, p. 141).

Na avaliação da tese de Tuck deixemos de lado as próprias palavras e intenção de Rousseau, que certamente revelam uma oposição expressa em relação ao pensamento de Hobbes (J.-J. ROUSSEAU, 1971, p. 189; IDEM, «Lettre à M. le Marquis de Mirabeau», de 26 de julho de 1767, in VAUGHAN, 1962, p. 161). Deixemos igualmente de lado a bizarraria que consiste em atribuir a um pensador da envergadura de Rousseau uma teoria política que se mostra essencialmente apendicular do pensamento político de Hobbes. Centremo-nos, antes, na substância da tese que pretende ver em Rousseau um defensor da ideia do «*soberano adormecido*», expressão retirada do Cap. VII do *De Cive* de Hobbes (HOBBS, 1998, pp. 98-100; TUCK, 2015, p. 87).

Como aspeto central da sua tese, Tuck parte da distinção entre soberania e governo, cujas origens e evolução traça desde Jean Bodin. A partir daqui defende essencialmente, antes de mais, que a negação da representação política levada a cabo por Rousseau é «*apenas o correlato da distinção entre soberano e governo, pois a essência dessa distinção é que o governo não pode representar o soberano enquanto soberano*», embora possa atuar como «*agente do soberano em várias áreas específicas*» (TUCK, 2015, p. 138). Rousseau opor-se-ia apenas à ideia de que o soberano pudesse ser representado por deputados eleitos, mas já não à ideia de que os indivíduos são representados pelo soberano, ou seja, à ideia de que é «*a coleção das representações individuais que faz a vontade do soberano geral no seu caráter*» (TUCK, 2015, p. 137). Não haveria quanto a este ponto qualquer divergência relevante em relação ao pensamento de Hobbes.

Em segundo lugar, e aqui residiria a divergência em relação a Hobbes, Tuck sustenta que Rousseau «*não acreditava que a legislatura soberana pudesse transferir ou alienar a sua soberania para outra pessoa ou assembleia, e Hobbes acreditava – aqui residia a base do seu próprio realismo*» (TUCK, 2015, p. 139). Ora, esta alienação pressuporia a própria dissolução do soberano que assim, todavia, deixaria de representar os cidadãos no momento anterior à própria transferência do seu poder. Assim, não seria possível uma transferência do poder de uma democra-

cia para uma monarquia (TUCK, 2015, p. 140). Apesar de a assembleia legislativa soberana não poder transmitir o seu poder para o monarca, não está inibida de se fazer representar no que diz respeito ao exercício do poder executivo. Assim, retomando a distinção entre soberano e governo, seria possível considerar que, para Rousseau, o soberano reserva para si a legislação sobre as questões fundamentais, deixando as menos relevantes para os seus agentes, isto é, o governo. E esta seria a própria essência da democracia moderna.

Sucede que esta leitura do pensamento de Rousseau não pode ser aceite. Para Rousseau, o soberano não pode ser representado, tal como para Hobbes o soberano é necessariamente o produto da representação. Não existe, além disso, nenhum sentido útil na afirmação de que a vontade geral representa os indivíduos. No pensamento de Hobbes a representação transforma uma multidão em um povo – e daí Hobbes afirmar que nas monarquias o Rei é o povo (HOBBS, 1998, p. 137) –, o que não sucede com a transformação da vontade de todos na vontade geral (J.-J. ROUSSEAU, 1992a, p. 238). Não está aqui em causa nenhum processo de representação, mas a transmutação, levada a cabo pelo pacto social, do povo real em soberano, que tem o seu correlato na transmutação do indivíduo natural em ser moral (COLLIOT-THÉLÈNE, 2011, p. 70). Rousseau não é, pois, o fundador da democracia moderna porque combinou a representação com a participação popular através do referendo, mas porque fez da democracia um ideal que interpela as comunidades políticas efetivamente existentes.

Finalmente, a distinção entre soberano e governo, cujas origens e evolução Tuck traça com esmero, encontra na verdade o seu culminar, mas também a sua exaustão, no pensamento de Rousseau. Na verdade, Rousseau demonstra a impossibilidade de materializar o soberano: quaisquer tentativas de o fazer são duvidosamente compatíveis com os princípios constitucionais, ou acabam por se concretizar através de instrumentos representativos. Não é simplesmente possível pensar a expressão da soberania através da presença permanente do povo, mas isso não significa que Rousseau tivesse em mente a sua presença intermitente, através do referendo. Na verdade, o meio que encontrou para minorar os males da inelutabilidade da representação em Estados de grandes dimensões foi a instituição do mandato imperativo (DERATHÉ, 1992, pp. 277-280).

A visão das origens filosóficas da democracia moderna proposta por Richard Tuck revela ser uma combinação desastrosa do pensamento de Hobbes e de Rousseau, que na verdade oculta aquilo com que de mais

importante cada um dos autores contribuiu para a política moderna: no caso de Hobbes, a ideia de representação política, à margem da qual não existe sequer o povo enquanto conceito político significativo, mas apenas a multidão; no caso de Rousseau, a ideia de que a legitimidade de qualquer regime político depende da sua aproximação ao ideal político da autolegislação de um povo. A verdade é que outros autores parecem ter contribuído de forma bem mais decisiva para as origens da democracia moderna, como por exemplo Thomas Paine (cf. LAMB, 2015, pp. 78 *et seq.*). O interesse do contraste entre Hobbes e Rousseau decorre de o primeiro pôr o soberano no culminar do processo de constituição da comunidade política, através da representação, enquanto o segundo o põe logo no início desse mesmo processo, sobre o qual fica depois a pairar como um ideal, ou uma ideia reguladora. É, aliás, este movimento que justifica que a leitura de Rousseau tenha conseguido interromper, segundo reza a lenda, os hábitos pedonais de Kant (CASSIRER, 1991, p. 31).

O resultado fundamental das escavações históricas de Richard Tuck consiste em defender que o governo em funções não se pode arrogar a soberania do povo, podendo este chamar a si em qualquer momento o exercício do poder constituinte sem observância das regras previstas na constituição para a respetiva revisão. Trata-se, na verdade, da defesa de uma desagregação entre democracia e representação, que alguns constitucionalistas americanos têm também defendido, como anteriormente mencionei. Com efeito, essa desagregação abre a porta a um convívio perigoso entre democracia identitária e democracia representativa, do qual em última análise são os próprios princípios do Estado de direito que saem a perder. (ACKERMAN, 2010, pp. 181 *et seq.*; TIERNEY, 2009, pp. 360 *et seq.*; TIERNEY, 2014, pp. 19 *et seq.*; BRITO, 2015, pp. 93-6). Um dos episódios dessa desagregação ainda em curso consiste, como é bem sabido, no designado *Brexit*, isto é, no referendo através do qual o Reino Unido decidiu, em 23 de junho de 2016, sair da União Europeia, dando assim início ao processo previsto no artigo 50.º do Tratado da União Europeia. A questão deste referendo não é verdadeiramente a de saber se o mesmo pode, ou não, ser considerado legítimo, mas a de saber que democracia o mesmo se destina a realizar (TIERNEY, 2016). E esta última permanece, em larga medida, por responder. O problema não reside tanto na resposta dada pelo povo, quanto na intenção de quem formulou a pergunta.

Enquanto Rousseau defendia que a soberania não é passível de representação, os modernos críticos da representação pretendem desconstruir

a ideia de soberania, afirmando que o ideal democrático se exprime de múltiplas formas, para além da representação parlamentar. Nesta desconstrução corre-se todavia o risco de se perder de vista a ideia de democracia como governo do povo, confundindo-a com o governo para o povo ou, pior ainda, por meio do povo (advertindo para a necessidade de ter presentes estas distinções, cf. ZAGREBELSKY, 2010, pp. 4-25; KELSEN, 2006, pp. 250 *et seq.*).

Bibliografia referenciada

- ACKERMAN, 1998. Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press
- ACKERMAN, 2010. Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge, Mass.: The Belknap of Harvard University Press
- AMAR, 1988. Akhil Reed Amar, “Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V”, *The University of Chicago Law Review*, 55 (1988), pp. 1043-1104
- AMAR, 1995. Akhil Reed Amar, “Popular Sovereignty and Constitutional Amendment”, in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, ed. Sanford Levison, Princeton: Princeton University Press, pp. 89-115
- AZZARITI, 2016. Gaetano Azzariti, “La Riforma Costituzionale in Sintesi”, in *Democrazia e Costituzione: Perché Dire No alla Riforma Boschi e Costruire una Politica Costituzionale*, ed. Stefano Rodotà, Roma: Castelvecchi, pp. 49-55
- BÖCKENFÖRDE, 1991. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion”, in *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt: Suhrkamp, pp. 379-405
- BOSCHI, 2016. Maria Elena Boschi, “Prefazione”, in *Perché Sì: Le Ragioni della Riforma Costituzionale*, Bari & Roma: Laterza, pp. v-viii
- BRITO, 2013. Miguel Nogueira de Brito, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, Lisboa: s/ed.
- BRITO, 2015. Miguel Nogueira de Brito, “Schmitt’s Spectre and Kelsen’s Promise: The Polemics on the Guardian of the Constitution”, in *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, ed. Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre & Steven D. Smith, Cham: Springer, pp. 89-104
- CASSIRER, 1991. Ernst Cassirer, *Rousseau, Kant, Goethe: Deux Essais*, trad., Paris: Éditions Belin
- COLLIOT-THÉLÈNE, 2011. Catherine Colliot-Thélène, *La Démocratie Sans «Demos»*, Paris: Presses Universitaires de France
- CORTÉS, 1973. Donoso Cortés, *Ensayo sobre el Catolicismo, el Liberalismo y el Socialismo [1851]*, Madrid Espasa-Calpe

- D'AMICO, 2016. Marilisa D'Amico, "Perché... Non Toca i Principi della Prima Parte della Costituzione, ma anzi li Valorizza", in *Perché Sì: Le Ragioni della Riforma Costituzionale*, Bari & Roma: Laterza, pp. 91-98
- DERATHÉ, 1992. Robert Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la Science Politique de son Temps*, 2.^a ed., Paris: Vrin
- FROSINI, 2016. Tommaso Edoardo Frosini, "Perché... Potenzia gli Strumenti di Partecipazione Popolare", in *Perché Sì: Le Ragioni della Riforma Costituzionale*, Bari & Roma: Laterza, pp. 67-73
- FUSARO, 2016a. Carlo Fusaro, "Perché... Fá quello che i Partiti Promettono da Trent'Anni senza Esserci fin qui Riusciti", in *Perché Sì: Le Ragioni della Riforma Costituzionale*, Bari & Roma: Laterza, pp. 3-12
- FUSARO, 2016b. Carlo Fusaro, "Le Ragioni di una Riforma", in *Aggiornare la Costituzione: Storia e Ragioni di una Riforma*, ed. Guido Crainz & Carlo Fusaro, Roma: Donzelli Editore, pp. 47-137
- GROPPI, 2016. Tania Groppi, "Perché... Amplia le Garanzie Democratiche", in *Perché Sì: Le Ragioni della Riforma Costituzionale*, Bari & Roma: Laterza, pp. 75-82
- HABERMAS, 1992. Jürgen Habermas, "Further Reflections on the Public Sphere", in *Habermas and the Public Sphere*, ed. Craig Calhoun, Cambridge, Mass.: The MIT Press, pp. 421-461
- HOBBS, 1998. Thomas Hobbes, *On the Citizen [De Cive: 1642]*, trad. Richard Tuck & Michael Silverthorne, Cambridge: Cambridge University Press
- JUDIS, 2016. John B. Judis, *The Populist Explosion: How the Great Recession Transformed American and European Politics*, Nova Iorque: Columbia Global Reports
- KEANE, 2009. John Keane, *The Life and Death of Democracy*, Nova Iorque & Londres: W. W. Norton & Company
- KELSEN, 2006. Hans Kelsen, "Foundations of Democracy (1955)", in *Verteidigung der Demokratie*, ed. Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 248-385
- LABRUNA, 2016. Luigi Labruna, *Sì? No? Noterelle di un Giurista su Riforma Costituzionale e Referendum*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane
- LAMB, 2015. Robert Lamb, *Thomas Paine and the Idea of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press
- LEFORT, 1986. Claude Lefort, "Permanence du Théologico-Politique?", in *Essais sur le Politique: XIXe-XXe Siècles*, Paris: Éditions du Seuil, pp. 275-329
- MAIR, 2013. Peter Mair, *Ruling the Void: The Hollowing of Democracy*, London & New York: Verso
- MANGIA, 2016. Alessandro Mangia, in *Oltre il Sì e il No: Dialogo sulle Riforme*, ed. Alessandro Mangia & Andrea Morrone, Napoles: Editoriale Scientifica
- MORRONE, 2016. Andrea Morrone, in *Oltre il Sì e il No: Dialogo sulle Riforme*, ed. Alessandro Mangia & Andrea Morrone, Napoles: Editoriale Scientifica
- MÜLLER, 2016. Jan-Werner Müller, *What Is Populism?*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, Philadelphia

- NAPOLITANO, 2010. Giorgio Napolitano, “L’Esercizio della Democrazia: Lezione del Presidente della Repubblica”, in *L’Esercizio della Democrazia*, ed. Giorgio Napolitano & Gustavo Zagrebelsky, Turim: Codice, pp. 3-22
- ONIDA, 2016. Valerio Onida, in *Perché È Saggio Dire No: La Vera Storia di una Riforma que Ha “Cambiato Verso”*, ed. Valerio Onida & Gaetano Quagliariello, Soveria Mannelli: Rubbettino
- PASQUINO, 1998. Pasquale Pasquino, *Sieyes et l’Invention de la Constitution en France*, Paris: Éditions Odile Jacob
- PERTICI, 2016. Andrea Pertici, *La Costituzione Spezzata. Su Cosa Voteremo con il Referendum Costituzionale*, Torino: Lindau
- RAWLS, 1993. John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Carlos Pinto Correia, Lisboa: Editorial Presença
- ROSANVALLON, 2006. Pierre Rosanvallon, *La Contre-Démocratie: La Politique à l’Âge de la Défiance*, Paris: Éditions du Seuil
- ROSANVALLON, 2008. Pierre Rosanvallon, *La Légitimité Démocratique: Impartialité, Réflexivité, Proximité*, Paris: Éditions du Seuil
- D. ROUSSEAU, 2015. Dominique Rousseau, *Radicaliser la Démocratie: Propositions pour une Refondation*, Paris: Éditions du Seuil
- J.-J. ROUSSEAU, 1971. Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l’Origine et les Fondements de l’Inégalité parmi les Hommes*, Paris: Garnier-Flammarion
- J.-J. ROUSSEAU, 1992a. Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, in *Écrits Politiques*, ed. Gérard Mairet, Paris: Librairie Générale Française, pp. 215-340
- J.-J. ROUSSEAU, 1992b. Jean-Jacques Rousseau, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, in *Écrits Politiques*, ed. Gérard Mairet, Paris: Librairie Générale Française, pp. 425-466
- RUBECHI, 2016. Massimo Rubechi, “Il Percorso della Riforma”, in *Perché Sì: Le Ragioni della Riforma Costituzionale*, Bari & Roma: Laterza, pp. ix-xix.
- SCHMITT, 1996. Carl Schmitt, *Donoso Cortés Interpretato in una Prospettiva Paneuropea*, trad. Petra dal Santo, Milão: Adelphi Edizioni
- SCHMITT, 2010. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 10.^a edição, Berlim: Duncker & Humblot
- TIERNEY, 2009. Stephen Tierney, “Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry”, *The Modern Law Review*, 72 (2009), pp. 360-83
- TIERNEY, 2014. Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford: Oxford University Press
- TIERNEY, 2016. Stephen Tierney, “Was the Brexit Referendum Democratic?”, disponível em <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/25/stephen-tierney-was-the-brexit-referendum-democratic/>, ultimo acesso em 30 de janeiro de 2017
- TUCK, 2015. Richard Tuck, *The Sleeping Sovereign: The Invention of Modern Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press
- URBINATI, 2009. Nadia Urbinati, *Lo Scettro Senza il Re: Partecipazione e Rappresentanza nelle Democrazie Moderne*, Roma: Donzelli Editore

- VAUGHAN, 1962. C. E. Vaughan (ed.), *The Political Writings of Jean Jacques Rousseau*, vol. II, Oxford: Basil Blackwell
- VIEIRA & RUNCIMAN, 2008. Mónica Brito Vieira & David Runciman, *Representation*, Cambridge: Polity Press
- ZAGREBELSKY, 2010. Gustavo Zagrebelsky, “L’Esercizio della Democrazia: Lezione del Presidente di Biennale Democrazia”, in *L’Esercizio della Democrazia*, ed. Giorgio Napolitano & Gustavo Zagrebelsky, Turin: Codice, pp. 23-54
- ZAGREBELSKY & PALLANTE, 2016. Gustavo Zagrebelsky & Francesco Pallante, *Loro Diranno, Noi Diciamo: Vademecum sulle Riforme Istituzionali*, Bari & Roma: Laterza
- ZAKARIA, 2007. Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York & London: W. W. Norton & Company
- ZWEIG, 1909. Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

A Tutela Constitucional das Gerações Futuras: Profilaxia Jurídica ou Saudades do Futuro?

CATARINA SANTOS BOTELHO*

“On sent si bien, en voyant se bander pour le souvenir le regard fatigué de tant d’adaptation à des temps si différents, souvent si lointains, le regard rouillé des vieillards, on sent si bien que sa trajectoire, traversant ‘l’ombre des fours’ vécus, va atterrir, à quelques pas devant eux, semble-t-il, en réalité à cinquante ou soixante ans en arrière.”

(MARCEL PROUST, *Pastiches et mélanges*, Gallimard, p. 224).

1. Introdução: confronto axiológico entre o passado, o presente e o futuro

Em grande medida, podemos afirmar que o tratamento dos direitos fundamentais é, amiúde, realizado através da sua perspetivação *espacial*. Segundo este entendimento, identificam-se os direitos fundamentais *lato sensu*, conceito este que inclui os direitos fundamentais consagrados na legislação internacional geral e regional, e os direitos fundamentais *stricto sensu*, catalogados nas constituições dos Estados.

Uma característica endógena do Direito é que o seu objeto tende a incidir sobre um *horizonte temporal algo limitado*: o passado próximo – nos termos em que a legislação é o resultado do estudo de uma realidade legislativa anterior que se pretende modificar ou a verificação da sua ausência – o presente e o futuro próximo (SPADARO, 2008, p. 74). Seja

* Licenciada (2004), Mestre (2009) e Doutora (2015) em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Professora Auxiliar na Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP. Investigadora do *Católica Research Center for the Future of Law*. Membro do Conselho de Coordenação da *Academic Network on the European Social Charter and Social Rights* (ANESC).

como for e em contraposição, na sua essência, o Direito é naturalmente “orientado para o futuro” (WOLFF, 2000, p. 297). Esta tendência já se verificava no Direito Romano, em que a *Urbs* era defendida para a *posteritas*, passando pelo Positivismo Ocidental, com todo o seu otimismo e crença no progresso científico e económico das sociedades, assim como pelo período que sucedeu à Revolução Industrial e que passou a perspetivar o Direito como instrumento de prevenção de todos os riscos associados a esse progresso (LUCIANI, 2008, p. 424).

A teoria de justiça rawlsiana, que se adequou bem às décadas de 50 e 60 do século passado, assentava na ideia de que cada geração seria melhor do que a anterior, até se atingir um estádio de otimização e de plenitude de “capital” (RAWLS, 1971, p. 256). Nas últimas décadas, porém, percebeu-se que vivemos numa “sociedade de risco”, ameaçada por uma miríade de riscos, desde o risco tecnológico, genético, ambiental, até ao risco da segurança e bem-estar dos indivíduos (BECK, 2007, p. 26). Em boa verdade, a atuação das gerações presentes poderá, propositada ou negligentemente, ter repercussões *irreversíveis* na livre fruição dos recursos por parte das gerações futuras (CASPAR, 2001, p. 103; DE RITA, 2008, p. 511; MAZZINA, 2008, p. 363). Basta pensar, por exemplo, nas consequências imprevisíveis dos progressos da genética contemporânea, ou nas opções quanto à política energética.

A noção de geração, relativamente enigmática, suscita problemas interdisciplinares, que ultrapassam em muito as nebulosas balizas do mundo jurídico e penetram em território limítrofe de considerações éticas, morais e filosóficas. Na segunda metade e finais do século xx, começaram a circular teses que faziam apelo à existência de expectativas jurídicas, vínculos jurídicos ou até mesmo de genuínos direitos subjetivos das gerações futuras, que careciam de reconhecimento e proteção expressa. A percepção da necessidade de tutela foi primeiramente elaborada em termos teóricos e reflexivos por correntes filosóficas e de opinião, que se foram posteriormente concretizando em processos de decisão política concretos (MAZZINA, 2008, p. 361).

Com efeito, no *mundo da Filosofia*, estas preocupações deram origem a importantes contribuições teóricas, tais como: (i) a sobejamente conhecida obra de John Rawls que aborda o problema da *justiça intergeracional*; (ii) as preocupações de *ética intergeracional* de Hans Jonas; (iii) ou as *teorias utilitaristas* de, v.g., Dieter Birnbacher (cf., respetivamente, RAWLS, 1971, JONAS, 1995, & BIRNBACHER, 1988. Desenvolvidamente, cf. MARTINS (2016), pp. 114-41. Para um estudo

muito interessante das perspectivas “comunitarista” e “libertarista”, cf. CAMPOS, 2015, pp. 125-28).

Se é verdade que estes novos desafios se têm colocado primeiramente num plano deontico, ético, moral ou filosófico, não será igualmente de surpreender que a noção de responsabilidade intergeracional se tente afastar desses domínios abstratos para algo mais perceptível. Em concreto, assistimos a uma tentativa de densificação normativa, não apenas no plano interno dos Estados, mas igualmente nos planos internacionais e europeus. Avista-se, assim, uma “qualidade global e aterritorial” palpável na configuração do Direito intergeracional (BIFULCO & D’ALOIA, 2008, p. XIII).

Na nossa perspectiva e num contexto das ciências constitucionais, será à *Teoria da Constituição* que caberá acolher esta nova realidade que se vem desenhando e aperfeiçoar os contornos esbatidos do conceito de “geração” (TREMMELE, 2006a, pp. 187-202; HÄBERLE, 2006, p. 223). Deparamo-nos com uma sociedade mais incerta, menos estável, que, tantas vezes, não tem grande margem de manobra para assegurar o bem-estar das gerações futuras, porquanto não consegue garantir sequer o bem-estar das gerações presentes (MARTINS, 2016, p. 374, nt. 1631).

Como seria de prever, vislumbramos novos conceitos que tentam entranhar-se no léxico jurídico, paulatinamente, e ainda sem grande densidade conceptual e normativa. Estes conceitos são atinentes à noção de direitos fundamentais num sentido *temporal e ontológico*, que não têm como destinatários exclusivos as gerações atuais, mas que procuram tutelar igualmente as gerações vindouras (SPADARO, 2008, p. 79). Como resulta transparente, a vida humana não é um momento temporal isolado, mas é uma perene continuidade, provém dos nossos ascendentes e transmite-se aos descendentes, não apenas num sentido biológico ou genético, mas também a todos aqueles que, de uma forma ou outra, serão influenciados pela marca da nossa existência. A existência humana não é um ato solitário, é outrossim relacional, vocacionada para o outro (BOTELHO, 2015, p. 362).

Esta vertente temporal perpassa todo o direito e é especialmente evidente no ramo do Direito Constitucional, porquanto abundam normas que possuem concomitantemente “identidade estática e dinâmica”, sendo a identidade *estática* todo o património histórico e de experiência herdados do passado e a identidade *dinâmica* aquilo que se almeja transmitir às gerações futuras (CASTANHEIRA NEVES, 2007, pp. 1-72; VAZ, 2015b, pp. 73-4; HÄBERLE, 2000, pp. 2-3). Num olhar *retrospectivo*, a Constituição

visa manter um núcleo essencial de características de organização do poder político e uma catalogação de direitos fundamentais, que deverão estar protegidos contra a atuação de todos os poderes jurídico-públicos, especialmente o poder legislativo. Num olhar *prospetivo*, a força normativa da Constituição estará umbilicalmente conexcionada com a capacidade de a mesma se adaptar à evolução da vivência constitucional. Esta readaptação às novas exigências da realidade constitucional poderá efetuar-se quer através de alterações formais do texto constitucional, quer através de mutações constitucionais, em que o sentido do texto é alterado sem que se proceda a uma revisão formal do texto constitucional (VAZ, 2015b, pp. 94-105).

Os progressos tecnológicos e científicos assumem uma espiral de tal modo evolutiva, de ritmo galopante, que tornam indeclinável a existência de um maior distanciamento entre o presente o futuro. Nestes termos, é já um lugar-comum o entendimento de que, nos dias de hoje, se valoriza muito (demasiado!) o tempo *presente*, limitadamente o “tempo *curto*”, e quase nada (ou mesmo nada) o “tempo *longo*” (para mais desenvolvimentos sobre a destrinça “tempo longo” e “tempo curto”, cf. GARCIA, 2007, pp. 289-91).

Perante este cenário, o desejável seria que os legisladores constituinte e ordinário assumissem uma missão de *actio in distans*, procurando concentrar os seus esforços normativos não apenas nos seus destinatários imediatos e previsíveis – a saber, os cidadãos de hoje de um determinado Estado – mas, igualmente, ‘naqueles’ que hão de vir, quer num futuro próximo, quer num futuro distante (BIRNBACHER, 2006, p. 29; SCHRÖDER, 2011, p. 328).

Como veremos, a possibilidade de atribuir direitos às gerações futuras divide radicalmente a doutrina, surgindo, como normalmente sucede, teses que bifurcam os argumentos e teses intermédias, que procuram estabelecer pontos de contacto entre uma rejeição absoluta e um acolhimento total de direitos às gerações futuras. Outra questão é a de saber, uma vez admitindo que as gerações futuras deverão ser tuteladas juridicamente, como as proteger? Nesta esteira, se alguma doutrina defende que a linguagem dos direitos “é o idioma apropriado” para dar um tratamento jurídico adequado a esta questão, outra doutrina nega, com veemência, a existência de “direitos” das gerações futuras (BRUHL, 2002, p. 398). No fundo, trata-se de averiguar se somos todos nós, *individualmente*, ou se somos todos enquanto *coletividade* (BOTELHO, 2015, p. 366). Nestes termos e mais recentemente, raiou na doutrina o conceito de “comunidade

transgeracional”, aderindo a uma abordagem comunitarista (THOMPSON, 2010, pp. 5-20).

2. Breve resenha acerca do reconhecimento normativo das gerações futuras

2.1. *Prudência legislativa*

Como iremos verificar, estamos ainda “muito longe da solidariedade entre gerações” (MIRANDA, 2010, p. 36). Num plano internacional, os direitos das gerações futuras parecem ter adquirido o estatuto de norma consuetudinária (FALK, 2000, p. 193. Há quem fale, inclusive, em “direitos do planeta”, que dizem respeito à proteção do ambiente e dos recursos naturais. Neste sentido, WEISS, 1992, p. 24). Com efeito, são inúmeras as exortações às gerações presentes da urgência de levar a cabo comportamentos responsáveis em benefício da posteridade, ainda que esses comportamentos possam exigir sacrifícios ou a mudança do estado de coisas.

A confirmá-lo, o artigo 1.º da DUDH, que persuade os homens a “agir uns para os outros em espírito de fraternidade”, o Preâmbulo da Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Em Perigo de Fauna e Flora Selvagens (de 03.03.1973), o Preâmbulo da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas (de 09.05.1992), o artigo 3.º da Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, intitulado “manutenção e perpetuação da humanidade” (adotada em 12.11.1997, na 29.ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO), o artigo 4.º da Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural (de 16.11.1972), o Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas para a Diversidade Biológica (de 05.06.1999). Em 1992, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, adiantou-se o conceito de “desenvolvimento sustentado”, que está associado à ideia de “responsabilidade de larga duração”. Em reforço, alguma doutrina entende que a tutela das gerações futuras resulta, hoje, subentendida no princípio da precaução (HARTWIG, 2008, p. 60).

Já no plano do Direito da União Europeia, o artigo 2.º do Tratado da União Europeia alude a uma sociedade caracterizada pelo “pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a *solidariedade* e a igualdade entre homens e mulheres” (itálico nosso). A este nível, vai-se entranhando a percepção de que a prosperidade, solidariedade e segurança que almeja

o projeto europeu não prescinde da proteção das gerações futuras. Em sintonia, há quem advogue que a proteção de direitos e interesses das gerações futuras deveria integrar as competências do *Ombudsman* Europeu (AGIUS, 2006, p. 29).

Uma vez percorridos o plano internacional e o plano da União Europeia, importa centrar as nossas atenções no plano constitucional. Neste domínio, alguma doutrina entende mesmo que os direitos das gerações futuras não carecem de consagração constitucional expressa, porquanto, graças à sua “vocação de permanência”, o futuro integra o programa normativo constitucional (SILVA, 2010, p. 490). Historicamente, o movimento constitucional não parecia acolher a proteção das gerações futuras. Muito pelo contrário: a Constituição jacobina de 1793, no seu artigo 28.º, afirmava lapidarmente que “nenhuma geração pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”. Hoje, podemos verificar que as referências às gerações futuras surgem, timidamente, nos preâmbulos constitucionais ou no âmbito da tutela do ambiente e da sustentabilidade dos recursos naturais.

Um estudo de Direito Comparado evidencia disparidades na proteção constitucional das gerações futuras. Para iniciar a resenha num tom mais otimista, destacamos três constituições que contêm disposições constitucionais que atribuem *direitos* às gerações futuras: são elas o artigo 11.º da Constituição japonesa de 1946, o artigo 110b da Constituição norueguesa (tal como revista em 1992), e o n.º 15 do artigo 108.º da Constituição da Bolívia (aprovada em 2009).

Todavia, a generalidade dos textos constitucionais não veicula os direitos das gerações futuras. Identificámos, inclusivamente, uma certa tendência semântica nas referências constitucionais às gerações futuras, que assume preferência pelas expressões como “para”, “em benefício de”, ou “no interesses das”, em detrimento de uma clara referência à linguagem dos direitos (BOTELHO, 2015, p. 371). A título exemplificativo, o preâmbulo e o n.º 2 do artigo 2.º da última Constituição suíça; o artigo 225.º da Constituição brasileira; o preâmbulo da Constituição da Estónia (1992), que refere o “êxito social e benefício comum das gerações futuras”; o preâmbulo da Constituição russa (1993); o preâmbulo e o artigo 74.º (1997) da Constituição polaca, o artigo 24.º da Constituição Sul-africana, o par. 1 do artigo 59.º da Constituição albanesa (1998).

De mencionar é ainda a *Constituição italiana*, na qual não encontramos uma alusão expressa à noção de responsabilidade intergeracional. Não obstante e com muita benevolência, alguma doutrina sugere vários preceitos de onde se poderá retirar, ainda que muito mitigadamente, uma

tal proteção: no n.º 2 do artigo 1.º da Constituição, o conceito de “povo”, enquanto unidade ideal, compreende as gerações presentes e as futuras; por outro lado, no artigo 2.º, a expressão “direitos invioláveis do homem” acolhe uma interpretação aberta ao futuro, e a 2.ª parte deste preceito refere “o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”; no n.º 2 do artigo 4.º, a ideia de “progresso” está vocacionada para o futuro; e, por fim, nos artigos 9.º e 32.º é tutelada a proteção ambiental (BIFULCO & D’ALCANTARA, 2008, pp. XXIII-XXIV).

Em sintonia, na Alemanha, a Lei Fundamental contém algumas disposições que se relacionam com a justiça intergeracional, a saber: o artigo 20.ºa, que, pela primeira vez, na revisão de 1994, introduziu o termo geração no texto constitucional; e os artigos 109.º, 109.ºa e 115.º (limites à dívida, introduzidos em 2009). Em contrapartida, em várias Constituições dos Estados federados alemães, podemos confirmar um acrescido compromisso acerca da proteção das gerações vindouras [cf. o preâmbulo da Constituição Bávara de 1946 (que usa a expressão “para as futuras gerações”) e o artigo 39.º, par. 1, da Constituição de Brandemburgo].

Por sua vez, a *Constituição portuguesa*, embora não consagre especificamente direitos das gerações futuras, acaba por os acautelar, por via indireta, através do princípio da solidariedade entre gerações, em especial em relação com princípio da sustentabilidade, que tem várias referências normativas, a saber: a alínea e) do artigo 9.º; o n.º 1 e as alíneas c), d), f) e g) do artigo 66.º, e as alíneas a) e m) do artigo 81.º.

Importa ressaltar, não obstante, que a opção constituinte de não consagrar constitucionalmente os direitos das gerações futuras não significa a sua exclusão *ad nutum* (BOTELHO, 2015, p. 371). Ainda que os direitos das gerações futuras não estejam expressamente reconhecidos na Constituição, poder-se-á retirar um certo nível de proteção de uma leitura combinada de várias disposições constitucionais – ou de seus fragmentos – que possuam um claro grau de abertura ao futuro (como admitem SALADIN & ZENGER, 1988, p. 77).

Perante estes elementos, alguma doutrina pugna pela existência – ou, com mais cautela – pelo desabrochar de um *Direito constitucional geracional*, que procura trilhar um “caminho intermédio” entre a liberdade das gerações hodiernas e as obrigações associadas aos interesses das gerações futuras (HÄBERLE, 2006, p. 225). A proteção constitucional das gerações futuras colocará importantes desafios à teoria dos direitos fundamentais. Não se trata de uma empreitada fácil e muito menos definitiva.

A “sociedade de risco” em que vivemos não se compadece com uma ausência de intervenção estadual e, cada vez mais, exige do Estado a promoção ativa dos direitos fundamentais (BOTELHO, 2015, p. 390). Se os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos para proteção dos indivíduos contra o Estado, hoje assistimos a uma horizontalização da proteção contra outros indivíduos, o que justifica eventuais restrições no âmbito de aplicação de alguns direitos, mediante a aplicação, em Portugal, das balizas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º. Ora, se se estender o papel protetor dos direitos fundamentais para o futuro, então ter-se-á de aceitar que isso acarreará um acréscimo de restrições aos direitos fundamentais (HARTWIG, 2008, p. 68).

2.2. Autocontenção jurisdicional

Como iremos demonstrar, ainda que o papel das jurisdições constitucionais e supremas relativamente às gerações futuras não seja despidendo, a verdade é que são ainda muito escassas as referências jurisprudenciais. Uma celebrada exceção a esta timidez jurisprudencial, foi o caso *Minors Oposa v. Secretário do Departamento do Ambiente e Recursos Naturais*, levado ao Supremo Tribunal das Filipinas [de 30.07.1993, 33 ILM 173 (1994)]. Neste aresto, um grupo de jovens menores intentou uma ação contra a destruição florestal no seu país, invocando o direito a um ambiente sadio e equilibrado. O Tribunal deu provimento a esta ação, tendo deixado claro, que “enquanto o direito ao [ambiente] se encontra localizado na Declaração de Princípios e Políticas Estatais e não na Carta de Direitos Fundamentais, daí não se retira que tenha menos importância do que qualquer direito civil ou político enumerado nesta última. Um tal direito pertence a uma categoria diferente de direitos [...] que nem precisam de estar escritos na Constituição, pois presume-se que existem deste o início da humanidade. Se se encontram agora explicitamente mencionados no texto constitucional, é devido ao bem fundado receio dos constituintes de que, a não ser que a Constituição imponha políticas de equilíbrio e ambiente sadio, desta forma sublinhando a sua relevância [...] não tardará o dia em que tudo isso se perderia, não só para a presente geração, mas também para as gerações vindouras que herdarão nada mais do que uma terra estéril, incapaz de sustentar a vida” (GOSSERIES, 2008a, pp. 29-56).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, se bem que não tenha ainda invalidado um ato jurídico-público por violação direta do princípio da justiça intergeracional, não se acanha em referências expressas

à proteção das gerações futuras (cf. os Acórdãos do TCFA, n.º 1644/00 e 188/03, Primeira Secção, de 19.04.2005, e n.º 3/03, Segunda Secção, de 19.10.2006).

No contexto português, na década de 80 do século passado, a nossa jurisdição constitucional proclamou que “não há direitos fundamentais sem sujeito”. (Em causa estava a possibilidade de reconhecer o direito à vida do nascituro. Cf. o Acórdão n.º 85/85, processo n.º 95/84, de 29.05.1985, ponto 2.2.) Nas décadas que se seguiram, as referências constitucionais às gerações futuras foram escassas, *descafeinadas* e atinentes à salvaguarda do património ambiental.

Mais recentemente, no contexto das políticas de austeridade, destacaremos uma declaração de voto da então Juíza Conselheira Maria Lúcia Amaral, que mereceu uma apreciação muito positiva na doutrina constitucional e juslaboral portuguesa. (GOMES, 2014, p. 82, apelidou-o de “voto dissidente mais sofisticado”, e URBANO, 2014, pp. 43-4, destacou a importância deste voto, ainda que a análise do princípio da justiça intergeracional não tenha descolado do “plano puramente teórico”.) Assim, a Conselheira admitiu que, ainda possa ser questionado o “exato alcance prescritivo” do princípio da justiça intergeracional, “e qual a sua rigorosa sede, no texto da Constituição”, não se poderá colocar em causa “o postulado básico em que o mesmo assenta [...]: embora se não estabeleçam na Constituição limites quantitativos ao endividamento do Estado, dela decorrem implicitamente limites qualitativos, que coincidem com os limites do ónus que as gerações presentes podem impor às gerações futuras sem condicionar gravemente a sua autonomia. [...] numa “República baseada na ideia de dignidade da pessoa (artigo 1.º), esta atenção para o justo limite de encargos a deixar para o futuro – justo limite que se ultrapassa quando se oneram as gerações seguintes de tal forma que é a sua própria esfera de decisão que é esvaziada – não pode deixar de ser também, ela própria, um dos princípios estruturantes da Constituição. A solidariedade (artigo 1.º) entre os que estão vivos não pode ser vivida de forma a excluir a solidariedade para com o futuro” (declaração de voto ao Acórdão n.º 353/2012, Processo n.º 40/12, de 05.07.2012, relator: Cons. João Cura Mariano).

No ano seguinte, registou-se outra referência às gerações futuras – nada surpreendentemente, em declaração de voto – pela Juíza Conselheira Catarina Sarmento e Castro, que entendeu que o TC deveria ter declarado a inconstitucionalidade da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES), porquanto esta não se “justificaria [...]" por um dever de solida-

riedade intergeracional: um tal objetivo jamais pode ser prosseguido por uma medida meramente conjuntural e avulsa (cf. Acórdão n.º 187/13, processo n.º 2/13, de 05.04.2013, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha). Ora a CES, como foi concebida, enquanto receita extraordinária, não é uma medida estrutural, pensada para a solvabilidade do sistema, não podendo, por isso, ser encarada como uma medida com o propósito de reduzir encargos lançados sobre as gerações futuras” (Declaração da Cons. Catarina Sarmento e Castro, ponto V).

Pouco tempo depois, no Acórdão n.º 474/13, novamente em declaração, a Juíza Conselheira Maria Lúcia Amaral, com enorme clarividência, defendeu “não há – sejamos claros – ordem constitucional que perdure para além da sustentabilidade do Estado, como não há constituição que racionalmente eleja como princípio orientador da ordem pública a “irresponsabilidade” (ou a indiferença) da geração presente perante a autonomia das gerações futuras. Simplesmente, e uma vez mais, para legitimar o comportamento *arbitrário* da administração no despedimento dos seus próprios “trabalhadores” seria necessária uma demonstração clara da *essencialidade da medida* para a prossecução desse princípio de sustentabilidade estadual. Cabia ao legislador ordinário o ónus da demonstração dessa *essencialidade*” (novamente, declaração da Cons. Maria Lúcia Amaral, ponto 2, no Processo n.º 754/13, de 29.08.2013, relator: Cons. Fernando Vaz Ventura).

Por fim, agora já no corpo do Acórdão, a nossa jurisdição constitucional acolheu a máxima da solidariedade intergeracional, salientando que a “intervenção restritiva no complexo de direitos, deveres e incompatibilidades que formam o “estatuto do aposentado” mobilizam, no plano constitucional, os princípios materiais da segurança social (v.g., contributivo, solidariedade, justiça intergeracional) e os condicionantes de medidas restritivas (v.g., igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança), mas não os que conformam medidas fiscais ou parafiscais” (cf. Acórdão n.º 862/2013, processo n.º 1260/13, de 19.12.2013, relator: Cons. Lino Rodrigues Ribeiro, consid. 17). Mais concretamente, “os interesses públicos da sustentabilidade financeira e da justiça intergeracional [...] têm também sido invocados pelo Tribunal Constitucional para credenciar medidas restritivas de direitos sociais, quer num contexto de crise económico-financeira (cf. Acórdão n.º 187/2013), quer a propósito da convergência do sistema de pensões (cf. Acórdãos n.º 188/2009 e n.º 3/2010)”. [...] O princípio da sustentabilidade recebe acolhimento constitucional nos artigos, 81.º, alínea a), e 66.º, n.º 1 e 2, da CRP, mas

também do artigo 101.º, quando refere a exigência do “desenvolvimento social” ou do artigo 9.º, alínea *d*), que tem subjacente a ideia de justiça intergeracional, o que pressupõe a sustentabilidade do sistema (Consid. 29). Conclui, porém que, “o questionamento dos direitos à pensão já constituídos na ótica da sustentabilidade do sistema público de pensões *no seu todo* e da justiça intergeracional não se opõe à redução das pensões. Tais interesses públicos poderão justificar uma revisão dos valores de pensões já atribuídas, visto que se conxionam com a alteração de circunstâncias – demográficas, económicas e financeiras – que transcendem as diferenças de regime entre os dois sistemas públicos de pensões existentes. Mas, também por isso, os critérios de revisão a observar terão de efetivamente visar recolocar num plano de igualdade todos os beneficiários dos dois sistemas, só desse modo se assegurando o respeito pela justiça intrageracional. Nessas circunstâncias, será o sistema e seus valores, designadamente a garantia da sua sustentabilidade e a sua equidade interna, a conferir sentido aos sacrifícios impostos aos respetivos beneficiários, desse modo justificando-os e legitimando-os à luz do princípio da tutela da confiança” (Consid. 45).

Este avanço jurisprudencial foi, decerto, positivo. No entanto, quanto à categorização conceptual e normativa das gerações futuras, confirma-se que estas não são vislumbradas como sendo titulares de direitos subjetivos, nem sequer de direitos em sentido amplo, tendo o Tribunal Constitucional português optado por uma postura menos ativista e meramente reconhecedora da necessidade da sua proteção.

2.3. Proposta de revisão constitucional

Como vimos atrás, a constitucionalização da proteção das gerações futuras é ainda um fenómeno muito raro. Vale a pena, por isso, dar a conhecer os ordenamentos jurídicos que tutelam as gerações futuras explicitamente nos seus textos constitucionais. O artigo 11.º da Constituição japonesa afirma que “(o)s direitos fundamentais garantidos às pessoas por esta constituição são veiculados, como eternos e invioláveis, às pessoas da geração presente e das gerações futuras”. Já o artigo 110b da Constituição da Noruega dispõe que “(o)s recursos naturais deverão ser utilizados com base em amplas considerações de longo prazo, de forma a que este direito seja igualmente salvaguardado para as gerações futuras”. Por fim, o n.º 15 do artigo 108.º da Constituição da Bolívia deixa claro que “são deveres das bolivianas e dos bolivianos proteger

e defender os recursos naturais e contribuir para o seu uso sustentável, para preservar os direitos das futuras gerações”.

Tendo em conta as considerações precedentes, julgamos ser avisado *alterar o texto constitucional português* e nele consagrar, de forma clara e sem equívocos, a tutela das gerações futuras. Desta forma, quiçá, a sua proteção consiga, por fim, *deslocar-se* de corajosas e pontuais declarações de voto para o terreno firme do corpo/texto principal dos acórdãos do Tribunal Constitucional.

Quanto a uma concreta *proposta de revisão constitucional*, tudo dependerá, de acordo com o preceituado nos artigos 284.º a 286.º da CRP, da vontade política da Assembleia da República. As alternativas são várias e todas terão, como resulta da natureza das coisas, vantagens e desvantagens. Uma possível solução seria acrescentar à alínea *b)* do artigo 9.º, como tarefa fundamental do Estado, a garantia dos “direitos e liberdades fundamentais *das gerações presentes e futuras* e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático” (sublinhado nosso).

Por outro lado, também se poderia optar por fazer esse aditamento na alínea *d)* do mesmo artigo 9.º, nos seguintes termos: “promover o bem-estar e a qualidade de vida do *das gerações atuais e futuras* e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais” (itálico nosso). Claro que poderemos argumentar que a expressão por nós substituída – a palavra “povo” – já abrangeria as gerações futuras, pelo que esta alteração constitucional seria supérflua e dispensável. Compreendemos que o conceito de “povo” tenha a latitude e abstração suficientes para um tal raciocínio. (Sobre o conceito de povo, cf. CALVÃO, CAMPOS & BOTELHO, 2016, pp. 38-40) Porém, e uma vez que esta perspetiva estaria sempre dependente de uma interpretação mais generosa do que se entende por “povo”, julgamos ser mais avisado alterar o texto constitucional e não deixar margem para equívocos.

A diferença entre ambas as propostas está na *subtileza de conteúdo* dos verbos “garantir” ou “promover”. De notar que, se o primeiro aponta para um controlo mais apertado, o segundo parece indicar uma maior discricionariedade na promoção dos direitos em causa.

Para terminar, indicaremos outra sugestão, que seria a de, pura e simplesmente, acrescentar uma alínea ao artigo 9.º, exclusivamente dedicada à “proteção das gerações futuras”.

3. A ideia de “pacto intergeracional”: entre a tentativa de conceptualização jurídica e um paternalismo ético

3.1. *As objeções jurídicas ao reconhecimento de direitos às gerações futuras*

Em primeiro lugar, importa salvaguardar que o *conceito de geração* não é unívoco. Tanto poderá ser utilizado para nos referirmos ao conjunto de indivíduos nascidos no mesmo ano, no mesmo lustro, como o poderemos alargar até um período temporal suficiente para que os nascidos se tornem pais e avós. (Há quem defenda uma referência expressa ao conceito de “gerações futuras não nascidas”, que serão todas aquelas pessoas que nascerão num horizonte temporal que não coincide com os que vivem atualmente. Neste sentido, cf. SOLUM, 2001, p. 170. Outra precisão conceitual é defendida por quem entende que, em vez da designação “gerações futuras”, se deveria falar do termo “gerações descendentes”, uma vez que este último abarca não apenas as gerações não nascidas mas também as presentes crianças e adolescentes. Assim, TREMMEL, 2006b, p. 55) Quanto a nós, parece-nos que a plasticidade do conceito geracional justifica uma perspetiva generosa e que atenda aos recentes dados de facto que apontam para um aumento da esperança média de vida, o que faz com que o tempo de convivência, no mesmo espaço temporal, entre avós, pais e filhos, seja tendencialmente mais prolongado (BOTELHO, 2015, p. 365).

Todavia, a questão mais delicada e de importantes repercussões é mesmo esta: como traduzir a exigência ética de proteção das gerações futuras em termos normativos? (GARCIA, 2007, p. 290) Estaremos perante genuínos direitos das gerações futuras ou deveres das gerações presentes?

Quanto a nós, parece-nos que, se a própria Constituição de um Estado não garantir expressamente os direitos das gerações futuras, estes poderão derivar, com limitações, do *princípio da dignidade da pessoa humana* (ALEXANDRINO, 2006, p. 146, nt. 639; BOTELHO, 2015, p. 380). Nestes termos, Hartwig é de opinião que a não consideração das pessoas futuras constitui uma “violação de nós mesmos”. Por este motivo, a *dimensão objetiva* ou *comunitária* dos direitos fundamentais vincula os órgãos estatais a terem em consideração os interesses das gerações futuras (HARTWIG, 2008, p. 67). Admitir os direitos das gerações futuras passaria por os enquadrar na *quarta geração* de direitos fundamentais, os *direitos de solidariedade*, que se caracterizam pela

sua forte dimensão objetiva, porquanto protegem bens comunitários que dizem respeito não apenas às gerações presentes, mas também – se estiver em causa a sua afetação – às gerações vindouras (BECKER, 2001; ANDRADE, 2002, p. 64).

Como veremos de seguida, vários Autores *negam categoricamente* a existência de direitos das gerações futuras, em especial no plano económico-social. Um argumento que já foi utilizado para a sustentação desta tese foi o de que a própria resolução da UNESCO, que era originariamente intitulada “Declaração para os Direitos das Gerações Futuras”, foi redenominada como “Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes face às Gerações Futuras”. Assim, no limite, poder-se-á falar em “limites objetivos” das escolhas das gerações presentes (LUCIANI, 2008, p. 440).

Um desafio, que sacode a normação jurídica clássica – em especial a privatística – é o dilema de saber se se deverá entender como necessária a verificação da titularidade de um direito para a possibilidade de obter uma indemnização civil. Outra das principais dificuldades do reconhecimento dos direitos das gerações futuras diz respeito ao *objeto da tutela*. A este propósito, podemos encontrar uma miríade de denominações que procuram qualificar o objeto protegido: direitos subjetivos; interesses, interesses-direitos; bem-estar; necessidades, legado, tratamento (BIFULCO & D’ALLOIA, 2008, p. X e p. XVIII).

Num discurso menos arrojado, alguma doutrina prefere falar em “expectativas de sujeitos futuros” (SPADARO, 2008, p. 103). Outra doutrina defende a “teoria dos interesses”, que assenta na depuração do conceito de bem-estar geral do conceito de dano injusto (BRUHL, 2002, pp. 393-439).

Num patamar intermédio, propondo o abandono das teses de subjetivização das gerações futuras, há quem refira um “princípio de compromisso limitado” das gerações presentes face às gerações futuras, oriundo de imperativos morais e que poderá estender-se, de forma facultativa, a um patamar médio ou até a um patamar máximo de compromisso. Por seu turno, outra doutrina sugere a adaptação da doutrina da pessoa jurídica pública, que comporta a “continuidade da pessoa jurídica na descontinuidade da pessoa física que não cobre os órgãos” (LUCIANI, 2008, pp. 440-1).

Nos antípodas, há quem defenda a existência de verdadeiros “direitos” das pessoas futuras e não de meras “necessidades” (WEISS, 1989, p. 96; HÄBERLE, 1998, p. 228; TREMMEL, 2006b, p. 52). Segundo este entendi-

mento, são as gerações presentes que optam, de forma gratuita, por se autolimitarem, criando vínculos jurídicos que acabarão por influenciar e/ou cercear os atuais modelos de desenvolvimento económico, social e ambiental (SPADARO, 2008, p. 107).

De qualquer forma, não queremos deixar sem acento que, a linguagem dos direitos, que tem sido uma constante nas décadas do pós-Guerra, tem tanto de aliciante e de poderoso como tem de frágil e vulnerável (BOTELHO, 2015, p. 380). Como vimos, a temática da proteção das gerações futuras assume contornos de um “verdadeiro problema constitucional material” (HÄBERLE, 2006, p. 225). Nesta esteira, uma parte muito considerável da doutrina tem vindo a alertar que a ideia de direitos das gerações futuras e da responsabilização das gerações presentes assenta em *pilares movediços* e numa conceptualização teórica ainda *frágil*, que recorre a conceitos *polissémicos* e *ambíguos*, e *pouco sustentada dogmaticamente* (LUCIANI, 2008, p. 426; BOTELHO, 2015, p. 380).

De seguida, elencaremos as principais objeções dogmáticas à possibilidade de garantir direitos das gerações futuras, sendo que as primeiras duas objeções são relativas ao significado do *reconhecimento* destes direitos e as quatro restantes se referem à sua *utilidade*: (i) o desafio da não existência; (ii) o problema da falta de identidade; (iii) os direitos não acionáveis; (iv) o princípio da indisponibilidade do futuro; (vi) e a objeção democrática (seguiremos, de perto, o nosso estudo em BOTELHO, 2015, pp. 380-4).

À cabeça, “o desafio da não existência” invoca que, se os direitos têm de ser atribuídos a alguém, por essa mesma razão não tem sentido invocar direitos de pessoas futuras, porquanto estariam sempre condicionados à existência do seu titular (BECKERMAN & PASEK, 2001, p. 18; EARL, 2011, pp. 61-2). Os defensores desta objeção alertam para uma *confusão funcional* ao se posicionarem as gerações presentes e as gerações futuras no mesmo plano de equilíbrio, como se de dois sujeitos jurídicos se tratassem: as gerações atuais (existentes) e as gerações futuras (que apenas existem em potência) (LUCIANI, 2008, p. 426).

Numa tentativa de contornar este obstáculo, Axel Gosseries prognostica, *sotto voce*, a existência de direitos das gerações futuras (GOSSERIES, 2008b, p. 450). Em consonância com esta linha de pensamento e se o futuro é, no fundo, um prolongamento do presente, então seria juridicamente viável exercerem-se direitos (presentes) que não possuam titulares (presentes) (para BRUHL, 2002, p. 403, esta é uma situação em que devemos pensar em deveres sem titulares de direitos). Nesta esteira,

uma via discursiva possível é aquela que propõe uma teoria de “direitos futuros condicionais”, isto é, condicionados à existência do seu titular, e acionado com “ações coletivas” antecipadas, nos quais os titulares de direitos futuros são representados por atores presentes (GOSSERIES, 2008a, pp. 31-2; BIFULCO & D’ALOIA, 2008, p. XVII).

Em segundo lugar, o “problema da falta de identidade” diz respeito a saber como podemos responsabilizar a geração presente (G2) pelos danos causados à geração futura (G3), quando os atos lesivos foram causados pela geração antecedente (G1). A título de exemplo, determinadas opções ambientais poderão ter consequências desastrosas somente passadas várias décadas. Perante um intrigante contexto de “paradoxo do indivíduo futuro”, alguma doutrina tem alertado para a possibilidade de “graves contradições lógicas”, caso esta tese dos bens jurídicos não titulados seja adotada (KAVKA, 1982, pp. 93-112, LUCIANI, 2008, p. 440, & MACKLIN, 1981, pp. 151-7. No ordenamento jurídico português, alguma doutrina tem recomendado cautela quanto a uma suposta refundação da responsabilidade civil num “mecanismo de ressarcimento de danos futuros e difusos”, visto que a presença do dano “continua a ser imprescindível para que o mecanismo ressarcitório atue”. Cf., a propósito, BARBOSA, 2012, pp. 132-3. Na doutrina estrangeira, cf. KUMAR, 2003, pp. 99-118).

As pessoas futuras poderão ser prejudicadas pelas nossas ações, no sentido de estas terem um efeito pernicioso não apenas nas suas condições de vida, mas também – e aqui reside o maior problema – na determinação daquilo que essas mesmas pessoas *serão* (PARFIT, 1984, pp. 351-447). Neste cenário, é a própria *identidade* das gerações futuras que resulta comprometida. A pergunta a fazer é a seguinte: como se poderá violar os direitos de toda pessoas que se prevê que venham a existir mas que, de facto, ainda não existem?

Numa tentativa de circundar esta objeção, tem-se defendido que as obrigações das gerações presentes serão apenas relativamente às gerações futuras *imediatas*, ou seja, aquelas que se sobrepõem à nossa atual geração (é o caso dos filhos, netos e, muito eventualmente, bisnetos). Dever-se-ia então aplicar, neste domínio, uma lógica de “desconto temporal decrescente” das decisões tomadas pelas gerações presentes, no sentido de a responsabilidade para com as gerações futuras diminuir em modo proporcional à distância do tempo. De acordo com esta astuta construção doutrinária, a possibilidade de uma “estratégia de ajustamento retroativo” – que não afetará a identidade das gerações posteriores – resulta precisamente do facto de (algumas) gerações se poderem sobrepor

temporalmente, donde se retira que será viável, por exemplo, responsabilizar a geração anterior por ter consumido de forma irresponsável os recursos naturais disponíveis (FARBER, 2003, pp. 289-335; GOSSERIES, 2004, pp. 99-100; PALOMBELLA, 2008, p. 6).

Em terceiro lugar, terá sempre de perguntar-se: direitos *contra quem*? Com efeito, a contradita dos “direitos não acionáveis” alerta que o exercício dos direitos futuros chegará tarde demais e, quando for altura de acionar os tribunais, perderá o seu efeito útil. Nesta sede, há quem opte por falar na existência de direitos “morais” e não de genuínos direitos jurídicos, sendo que apenas os últimos serão coercíveis e exigíveis judicialmente (BRUHL, 2002, p. 409; GOSSERIES, 2004, p. 51).

Por seu turno, Gianluigi Palombella lança um desafio acutilante: qual a razão de as gerações futuras estarem amarradas ao cumprimento de regras ditadas por “um povo de mortos”? O Autor questiona se fará sentido uma “intervenção unilateral sobre as gerações futuras” e se não deverá vigorar, pelo contrário, um princípio da disponibilidade do próprio presente e um princípio da indisponibilidade do futuro (PALOMBELLA, 2008, p. 24). Sustentada nestes argumentos, alguma doutrina considera que “não se tem de prestar contas, juridicamente, ao futuro”, defendendo a “opção dos direitos atuais de pessoas atuais” (GOSSERIES, 2004, p. 454; LUCIANI, 2008, p. 441). Como crítica a este entendimento, há quem contraponha precisamente que a impossibilidade de os indivíduos futuros votarem é um “problema estrutural da democracia” (TREMMELE, 2006b, p. 32).

No seguimento da objeção anterior, o *princípio democrático* parece conflitar com a noção de justiça intergeracional. Em boa verdade, só com muita ingenuidade podemos esperar que os políticos atuem no interesse das gerações futuras com o mesmo empenho que agem para com seu eleitorado atual. Por isso, não surpreende que os interesses das gerações futuras acabem por ser negligenciados, também em termos políticos (TREMMELE, 2006b, p. 32-3).

Para concluir as reflexões antecedentes, julgamos importante acrescentar, em jeito de contra-argumentação, que o objeto da tutela intergeracional não se modifica totalmente com o tempo, uma vez que existe um *fiio condutor* que perpassa o cerne das necessidades humanas ao longo das sucessivas gerações. De tudo o que até aqui se foi afirmando, resulta, com uma vítrea clareza, que raramente estamos a falar de atos isolados de uma geração, mas, ao invés, de um *continuum* que acompanha, em maior ou menor dimensão, várias gerações (BOTELHO, 2015, p. 384).

3.2. (As)sinalagmaticidade geracional, no terreno da ficção ou da aporia geracional

Na sequência do que foi exposto, importa agora concretizar alguns dos aspetos da temática da dependência geracional. O conceito da equidade geracional pode ser encarado de duas perspetivas: (i) *intra-temporal*, ou seja, dentro do mesmo ciclo de vida geracional; (ii) ou então, numa visão *intertemporal*, que se estenderá no tempo, sendo, por conseguinte, a longo prazo (BÖRSCH-SUPAN, 2003, pp. 221-6; KLUTH, 2009, pp. 246-89).

A ideia de “Constituição como um pacto de geracional” ou como “contrato geracional” assenta numa lógica de confiança (*fiducia*) (BIFULCO, 2003, p. 173). Uma significativa parte da doutrina – e na esteira das objeções da não identidade e da não existência, que atrás referimos – entende que a ideia do pacto geracional, ainda que possa exercer um certo “fascínio sobre o plano ético”, acaba por ter pouca ou nenhuma *sustentabilidade jurídica*, uma vez que assenta numa conceção de dois interlocutores que nunca coincidirão temporalmente (SPADARO, 2008, p. 104).

Argumentando que “qualquer teoria coerente de justiça implica conferir direitos ao povo”, há quem não consiga vislumbrar como os interesses das gerações futuras possam ser protegidos no contexto de uma teoria de justiça (BECKERMAN, 2006, pp. 53-4). A propósito, Antonino Spadaro rejeita a figura do pacto intergeracional entre dois sujeitos coletivos e, com uma boa dose de humor, alerta para o perigo latente de se incorrer numa espécie de “curto-circuito lógico-temporal” (SPADARO, 2008, p. 104). Concomitantemente, limita-se a reconhecer a existência de “um vínculo jurídico unilateral” ou de um “compromisso” unilateral da parte da geração atual (G2) para com a geração futura (G3) (SPADARO, 2008, p. 104). Uma tal sincronia apenas seria plausível na relação entre as gerações mais imediatas, isto é, pais-filhos-netos, ao jeito de um “horizonte de empatia limitado” (BIRNBACHER, 2006, p. 12).

Nesta hipótese de sobreposição geracional, há quem, inclusive, opte por não se referir a uma sucessão de gerações, mas sim a uma única geração, ou seja, a uma justiça “*intrageracional*” em vez de uma justiça “*intergeracional*” (SPADARO, 2008, p. 104). Uma vez que é difícil identificar uma relação de sinalagmaticidade entre ambas as gerações, alguma doutrina propôs o conceito de “sinalagmaticidade subjetivamente *assimétrica*”, segundo o qual a G2 teria obrigações para a G3 na mesma

medida que recebeu benefícios que estiveram a cargo da G1 (sublinhado nosso) (BIFULCO & D'ALOIA, 2008, p. XVII).

Se nos detivermos, como a maioria da doutrina faz, no domínio redutor de um conceito estrito de *relação sinalagmática*, então a pergunta a fazer será sempre a seguinte: o que poderão as gerações futuras oferecer às gerações presentes? Ressalvamos que esta não é, como poderia parecer, uma mera pergunta retórica.

Nesta esteira, há quem contraponha, a nosso ver com alguma justiça, que a proteção das gerações futuras começa com a proteção genuína das gerações presentes e dos seus direitos fundamentais (BECKERMAN, 2006, p. 66; MARTINS, 2016, p. 374, nt. 1631). Com realismo, dir-se-á que a ideia de as gerações presentes tutelarem as futuras é plausível, mas a de as gerações futuras serem responsáveis pelos comportamentos das gerações passadas já não é tão transparente nem consensual.

A pergunta permanece a mesma: de que forma cumprirão as gerações futuras a 'sua parte'? Como tentativa de resposta, há quem adiante que as gerações futuras poderão honrar, com dignidade e estima, as gerações passadas, cuidando da sua memória, num gesto de "reconhecimento e gratidão retrospectiva" (BIRNBACHER, 2006, p. 10). Nesta sede, por exemplo, poderão erigir museus, estátuas, ou outro tipo de obras de homenagem e de reconhecimento dos antepassados mais marcantes da sua geração.

3.3. *Caso de amore verso i lontani?*

Segundo alguma doutrina, uma teoria de justiça que integre as gerações futuras alicerça-se em pilares duvidosos de uma estirpe de "paternalismo ético", uma vez que pretende disciplinar situações jurídicas de forma antecipada e sem o consentimento dos diretamente interessados (RIMOLI, 2006, pp. 527 *et seq.*). Tratar-se-ia, portanto, de uma certa "imposição" das nossas mundividências aos nossos descendentes, numa espécie de *versão ontológica* do mais básico instinto da conservação da espécie. Desvenda-se, por conseguinte, um fenómeno psicológico de "amor ao que aí vem" (*amore verso i lontani*), que se externaliza em manifestações de altruísmo/heterocentrismo (SPADARO, 2008, p. 77).

A doutrina vislumbra aqui justificações "morais ou *quasi*-morais" de compaixão, generosidade e solidariedade pela continuidade da vida humana (BIRNBACHER & SHICHA, 2001, pp. 20-2; BIRNBACHER, 2006, p. 8). A cadeia da vida é um "sentimento histórico", que nos inunda

de empatia pelos nossos descendentes (HARTMANN, 1981, pp. 305-8; PALOMBELLA, 2008, p. 3). Richard A. Epstein refere igualmente a existência de uma “conexão genética” que induz a proteger as gerações futuras (1992, p. 89). É aquilo a que se designou, no mundo da Biologia, como o “gene egoísta” tendente à preservação e continuidade da espécie humana (assim, a teoria do biólogo evolucionista RICHARD DAWKINS, *The Selfish Gene*, 1989, pp. 19-20, citada em PALOMBELLA, 2008, p. 5).

Na década de 80 do século passado, John Passmore defendeu a ideia de uma “corrente de amor” como fundamento das preocupações éticas para com as gerações futuras, e que se traduz no sentimento de união e continuidade entre pais, filhos, netos, almejando sempre o seu bem-estar e sucesso (*Man’s responsibility for nature – Ecological problems and western traditions*, 1980, p. 88, *apud* BIRNBACHER, 2006, p. 12). Parece-nos, todavia, que este desígnio de cuidar das gerações futuras não é exclusivo do horizonte temporal pais-filhos-netos, nem tal faria sentido. Todo o ser humano possui um sentimento de *pertença a um grupo*, a uma comunidade, sentimento este que se desenvolve desde criança, se agudiza na adolescência e toma maturidade na vida adulta (CARE, 1982, p. 207; BOTELHO, 2015, pp. 393-4).

Quanto a este aspeto, afigura-se-nos importante fazer duas precisões: (i) os laços de empatia não são exclusivos dos progenitores em relação à sua descendência, como se o “amor ao que aí vem” fosse uma espécie de qualidade moral superior daqueles que possuem descendência; (ii) os progenitores irradiam um horizonte de empatia apenas em relação aos seus descendentes, mas sim, como resulta óbvio, têm igualmente outros laços de empatia com aquilo que os une aos demais seres humanos, seja, *v.g.*, a pertença ou afinidade relativamente a uma determinada religião, a uma mundividência, a uma ideologia, a uma profissão, a uma nacionalidade, entre outros fatores.

4. A tutela efetiva das gerações futuras num universo político-jurídico obcecado pelo presente

Desde logo, importa salvaguardar que nem toda a doutrina entende ser necessária a criação de mecanismos específicos para tutelar as gerações futuras, porquanto os seus direitos seriam “o prolongamento” natural dos direitos das gerações atuais (SILVA, 2010, p. 502). Nesta sede, seria então de aproveitar as potencialidades dos institutos já existentes de tutela dos direitos fundamentais, tais como o instituto do Provedor de

Justiça, cuja esfera de competência não se deverá confinar à tutela das gerações presentes (SILVA, 2010, p. 503).

De jure condendo, são vários os mecanismos que têm vindo a ser propostos para uma efetiva tutela das gerações futuras. Uma solução que nos parece interessante, ainda que de índole política, seria incentivar os partidos com assento parlamentar a indicarem, nas suas listas eleitorais, um certo número de candidatos a deputados mais jovens, que possam representar realisticamente as gerações mais novas (BOTELHO, 2015, p. 415).

Uma problemática que se coloca relativamente à capacidade eleitoral ativa relaciona-se com o facto de o eleitor – “*demos-participante*” – e o destinatário dos atos jurídico-públicos – “*demos-destinatário-de-decisões*” – não coincidirem totalmente (CAMPOS, 2015, pp. 137-8). Para contornar esta falta de coincidência temporal, há quem defenda a positivação de um *direito eleitoral familiar*. Um caminho possível seria o de permitir aos progenitores representarem os interesses dos seus filhos, por exemplo, atribuindo-lhes um voto adicional pelos seus filhos (independentemente do número de filhos). Esta ideia, ainda que possa parecer uma boa solução, não deixará de esbarrar com vários obstáculos, que se prendem, desde logo, quanto a uma possível discordância dos próprios progenitores quanto ao sentido/orientação do voto em representação dos seus descendentes. Uma outra opção seria a de atribuir o direito de voto aos próprios menores, ultrapassando destarte a ideia da maioria como condição de legitimidade eleitoral ativa (COHEN, 1981, pp. 47-50; LÖW, 1993, pp. 25-8; HATTENHAUER, 1996, pp. 9-16; MERK, 1997, pp. 260-79; ZIVIER, 1999, pp. 156-60. Recusando expressamente esta possibilidade, VETTERLING-BRAGGIN, 1983, pp. 42-6; MÜNCH, 1995, pp. 3165-6).

Uma via que se nos afigura de elevado potencial é a da criação de uma *instituição específica* para a defesa dos interesses das gerações futuras (CASPAR, 2001, pp. 90-1). Esta ideia poderá materializar-se de diferentes formas. Assim, aproveitando as experiências de Direito Constitucional Comparado (sobre a importância do Direito Comparado no domínio constitucional, cf. BOTELHO, 2011, pp. 53-106, & RAMIRES, 2016), salientamos algumas propostas: (i) opção por um “lugar reservado” no Parlamento exclusivamente dedicado à discussão e votação dos atos legislativos de uma perspectiva da tutela dos interesses das gerações futuras (GOSSERIES, 2004, p. 29); (ii) a criação de um órgão administrativo especializado ou de um defensor cívico/*ombudsman*, ao jeito húngaro

(GÖPEL, 2010, pp. 3-10. Para uma exemplificação do modelo húngaro, cf. JÁVOR, 2006, pp. 282-98, & TÓTH, 2010, pp. 18-24); (iii) ou, como sucede em Israel, por um comissário diretamente associado a uma das câmaras parlamentares (modelo *Knesset*), entre outras hipóteses (SHOHAM & LAMAY, 2006, pp. 244-81). Um tal defensor teria vários direitos, entre estes, os direitos de ser ouvido e de participar em decisões atinentes a esta temática, assim como a realização de avaliações sobre o impacto futuro (GOSSERIES, 2004, p. 30).

Outra sugestão foi a da adequação do nível de *contribuição para a reforma* com base no número de filhos, beneficiando os contribuintes proporcionalmente ao número de filhos (GOSSERIES, 2004, p. 30). Uma tal medida justificar-se-ia com o intuito de contribuir para a sustentabilidade do sistema, porém e como não poderia deixar de ser, pode ser alvo de algumas objeções: e quem optar por não ter descendência? E quem não puder, querendo, ter descendência? E quem garante que esses filhos terão emprego futuramente e contribuirão ativamente para a sustentabilidade do sistema? (BOTELHO, 2015, p. 415)

As sugestões que foram apontadas poderão, em maior ou menor medida, lograr implementação efetiva na generalidade dos sistemas jurídicos, se houver vontade político-legislativa para tal (BARRY, 2004, p. 116). No entanto, e sem pretender retirar o mérito à generalidade das propostas, a verdade é que as soluções apresentadas oferecem somente mecanismos de *tutela de curta duração*, tutelando apenas as gerações futuras próximas ou imediatas.

Com efeito, se “a Terra pertence aos que nela vivem” (a conhecida afirmação de Thomas Jefferson, *apud* SCHRÖDER, 2011, p. 321, remonta ao século XVIII. Thomas Jefferson adiantou um prazo de dezanove anos, por entender ser este o horizonte temporal correspondente a cada geração), não é de surpreender o *endógeno presentismo* que caracteriza as leis democraticamente aprovadas e que tende a favorecer as gerações presentes, em detrimento das gerações futuras (THOMPSON, 2007, p. 13; BIFULCO & D’ALOIA, 2008, p. XIX; SILVA, 2010, p. 461; BOTELHO, 2015, p. 416). Como já escrevemos, “a indispensabilidade de agradar ao eleitorado pressiona os políticos a raciocinarem *sincronicamente* e a direcionarem os seus esforços para a satisfação das necessidades do seu eleitorado – que não são as gerações futuras próximas ou remotas, mas sim aqueles que possuem capacidade eleitoral ativa. Parece, pois, que um dos calcanhares de Aquiles do sistema democrático é a rejeição de uma *lógica diacrónica*, revelando uma excessiva preocupação com

o tempo presente e negligenciando aquilo que está para vir” (BOTELHO, 2015, p. 509).

A ser assim, somos forçados a concluir que estamos perante uma característica intrínseca à democracia, que é o facto de esta ser *pro tempore* e visar a renovação, a possibilidade de mudança e o arejamento de ideias e de políticas (BOTELHO, 2015, p. 416). Talvez um caminho a percorrer seja aquele que perspetiva o “Direito para o futuro” como um “processo de atualização” dos pilares estruturais da atuação dos poderes públicos, da “cultura jurídica” e da “racionalidade democrática” (BIFULCO & D’ALLOIA, 2008, p. XI).

5. Notas Finais: o difícil equilíbrio entre um défice e um excesso de tutela

Como lembra Manuel Afonso Vaz, as gerações futuras não poderão “ver a sua vida totalmente condicionada pela falta de generosidade das gerações presentes” (2015a, p. 172). Concordamos com as palavras de Jorge Pereira da Silva quando defende que os direitos fundamentais “incorporam como limites (imanescentes), se não mesmo como restrições”, a responsabilidade da geração atual pela geração futura, no sentido de os direitos das gerações presentes terminarem onde “o seu exercício irrestrito (ou abusivo)” perigues os direitos das gerações futuras (SILVA, 2010, p. 490). Repleta de clarividência é também, a nosso ver, a conclusão de André Santos Campos, no sentido de não ser necessária uma justificação ética “sobre a intertemporalidade da justiça e os seus conteúdos (deonticos ou não) para justificar a premência de constrangimentos e responsabilidades por parte das gerações presentes em relação às gerações futuras” (CAMPOS, 2015, p. 144).

Relativamente ao conceito geracional, pensamos que poderemos estabelecer uma classificação atinente à relação entre a geração e a sua capacidade de participação política. Nestes termos, poderemos tripartir as gerações entre: (i) geração *participativa*, que é a geração que possui capacidade eleitoral ativa, ou seja, a geração que vota e que tem uma palavra a dizer sobre o destino político do seu Estado; (ii) geração *quasi-participativa*, sendo esta geração aquela que já nasceu e que, em breve, adquirirá o direito a votar; (iii) geração *não participativa*, que integra então as gerações vindouras, não nascidas.

Neste domínio, parece-nos importante a consideração de que o nosso legado às gerações futuras não deverá ser propriamente, como defendia

James Madison, uma transmissão de instituições políticas e jurídicas que *nós* entendemos como válidas ou como ideais (*apud* CAMPOS, 2015, p. 123), mas outrossim, a possibilidade de as gerações futuras poderem ter as contingências sociais e ambientais que lhes permitam escolher livremente as instituições políticas e jurídicas que *elas* entendam como viáveis. Cumpre, por conseguinte, tentar evitar a sedutora teia do *paternalismo geracional*, que está umbilicalmente associada a uma – mais do que compreensível e, de um certo ponto de vista, até desejável – empatia pelas gerações futuras.

Como vimos, o reconhecimento ou a mera consagração normativa dos direitos das gerações futuras não é suficiente para a sua tutela, tanto mais que a generalidade dos Estados não tutela expressamente as gerações futuras no seu texto constitucional e, quando o faz, opta pelas disposições preambulares ou por normas (ou pseudonormas) de densidade normativa mínima – para não dizer meramente proclamatória. O que a nosso ver é incontornável é a verificação da existência de uma “assimetria nas relações de poder” entre as gerações presentes e as gerações futuras” (CAMPOS, 2015, p. 134). Trata-se de uma temática que pertence ainda demasiadamente ao domínio da discussão política e que carece de tentativas dogmáticas de definição do conteúdo de tais direitos (GOSSERIES, 2004, p. 31).

Quanto a nós, o conceito de direitos subjetivos das gerações futuras, quando interpretado *stricto sensu* – isto é, como direitos judicialmente acionáveis – afigura-se demasiado ambicioso para o atual estágio de desenvolvimento da própria teoria de justiça intergeracional. Por tais razões, serão necessárias uma maior *elasticidade* e uma acrescida *plasticidade* na conceptualização teórica da proteção das gerações futuras.

É um lugar-comum afirmar-se que a verdadeira essência de um direito é a de ser atribuída proteção imediata por um tribunal (BOGDANDY, 1997, p. 1316). Compreendemos que este seja, muito provavelmente, uma via privilegiada de tutela de direitos. Não obstante, o conceito de justiciabilidade, ainda que abarque a suscetibilidade de uma questão ser apresentada em tribunal, é mais amplo do que isso e não se esgota nessa possibilidade (MARSHALL, 1961, pp. 267-8; AKANDJI-KOMBÉ, 2013, p. 493; BOTELHO, 2016, pp. 205-16). Assim, um direito não perde a sua fundamentalidade por possuir apenas uma dimensão objetiva, que opere como “princípio basilar e inderrogável do pacto constitucional no todo” (BIFULCO & D’ALOIA, 2008, p. XVII).

Num jeito de súmula e como tivemos oportunidade de elucidar, as principais dificuldades que esta temática apresenta são as seguintes: (i) saber se fará sentido uma teoria de justiça intergeracional; (ii) quais as características concretas dessa justiça, cujos contornos estarão pereneamente enevoados pela ausência de contemporaneidade entre as gera es; (iii) definida a teoria de justiça a adotar, descortinar o papel que se deverá reservar ao Direito e aos operadores jurídicos.

A nosso ver, independentemente da teoria de justiça e, em concreto, dos mecanismos de tutela geracional a que se adiram, não se deverá cair na tenta o das redutoras *lógicas binárias do tudo ou nada*. Por conseguinte e nesta sede, identificamos dois riscos verosímeis: o de um défice de tutela e o de um excesso de tutela. Como vimos, um *défice de tutela* poderá lesar as gera es futuras em vários aspetos – qualidade de vida, de ambiente, etc. – além de poder impedir, no limite, o próprio surgimento físico de posteriores gera es.

Por sua vez, uma situa o *de excesso de tutela* poderá condicionar as gera es futuras de forma inaceitável, criando-lhes amarras de tal forma pesadas que lhes seja retirada a sua autodetermina o. No domínio da justiça intergeracional a Constitui o assume um papel inestimável, tendo como missão impedir a “ditadura de uma gera o” (SCHR DER, 2011, p. 325). Ainda que não diretamente sobre este tema específico, mas atinente àquilo que   e legítimo impor-se às gera es futuras, veja-se o debate da revisão constitucional de 1982, no qual, acerca de uma eventual reformula o do então artigo 290.  (atual 288. ), o Deputado Costa Andrade alertou para os perigos de um “narcisismo dos constituintes” e manifestou que, v.g., o princípio da apropria o coletiva não deverá nunca constar dos limites   revisão, por ser “uma violência, que nós, gera o atual, não podemos impor às gera es futuras, por falta de legitimidade” (DAR, 1.  Série, n.  129, 29.07.1982, pp. 5426-9).

A terminar, reiteramos a nossa convic o de que seria importante *alterar o texto constitucional português* e nele consagrar, de forma cristalina, a tutela das gera es futuras. Como mencionámos atrás, uma possível soluço seria acrescentar   alínea b) ou   alínea d) do artigo 9. , como tarefa fundamental do Estado, a garantia dos direitos “das gera es presentes e futuras”. Uma outra alternativa, que atestaria um compromisso acrescido nesta temática, seria aditar uma alínea ao artigo 9.  (passaria a ser a nova alínea i) do artigo 9. ), consagrando como tarefa fundamental do Estado a “prote o dos interesses das gera es futuras”.

Prognosticamos que uma tal revisão constitucional, independentemente dos seus contornos concretos, teria o inestimável mérito de, por fim, *deslocar* a temática da proteção das gerações futuras de corajosas (e pontuais) declarações de voto para o terreno firme do corpo/texto principal dos acórdãos do Tribunal Constitucional e da demais jurisdição ordinária.

Bibliografia referenciada

- AGIUS, 2006. Emmanuel Agius, “A Europe Ombudsman for the Rights of Future Generations”, in *Do We Owe Them a Future? The Opportunities of a Representation for Future Generations in Europe*, ed. Benedek Jáver & Judit Ráez, Budapest: Végegylet, Budapest, pp. 16-30
- AKANDJI-KOMBÉ, 2013. Jean-François Akandji-Kombé, “La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte Sociale Européenne n’est pas une utopie”, in *L’homme dans la société internationale – Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, ed. Jean-François Akandji-Kombé, Bruxelles: Bruylant, pp. 475-503
- ALEXANDRINO, 2006. José Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, *A Construção Dogmática*, Coimbra: Almedina
- ANDRADE, 2012. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Coimbra: Almedina
- BARBOSA, 2012. Mafalda Miranda Barbosa, “A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, ed. Fernando Alves Correia, Jónatas Machado & João Carlos Loureiro, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 119-45
- BARRY, 2004. Brian Barry, “Sustainability and Intergenerational Justice”, in *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, ed. Andrew Dobson, Oxford: Oxford University Press, pp. 93-117
- BECK, 2007. Ulrich Beck, “Vivere nella società del rischio globale”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 1 (2007), pp. 1-17
- BECKER, 2001. Christoph Becker, *Verantwortung und Verantwortungsbewußtsein – Über Solidarität zwischen Generationen*, Colónia: Carl Heymanns Verlag
- BECKERMAN & PASEK, 2001. Wilfred Beckerman & Joanna Pasek, *Justice, Posterity and the Environment*, Oxford: Oxford University Press
- BECKERMAN, 2006. Wilfred Beckerman, “The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 53-71
- BIFULCO & D’ALOIA, 2008. Raffaele Bifulco & Antonio D’Aloia, “Le generazione future come nuovo paradigma del Diritto costituzionale”, in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco & Antonio d’Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. IX-XXV

- BIFULCO, 2003. Raffaele Bifulco, “La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia dalla morale e diritto naturale laico”, in *Diritti e costituzione – Profili evolutivi e dimensioni inedite*, ed. Antonio D’Aloia, Milão: Giuffrè, pp. 169-92
- BIRNBACHER & SHICHA 2001. Dieter Birnbacher & Christian Shicha, “Vorsorge statt Nachhaltigkeit – Ethische Grundlagen der Zukunftsverantwortung”, in *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, ed. Birnbacher & Brudermüller, Würzburg: Königshausen & Neumann, pp. 17-33
- BIRNBACHER, 1994. Dieter Birnbacher, *La responsabilité envers les générations futures [Verantwortung für zukünftige Generationen: 1988]*, Paris: PUF
- BIRNBACHER, 2006. Dieter Birnbacher, “What Motivates Us to Care for the (Distant) Future?”, *Gouvernance Mondiale*, 4 (2006), pp. 1-29
- BOGDANDY, 1997. Armin von Bogdandy, “The European Union as a human rights organization? Human Rights and the core of the European Union”, *Common Market Law Review*, 37 (1997), pp. 1307-38
- BÖRSCH-SUPAN, 2003. Axel Bösch-Supan, “Zum Konzept der Generationengerechtigkeit”, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, 2 (2003), pp. 221-6
- BOTELHO, 2011. Catarina Santos Botelho, “Lost in Translations – A Crescente Importância do Direito Constitucional Comparado”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 53-106
- BOTELHO, 2015. Catarina Santos Botelho, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas*, Coimbra: Almedina
- BOTELHO, 2016. Catarina Santos Botelho, “40 Anos de Direitos Sociais – Uma Reflexão sobre o Papel dos Direitos Fundamentais Sociais no Século XXI”, *Julgar*, 29 (2016), pp. 197-216
- BRUHL, 2002. Aaron-Andrew P. Bruhl, “Justice Unconceived: How Prosterity has Rights”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 14 (2002), pp. 393-439
- CALVÃO, CAMPOS & BOTELHO, 2016. Filipa Urbano Calvão, Manuel Fontaine Campos & Catarina Santos Botelho, *Introdução ao Direito Público*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina
- CAMPOS, 2015. André Santos Campos, “Justiça Intergeracional: a Temporalidade da Política como Resposta à Pergunta ‘Quais são os nossos deveres em Relação às Gerações Futuras?’”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 71 (2015), pp. 119-45
- CARE, 1982. Norman S. Care, “Future Generations, Public Policy, and the Motivation Problem”, *Environmental Ethics*, 4 (1982), pp. 195-213
- CASPAR, 2001. Johannes Caspar, “Generationen-Gerechtigkeit und moderner Rechtsstaat – Eine Analyse rechtlicher Beziehungen innerhalb der Zeit”, in *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, ed. Dieter Birnbacher & Gerd Brudermüller, Würzburg: Königshausen & Neumann, pp. 73-106
- COHEN, 1981. Howard Cohen, *Equal Rights for Children*, Lanham: Rowman & Littlefield
- EARL, 2011. Dennis Earl, “Ontology and the Paradox of Future Generations”, *Public Reason*, 3 (2011), pp. 60-72

- EPSTEIN, Richard A. Epstein, "Justice Across Generations", in *Justice Between Age Groups and Generations*, ed. Peter Laslett & James S. Fishkin, New Haven: Yale University Press, pp. 89-93
- FALK, 2000. Richard A. Falk, *Human Rights Horizons – The Pursuit of Justice in a Globalized World*, Nova Iorque: Routledge
- FARBER, 2003. Daniel A. Farber, "From Here to Eternity: Environmental Law and Future Generations", *University of Illinois Law Review*, 2 (2003), pp. 289-335
- GARCIA, 2007. Maria da Glória Garcia, *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Coimbra: Almedina
- GOMES, 2014. Júlio Gomes, "Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Portugal", in *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*, ed. Claire Kilpatrick & Bruno De Witte, *EUI Working Papers*, Florença: European University Institute, pp. 78-84
- GÖPEL, 2010. Maja Göpel, "How to Protect Future Generations. Rights in European Governance", *Intergenerational Justice Review*, 10 (2010), pp. 3-10
- GOSSERIES, 2004. Axel Gosseries, *Penser la justice entre les générations: De l'affaire Perruche à la réforme des retraites*, Paris: Éditions Flammarion
- GOSSERIES, 2008a. Axel Gosseries, "Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?", in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco & Antonio d'Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 29-56
- GOSSERIES, 2008b. Axel Gosseries, "On Future Generations' Future Rights", *The Journal of Political Philosophy*, 16 (2008), pp. 446-74
- HÄBERLE, 1998. Peter Häberle, "Ein Verfassungsrecht für künftiger Generationen", in *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, ed. Franz Ruland, Bernd Baron von Maydell & Hans-Jürgen Papier, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, pp. 215-33
- HÄBERLE, 2000. Peter Häberle, "Zeit und Verfassungsstaat – Kulturwissenschaftlich betrachtet", *Jura: Juristische Ausbildung*, 1 (2000), pp. 1-10
- HÄBERLE, 2006. Peter Häberle, "A Constitutional Law for the Future Generations – The 'Other' Form of the Social Contract: The Generation Contract", in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 215-29
- HARTMANN, 1981. Nicolai Hartmann, "Love the Remote", in *Responsibilities to Future Generations – Environmental Ethics*, ed. Ernest Partridge, Nova Iorque, pp. 305-8
- HARTWIG, 2008. Matthias Hartwig, "La Costituzione come promessa del futuro", in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. ed. Raffaele Bifulco & Antonio d'Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 57-69
- HATTENHAUER, 1996. Hans Hattenhauer, "Über das Minderjährigenwahlrecht", *Juristenzeitung*, 1 (1996), pp. 9-16

- JÁVOR, 2006. Benedek Jávor, “Institutional Protection of Succeeding Generations – Ombudsman for Future Generations in Hungary”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 282-98
- JONAS, 1995. Hans Jonas, *El Principio de Responsabilidad – Ensayo de una Ética para la Civilización Tecnológica*, Barcelona: Herder
- KAVKA, 1982. Gregory S. Kavka, “The Paradox of Future Individuals”, *Philosophy & Public Affairs*, 11 (1982), pp. 93-112
- KLUTH, 2009. Winfried Kluth, “Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 68 (2009), pp. 246-89
- KUMAR, 2003. Rahul Kumar, “Who Can Be Wronged?”, *Philosophy and Public Affairs*, 31 (2003), pp. 99-118
- LÖW 1993. Konrad Löw, “Verfassungsgebot Kinderwahlrecht? Ein Beitrag zur Verfassungsdiskussion”, *Familie und Recht*, 1 (1993), pp. 25-8
- LUCIANI, 2008. Massimo Luciani, “Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali”, in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco & Antonio d’Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 423-41
- MACKLIN, 1981. Ruth Macklin, “Can Future Generations Correctly Be Said To Have Rights?”, in *Responsibilities to Future Generations Environmental Ethics*, ed. Ernest Partridge, Nova Iorque: Prometheus Books
- MARSHALL, 1961. Geoffrey Marshall, “Justiciability”, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. G. Guest, Oxford: Oxford University Press, pp. 265-70
- MARTINS, 2016. Maria d’Oliveira Martins, *A Despesa Pública Justa – Uma Análise Jurídico-Constitucional do Tema da Justiça na Despesa Pública*, Coimbra: Almedina
- MAZZINA, 2008. Paola Mazzina, “Quali strumenti per tutelare le generazioni future?”, in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco e Antonio d’Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 361-75
- MERK, 197. Peter Merk, “Wahlrechte ohne Altersgrenze?”, in *Jugend und Politik – Ein Handbuch für Forschung, Lehre und Praxis*, ed. Christian Palentien & Klaus Hurrelmann, Neuwied
- MIRANDA, 2010. Jorge Miranda, “Democracia e Constituição para lá do Estado”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 11 (2010), pp. 33-46
- MÜNCH, 1995. Ingo von MÜch, “Kinderwahlrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1995), pp. 3165-6
- NEVES, 2007. António Castanheira Neves, “O Direito Interrogado pelo Tempo Presente na Perspetiva do Futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 83 (2007), pp. 1-72
- PALOMBELLA, 2008. Gianluigi, Palombella, “Ragioni di giustizia”, in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco & Antonio d’Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 3-28

- PARFIT, 1984. Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press
- RAMIRES, 2016. Maurício, Ramires, *Diálogo Judicial Internacional – O Uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris
- RAWLS, 1999. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, Harvard
- RIMOLI, Francesco, “Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future”, *I diritti costituzionali*, vol. II, ed. R. Nania & P. Ridola, Giappicheli, Turim, pp. 527 et seq.
- RITA, 2008. Carlo de Rita, “Generazioni future, soggettività post-naturale e dignità umana”, *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco e Antonio d’Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 511-20
- SALADIN & ZENGER, 1988. Peter Saladin & Christoph Andreas Zenger, *Rechte künftiger Generationen*, Basel: Helbing & Lichtenhahn
- SCHRÖDER, 2011. Meinhard Schröder, “The Concept of Intergenerational Justice in German Constitutional Law”, *Ritsumeikan Law Review*, 28 (2011), pp. 321-30
- SHOHAM & LAMAY, 2006. Shlomo Shoham & Nira Lamay, “Commission for Future Generations in the Knesset – Lessons Learnt”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 244-81
- SILVA, 2010. Jorge Pereira da Silva, “Breve ensaio sobre a proteção constitucional dos direitos das gerações futuras”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral Amaral*, ed. Augusto de Athayde, João Caupers & Maria da Glória Garcia, Coimbra: Almedina, pp. 459-503
- SOLUM, 2001. Lawrence B. Solum, “To Our Children’s Children. The Problems of Intergenerational Ethics”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 35 (2001), pp. 163-234
- SPADARO, 2008. Antonino Spadaro, “L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione”, in *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, ed. Raffaele Bifulco & Antonio d’Aloia, Nápoles: Ed. Jovene, pp. 71-111
- THOMPSON, 2007. Dennis Thompson, “In rappresentanza delle generazioni future. Presentismo politico e amministrazione fiduciaria democratica”, *Filosofia & Questioni Pubbliche*, 12 (2007), pp. 13-29
- THOMPSON, 2010. Janna Thompson, “What is Intergenerational Justice”, in *Future Justice*, ed. Helen Sykes, Melbourne: Future Leaders, pp. 5-20
- TÓTH, 2010. Éva Tóth, “The Parliamentary Commissioner for Future Generations of Hungary and his Impact”, *Intergenerational Justice Review*, 10 (2010), pp. 18-24
- TREMMELE, 2006a. Jörg Tremmel, “Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 187-214
- TREMMELE, 2006b. Jörg Tremmel, “How Can Future Generations Be Protected by Changing Constitutions?”, *Do We Owe Them a Future? The Opportunities of a Representation for Future Generations in Europe*, ed. Benedek Jáver & Judit Rácz, Budapest: Védegylet, pp. 31-69

- URBANO, 2014. Maria Benedita Urbano, “A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos*, ed. Gonçalo de Almeida Ribeiro & Luís Pereira Coutinho, Coimbra: Almedina, pp. 9-48
- VAZ, 2015a. Manuel Afonso Vaz, “Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, de 5 de abril”, in *Direito Constitucional – Questões e casos práticos*, ed. Manuel Afonso Vaz et al., Porto: Universidade Católica Editora, pp. 185-95
- VAZ, 2015b. Manuel Afonso Vaz, *Teoria da Constituição – O que é a Constituição, hoje?*, 2.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora
- WEISS, 1992. Edith Brown Weiss, “In Fairness to Future Generations and Sustainable Development”, *American University International Law Review*, 8 (1992), pp. 19-26
- VETTERLING-BRAGGIN, 1983. Mary Vetterling-Braggin, “Should Children be Granted All Adult Rights?”, *Journal of Social Philosophy*, 14 (1983), pp. 42-6.
- WOLFF, 2000. Heinrich Amadeus Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck
- ZIVIER, 1999. Ernst R. Zivier, “Mehrfaches Wahlrecht für Kinderreiche? Zur Frage eines Wahlrechts von Geburt an”, *Recht und Politik* (1999), pp. 156-60

III.

Políticas Públicas

A Dívida Pública como Problema Intergeracional

J. ALBANO SANTOS

Ensaio sobre a Solidariedade Intergeracional
e sua Incidência na Despesa Pública

MARIA D'OLIVEIRA MARTINS

Breves Noções de Sustentabilidade Ecológica

BRUNO PINTO

Precaução e Proteção do Ambiente:
Da Incerteza à Condicionalidade

CARLA AMADO GOMES

A Sustentabilidade da Segurança Social

NAZARÉ COSTA CABRAL

Demografia, Migrações e Sustentabilidade
Intergeracional

GONÇALO SARAIVA MATIAS

Justiça Intergeracional e Mercado de Trabalho:
Apontamentos para uma Aproximação Juslaboral

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO

A Dívida Pública como Problema Intergeracional

J. ALBANO SANTOS*

1. O quadro intergeracional: uma introdução

A ideia de que as sucessivas gerações não constituem fenómenos estanques entre si, para além de muito antiga, é transversal a diversas culturas – bem se pode dizer que «é um valor universal partilhado pela humanidade»¹. Mais do que isso, manifesta-se recorrentemente o entendimento de que os laços que, pela natureza das coisas, se estabelecem entre as diversas gerações envolvem um conjunto de direitos e de deveres recíprocos – de tal modo que o político e filósofo britânico Edmund Burke (1729-1797) não hesitou em afirmar que «a Sociedade é, realmente, um contrato, [...] uma parceria, não apenas entre aqueles que vivem atualmente, mas entre estes, aqueles que estão mortos e aqueles que hão de nascer» (BURKE, 1790)². No que toca à existência de deveres para com os antepassados, a Antropologia ensina que «um dos primeiros grupos de seres com os quais os homens tiveram de contratar, e que por definição estavam lá para contratar com eles, eram antes de mais os espíritos dos mortos e dos deuses. Com efeito, são eles os verdadeiros proprietários das coisas e dos bens do mundo. Era com eles que era mais necessário trocar e mais perigoso não trocar» (MAUSS, 1950). Desta crença resultavam,

* Economista pelo ISEG (1973). Professor Auxiliar Convidado do ISCSP e do ISEG nas áreas da *Economia Pública* e das *Finanças Públicas*. Controlador Financeiro do Ministério da Saúde. Secretário-Geral do Ministério das Obras Públicas. Adjunto do Ministro da República para a R. A. dos Açores. Adjunto do Ministro das Finanças. Dos trabalhos publicados destacam-se *Finanças Públicas* (INA Editora, 2.^a edição, 2016), *Economia Pública* (Coleção Manuais Pedagógicos, ISCSP, 2.^a edição, 2012) e *Teoria Fiscal* (Coleção Manuais Pedagógicos, ISCSP, 2.^a edição, 2013).

¹ Cf. *Intergenerational Solidarity and the Needs of Future Generations*, relatório da Assembleia-Geral da ONU (A/68/100), 5 de agosto de 2013.

² No dizer do filósofo norte-americano John Rawls (1921-2002), «os membros das diferentes gerações têm deveres e obrigações uns para com os outros, tal como os contemporâneos face aos seus» (RAWLS, 1971).

aliás, normas de conduta a observar por parte dos vivos – nas antigas culturas indo-europeias, os mortos eram tidos como seres divinos, mas, para que pudessem gozar de uma existência bem-aventurada, impunha-se o respeito por «uma condição indispensável à sua felicidade; era preciso que nos tempos próprios os vivos lhes trouxessem as suas oferendas» (COULANGES, 1888)³.

O alcance da influência que, neste contexto, os antepassados são supostos exercer no comportamento dos homens foi, entretanto, bem vincado, ainda que num registo diferente, pelo filósofo francês Auguste Comte (1798-1857). Tomando a Humanidade, não como uma espécie biológica, mas como uma entidade moral que qualificava como um «ser imenso e eterno que se compõe muito mais de mortos do que de vivos» (COMTE, 1848), o fundador do positivismo era levado a afirmar que «os vivos são sempre, e cada vez mais, governados necessariamente pelos mortos: é esta a lei fundamental da ordem humana» (COMTE, 1852).

Perante esta tese, abre-se um espaço onde, no limite, é possível falar na perspetiva de uma *tiranía dos mortos* (GOSSERIES, 2004). Mas ainda que se rejeite tal hipótese extrema, parece razoável admitir que, mesmo em sociedades relativamente secularizadas, subsiste um sentimento muito divulgado de que «os deveres para com os mortos estão entre as mais firmes das obrigações morais, pelo menos quando se trata de mortos que nos são relativamente próximos» (GOSSERIES, 2004)⁴ – sendo certo que a generalidade destas obrigações tem uma clara incidência económica (v.g., construção e manutenção de monumentos, celebrações comemorativas).

³ Perfilava-se, assim, o que Fustel de Coulanges (1830-1889) designa por uma «troca perpétua de bons serviços», através da qual «o antepassado recebia dos seus descendentes a série de repastos fúnebres» indispensáveis à sua segunda vida e cada descendente recebia dos seus antepassados «o auxílio e toda a força de que necessitava» (*ibidem*). Refira-se que a crença na necessidade de proporcionar alimentos aos mortos persistiu durante muito tempo. Alguns escritores da Antiguidade Greco-Latina ainda a refletem claramente, como ilustra o caso de Eurípedes (480-406 a. C.) que coloca na boca de Ifigénia as seguintes palavras: «Verto sobre a terra do túmulo o leite, o mel, o vinho, porque é com isto que os mortos sentem prazer» – cf. *Ifigénia entre os Tauros*, 157.

⁴ Este entendimento tem raízes filosóficas distantes: Aristóteles, por exemplo, já afirma que «num certo sentido, parece haver para um morto males e bens, tal como os há para um vivo, mesmo que aquele não tenha consciência disso. É, por exemplo, o caso das honras e das desonras, das boas ações praticadas e das desventuras que acontecem aos seus filhos e, de um modo geral, aos seus descendentes» – cf. *Ética a Nicómaco*, Livro I, IX, 1100a.

Na base destas obrigações para com os antepassados destaca-se, entretanto, a dívida que cada geração presente tem para com eles – de tal modo elevada que Montesquieu (1689-1755), reportando-se à Pátria, afirma que «ao nascer, contrai-se para com ela uma dívida imensa que nunca se pode pagar» (MONTESQUIEU, 1748). No dizer do estadista francês Léon Bourgeois (1851-1925), Prémio Nobel da Paz (1920), «o imenso reservatório de utilidades acumuladas pela humanidade» de que desfrutamos constitui uma «dívida para com todos os mortos que deixaram essa herança, para com todos aqueles cujo trabalho transformou a terra rude e desabrigada dos primeiros tempos num imenso campo fértil, numa fábrica criadora» (BOURGEOIS, 1896).

Ora, a humanidade anterior não reuniu este tesouro para uma dada geração ou para um grupo específico de homens: «é para todos aqueles que serão chamados à vida que todos aqueles que estão mortos criaram este capital de ideias, de forças e de utilidades. É, pois, a todos aqueles que virão depois de nós que recebemos dos antepassados o encargo de pagar a dívida; é um legado de todo o passado a todo o futuro. Cada geração que passa só pode considerar-se, verdadeiramente, como sendo usufrutuária⁵, está apenas investida no encargo de o conservar e de o restituir fielmente» (BOURGEOIS, 1896).

O Autor retoma, aqui, o entendimento do filósofo francês François Huet (1814-1869), segundo o qual «quando a mão liberal da Providência confiou aos nossos primeiros pais um solo fértil com todas as espécies de recursos naturais, não foi para devorarem esterilmente um capital tão rico e desaparecerem depois de uma terra devastada, levando consigo o futuro da humanidade. Receberam esse belo património para eles e para os seus descendentes». Assim, «a mais simples equidade exige que cada homem deixe depois de si, para uso dos seus sucessores, *pelo menos* o equivalente ao que recebeu dos seus predecessores» (HUET, 1853, *italico* nosso).

Não basta, pois, conservar este legado, uma vez que, olhando para trás, vemos que cada época juntou alguma coisa ao capital recebido das gerações anteriores. Assim, e ainda no dizer de Léon Bourgeois, «qualquer homem, no momento a seguir ao seu nascimento, contrai [...] a obrigação de concorrer, com o seu próprio esforço, não apenas para

⁵ De realçar que, mais de cem anos antes, Thomas Jefferson (1743-1826), antigo presidente dos EUA, já tinha defendido que «a terra pertence em regime de usufruto aos que vivem» – cf. carta de 6 de setembro de 1789 a James Madison, *in* BERGH, 1905.

a manutenção da civilização da qual vai fazer parte, mas também para o desenvolvimento futuro dessa civilização» (BOURGEOIS, 1896). Ou seja: cada homem vivo deve às gerações seguintes, não só a herança que recebeu das gerações passadas, como também o seu contributo para engrandecer esse capital⁶.

Trata-se, aliás, de um capital multifacetado: para usar as palavras de Abraham Lincoln (1809-1865), as «dádivas fundamentais» que recebemos das gerações anteriores vão do território que habitamos, com a fertilidade do solo e a salubridade do clima, às instituições básicas da Sociedade, nomeadamente o edifício político construído com base nos valores essenciais da liberdade e da igualdade de direitos. Cabe-nos «transmitir isto, o primeiro sem ser profanado pelos pés de um invasor, o último preservado durante o tempo transcorrido e livre de usurpação, até à última geração que o destino permitirá ao mundo conhecer»⁷.

No encadeamento de gerações perfilam-se, entretanto, fortes assimetrias que se manifestam em vários planos. Por um lado, as ações da geração presente têm impactes muito diferentes nas outras gerações: reduzido quanto às anteriores, grande em relação à atual e potencialmente decisivo sobre as que viverão no futuro⁸; por outro lado, as gerações futuras, pela própria natureza das coisas, não podem atuar sobre a geração presente. Ora, desta capacidade assimétrica que as diferentes gerações têm para se influenciar reciprocamente é possível retirar que qualquer ética intergeracional que se queira estabelecer terá de ter contornos distintos da ética intrageracional que, nos diferentes momentos, se aplica aos contemporâneos.

O norte-americano Robert Solow, prémio Nobel da Economia (1987), interroga-se porque é que nos devemos preocupar com a posteridade, dado o facto inelutável de ela não fazer nada por nós. Encontra três argumentos para o efeito: [1] vivemos numa cultura orientada para o futuro porque as culturas sem essa orientação têm uma baixa probabilidade

⁶ À luz desta ideia, percebe-se bem a afirmação do filósofo francês Jacques Derrida (1930–2004) de que «[...] nenhuma ética, nenhuma política, revolucionária ou não, parece possível, pensável e *justa*, se não reconhecer no seu princípio o respeito por aqueles que já não estão ou por aqueles que ainda não estão cá, presentemente *vivos*, tenham eles já falecido ou não tenham ainda nascido» (DERRIDA, 1993).

⁷ Cf. *The Perpetuation of Our Political Institutions*, discurso perante o Young Men's Lyceum of Springfield, Illinois, em 27 de janeiro de 1838, in BASLER, 1953.

⁸ Basta pensar que, dada a evolução tecnológica, a geração atual tem capacidade para eliminar a vida na Terra.

de sobreviverem por muito tempo⁹; [2] sentimos um dever para com o futuro na medida em que estamos conscientes de termos uma dívida para com o passado (sabemos bem que boa parte do nível de vida de que desfrutamos resulta da herança que recebemos dos nossos antecessores); e [3] preocupamo-nos com o futuro porque a natureza humana incita-nos a cuidar do bem-estar dos nossos vindouros, *máxime* os nossos filhos e netos (SOLOW, 1974).

Posto isto, é possível defender que, na sucessão de gerações, as mais recentes são beneficiadas em relação a todas as anteriores, uma vez que, pelo menos tendencialmente, desfrutam de melhores condições de vida, dada a progressiva evolução do capital disponível. Daí que o escritor russo Alexander Herzen (1812-1870) afirme que «o desenvolvimento humano é uma forma de injustiça cronológica» uma vez que «os últimos a chegar podem beneficiar do trabalho dos seus predecessores sem pagar o mesmo preço»¹⁰ e o filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804) refira que «só as últimas gerações terão a sorte de habitar na mansão em que uma longa série dos seus antepassados (talvez, decerto, sem intenção sua) trabalhou, sem no entanto poderem partilhar da felicidade que prepararam» (KANT, 1784).

Perante esta tese do benefício relativo das gerações futuras tem vindo a avolumar-se, entretanto, um argumento de sentido oposto: a posteridade está, pelo contrário, a ser gravemente penalizada pela geração atual. Na base do florescimento desta ideia, destacam-se dois tópicos fundamentais – o ambiente e a dívida pública. O primeiro, decorre da evidente degradação ecológica a que o planeta tem vindo a ser sujeito e que é imperioso travar, sob pena de graves incidências na qualidade de vida dos nossos vindouros ou, até, de extinção da espécie humana¹¹. Devemos cuidar do planeta, desde logo, porque ele não nos pertence: segundo um

⁹ Trata-se de um parecer de índole darwiniana: a preocupação com a sobrevivência da espécie.

¹⁰ O filósofo materialista Nikolay Chernyshevsky (1828-1889) viria, entretanto, a glosar esta ideia em termos sugestivos, ao defender que «a História gosta dos seus netos, visto que lhes oferece o tutano dos ossos que as gerações anteriores feriram as mãos a quebrar» – citações feitas pelo filósofo liberal Isaiah Berlin (1909-1997) na introdução a VENTURI, 1952.

¹¹ De facto, já há quem defenda que «as espécies mais importantes que estão em perigo de extinção não são a águia de cabeça branca ou algumas espécies de besouro de que ainda há milhões de exemplares; é a raça humana» – cf. Wilfred Beckerman, *in* TREMMEL, 2006.

celebrado provérbio, «não herdámos a Terra dos nossos antepassados, foi-nos emprestada pelos nossos filhos»¹².

Importa, aliás, não perder de vista que a questão ambiental assumiu uma importância suficiente para levar o filósofo alemão Hans Jonas (1903-1993) a perfilar um paradigma alternativo àquele que envolve Kant e Rawls. Reconhecendo que «as possibilidades apocalípticas contidas na tecnologia moderna» implicam que a existência humana tenha «um carácter precário, vulnerável e afastável», Jonas imputa ao Homem a responsabilidade da sua preservação. Daí que justaponha ao imperativo categórico de Kant¹³ uma nova fórmula, de alcance bem diferente: *age de tal maneira que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana na Terra* (JONAS, 1979).

Já quanto à dívida pública, a sua evocação como fator de injustiça no contexto intergeracional tende a ser um fenómeno recorrente. Com efeito, de há muito que, sempre que se verifica um crescimento acentuado desta variável, surgem vozes preocupadas com as repercussões que isso irá trazer para as gerações futuras. Ora, o mundo ocidental tem vindo a atravessar um desses períodos, com a dívida pública a crescer de modo persistente desde a década de 70 do século passado, com particular intensidade na sequência da crise financeira de 2008. O gráfico da fig. 1 ilustra esta dinâmica confrontando a evolução da dívida pública em Portugal, nos países da Zona Euro e nos Estados Unidos da América.

Este crescimento continuado levou a dívida pública a passar, na média dos países da Zona Euro, de cerca de 25% do PIB em 1970 para valores da ordem dos 90% do PIB em 2015 – um aumento suficientemente intenso e duradouro para justificar a ideia de transformação do chamado *Estado fiscal* (SCHUMPETER, 1918) em *Estado da dívida* (STREECK, 2013). Na sequência deste movimento, a generalidade dos países apresenta dívidas públicas com valores historicamente elevados, como mostra o gráfico da fig. 2. Portugal, uma das dívidas públicas mais elevadas no quadro da Zona Euro, com valores próximos dos 130 por cento do PIB, é um caso evidente desta realidade.

¹² Este sugestivo aforismo mostra bem o carácter culturalmente transversal da ideia que lhe subjaz: atente-se no facto de a sua origem ser disputada, nomeadamente, pelos índios Sioux da América do Norte e pela tribo africana Kikuyu, do Quênia.

¹³ Que se pode expressar nos seguintes termos: *age somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal* (KANT, 1785).

Fig. 1 – Evolução Comparada da Dívida Pública em Portugal, na Zona Euro e nos EUA (1970-2015)¹⁴

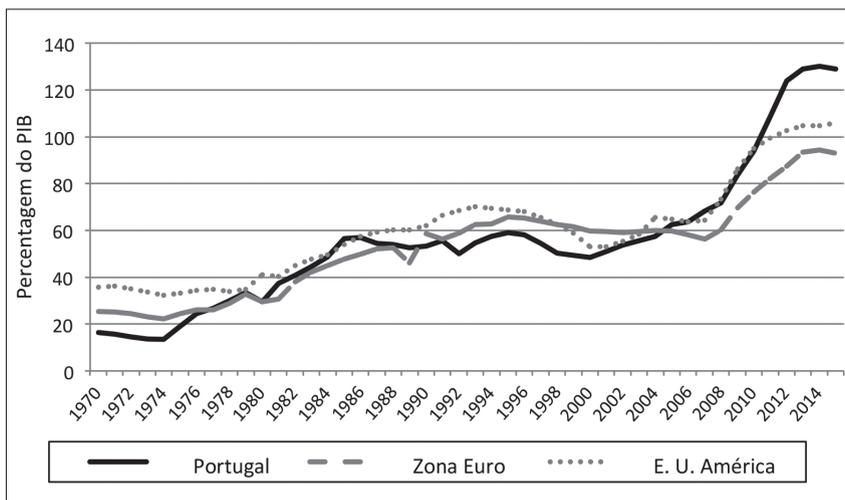
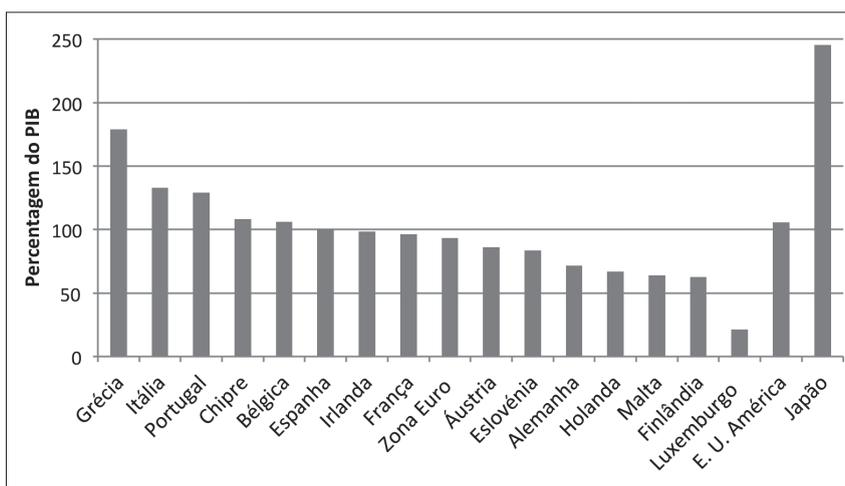


Fig. 2 – O peso da Dívida Pública nos Países da Zona Euro, nos EUA e no Japão (2015)¹⁵



¹⁴ Fonte: FMI, *Historical Public Debt Database*, exceto para os anos de 2013 a 2015 (inclusive), cujos valores foram retirados da base de dados AMECO. Importa ter presente esta quebra de série.

¹⁵ Fonte: AMECO.

Ora, como sempre acontece na sequência de períodos de forte aumento da dívida pública, também neste caso o debate sobre as consequências do crescimento desta variável, particularmente para as gerações futuras, reacendeu-se no nosso País, tal como na generalidade dos países que enfrentam uma realidade semelhante. Para que se possa avaliar o alcance da polémica, interessa estabelecer uma breve análise dos argumentos que, ao longo de séculos, têm vindo a ser trocados por ambos os lados da barreira na histórica controvérsia da dívida pública. É o que se faz no ponto seguinte.

2. A dívida pública: uma controvérsia antiga¹⁶

É normalmente entendido que a dívida pública, com os traços fundamentais que hoje lhe conhecemos, remonta aos séculos XIV e XV nas antigas cidades da Renascença Italiana (v.g., Florença, Génova, Veneza)¹⁷. A partir de então, os governos da generalidade dos países europeus passaram a recorrer, progressivamente, a este meio de financiamento, de tal modo que, no último quartel do século XVIII, já se proclamava, numa obra de referência sobre Finanças Públicas, que «o mais singular e importante traço político do tempo presente é, sem dúvida, a pesada carga de dívidas públicas com que estão oneradas quase todas as nações da Europa» (SINCLAIR, 1784)¹⁸.

O nosso País não escapa a este sentimento: basta ter presente que o padre e escritor José Agostinho de Macedo (1761-1831) já se referia à

¹⁶ O texto seguinte retoma, na sua essência, o exposto em SANTOS, 2010.

¹⁷ Claro que o recurso ao crédito como meio de financiamento de despesas públicas pode-se considerar uma realidade de todos os tempos. Todavia, só numa fase muito adiantada da História se deve começar a falar, com propriedade, de *crédito público* e, especialmente, de *dívida pública*. Com efeito, durante muito tempo, os empréstimos obtidos pelas diversas espécies de monarcas estavam intimamente ligados ao crédito pessoal — sendo certo que, para merecer o qualificativo de pública, uma dívida «não deve constar como pessoal, isto é, como obrigação de uma pessoa, seja ela príncipe ou rei, mas sim de uma coletividade no seu conjunto, como seja uma cidade ou um estado» — cf. Jean-Yves Grenier, *Dettes d'État, Dette Publique*, in ANDREAU *et al.* 2006.

¹⁸ O Prof. Henry Adams (1851-1921) referia, entretanto, que «é muito difícil perceber este novo método de financiamento, porque fez o seu aparecimento ao mesmo tempo que a riqueza crescia rapidamente. O mundo torna-se cada dia mais rico [...] e contudo, apesar da acrescida opulência, os governos mergulham na dívida» (ADAMS, 1887).

«enorme, enormíssima, e insolvível dívida pública» (MACEDO, 1830)¹⁹ e o lente coimbrão António Pereira Jardim (1821-1888) reclamava que «é tal a tendência entre nós para contrahir empréstimos, que a mais pequena parochia procura motivos e ensejo para tomar capital emprestado: há exaggeração» (JARDIM, 1872). Aliás, esta prática atingia tal dimensão que a realidade anterior a 1880 já levava a afirmar que «um *deficit* enorme ameaça toda a riqueza nacional», pois cresce «d'uma maneira fabulosa» (TEIXEIRA, 1882)²⁰. Daí que a dívida pública fosse qualificada como uma «traça roedora dos tesouros públicos da Europa e América» e uma «pesada carga que definha os povos»²¹.

Ora, a entrada em cena do recurso aos empréstimos públicos como prática corrente teve consequências de monta na generalidade dos países – de tal modo que o estadista francês Charles D'Audiffret (1787-1878) não hesitou em afirmar que «o advento do crédito público produziu uma revolução não menos decisiva para o poder dos governos do que a descoberta da pólvora de canhão para o dos instrumentos de guerra» (D'AUDIFFRET, 1840). O fenómeno, aliás, cedo começou a desencadear controvérsia, desde logo porque se inscrevia num ambiente cultural tradicionalmente hostil à prática de empréstimos com juros, os quais, independentemente do seu valor, eram qualificados de usura.

De facto, aquela hostilidade já é recorrente no Antigo Testamento²² e Aristóteles reflete-a bem quando defende que «há razão para execrar a usura» visto que «o juro é dinheiro produzido pelo próprio dinheiro; e de todas as aquisições, é a mais contrária à natureza»²³. Também os chamados Doutores da Igreja adotam esta linha de pensamento — basta recordar que Santo Ambrósio (*circa* 340-397) interroga-se «o que é

¹⁹ Exclamava, aliás: «poderosa alavanca he esta nas mãos dos Arquimedes revolucionários, com ella querem mover a vasta máqina da Terra, e com ella sustentão as revoluções» (*ibidem*).

²⁰ A «epidemia de *deficits*» (VIEIRA, 1905) levou o Prof. Armindo Monteiro (1896-1955) a cunhar uma afirmação que, perto de cem anos depois, mantém uma notável atualidade: «a história do *deficit* é a história das finanças portuguesas» (MONTEIRO, 1921).

²¹ Cf. *O Panorama*, n.º 210, 8 de maio de 1841.

²² Atente-se nas seguintes passagens: «se emprestares dinheiro a alguém do meu povo, ao indigente que está contigo, não serás para ele como um usurário: não lhe imporás juros» (*Ex* 22,24). Aquele que «empresta com usura e recebe juros» comete um «crime abominável» e «seguramente, não viverá» (*Ez* 18,13). A Bíblia prescreve, aliás, o perdão regular das dívidas: «de sete em sete anos, cumprirás a lei do perdão das dívidas» (*Dt* 15,1).

²³ Cf. *Politica*, I,3.

emprestar com juros senão matar um homem?»²⁴ e que, para S. Tomás de Aquino (1225-1274), «um homem que recebe um empréstimo de dinheiro, ou de qualquer coisa semelhante, cujo uso é o seu consumo, não é obrigado a devolver mais do que recebeu de empréstimo: assim, é contrário à justiça se for obrigado a restituir mais»²⁵.

Com o florescimento das doutrinas mercantilistas surgem, entretanto, autores que defendem abertamente o recurso à dívida pública através de diversos argumentos. Assim, Jean-François Melon (1675-1738) alega que a dívida pública, quando colocada junto de credores nacionais, não enfraquece o país, dado que «as dívidas de um estado são dívidas da mão direita à mão esquerda» (MELON, 1734)²⁶ e George Berkeley (1685-1753) sustenta que o progresso da Grã-Bretanha era devido aos empréstimos públicos, pelo que estes deviam ser considerados «uma mina de ouro»²⁷. Um autor de origem portuguesa, Isaac de Pinto (1720-1791), defende que os empréstimos públicos «enriquecem efetivamente o Estado e não o empobrecem», dado que os títulos de dívida pública se somam à riqueza já existente²⁸. Esta tese é bem vincada por James Steuart (1713-1780) para quem «o Estado tem por função retirar dos cofres, através de impostos ou de empréstimos públicos, os fundos que aí estão estagnados, e canalizá-los para despesas públicas úteis e produtivas, assegurando assim que o fluxo de rendimento completará o seu circuito»²⁹. Daí que, no seu entender, «o efeito dos empréstimos públicos ou da dívida pública é o de aumentar o rendimento duradouro do país, a partir do dinheiro parado

²⁴ Cf. *De Tobia*, citado em CHOUCRI, 1955.

²⁵ Cf. *Summa Theologica*, II, q. 78, 2. De realçar que os canonistas prolongaram esta tese, de tal modo que, em meados do séc. XVIII, ainda a Encíclica *Vix Pervenit*, promulgada em 1745 pelo Papa Bento XIV, apontava o caráter pecaminoso da cobrança de juros num empréstimo.

²⁶ Voltaire retoma esta opinião afirmando que «um Estado que só deve a si próprio não empobrece, e as suas próprias dívidas são um novo estímulo para a indústria» – cf. *Observations sur M. Jean Lass, Melon, Dutot sur le Commerce, le Luxe les Monnaies et l'Impôt*, 1758, citado em GARNIER, 1858.

²⁷ Cf. *The Querist*, n.º 233, 1735-37, citado em BULLOCK, 1906.

²⁸ Cf. *Traité de la Circulation et du Crédit*, 1771, *ibidem*. Assim, Pinto defende que, mesmo que se pudesse pagar toda a dívida pública, isso seria um erro.

²⁹ Cf. Walter Stettner, *Nineteenth Century Public Debt Theories in Great Britain and Germany*, 1944, citado em SALSMAN, 2012. Cf. STETTNER, 1945.

[...]» (STEUART, 1767)³⁰. A aceitação colhida por esta ideia reflete-se na afirmação de Alexander Hamilton (1757-1804) de que «a dívida pública, se não for excessiva, será para nós uma bênção nacional»³¹, uma vez que se trata de «um meio de acelerar o rápido emprego de todas as capacidades da nação»³². Segundo este antigo Ministro das Finanças dos EUA, «o crédito, seja público ou privado, é da maior importância para qualquer país»; mais do que isso, «não pode haver época ou situação na qual o crédito não seja essencial para uma nação», pois ele é, «não apenas um dos principais pilares da segurança pública, como está entre os principais motores de empreendimentos úteis e de progresso interno». E perante o argumento dos excessos que o crédito permite, Hamilton replicava: «é inútil tentar denegrir o crédito objetando com os seus abusos. Existe alguma coisa que não seja suscetível de abuso ou de uso indevido? [...] Até a própria liberdade, ao degenerar em licenciosidade, produz uma terrível complicação de males e gera a sua própria destruição» (*ibidem*).

A defesa da dívida pública chega a ser feita em termos encomiásticos, como mostra o seguinte trecho: «os progressos da civilização e da riqueza dos povos abriram aos governos o inesgotável tesouro do crédito. Esta conquista recente da paz, da ordem e da justiça, sobre a violência, as dilapidações e o arbitrário da autoridade superior, tornou-se a medida do poder relativo das nações» (D'AUDIFFRET, 1840). O número crescente de apoiantes do recurso ao crédito público, bem como os argumentos por eles aduzidos, não foram, porém, suficientes para calar as vozes daqueles que mantinham viva a tradicional oposição teórica — acentua-se, pois, a controvérsia sobre a dívida pública.

Assim, por exemplo, o filósofo escocês David Hume (1711-1776) parece já descortinar uma questão de justiça intergeracional quando aponta o expediente que é «hipotecar as receitas públicas e confiar que a posteridade pagará os encargos contraídos pelos seus antecessores», algo que tem por «uma prática que parece ruínosa para além de toda a controvérsia». Daí que só vislumbre duas alternativas: «ou a nação

³⁰ O Autor esclarecia que «os empréstimos são subscritos por dinheiro que está parado e que o dono deseja realizar: se não conseguir melhor, empresta-o ao Estado; caso contrário, não empresta» (*ibidem*).

³¹ Cf. carta a Robert Morris em 30 de abril de 1781, citada em Douglas Elmendorf e Gregory Mankiw, *Government Debt*, in TAYLOR & WOODFORD, 1999.

³² Cf. *Public Credit*, n.º 2, relatório comunicado ao Senado em 21 de janeiro de 1795, in *Reports of the Secretary of the Treasury of the United States*, Vol. I, Washington, 1828.

destrói o crédito público, ou o crédito público destrói a nação» (HUME, 1752). Com efeito, na sequência do recurso continuado à dívida pública, «os impostos podem, a seu tempo, tornar-se completamente intoleráveis e todo o património do Estado passar para as mãos do público» (HUME, 1741).

Esta conotação dos empréstimos com impostos futuros é, aliás, uma constante. Já Jean-Baptiste Colbert (1619-1683) entendia que, simplesmente, «depois dos empréstimos, há que lançar impostos para os pagar; e se os empréstimos não têm limites, os impostos também não os terão» (CLÉMENT, 1846)³³. O seu sucessor no cargo, o fisiocrata Turgot, Ministro das Finanças de Luís XVI, tinha uma variante desta posição: rejeitava os empréstimos porque eles implicam, «ao fim de algum tempo, ou a bancarrota ou o aumento dos impostos». Daí que, na sua opinião, «em tempo de paz só se deve permitir o recurso a empréstimos para liquidar dívidas antigas ou para reembolsar outros empréstimos contraídos anteriormente em condições mais onerosas»³⁴.

Mas se isto é, assim, tão evidente, como explicar o intenso recurso ao crédito que já então se verificava por parte dos mais descontraídos governos? David Hume fornece a justificação, alegando que «é muito tentador para um ministro usar tal expediente, dado que lhe permite fazer uma grande figura durante a sua administração sem sobrecarregar o povo com impostos ou despertar quaisquer clamores contra si próprio. A prática de contrair dívida, portanto, será, quase infalivelmente, objeto de abuso em qualquer governo. Dificilmente será mais imprudente dar a um filho pródigo um crédito em cada agência bancária de Londres do que dar poderes a um estadista para, desta maneira, sacar letras sobre a posteridade» (HUME, 1752)³⁵. A corrente crítica da dívida pública viria, entretanto, a ser polarizada pelos economistas da *Escola Clássica*.

³³ Neste aspeto, o seu compatriota Joseph Garnier (1813-1881) seria terminante: «em última análise, o empréstimo não é mais do que uma variedade particular de imposto», embora com uma agravante: o empréstimo público «exerce uma ação deletéria sobre a moralidade dos povos e dos governantes» (GARNIER, 1858).

³⁴ Cf. carta ao rei em 24 de agosto de 1774 in DUPÂQUIER & LACHIVER, 1970, e RIVOLI, 1975.

³⁵ O referido Joseph Garnier viria a glosar esta ideia nos seguintes termos: para os políticos «é tão agradável dispor da fortuna dos contribuintes, usá-la largamente, terem-se na conta, por isso, de pessoas espertas e terem direito ao reconhecimento público» (HUME, 1752). Este argumento subsiste nos dias de hoje, praticamente inalterado: segundo James Buchanan (1919-2013), por exemplo, «para os políticos eleitos, deve ser óbvio o atrativo de financiar despesa pela emissão de dívida. Pedir emprestado permite realizar

Assim, Adam Smith (1723-1790) defende que o capital emprestado ao Estado deixa «de manter trabalhadores produtivos para manter pessoas inativas e para ser, de um modo geral, gasto e esbanjado, ao longo do ano, sem qualquer esperança de futura recuperação». Daí que critique as «enormes dívidas que atualmente oprimem e que, provavelmente, serão no futuro a causa da ruína de todas as grandes nações da Europa» (SMITH, 1776) – uma ideia que Frédéric Bastiat (1801-1850) retomaria de forma lapidar: «recorrer ao crédito quer dizer devorar o futuro» (BASTIAT, 1848)³⁶. Já David Ricardo (1772-1823) tem a dívida pública como «um dos mais terríveis flagelos algum dia inventados para atribular uma nação» (RICARDO, 1820)³⁷, dado que o crédito «é um sistema que tende a tornar-nos menos económicos; cega-nos sobre a nossa situação real» (RICARDO, 1817). No seu entender, a dívida é um mal tão grave que «quase nenhum sacrifício seria demasiado grande para nos vermos livres dela». No mesmo sentido, Jean-Baptiste Say (1767-1832) defende que os governos, «em condições normais, só pedem emprestado para dissipar sem retorno os fundos que lhe emprestaram» (SAY, 1803).

Entre os economistas liberais merece destaque, pelo seu pragmatismo nesta matéria, Paul Leroy-Beaulieu (1843-1916), para quem «os empréstimos públicos, em si mesmos, não são nem um bem nem um mal: ou melhor, digamo-lo claramente, a faculdade de o Estado contrair empréstimos é um bem, um bem incontestável. O crédito público é uma força tão respeitável e útil como o crédito privado: é, na verdade, uma força da qual pode ser feito mau uso, como a pólvora, por exemplo, ou a dinamite; mas é indubitável que, em si mesmo, é um bem» (LEROY-

despesa que proporcionará dividendos políticos imediatos, sem incorrer em qualquer custo político imediato» (BUCHANAN, 1984).

³⁶ Na sua essência, a ideia já tinha sido avançada por Thomas Jefferson (1743-1826), presidente dos EUA, nos seguintes termos: «o princípio de gastar dinheiro para ser pago pela posteridade sob o nome de financiamento não é mais do que roubar o futuro em larga escala» – cf. carta de 28 de maio de 1816 a John Taylor *in* BERGH, 1905.

³⁷ A oposição deste clássico à Dívida Pública decorre do facto de considerar que ela tem efeitos negativos sobre a prosperidade económica de um país, por três vias diferentes: (1) a natureza improdutiva das despesas públicas, agravada pelas extravagâncias que, mais facilmente que os impostos, os empréstimos podem financiar; (2) o decréscimo do investimento privado resultante da ilusão de riqueza que ocorre no momento em que a dívida é contraída; e (3) a fuga de capitais para o exterior, para escapar ao acréscimo de impostos exigido pelo subsequente aumento do serviço da dívida. Para uma análise circunstanciada, veja-se CHURCHMAN, 2001.

-BEAULIEU, 1877)³⁸. Vale por dizer que um empréstimo é bom ou mau para a sociedade conforme o seu produto seja utilizado convenientemente ou desperdiçado em aplicações impróprias.

Cabe realçar que a intransigente oposição da generalidade dos economistas clássicos à dívida pública teve, entretanto, uma difusão suficientemente ampla para ultrapassar as mais vincadas barreiras ideológicas – basta ter presente que, se o presidente dos EUA James Madison (1751-1836) afirmava que «uma dívida pública é uma maldição pública»³⁹, o filósofo revolucionário Karl Marx (1818-1883) não hesitava em a execrar como «a alienação do Estado, quer ele seja despótico, constitucional ou republicano», acabando por lhe lançar um anátema: «o crédito público, eis o *credo* do capital» (MARX, 1867).

Ora, as ideias dos apoiantes da Escola Clássica sobre a dívida pública suscitaram vigorosa contestação por parte de um número crescente de autores que, pelo contrário, descortinavam benefícios de vária ordem no recurso ao crédito. O referido filósofo francês François Huet, por exemplo, sustentava que «o empréstimo com juros vai revelar-se uma das mais belas e fecundas invenções do génio social. É vê-lo estimular a poupança, recompensar a economia, desenvolver o gosto pela propriedade, aumentar os capitais, enriquecer o património geral, preparar a redenção material do género humano!» (HUET, 1853). Entre nós, Pereira Jardim reflete este entendimento quando afirma que o crédito é «o principal instrumento do progresso da vida moderna» (JARDIM, 1872).

Entre os críticos das teses clássicas destacam-se os economistas da *Escola Histórica Alemã* que as rejeitavam liminarmente por assentarem num erro: o de considerarem o Estado como improdutivo, com a conseqüente redução dos seus gastos a mera destruição de valor. Contrapõem-lhes as diversas vantagens que atribuem à dívida pública – para Friedrich List (1789-1846), precursor daquela Escola, «o crédito público é uma das mais belas criações da administração moderna e constitui uma bênção para os povos sempre que serve para repartir entre diversas gerações os custos das obras e dos empreendimentos da

³⁸ O Autor adianta que «por certo, uma grande parte dos capitais recolhidos através dos empréstimos foram desperdiçados em guerras e em empreendimentos loucos, algo que não se pode negar; mas o erro disso está nas paixões humanas, nos maus governos, na opinião pública enganada; o procedimento do empréstimo está completamente inocente nestas loucuras» (*ibidem*).

³⁹ Cf. carta a Henry Lee em 13 de abril de 1790, segundo Douglas Elmendorf e Gregory Mankiw, *Government Debt*, in TAYLOR & WOODFORD, 1999.

geração presente que interessam ao futuro da nação e que lhe asseguram a existência, o desenvolvimento, a grandeza e o acréscimo das suas forças produtivas [...]» (LIST, 1841).

Seguindo esta linha de pensamento, Gustav Cohn (1840-1918) salienta que «o crédito é um fruto do avanço da civilização» (COHN, 1889) e Lorenz von Stein (1815-1890) faz notar que a dívida pública é reprodutiva de duas formas: diretamente, quando é aplicada em despesas que geram rendimento para o Estado; indiretamente, quando é gasta em operações que melhoram a capacidade produtiva da população⁴⁰. Assim, «há que julgar como atrasada toda a autoridade orçamental que não sabe como fazer uso do seu crédito»⁴¹. Aliás, tendo em vista o papel da dívida pública na equidade intergerações, «colocar dívida pública passou a ser, não uma manifestação de dificuldades financeiras, mas, simplesmente, uma obrigação do Estado»⁴² – daí que von Stein não hesite em afirmar que «um Estado sem dívida pública, ou importa-se muito pouco com o seu futuro, ou exige demasiado do seu presente»⁴³.

Este debate reacende-se no século XX e chega aos nossos dias. De facto, com a teoria keynesiana a dívida pública passa a ser abordada numa lógica macroeconómica – no quadro das chamadas *Finanças Funcionais*, o recurso à dívida torna-se num simples subproduto da política orçamental visando o pleno emprego: o importante é financiar um acréscimo de despesa pública que origine uma procura *adicional*, de modo a pôr em marcha uma capacidade produtiva desaproveitada⁴⁴. Ou seja: o recurso à dívida pública é necessário para alcançar o nível

⁴⁰ Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em COHN, 1889. O Autor esclarece que o governo «deve ver se, com a contração de qualquer dívida pública, os fundos obtidos vão ser gastos de modo a propiciar rendimento para o pagamento dos juros e a amortização do capital, ao mesmo tempo que a sua aplicação vai desenvolver os resultados morais e económicos para os quais se incorreu na dívida. Se isto não for feito, cada dívida torna-se consumo do capital da nação, em vez de se tornar num fator de capacidade produtiva do capital privado» (*ibidem*).

⁴¹ Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em HOLTFRERICH, 2013.

⁴² Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em COHN, 1889.

⁴³ Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em HOLTFRERICH, 2013.

⁴⁴ Nesta lógica, a dívida pública é mais eficiente que os impostos enquanto meio de financiamento de um acréscimo de gastos capaz de aumentar o nível de atividade. Com efeito, numa situação de desemprego de recursos, podem contrair-se empréstimos públicos sem reduzir o investimento privado: de algum modo, a dívida pública torna-se, pois, um fator de equilíbrio da economia. A ideia não é, aliás, nova: como atrás se viu, já tinha sido defendida em STEUART, 1767.

adequado de procura agregada «[...] quando o investimento privado é insuficiente para absorver a poupança prevista ao longo de um período de tempo relativamente longo» (DOMAR, 1944).

Assim, para Alvin Hansen (1887-1975), a decisão de contrair ou de amortizar dívida pública deve «depender exclusivamente da situação económica geral e não de julgamentos assentes em considerações contabilísticas de índole privada» (HANSEN, 1941)⁴⁵. Aliás, segundo este Prémio Nobel da Economia (1974), a dívida pública pode propiciar «uma relativa imunidade contra qualquer grave quebra nas despesas de consumo em períodos de recessão» (HANSEN, 1959)⁴⁶. Daí que Hansen vá ao ponto de conjugar a «oposição à dívida pública» e a «oposição medieval ao juro» (HANSEN, 1941).

Também para Abba Lerner (1903-1982) a contração ou o reembolso de empréstimos não devem decorrer da situação financeira do Estado – devem ser operações «completamente subordinadas às regras para manter um nível adequado de despesa e de investimento» por forma a «manter o bem-estar e impedir a inflação» (LERNER, 1941)⁴⁷. Aliás, «uma nação que deve dinheiro a outras nações (ou a cidadãos de outras nações) *está* empobrecida ou onerada da mesma maneira que um homem que deve dinheiro a outros homens. Mas isto não se aplica à dívida pública que

⁴⁵ Esta ideia já tinha sido avançada pelo economista sueco Gunnar Myrdal (1898-1987) nos seguintes termos: «é concebível que a redução da dívida pública não só diminua o rendimento nacional, mas também que a situação orçamental do Estado possa ser mais agravada pelo reembolso da dívida do que pelo facto de se incorrer em mais dívida» – cf. *Finanzpolitikens ekonomiska verkningar*, 1934, citado em HANSEN, 1941.

⁴⁶ Noutra sede, Hansen realça que, para além deste efeito genérico, a dívida tem consequências económicas específicas que dependem do tipo de despesa pública que financia. Essas consequências tanto podem ser (a) a criação de emprego, (b) a criação de utilidades, ou (c) a criação de eficiência, como (d) alguma combinação das anteriores (HANSEN, 1941). Deste modo, defende que «pode muito bem ser uma política correta financiar com empréstimos uma grande parte do investimento público de um programa de desenvolvimento, causando assim uma subida de longo prazo na dívida pública» (HANSEN, 1941). De facto, no seu entender, o fomento do investimento público no desenvolvimento dos recursos naturais ou noutras obras públicas, abre novas oportunidades para o investimento privado, criando emprego e aumentando a produção nacional – cf. *Stability and Expansion*, in HOMAN & MACHLUTP, 1945.

⁴⁷ Noutra sede, o Autor adiantaria que «o Estado deve contrair empréstimos apenas se for desejável que o setor privado deva possuir menos dinheiro e mais títulos de dívida pública, pois estes são os *efeitos* do recurso ao crédito pelo Estado» (LERNER, 1943).

é devida pela nação a cidadãos da *mesma* nação. Não há, neste caso, credor externo. “Devemos a nós próprios”⁴⁸.

No combate à teoria Keynesiana destaca-se James Buchanan (1919-2013), Prémio Nobel da Economia (1986), que procura reabilitar teses clássicas. No seu dizer, «uma avaliação moderada sugere que, politicamente, o Keynesianismo representa uma verdadeira doença que, a longo prazo, pode mostrar-se fatal para a sobrevivência da democracia» (BUCHANAN *et al.*, 1978). De facto, o recurso ao crédito baixa a barreira orçamental que impede o «vulgar apetite dos políticos» pelos gastos: «armados com a mensagem keynesiana, os políticos podem gastar e gastar, aparentemente sem a necessidade de tributar», o que leva a «défices orçamentais permanentes, inflação e a um setor público em expansão e desproporcionadamente grande» (BUCHANAN & WAGNER, 1977)⁴⁹. Acresce que «pelas mesmas razões que os políticos acham muito mais fácil financiar despesas com dívida do que com impostos, também acham muito mais fácil empurrar a dívida para a frente, uma vez emitida, do que pagá-la com dinheiro dos impostos. [...] O capital da nação, depois de destruído pela criação da dívida, não será restaurado. Ou seja, para colocar a questão de modo diferente, a dívida pública, uma vez criada, é *permanente*, a despeito da utilização inicial que possa ter sido dada aos fundos» (BUCHANAN, 1986)⁵⁰. Buchanan não hesita, aliás, em recorrer a argumentos de ordem moral para combater as ideias de Keynes. Como, no seu entender, «era um “pecado” criar défices antes do período keynesiano»⁵¹, atribui o posterior crescimento da dívida

⁴⁸ Cf. *The Burden of the National Debt*, in METZLER, 1948, reproduzido em FERGUSON, 1964.

⁴⁹ Claro que Buchanan conhecia o argumento de que a tendência para défices grandes e persistentes não se desenhou no apogeu do keynesianismo, mas sim no período posterior a 1970, quando as ideias de Keynes já estavam em perda de influência. Daí que se defenda que a revolução keynesiana contribuiu, provavelmente, para o avolumar dos défices, mas não foi ela que os causou: na sua base estará o forte crescimento das despesas sociais, muitas delas dificilmente controláveis no plano orçamental por terem alcançado o estatuto de *direitos adquiridos* – cf. Gary Anderson, *The U.S. Federal Deficit and National Debt: A Political and Economic History*, in BUCHANAN *et al.*, 1987.

⁵⁰ Adam Smith já reflete esta ideia quando afirma que «resolver os problemas de momento é sempre a ideia principal daqueles que estão ligados à administração dos negócios públicos, deixando sempre para as gerações vindouras o cuidado de salvar a dívida pública» – cf. SMITH, 1776.

⁵¹ Cf. entrevista a *The Region* (The Federal Reserve Bank of Minneapolis), publicada em 1 de setembro de 1995.

pública, pelo menos em parte, a «um colapso nas restrições morais», nomeadamente a que diz que «o capital, uma vez acumulado, deve ser preservado e transmitido às futuras gerações»⁵². Assim, convicto de que «os orçamentos não podem ser deixados à deriva no mar da política democrática» (BUCHANAN & WAGNER, 1977), o Autor envolveu-se no movimento político que defende a necessidade de incluir na Constituição uma regra imperativa capaz de limitar o recurso ao crédito, funcionando como um «substituto constitucional para aquela norma moral»⁵³.

A polémica alargou-se, entretanto, com Robert Barro e o seu *Teorema da Equivalência Ricardiana*⁵⁴, segundo o qual é irrelevante que o governo financie os gastos públicos com impostos ou com emissão de dívida. De facto, os agentes económicos percebem que, qualquer que seja a opção, o que está em causa é, apenas, o momento em que têm de pagar os impostos correspondentes: no caso de recurso à dívida pública, é certo que os contribuintes ficam com um maior rendimento disponível; mas a certeza de que a dívida contraída implicará o pagamento de mais impostos no futuro, levá-los-á a poupar esse suplemento temporário de rendimento, a fim de satisfazerem o posterior acréscimo de impostos. Isto é, a poupança extra dos contribuintes compensará a despesa pública adicional, pelo que a procura global permanece inalterada (BARRO, 1974)⁵⁵. Perante esta breve resenha histórica, compreende-se bem a afirmação do Prof. Richard Musgrave (1910-2007) de que «a economia da dívida pública [...] tem estado entre as partes mais controversas da

⁵² Cf. *Budgetary Bias in Post-Keynesian Politics: The Erosion and Potential Replacement of Fiscal Norms*, in BUCHANAN et al., 1987.

⁵³ Cf. entrevista citada. Noutra sede, o Autor afirma que «a mais elementar previsão da teoria da *Public Choice* é que, na ausência de restrições morais ou constitucionais, as democracias financiarão alguma parte do consumo corrente com dívida em vez de impostos e que, por consequência, o crescimento das despesas será maior do que seria com o orçamento equilibrado» – cf. *Budgetary Bias in Post-Keynesian Politics: The Erosion and Potential Replacement of Fiscal Norms*, in BUCHANAN et al., 1987.

⁵⁴ A designação do Teorema deve-se ao facto de Barro basear a sua tese em David Ricardo (RICARDO, 1817; 1820). Não se deve, todavia, inferir que este Clássico tinha os empréstimos em boa conta, como ressalta da sua opinião atrás citada.

⁵⁵ Segundo o Autor, o Teorema «equivale à afirmação de que o impacto financeiro do Estado resume-se à tendência da sua despesa. Dada esta tendência, o arranjo da distribuição dos impostos no tempo – implícita nos défices orçamentais – não tem impactos de primeira ordem na economia» (cf. *Reflections on Ricardian Equivalence*, in MALONEY, 1998).

doutrina financeira»⁵⁶. Ora, um dos aspetos que assume maior relevo nesta polémica é o da incidência que a dívida pública tem na equidade intergeracional. De facto, a questão de saber se a dívida pública coloca uma «carga» nas gerações futuras tem vindo a suscitar diferentes respostas por parte de vários setores de opinião⁵⁷. Interessa, pois, estabelecer uma abordagem ao tema.

3. A dívida pública e a equidade intergerações

O recurso ao crédito permite a um governo repartir por um determinado número de anos o financiamento de uma despesa realizada num dado momento, isto é, o empréstimo público acaba por se traduzir num processo de antecipação de receitas que «permite diminuir, *repartindo-a no tempo*, a pressão exercida pelo imposto sobre os contribuintes de um país» (JÈZE, 1912). No ponto anterior ficou, aliás, bem vincado o interesse dos decisores políticos em financiarem as suas despesas com empréstimos, visto que estes, por serem «um imposto que não ousa dizer o seu nome» (MASOIN, 1946), tendem a protegê-los de eventuais manifestações da ancestral aversão dos indivíduos a qualquer forma de tributo – afinal, «a dívida pública é uma forma de tornar aceitável para os cidadãos aquilo que eles não aceitariam com impostos»⁵⁸. Ora, esta possibilidade de um governo decidir, soberanamente, a realização de despesas e lançar o respetivo pagamento, no todo ou em parte, sobre os governos futuros – colocando-os perante um facto consumado –, mais do que uma questão de estratégia política⁵⁹, começa por suscitar a

⁵⁶ Cf. *A Brief History of Fiscal Doctrine*, in AUERBACH & FELDSTEIN, 1985.

⁵⁷ Para uma abordagem a esta controvérsia, vejam-se FERGUSON, 1964; TREMMEL, 2006; TREMMEL, 2014.

⁵⁸ Cf. Vilfredo Pareto (1848-1923) em carta a Benvenuto Griziotti em 31 de agosto de 1917, no vol. 19 de BUSINO, 1975.

⁵⁹ Pelo recurso ao endividamento, o governo atual pode forçar os governos futuros a financiar (através dos impostos necessários para satisfazer o serviço da dívida contraída) despesas que correspondem às suas preferências. Assim, esta utilização estratégica da Dívida Pública permite ao partido no governo reduzir a margem de manobra dos partidos da oposição quando chegarem ao poder: «sobrecarregar os futuros governos com uma grande dívida dá a certeza de que eles não podem gastar e, se a dívida tiver uma curta maturidade e for denominada em moeda forte, os problemas dos sucessores serão ainda piores». Deste modo, pode-se dizer que «a dívida liga uns governos aos outros» (DORNBUSCH & DRAGHI, 1990), ou, de forma mais específica, que «o montante da dívida liga as políticas do passado às políticas do futuro» (ALESINA & PEROTTI, 1994).

questão da legitimidade de uma geração para fazer repercutir sobre as seguintes, especialmente através da dívida pública, os custos dos gastos que só ela decide. A importância do problema é, de há muito, reconhecida: para Thomas Jefferson, «a questão de saber se uma geração de homens tem um direito de vincular outra parece nunca ter sido iniciada [...]. Contudo, é uma questão com tais consequências que deve merecer não só decisão, mas também lugar, entre os princípios fundamentais de qualquer governo»⁶⁰. Aquele antigo presidente dos EUA começou por tomar posição defendendo que «nem os representantes da nação, nem toda a nação reunida, podem validamente contrair dívidas para além daquilo que eles podem pagar no seu próprio tempo» (*ibidem*). A tese oposta começou, porém, a dominar a doutrina. Para o italiano Angelo Messedaglia (1820-1901), por exemplo, «assentar no imposto todo o serviço extraordinário das obras públicas seria quebrar o equilíbrio natural da produção e atormentar a atividade económica com uma fiscalidade insuportável». Assim, «quando os impostos, que dão a medida dos meios atuais, são insuficientes, não resta mais ao Estado que antecipar com o crédito os seus rendimentos futuros» (MESSEDAGLIA, 1850)⁶¹.

Já Leroy-Beaulieu, após colocar a questão de saber até que ponto é legítimo um Estado lançar sobre as gerações futuras «um fardo que a geração atual poderia suportar» afirma não acreditar «que essa legitimidade possa causar dúvida», pois «uma geração inteira, tanto como um homem, não tem, moralmente, o direito de esbanjar o património que recebeu; deve-o transmitir integralmente à geração seguinte; mas limita-se a isso o seu estrito dever». Com efeito, para este economista liberal, ainda que as diversas gerações cometam erros coletivos, «não se pode pretender que uma geração não tem o direito de lançar uma parte desse fardo sobre as gerações futuras enquanto os esforços individuais dessa geração tenham aumentado mais a riqueza pública do que os seus erros coletivos a tenham diminuído» (LEROY-BEAULIEU, 1877).

Aceite essa legitimidade, subsiste o problema da inexistência de uma medida objetiva que permita partilhar entre as diversas gerações, com a apropriada dose de equidade, o financiamento da referida acu-

⁶⁰ Cf. carta de 6 de setembro de 1789 a James Madison, in BERGH, 1905.

⁶¹ O Autor recorda, aliás, que «o Estado que, quando os seus meios não bastam, apela ao crédito para fazer frente ao gasto extraordinário com uma obra produtiva, está na mesma posição da empresa que recorre a empréstimos para completar os fundos insuficientes do seu capital» (*ibidem*).

mulação de capital coletivo da nação e da desejável subida do seu nível civilizacional. Aliás, a necessidade de definir um critério tão objetivo quanto possível para estabelecer essa partilha é acentuada pelo facto incontornável de ela ser decidida de forma unilateral pela geração que, em cada momento, está no poder, uma vez que, pela própria natureza das coisas, as gerações vindouras não podem fazer valer os seus interesses no processo de tomada de decisão quanto aos gastos públicos e ao respetivo custeio.

Assim, a defesa do interesse das gerações vindouras está, exclusiva e inelutavelmente, nas mãos da geração atual⁶² – bem se pode, pois, dizer que, de certa maneira, os dirigentes de cada geração no poder «são os guardiães do futuro contra as reivindicações do presente. A sua tarefa é a de preservar a equidade entre gerações» (TOBIN, 1974). De realçar que esta precisa obrigação dos governantes é de há muito expressamente reconhecida – Friedrich List (1789-1846), precursor da *Escola Histórica Alemã*, já defendia que os estadistas têm duas responsabilidades: «uma para a sociedade contemporânea e outra para as gerações futuras»⁶³.

Aliás, como a experiência ensina que as vicissitudes a que o quotidiano das sociedades está sujeito podem, com alguma frequência, impelir os governantes a privilegiar os interesses da geração presente, preterindo os interesses do futuro⁶⁴, o Legislador tem vindo a procurar acautelar estes últimos, de tal modo que se pode falar numa «tendência recente para proceder à incorporação do tópico das gerações futuras nos textos constitucionais vigentes»⁶⁵. No nosso caso, o dever de salvaguardar a equidade entre gerações está consagrada em dois diplomas fundamentais da ordem jurídica: a *Lei de Enquadramento Orçamental* (cf. artigo 13.º da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro) e o *Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais* (cf. artigo 9.º da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro).

⁶² É possível descortinar aqui algumas das questões inerentes a uma *relação de agência*, fenómeno que ocorre quando alguém opera em nome de outrem. Sobre o conceito, veja-se SANTOS, 2010a.

⁶³ Cf. memorando sobre a proposta de aliança Anglo-Germânica, citado em HENDERSON, 1983. Para uma abordagem no plano dos recursos naturais, veja-se WEISS, 1992.

⁶⁴ De facto, «os indivíduos do futuro não podem votar hoje, por isso os seus interesses são muitas vezes negligenciados» – cf. Joerg Tremmel na introdução a TREMMEL, 2006.

⁶⁵ Cf. J. Pereira da Silva, *Breve Ensaio sobre a Protecção Constitucional dos Direitos das Gerações Futuras*, in CAUPERS *et al.*, 2010.

A prevalência de um critério objetivo é tão mais importante neste domínio quanto é certo que os entes públicos não enfrentam os mecanismos espontâneos de limitação do endividamento que pontificam no mundo empresarial (v.g., o acionista que aceita um acréscimo de endividamento, suporta a respetiva consequência, designadamente sob a forma de eventual degradação do valor das suas ações). Daí que, se nos colocarmos numa perspetiva de longo prazo, é possível descortinar um amplo espaço de manobra para a predação dos recursos públicos pelos interesses da geração presente. Está-se perante um fenómeno equivalente aos riscos de predação que se verificam, no interior de uma mesma geração, por parte de grupos de interesse organizados (MARCHAND, 1999).

Torna-se, pois, claro que, à conhecida necessidade de um governo assegurar a justiça na distribuição do rendimento e da riqueza entre os seus contemporâneos, junta-se, em cada momento, o imperativo de garantir igual justiça na partilha dos recursos disponíveis com as gerações futuras – de modo a que cada geração receba a herança que lhe cabe das gerações anteriores e contribua com a sua devida quota-parte para as gerações vindouras. Perfila-se, portanto, o problema da forma de partilhar, entre as sucessivas gerações, o financiamento da acumulação de capital coletivo da nação e da desejável subida do seu nível civilizacional.

Das respostas que este problema tem suscitado, destaca-se a do filósofo John Rawls (1921-2002), para quem o investimento público que as sucessivas gerações realizam deve ser calibrado segundo o chamado *Princípio da Poupança Justa*, isto é, «cada geração deve, não apenas salvaguardar os ganhos de cultura e de civilização e manter intactas as instituições justas que forem estabelecidas, mas também pôr de lado uma quantidade adequada de capital acumulado efetivo. Esta poupança pode assumir várias formas, desde o investimento líquido em maquinaria e outros meios de produção até ao investimento no saber e na educação» (RAWLS, 1971, e a evolução registada em RAWLS, 1993 e 2002).

Importa não perder de vista, entretanto, que, como se infere das palavras de Rawls, para efeitos de equidade entre as sucessivas gerações, o conceito de capital deve ser utilizado na sua aceção mais ampla. Inclui, pois, o *capital natural* (o conjunto de recursos naturais utilizáveis pela Humanidade), o *capital artificial e financeiro* (v.g., maquinaria, infraestruturas, edifícios, ativos financeiros), o *capital cultural* (v.g., instituições democráticas, legislação), o *capital social* (v.g., solidariedade

social, relações estáveis entre indivíduos e grupos, valores) e o *capital humano* (v.g., saúde, educação, conhecimento, aptidões produtivas)⁶⁶.

Desta maneira, a obrigação para com os vindouros pode traduzir-se no princípio de que a geração presente deve conduzir as suas atividades de modo a não comprometer as condições económicas, sociais e ambientais necessárias à sustentação do bem-estar e da qualidade de vida das gerações seguintes⁶⁷. No contexto em que nos situamos, cumpre realçar o aspeto particular da sustentabilidade financeira que exige da geração presente uma gestão equitativa das Finanças Públicas, a fim de não passar para as gerações futuras uma carga orçamental que as impeça de alcançar os níveis de bem-estar a que têm direito – o que implica, em especial, que a geração presente opte por financiar os seus consumos com impostos e não com empréstimos.

Está-se, aliás, perante uma exigência que representa uma simples condição de eficiência económica – a afetação de recursos decidida por cada geração só será eficiente se aqueles que a compõem tiverem de suportar o custo dos bens públicos que consomem. Deste modo, a aplicação do *Princípio do Benefício* leva a que, tendencialmente, [1] as despesas correntes devem ser custeadas no período em que são realizadas (isto é, por impostos pagos pela geração presente, a única que desfruta dos benefícios que elas geram) e [2] as despesas de investimento devem ser custeadas no decurso do período de vida útil do capital que constituem, o que implica a conveniente distribuição do seu valor entre as várias gerações (a presente e as futuras) que deles beneficiam⁶⁸. O primeiro destes ditames é comumente aceite: no dizer de James Buchanan, se a dívida financiar consumo público, a expressão «*taxation without representation*» é literalmente descritiva da situação daqueles que irão

⁶⁶ Cf. Joerg Tremmel na introdução a TREMMEL, 2006.

⁶⁷ A definição de «desenvolvimento sustentável» adotada pela ONU é a de «desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer as suas próprias necessidades» (cf. *Brundtland Report*, 1987). Importa, contudo, não perder de vista que se está perante um conceito controvérsio – cf. DOBSON, 1999.

⁶⁸ Daqui pode-se retirar um corolário: «a dívida que tem uma contrapartida nos ativos do Estado deve ser objeto, nem mais nem menos, de uma amortização correspondente à degradação desses ativos», isto é, «a amortização financeira segue a amortização económica» – um princípio que «não faz mais do que transpor para as Finanças Públicas uma regra elementar de gestão privada» (MASOIN, 1946).

enfrentar a carga da dívida acumulada em períodos futuros»⁶⁹. Claro que, para além da iniquidade intergeracional, a hipótese configura um grave erro económico que, noutra sede, o mesmo Autor descreve com uma imagem sugestiva: «ao financiarmos despesa pública corrente com dívida, estamos, de facto, a cortar as macieiras para obter lenha, reduzindo deste modo, para sempre, a produção do pomar» (BUCHANAN, 1986).

Já o segundo preceito, sem ser consensual, dispõe de uma sólida corrente de pensamento a sustentá-lo. No dizer do acima referido economista alemão Friedrich List, por exemplo, «as dívidas de um Estado são letras que a geração presente saca sobre a geração futura. Podem ter sido contraídas no interesse particular da geração presente, no das gerações futuras ou no interesse comum. Só no primeiro caso essas dívidas são condenáveis. Mas sempre que se trate da conservação e do desenvolvimento da nacionalidade, e que as despesas necessárias para esse efeito excedam os recursos da geração presente, tais dívidas caem na última categoria» (LIST, 1841)⁷⁰.

Também o já citado italiano Angelo Messedaglia se inscreve nesta linha de pensamento ao defender que há injustiça para com as gerações atuais quando se lhes impõe o custo de obras «cujos benefícios maiores estão reservados ao futuro» pelo que, no seu entender, «nada de mais natural que invocar para uma obra de utilidade duradoura o concurso daqueles que estão destinados a recolher a herança». Daí que, para este economista, «entre os meios de obter dinheiro em tempos de necessidade, aquele que compromete o crédito do Estado é muitas vezes preferível ao outro que procura exigir tudo dos contribuintes atuais» (MESSEDAGLIA, 1850).

Na mesma linha, Lorenz von Stein sustenta que «a dívida pública é dívida apenas na forma; na realidade dos factos, cada empréstimo é um método independente de tributar o futuro para todas aquelas despesas públicas destinadas a construir instituições públicas duradouras em benefício da posteridade através de adiantamentos fornecidos pelo

⁶⁹ Cf. *Budgetary Bias in Post-Keynesian Politics: The Erosion and Potential Replacement of Fiscal Norms*, in BUCHANAN, 1987.

⁷⁰ Recorde-se que, para List, o crédito público «constitui uma bênção para os povos sempre que serve para repartir entre diversas gerações os custos das obras e dos empreendimentos da geração presente que interessam ao futuro da nação e que lhe asseguram a existência, o desenvolvimento, a grandeza e o acréscimo das suas forças produtivas [...]» (*ibidem*).

presente»⁷¹. A evidência do papel crucial que o recurso ao crédito tem neste processo leva von Stein, recorde-se, a defender que «colocar dívida pública passou a ser, não uma manifestação de dificuldades financeiras, mas, simplesmente, uma obrigação do Estado»⁷² – o que o conduz à conclusão de que «um Estado sem dívida pública, ou importa-se muito pouco com o seu futuro, ou exige demasiado do seu presente»⁷³.

Aliás, na sua essência, a ideia da utilidade do crédito nesta perspectiva é aceite até por acérrimos críticos da dívida: basta pensar que o clássico Say afirma que «a grande vantagem que resulta para uma nação da faculdade de contrair empréstimos, é a de poder repartir sobre um grande número de anos os encargos que reclamam as necessidades de um momento» (SAY, 1803) ou que Buchanan reconhece que «a dívida pública, enquanto instrumento para obtenção de receita, tem uma utilização apropriada e bem definida como uma forma de permitir aos governos alterar o fluxo temporal de pagamentos das despesas extraordinárias» (Buchanan, 1992)⁷⁴. Ressalta do exposto que a dívida pública assume um papel essencial enquanto instrumento de uma justa distribuição do custo dos bens de capital por todos quantos os usufruem ao longo do tempo⁷⁵. Em termos estritos de equidade intergeracional, é tão reprovável

⁷¹ Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em COHN, 1889.

⁷² Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em COHN, 1889.

⁷³ Cf. *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, 1860, citado em HOLTFRERICH, 2013.

⁷⁴ O Autor já havia afirmado, aliás, que «o princípio ético contra a emissão de dívida pública que envolve alguma transferência de responsabilidade orçamental líquida para as futuras gerações de contribuintes, não se aplica plenamente quando a dívida é limitada ao financiamento de projetos genuinamente de longo prazo. Neste caso, as futuras gerações gozam dos benefícios tal como herdam a responsabilidade» (BUCHANAN, 1967). Registe-se que, mesmo neste aspeto restrito, o consenso não é total: Luigi Einaudi (1874-1961), por exemplo, começa por aceitar que os empréstimos devem ser preferidos aos impostos no financiamento de despesas extraordinárias, mas acrescenta que esta conclusão só é válida se o nível de despesa se mantiver constante. Evoca, entretanto, a possibilidade de os empréstimos poderem levar a uma maior despesa pública para concluir que «embora *de um ponto de vista puramente económico-financeiro* a dívida seja preferível ao imposto, *de um ponto de vista político*, isto é, tendo em conta também a decisão política da despesa pública, o imposto é preferível à dívida» (EINAUDI, 1932).

⁷⁵ Cabe referir que, na sua essência, a chamada *Regra de Ouro* das Finanças Públicas (segundo a qual um défice orçamental não deve ultrapassar o valor das despesas de investimento) assenta neste entendimento. De realçar, entretanto, que a interpretação da dívida pública como mecanismo de redistribuição intergeracional dos custos de investimento torna a tradicional Contabilidade Pública um instrumento inapropriado para avaliar a posição da política orçamental neste aspeto. Daí que alguns autores tenham

que a geração presente transfira o custo daquilo que consome para as futuras gerações como o é impor aos contribuintes de hoje o sacrifício de suportar a totalidade do custo dos bens públicos que vão beneficiar, sobretudo, as gerações seguintes. Neste plano, «o abuso do imposto [...] não é nada menos deplorável do que o abuso do crédito» (MESSE DAGLIA, 1850). De facto, «o financiamento de despesas correntes com empréstimos [...] coloca uma carga indevida sobre o futuro e o financiamento de despesas de capital com impostos dá-lhe um benefício indevido» (MUSGRAVE & MUSGRAVE, 1980).

Na verdade, em condições normais, sempre que a dívida pública financia bens de capital, nomeadamente infraestruturas básicas, não tem cabimento dizer-se que está a comprometer o nível de bem-estar das gerações futuras – bem pelo contrário, há um setor da doutrina que defende ser a ausência de investimento público que pode colocar dificuldades à prosperidade dos vindouros: no dizer de Abba Lerner, «podemos empobrecer o futuro cortando no nosso investimento em bens de capital (ou através do consumo ou da destruição de recursos naturais) que teriam permitido às gerações futuras produzir e beneficiar de padrões de vida mais elevados» (LERNER, 1961). Deste modo, «um défice que financia a construção e manutenção das nossas estradas, pontes, portos e aeroportos é um investimento no futuro» (EISNER, 1986).

Pode-se, pois, defender que «só há uma forma de podermos deixar o presente prejudicar o amanhã. É agirmos hoje de maneira a que o futuro tenha menos capital produtivo, e isso inclui capital de todas as espécies [...]» (EISNER, 1989). O economista norte-americano Paul Krugman, Prémio Nobel de Economia (2008), chega a sustentar esta ideia em termos enfáticos quando escreve: «a política orçamental é, de facto, uma questão moral, e devemos ter vergonha do que estamos a fazer às perspetivas económicas da próxima geração. Mas o nosso pecado é o de investirmos muito pouco, não o de nos endividarmos demasiado»⁷⁶.

Posto isto, independentemente da posição que se possa assumir nesta matéria, importa não perder de vista que, em igualdade de circunstâncias, não é indiferente a origem dos capitais que o Estado obtém através do recurso ao crédito. Ou seja, o facto de a dívida pública ser detida por entidades nacionais ou estrangeiras pode, só por si, gerar consequências

proposto uma *contabilidade geracional* capaz de medir o impacto da política orçamental nas diferentes gerações – cf. AUERBACH *et al.*, 1991, KOTLIKOFF, 1992, e BONIN, 2001.

⁷⁶ Cf. «Cheating our Children», *New York Times*, 28 de março de 2013.

diferentes. Levando este aspeto em linha de conta, é possível combinar nas duas seguintes proposições a incidência da dívida pública no plano da equidade intergeracional: (a) a dívida interna não coloca problemas de equidade; (b) a dívida externa pode colocar problemas de equidade. Vejamos:

(a) A dívida interna não coloca problemas de equidade intergeracional.

Desde logo, a geração que contrai os empréstimos não tem um ganho líquido: a despesa pública adicional de que beneficia tem por contrapartida a renúncia voluntária de alguns dos seus membros a gastar o respetivo rendimento disponível, com a subsequente opção por emprestar ao Estado a poupança resultante. Portanto, considerada em bloco, esta geração suporta o custo de oportunidade correspondente à subscrição da dívida, uma vez que o aumento da despesa pública de que usufrui é compensado pela redução da despesa privada.

Por outro lado, se é certo que esta dívida vai implicar, amanhã, o seu reembolso e os juros correspondentes, obrigando os membros da geração seguinte a pagar impostos para o efeito, não o é menos que quem vai receber esses valores são, também, membros desta última geração. Com efeito, no que toca à dívida interna, a tese muito divulgada de que «contrair dívida pública é hipotecar o futuro dos nossos filhos» assenta na analogia entre dívida pública e dívida privada, nomeadamente a que ocorre no seio de uma família – aqui, sim, os pais que, para manter o seu padrão de vida, contraem dívidas e as deixam aos seus filhos estão a hipotecar-lhes o futuro.

Porém, tal analogia não é válida no caso dos empréstimos públicos porque abstrai de um facto que, na circunstância, assume uma importância decisiva: qualquer dívida tem, necessariamente, por contrapartida um crédito de igual montante. Ora, no seio de uma família, os filhos do devedor herdaram a respetiva dívida, mas não o correspondente crédito que permanece nas mãos do credor ou dos seus filhos; no caso de uma nação, todavia, a geração que herda a dívida herda também o crédito que lhe corresponde, pelo que não fica mais pobre por isso. Perfila-se, pois, uma diferença essencial: «a dívida interna é uma dívida do Estado; não é uma dívida da nação» (MASOIN, 1946).

De facto, no âmbito de uma nação, a dívida pública é tanto um fardo para alguns, como é uma fonte de rendimentos para outros – a cada euro

de dívida contraída corresponde um euro de crédito concedido, ou seja, pela própria natureza das coisas, é incontornável que «para cada devedor tem de haver um credor» (EISNER, 1986)⁷⁷. Quer dizer, pois, que, à referida tese de que «contrair dívida pública é hipotecar o futuro dos nossos filhos» pode-se contrapor, com igual propriedade, o entendimento de Herbert Hoover (1874-1964), antigo Presidente dos EUA, segundo o qual «abençoados são os jovens, porque herdarão a dívida pública»⁷⁸.

Claro que não se deve inferir daqui que a dívida interna é isenta de repercussões no plano intergeracional, porquanto, naturalmente, tenderá a provocar transferências de rendimentos no seio de cada uma das gerações envolvidas. Exemplos dessas transferências são, (i) na geração que contrai a dívida, a que ocorre entre aforradores e consumidores; (ii) na geração seguinte, a que vai dos contribuintes para os detentores de títulos da dívida pública. A ausência de iniquidade nestas transferências pode, entretanto, ser ilustrada com o segundo caso, pois mostra bem que, «enquanto algumas pessoas irão ganhar e outras irão perder, a futura geração como um todo, ficará igual» (BAUMOL & BLINDER, 1979)⁷⁹. Coisa diferente é, entretanto, saber se a transferência de rendimentos que a dívida interna opera no interior de cada uma das gerações envolvidas é, ou não, desejável — mas há que convir em que uma eventual redistribuição, só por si, está longe de corresponder a uma iniquidade entre elas. Com efeito, «se há um bom motivo de ordem geral para contrair dívida, a redistribuição pode ser ignorada, porque não temos mais razão para supor que a nova distribuição é pior que a anterior do que para assumir o oposto. Que a distribuição será *diferente* não é mais argumento contra a dívida pública do que o é a favor dela»⁸⁰.

⁷⁷ Noutra sede, este Autor comenta, com algum humor, a tese de que os défices permanentes significam que estamos a passar para os nossos filhos uma dívida cada vez maior, afirmando: «isto é literalmente verdade. Os nossos filhos serão os *donos* de todos esses títulos do Tesouro que constituem a dívida. Isso dar-lhes-á uma boa almofada de poupanças acumuladas» (EISNER, 1994).

⁷⁸ Cf. discurso perante o *Meeting of Republicans Sponsored by Nebraska Republican State Central Committee*, realizado em Lincoln, Nebraska, a 16 de janeiro de 1936, in HOOVER, 1936.

⁷⁹ O Prof. Teixeira Ribeiro expõe esta realidade de forma clara nos seguintes termos: «a dívida interna não acarreta, pois, nenhum ónus para as gerações futuras, uma vez que estas pagam os juros e os reembolsos a si mesmas, como que recebendo com a mão esquerda aquilo que entregam com a mão direita [...]» — cf. RIBEIRO, 1995.

⁸⁰ Cf. Abba Lerner, *The Burden of the National Debt*, in METZLER *et al.*, 1948, reproduzido em FERGUSON, 1964.

Deste modo, pode-se dizer que, no plano em que nos situamos, a consequência que a contração de um empréstimo no presente tem para as gerações do futuro «é que ele limita a liberdade do Estado quanto à disposição das suas receitas: o empréstimo obriga a levar em conta os direitos adquiridos por uma certa categoria de indivíduos, os respetivos subscritores e os seus herdeiros. [...] As gerações futuras não suportam, pois, uma carga económica, mas apenas uma espécie de “servidão jurídica” [...] que vem limitar os poderes dos governantes» (DUVERGER, 1956).

(b) A dívida externa pode colocar problemas de equidade intergeracional.

A geração que decide recorrer ao crédito externo começa por ter um benefício evidente: passa a dispor de um suplemento de meios financeiros sem suportar o correspondente custo de oportunidade, dado que nenhum dos seus membros abdica de um consumo ou de um investimento para ceder fundos ao Estado. Contudo, na perspetiva da equidade intergeracional esse benefício tanto pode ser real como aparente, consoante a utilização que for dada aos recursos adicionais assim obtidos.

Com efeito, se esse acréscimo de recursos for aplicado em despesas de capital que beneficiem, exclusivamente, as gerações futuras, não há qualquer iniquidade intergeracional, já que: por um lado, a geração que contrai a dívida não utiliza em proveito próprio os meios assim obtidos, visto que os aplica na provisão de bens públicos que os vindouros vão usufruir; por outro lado, os impostos cobrados aos membros das gerações seguintes para pagamento do serviço da dívida em causa representam, tão-só, o seu devido contributo para o custeio dos correspondentes bens públicos de que beneficiam.

Pode, aliás, argumentar-se que, nesta hipótese, é a geração presente que suporta um custo, em virtude de abdicar de recursos reais em proveito dos vindouros. De facto, um investimento representa, na sua essência, uma redução do consumo atual em proveito de um consumo acrescido no futuro: no dizer de Giuseppe Ricca Salerno (1849-1912), «a despesa feita no presente, ainda que por meio de empréstimos, consiste sempre num emprego ou num consumo de riqueza; e é claro que não podem consumir-se as riquezas que ainda não existem»⁸¹. De forma sugestiva e com algum humor, Wilhelm Roscher (1817-1894) expressa esta ideia

⁸¹ Cf. *Teoria generale dei prestiti pubblici*, 1879, citado em PANTALEONI, 1891.

nos seguintes termos: «*com cavalos do futuro não se pode equipar uma divisão de cavalaria*»⁸².

Um caso diferente é, porém, o de a geração que recorre ao crédito externo decidir aplicar a totalidade dos fundos que assim obtém no financiamento de despesas correntes. Como o benefício destas despesas se confina à geração presente sob a forma de um aumento do seu consumo, neste caso, sim, perfila-se uma iniquidade intergeracional que se concretiza no facto de os membros das gerações seguintes serem chamados a pagar com os seus impostos aquilo que a geração anterior consumiu, com a agravante de terem de fazer esse pagamento ao exterior, drenando recursos da economia.

Isto é, com a dívida externa, deixam de ser aplicáveis os referidos argumentos de que «devemos a nós próprios» ou que «as dívidas de um estado são dívidas da mão direita à mão esquerda». Na verdade, sempre que se trate de empréstimos externos, o pagamento do correlativo serviço da dívida passa a implicar a saída de recursos para o estrangeiro, com a inevitável repercussão negativa no nível de bem-estar do país devedor, uma vez que a esses pagamentos ao exterior não corresponde qualquer benefício para a geração que os suporta, visto a dívida ter sido usada para financiar consumos correntes cuja utilidade, por definição, apenas aproveitou à geração que recorreu ao crédito.

Decorre do exposto que só num caso específico a dívida pública provoca uma situação de iniquidade intergeracional: quando a geração presente se serve dela para transferir para as gerações vindouras o pagamento dos bens e serviços que consome, financiando-os com recurso ao crédito externo em vez de o fazer com impostos ou com empréstimos internos. Importa ter presente, entretanto, que o valor dos consumos públicos de uma geração não é dado, simplesmente, pelo total das despesas correntes que figuram nas contas públicas; de facto, pode-se considerar que algumas destas despesas vão beneficiar, sobretudo, as gerações seguintes e podem, mesmo, representar fatores decisivos do seu nível de bem-estar (v.g., salários de professores).

Cabe referir que, por vezes, se argumenta que o entendimento precedente peca por abstrair do facto de a posteridade ter de suportar, não só o reembolso da dívida pública, mas também o encargo dos respetivos juros. Ora, a este argumento pode-se contrapor que, se os recursos obtidos através dos empréstimos forem devidamente aplicados,

⁸² Cf. *System der Finanzwissenschaft*, 1886, *ibidem*.

como é suposto, em investimento público – isto é, se estamos perante o que Hugh Dalton designa por *dívida reprodutiva* –, o pagamento dos juros correspondentes tem compensação no rendimento que, explícita ou implicitamente, essas aplicações tendem a gerar (DALTON, 1922)⁸³. Portanto, também aqui não se pode falar de iniquidade intergeracional.

Posto isto, importa não perder de vista que a dívida pública tem incidências macroeconómicas de outra ordem, das quais não é lícito abstrair. De facto, mesmo no caso particular dos empréstimos internos, a dívida pública, para além dos seus efeitos na distribuição do rendimento e da riqueza, pode ter repercussões significativas nos incentivos para trabalhar, poupar ou assumir riscos (MEADE, 1959, ou RATCHFORD, 1943). Assim, bem se pode dizer que a contração de um empréstimo pelo Estado não é um fenómeno meramente contabilístico, como se fosse a transferência de somas de dinheiro de uma conta para outra da mesma empresa; pelo contrário, o processo tem consequências de longo alcance na produção e na distribuição⁸⁴.

São, aliás, conhecidos múltiplos exemplos de consequências negativas que podem resultar da dívida pública – basta atentar nos casos [1] de investimentos públicos ineficientes que só têm lugar porque a geração que os decide não suporta o respetivo custo de oportunidade⁸⁵, ou [2] do *encargo excedente* associado a um eventual acréscimo de impostos que as gerações seguintes tenham de recorrer para financiar o serviço da dívida⁸⁶, ou [3] das alterações no perfil do consumo e do investimento que ela tende a provocar, em particular por via do chamado *efeito de evicção*⁸⁷. Estas incidências negativas não devem, porém, ser simples-

⁸³ O Prof. Dalton refere que, quando a dívida pública está totalmente coberta por ativos públicos, «é análoga ao capital de uma empresa e os credores da autoridade pública são como os obrigacionistas dessa empresa». Coisa diferente é estarmos perante uma *dívida peso-morto* (aquela a que não corresponde qualquer ativo público): neste caso, os juros a suportar pelas gerações seguintes têm de ser pagos com rendimentos de outras receitas públicas (*maxime*, impostos), pelo que representam um fardo (*ibidem*).

⁸⁴ Cf. Jørgen Pedersen, citado em HANSEN, 1941.

⁸⁵ Recorde-se que Benjamin Disraeli (1804-1881), antigo primeiro-ministro do Reino Unido, não hesitou em afirmar que «a dívida é a mãe prolífica de loucuras e de crimes» (DISRAELI, 1837).

⁸⁶ Recorde-se que o conceito de *encargo excedente* traduz o custo, em termos de eficiência económica, que a cobrança de impostos implica (SANTOS, 2003).

⁸⁷ Mais conhecido pela expressão anglo-saxónica *crowding-out*, traduz a possibilidade de o recurso ao crédito por parte do Estado (designadamente por provocar uma subida da taxa de juro) forçar o investimento privado a contrair-se. Cabe, porém, referir que,

mente dissociadas do facto de muita da despesa pública que é financiada por recurso à dívida ter por fim a provisão de bens públicos que geram importantes benefícios para as gerações futuras (HERBER, 1967).

Com efeito, importa ter presente que, se é certo que cada recém-nascido herda o encargo da sua quota-parte na dívida pública, não o é menos que a sua herança enquanto cidadão inclui, também, um valioso quinhão de riqueza pública, seja ela tangível (v.g., estradas, escolas, hospitais) ou não (v.g., património cultural e artístico, qualidade ambiental, aumento da esperança de vida). Ora, em condições normais, estes ativos não são separáveis da dívida pública, pelo que evocar apenas uma parcela do espólio e esquecer as restantes afigura-se pouco rigoroso. Assim, a mera análise da evolução da dívida pública num certo período tenderá a dar uma imagem distorcida da realidade se abstrair da variação concomitante no valor do património público.

Essa falta de rigor é, aliás, frequente e chega a ser reconhecida pelo Legislador, como ressalta do seguinte trecho: «compreende-se o interesse não puramente científico, mas político e financeiro, de se poder a cada passo cotejar o aumento ou diminuição da dívida pública com as diferenças notadas no património do Estado. Fazem-se todos os anos construções novas; realizam-se aquisições de bens móveis ou imóveis; incorporam-se dezenas de milhares de contos no domínio público do Estado em melhoramentos ferroviários, pontes, estradas, portos, obras de hidráulica agrícola, reconstrução de monumentos e obras de arte. E não se tem por intermédio das contas a menor impressão do constante enriquecimento nacional operado por força das receitas ordinárias ou de dívida contraída expressamente para aquele efeito: vê-se o que se paga e o que se pede, mas não os aumentos que todos os anos se verificam no ativo do Estado»⁸⁸.

Deste modo, parece claro que a dívida pública, só por si, está longe de ser um bom indicador das transferências intergeracionais – representa, apenas, uma faceta da herança que, ao longo do tempo, cada geração deixa às seguintes. Compreende-se, pois, que Alvin Hansen ao indagar

com igual propriedade, pode falar-se de um efeito de *crowding-in*, através do qual, em período de recessão, a despesa pública financiada com dívida pode contribuir para elevar o nível de atividade económica, acabando por induzir o investimento privado. Assim, neste plano, o efeito da dívida pública vai depender da fase do ciclo económico em que ela tem lugar (BAUMOL & BLINDER, 1979). Para uma análise circunstanciada dos efeitos económicos da Dívida Pública, veja-se SILVA, 1977.

⁸⁸ Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 22728, de 24 de junho de 1933.

se «em termos gerais, a geração futura fica melhor ou pior devido à dívida?» tenha afirmado que «provavelmente, não há uma resposta inequívoca que se possa dar a esta questão» (HANSEN, 1959). Aliás, convém ter presente que, não raro, a posição que se toma neste debate é inquinada por fatores ideológicos: segundo James Tobin, perante a questão de saber se a dívida pública coloca uma carga nas gerações futuras, «a resposta foi durante muito tempo “sim” nos círculos políticos e financeiros conservadores, e “não” entre os economistas académicos» (TOBIN, 1965)⁸⁹. De facto, neste domínio, não é irrelevante a atitude que se tem perante o Estado e a sua ação económica: no dizer de Brigitte Unger, «dos vários debates económicos sobre a dívida pública ao longo da História, podemos concluir que, nas épocas em que as teorias eram a favor da dívida pública, a hipótese implícita era a de que as despesas públicas eram boas, úteis, que os governos usavam recursos inativos ou faziam alguma coisa com significado para o presente e o futuro. Nas épocas em que se criticava a dívida pública, a hipótese implícita era a de que as despesas públicas eram más, inúteis, que os governos desperdiçavam recursos do presente e do futuro» (UNGER, 2003).

Bibliografia referenciada

- ADAMS, 1887. Henry Carter Adams, *Public Debts: An Essay in the Science of Finance*, Nova Iorque: D. Appleton & Company
- ALESINA & PEROTTI, 1994. Alberto Alesina & Roberto Perotti, *The Political Economy of Budget Deficits*, Working Paper n.º 4637, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.
- ANDREAU *et al.*, 2006. Jean Andreau *et al.* (dir.), *La Dette Publique dans l'Histoire*, Paris: Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France
- ATKINSON, 1991. Anthony Atkinson (ed.), *Modern Public Finance*, Cheltenham: Edward Elgar
- AUERBACH *et al.*, 1991. Alan Auerbach *et al.*, *Generational Accounting: a New Approach for Understanding the Effects of Fiscal Policy on Saving*, Working Paper 9107, maio, Federal Reserve Bank of Cleveland
- AUERBACH & FELDSTEIN, 1985. Alan Auerbach & Martin Feldstein (ed.), *Handbook of Public Economics*, Nova Iorque: Elsevier Science Publishers

⁸⁹ Torna-se, pois, inevitável que venha à memória o economista austríaco Joseph Schumpeter (1883-1950) para quem o tradicional debate sobre a dívida pública tinha pouco interesse, visto que, nessa querela, a opinião e a sua defesa tendiam a prevalecer sobre a análise económica (SCHUMPETER, 1954).

- BARRO, 1974. Robert Barro, “Are Government Bonds Net Wealth?”, *Journal of Political Economy*, vol. 82, n.º 6 (novembro-dezembro), reproduzido em ATKINSON, 1991
- BASLER, 1953. Roy Basler (ed.), *Collected works. The Abraham Lincoln Association*, New Brunswick: Rutgers University Press
- BASTIAT, 1848. Frédéric Bastiat, “L’État”, *Journal des Débats*, 25 de setembro
- BAUMOL & BLINDER, 1979. William Baumol & Alan Blinder, *Economics. Principles and Policy*, Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 5.ª Edição, 1991
- BERGH, 1905. Albert Bergh (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Washington D.C.: The Thomas Jefferson Memorial Association of the United States
- BONIN, 2001. Holger Bonin, *Generational Accounting: Theory and Application*, Berlim: Springer Verlag
- BOURGEOIS, 1896. Léon Bourgeois, *Solidarité*, 5.ª edição, Paris: Armand Colin et Cie., Éditeurs, 1906
- BUCHANAN, 1958. James Buchanan, *Public Principles of Public Debt*, Homewood, Il.: Richard D. Irwin, Inc.
- BUCHANAN, 1967. James Buchanan, *Public Finance in Democratic Process. Fiscal Institutions and Individual Choice*, Indianapolis: Liberty Fund, 1999
- BUCHANAN, 1984. James Buchanan, *The Deficit and American Democracy*, Memphis: P. K. Seidman Foundation
- BUCHANAN, 1986. James Buchanan, “The Economic Consequences of the Deficit”, *Economia delle Scelte Pubbliche*, 3, reproduzido em COX, 1986, e em BUCHANAN, 2000
- BUCHANAN, 1992. James Buchanan, “Public Debt”, *The New Palgrave Dictionary of Money & Finance*, Londres: The MacMillan Reference, Ltd.
- BUCHANAN, 2000. James Buchanan, *Debt and Taxes*, Indianapolis: Liberty Fund
- BUCHANAN *et al.*, 1978. James Buchanan *et al.*, *The Consequences of Mr. Keynes*, Londres: The Institute of Economic Affairs
- BUCHANAN *et al.*, 1987. James Buchanan *et al.* (ed.), *Deficits*, Nova Iorque: Basil Blackwell
- BUCHANAN & WAGNER, 1977. James Buchanan & Richard Wagner, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, Nova Iorque: Academic Press
- BULLOCK, 1906. Charles Bullock, *Selected Readings in Public Finance*, 3.ª edição, Boston: Ginn and Company, 1924
- BURKE, 1790. Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, Londres: J. Dodsley. Edição de Charles Eliot, Danbury, Connecticut: Grolier Enterprises Corp.
- BUSINO, 1975. Giovanni Busino (ed.), *Vilfredo Pareto, Oeuvres Complètes*, Geneva: Librairie Droz
- CAUPERS *et al.*, 2010. João Caupers *et al.* (org.), *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina
- CHOUCRI, 1955. Cardahi Choucri, “Le Prêt à Intérêt et l’Usure au Regard des Légistations Antiques, de la Morale Catholique, du Droit Moderne et de la Loi Islamique”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 7, n.º 3, julho-setembro

- CHURCHMAN, 2001. Nancy Churchman, *David Ricardo on Public Debt*, Nova Iorque: Palgrave Macmillan
- CLÉMENT, 1846. Jean-Pierre Clément, *Historie de la Vie et de l'Administration de Colbert*, Paris: Guillaumin Libraire
- COHN, 189. Gustav Cohn, *System der Finanzwissenschaft*, tradução em língua inglesa, sob o título *The Science of Finance*, Chicago: The University of Chicago Press, 1895
- COLANDER, 1983. David Colander (ed.), *Selected Economic Writings of Abba P. Lerner*, Nova Iorque: New York University Press
- COMTE, 1848. Auguste Comte, *Discours sur l'Ensemble du Positivisme*, Paris: Garnier Flammarion, 1999
- COMTE, 1852. Auguste Comte, *Catéchisme Positiviste*, Paris: Éditions du Sandre, 2009
- COULANGES, 1888. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, Paris: Librairie Hachette, tradução portuguesa, sob o título *A Cidade Antiga*, Lisboa: Clássica Editora, 1988
- COX, 1986. Carol Cox (ed.), *Symposium on Budget Balance*, Washington D.C.: Committee for a Responsible Federal Budget
- DALTON, 1922. Hugh Dalton, *Principles of Public Finance*, 6.ª edição, Londres: George Routledge & Sons, Ltd, 1930
- D'AUDIFFRET, 1840. Charles-Louis-Gaston, Marquis D'Audiffret, *Système Financier de la France*, Paris: Imprimerie et Librairie Administratives de Paul Dupont, 3.ª edição, 1863
- DERRIDA, 1993. Jacques Derrida, *Spectres de Marx. L'État de la Dette, le Travail du Deuil et la Nouvelle Internationale*, Paris: Éditions Galilée
- DISRAELI, 1837. Benjamin Disraeli, *Henrietta Temple, A Love Story*, Londres: Henry Colburn
- DOBSON, 1999. Andrew Dobson (ed.), *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford: Oxford University Press
- DOMAR, 1944. Evsey Omar, "The 'Burden of the Debt' and the National Income", *The American Economic Review*, vol. 34, n.º 4 (dezembro), reproduzido em SMITHIES & BUTTERS, 1955
- DORNBUSCH & DRAGHI, 1990. Rüdiger Dornbusch & Mario Draghi (ed.), *Public Debt Management: Theory and History*, Cambridge: Cambridge University Press
- DUPÂQUIER & LACHIVER, 1970. Jacques Dupâquier & Marcel Lachiver, *Les Temps Modernes*, 4.ª edição, Paris: Éditions Bordas
- DUVERGER, 1956. Maurice Duverger, *Finances Publiques*, 8.ª edição, Paris: Presses Universitaires de France, 1975
- EINAUDI, 1932. Luigi Einaudi, *Principi di Scienza della Finanza*, 4.ª Edição, Turim: Giulio Einaudi Editore, 1948
- EISNER, 1986. Robert Eisner, *How Real Is the Federal Deficit?*, Nova Iorque: The Free Press

- EISNER, 1989. Robert Eisner, "Budget Deficits: Rhetoric and Reality", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 3, n.º 2
- EISNER, 1994. Robert Eisner, "National Saving and Budget Deficits", *The Review of Economics and Statistics*, vol. 76, n.º 1 (fevereiro)
- FERGUSON, 1964. James Ferguson (ed.), *Public Debt and Future Generations*, Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press
- GARNIER, 1858. Joseph Garnier, *Traité de Finances*, 2.ª Edição, Paris: Guillaumin et Cie., 1862
- GOSSERIES, 2004. Axel Gosseries, *Penser la Justice entre les Générations. De l’Affaire Perruche à la Reforme des Retraites*, Paris: Éditions Flammarion, tradução portuguesa sob o título *Pensar a Justiça entre as Gerações*, Coimbra: Almedina, 2015
- GROVES, 1947. Harold Groves (ed.), *Viewpoints on Public Finance*, Nova Iorque: Henry Holt and Company
- HAMOVITCH, 1965. William Hamovitch (ed.), *The Federal Deficit. Fiscal Imprudence or Policy Weapon?*, Boston: D. C. Heath and Company
- HANSEN, 1941. Alvin Hansen, *Fiscal Policy and Business Cycles*, Nova Iorque: W. W. Norton & Company Inc.
- HANSEN, 1959. Alvin Hansen, "The Public Debt Reconsidered: A Review Article", *The Review of Economics and Statistics*, vol. 41, n.º 4 (novembro)
- HENDERSON, 1983. William Henderson, *Friedrich List, Economist and Visionary, 1789-1846*, Nova Iorque: Frank Cass and Company, Limited
- HERBER, 1967. Bernard Herber, *Modern Public Finance*, 4.ª edição, 1979, Homewood, IL: Richard D. Irwin, Inc.
- HOLTFREIRICH, 2013. Carl-Ludwig Holtfrerich, *Government Debt in Economic Thought of the Long 19th Century*, Free University of Berlin, School of Business & Economics, Discussion Paper 2013/4
- HOMAN & MACHLUTP, 1945. Paul Homan & Fritz Machlup (ed.), *Financing American Prosperity: A Symposium of Economists*, Nova Iorque: The Twentieth Century Fund
- HOOVER, 1936. Herbert Hoover, *American Ideals Versus the New Deal*, Nova Iorque: Scribner Press
- HOUGHTON, 1970. Roy Houghton (ed.), *Public Finance: Selected Readings*, Harmondsworth: Penguin Books, Ltd.
- HUET, 1853. François Huet, *Le Règne Social du Christianisme*, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires-Éditeurs
- HUME, 1741. David Hume, *Of Civil Liberty*, reproduzido em *Political Essays*, ed. Knud Haakonssen, Cambridge: Cambridge University Press, 1994
- HUME, 1752. David Hume, *Of Public Credit*, reproduzido em *Political Essays*, ed. Knud Haakonssen, Cambridge: Cambridge University Press, 1994
- JACKSON, 1996. Peter Jackson, *The Foundations of Public Finance*, 2 volumes, Cheltenham: Edward Elgar

- JARDIM, 1872. António Pereira Jardim, *Princípios de Finanças segundo as prelecções feitas no anno lectivo de 1868-1869*, 3.^a edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1880
- JÈZE, 1912. Gaston Jèze, *Cours Élémentaire de Science des Finances et de Législation Financière Française*, Paris: M. Giard & E. Brière
- JONAS, 1979. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die Technologische Zivilisation*, tradução inglesa, sob o título *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, Chicago: University of Chicago Press, 1985
- KANT, 1784. Immanuel Kant, “Idee zu Einer Allgemeinen Geschichte in Weltbürgerlicher Absicht”, *Berlinische Monatsschrift*, tradução Portuguesa, sob o título *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita*, Lisboa: LusoSofia Press
- KANT, 1785. Immanuel Kant, *Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten*, tradução Portuguesa, sob o título *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa: Edições 70, 1997
- KOTLIKOFF, 1992. Laurence Kotlikoff, *Generational Accounting: Knowing Who Pays, and When, for What We Spend*, Nova Iorque: The Free Press
- LERNER, 1941. Abba Lerner, “The Economic Steering Wheel”, *University Review* (Kansas City), junho.
- LERNER, 1943. Abba Lerner, “Functional Finance and the Federal Debt”, *Social Research* 10 (fevereiro), reproduzido em SMITHIES & BUTTERS, 1955, HAMOVITCH, 1965, e COLANDER, 1983
- LERNER, 1961. Abba Lerner, “The Burden of Debt”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 43, n.º 2 (maio)
- LEROY-BEAULIEU, 1877. Paul Leroy-Beaulieu, *Traité de la Science des Finances*, 2 volumes, Paris: Guillaumin et Cie., Libraires, 4.^a Edição, 1888
- LIST, 1841. Friedrich List, *Das Nationale System der Politischen Oekonomie*, Estugarda & Tübingen: J. G. Cotta, tradução francesa, sob o título *Système National d'Économie Politique*, Paris: Éditions Gallimard, 1998
- MACEDO, 1830. J. Agostinho de Macedo, “Pretextos das Revoluções”, *O Desengano*, n.º 3
- MALONEY, 1998. John Maloney (ed.), *Debt and Deficits. An Historical Perspective*, Cheltenham: Edward Elgar
- MARCHAND, 1999. Christophe Marchand, *Économie des Interventions de l'État. Théorie des Choix Publiques*, Paris: Presses Universitaires de France
- MARX, 1867. Karl Marx, *Das Kapital: Kritik der Politischen Ökonomie*, Hamburgo: Verlag von Otto Meissner, tradução francesa, sob o título *Le Capital, Critique de l'Économie Politique*, Paris: Éditions Sociales, 1975
- MASOIN, 1946. Maurice Masoin, *Théorie Économique des Finances Publiques*, Bruxelas: Baude
- MAUSS, 1950. Marcel Marcel, *Essai sur le don*, Paris: Presses Universitaires de France, tradução portuguesa sob o título *Ensaio sobre a Dádiva*, Lisboa: Edições 70, 1988
- MEADE, 1959. James Meade, “Is the National Debt a Burden?”, *Oxford Economic Papers*, vol. X, n.º 1 (junho), reproduzido em FERGUSON, 1964

- MELON, 1734. Jean-François Melon, *Essai Politique sur le Commerce*, s/l: Eugène Daire, 1843, reimpressão, Osnabrück: Otto Zeller, 1966
- MESSEDAGLIA, 1850. Angelo Messedaglia, *Dei Prestiti Pubblici e del Miglior Sistema di Consolidazione*, Milão: Tipografo-Editore Dottor Francesco Vallardi
- METZLER, 1948. Lloyd Metzler *et al.* (ed.), *Income, Employment and Public Policy: Essays in Honor of Alvin H. Hansen*, Nova Iorque: W. W. Norton, excertos em HOUGHTON, 1970
- MONTEIRO, 1921. Armindo Monteiro, *Do Orçamento Português*, Lisboa: edição do autor
- MONTESQUIEU, 1748. Charles de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, edição de Laurent Versini, Paris: Éditions Gallimard, 1995
- MUSGRAVE & MUSGRAVE, 1980. Richard Musgrave & Peggy Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, Inc.
- PANTALEONI, 1891. Maffeo Pantaleoni, “Imposta e Debito in Riguardo alla loro Pressione”, *Giornale degli Economisti*, Serie Seconda, vol. 3, ano 2
- RATCHFORD, 1942. Benjamin Ratchford, “The Burden of a Domestic Debt”, *The American Economic Review*, vol. 32, n.º 3 (setembro), reproduzido em SMITHIES & BUTTERS, 1955
- RAWLS, 1971. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, tradução portuguesa, sob o título *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa: Editorial Presença, 1993
- RAWLS, 1993. John Rawls, *Political Liberalism*, Nova Iorque: Columbia University Press, tradução portuguesa, sob o título *O Liberalismo Político*, Lisboa: Editorial Presença, 1996
- RAWLS, 2002. John Rawls, *Justice as Fairness – A Restatement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, tradução brasileira, sob o título *Justiça como Equidade – Uma Reformulação*, São Paulo: Martins Fontes, 2003
- RIBEIRO, 1995. J. Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- RICARDO, 1817. David Ricardo, *The Principles of Political Economy and Taxation*, edição portuguesa, sob o título *Princípios de Economia Política e de Tributação*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978
- RICARDO, 1820. David Ricardo, *Funding System*, in Piero Sraffa (ed.), *The Works and Correspondence of David Ricardo*, Cambridge: Cambridge University Press, 1951
- RIVOLI, 1975. Jean Rivoli, *Le Budget de l'État*, Paris. Éditions du Seuil
- SALSMAN, 2012. Richard Salsman, *The Political Economy of Public Credit*, dissertação de doutoramento apresentada no Department of Political Science da Duke University
- SANTOS, 2003. J. Albano Santos, *Teoria Fiscal*, Lisboa: ISCSP Editora, 2.ª edição, 2013
- SANTOS, 2010. J. Albano Santos, *Finanças Públicas*, Lisboa: INA Editora, 2.ª edição, 2016
- SANTOS, 2010a. J. Albano Santos, *Economia Pública*, Lisboa: ISCSP Editora, 2.ª edição, 2012

- SAY, 1803, Jean-Baptiste Say, *Traité d'Économie Politique*, Paris: Calmann-Lévy
- SCHUMPETER, 1918. Joseph Schumpeter, "Die Krise des Steuerstaats", *Zeitfragen aus dem Gebiet der Soziologie*, 4 (1918), tradução em língua inglesa, sob o título "The Crisis of the Tax State", *International Economic Papers*, 4 (1954), reprodução em JACKSON, 1996
- SCHUMPETER, 1954. Joseph Schumpeter, *History of Economic Analysis*, Londres: George Allen & Unwin, Ltd.
- SILVA, 1977. Aníbal Cavaco Silva, *Economic Effects of Public Debt*, Londres: Martin Robertson & Co. Ltd.
- SINCLAIR, 1784. John Sinclair, *The History of the Public Revenue of the British Empire*, Londres: W. and A. Strahan, reimpressão da 3.^a Edição (1803), Nova Iorque: Augustus M. Kelley, Publishers, 1966
- SMITH, 1776. Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres: Methuen and Co Ltd. Edição portuguesa, sob o título *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981
- SMITHIES & BUTTERS, 1955. Arthur Smithies & J. Butters (ed.), *Readings in Fiscal Policy*, Homewood, Il.: Richard D. Irwin, Inc.
- SOLOW, 1974. Robert Solow, "What Do We Owe to the Future?", *Nebraska Journal of Economics and Business*, vol. 13, n.º 1 (inverno)
- STETTNER, 1945. Walter Stettner, "Sir James Steuart on the Public Debt", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 59, n.º 3. Reproduzido parceladamente em GROVES, 1947
- STEUART, 1767. James Steuart, *An Inquiry into the Principles of Political Economy*, 2 volumes, ed. A. Millar & T. Cadell, Londres: The Strand, tradução francesa, sob o título *Recherche des Principes de l'Économie Politique*, Paris: Imprimerie de Didot l'Ainé, 1789
- STREECK, 2013. Wolfgang Streeck, *The Politics of Public Debt: Neoliberalism, Capitalist Development and the Restructuring of the State*, Max Planck Institute for the Study of Societies, Discussion Paper 13/7
- TAYLOR & WOODFORD, 1999. John Taylor & Michael Woodford, (ed.), *Handbook of Macroeconomics*, Amesterdão: North Holland Publishing Company
- TEIXEIRA, 1882. Aventino Teixeira, *O Imposto. Sua Distribuição e Arrecadação*, Porto: Imprensa Commercial
- TOBIN, 1965. James Tobin, "The Burden of the Public Debt: A Review Article", *Journal of Finance*, vol. XX, dezembro, reproduzido em ATKINSON, 1991
- TOBIN, 1974. James Tobin, "What Is Permanent Endowment Income?", *The American Economic Review*, vol. 64, n.º 2 maio
- TREMMELE, 2006. Jörg Tremmel (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham: Edward Elgar
- TREMMELE, 2014. Jörg Tremmel, *A Theory of Intergenerational Justice*, Londres: Routledge

- UNGER, 2003. Brigitte Unger, *Graaft Nederland zijn eigen bergje af? The Pietersberg Paradox and Mountains of Debt*, Utrecht School of Economics, Utrecht: Utrecht University
- VENTURI, 1952. Franco Venturi, *Il Populismo Russo*, Turim: Giulio Einaudi Editore, tradução inglesa, *Roots of Revolution. A History of the Populist and Socialist Movements in Nineteenth Century Russia*, Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1960
- VIEIRA, 1905, Anselmo Vieira, *A Questão Fiscal e as Finanças Portuguesas*, Lisboa: Ferreira & Oliveira, Limitada, Editores
- WEISS, 1992. Edith Weiss, "In Fairness To Future Generations and Sustainable Development", *American University International Law Review*, vol. 8, n.º 1

Ensaio sobre a Solidariedade Intergeracional e a sua incidência na Despesa Pública

MARIA D'OLIVEIRA MARTINS*

1. Quando surgiu em Portugal a preocupação com a solidariedade intergeracional e como esta se reflete em matéria financeira pública?

De uma forma geral, embora o tema da solidariedade intergeracional seja já objeto de preocupação e tratamento bem anterior, o seu estudo, no que toca à sua aplicação à realidade portuguesa, faz-nos rapidamente chegar à conclusão de que a preocupação *ex professo* com o futuro e as gerações vindouras parece ter chegado já tarde, tanto no plano constitucional quanto no plano financeiro. Para uma perceção cronológica clara do tema, mencionamos apenas duas datas: 1997 e 2004.

Só em 1997 é que o artigo 66.º, n.º 2, alínea *d*), da Constituição, reconhece o “respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações”, sendo certo, todavia, que desta primeira referência não podemos de imediato extravasar uma influência, seja para o tratamento, seja para o controlo da despesa pública (MIRANDA, 2005, p. 682). Com efeito, como explica Jorge Pereira da Silva, a nossa Constituição, tal como, de resto, todos os exemplos constitucionais de reconhecimento da solidariedade intergeracional acabou por aderir apenas à “narrativa constitucional de afirmação do ‘Estado de Direito Ambiental’” (SILVA, 2010, p. 485).

No plano jurídico-financeiro, o tema da solidariedade entre gerações acabou por ser abordado *ex professo* apenas com a revisão da Lei de Enquadramento Orçamental, operada pela Lei n.º 48/2004, de 24 de

* Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, onde se licenciou, obteve o grau de Mestre e de Doutor. Leciona, desenvolve investigação e publica sobretudo nas áreas de Direito Financeiro e Direito Constitucional. É autora da *Despesa Pública Justa – Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública* (2016), das *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro* (2011) e do *Contributo para a Compreensão das Garantias Institucionais* (2007) e é coautora da *Lei de Enquadramento Orçamental – Anotada e Comentada* (2007 e 2009).

agosto. No artigo 10.º desta mesma lei passou a ler-se no seu n.º 1 que “o Orçamento do Estado subordina-se ao princípio da equidade na distribuição de benefícios e custos entre as gerações” e no seu n.º 2 que “a apreciação da equidade intergeracional incluirá necessariamente a incidência orçamental: *a)* das medidas e ações incluídas no mapa XVII; *b)* do investimento público; *c)* do investimento em capacitação humana, cofinanciado pelo Estado; *d)* dos encargos com a dívida pública; *e)* das necessidades de financiamento do setor empresarial do Estado; *f)* das pensões de reforma ou de outro tipo”.

E se as referências legais foram tardias, ainda mais o foram as referências jurisprudenciais explícitas a estas questões de equilíbrio geracional. A primeiríssima referência ao tema encontra-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 437/2006, referindo-se de passagem à “solidariedade intergeracional”. Servindo, neste caso, a referência para justificar o sistema de repartição da Segurança Social (URBANO, 2014, p. 44).

No sentido estrito de limitação da despesa pública, ainda em sede de referências jurisprudenciais, as primeiras palavras em relação à responsabilidade para com as gerações futuras foram proferidas pela Conselheira Maria Lúcia Amaral, apenas no voto de vencido ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, embora reconhecendo que deste princípio não era ainda possível retirar um limite concreto. Este princípio voltou a ser invocado mais uma vez em 2013, no Acórdão n.º 862/2013, tomado agora e, pela primeira vez, como objeto de ponderação das medidas restritivas de direitos sociais, tomadas no contexto da crise económico-financeira.

Num plano paralelo, é interessante notar que no Tribunal de Contas, as primeiras referências são também tardias – de 2010 –, também elas de passagem (cfr. exemplificativamente Acórdão n.º 22/2010 – 8 jun/1.ª/SS). Só nos anos seguintes, começam a encontrar-se referências mais detalhadas a este princípio, sobretudo nos relatórios de auditoria do Tribunal de Contas, procurando-se a sua densificação no que toca essencialmente à dívida pública e aos encargos plurianuais (*vide* nomeadamente Relatório n.º 11/2012 – FS/SRATC e Relatório n.º 3/2014 – FS/SRATC).

Embora as referências financeiras tenham sido vagarosas em chegar – na verdade, muito vagarosas – é injusto dizer, sem mais, que o nosso ordenamento jurídico se encontrava totalmente alheado deste problema. Esta preocupação encontra-se patente há muito – embora sem referências explícitas à solidariedade entre gerações – sobretudo a propósito da discussão da dívida pública.

Antes de mais, destaca-se, a este propósito, que o período liberal (1822-1926) – quer o monárquico, quer o republicano – é marcado, em Portugal, pela adesão a um critério normativo restritivo em relação ao equilíbrio (FRANCO & MARTINS, 1993, p. 108). A estrutura financeira liberal caracterizada pela ideia de disciplina financeira, num esforço de manter o orçamento equilibrado, subsistirá até 1928-1929 (com consolidação da dívida em 1852), embora apresentando sempre défice (FRANCO, 2001, p. 126 e 127-8).

Esta visão liberal está na base do entendimento clássico no que toca ao equilíbrio orçamental: a ideia era a de que o endividamento só deveria ser contraído em casos extremos. Não sendo economicamente reprodutivas, as despesas não deveriam, na ótica dos autores liberais ser, em caso algum, financiadas por recurso ao crédito público. Deveriam ser apenas financiadas por receitas provenientes de impostos e da gestão do património (embora o património do Estado fosse normalmente parco). Para os liberais o recurso ao crédito corresponderia sempre a uma “ilegítima absorção pelos cidadãos presentes dos impostos que, no futuro, outros cidadãos terão de suportar para pagar as dívidas herdadas” (FRANCO, 2001, p. 58).

Mas não é só. Também o período de vigência da Constituição de 1933 foi marcado por um preceito, constringendo o recurso ao crédito, que bem poderia ser lido à luz desta proteção das gerações futuras: “não pode recorrer-se a empréstimos senão por aplicações extraordinárias em fomento económico, aumento indispensável do património nacional ou necessidades imperiosas de defesa e salvação nacional” (prevendo porém uma exceção para recurso a dívida flutuante para suprimimento das receitas de gestão corrente).

Desde 1976, embora a Constituição não exija mais do que a autorização parlamentar, sob a forma de lei, para a contração de dívida pública, admitindo, quando muito, “um controlo *a posteriori* da Assembleia relativamente ao crédito público” (SANTOS, GONÇALVES & MARQUES, 2014, p. 81), a verdade é que as sucessivas Leis de Enquadramento Orçamental nunca deixaram de prever uma certa limitação do recurso ao crédito.

No período de vigência da atual Constituição não obstante a preocupação do equilíbrio orçamental ter ficado um pouco adormecida até à entrada na União Económica e Monetária, a verdade é que a preocupação com o futuro começou a explicitar-se logo na primeira versão da Lei de Enquadramento Orçamental de 2001 com a afirmação do princípio da estabilidade orçamental (entende-se por estabilidade orçamental a situação

de equilíbrio ou de excedente orçamental), defendido até por mecanismos corretivos, seguindo na esteira dos que também se tentam impor a nível europeu (embora os limites quantitativos previstos no Tratado de Funcionamento da União Europeia e que pressionaram o nosso legislador a apertar o cerco ao endividamento excessivo, não sejam diretamente associados ao problema da sustentabilidade/solidariedade intergeracional).

A partir do reconhecimento do princípio da solidariedade intergeracional pela Lei de Enquadramento Orçamental em 2004 é que este conheceu, naturalmente, mais desenvolvimento jurídico. Até mesmo as leis de enquadramento orçamental locais e regionais têm procurado ir densificando progressivamente esse imperativo (veja-se, por exemplo, a Lei das Finanças Locais, a qual já desde a versão dada pela Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro, não só faz referência à equidade intergeracional no artigo 35.º, como também procura densificar um pouco esse princípio no regime de contração de dívida: estabelecendo limites à dívida total a contrair no artigo 37.º; limitando a contração de empréstimos de médio e longo prazo, fazendo-os corresponder a um investimento concreto ou ao saneamento ou reequilíbrio financeiro no artigo 38.º, n.º 4; ou proibindo a celebração de contratos com entidades financeiras com a finalidade de consolidar dívida de curto prazo, bem como a cedência de créditos não vencidos no artigo 38.º, n.º 12).

Isto dito, não se pode, pois, da tardia preocupação com o tema extrair-se imediatamente que nunca foram formulados limites à atuação do Estado, tendo em vista a proteção das gerações futuras.

Fora os casos de limitação de dívida pública, em matéria de despesa pública, a preocupação a favor das gerações do porvir é também explícita já na última metade do século xx, ao nível da Segurança Social, com a adoção de um sistema de repartição, o qual assenta num entendimento geracional: a geração presente paga àquela que a antecede. Mesmo que esta ideia de solidariedade entre gerações nunca fosse explicitada, o arranjo geracional em que a Segurança Social assenta desde a década de 1960 impediria a rutura do financiamento da geração mais velha pela mais nova (*e.g.*, através do retorno a um puro sistema de capitalização, assegurando apenas as prestações futuras da geração contribuinte e comprometendo o financiamento presente da geração inativa); assim como impediria, simetricamente, um aumento das reformas e dos benefícios das gerações inativas pondo em perigo as prestações futuras.

Hoje, no plano financeiro, a solidariedade intergeracional tem, de novo, como face mais visível os limites à contração de dívida. Pode

falar-se, por isso, de um retorno aos “grandes debates e preocupações que foram os da idade de ouro das finanças e da filosofia política” (BOUVIER, ESCLASSAN & LASSALE, 2010, p. 21). Esta ponderação cada vez mais frequente dos interesses das gerações futuras e o retorno às limitações clássicas de endividamento público não se cinge, porém, a repetir o que foi feito no final do século XIX e início do século XX. Ela tem conduzido a uma renovação da face das finanças públicas. O debate e a preocupação gerada em torno da proteção das gerações futuras, sobretudo depois da década de 1970, faz com estas assumam protagonismo nas decisões de despesa pública que atualmente se tomam. O princípio da solidariedade intergeracional constrange hoje – e cada vez mais – as decisões de despesa pública no que toca à assunção de responsabilidades contratuais, sobretudo, plurianuais. Por isso, e como nunca antes, as finanças públicas, surgem pela primeira vez, associadas ao desenvolvimento de modelos assentes em projeções de médio e longo prazo, indicadores sintéticos de sustentabilidade, em contabilidade intergeracional e de equilíbrio geral, os quais permitem calcular desde já se os encargos plurianuais estão distribuídos equilibradamente ao longo do tempo ou então prever a partir de uma previsão de receitas (com base na capacidade conhecida de a entidade pública gerar receita) se esses mesmos encargos podem ser pagos até ao seu termo.

Com base nestes avanços, o Orçamento deixa, assim, de ser encarado numa lógica anual, para ser encarado de uma perspectiva plurianual. Veja-se, neste sentido, a recente evolução do direito orçamental promovendo o reforço da programação orçamental e a limitação da despesa por essa via (note-se que na mais recente alteração da LEO, promovida pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro se registou um aprofundamento da programação orçamental: o OE passa a ser integralmente apresentado por programas, alterando o caminho que a lei de 2001 vinha trilhando. Recorde-se que a lei de 2001 previa que as receitas e as despesas fossem apresentadas simultaneamente numa lógica anual e de programas. Notamos que ao nível local e regional a lógica da programação total ainda não é aplicável, uma vez que aí a programação é facultativa e parcial, não obstante pensarmos que é uma questão de tempo até as suas leis de enquadramento orçamental acompanharem o que é feito pela LEO. O sentido da evolução legislativa parece ir claramente neste sentido da programação).

Estas alterações ao nível da orçamentação da despesa, enfraquecendo a importância do planeamento anual, são acompanhadas por alterações

ao nível contabilístico. Para ponderação dos interesses das gerações futuras, a contabilidade de caixa, favorecedora de uma perspetiva anual de inscrição de receitas e despesas, é cada vez mais complementada por uma perspetiva plurianual que, de alguma forma, impede ou compensa a oneração das gerações futuras com um aumento da poupança total (MARTINS, MARTINS & MARTINS, 2009, pp. 97-9).

2. Os casos de prioridade ao presente, limitadores da invocação da solidariedade entre gerações

Depois de uma introdução descritiva e genérica do impacto que a solidariedade entre gerações tem sobre as finanças públicas, é tempo de passar para um plano mais problemático, levantando as questões que estão por detrás dos limites que se possam querer estabelecer à despesa pública com base neste princípio da solidariedade entre as gerações.

A primeira questão que se levanta é a de saber até onde se pode e deve levar a tutela dos direitos das gerações futuras e se, em última análise, as gerações presentes devem sacrificar o seu bem-estar em benefício do porvir. Para nós, a resposta a esta questão é fundamental para procurarmos balizar este dever de solidariedade, para percebermos afinal com que limites e dimensão se poderá aplicar à intervenção pública.

Na resposta a esta primeira questão, partimos de uma premissa que para nós é óbvia. A solidariedade intergeracional não deve confundir-se com uma prioridade à geração futura. Isto porque só o interesse das presentes gerações é real, ao contrário do interesse das gerações futuras que é meramente hipotético (está em causa a afirmação de que não conhecemos o futuro, embora como BRIAN BARRY defende, haja limites para a afirmação desse desconhecimento: “Of course, we don’t know what the precise taste of our remote descendants will be, but they are unlikely to include a desire for skin cancer, soil erosion, or the inundation of all low-lying areas as a result of the melting of the ice-caps” – BARRY, 1977, pp. 268-84). E afirmar o contrário seria como reconhecer que uma pessoa teria de viver condicionada para poder deixar uma herança aos seus descendentes, ficando limitada no usufruto dos seus réditos e riqueza. O que não faz sentido, como princípio geral. Mas daí a dizer que só o presente interessa e que por isso estaríamos sempre legitimados a atirar a fatura para o futuro, para que as gerações vindouras custeiem as nossas despesas, vai um grande passo. Será, pois, no meio termo entre a prevalência de uns e outros interesses que havemos de encontrar a resposta à

questão última de saber que despesa devemos fazer ou deixar de fazer para salvaguardar os interesses das gerações dos nossos descendentes.

Começamos então por explicar os limites à invocação da solidariedade intergeracional. Ou seja, os casos em que a afirmação de uma prioridade à geração presente impedem, em certos domínios, a consideração dos interesses das gerações futuras.

Os primeiros limites a esta ideia de solidariedade encontram-se nos casos em que a reserva do financeiramente possível é insuscetível de ser invocada. Com efeito, aí onde não pode ser invocada a falta de meios, pelo Estado, encontram-se as prioridades que devem ser atendidas, pensando mais nas gerações presentes e menos nas gerações futuras.

Hoje, podemos identificar três limites à reserva do financeiramente possível:

- 1) O direito a um mínimo de existência condigna;
- 2) O conteúdo mínimo dos direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga; e
- 3) O conteúdo mínimo dos direitos económicos sociais e culturais (para mais desenvolvimentos sobre estes limites cf. MARTINS, 2016, pp. 351 *et seq.*).

Nestes casos, a prioridade ao presente resulta, antes de mais, de uma tendência natural de acudir às necessidades dos que nos estão próximos (*vide* LUMER, 2006, p. 41 e sobre a inadaptação dos atuais sistemas políticos às tarefas de concretização dos princípios de justiça entre gerações, SILVA, 2010, p. 476 e p. 479), mas resulta, sobretudo, do respeito e promoção do valores jurídicos protegidos pela nossa Constituição: a dignidade da pessoa; a proteção dos direitos liberdades e garantias, impedindo a sua restrição; e a proteção do conteúdo mínimo dos direitos sociais para o cumprimento da visão da justiça social programaticamente prevista pelo texto da Lei Fundamental. Obviamente que esta prioridade do presente não se faz sentir sempre com a mesma intensidade. Há, no fundo, três níveis de intensidade desta prioridade, como se explicará adiante.

Explicando um pouco melhor a afirmação desta prioridade ao presente, começaremos, justamente, pelo primeiro nível, referindo-nos ao direito a uma existência condigna.

Retirando diretamente, quer do princípio da dignidade da pessoa humana, quer da própria ideia de Estado social em que se funda a despesa pública, a ideia de prestações estaduais, “que permitam uma existência

autodeterminada, sem o que a pessoa, [seria] obrigada a viver em condições de penúria extrema” (NOVAIS, 2004, p. 64), já em 2002 o Tribunal Constitucional deixa claro que o Estado deve assumir preocupações redistributivas através da despesa. Servindo-se dos seus réditos, o Estado deve, assim, assumir a anulação das condições de pobreza extrema que pudessem fazer perigar a vida das pessoas. Os indivíduos podem assim exigir ao Estado a garantia da sua existência material.

Notamos, porém, que a defesa do direito a uma vida minimamente condigna, nos termos da Constituição, não deve cingir-se a um mínimo de sobrevivência para que a pessoa se mantenha viva. Ou seja, não deve limitar-se ao mínimo para alimentação ou habitação, como sucede com o atual rendimento social de inserção, que nas grandes cidades apenas cobre, por via de regra, as despesas de habitação, deixando todas as outras necessidades básicas sujeitas à satisfação por parte da benevolência voluntária. A dignidade da pessoa humana que é reconhecida pela Constituição deve obrigar a um entendimento mais exigente. Ele deve incluir não só o direito a um mínimo de sobrevivência, mas também o direito a um mínimo de existência condigna, na linha do que reconhece, aliás o Tribunal Constitucional alemão no BVerfGE 125, 175. Apresenta-se-nos, portanto, um Estado que mais do que assegurar o mínimo de subsistência para todos, deve intervir no sentido da promoção de uma vida condigna para todos; a promoção da “vida minimamente condigna” (*minimally decent life*) de que fala Cécile Fabre (FABRE, 2000, *passim*). Nestes termos, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana deve resultar um imperativo de cobertura de outras necessidades para além das de abrigo e alimentação, suficientes para manter a pessoa viva. Entre essas necessidades que têm de ser tomadas em conta, pensamos, nomeadamente, nas necessidades básicas de habitação condigna, de acesso à saúde, à educação, à informação, de acesso ao Direito e apoio judiciário e até de utilização do espaço público – incluindo, por exemplo, necessidades com vestuário e calçado adequado de forma a que a pessoa não surja, com vergonha, no espaço público (BVerfGE 125, 175: “The statutory benefit claim must be shaped such that it always covers the total needs necessary for the existence of each individual fundamental right holder”).

Diga-se até que é o próprio entendimento que o Tribunal Constitucional tem defendido em relação à consideração de uma vida condigna – ainda que para efeitos negativos, ou seja, de proteção de determinado rendimento em casos de penhora – que nos leva a elevar a fasquia no

que toca à exigência que se deveria ter em relação às prestações que são devidas pelo Estado. No Parecer da Comissão Constitucional n.º 479 de 25 de março de 1983 e nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 232/91, 349/91, 434/91, 411/93, 130/95, 318/99, 62/02, 177/02 e 96/04, os juizes do Palácio Ratton demonstram o reconhecimento da proteção pública contra a privação de um mínimo para uma vida condigna, numa medida que extravasa largamente um mínimo de sobrevivência. O Tribunal reconhece até que a esfera de proteção abrange o salário mínimo. Relativamente à proteção do salário mínimo, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece-nos até bastante generosa. Diga-se até que na esteira deste reconhecimento jurisprudencial, o artigo 738.º do novo Código de Processo Civil refere até atualmente, para efeitos de consideração dos casos de proteção deste mínimo de vida condigna, a possibilidade de alargamento desse mesmo mínimo – que é o salário mínimo – atendendo ao montante e à natureza do crédito exequendo, bem como às necessidades do executado e do seu agregado familiar.

O direito a uma vida minimamente condigna deve ser encarado pelo Estado como uma despesa de inscrição prioritária, até mesmo à frente das despesas decorrentes de leis e de contratos que nos termos da Constituição parecem ser as únicas limitações ao legislador orçamental (para nós, é esta ideia que nos faz não temer que este direito soçobre em situações de dificuldades económicas – como objeta NOVAIS, 2010, pp. 206-7). Esta é, portanto, uma despesa que deve ser considerada isenta da invocação da reserva do financeiramente possível (como defendem TORRES *in* SARLET e TIMM, 2008, pp. 80-1 e TORRES, 2009, pp. 83 *et seq.*). Foi, aliás, desta forma que o Tribunal Constitucional reconheceu este direito; como um direito que vincula o Estado “independentemente de dificuldades financeiras circunstanciais ou de particulares orientações políticas” (NOVAIS, 2004, pp. 67 e 68).

Desta impossibilidade de invocação da reserva do financeiramente possível deve retirar-se o reconhecimento de uma *prioridade ao presente aplicada em pleno*. Mais do que pensar no futuro, trata-se de assegurar a existência e a capacidade de os presentes gerarem filhos e netos com que se preocupar. Isto significa que, antes de se comprometer com qualquer despesa ou com o futuro, o Estado tem pois de arranjar meios para distribuir bens, de forma a assegurar, pelo menos, a existência das pessoas que compõem o seu substrato. Não faria sentido deixar morrer hoje alguém à fome em benefício de um futuro incerto ou de uma pessoa que ainda nem sequer nasceu.

Mesmo reconhecendo a ideia de uma *prioridade ao presente aplicada em pleno*, não podemos deixar de reconhecer que valerão alguns limites que contemplam a proteção das gerações futuras: não obstante a falta de limites constitucionais ao endividamento público, há limites orçamentais máximos que não poderão deixar de ser invocados e que, na prática, poderão ter de ser equacionados em sede de decisão orçamental e em sede de controlo jurisdicional respetivo e que valem tanto para estas despesas, como para qualquer outro gasto a orçamentar. Desde logo, a orçamentação da despesa tem de respeitar os limites previstos para o recurso ao crédito público, nos termos do que hoje dispõe a Lei de Enquadramento Orçamental. Fica, pois, fora de causa o recurso ao crédito público para financiar o défice do ano orçamental em causa [(MOREIRA, 2007, p. 135, e SARLET & FIGUEIREDO, 2008, falando de um “impacto económico [...] muito expressivo [do mínimo existencial contido no direito à saúde] (comparado com o ‘custo’ do mínimo existencial em outros casos, como o da moradia e do ensino fundamental, por exemplo)”].

Para além destes limites orçamentais máximos que podem ser invocados contra estas despesas, deve notar-se que deve valer também a regra de que devem ser aceites, pelo poder judicial, compressões a este direito a uma vida minimamente condigna, no caso de uma concreta prova de impossibilidade de ação por parte do Estado. Neste juízo, devem pois os juizes basear-se numa prova concreta de escassez real de recursos. Entendemos, assim que não pode deixar de valer o princípio segundo o qual *ultra posse nemo obligatur*. Pensamos, porém, que esta prova que deve ser sempre ponderada à luz da ideia de que as verbas de que o Estado dispõe devem ser afetadas prioritariamente a resolver os casos de emergência social. Note-se que a escassez real de recursos corresponde à falta de verba, já depois de ultrapassados os limites de dívida ou em casos de impossibilidade de recurso a essa mesma dívida para fazer face a necessidades de financiamento público. A escassez real de recursos não deriva de uma valoração política, como a ponderação feita ao abrigo da reserva do financeiramente possível. Ela deriva, sim, de uma impossibilidade técnica que é passível de ser demonstrada. Esta escassez distingue-se da escassez moderada de recursos, que está ligada com a invocação normal da reserva do possível (*vide* sobre isto LIMA LOPES *in* SARLET & TIMM, 2008, pp. 178-93 e ainda STERN, 1988, p. 719).

A solidariedade entre gerações terá, então, neste domínio, o seu conteúdo mínimo. Pelo menos neste núcleo, a despesa pública deve corresponder – senão efetivamente, pelo menos, tendencialmente – à

capacidade financeira do Estado, para responder às situações de sofrimento das pessoas presentes que se encontram no seu substrato.

Este dever de orçamentar a verba correspondente a esta vida minimamente condigna para a geração presente poderá, todavia, vir associado ao perigo de uma total subordinação à interpretação que os juízes fizerem desse direito. O que fazer para afastar esse perigo, de forma a que o poder orçamental não fique nesta parte entregue aos juízes?

Este perigo fica afastado se não se procurar subverter a lógica da repartição de poderes orçamentais prevista na Constituição. Defendemos, assim que, no que toca a esta despesa relativa ao mínimo de existência condigna, o juiz deve ficar, à partida, impedido de questionar o *como* e o *quanto* previsto pelo legislador no Orçamento do Estado para a concretização deste imperativo da dignidade da pessoa, pois que há um espaço de conformação legislativa que deve ser respeitado. É certo que a garantia de um mínimo (qualquer que ele seja) é sempre difícil de fixar, uma vez que não beneficia de diretivas constitucionais claras para a sua fixação. Assim, e atendendo à impossibilidade de fixação de um valor para esse mínimo a partir da Constituição, teremos inevitavelmente de reconhecer que se abre um espaço para a conformação legislativa, suscetível de controlo apenas nos casos em que a violação do mínimo desta vida condigna nas dimensões mínimas apontadas – alimentação, habitação, acesso à saúde e utilização do espaço público – seja evidente, uma vez que não há nada na Constituição que aponte para o modo de concretização deste mínimo (logo no primeiro Acórdão em que se refere a este mínimo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão fala desta liberdade de conformação legislativa que nós também aqui reconhecemos: “[...] existem muitas possibilidades para realizar a proteção oferecida” – BverfGE 40, 121. Cf. ainda NOVAIS, 2010, p. 193). No que toca à configuração do controlo deste mínimo nós defendemos, portanto, a aplicação de um critério de evidência (*Vide* SARLET & FIGUEIREDO, 2008. *Vide* com interesse para este tema SILVA, 2015, p. 128, e AMARAL & MEDEIROS, 2000, p. 369, e FABRE, a qual, em caso de violação de um dos direitos referidos, defende que “the constitutional court should tell the government when it has breached a right and should set a deadline for the provision of remedies, but should not tell the government which remedies to provide and how it should provide them” – FABRE, 2000, loc. 130-33, versão *kindle*). Portanto, só no caso de manifesta insuficiência da verba (critério de evidência) e em todas as situações concretas em que a verba orçamentada se mostre insuficiente para acorrer a situações de carência absoluta é que o juiz deve

condenar o Estado ao pagamento ou à prestação devida, mesmo que não haja cabimento orçamental expresso para tal. Nesse caso, o Estado deverá ser obrigado a suprir a falha orçamental pelos meios normais relativos às despesas obrigatórias (utilizando, por exemplo, a dotação provisional).

Para evitar ter de aplicar um critério de evidência, poderia pensar-se, para que não se pise a linha da separação de poderes, à maneira do que exige o Tribunal Constitucional alemão, na obrigação do Governo dar a conhecer os métodos e cálculos que usa para determinar o mínimo de existência condigna (cf. BVerfGE 125, 175, de 20 de outubro de 2009 – Hartz IV).

Para além do direito a um mínimo de existência condigna, a prioridade à geração presente deve também fazer-se sentir ao nível da despesa pública implicada na concretização dos direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga (defendendo que os direitos, liberdades e garantias têm custos, cf., nomeadamente, HOLMES & SUNSTEIN, 1999, NABAIS, 2007 e 2008, e NOVAIS, 2010. *Vide* ainda MATOS, 1998, p. 8, ou CHULVI, 2001, p. 63). Identificamos, assim, como despesa pública constitucionalmente prioritária a que se baseia no caráter determinável de algumas normas constitucionais. Isto porque quando conjugada com um direito diretamente exigível a partir da Constituição, a reserva do possível nunca poderá conceder liberdade legislativa plena para a definição da despesa necessária à concretização dos direitos fundamentais em si mesmos, sob pena de restrição inconstitucional do direito. Nesta medida, a atividade do legislador orçamental poderá e deverá ser controlada pelo poder jurisdicional, no sentido deste último aferir da constitucionalidade das escolhas feitas.

Nestas normas, na medida em que a reserva do possível se tolhe, surgindo, as mais das vezes, reduzida a uma reserva geral de ponderação, isto significa que há a prioridade à geração presente, na medida em que vale a proibição de restrição inconstitucional dos seus direitos, liberdades e garantias.

À semelhança do que sucede quanto ao direito a uma vida minimamente condigna, esta reserva impedirá o poder judicial de controlar, por princípio, o *como* e o *quanto* decididos pelo legislador orçamental; mas e uma vez que estamos no âmbito das normas determináveis, o controlo judicial será sempre possível. Desde logo, no que toca ao *quando* do direito em causa. Para além disso, no que toca à despesa que resulta destas normas, ela deverá sempre ser controlada, quer de acordo com o parâmetros mínimos de respeito pelo conteúdo essencial do direito em

causa, quer de acordo com os limites impostos pelo Estado de direito democrático (igualdade, proporcionalidade ou proteção da confiança).

No seio destas normas, a reserva do possível só se limita verdadeiramente quando é a Constituição que impõe especificamente ao legislador a adoção de despesas públicas determinadas.

No âmbito da concretização dos direitos, liberdades e garantias, *a prioridade ao presente faz-se sentir de novo, mas não num nível tão limitador para o legislador* como a proteção do direito a um mínimo de existência condigna. Isto porque se abre a possibilidade de o legislador poder escolher dentre as soluções possíveis para a concretização dos direitos em causa, as soluções de despesas que lhe pareçam menos onerosas ou mais sustentáveis numa perspetiva de futuro. Valem também aqui, todavia, os limites à despesa impostos pelo princípio da estabilidade orçamental e o da escassez real de recursos.

Para além do direito a um mínimo de existência condigna e do cumprimento dos direitos, liberdades e garantias, na parte em que o seu conteúdo é determinável a partir da Constituição, poderemos falar ainda de prioridade ao presente no que toca à concretização de um conteúdo mínimo de realização dos direitos económicos, sociais e culturais.

Se é verdade que os direitos sociais estão associados a uma aplicação forte da reserva do financeiramente possível e que por via de regra o poder judicial fica com o seu poder tolhido no que toca ao seu controlo (pois não poderá, por regra, controlar nem o *quando*, nem o *como* nem o *quanto* orçamentado), a verdade é que a prioridade ao presente também se faz sentir. Embora, admitimo-lo, de forma mais mitigada do que qualquer uma das situações anteriormente referidas: *é a prioridade ao presente reduzida ao mínimo*.

Esta prioridade ao presente vai-se afirmando devido ao facto de a concretização das normas de direitos económicos, sociais e culturais ir tolhendo paulatinamente a liberdade orçamental. Não se pode pois, nem no seio dos direitos sociais, falar de uma liberdade orçamental máxima, uma vez que o Estado vai ficando amarrado às metas ou objetivos constitucionalmente já alcançados no sentido da concretização de uma visão de justiça social que vá retirando paulatinamente as pessoas de situações de submissão, exploração, dominação, violência ou extrema carência.

O melhor exemplo que encontramos para explicar esta submissão progressiva encontra-se na escolaridade obrigatória. Ainda que a letra da Constituição limite o ensino obrigatório ao ensino básico, hoje os deveres de despesa que o Estado foi assumindo, à luz das metas que foi

fixando para a sua ação, impedem-no de retroceder nos passos que foi dando quanto à elevação do limite da escolaridade obrigatória para além do ensino básico. Os objetivos a definir pelo Estado no que toca às metas curriculares mínimas não podem deixar de apresentar uma relação estreita não só com a promoção de um determinado nível cultural e de literacia e numeracia entre os portugueses, mas também com outros fatores que não podem ficar sem consideração quando o legislador orçamental pondera os recursos a alocar à escolaridade obrigatória. Estamos a pensar em concreto em como a escolaridade obrigatória se relaciona intimamente, por exemplo, com a proibição do trabalho infantil, com a promoção dos direitos das mulheres e das crianças ou até mais genericamente com os deveres de promoção do desenvolvimento das potencialidades de todas as pessoas, para que estas tenham meios de se governar e de prover autonomamente à sua subsistência. Isto já para não falar na forma como a escolaridade obrigatória se relaciona intimamente com metas e compromissos que o Estado vai assumindo em matéria de investigação e desenvolvimento (I&D).

O mesmo vale para o caso de uma reorganização do serviço nacional de saúde que impossibilite o acesso das pessoas de determinadas localidades a cuidados de saúde. É certo que literalmente, nos termos da Constituição, não se diz quantos são os hospitais que devem fazer parte da rede de cuidados de saúde, no entanto, a verdade é que o caminho que o legislador tem vindo a seguir permite falar de uma consolidação no seio da Constituição material de uma certa visão dos cuidados de saúde que são prestados publicamente que não pode ser descurada quando pensamos no conteúdo essencial do direito à saúde.

A prioridade ao presente surge, assim, no seio dos direitos sociais, com uma vertente positiva, obrigando o Estado à contínua promoção de esforços no que toca ao aumento das potencialidades (*capabilities*) das pessoas e ancorando a intervenção pública a uma ideia ética de comprometimento com os direitos fundamentais, tal como se vão consolidando na ordem jurídica. Contudo, sobressai também na sua vertente negativa, impedindo o retorno nos passos já dados na concretização da justiça social. Limita-se assim a liberdade orçamental pública, impedindo o legislador de retirar a proteção que já oferecera concretamente às pessoas do perigo de ficarem em situações de submissão, exploração, dominação, violência ou extrema carência (MARTINS, 2016, pp. 409 *et seq.*).

De todos os níveis de prioridade à geração presente este é, nos termos da Constituição, aquele que é o mais limitado de todos. Naturalmente

que só se admite a consideração da prioridade à geração presente nos aspetos da justiça social que estão não só concretizados, mas também consolidados no nosso ordenamento jurídico.

Encolhendo a prioridade da geração presente às opções de Justiça Social consolidadas no nosso ordenamento jurídico, cresce inevitavelmente o espaço da reserva do financeiramente possível em relação à concretização das normas constitucionais indetermináveis programáticas, o que aumenta inevitavelmente o espaço para a preocupação com a geração futura. Valem não só os limites genéricos de endividamento referidos nas situações anteriores de prioridade à geração presente, mas cresce o espaço de invocação da escassez de recursos, não só por razões políticas, mas também por razões de poupança justa para salvaguarda do porvir. Em todos os casos de concretização da Justiça Social ainda não consolidados na realidade constitucional, nem sequer é necessária a invocação de uma escassez real de recursos. Basta a invocação da necessidade dos recursos para outras finalidades ou prioridades também reconhecidas pela Constituição.

3. Prioridade ao presente e tutela dos interesses das gerações futuras

Fora estes casos de prioridade de despesa pública em relação à geração presente coloca-se a questão de saber, em que medida são considerados os interesses das gerações futuras.

Para resposta a esta questão, não nos basta a análise do texto constitucional. A compreensão da solidariedade intergeracional em termos de despesa pública passa, em grande parte, pela compreensão do controlo que já hoje é feito em relação às decisões que implicam dispêndio por parte Estado.

Em termos financeiros, o princípio da solidariedade intergeracional consubstancia-se atualmente, sobretudo, num controlo das despesas que se prolonguem no tempo, as despesas plurianuais. É o que se retira, de resto, do atual artigo 13.º da Lei de Enquadramento Orçamental quando estabelece que “a atividade financeira do setor das administrações públicas está subordinada ao princípio da equidade na distribuição de benefícios e custos entre gerações, de modo a não onerar excessivamente as gerações futuras, salvaguardando as suas legítimas expectativas através de uma distribuição equilibrada dos custos pelos vários orçamentos num quadro plurianual”.

No que toca a estas despesas plurianuais, o controlo é feito de forma a que as mesmas sejam equilibradamente distribuídas ao longo do tempo. É, aliás, em relação a estas que se pode falar de uma versão mais forte da solidariedade para com as gerações futuras.

Este controlo é hoje em dia feito, nomeadamente, pelo Tribunal de Contas quando recusa o visto a despesas nestas condições, por violação seja de normas financeiras, seja do princípio da boa administração, que nas finanças públicas se consubstancia no controlo dos 3'Es da economia, eficiência e eficácia, podendo ainda ser realizado pelo Tribunal Constitucional no controlo que faz das leis dos Orçamentos do Estado.

Este escrutínio, porém, não impõe uma limitação concreta às despesas controladas. Quando muito ele implicará a invalidação das despesas caso haja uma evidência de que elas não se encontram adequadamente distribuídas no tempo (critério da evidência). A aplicação de um critério da evidência baseia-se no facto de não se conseguir extrair da solidariedade entre gerações um limite concreto de despesa. E isto não é possível, porque não vivemos na “sociedade ideal”, ou seja, na sociedade que demonstre “uma capacidade total para [...] prever com rigor as necessidades e recursos disponíveis ao longo dos tempos e deliberar, conseqüentemente, em cada momento, qual a parcela de rendimento que deveria ser afeta ao consumo e a que deveria ser desviada para a poupança” (FERREIRA, 1995, p. 71).

À luz deste critério de evidência, será então possível impedir, por exemplo, a realização de uma despesa pública para proteção das gerações futuras quando ela implica défice ou dívida pública para além dos limites previstos; quando da mesma resultem encargos plurianuais que se preveem desde já insuscetíveis de ser pagos no futuro, com base no esquema vigente de distribuição de receitas públicas; ou quando a mesma pode dar origem a pagamentos futuros não previstos (porque ocultos ou mal calculados) no presente.

Incorporando cada vez mais preocupações de comportabilidade financeira e de sustentabilidade, veja-se exemplificativamente a recente evolução do regime jurídico das parcerias público-privadas, cada vez mais exigente quanto a um planeamento cuidado e rigoroso das despesas geradas e quanto à identificação da proveniência concreta dos fundos que as financiam, prevendo ainda o reforço dos mecanismos que assegurem que os orçamentos futuros não sejam onerados com custos imprevisíveis ou adicionais em relação aos que estão já previstos.

Se este controlo é passível de ser feito já hoje no âmbito das despesas públicas de que resultem encargos plurianuais, não é certo que a

ponderação das gerações futuras seja tão clara em relação às despesas que não geram encargos plurianuais.

É certo que o legislador, ao desenvolver a ideia da programação orçamental deu um passo em frente na salvaguarda dos interesses da geração futura, uma vez que com esta programação acaba por revestir todas as despesas desta aparência plurianual. Como é sabido, a programação, invertendo a lógica da ponderação orçamental – de uma perspectiva *bottom-up* para outra *top-down* –, permite que, pelo menos no espaço da legislatura, haja um maior escrutínio dos gastos orçamentais e uma avaliação crítica da sua distribuição no tempo. Note-se até que o legislador ao impor, na nova versão da Lei de Enquadramento Orçamental, a identificação das receitas e das fontes de financiamento para cada despesa em concreto, promove a facilitação da deteção de incapacidade ou dificuldade de pagamentos futuros.

Não obstante a novidade que isto implica, o limitadíssimo horizonte temporal desta programação (o ano em curso e os quatro anos seguintes) não permite falar aqui de uma verdadeira tutela dos interesses das gerações futuras. Quando muito, pode dizer-se que a solidariedade entre gerações vale aqui numa versão fraca de si própria, inspirando apenas um princípio geral de equilíbrio temporal dos pagamentos plurianuais no espaço da legislatura.

No que toca às despesas plurianuais que aqui se referem como objeto principal da solidariedade entre gerações, chama-se a atenção para um facto, de certa forma, curioso. Dentro do Orçamento do Estado, a conjugação dos mapas de classificação económica com os demais mapas de despesa parece indiciar que o legislador privilegia as despesas com formação de capital fixo em detrimento das chamadas despesas de futuro, ou seja, das despesas com educação e investigação, assente ainda no pressuposto de que as primeiras mais facilmente melhoram ou aumentam as capacidades produtivas da economia dos segundos. Com efeito, a divisão das despesas em correntes e de capital acaba por permitir um regime mais favorável a estas últimas despesas, na medida em que se permite que estas beneficiem em certos casos de receitas creditícias, como se as outras (as chamadas despesas de futuro) fossem equiparáveis a quaisquer outros consumos (entendidos estes na lógica do Estado liberal “de redução de riqueza, de património, ainda que redução considerada necessária, indispensável” – MARTINEZ, 1967, p. 32) que devem ser reduzidos ao mínimo para evitar desperdício.

Hoje esta visão da despesa está completamente ultrapassada, uma vez que hoje bem se sabe que tanto as clássicas despesas de capital quanto as despesas de educação e investigação podem ter um fortíssimo impacto nas gerações futuras. As despesas de investigação e desenvolvimento, por exemplo, mesmo não contribuindo para o aumento do património duradouro do Estado, são feitas a pensar na formação de capital humano reprodutivo (apesar de no momento em que estas despesas são efetuadas elas não parecerem reprodutivas, a verdade é que a sua realização pode permitir um desenvolvimento económico a médio ou longo prazo. Nas palavras de Duverger, “aumentar as despesas com o ensino é subtrair capitais e trabalho ao circuito económico; mas isso pode permitir desenvolver a formação técnica e humana que assegurará o desenvolvimento futuro da economia” – DUVERGER, 1975, p. 47).

É certo que se nas despesas de capital é fácil avaliar o valor das contrapartidas que oferecem, com as despesas de investigação e de educação será difícil fazê-lo. Primeiro, porque os bens que elas produzem são imateriais, nem sempre fáceis de avaliar e, segundo, porque esses mesmos bens são insuscetíveis de inventariação (ao contrário dos bens duradouros). Não obstante esta dificuldade, questionamos se o legislador não deveria, no âmbito da classificação económica de despesas, colocar a par todos os investimentos, uma vez que só assim se cumpre cabalmente a ideia de cuidado para com as gerações futuras. Ou seja, se não deveria colocar as despesas de educação e investigação como componente de despesa junto das demais despesas de capital, beneficiando então do seu regime mais favorável. Tal como a Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan e Jean-Pierre Lassale também nos parece anacrónico que numa sociedade, que tem como motor para o crescimento económico o saber, a capacidade de criar e de inventar, estas despesas não se destaquem das demais despesas de funcionamento do Estado (no sentido da revisão da distinção entre despesas correntes e de capital cf. BOUVIER, ESCLASSAN e LASSALE, 2010, p. 58; corroborando este entendimento atente-se naquilo para que a doutrina social católica chama atenção na Encíclica *Pacem in Terris*: “observe-se que nos nossos dias o homem aspira mais a conseguir habilitações profissionais do que tornar-se proprietário de bens; e tem maior confiança nos recursos que provém do trabalho ou no direito baseado no mesmo, do que em rendimentos vindos do capital ou em direitos nele fundados”). É certo que não contribuem para o aumento de bens duradouros e inventariáveis do Estado, porém, não podemos deixar de reconhecer que são um importante contributo para

o aumento da riqueza nacional e do PIB de um Estado (com o qual se estabelece uma íntima ligação em relação à despesa pública, ao endividamento e ao défice orçamental: aumentando o PIB, aumenta também a capacidade de endividamento). Como se compreende, é totalmente diferente uma solução de recurso ao crédito para cobrir despesas com consumos do Estado e uma solução semelhante para financiamento de despesas de investimento (sejam elas despesas de capital ou despesas com a formação de capital humano) (estas considerações têm como base aquilo que tem sido provado, nas últimas décadas, por vários estudos de econometria – cf. KOSEMPPEL, 2004, p. 204; significativo da importância da aprendizagem para o crescimento económico, veja-se este exemplo – a que se dá o nome de “efeito de Horndal”: “The Horndal-iron Works in Sweden had no investment [...] for a period of 15 years, yet productivity [...] rose in average close to 2% per annum. We find again increasing performance which can only be imputed to learning from experience” – ARROW, 1962, p. 156).

Fora estas limitações à despesa pública sugeridas pela solidariedade entre gerações (tanto na sua versão mais forte como na sua versão mais fraca), é necessário porém sublinhar que todos estes controlos são insuficientes para garantir plenamente a tutela dos interesses da geração futura, porque a deixam sempre à mercê do julgamento condicionado pelas circunstâncias presentes. De facto, não podendo queixar-se ou reclamar da distribuição de custos estabelecida no presente, por falta da existência e de meios concretos para a sua defesa, a geração futura ficará em desvantagem em face do egoísmo de uma geração presente, consumidora de muitos recursos (BIRNBACHER, 2006, p. 36).

Contra isto poderia dizer-se que as gerações futuras sempre contam a seu favor com a limitação do défice e dívida, imposta por força da aplicação dos tratados europeus. Limitação esta que é vista, como acima assinalamos, como a face visível de uma ideia de solidariedade entre gerações. É certo que não podemos deixar de reconhecer que esta tem um efeito positivo no reforço desta mesma solidariedade, impedindo grandes excessos na assunção de compromissos de dívida pública comprometedores da saúde das finanças públicas. Nota-se porém a fragilidade de um raciocínio que baseia a proteção das gerações futuras neste controlo de défice e dívida, uma vez que “tem sido generalizadamente posta em evidência a questão da total aleatoriedade dos valores previstos no Tratado, que não correspondem a qualquer critério económico razoável, não espelhando, designadamente, a problemática da “sustentabilidade”

da dívida e antes refletindo, simplesmente, um valor médio registado em certa altura nos países da Comunidade” (FERREIRA, 1995, pp. 127 e 128).

A limitação da consideração da solidariedade entre gerações para efeitos de controlo da despesa pública nos termos acima descritos (com prioridade ao presente, por via de regra, e consideração das gerações futuras para ponderação de encargos plurianuais) é, para nós, sinal claro do reconhecimento não de uma visão maximalista, mas de uma visão minimalista do princípio da solidariedade para com a gerações futuras.

Isto significa que, ao não impor limites concretos à despesa e à intervenção públicas, a Constituição não obriga à adoção de uma lógica sacrificial das gerações presentes pelas gerações futuras. Ou seja, nos termos da Constituição a geração presente não tem de prescindir de bem-estar, em benefício de interesses hipotéticos da geração futura. O que se compreende dado o nevoeiro informativo que temos em relação ao futuro: não sabemos ao certo que interesses terão as gerações futuras; não sabemos como será o desenvolvimento técnico; não sabemos como será o mundo... A rápida ultrapassagem da teoria da população de Malthus é, aliás, um bom exemplo da falibilidade das previsões feitas sobre o futuro. Recorde-se que no seu *Ensaio sobre o Princípio da População*, Malthus parte do pressuposto de que as taxas de crescimento, por um lado, da população e, por outro, dos meios de subsistência são conflitantes: o crescimento da população operaria numa proporção geométrica, ao passo que o dos meios de subsistência se faria apenas numa proporção aritmética. Em consequência, defende que todo o aumento da população deveria ter em conta a possibilidade de aumento dos meios de subsistência e que a desatenção aos meios de subsistência no aumento da população, teria efeitos nefastos sobretudo ao nível das classes mais baixas da sociedade – MALTHUS, 1826 (vol. I), p. 17.

Prescindindo de uma visão maximalista, pensamos ficar mais próximos daquilo que afirmava a Conselheira Maria Lúcia Amaral quando, no voto de vencido ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, defendia que o justo limite de encargos a deixar para o futuro “se ultrapassa quando se oneram as gerações seguintes de tal forma que é a sua própria esfera de decisão que é esvaziada” (parece aqui apontar-se para o tal critério de evidência que referimos) do que de Jorge Pereira da Silva quando, numa abordagem aparentemente maximalista a este tema, defende que a responsabilidade para com o futuro deve ser considerada como um limite imanente – quando não mesmo uma restrição implícita – aos direitos fundamentais (SILVA, 2010, pp. 490 e 493)), obrigando,

portanto, o Estado a garantir que as gerações posteriores beneficiem de oportunidades de vida e de liberdade idênticas às da geração presente (SILVA, 2010, p. 495).

Uma visão minimalista da solidariedade entre gerações leva-nos, assim, à defesa não de uma proteção de interesses hipotéticos ou de um certo nível de vida desejável, mas tão-só à defesa da tomada de decisões que evitem os desastres futuros que se adivinham desde já (BECKERMAN, 2006, p. 64). Portanto, para nós, a solidariedade para com a gerações futuras tem impacto na despesa pública apenas e na medida em que permita a resolução de problemas que se detetam hoje. Esta é a perspectiva mais consentânea com o controlo das despesas, impeditivo da assunção de despesas impagáveis ou pagáveis com sacrifício futuro ou favorecedor da afirmação de um princípio geral de equilíbrio temporal dos pagamentos plurianuais no espaço da legislatura, ainda há pouco extraídos da ideia da solidariedade entre gerações.

4. Devemos mais às gerações presentes nossas contemporâneas ou às gerações futuras?

Chegados a este ponto – e uma vez que procurámos olhar para a realidade do prisma da comunidade política presente e futura do Estado português – faz ainda sentido abordar uma outra questão, pondo em confronto as gerações que até aqui consideramos (presente e futura nacionais) e as gerações que se encontram fora do espaço nacional (extranacionais).

Fará sentido estender a prioridade que afirmamos à geração presente às pessoas que por todo o mundo são nossas contemporâneas? Trata-se, pois, de cruzar dois temas: o solidariedade intergeracional e o da solidariedade internacional.

A ideia da solidariedade internacional é acalentada por vários autores, desde os que se inserem no âmbito do pensamento social católico até aos que sustentam a filosofia utilitarista.

Está em causa a ideia de que os deveres do Estado não terminam no plano interno.

Da parte da doutrina social católica, invoca-se a ideia do destino universal dos bens para a sustentação desta ideia de solidariedade internacional, falando-se na fraternidade cristã entre os povos e no favorecimento de movimentações de bens, capitais e pessoas para a eliminação e diminuição das desigualdades entre os países. Esta ideia justificaria, no fundo, uma

“colaboração multiforme” entre países ricos e pobres, “destinada a fazer adquirir aos seus cidadãos as habilitações profissionais e as competências científicas e técnicas; e a fornecer os capitais indispensáveis para iniciar e acelerar o progresso económico segundo critérios e métodos modernos” (JOÃO XXIII, 1961, ponto 162; na *Pacem in Terris* fala-se, a este propósito, de uma “solidariedade dinâmica”, “através de mil formas de colaboração económica, social, política, cultural, sanitária, desportiva, qual é o panorama exuberante que nos oferece a época atual” – JOÃO XXIII, 1963, ponto 98). Para a Igreja Católica, esta colaboração entre ricos e pobres deveria implicar uma alteração nas prioridades dos países para que as verbas que são utilizadas apenas para “ostentação nacional ou pessoal” ou que servem para aumentar os arsenais de armas sejam desviadas no sentido do incremento do desenvolvimento dos povos (PAULO VI, 1967, ponto 53, e JOÃO PAULO II, 1988, ponto 10).

Como dissemos, a Igreja Católica não está, porém, só nesta defesa. A ONU, sobretudo nos relatórios do PNUD, também tem defendido que só a solidariedade poderá gerar uma distribuição mais igualitária das oportunidades económicas globais (cf. nomeadamente os Relatórios do PNUD de 1995 e de 2005).

Para além destas referências, também a discussão contemporânea acerca do utilitarismo e da consideração da dor e do prazer (“*pain and pleasure*”) como critérios de ação ou valoração acaba por alargar os horizontes e considerar no âmbito dos deveres dos Estados a resolução dos problemas da pobreza e da fome dos países mais pobres. Com efeito, o utilitarismo da ação (*act utilitarianism*), quando diretamente aplicado até às últimas consequências, parece exigir sacrifícios às sociedades mais ricas em benefício das mais pobres (CARSON, 1993, p. 312). É, neste ponto, interessante recordar a doutrina dos anos 1970 de Peter Singer. Este filósofo utilitarista advoga que é indiferente saber se a pessoa que eu posso ajudar mora a dez metros ou a muitos quilómetros de distância e que não há distinção entre “casos em que eu sou a única pessoa que poderia fazer qualquer coisa e casos em que eu sou apenas um entre milhões na mesma posição” (SINGER, 1972; reforçando este aspeto particular da ideia de Singer, é útil a leitura do livro de Peter Unger – UNGER, 1996 –, que inicia justamente demonstrando isto mesmo com os exemplos conhecidos como “the vintage sedan & the envelope”, embora os pontos de vista dos dois autores não sejam sempre coincidentes, como o mostra o artigo em que SINGER faz uma crítica a este mesmo livro – SINGER, 1999). Ao fazê-lo sustenta a universalização de

toda a lógica de bem-estar, com base no argumento da igual consideração de todos, uma vez que a humanidade é a mesma perante a dor e o sofrimento (criticamente John Arthur, sustentando que a versão forte do utilitarismo de Singer se reduz a um apelo a uma visão heroica do Homem – ARTHUR, 1984, p. 847 e reconhecendo implicitamente que o benefício do dispêndio do rendimento das pessoas ricas não compensaria o benefício que poderia ser auferido pelas pessoas nos países pobres – cf. também CARSON, 1993, p. 313).

Nesta lógica de consideração da solidariedade internacional afirma-se, de certa forma, uma prioridade ao presente, alargando-se porém esta prioridade ao cuidado de todos os nossos contemporâneos, sejam eles da nossa comunidade política ou de outra qualquer.

A nossa Constituição nada estabelece no sentido de impor despesa pública, dirigida especificamente à ajuda de outros países. É certo que no artigo 7.º, n.º 1, da Constituição refere que Portugal se reja pelo princípio da “cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade”. Porém, as obrigações de consideração de outros povos ou Estados estrangeiros ficam-se pelos artigos 7.º n.º 4, estatuinto que “Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa”; artigo 7.º, n.º 6, prevendo a cooperação com outros Estados europeus, tendo em vista “a construção e o aprofundamento da União Europeia”; artigo 15.º, reconhecendo o princípio da equiparação entre cidadãos portugueses e estrangeiros ou apátridas, com especial destaque dado aos cidadãos de países lusófonos e aos cidadãos europeus; e 81.º, alínea g), prevendo o “desenvolvimento de relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país”. Ou seja, a Constituição nada estabelece em concreto sobre a ajuda a dar a países terceiros para resolução dos seus problemas de pobreza ou carência.

Perante a vagueza do enunciado constitucional e o silêncio das leis financeiras e orçamentais no que tange a esta matéria, não podemos deixar de considerar que aparentemente a solidariedade internacional é, no que toca à despesa pública, um “não tema”. Podemos então afirmar que à luz da nossa Constituição, a intervenção e a despesa públicas assentam, pois, numa visão nacionalista. Visão esta que implicará necessariamente que se dê prioridade às gerações que partilham o mesmo espaço territorial. Ou seja, a proteção geracional assentará primacialmente em deveres assumidos perante a comunidade política a que respeita o Estado por-

tuguês (“[...] we would tend to give priority to family over friends, to friends over strangers [...]” – BECKERMAN, 2006, p. 64). Ou, quando muito, perante a sua comunidade política e perante os estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal, nos termos do que dispõe o artigo 15.º da Constituição.

Não estamos com isto a dizer que Portugal não assume obrigações no âmbito da designada “Ajuda Pública ao Desenvolvimento”, pois que as assume, mas sob a forma de lei ordinária. É certo que elas não representam um grande volume de despesa pública (ainda assim tem como objetivo chegar aos 0,7% do PIB em 2030), mas têm permitido um avanço progressivo na cooperação que o Estado português toma sobre si (embora com oscilações nos anos da crise), ainda que muito assente na ajuda aos países lusófonos, tomando como prioridade a erradicação da pobreza e a ajuda aos Estados mais débeis (OECD, 2016, *passim*). Também indiretamente, Portugal assume deveres de intervenção em despesas de cooperação, na medida em que contribui para as despesas da União Europeia. Com efeito, a União Europeia tem vindo a assumir cada vez mais as despesas de cooperação para o desenvolvimento (intervenções humanitárias e alimentares de urgência, programas de assistência técnica a países em desenvolvimento, parcerias com países vizinhos, subvenções a ONGs e fundos multilaterais, por exemplo, em matéria de saúde, direitos humanos e gestão de crises) (ADAM, FERNAND & RIOUX, 2010, pp. 343-5). Assim sendo, e tomando em consideração este último aspeto, poderá dizer-se que esta preocupação com as gerações presentes nossas contemporâneas apenas é indiretamente acolhida pela Constituição pelo reconhecimento da aplicação direta das normas dos tratados da União Europeia que se referem à contribuição para a mesma por parte dos seus Estados-membros.

Mas então, se nenhuma dessas despesas é diretamente imposta constitucionalmente ou resulta verdadeiramente num limite à intervenção do Estado, isso significa que estão sujeitas à reserva do financiamento possível, havendo total liberdade orçamental quanto ao seu montante e às finalidades a privilegiar.

Podemos, então, dizer – embora contraintuitivamente – que devemos mais às gerações futuras do nosso espaço político, pelas razões acima expostas, do que às gerações presentes nossas contemporâneas, as quais não fazem parte do conjunto dos membros da comunidade que se encontram sob a intervenção do Estado (gerações presentes extranacionais). A prioridade dada aos membros, presentes ou futuros, da comunidade

política e aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal acaba, assim, por se sobrepor aos interesses de todos os outros povos do mundo, ainda que nossos contemporâneos. O que se pode explicar pela ideia de escassez de recursos e pela tendência que sempre se gerará de os gastar em primeiro lugar connosco próprios.

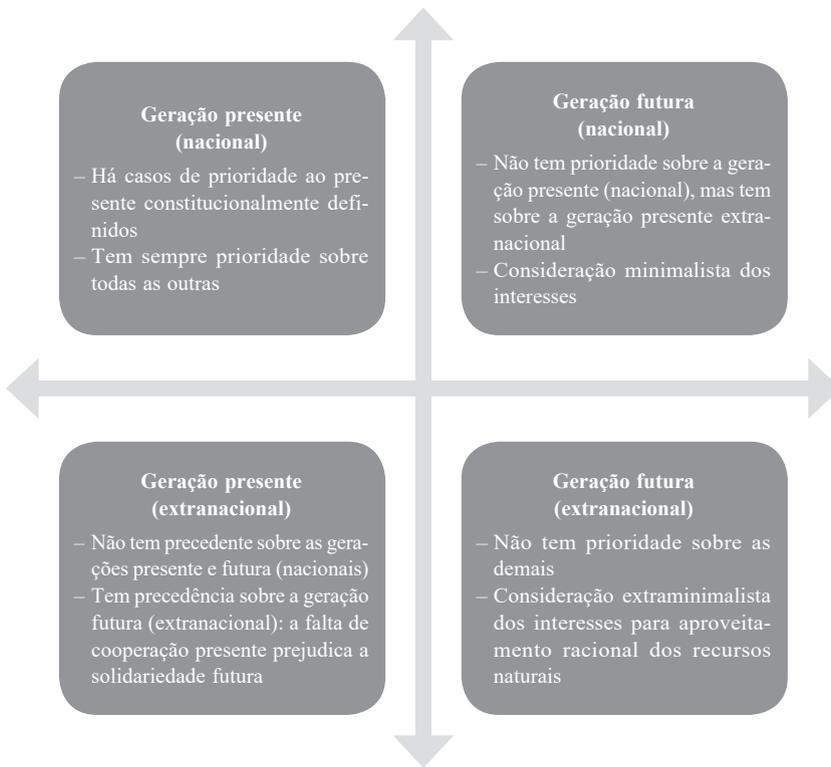
Dito isto, não poderemos, todavia, dizer que, nos termos da nossa Constituição há uma absoluta indiferença aos interesses de todas as gerações de outras comunidades. Mas curiosamente estes deveres parecem incidir mais sobre as gerações futuras, ainda que fora da nossa comunidade política. Olhando desde logo para o já referido artigo 66.º, n.º 2, alínea *d*), ficamos com a ideia de que a Constituição não quer ser indiferente ao destino das gerações futuras, quaisquer que elas sejam. Lendo este artigo no contexto de uma “sociedade de risco”, tal como descrita por Ulrich Beck, com o sentido do reconhecimento de que é necessária a congregação de esforços de todos os Estados para o aproveitamento racional os recursos naturais (BECK, 2006), ficamos então com a ideia de que os interesses das gerações futuras das pessoas que não fazem parte da nossa comunidade política são objeto de preocupação constitucional mais concreta do que as gerações nossas contemporâneas. Ainda assim: numa perspectiva ultraminimalista. Os interesses das gerações futuras (fora da nossa comunidade política) obrigarão a esforços tendo em conta um aproveitamento racional dos recursos naturais.

Esta consideração faz-nos, porém, rever o entendimento anterior: se a nossa Constituição dá relevo às preocupações da geração futura extranacional, isso significa que indiretamente reconhece, ainda que a letra constitucional não corrobore de imediato este entendimento, que a “Ajuda Pública ao Desenvolvimento” que já é prestada deve ser lida no âmbito de um dever genérico de solidariedade com as gerações futuras. É que verdadeiramente, uma consideração – ainda que extraminimalista da geração futura extranacional –, não terá nenhum valor se não assentar numa ajuda efetiva e presente.

Do que se conclui que, fora da comunidade política nem a geração presente nem a futura terão precedência sobre as gerações presentes ou futuras nacionais. Ainda assim (e contra a letra do texto constitucional), entre as mencionadas gerações extranacionais diríamos que a presente terá precedência sobre a futura, sob pena de os esforços para a proteção da subsistência da própria Humanidade, que motivaram em última análise a constitucionalização do princípio que ora estudamos, saírem malogrados.

5. Esquema-síntese

Procurando resumir as principais conclusões que o presente texto permitiu formular, apresenta-se o seguinte esquema de ideias:



Bibliografia referenciada

- ADAM, FERNAND & RIOUX, 2010. François Adam, Olivier Fernand & Rémy Rioux, *Finances Publiques*, Paris: Dalloz
- ARTHUR, 1984. John Arthur, “World, Hunger and Moral Obligation: The case against Singer”, (reimpressão disponível em http://www.food.unt.edu/arguments/singer_arthur.pdf)
- AMARAL & MEDEIROS, 2000. Diogo Freitas do Amaral & Rui Medeiros, “Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – O caso Aquaparque”, *RDES* (2000)
- BARRY, 1977. Brian Barry, “Justice between generations”, in *Law, Society and Morality: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press

- BECK, 2006. Ulrich Beck, *Sociedad de riesgo – Hacia una nueva modernidade*, Barcelona, Buenos Aires & México: Paidós
- BECKERMAN, 2006. Wilfred Beckerman, “The impossibility of a theory of intergenerational justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar
- BIRNBACHER, 2006. Dieter Birnbacher, “Responsability for future generations – Scope and limits”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar
- BOUVIER, ESCLASSAN & LASSALE, 2010. Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan & Jean-Pierre Lassale, *Finances Publiques*, Paris: LGDJ
- CARSON, 1993. Tom Carson, “Hare on utilitarianism and intuitive morality”, *Erkenntnis*, 39, 1993
- CHULVI, 2001. Cristina Pauner Chulvi, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- DUVERGER, 1975. Maurice Duverger, *Finances Publiques*, Paris: PUF
- FABRE, 2000. Cécile Fabre, *Social Rights under the Constitution*, Oxford: Clarendon Press
- FERREIRA, 1995. Eduardo da Paz Ferreira, *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*, Coimbra: Almedida
- FRANCO, 2001. António L. de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I. Coimbra: Almedina
- FRANCO & MARTINS, 1993. António L. de Sousa Franco & Guilherme d’Oliveira Martins, *A Constituição económica portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Coimbra: Coimbra Editora
- HOLMES, 1999. Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, New York: W. W. Norton & Company
- JOÃO PAULO II, *Solicitudo Rei Socialis* (1988) (disponível em www.vatican.va)
- JOÃO XXIII, *Mater et Magistra* (1961) (disponível em www.vatican.va)
- JOÃO XXIII – *Pacem in Terris* (1963) (disponível em www.vatican.va)
- LUMER, 2006. Christoph Lumer, “Principles of generational justice”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Edward Elgar
- MALTHUS, 1826. T. R. Malthus, *An Essay on the Principle of Population* (vol. I), Londres: John Murray
- MARTINEZ, 1967. Pedro Soares Martínez, *Esboço de uma teoria das despesas públicas*, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa
- MARTINS, 2010/11. Guilherme d’Oliveira Martins, *Sumários de Finanças Públicas 2010/2011* (disponível em www.lis.ulsiada.pt)
- MARTINS, 2016. Maria d’Oliveira Martins, *A Despesa Pública Justa*, Coimbra: Almedina
- MARTINS, MARTINS & MARTINS, 2009. Guilherme d’Oliveira Martins, Guilherme W. d’Oliveira Martins & Maria d’Oliveira Martins, *Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada*, Coimbra: Almedina

- MATOS, 1998. André Salgado de Matos, *O direito ao ensino na Constituição. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, Lisboa (inédito)
- MIRANDA & MEDEIROS, 2005. Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I
- MOREIRA, 2007. Isabel Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra: Almedina
- NABAIS, 2007. Casalta Nabais, “A face oculta dos direitos fundamentais; os deveres e os custos dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora
- NABAIS, 2008. Casalta Nabais, “Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, janeiro – junho, 2008, n.º 421
- NOVA, 2009. Joana Costa Nova, “Contratos celebrados por municípios para consolidação e reprogramação da dívida de curto prazo e recurso ao crédito para o respectivo pagamento”, in *Direito Regional e Local*, n.º 6 – abril/junho, 2009
- NOVAIS, 2004. Jorge Reis Novais, *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora
- NOVAIS, 2010. Jorge Reis Novais, – *Direitos Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora
- OECD, 2016. *OECD Development Co-operation Peer Reviews: Portugal 2016*, disponível em <http://www.oecd.org/portugal/peer-review-portugal.htm>
- PAULO VI, *Populorum Progressio* (1967) (disponível em www.vatican.va).
- SARLET & FIGUEIREDO, 2008. Ingo Sarlet & Mariana Filchtiner Figueiredo, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, n.º 24, 2008 (disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html último acesso 23.07.2014)
- SARLET & TIMM, 2008. Ingo Wolfgang Sarlet & Luciano Benetti Timm, *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre: Livraria do Advogado
- SANTOS, GONÇALVES & MARQUES, 2014. António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves & Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, Coimbra: Almedina
- SILVA, 2010. Jorge Pereira da Silva, “Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina
- SILVA, 2015. Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção dos Direitos Fundamentais*, Lisboa: Universidade Católica Editora
- SINGER, 1973. Peter Singer, “The Triviality of the Debate Over ‘Is-Ought’ and the Definition of ‘Moral’”, in *American Philosophical Quarterly*, X, 1, January 1973 (disponível em www.utilitarianism.net/singer/)
- SINGER, 1972. Peter Singer, “Famine, Affluence, and Morality”, 1972, disponível em <http://www.utilitarian.net/singer/by/1972----.htm>
- STERN, 1988. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, Munique: Beck

- TORRES, 2009. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Renovar
- UNGER, 1996. Peter K. Unger, *Living High and Letting Die: Our Illusion of Innocence*, Oxford: Oxford Press University
- URBANO, 2014. Maria Benedita Urbano, “A Jurisprudência da Crise no Divã: Bipolaridade?”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise*, ed. Gonçalo Almeida Ribeiro & Luis Pereira Coutinho, Coimbra: Almedina

Breves Noções de Sustentabilidade Ecológica

BRUNO PINTO*

1. Contextualizando a sustentabilidade ecológica

1.1. Introdução

No início do século XVI, os marinheiros portugueses que viajavam pelo Oceano Índico paravam ocasionalmente na ilha Maurícia (próximo de Madagáscar) para se abastecerem de comida e água (HUME, 2006; SELVON, 2001). Durante as suas breves estadias, terão conhecido uma estranha ave que não voava, que não tinha medo dos humanos e que fazia as posturas de ovos no chão – o dodó. Em 1598, os Holandeses tornaram-se os primeiros colonizadores desta ilha, e isso marcou o princípio do fim desta espécie (HUME, 2006; SELVON, 2001). É que os marinheiros caçavam frequentemente dodós para alimentação ou apenas por diversão, tendo também introduzido ratos, porcos e outros animais domésticos na ilha que provocavam a destruição das suas posturas. O último avistamento confirmado desta ave ocorreu em 1662, sendo provável que a espécie se tenha extinguido antes do fim do século XVII (BIRDLIFE INTERNATIONAL, 2012).

Esta pequena história ilustra como as nossas ações no mundo natural podem ter consequências significativas. Para dar mais alguns exemplos, a colonização humana do continente Australiano e Americano implicou a extinção de diversas espécies de megafauna (SANDOM *et al.*, 2014; SALTRÉ *et al.*, 2016; SUROVELL *et al.*, 2016). Assim, atribui-se à perícia dos nossos antepassados caçadores-recolectores o desaparecimento de cangurus com mais de 200 quilos, coalas gigantes e aves terrestres

* Licenciado em Biologia, com experiência no estudo de ecologia e conservação de mamíferos, e doutorado em história ambiental portuguesa. Desde 2009 que centra a sua atividade na comunicação de ciência (sobretudo ciências naturais e do ambiente), explorando formatos como a exposição, a crónica, o teatro ou a banda desenhada. Atualmente, está a fazer um pós-doutoramento sobre comunicação de ciências marinhas no MARE – Centro de Ciências do Mar e do Ambiente (Faculdade de Ciências de Lisboa).

semelhantes à avestruz na Austrália (SALTRÉ *et al.*, 2016), bem como de mamutes, camelos e cavalos nativos da América (SUROVELL *et al.*, 2016).

Hoje em dia, o nosso impacto no ambiente é bem maior do que no passado. Para referir alguns impactos que são abordados neste capítulo, a Humanidade lida hoje com um clima em mudança devido ao aumento da concentração de gases com efeito de estufa, com a destruição de habitats naturais, com a extinção de espécies a um ritmo acelerado, com problemas de escassez de água e com solos degradados (*e.g.*, MEADOWS *et al.*, 2004; SANTOS, 2012; SACHS, 2015). Este capítulo tem como principal objetivo abordar algumas noções sobre sustentabilidade ecológica ou ambiental, uma vez que esta poderá ter efeitos na qualidade de vida das gerações presentes e futuras. O contexto apresentado é global, mas com referências à realidade portuguesa.

1.2. Biodiversidade e serviços de ecossistema

Dizem os fotógrafos de natureza que as horas mais indicadas para fotografar paisagens em dias de sol são o início da manhã e o final da tarde, sendo desaconselhado fotografar a meio do dia. Uma das razões apontadas é que podemos captar maior diversidade de cores próximo do crepúsculo, sendo as cores a meio do dia menos variadas. Além de cores diferentes, a maior parte das pessoas parece apreciar outros tipos de diversidade. Por isso, viajamos para outros locais, fazemos dietas variadas, gostamos de ouvir ideias diferentes, contactamos com outras culturas e apreciamos ver filmes e ouvir músicas que ainda não conhecemos. Existem, também, empresas que advogam a diversidade dos seus recursos humanos, por acreditarem que empresas mais diversas e inclusivas são mais inovadoras e produtivas. Em suma, a diversidade é considerada importante em muitas áreas distintas.

A diversidade biológica (ou biodiversidade) também tem geralmente um efeito positivo no funcionamento dos sistemas naturais, tornando-os mais resilientes. Podemos defini-la como “a diversidade da vida na Terra, incluindo todos os organismos, espécies e populações; a diversidade genética entre estes; e a sua organização complexa em comunidades e ecossistemas” (BENN, 2010). Mesmo não havendo uma medida que integre a diversidade da vida nos três níveis referidos (genética, espécie, ecossistema), o número de espécies é usado frequentemente para medir biodiversidade (GASTON & SPICER, 2004).

A extinção de espécies é um fenômeno natural, tendo havido cinco períodos no passado em que a taxa de extinção de espécies foi muito mais alta do que o habitual (RAUP, 1981; RAUP & SEP Koski, 1984). Num dos mais recentes e conhecidos períodos de extinção em massa, que ocorreu há cerca de 66 milhões de anos, o desaparecimento dos dinossaúrios e de outras espécies aconteceu sobretudo devido às consequências do impacto de um grande asteroide (BARNOSKY *et al.*, 2011). Atualmente, o domínio da nossa espécie sobre o planeta é incontestável, o que implica frequentemente consequências negativas para as outras espécies com quem partilhamos uma longa história evolutiva (ROCKSTROM *et al.*, 2009a; BUTCHARD *et al.*, 2010).

A informação global sobre o estatuto de conservação de espécies é regularmente disponibilizada pela União Internacional de Conservação da Natureza (IUCN – *International Union for Conservation of Nature*), uma organização internacional fundada em 1948 pelas Nações Unidas, que tem milhares de membros pertencentes a entidades governamentais e não governamentais (IUCN, 2016). De acordo com a sua avaliação mais recente, cerca de 30% das espécies avaliadas tem estatuto de ameaça de extinção – ainda que em diferentes graus (IUCN, 2015). Para além disso, calcula-se que a taxa de extinção de espécies seja atualmente cerca de 1000 vezes mais alta do que antes da ocorrência dos seres humanos (DE VOS *et al.*, 2015). Por isso, alguns cientistas consideram que estamos a entrar no sexto episódio de extinção em massa do nosso planeta (*e.g.*, BARNOSKY *et al.*, 2011; CEBALLOS *et al.*, 2015).

Entre as principais causas para esta redução drástica da biodiversidade, destacam-se a destruição de habitat, as alterações climáticas, a sobre-exploração de espécies e a introdução de espécies exóticas invasoras (CEBALLOS *et al.*, 2015). Reconhecendo a importância desta questão, foi criada a Convenção da Diversidade Biológica, um acordo internacional que tem como objetivos “a conservação da biodiversidade, a utilização sustentável dos seus componentes e a partilha justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos”. Esta convenção foi inicialmente proposta na conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, que decorreu no Rio de Janeiro (Brasil) em 1992 (CBD, 2016).

Quais as principais implicações da redução da biodiversidade? As espécies organizam-se em ecossistemas, ou seja, em comunidades de plantas, animais e micro-organismos que interagem de forma dinâmica com o meio abiótico (luz, temperatura, ar, água, etc.) e que podem

também integrar os seres humanos. Estes ecossistemas proporcionam serviços que são o nosso sistema de suporte natural, bem como a base da nossa economia (e.g., PERMAN *et al.*, 2003). A regressão ou extinção de uma espécie pode ter impacto nos ecossistemas onde ocorre, que é variável consoante a espécie que consideramos.

Vejamos o caso da abelha-comum, um inseto que nos é particularmente útil. Para além de fazer mel, a abelha tem a enorme responsabilidade de polinizar grande parte das nossas culturas agrícolas, o que representa um valor económico de milhares de milhões de dólares por ano (UNEP, 2010). Este protagonismo também é consequência do declínio generalizado de outros insetos polinizadores. Por isso, não é de admirar o alarme quando muitas abelhas-comuns começaram a morrer misteriosamente a partir de 2006 em colmeias na Europa, EUA e noutras partes do mundo. Ainda não se sabe ao certo o que tem causado este colapso, que continua a ser uma ameaça ainda hoje. Os especialistas apontam para um conjunto de fatores que incluem a degradação do habitat, a falta de diversidade alimentar, a disseminação de novas doenças por um determinado ácaro, a introdução de novos parasitas e a influência dos pesticidas (PETTIS *et al.*, 2013; GOULSON *et al.*, 2015).

Para além da polinização, os ecossistemas proporcionam outros serviços de produção tais como alimentos, materiais de construção, fibras e produtos industriais (MEA, 2005; PERMAN *et al.*, 2003). Ocasionalmente, existem produtos naturais com potencial uso como medicamentos. Um exemplo bem conhecido é casca do salgueiro, usada desde a Antiguidade para combater infeções e aliviar as dores. O produto químico que está nessa casca (ácido acetilsalicílico) é usado para fazer a aspirina, um dos medicamentos mais consumidos no mundo (MACKOWIAK, 2000). Ao destruímos uma área natural (por exemplo, uma floresta tropical), poderemos inadvertidamente extinguir espécies com utilidade para o desenvolvimento de novos fármacos e/ou com outras aplicações futuras (e.g., LI & VEDERAS, 2009; SINGH *et al.*, 2008).

Os ecossistemas também são responsáveis por serviços de suporte tais como a formação do solo, o ciclo de nutrientes e a produção primária. Estes servem de base à produtividade biológica do planeta. Também nos proporcionam serviços de regulação como a retenção de carbono (reduzindo os efeitos das alterações climáticas), a reciclagem do ar e da água, a regulação de cheias ou secas e o controlo de doenças (MEA, 2005; PERMAN *et al.*, 2003). Como exemplos, podemos referir que um recife de coral, um mangal ou uma praia bem fornecida de areia são

boas defesas contra as tempestades costeiras ou que uma floresta pode reduzir o impacto de secas e cheias pela sua capacidade de retenção de água.

Existem, ainda, valores culturais dos ecossistemas que representam um ganho económico em atividades como o ecoturismo ou turismo rural. Por exemplo, a observação de leões e outros animais no Kruger Park (África do Sul) ou de cetáceos nos mares dos Açores trazem um benefício económico às economias locais ou regionais (BLAMFORD *et al.*, 2015). Mas devemos notar que há outros bens intangíveis associados à natureza que não se traduzem necessariamente em dinheiro tais como os valores recreativos, simbólicos, estéticos, espirituais, religiosos ou educacionais. Ainda assim, podem enriquecer as nossas vidas de boas experiências e ter efeitos benéficos na nossa saúde, criatividade e bem-estar. Por exemplo, se gostamos de dar passeios na praia ou na montanha, estamos a vivenciar este tipo de valores (MEA, 2005; PERMAN *et al.*, 2004).

1.3. O que é a sustentabilidade ecológica ou ambiental?

Por volta de 985 D.C., uma frota de barcos provenientes da Islândia chegou à Gronelândia trazendo colonos viquingues para ocupar aquela terra onde não existiam pessoas. Durante cerca de 500 anos, estes colonos dedicaram-se à agricultura, pecuária, caça e pesca, trocando com os povos do norte da Europa itens que incluíam dentes de morsa e peles de foca por outros tais como madeira, ferro e produtos alimentares. Apesar da sua grande capacidade de adaptação a um ambiente difícil, esta colónia começou a decair a partir do século XIV e foi abandonada entre 1450 e 1500. Uma das principais razões para este desfecho foram os limites de produtividade agropastoril, juntamente com os conflitos com outro povo que ocupou aquela região (os Inuit), o arrefecimento do clima e a consequente interrupção do comércio com o norte da Europa (DUGMORE *et al.*, 2012; YOUNG *et al.*, 2015). Este é apenas um de muitos exemplos de colapso de uma sociedade em que os fatores ambientais desempenharam um papel importante (BUTZER, 2012; DIAMOND, 2005).

Tal como referido acima, a atividade económica assenta no uso de valores (ou recursos) naturais proporcionados pelos ecossistemas tais como a água, o ar ou a madeira. Estes ecossistemas também têm a capacidade de absorver e reciclar os resíduos gerados pelo seu consumo, quer sejam águas residuais, lixo, dióxido de carbono, etc. No entanto,

e uma vez que vivemos num planeta finito, estes valores naturais e a capacidade de absorção de resíduos são grandes mas necessariamente limitados (PERMAN *et al.*, 2003). Em alguns casos, esses limites foram provavelmente atingidos a nível local no passado.

A sustentabilidade é tradicionalmente definida como um “desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações satisfazerem as suas próprias necessidades” (BRUNDTLAND COMMISSION, 1987). O desenvolvimento sustentável considera simultaneamente três dimensões: a económica, a social e a ecológica. Partindo desta premissa, uma definição possível de sustentabilidade ecológica ou ambiental é “satisfazer as necessidades humanas sem comprometer a saúde dos ecossistemas” (CALLICOTT & MUMFORD, 1997). Por exemplo, a gestão dos recursos pesqueiros utiliza frequentemente o conceito de rendimento máximo sustentável, que é a quantidade máxima de peixe que se pode retirar de um *stock* durante um determinado período de tempo sem que este entre em declínio (FAO, 2016; WWF, 2015). Ou seja, a sustentabilidade ecológica de um recurso pesqueiro requer que o seu uso respeite este limite máximo de exploração.

Diversos autores referem que a Revolução Industrial – que teve início em Inglaterra no século XVIII – foi um ponto de viragem na História da Humanidade (*e.g.*, STEFFEN *et al.*, 2015; SACHS, 2015). A exploração de combustíveis fósseis (carvão, gás natural e petróleo), a criação da indústria têxtil, o fabrico de aço ou o início dos comboios a vapor são algumas das mudanças drásticas que ocorreram a partir daí. Para dar uma ideia do aumento da magnitude das ações humanas no planeta, podemos referir que a população mundial cresceu cerca de nove vezes entre 1750 e 2014, e que a produção da economia mundial (*GWP* – *Gross World Product*) aumentou cerca de 200 vezes durante o mesmo período (SACHS, 2015).

O crescimento da economia mundial traduziu-se numa melhoria do nível de vida para milhões de pessoas. No entanto, continuam a verificar-se problemas ambientais, económicos e sociais que nos impedem de chegarmos ao tão ambicionado desenvolvimento sustentável (*e.g.*, MEADOWS *et al.*, 2004; SANTOS, 2012; SACHS, 2015). Por isso, as Nações Unidas propuseram recentemente 17 objetivos de desenvolvimento sustentável a atingir até 2030, e que incluem medidas para reverter ou prevenir a degradação ambiental (mais detalhes em: <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>).

2. Medindo a sustentabilidade ecológica

De seguida, descrevemos sucintamente quatro estudos marcantes de medição de sustentabilidade ecológica a nível global, e os seus principais resultados. Mesmo não havendo ainda um consenso dentro da comunidade científica sobre quais os indicadores mais adequados, estes e outros estudos têm contribuído para um maior conhecimento sobre a evolução e estado atual dos valores naturais do planeta.

2.1. *Os limites do crescimento*

O livro “Os limites do crescimento” (MEADOWS *et al.*, 1972) tinha como principal objetivo analisar quais os limites ao desenvolvimento num horizonte temporal entre os anos de 1900 e 2100. Este projeto foi comissionado pelo Clube de Roma (um grupo internacional de homens de negócios, Estadistas, cientistas, etc.) e envolveu especialistas de diversas áreas e países, sendo liderado por cientistas do conceituado Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT, EUA). Este livro vendeu milhões de cópias em todo o mundo, foi traduzido em 30 línguas e é visto como uma das obras mais importantes do movimento ambientalista (TURNER, 2008).

O modelo de computador desenvolvido neste projeto (chamado “world3”) usava cinco variáveis: população, produção de alimentos, industrialização, poluição e consumo de recursos não renováveis. Apesar deste modelo ser assumidamente uma simplificação imperfeita da interação entre estes fatores, os resultados obtidos revelaram a existência de limites ao crescimento da atividade humana, que seriam atingidos até 2070 (MEADOWS *et al.*, 1972; MEADOWS *et al.*, 1992; MEADOWS *et al.*, 2004). Os autores também consideraram provável que estes limites implicassem um declínio súbito e simultâneo da população mundial e da industrialização, e que seria desejável uma transição atempada para uma estabilidade económica e ecológica global.

Das várias críticas feitas a este projeto, podemos destacar: a subestimação do poder da tecnologia e a resiliência dos mercados face à escassez de valores naturais ou outros limites, que era moralmente inadmissível propor a redução do crescimento da população humana ou do consumo material ou ainda que este trabalho era apenas uma reformulação das ideias do economista inglês Thomas Malthus sobre o perigo do crescimento exponencial da população humana (MEADOWS *et al.*, 2004; TURNER, 2008).

Este livro teve uma atualização em 1992 (com uma nova obra intitulada *Beyond the Limits*) e outra em 2004 (desta vez, com o livro intitulado *The Limits to Growth – The 30 year update*), em que os valores das variáveis e o modelo original foram revistos e ligeiramente modificados, em alguns casos para responder a críticas. Os resultados foram semelhantes aos obtidos anteriormente, mas com uma diferença: o primeiro livro revela que a Humanidade ainda vivia dentro dos limites biofísicos do planeta, enquanto o segundo e o terceiro mostram uma passagem para a insustentabilidade (MEADOWS *et al.*, 2004). Um estudo recente mostra que os resultados do modelo desenvolvido no cenário “normal” (*business as usual*) entre 1970 e 2000 têm uma boa correspondência com o que se passou na realidade durante este período (TURNER, 2008).

2.2. A pegada ecológica

Este conceito pode ser definido como a área de terra necessária para sustentar os níveis atuais de consumo de valores naturais e a absorção de resíduos de uma determinada população (WACKERNAGEL *et al.*, 1999; REES & WACKERNAGEL, 1996; SANDERSON *et al.*, 2002). A unidade de medição é o “hectare global”, definido como um hectare hipotético de produção biológica média a nível mundial para um determinado ano. Esta medida foi criada em meados dos anos 1990 e tem sido amplamente utilizada por organizações não governamentais, mas também por governos, regiões, acordos internacionais, etc. (COLLINS & FLYNN, 2015; BLOMQUIST *et al.*, 2013; WWF, 2015; CBD, 2016).

Um estudo que media a pegada ecológica no planeta entre 1961 e 1999 operacionalizou o conceito (WACKERNAGEL *et al.*, 1999). As variáveis de impacto humanas usadas nesta medida, com diferentes ponderações, foram a área agrícola, pastagens para criação de gado, madeira cortada, pesca (no mar e em águas interiores), infraestruturas e emissões de dióxido de carbono (ou seja, a área necessária para a sua fixação). A pegada ecológica humana em 1961 correspondia a cerca de 70% da sustentabilidade ambiental do planeta (ou “biocapacidade total”), tendo excedido a capacidade de 100% em meados dos anos 1980s (WACKERNAGEL *et al.*, 1999).

Entre as diversas críticas feitas ao conceito de pegada ecológica, poderemos dar como exemplos a discordância das ponderações atribuídas aos impactos escolhidos, a falta de distinção entre florestas naturais de elevado valor biológico e florestas de produção (monoculturas) ou a

dificuldade de correspondência entre área hipotética de terra e a área real no nosso planeta (e.g., VAN DEN BERGH & VERBRUGGEN, 1999; LENZEN & MURRAY, 2001).

Hoje em dia, a organização não governamental *Global Footprint Network* é a principal entidade a calcular a pegada ecológica em diferentes regiões, países e a nível global, utilizando as variáveis acima referidas (Global Footprint Network, 2016). De acordo com as suas análises, a pegada ecológica em regiões do mundo como a Europa, os Estados Unidos da América ou do Japão ultrapassam bastante a sua biocapacidade. Esta organização estimou recentemente que a pegada ecológica mundial em 2016 foi de 1.6 planetas, o que significa que estamos a exceder a capacidade de sustentabilidade ecológica ou ambiental do planeta em cerca de 60% (Global Footprint Network, 2016; mais informações em: www.footprintnetwork.org/).

2.3. Avaliação dos ecossistemas do Milénio

Esta iniciativa foi liderada pelas Nações Unidas entre 2001 e 2005, e teve como principais objetivos avaliar o estado dos ecossistemas a nível mundial e as suas implicações no bem-estar humano (MEA, 2005). A avaliação foi feita à escala global, regional, nacional e local, e envolveu cerca de 1360 especialistas de 95 países diferentes. Este grupo de trabalho não pretendia gerar novo conhecimento científico, mas antes sintetizar toda a literatura científica, bases de dados e modelos já existentes. Para além disso, foi também usada informação proveniente do setor privado, comunidades locais e indígenas. As avaliações dos ecossistemas foram posteriormente revistas e validadas por outros cientistas e governos (MEA, 2005; POWELDGE, 2006).

Durante este processo, foram identificadas muitas lacunas de conhecimento ligando biodiversidade, ecossistemas, serviços de ecossistemas e bem-estar humano (e.g., CARPENTER *et al.*, 2006). No entanto, foi possível concluir que cerca de 60% dos serviços dos ecossistemas que foram considerados estavam a ser degradados ou usados de forma insustentável (por exemplo, água potável, recursos pesqueiros e regulação do clima). Podem, também, ser referidas outras quatro conclusões importantes deste projeto, embora nenhuma delas seja surpreendente: 1) os humanos mudaram mais rápida e profundamente os ecossistemas nos últimos 50 anos do que noutra período de duração comparável da História; 2) essas mudanças foram importantes para o nosso conforto material, mas

também implicaram uma degradação dos serviços dos ecossistemas; 3) os modelos desenvolvidos para projetar o futuro próximo mostraram uma tendência de agravamento da insustentabilidade dos ecossistemas durante a primeira metade do século XXI; 4) de uma forma geral, as mudanças políticas necessárias para travar esta degradação não estão a ser implementadas.

Foi, também, feita uma avaliação específica para Portugal, integrada na avaliação dos ecossistemas do Milénio, em que se verificou a tendência geral de ganhos nos serviços de produção (por exemplo, de alimentos, madeiras, fibras, etc.) em detrimento dos serviços de regulação (retenção de carbono, controlo de doenças, etc.), de suporte (formação do solo, reciclagem de nutrientes, etc.) e culturais (espirituais e religiosos, estéticos, etc.), o que põe em causa a sustentabilidade destes ecossistemas a médio prazo (PEREIRA *et al.*, 2009).

Este esforço massivo da avaliação dos ecossistemas do Milénio resultou num maior reconhecimento do valor dos serviços dos ecossistemas, havendo também países africanos e do norte da Europa que estão a adotar técnicas e metodologias baseadas nesta iniciativa. No entanto, o impacto desta iniciativa em termos de políticas ambientais globais foi relativamente modesto (POWLEDGE, 2006).

2.4. As fronteiras planetárias

Um ecossistema é geralmente estável em torno de uma tendência, mas pode mudar para um novo estado devido a alterações naturais e/ou antropogénicas (KAY, 2000; SCHEFFER & CARPENTER, 2003). Por exemplo, a vegetação da região do Sahara colapsou subitamente há cerca de 5500 anos, dando lugar a um deserto devido a mudanças nas interações entre a atmosfera e a vegetação (FOLEY *et al.*, 2003).

Partindo do princípio que as alterações antropogénicas podem trazer mudanças negativas aos ecossistemas, um grupo de especialistas identificou recentemente quais as variáveis ambientais que são fulcrais para o nosso bem-estar, bem como a fronteira que não devemos ultrapassar em cada uma delas (ROCKSTROM *et al.*, 2009a). Os autores identificaram nove variáveis que garantem um “espaço operacional seguro para a Humanidade”, e que obviamente se relacionam entre si: alterações climáticas; redução de biodiversidade (terrestre e marinha); interferência nos ciclos do azoto e fósforo; redução do ozono estratosférico; acidificação dos

oceanos; uso global de água; mudanças de uso do solo; poluição química; emissão de partículas para a atmosfera.

Para estimar os valores que não devemos exceder, foram usadas frequentemente estimativas da era pré-industrial (antes de 1750), havendo no entanto duas variáveis em que não sabemos o suficiente para definir estes limites (ROCKSTROM *et al.*, 2009a; ROCKSTROM *et al.*, 2009b). Foi concluído que estamos a ultrapassar as fronteiras planetárias de três destas variáveis (alterações climáticas, redução da biodiversidade e ciclo do azoto). Por exemplo, no caso das alterações climáticas, a fronteira foi estabelecida numa concentração de 350 partes por milhão (ppm) de dióxido de carbono na atmosfera, mas atualmente esse valor é cerca de 400 ppm (STEFFEN *et al.*, 2015).

Algumas críticas a este trabalho incluíram a arbitrariedade, falta de robustez científica e discordância de limites estabelecidos, variáveis consideradas inadequadas ou incompletas ou ainda que há limites planetários que podem ser irreversíveis (*e.g.*, ALLEN, 2009; SCHLESINGER, 2009; MOLLEN, 2009; LEWIS, 2012). Cinco anos depois da primeira avaliação, os mesmos autores propuseram pequenas modificações à metodologia original e fizeram uma atualização dos valores das variáveis, chegando a resultados semelhantes (STEFFEN *et al.*, 2015).

3. Exemplos de ameaças à sustentabilidade ecológica

Consideremos, agora, alguns problemas ambientais específicos que podem pôr em causa a sustentabilidade. Mesmo tendo sido consideradas isoladamente, muitas destas e outras ameaças estão relacionadas entre si.

3.1. A destruição de habitats naturais

Segundo estatísticas recentes, cerca de 40% da superfície terrestre mundial é dedicada à agricultura e cerca de 30% é ocupada por florestas, que estão concentradas ao longo da linha equatorial nas regiões tropical e boreal (POTAPOV *et al.*, 2008). No entanto, existem milhões de hectares de florestas destruídas todos os anos que não são compensados pela reflorestação ou pela expansão natural da vegetação (LATHAM *et al.*, 2014). As áreas urbanas e infraestruturas representam apenas 2% da superfície terrestre, sendo o restante ocupado por áreas desabitadas tais como desertos e glaciares (UNEP, 2014).

Imaginemos, então, uma floresta temperada localizada no centro ou sul da Europa há uns milhares de anos. O que lhe poderá ter acontecido? O mais provável é ter sido convertida numa zona agropastoril. Mas a definição de destruição de habitat também inclui alterações menos drásticas (HOGAN, 2012). Assim, pode ter ocorrido a fragmentação desse habitat, por exemplo, pela construção de infraestruturas como estradas ou linhas de comboio, que promovem a descontinuidade dessa floresta (LINDEMAYER & FISHER, 2007). Também pode ter havido uma degradação do habitat pela destruição parcial da vegetação, por estar sujeita a um poluente, pela invasão de uma espécie exótica, etc.

Em qualquer destes três casos (destruição, fragmentação ou degradação do habitat), existe um impacto ambiental, o que geralmente reduz a biodiversidade e os serviços dos ecossistemas. No entanto, há habitats seminaturais que ainda mantêm um elevado valor natural graças ao uso sustentável dos seus recursos, como por exemplo os montados de sobro e azinho do sul de Portugal Continental (AGUIAR & PINTO, 2007). Também existe a remota possibilidade de essa floresta se manter bem conservada, o que acontece normalmente em zonas pouco acessíveis e/ou com baixa densidade populacional tais como áreas montanhosas (HOGAN, 2012).

Em Portugal continental, a área de floresta em 1870 representava cerca de 4 a 7% do território (PEREIRA *et al.*, 2009). Com o abandono da agricultura, o êxodo rural e a expansão dos montados acima referidos, as zonas florestais *sensu lato* têm vindo a recuperar. Em 2010, as florestas naturais e seminaturais ocupavam cerca de 18% do território continental (ICNF, 2013).

A destruição dos habitats naturais também ocorre em ambientes aquáticos, devido a determinadas artes de pesca, poluição, turismo, etc. Por exemplo, a pesca de arrasto de fundo é feita com placas metálicas e rodas de borracha presas a redes do tamanho de um ou mais campos de futebol, que são arrastadas no fundo do mar. Durante este processo, são destruídos habitats marinhos que podem levar décadas a recuperar. Outro exemplo é a destruição de recifes de coral, quer devido à acidificação e aquecimento da água do mar provocado pelas alterações climáticas, como também por atividades de turismo, pesca usando dinamite, recolha de coral para ornamentos, etc. (FAO, 2016). Por último, poderemos referir que investigações recentes estão a revelar a verdadeira dimensão do problema do lixo marinho (sobretudo plástico), bem como os seus efeitos negativos em espécies marinhas como aves, mamíferos, peixes

e tartarugas (*e.g.*, DEPLEDGE *et al.* 2013; ERIKSEN *et al.*, 2014; JAMBECK *et al.*, 2015).

Iniciativas como o estabelecimento e gestão adequadas de Áreas Protegidas terrestres e marinhas, a criação e fiscalização de medidas de proteção ou uso sustentável de habitats naturais e seminaturais, e uma gestão adequada de resíduos e campanhas de educação e sensibilização ambiental poderão ajudar a reduzir esta ameaça (WWF, 2015; FAO, 2016).

3.2. *As alterações climáticas*

Existe atualmente um consenso na comunidade científica de que as alterações climáticas a que estamos a assistir são causadas pelas ações antropogénicas (*e.g.*, IPCC, 2014; ORESKES, 2004; COOK *et al.*, 2013). Num estudo publicado recentemente, concluiu-se que 97.1% dos artigos científicos que expressavam a sua posição sobre este tema apoiavam a ideia de que são as ações humanas que estão a causar estas mudanças (COOK *et al.*, 2013).

Vejam, então, como acontecem estas alterações climáticas. A Terra recebe radiação do Sol, absorvendo parte desta e refletindo outra parte para o Espaço. Os gases com efeito de estufa que se concentram na atmosfera impedem que parte da radiação infravermelha seja refletida, o que aumenta a temperatura média da superfície do planeta (IPCC, 2014; Santos, 2012). Desde a Revolução Industrial – e sobretudo nas últimas décadas – que tem havido um grande aumento da concentração de gases com efeito de estufa tais como o dióxido de carbono, o metano e o óxido nitroso. A combustão de combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás natural), a desflorestação e a produção de gado são considerados os principais responsáveis por este aumento dos gases com efeito de estufa (IPCC, 2014).

Os impactos das alterações climáticas são variáveis conforme a região do Mundo, e incluem um aumento das cheias, secas, tempestades costeiras, fogos florestais, ondas de calor, a subida do nível da água do mar, a acidificação dos oceanos, etc. (IPCC, 2014; SANTOS, 2012). No entanto, também se projetam efeitos positivos. Por exemplo, espera-se um aumento da produtividade agrícola e do turismo em regiões mais frias como o norte da Europa. Referindo um exemplo nacional, as praias do Algarve deverão tornar-se demasiado quentes durante o verão, mas o turismo nas praias do centro e norte de Portugal Continental deverá ser beneficiado por um aumento da temperatura (SANTOS & MIRANDA, 2006).

Curiosamente, são geralmente esperados maiores impactos negativos das alterações climáticas nos países mais pobres, onde existem menos recursos para lidar com estes problemas. Isto também se verifica à escala europeia, uma vez que os impactos adversos serão maiores nos países do Mediterrâneo, onde se inclui Portugal (EEA, 2012). Por exemplo, nesta região, a temperatura média mais elevada e a redução da precipitação aumentarão os riscos de desertificação e a diminuição da disponibilidade de água. Por isso, será importante implementar medidas de adaptação na agricultura como uma gestão mais eficiente da água ou a adoção de culturas e/ou variedades de culturas mais resistentes às secas (SANTOS & MIRANDA, 2006; IPCC, 2014). Nesta região, também se projeta um alargamento da época de incêndios e fogos mais intensos e frequentes. O aumento da temperatura irá proporcionar condições mais favoráveis à sobrevivência de vetores de doenças (por exemplo, algumas espécies de mosquitos), o que representa um maior risco do aparecimento de doenças tropicais que incluem a malária, a dengue ou a febre do Nilo Ocidental (SANTOS & MIRANDA, 2006; NAVES & FIRMINO, 2009).

No que diz respeito às espécies terrestres e aquáticas, projetam-se mudanças na sua distribuição, nos seus padrões de migração e na sua abundância como resposta às alterações climáticas (IPCC, 2014). Por exemplo, uma determinada espécie em Portugal Continental poderá adaptar-se a um aumento da temperatura mudando-se para áreas mais a norte e/ou a maiores altitudes, onde o clima é mais frio (BELLARD *et al.*, 2012). Acontece algo de semelhante no mar: existem espécies marinhas subtropicais como o peixe-porco que têm vindo a ocupar a costa continental portuguesa devido ao aumento da temperatura da água do mar, projetando-se uma redução na nossa costa de espécies de águas mais frias como o tamboril ou a raia-lenga (SANTOS & MIRANDA, 2006).

Com as alterações climáticas, os oceanos também se estão a tornar mais ácidos e o nível da água do mar está a subir, calculando-se que o nível da água do mar subiu entre 15 e 20 centímetros desde o final do século XIX (IPCC, 2014). Os cientistas projetam uma subida de 1 metro até 2100, bem como tempestades costeiras mais intensas e frequentes. Isto implicará mudanças futuras ao longo das zonas costeiras, o que é especialmente preocupante em países com uma elevação baixa em relação ao nível do mar tais como o Bangladesh, Moçambique e Egito (SANTOS, 2012; SANTOS & MIRANDA, 2006).

Geralmente, há dois tipos de resposta para lidar com as alterações climáticas: a mitigação e a adaptação (IPCC, 2014). No caso da miti-

gação, procuramos reduzir a emissão de gases com efeito de estufa investindo em energias alternativas (*e.g.*, eólica, solar, eólica, geotérmica, etc.), melhorando a eficiência energética, promovendo o uso de transportes públicos, reduzindo o consumo de carne, etc. Também podemos aumentar a capacidade de retenção de carbono pelo acréscimo da área de floresta. No caso da adaptação, e uma vez que algumas destas mudanças já são irreversíveis, o objetivo principal é perceber como reduzir os seus impactos negativos. São exemplos dessa adaptação a modificação de edifícios e zonas urbanas às futuras condições climáticas, o uso de espécies florestais mais resistentes aos fogos ou a adoção de sistemas de rega mais eficientes.

3.3. *A sobre-exploração de espécies*

Supõe-se que a introdução da agricultura e da pastorícia no nosso país terá sido feita por grupos de colonizadores oriundos do Mediterrâneo, que desembarcaram há cerca de 7500 anos no centro e sul de Portugal Continental. Depois disso, a nossa sobrevivência foi gradualmente deixando de depender da caça, da pesca e da recolha (ALDAY, 2012; ZILHÃO, 2000).

Hoje em dia, os produtos da pesca são praticamente os únicos alimentos “selvagens” consumidos com regularidade em Portugal e em muitos outros países. Um dos riscos que corremos quando pescamos uma determinada espécie é a sua sobre-exploração. Ou seja, poderá haver um excesso de capturas que ultrapassa a sua capacidade de reposição, tendo em conta as suas taxas naturais de reprodução e mortalidade. E se insistirmos nesta forma de exploração durante algum tempo, essa população (ou mesmo espécie) pode regredir ou mesmo extinguir-se. Um conceito conhecido como “tragédia dos comuns” explica este conflito entre o interesse privado e o interesse comum (HARDIN, 1968). Por exemplo, numa zona de caça sem restrições, poderá haver caçadores que matam todos os coelhos que conseguem para aumentar o seu lucro pessoal, mesmo que seja vantajoso para todos manter um número mínimo de coelhos que assegure a sua existência a médio e longo prazo.

A pesca é um exemplo clássico da “tragédia dos comuns”, em que os pescadores podem levar *stocks* de peixe à exaustão. Foi o que aconteceu com o *stock* de bacalhau na Terra Nova (Canadá), que colapsou em 1992 devido ao excesso de pesca. Mesmo depois da implementação

de várias medidas de proteção a esta espécie, o nosso fiel amigo só recentemente começou a recuperar nesta região (MacKENZIE, 2015).

Este não é um caso isolado: estimou-se recentemente que 31.4% dos *stocks* pesqueiros marinhos mundiais sejam sobre-explorados (FAO, 2016). Aliás, desde 1990 que os *stocks* de peixe explorados em níveis insustentáveis têm vindo a aumentar gradualmente. As principais causas incluem uma gestão deficiente destes recursos, políticas inadequadas, acordos de pesca internacionais injustos, capturas acidentais de peixes juvenis e outras espécies marinhas, pesca ilegal e práticas de pesca destrutivas (WWF, 2015; FAO, 2016). Mesmo existindo divergências nas projeções sobre a sustentabilidade da pesca e da aquacultura a médio e longo prazo, os especialistas defendem que dependerá de fatores como o uso sustentável dos recursos aquáticos, da redução significativa das capturas acidentais, rejeições e desperdícios durante a pesca, bem como da maior eficiência a vários níveis da produção em aquacultura (BÉNÉ *et al.*, 2015; WORLD BANK, 2014; MERINO *et al.*, 2010; CAO *et al.*, 2015).

Em Portugal, também existem ameaças à manutenção destes recursos (LEITÃO, 2015; BAETA *et al.*, 2009), bem como captura acidental de espécies (BAETA, 2009). Por exemplo, numa análise feita recentemente a *stocks* de Portugal Continental, concluiu-se que quase 40% destes foram sobre-explorados entre 2000 e 2009 (LEITÃO, 2015). Também se registou nesta análise uma transição de uma pesca mais tradicional feita ao longo da costa e direcionada a espécies de pequeno e médio porte para uma pesca industrial mais longe da costa, em águas mais profundas e capturando maior diversidade de espécies (LEITÃO, 2015; BAETA *et al.*, 2009). Esta mudança foi possibilitada por avanços tecnológicos que permitem a pesca em águas mais profundas. Isto tem vindo a acontecer em muitas outras regiões do mundo, o que é motivado por um declínio dos *stocks* de pesca tradicionais em regiões costeiras (LEITÃO, 2015; WWF, 2015). No entanto, é preciso ter em conta que a maioria da pesca em águas profundas é considerada insustentável, porque as populações de peixe têm baixa produtividade, crescimento lento, maior longevidade e maturidade reprodutora tardia (MORATO *et al.*, 2006).

Também existem casos de sobre-exploração relacionados com a comercialização legal ou ilegal de plantas, animais e seus produtos (*e.g.*, CORDELL, 2011; ROSEN & SMITH, 2010). Há acordos internacionais para banir (ou pelo menos reduzir) o comércio de espécies de fauna e flora ameaçadas, mas a sua aplicação nem sempre é eficaz. Por exemplo, a principal causa atual do declínio do elefante-africano

é a caça ilegal para comercialização de marfim destinado sobretudo ao mercado asiático (WITTEMYER *et al.*, 2014). Outro exemplo diz respeito ao filme *À procura de Nemo* (DISNEY, 2003), que aumentou a procura de diversas espécies de peixes-palhaço em recifes de coral para aquarofilia (precisamente o que aconteceu ao Nemo!). Com a criação de algumas destas espécies em cativeiro, foi possível reduzir a captura de animais nos seus habitats naturais, atenuando assim a regressão destas espécies. Mais recentemente, quando estreou o filme *À procura de Dory* (DISNEY, 2016), foram feitos vários alertas e campanhas para que não acontecesse o mesmo ao cirurgião-paleta (a espécie da personagem “Dory”; mais informações em: <http://www.savingnemo.org/>).

Recomendações para evitar a sobre-exploração de espécies incluem respeitar os limites de capturas dos recursos pesqueiros aconselhados pelos cientistas, consumir produtos do mar sustentáveis, criar leis mais rigorosas e associadas a maior fiscalização para banir o comércio de espécies ameaçadas e aumentar a sensibilização ambiental para a questão da sobre-exploração (WWF, 2015; FAO, 2016).

3.4. *As espécies exóticas invasoras*

Começemos com dois exemplos. O primeiro diz respeito a um grupo de empresários que, no ido ano de 1973, trouxe legalmente exemplares de lagostim-vermelho do Louisiana do sul dos Estados Unidos da América para a zona de Badajoz (sul de Espanha). O objetivo era fazer produção deste animal em aquacultura para fins alimentares. Só que alguns destes lagostins conseguiram alcançar a liberdade, não se sabe bem como, tendo sido detetados pela primeira vez em Portugal em 1979 no rio Caia, um afluente do Guadiana (CORREIA, 2001, 2002; CRUZ & REBELO, 2007).

Desde essa data que o lagostim-vermelho se tem expandido na Península Ibérica, por vezes contando com a ajuda de pescadores e populações locais que os lançam em rios por colonizar. Esta espécie serve de presa a predadores como a lontra, a raposa ou a cegonha (SANTOS *et al.*, 2007; PEDROSO & SANTOS-REIS, 2006; CORREIA, 2001, 2002), mas também contribui para a redução de diversas espécies de invertebrados (incluindo uma espécie nativa de lagostim), plantas, anfíbios e peixes (HOLDICH *et al.*, 2009; CRUZ & REBELO, 2007). Para além disso, o lagostim-vermelho causa prejuízos em reservatórios, canais de rega e culturas agrícolas como o arroz devido à sua atividade

escavadora e alimentar. Mesmo tendo em conta a venda desta espécie por pescadores portugueses para o mercado espanhol, os ganhos não compensam os danos ambientais e económicos causados (CONDE & DOMINGUEZ, 2015; ARCE & DIÉGUEZ-URIBEONDO, 2015).

O segundo exemplo é a tartaruga-da-Flórida, uma espécie também oriunda dos Estados Unidos da América que foi exportada para todo o mundo como animal de estimação. A sua introdução no meio natural acontece geralmente quando são libertadas pelos donos ou escapando por mérito próprio ao cativo. A expansão da tartaruga-da-Flórida em Portugal implicou uma redução das duas espécies nativas de cágados, e também de outras espécies da nossa fauna e flora (LOUREIRO *et al.*, 2010).

Portanto, se uma espécie evolui numa determinada região e, por acidente ou de forma intencional, é introduzida noutra região, designa-se por espécie exótica. Se consegue prosperar, torna-se uma espécie exótica invasora, ou seja, uma espécie que se estabeleceu fora da sua distribuição natural passada ou presente, cuja introdução e/ou proliferação ameaça a diversidade biológica (CBD, 2009). Estas espécies podem promover mudanças na estrutura e composição de ecossistemas, o que pode resultar numa redução de alguns dos seus benefícios (SIMBERLOFF, 2011; SIMBERLOFF *et al.*, 2013).

Para além disso, podem danificar infraestruturas humanas, transmitir agentes patogénicos ou parasitas, causando assim prejuízos ambientais, económicos e de saúde pública. Ocasionalmente, existem espécies exóticas invasoras que podem trazer ganhos ecológicos e económicos tais como uma redução da erosão dos solos ou a produção de alimento (SIMBERLOFF *et al.*, 2013; DAVIS *et al.*, 2011). Estes benefícios devem ser equacionados nas decisões de controlo ou erradicação destas espécies.

Na Europa, o número de espécies exóticas invasoras já ultrapassa as 11 000, sendo sobretudo plantas terrestres e invertebrados terrestres e marinhos (HULME *et al.*, 2009; KELLER *et al.*, 2011). Apesar de não se conhecer os seus efeitos em detalhe, calcula-se que representem perdas avaliadas em milhares de milhões de euros por ano. Em Portugal, há legislação que regula a introdução destas espécies desde 1999. E apesar de haver algum desconhecimento sobre o seu estado atual no nosso país, supõe-se que o número de espécies exóticas invasoras tenha aumentado bastante nas últimas décadas (ALMEIDA & FREITAS, 2012).

A erradicação de uma espécie exótica invasora após o seu estabelecimento é muito difícil. E como os recursos são geralmente escassos,

as ações direcionadas a estas espécies concentram-se na gestão dos casos mais problemáticos. Por exemplo, na Europa, existem apenas 34 espécies que foram erradicadas de determinados locais com sucesso (sobretudo vertebrados). Medidas como a cooperação internacional para impedir a sua passagem entre países e regiões, ações como a erradicação e/ou controlo numa fase inicial da sua introdução e sensibilização da população para a não libertação de animais exóticos em ambientes naturais podem ajudar a reduzir o impacto das espécies exóticas invasoras (HULME *et al.*, 2009; KELLER *et al.*, 2011).

3.5. *A degradação do solo*

O solo é a camada mais superficial da Terra, sendo o ritmo da sua formação influenciado por fatores como os materiais de origem (por exemplo, rocha, areia ou barro), os organismos presentes no solo, o clima ou a topografia do terreno. Como são apontados valores médios de 10 000 anos para a formação de 17 cm de espessura de solo, este é considerado um recurso não renovável (MONTGOMERY, 2007).

Em 2013, alguns meios de comunicação social internacionais noticiaram o crescimento acentuado da importação de arroz na China, que é um dos maiores produtores deste alimento no Mundo. A causa principal era a desconfiança dos consumidores pelo arroz chinês, uma vez que tinham sido encontrados níveis elevados de cádmio em diferentes regiões do país (*e.g.*, TERAZENO, 2013; GUILFORD, 2013; THE ECONOMIST, 2013). A contaminação dos solos na China devido às atividades industriais e agrícolas continua a ser uma ameaça ambiental nos tempos que correm, mas esta é apenas uma de muitas regiões do mundo em que existem problemas com os solos. Mesmo havendo lacunas de informação, dados recentes indicam que cerca de 1/3 de todos os solos se encontram degradados (FAO, 2015). Algumas formas de degradação decorrem de processos naturais, mas que são drasticamente aumentadas por fatores como o aumento da população mundial, o crescimento económico e as alterações climáticas (FAO, 2015; MONTANARELLA *et al.*, 2016; KOCH *et al.*, 2013).

Um dos principais problemas apontados pelos especialistas é a erosão, que é mais grave em regiões como África e Ásia (FAO, 2015). Globalmente, as estimativas apontam para a perda de solo em áreas agrícolas a um ritmo 10 a 40 vezes mais rápido do que as taxas naturais de formação dos solos (PIMENTEL & BURGESS, 2013; AMUDSON *et al.*,

2015). Mesmo regiões do mundo como os Estados Unidos da América e a Europa, que têm menores níveis de erosão, excedem largamente o que pode ser repostado naturalmente. Em áreas agrícolas, a redução de nutrientes no solo tem sido parcialmente compensada pelo uso de fertilizantes, que introduzem sobretudo azoto e fósforo (MEADOWS *et al.*, 2004; FAO, 2015). No entanto, esta solução não pode ser mantida a longo prazo, uma vez que há indícios de que estamos a atingir os limites para a sua absorção.

A salinização dos solos também prejudica a produção agrícola. Pode ocorrer de forma natural (por exemplo, em áreas com depósitos de sal) ou por ação humana (por exemplo, devido a uma deficiente gestão de água para rega) (TANJI, 2002; CHINNUSAMY *et al.*, 2005). Este fenómeno está tipicamente associado a áreas áridas ou semiáridas, e pode ser exacerbado pelas alterações climáticas.

Outra ameaça, que ocorre sobretudo em países desenvolvidos, é a impermeabilização dos solos, pela expansão das zonas urbanas. Quando tal acontece, os solos perdem a sua capacidade de produção de alimento, de reter água e carbono, etc. (AMUDSON *et al.*, 2015). Esta questão é especialmente relevante se forem áreas de grande aptidão agrícola, que deveriam ser poupadas a esta mudança de uso do solo. Uma análise recente estimou que, entre 1990 e 2006, 19 países da União Europeia – em que se destacam pela negativa a Alemanha e Portugal – perderam uma área agrícola que corresponde a 1% da sua capacidade de produção (PROKOP *et al.*, 2011). No nosso país, os desafios ambientais para a gestão dos solos agrícolas (que são geralmente pobres) incluem também a redução da erosão, o aumento da matéria orgânica e o melhoramento da estrutura dos solos para aumentar a capacidade de retenção de água (CARVALHO & LOURENÇO, 2014).

A forma como se tem lidado com a perda, impermeabilização e degradação dos solos no passado foi a expansão e/ou mudança de localização das áreas agrícolas. No entanto, boa parte dos solos e climas adequados à produção agrícola encontram-se hoje ocupados (FAO, 2015; AMUNDSON *et al.*, 2015; KOCH *et al.*, 2013). A intensificação da agricultura como estratégia global também não parece ser uma solução viável, uma vez que agrava alguns dos problemas acima referidos (AMUNDSON *et al.*, 2015).

3.6. *A escassez de água*

Na edição de 16 de novembro de 2014, o programa de televisão norte-americano “60 minutos” (CBS, 2014) referia que havia uma seca que durava há mais de quatro anos na Califórnia (EUA). Mesmo assim, continuava a haver uma abundante produção agrícola naquela região. Como é que isto era possível? A resposta estava no uso de água subterrânea captada em aquíferos. Explicava a jornalista que esta água deve funcionar como uma reserva, e que o seu uso deve ser comedido. Mas ao longo deste programa, percebemos que o uso de água não é controlado e que os especialistas estão renitentes relativamente ao futuro da agricultura na Califórnia.

De facto, a água subterrânea é atualmente a principal fonte de água para aproximadamente 2 mil milhões de pessoas, representando quase metade da água usada na irrigação de culturas agrícolas (FAMIGLIETTI, 2014; SIEBERT *et al.*, 2010). Com a redução das fontes de água doce tradicionais (rios, ribeiros, lagos, etc.), a quantidade de água subterrânea extraída de aquíferos tem vindo a aumentar nas últimas décadas (FAMIGLIETTI, 2014; RICHEY *et al.*, 2015; MACDONALD *et al.*, 2014). No entanto, a informação relativa aos principais aquíferos do mundo em regiões áridas e semiáridas revela um cenário preocupante: em quase todos os casos, a água é extraída a uma taxa bastante mais alta do que a sua reposição natural (FAMIGLIETTI, 2014; RICHEY *et al.*, 2015).

Mesmo sabendo que a maioria da água doce a nível mundial é usada na agricultura, existe uma parte substancial com outros usos. Assim, em termos globais, usamos 69% da água doce na agricultura (irrigação, criação de gado e aquacultura), 19% na indústria e 12% nos municípios (que inclui o uso doméstico) (FAO, 2016). Sabemos, também, que continua a haver milhões de pessoas em todo o mundo que vivem sem água potável e um número ainda maior de pessoas sem acesso a boas condições sanitárias. Existe, obviamente, uma relação entre a falta de saneamento básico e a degradação da qualidade da água, uma vez que o tratamento adequado de águas residuais pode evitar a contaminação de água potável (WWAP, 2015).

Para reforçar estes números, um estudo recente concluiu que cerca de 2/3 da população mundial vive em condições de escassez de água severa durante, pelo menos, um mês por ano (MEKONNEN & HOESKTRA, 2016). Esta escassez tem especial incidência na Índia e na China. Neste estudo, também é referido que milhões de pessoas são afetadas por

uma falta de água severa durante todo o ano, havendo outros autores que referem problemas de abastecimento de água em grandes cidades devido “a limitações geográficas e financeiras” (MACDONALD *et al.*, 2014). As alterações climáticas deverão trazer um agravamento da escassez de água em determinadas regiões (IPCC, 2014).

4. Conclusão

Ao longo deste capítulo, abordámos de forma resumida e simplificada o conceito de sustentabilidade ecológica ou ambiental, algumas iniciativas da sua medição a nível mundial e exemplos específicos de ameaças ambientais globais. Mesmo havendo incertezas associadas a estas avaliações, existe um consenso entre cientistas que trabalham na área da sustentabilidade de que as ações humanas atuais têm um grande impacto à escala mundial e também que poderemos atingir os limites de uso de alguns destes valores naturais durante o século XXI (MEADOWS *et al.*, 2004; ROCKSTROM *et al.*, 2009a; WACKERNAGEL *et al.*, 1999).

Os efeitos das ações humanas no planeta são tão grandes que motivam mudanças na forma como vemos a história do nosso planeta. Assim, foi proposta a designação de “Antropoceno” como uma nova época geológica em que estamos a viver e que é caracterizada por alterações antropogénicas profundas. A União Internacional das Ciências Geológicas (UICG), que é a entidade que define as unidades de tempo geológico, deverá deliberar em breve se ainda estamos a viver no Holoceno ou se passámos para o Antropoceno (WATERS *et al.*, 2016; STEFFEN *et al.*, 2015).

Mesmo sabendo que o futuro é imprevisível, deveremos ter em conta que existem hoje cerca de 7.4 mil milhões de pessoas no mundo, e que este número deverá ser cerca de 9.7 mil milhões de pessoas em 2050 (UNITED NATIONS, 2015). Durante este período, especula-se que a economia mundial terá de crescer cerca de três vezes para poder acompanhar não só este aumento do número de pessoas, mas também o crescimento do consumo de produtos alimentares como a carne ou o peixe em países em desenvolvimento como a China ou a Índia (SACHS, 2015). No entanto, e tendo em conta o estado de alguns dos valores naturais, colocam-se dúvidas sobre a possibilidade deste crescimento a longo prazo (*e.g.*, SACHS, 2015; MEA, 2005).

Vimos, também, como uma gestão deficiente de valores naturais renováveis pode ter consequências negativas. Não precisamos de fazer grandes incursões ao nosso passado longínquo para o ilustrar, uma vez

que temos exemplos atuais, por exemplo, em alguns dos *stocks* de pesca. Uma das justificações para este tipo de comportamento é conhecida pelos economistas como “preferência temporal”, em que se opta pela utilidade imediata ao invés da utilidade futura (FREDERICK *et al.*, 2002; SILVA, 2010; SANTOS, 2012). Apesar desta característica nos ter sido benéfica no passado, em que a nossa sobrevivência se decidia em intervalos de tempo curtos, uma visão a médio e longo prazo parece hoje mais adequada para garantir o bem-estar das gerações presentes e futuras.

A este propósito, o cientista português Filipe Duarte Santos refere-se a um “discurso prometeico” como uma confiança praticamente ilimitada na ciência, tecnologia e inovação para resolver praticamente todos os problemas relacionados com a escassez de recursos naturais (SANTOS, 2007, 2012). Mesmo reconhecendo o seu valor, e considerando também a nossa resiliência a condições difíceis, a perspectiva de que esta escassez de valores naturais se pode resolver recorrendo apenas à ciência é irrealista (SANTOS, 2012).

Está fora do âmbito deste capítulo apresentar soluções para os problemas ambientais referidos de forma exaustiva. Genericamente, e para além de outras anteriormente referidas, poderemos mencionar a redução do desperdício (alimentos, água, eletricidade, etc.), a monitorização ambiental regular, a prevenção da exaustão de recursos renováveis, a redução de desigualdades entre ricos e pobres e medidas que promovam o abrandamento do crescimento populacional humano (sobretudo pela educação e acesso a contraceção nos países em desenvolvimento) (SACHS, 2015; MEADOWS *et al.*, 2004). Por exemplo, como se calcula que cerca de 1/3 de todos os alimentos produzidos hoje são desperdiçados, uma redução substancial deste valor teria um impacto significativo nos valores naturais do planeta (FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, 2011).

Numa nota mais positiva, parece haver maior consciência global das questões ambientais, o que poderá ajudar a implementar estas e/ou outras medidas. Apenas dois exemplos disto: 1) o acordo do clima em Paris de 2015 foi negociado envolvendo a generalidade dos países do mundo. Mesmo com o recuo dos Estados Unidos da América anunciado pelo presidente Donald Trump, este continua a ser um feito notável; 2) segundo o relatório do Fórum Económico Mundial 2016, em que foram consultados 750 especialistas de diversos países, o risco com maior impacto a nível global é a deficiente mitigação e adaptação às alterações climáticas, estando as crises de água em terceiro lugar e a perda de biodiversidade e colapso dos ecossistemas em sexto lugar (WEF, 2016).

Para concluir, é bom recordar que uma situação em que há mais recursos usados do que disponíveis não se poderá manter indefinidamente. Não argumentamos aqui que irá ocorrer um fim trágico da nossa espécie devido à escassez de recursos naturais ou algo de semelhante. Cabe-nos, no entanto, concordar com outros autores de que uma transição mais suave e voluntária de uma situação de insustentabilidade para a sustentabilidade será sempre preferível a uma transição abrupta e forçada, que implique consequências negativas tais como a guerra ou a fome, que se verificaram no passado (MEADOWS *et al.*, 2004; SACHS, 2015).

A escrita deste capítulo foi feita com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), através do financiamento do centro de investigação MARE (UID/MAR/04292/2013) e da bolsa de pós-doutoramento do autor (SFRH/BPD/112119/2015).

Bibliografia referenciada

- ALDAY, 2012. A. Alday, “The Neolithic in the Iberian Peninsula: an explanation from the perspective of the participation of Mesolithic communities”, *Zephyrus*, 69 (2012), pp. 75-94
- AGUIAR & PINTO, 2007. C. Aguiar & B. Pinto, “Paleo-história e história antiga das florestas de Portugal continental – até à Idade Média”, in *Floresta e Sociedade. Uma história em comum. Árvores e Florestas de Portugal*, ed. J. S. Silva, Lisboa: FLAD
- ALMEIDA & FREITAS, 2012. J. Almeida & H. Freitas, “Exotic flora of continental Portugal – A new assessment”, *Bocconea*, 24 (2012), pp. 231-237
- AMUNDSON, BERHE, HOPMANS, OLSON, SZTEIN *et al.*, 2015. R. Amundson, A. A. Berhe, J. W. Hopmans, C. Olson, A. E. Sztein, *et al.*, “Soil and human security in the 21st century”, *Science*, 348 (6235), 1261071.
- ARCE & DIÉGUEZA URIBEONDO, 2015. J. A. Arce & J. Diéguez-Uribeondo, “Structural damage caused by the invasive crayfish *Procambarus clarkii* (Girard, 1852) in rice fields of the Iberian Peninsula: a study case”, *Fundamental and Applied Limnology*, 186 (2015), pp. 259-269
- BATEA, COSTA & CABRAL, 2009. F. Baeta, M. J. Costa & H. Cabral, “Changes in the trophic level of Portuguese landings and fish market price variation in the last decades”, *Fisheries Research*, 97 (2009), pp. 216-222
- BARNOSKY, MATZKE, TOMIYA, WOGAN, SWARTZ *et al.*, 2011. A. D. Barnosky, N. Matzke, S. Tomiya, G. O. U. Wogan, B. Swartz *et al.*, “Has the Earth’s sixth mass extinction already arrived?”, *Nature*, 471 (7336), pp. 51-7
- BELLARD, BERTELSMEIER, LEADLEY, THUILLER & COURCHAMP, 2012. C. Bellard, C. Bertelsmeier, P. Leadley, W. Thuiller & F. Courchamp, “Impacts of climate change on the future of biodiversity”, *Ecology Letters*, 15 (2012), pp. 365-377
- BENÉ, BARANGE, SUBASINGHE, PINSTRUP-ANDERSEN, MERINO *et al.*, 2015. “Feeding 9 billion by 2050 – Putting fish back on the menu”, *Food Security*, 7 (2015), pp. 261-274

- BENN, 2010. J. Benn, “What is biodiversity? United Nations Environment Programme (UNEP)”, Disponível em: <http://www.unep.org/newyork/Portals/129/docs/BIODIVERSITY%20FACTSHEET%20low%20res-1.pdf>
- BIRDLIFE INTERNATIONAL (2012). “Raphus cucullatus. The IUCN Red List of Threatened Species 2012”: e.T22690059A39188976
- BALMFORD, GREEN, ANDERSON, BERESFORD, HUANG *et al.*, 2015. A. Balmford, J. M. H. Green, M. Anderson, J. Beresford, C. Huang *et al.*, “Walk on the Wild Side: Estimating the Global Magnitude of Visits to Protected Areas”, *PLoS Biology*, 13 (2015), e1002074. doi:10.1371/journal.pbio.1002074
- BRUNDTLAND COMMISSION (1987). Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. United Nations
- BUTCHART, WALPOLE, COLLEN, STRIEN, CHARLEMANN *et al.*, 2010. S. H. M. Butchart, M. Walpole, B. Collen, A. V. Strien, J. P. W. Scharlemann *et al.*, “Global Biodiversity: Indicators of Recent Declines”, *Science*, 328 (5982), 1164-1168
- BUTZER, 2012. K. W. Butzer, “Collapse, environment, and society”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 109 (2012), pp. 3632-3639
- CALLICOTT & MUMFORD, 1997. J. B. Callicott & K. Mumford, “Ecological sustainability as a conservation concept”, *Conservation Biology*, 11 (1997), pp. 32-40
- CAO, NAYLOR, LEADBITTER, METIAN, TROELL *et al.*, 2015. L. Cao, P. Naylor, D. Leadbitter, M. Metian, M. Troell *et al.*, “China’s aquaculture and the world’s wild fisheries”, *Science*, 347 (2015), pp. 133-135
- CARPENTER, DEFRIES, DIETZ, MOONEY, POLASKY *et al.*, 2006. S. R. Carpenter, R. DeFries, T. Dietz, H.A. Mooney, S. Polasky *et al.* “Millennium Ecosystem Assessment: Research Needs”, *Science*, 314 (2006), pp. 257-258
- CARVALHO & LOURENÇO, 2014. M. Carvalho & E. Lourenço, “Conservation Agriculture – A Portuguese Case Study. Review article”, *Journal of Agronomy and Crop Sciences*, 200 (2014), pp. 317-324
- CEBALLOS, EHRLICH, BARNOSKY, GARCÍA, PRINGLE & PALMER, 2015. G. Ceballos, P. R. Ehrlich, A. D. Barnosky, A. García, R. M. Pringle & T. M., Palmer, “Accelerated modern human-induced species losses: Entering the sixth mass extinction”, *Science Advances*, 1(5), e1400253
- CHINNUSAMY, JAGENDORF & ZHU, 2005. V. Chinnusamy, A. Jagendorf & J. K. Zhu, “Understanding and improving salt tolerance in plants”, *Crop Science*, 45 (2005), pp. 437-448
- CONDE & DOMÍNGUEZ, 2015. A. Conde & J. Domínguez, “A proposal for the feasible exploitation of the red swamp crayfish *Procambarus Clarkii* in introduced regions”, *Conservation Letters*, 8 (2015), pp. 440-448
- COLLINS & FLYNN, 2015. A. Collins & A. Flynn, *The Ecological Footprint – New developments in policy and practice*, Cheltenham: Edward Elgar
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY – CBD (2009). Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Invasive alien species: a threat to biodiversity*, Montreal, disponível em: <https://www.cbd.int/doc/bioday/2009/idb-2009-booklet-en.pdf>

- COOK, NUCCITELLI, GREEN, RICHARDSON, WINKLER *et al.* (2013). J. Cook, D. Nuccitelli, S. A. Green, M. Richardson, B. Winkler *et al.*, “Quantifying the consensus on anthropogenic global warming in the scientific literature”, *Environmental Research Letters*, IOP Publishing, 8 (2), 024024
- CORDELL, 2011. G. A. Cordell, “Sustainable medicines and global health care”, *Planta Médica* 77 (2011), pp. 1129-38
- CORREIA, 2001. A. M. Correia, “Seasonal and intraspecific evaluation of predation by mammals and birds on the introduced red swamp crayfish *Procambarus clarkii* (Crustacea, Cambaridae) in a freshwater marsh (Portugal)”, *Journal of Zoology*, 255 (2001), pp. 533-541
- CORREIA, 2002. A. M. Correia, “Niche breadth and trophic diversity: feeding behaviour of the red swamp crayfish (*Procambarus clarkii*) towards environmental availability of aquatic macroinvertebrates in a rice field (Portugal)”, *Acta Oecologica*, 23 (2002), pp. 421-429
- CRUZ & REBELO, 2007. M. J. Cruz & R. Rebelo, “Colonization of freshwater habitats by an introduced crayfish, *Procambarus clarkii*, in Southwest Iberian Peninsula”, *Hydrobiologia*, 575 (2007), pp. 191-201
- DAVIS, CHEW, HOBBS, LUGO, EWEL *et al.*, 2011. M. A. Davis, M. K. Chew, R. Hobbs, A. E. Lugo, J. J. Ewel *et al.*, “Don’t judge species on their origins”, *Nature*, 474 (2011), pp. 153-154
- DEPLEDGE, GALGANI, PANTI, CALIANI, CASINI *et al.*, 2013. M. H. Depledge, F. Galgani, C. Panti, I. Caliani, S. Casini *et al.*, “Plastic litter in the sea”, *Marine Environmental Research*, 92 (2013), pp. 279-281
- DE VOS, JOPPA, GITTLEMAN, STEPHENS & PIMM, 2015. J. M. de Vos, L. N. Joppa, J. L. Gittleman, P. R. Stephens, S. L. Pimm, “Estimating the normal background rate of species extinction”, *Conservation Biology*, 29 (2015), pp. 452-462
- DIAMOND, 2005. J. Diamond, *How Societies Choose to Fail or Survive*, London: Penguin Books
- DUGMORE, MCGOVERN, VESTEINSSON, ARNEBORG, STREETER *et al.*, 2012. A. Dugmore, T. McGovern, O. Vesteinsson, J. Arneborg, R. Streeter *et al.*, “Cultural adaptation, compounding vulnerabilities and conjunctures in Norse Greenland”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 109 (2012), pp. 3658-3663. Disponível em: 10.1073/pnas.1115292109
- EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, 2012. *Climate change, impacts and vulnerability in Europe*, European Environmental Agency Report 12/2012
- ERIKSEN, LEBRETON, CARSON, THIEL, MOORE, BORERRO *et al.*, 2014. M. Eriksen, L. C. M. Lebreton, H. S. Carson, M. Thiel, C. J. Moore, J.C. Borerro *et al.*, “Plastic Pollution in the World’s Oceans: More than 5 Trillion Plastic Pieces Weighing over 250,000 Tons Afloat at Sea”, *PLoS ONE*, 9 (12), e111913. Disponível em: 10.1371/journal.pone.0111913
- FAMIGLIETTI, 2014, J. S. Famiglietti, “The Global Groundwater Crisis”, *Nature Climate Change*, 4 (2014), pp. 945-948, doi:10.1038/nclimate2425

- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, 2015. *Status of the World's Soil Resources (SWSR) – Main Report*, Food and Agriculture Organization of the United Nations and Intergovernmental Technical Panel on Soils
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, 2016. *AQUASTAT website. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)*, Disponível em: <http://www.fao.org/nr/water/aquastat/main/index.stm>
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, 2011. *Global food losses and food waste – Extent, causes and prevention. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)*, disponível em: <http://www.fao.org/docrep/014/mb060e/mb060e00.pdf>
- FREDERICK, LOEWENSTEIN & O'DONOGHUE, 2002. S. Frederick, G. Loewenstein, T. O'Donoghue, "Time Discounting and Time Preference: A Critical Review", *Journal of Economic Literature*, 40 (2002), pp. 351-401
- GASTON & SPICER, 2004 K. J. Gaston & J. I. Spicer, *Biodiversity: An introduction*, Oxford: Blackwell Publishing
- GOULSON, NICHOLLS, BOTÍAS & ROTHERAY, 2015. D. Goulson, E. Nicholls, C. Botías, E. L. Rotheray, "Bee declines driven by combined stress from parasites, pesticides, and lack of flowers", *Science*, 347 (6229), 1255957
- GULFORD, 2013. G. Guilford, "Half of the rice in Guanzhou is polluted", *The Atlantic* 21 May 2013. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/china/archive/2013/05/half-of-the-rice-in-guanzhou-is-polluted/276098>
- HARDIN, 1968. G. Hardin, "The tragedy of the commons", *Science*, 162 (1968), pp. 1243-1248
- HOGAN, 2010. M. Hogan, "Habitat destruction", *The Encyclopedia of Earth*. Disponível em: <http://www.eoearth.org/view/article/153224>
- HOLDICH, REYNOLDS, SOUTY-GROSSET & SIBLEY, 2009. D. M. Holdich, J. D. Reynolds, C. Souty-Grosset & P. J. Sibley, "A review of the ever increasing threat to European crayfish from non-indigenous crayfish species", *Knowledge and Management of Aquatic Ecosystems*, 11 (2009), pp. 394-395
- HUME, 2006. J. P. Hume, "The history of the Dodo *Raphus cucullatus* and the penguin of Mauritius", *Historical Biology*, 18 (2006), pp. 65-89
- HULME, PYSEK, NENTWIG & VILÀ, 2009. P. E. Hulme, P. Pysek, W. Nentwig & M. Vilà, "Will threat of biological invasions unite the European Union?", *Science*, 324 (2009), pp. 40-41
- INSTITUTO CONSERVAÇÃO NATUREZA FLORESTAS, 2013. *Áreas dos usos do solo e das espécies florestais de Portugal Continental. Resultados preliminares*, disponível em: <http://www.icnf.pt/portal/florestas/ifn/resource/ficheiros/ifn/ifn6-res-prelimv1-1>.
- INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE, 2016. *Introduction*, disponível em: <http://www.iucnredlist.org>
- INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE, 2015. *The IUCN Red List of Threatened Species*. IUCN Gland, Switzerland, disponível em: https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/iucn_brochure_low_res.pdf.

- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2014. “Summary for Policymakers”, in *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*, Part A: *Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, ed. C. B. Field, V. R. Barros, D. J. Dokken, K. J. Mach, M. D. Mastrandrea, T. E. Bilir, M. Chatterjee, K. L. Ebi, Y. O. Estrada, R. C. Genova, B. Girma, E. S. Kissel, A. N. Levy, S. MacCracken, P. R. Mastrandrea & L. L. White, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-32
- JAMBECK, ANDRADY, GEYER, NARAYAN, PERRYMAN, SIEGLER, WILCOX, LAVENDER & LAW, 2015. J. R. Jambeck, A. Andrady, R. Geyer, R. Narayan, M. Perryman, T. Siegler, C. Wilcox, C. Lavender & K. Law, “Plastic waste inputs from land into the ocean”, *Science*, 347 (2015), pp. 768-771
- KAY, 2000. J. J. Kay, “Ecosystems as self-organizing holarchic open systems: narratives and the second law of thermodynamics”, in *Handbook of ecosystem theories and management*, ed. S. E. Jorgensen & F. Muller, CRC Press – Lewis Publishers, pp. 135-160
- KELLER, GEIST, JESCHKE & KUHN, 2011. R. P. Keller, J. Geist, J. M. Jeschke, I. Kuhn, “Invasive species in Europe: ecology, status and policy”, *Environmental Sciences Europe*, 23 (2011)
- KOCH, MCBRATNEY, ADAMS, FIELD, HILL *et al.*, 2013. A. Koch, A. Mcbratney, M. Adams, D. Field, R., Hill *et al.*, “Soil Security: Solving the Global Soil Crisis”, *Global Policy*, 4 (2013), pp. 434-441
- LENZEN & MURRAY, 2001. M. Lenzen & S. Murray, “A modified ecological footprint method and its application to Australia”, *Ecological Economics*, 37 (2001), pp. 229-255
- LEITÃO, 2015. F. Leitão, “Landing profiles of Portuguese fisheries: assessing the state of stocks”, *Fisheries Management and Ecology*, 22 (2015), pp. 152-163
- LI & VEDERAS, 2009. J. W. Li & J. C. Vederas, “Drug discovery and natural products: end of an era or an endless frontier?”, *Science*, 325 (5937), pp. 161-165
- LINDENMAYER & FISHER, 2007. D. Lindenmayer & J. Fisher, “Tackling the habitat fragmentation panchreston”, *Trends in Ecology & Evolution*, 22 (2007), pp. 127-132
- LOUREIRO, FERRAND DE ALMEIDA, CARRATEIRO & PAULO, 2010. A. Loureiro, N. Ferrand de Almeida, M. A. Carreteiro, O. S. Paulo, *Atlas dos anfíbios e répteis de Portugal*, Lisboa: Esfera do Caos Editores
- MCDONALD, WEBER, PADOWSKI, FLORKE, SCHNEIDER *et al.*, 2014. R. I. McDonald, K. Weber, J. Padowski, M. Florke, C. Schneider *et al.*, “Water on an urban planet: urbanization and the reach of urban water infrastructure”, *Global Environmental Change*, 27 (2014), pp. 96-105
- MACKENZIE, 2015. D. MacKenzie “Cod make a comeback thanks to strict cuts in fishing”, *New Scientist* 8 July 2015. Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/dn27867-cod-make-a-comeback-thanks-to-strict-cuts-in-fishing>
- MACKOWIAK, 2000. P. A. Mackowiak, “Brief history of antipyretic therapy”, *Clinical Infectious Diseases*, 31 (Suppl 5), S154-S156
- MERINO, BARANGE, MULLON & RODWELL, 2010. G. Merino, M. Barange, C. Mullon & L. Rodwell, “Impacts of global environmental change and aquaculture expansion on marine ecosystems”, *Global Environmental Change*, 20 (2010), pp. 586-596

- MEADOWS, MEADOWS, RANDERS & BEHRENS III, 1972. D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers & W. W. Behrens III, *The Limits to Growth: a report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind*, New York: Universe Books
- MEADOWS, MEADOWS & RANDERS, 1992. D. H. Meadows, D. L. Meadows & J. Randers, *Beyond the Limits: Global Collapse or a Sustainable Future*, London: Earthscan Publications Ltd
- MEADOWS, RANDERS & MEADOWS, 2004. D. H. Meadows, J. Randers & D. L. Meadows, *Limits to Growth: The 30-Year Update*, White River Junction, Vermont: Chelsea Green Publishing Co
- MEKONNEN & HOEKSTRA, 2016. M. M. Mekonnen & A. Y. Hoekstra, "Four billion people facing severe water scarcity", *Science Advances*, 2 (2), e1500323
- MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 2005. *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*, Washington D. C.: Island Press
- MONTANARELLA, PENNOCK, MCKENZIE, BADRAOUI & CHUDE, 2016. L. Montanarella, D. J. Pennock, N. McKenzie, M. Badraoui, V. Chude, "World's soils are under threat", *Soil*, 2 (2016), pp. 79-82
- MONTGOMERY, 2007. D. R. Montgomery, "Soil erosion and agricultural sustainability", *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)*, 104 (2007), 13268-13272. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/104/33/13268.full.pdf>
- MORATO, WATSON, PITCHER & PAULY, 2006. T. Morato, R. Watson. T. J. Pitcher & D. Pauly, "Fishing down the deep", *Fish and Fisheries*, 7 (2006), pp. 24-34
- NAVES & FIRMINO, 2009. F. Naves & T. Firmino, *Portugal a quente e a frio*, Lisboa: Publicações Dom Quixote
- ORESQUES, 2004. N. Oreskes, "Beyond the ivory tower: the scientific consensus on climate change", *Science*, 306 (5702), 1686
- PERMAN, MA, MCGILVRAY & COMMON, 2003. R. Perman, Y. Ma, J. McGilvray & M. Common, "The origins of the sustainability problema", in *Natural resource and environmental economics*, ed. R. Perman, Y. Ma, J. McGilvray & M. Common, Pearson Education Limited
- PEDROSO & SANTOS-REIS, 2006. N. M. Pedroso & M. Santos-Reis, "Summer Diet of Eurasian Otters in Large Dams of South Portugal", *Hystrix*, 17 (2006), pp. 117-128
- PEREIRA, DOMINGOS, PROENÇA & VICENTE, 2009. H. M. Pereira, T. Domingos, V. Proença & L. Vicente, *Ecosystems e Bem-estar Humano: Avaliação para Portugal do Millennium Ecosystem Assessment*, Lisboa: Escolar Editora
- PETTIS, LICHTENBERG, ANDREE, STITZINGER, ROSE *et al.*, 2013. J. S. Pettis, E. M. Lichtenberg, M. Andree, J. Stitzinger, R. Rose *et al.*, "Crop Pollination Exposes Honey Bees to Pesticides Which Alters Their Susceptibility to the Gut Pathogen *Nosema ceranae*", *PLoS ONE* 8 (2013): e70182. Disponível em: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0070182>
- PIMENTEL & BURGESS, 2013. D. Pimentel & M. Burgess, "Soil Erosion Threatens Food Production", *Agriculture*, 3 (2013), 443-463

- POWLEDGE, 2006. F. Powledge, “The millennium assessment”, *Bioscience*, 56 (2006), 880-886
- PROKOP, JOBSTMANN & SCHÖNBAUER, 2011. G. Prokop, H. Jobstmann & A. Schönbauer, “Overview on best practices for limiting soil sealing and mitigating its effects in EU-27 (Environment Agency Austria)”, Technical Report – 2011-50, disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/soil/sealing.htm>
- POTAPOV, YAROSHENKO, TURUBANOVA, DUBININ, LAESTADIUS *et al.*, 2008. P. Potapov, A. Yaroshenko, S. Turubanova, M. Dubinin, L. Laestadius *et al.*, “Mapping the world’s intact forest landscapes by remote sensing”, *Ecology and Society*, 13 (2008) 51, disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol13/iss2/art51/>
- RAUP, 1981. D. M. Raup, “Extinction: bad genes or bad luck?”, *Acta Geologica Hispanica*, 16 (1981), pp. 25-33
- RAUP & SEPKOSKI, 1984. D.M. Raup & J. J. Sepkoski, “Periodicity of extinctions in the geologic past”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 81 (1984), pp. 801-5, disponível em: <http://www.pnas.org/content/81/3/801.full.pdf>
- REES & WACKERNAGEL, 1996. W. E. Rees & M. Wackernagel, “Urban ecological footprints: why cities cannot be sustainable – and why they are a key to sustainability”, *Environmental Impact Assessment Review*, 16 (1996), pp. 223-48
- RICHEY, THOMAS, LO, REAGER, FAMIGLIETTI *et al.*, 2015. A. S. Richey, B. F. Thomas, M. H. Lo, J. T. Reager, J. S. Famiglietti *et al.*, “Quantifying renewable groundwater stress with GRACE”, *Water Resources Research*, 51 (2015), 5217-38
- ROCKSTRÖM, STEFFEN, NOONE, PERSSON, CHAPIN *et al.*, 2009a. J. Rockström, W. Steffen, K. Noone, A. Persson, F. S. Chapin *et al.*, “A safe operating space for humanity”, *Nature*, 461 (2009), pp. 472-475
- ROCKSTRÖM, STEFFEN, NOONE, PERSSON, CHAPIN *et al.*, 2009b. J. Rockström, W. Steffen, K. Noone, A. Persson, F. S. Chapin *et al.*, “Planetary boundaries: Exploring the safe operating space for humanity”, *Ecology and Society*, 14 (2009), 32, disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>
- ROSEN & SMITH, 2010. G. E. Rosen & K. F. Smith, “Summarizing the evidence on the international trade in illegal wildlife”, *Ecohealth*, 7 (2010), pp. 24-32
- SACHS, 2015. J. Sachs, *The age of sustainable development*, Nova Iorque: Columbia University Press
- SALTRÉ, RODRÍGUEZ-REY, BROOK, JOHNSON, TURNEY *et al.*, 2016. F. Saltré, M. Rodríguez-Rey, B. W. Brook, C. N. Johnson, C. S. M. Turney *et al.*, “Climate change not to blame for late Quaternary megafauna extinctions in Australia”, *Nature Communications*, 7 (2016), 10511. Disponível em: <http://www.nature.com/articles/ncomms10511>
- SANDERSON, JAITEH, LEVY, REDFORD, WANNEBO *et al.*, 2002. E. W. Sanderson, M. Jaiteh, M. A. Levy, K. H. Redford, A. V. Wannebo *et al.*, “The human footprint and the last of the wild”, *BioScience*, 52 (2002), pp. 891-904
- SANDOM, FAURBY, SANDEL & SVENNING, 2014. C. Sandom, S. Faurby, B. Sandel & J. C. Svenning, “Global late Quaternary megafauna extinctions linked to humans, not climate change”, *Proceedings of the Royal Society B* 281, 20133254, disponível em: <http://dx.doi.org/10.1098/rspb.2013.3254>

- SANTOS, 2007. F. D. Santos, *Que Futuro? Ciência, Tecnologia, Desenvolvimento e Ambiente*, Lisboa: Gradiva
- SANTOS, 2012. F. D. Santos, *Alterações globais. Os desafios e os riscos presentes e futuros*, Lisboa: FFMS
- SANTOS & MIRANDA, 2006. F. D. Santos & P. Miranda, *Alterações Climáticas em Portugal. Cenários, Impactos e Medidas de Adaptação – Projecto SIAM II*
- SANTOS, PINTO & SANTOS-REIS, 2007. M. J. Santos, B. Pinto & M. Santos-Reis, “Trophic niche partitioning between two native and two exotic carnivores in SW Portugal”, *Webecology*, 7 (2007), pp. 53-62
- SCHAEFFER & CARPENTER, 2003. M. Scheffer & S. R. Carpenter, “Catastrophic regime shifts in ecosystems: linking theory to observation”, *Trends in Ecology and Evolution*, 18 (2003), 648-656
- SELVON, 2001. S. Selvon, *A Comprehensive History of Mauritius*. Port Louis: M.D.S.
- SIEBERT, BURKE, FAURES, FRENKEN, HOOGEVEEN *et al.*, 2010. S. Siebert, J. Burke, J. M. Faures, K. Frenken, J. Hoogeveen *et al.*, “Groundwater use for irrigation – A global inventory”, *Hydrology and Earth System Sciences*, 14 (2010), pp. 1863-80
- SILVA, 2010. J. P. Silva, “Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras”, in *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, ed. A. Athayde, J. Caupers & M. G. Garcia, Coimbra: Almedina
- SIMBERLOFF, 2011. D. Simberloff, “Non-natives: 141 scientists object”, *Nature*, 475 (2011), 36. Disponível em: <http://www.nature.com/nature/journal/v475/n7354/pdf/475036a.pdf>
- SIMBERLOFF, MARTIN, GENOVESI, MARIS, WARDLE *et al.*, 2013. D. Simberloff, J. L. Martin, P. Genovesi, V. Maris, D. A. Wardle *et al.*, “Impacts of biological invasions: what’s what and the way forward”, *Trends in Ecology and Evolution*, 28 (2013), pp. 58-66
- SINGH, SHARMA, JOSHI & PAWAT, 2008. R. Singh, M. Sharma, P. Joshi & D. S. Rawat, “Clinical status of anti-cancer agents derived from marine sources”, *Anticancer Agents in Medicinal Chemistry*, 8 (2008), pp. 603-617
- STEFFEN, BROADGATE, DEUTSCH, GAFFNEY & LUDWIG, 2015. W. Steffen, W. Broadgate, L. Deutsch, O. Gaffney & C. Ludwig, “The trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration”, *The Anthropocene Review*, 2 (2015), pp. 81-98
- STEWART, BRUSS, YANG, STAGGENBORG, WELCH *et al.*, 2013. D. R. Stewart, P. J. Bruss, X. Yang, S. A. Staggenborg, S. M. Welch *et al.*, “Tapping unsustainable groundwater stores for agricultural production in the High Plains Aquifer of Kansas, projections to 2110”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 110 (2013), E3477-E3486, disponível em: <http://www.pnas.org/content/110/37/E3477.full.pdf>
- SUROVELL, PELTON, ANDERSON-SPRECHER & MEYERS, 2016. T. Surovell, S. R. Pelton, R. Anderson-Sprecher & A. D. Meyers, “Test of Martin’s overkill hypothesis using radiocarbon dates on extinct megafauna”, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 113, 886-891. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/113/4/886.full.pdf>
- TANJI, 2002. K. K. Tanji, “Salinity in the soil environment”, in *Salinity environment-plant – Molecules*, ed. A. Lauchli & U. Luttge, Dordrecht: Kluwer Academic, pp. 21-51

- TERAZENO, 2013. E. Terazeno, “Beijing’s rice subsidies buoy imports”, *Financial Times* August 19, 2013. Disponível em: <https://www.ft.com/content/e29450b0-069c-11e3-ba04-00144feab7de>
- THE ECONOMIST, 2013. “The east is grey”, *The Economist*, August 10, 2013, disponível em: <http://www.economist.com/news/briefing/21583245-china-worlds-worst-polluter-largest-investor-green-energy-its-rise-will-have>
- TURNER, 2008. G. M. Turner, “A comparison of the limits to growth with thirty years of reality”, *Global Environmental Change*, 18 (2008), 397-411
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2010. *UNEP Emerging Issues. Global honey bee disorders and other threats to insect pollinators*, disponível em: http://www.unep.org/dewa/Portals/67/pdf/Global_Bee_Colony_Disorder_and_Threats_insect_pollinators.pdf
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2014. *Assessing Global Land Use: Balancing Consumption with Sustainable Supply. A Report of the Working Group on Land and Soils of the International Resource Panel*, ed. S. Bringezu, H. Schütz, W. Pengue, M. O’Brien, F. Garcia, R. Sims, R. Howart, L. Kauppi, M. Swilling & J. Herrick
- UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION, 2015. *World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance Tables. ESA/P/WP.241*.
- VAN DEN BERGH & VERBRUGGEN, 1999. J. Van den Bergh & H. Verbruggen, “Spatial sustainability, trade and indicators: an evaluation of the ecological footprint”, *Ecological Economics*, 29 (1999), pp. 61-72
- WACKERNAGEL, ONISTO, BELLO, LINARES, FALFÁN *et al.*, 2016. M. Wackernagel, L. Onisto, P. Bello, A. C. Linares, L. Falfán *et al.*, “National natural capital accounting with the ecological footprint concept”, *Ecological Economics*, 29 (2016), pp. 375-90
- WATERS, ZALASIEWICZ, SUMMERHAYES, BARNOSKY, POIRIER *et al.*, 2016. C. N. Waters, J. Zalasiewicz, C. Summerhayes, A. D. Barnosky, C. Poirier *et al.*, “The Anthropocene is functionally and stratigraphically distinct from the Holocene”, *Science*, 351 (6269), disponível em: <http://dx.doi.org/10.1126/science.aad2622>
- WEI & CHEN, 2011. C. Y. Wei & T. B. Chen, “Hyperaccumulators and phytoremediation of heavy metal contaminated soil: a review of studies in China and abroad”, *Acta Ecologica Sinica*, 21 (2011), 1196-203
- WITTEMYER, NORTHRUP, BLANC, DOUGLAS-HAMILTON, OMONDI & BURNHAM, 2014. G. Wittemyer, J. M. Northrup, J. Blanc, I. Douglas-Hamilton, P. Omondi, K. P. Burnham, “Illegal killing for ivory drives global decline in African elephants”, *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)*, 111 (2014), 13117-13121
- WORLD BANK, 2014. *Fish to 2030 Prospects for Fisheries and Aquaculture*, World Bank Report, No. 83177-GLB, Washington D. C.: World Bank
- WORLD ECONOMIC FORUM, 2016. *The Global Risks Report 2016*, 11.^a edição, Geneva: World Economic Forum, disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/Media/TheGlobalRisksReport2016.pdf>

- WORLD WILDLIFE FUND, 2015. *Living Blue Planet Report: species, habitats and human well-being* WWF and ZSL, disponível em: http://assets.worldwildlife.org/publications/817/files/original/Living_Blue_Planet_Report_2015_Final_LR.pdf
- WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME, 2015. *The United Nations World Water Development Report 2015: Water for a Sustainable World*, Paris: UNESCO
- YOUNG, SCHWEINSBERG, BRINER & SCHAEFER, 2015. N. E. Young, A. D. Schweinsberg, J. P. Briner, J. M. Schaefer, “Glacier maxima in Baffin Bay during the Medieval Warm Period coeval with Norse settlement” *Science Advances*, 1 (11), e1500806
- ZILHÃO, 2000. J. Zilhão, “From the Mesolithic to the Neolithic in the Iberian peninsul”, in *Europe’s first farmers*, ed. T. D. Price, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 144-82

Precaução e Proteção do Ambiente: Da Incerteza à Condicionalidade

CARLA AMADO GOMES*

1. Algumas ideias simples sobre o princípio da precaução

Precaução é um termo com o qual o cidadão comum está, hoje em dia, familiarizado. Fruto de alarmes sociais como os associados à crise das vacas loucas, da gripe asiática, do vulcão Eyjafjallajokull, a ideia de precaução surge como aliada de um consumidor confrontado com riscos inesperados, dos foros alimentar, sanitário e de segurança. Na dúvida, proíbe-se a venda de carne de vaca por suspeita de possibilidade de contaminação da cadeia alimentar humana; instauram-se controlos nas fronteiras para avaliar o estado de saúde de pessoas que regressam de determinados países e desaconselha-se a viagem para tais destinos; suspende-se o tráfego aéreo nos céus da Europa por suspeita de que as cinzas vulcânicas possam danificar os motores dos aviões. A precaução, novo paradigma de decisão num cenário de ciência incerta (aludindo à precaução como base de um “Direito da ciência incerta”, GRASSI, 2012, pp. 87 *et seq.*), ganha protagonismo na sociedade de risco.

Quando, em 1986, Ulrich Beck revelou as novas dimensões do risco na modernidade, na sua obra já antológica *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, lançou também as bases para uma nova cultura de gestão do medo. O risco moderno é global, induzido pelo homem, oculto nas causas e magno nas consequências, e intensamente democrático. Não se circunscreve a “grupos de risco”, antes se espalha por toda a sociedade, local, regional, mundial e por isso cria um potencial de medo muito superior, em quantidade e qualidade, ao que se vivia na sociedade industrial dos séculos XIX/XX. Biotecnologia,

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto. Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa entre 2007 e 2013. Leciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

proteção radiológica, segurança alimentar, são hoje riscos públicos, sobre os quais os governantes devem promover um intenso e alargado contraditório que atenua o medo da incerteza e gere confiança nas vantagens do risco associado ao progresso civilizacional.

Risco e incerteza são grandezas muito próximas, que se aproximam através do chamado “princípio da precaução” (AMADO GOMES, 2007, pp. 224 *et seq.*. Mais recentemente, ARAGÃO, 2008, pp. 32-6, apresentando a incerteza como o segundo pressuposto de aplicação do princípio da precaução, a par de “novos riscos”). A diluição do nexo de causalidade entre ‘evento potencialmente lesivo’ e ‘dano’ obriga o decisor político a antecipar o momento de prevenção para um limiar temporal muito anterior à possibilidade de ocorrência da lesão. É nesta antecipação da atuação preventiva que avulta a dimensão da precaução – um momento em que não há certezas, em que inexistem consensos na comunidade científica, em que pairam dúvidas sobre a inocuidade de um produto ou atividade e ainda assim se dita uma restrição ou mesmo interdição, *in dubio pro salute/in dubio pro ambiente*. Ao momento da *certeza* do perigo prefere o momento da *intuição* do risco.

A evolução técnico-científica a que as sociedades desenvolvidas vêm assistindo principalmente nos últimos cinquenta anos trouxe para a ribalta o conceito de risco. Aproveitando (parcialmente) a síntese de Gilles Martin (MARTIN, 1998, pp. 451 *et seq.*), o risco começou por ser identificado, na Idade Média, com a ideia de *destino*, passando a ser relacionado, numa segunda fase, com o *progresso* – na sequência das profundas alterações aos processos de produção induzidas pela Revolução Industrial –, para estar hoje associado a uma imagem de *encruzilhada da civilização* – sinónimo, a um só tempo, de desafio tecnológico e de temor generalizado.

O risco sempre foi associado ao desconhecido. Atualmente, apesar e por causa das constantes superações da Ciência, esse desconhecido entranhou-se em praticamente todos os domínios da vida, trazendo consigo uma intensa sensação de fragilidade. O risco globalizou-se, e a exploração da (fácil) vertente sensacionalista das questões com ele relacionadas pelos *mass-media*, se contribui, por um lado, para a mobilização social (“Dans la perception collective des risques, les médias sont alors sociologiquement appelés à jouer un rôle stratégique au regard du processus de décision” CHARBONNEAU, 1998, p. 386), não raras vezes, por outro lado, o banaliza. Chegámos à *sociedade multiriscos*: grandes ou pequenos, reais ou artificiais, é com eles que quotidianamente temos que conviver.

A precaução ganhou relevo no Direito Internacional no âmbito da luta contra a poluição marinha, e como metodologia de ponderação de riscos no âmbito do licenciamento de instalações potencialmente poluentes, no Direito alemão (veja-se, para uma síntese evolutiva da lógica de precaução no ordenamento alemão, BOEHMER-CHRISTIANSEN, 1994, pp. 31 *et seq.*). Numa formulação ampla, a lógica de precaução implica que a dúvida sobre a existência de um determinado risco securitário, sanitário, ambiental, não deve inibir as autoridades públicas que têm por missão o seu controlo de tomar medidas e de as impor ao operadores económicos no sentido de o minimizar. O seu intuito é sustentar decisões tomadas em contextos de incerteza quanto à existência do risco, quanto à sua magnitude, quanto ao momento da sua eclosão, deslocando para a esfera de quem pretende introduzir o fator de risco o ónus de demonstração da sua neutralização através de medidas de prevenção.

Assim apresentada em traços impressionistas, a precaução assume uma faceta impressivamente positiva, de defesa de interesses públicos vitais à comunidade, legitimando a imposição de salvaguardas ao comércio e à indústria no sentido da mais elevada proteção do consumidor. Mas esta seria uma perspetiva redutora das consequências que lhe estão associadas. Vejamos porquê.

2. Algumas ideias inquietantes sobre o princípio da precaução

Escreve Cass Sunstein que uma das vantagens das democracias reside na institucionalização do debate sobre os riscos, prevenindo situações de pânico injustificado, promovendo a informação sobre os dados disponíveis – não forçosamente claros e tendencialmente controversos – e definindo os riscos aceitáveis através de uma análise custo/benefício (SUNSTEIN, 2005, *passim*). O risco, enfatiza Bernstein, é um conceito político porque resulta de uma escolha, não de uma predestinação – “risk is a choice rather than a fate” (BERNSTEIN, 1996, p. 8: “The word risk derives from the early italian *risicare*, which means ‘to dare’. In this sense, risk is a choice rather than a fate. The actions we dare to take, which depend on how free we are to make the choices, are what the story of risk is all about”). Problemático é interpretar e gerir as escolhas da generalidade da população sobre os riscos, porque elas resultam, muitas vezes, de apreciações não racionais (POSNER, 2004, pp. 119 *et seq.*).

Com efeito, riscos próximos, circunscritos, que se traduzam em perda de vidas humanas ou em incapacidades vitalícias, sobretudo se *apetecíveis* para a comunicação social, são aqueles que mais facilmente captam a atenção da população no sentido da sua rejeição (HORNSTEIN, 1992, p. 608). O carácter difuso de certos riscos (v.g., a inalação de gases tóxicos), a deficiente ou contraditória informação sobre outros (v.g., os efeitos das radiações emitidas pelos telemóveis), a incidência prioritária ou exclusiva do risco sobre bens naturais (v.g., efeitos de certos pesticidas sobre a qualidade do solo, ou de uma atividade de lazer sobre uma espécie animal), a distância temporal do *pico* do risco relativamente ao período de vida da geração presente e da subsequente (v.g., o sobreaquecimento do planeta provocado pelas emissões de dióxido de carbono, desde as industriais às domésticas), mas sobretudo a *acomodação* social a certos riscos – quer da parte de quem o suporta, quer da parte dos que o provocam (conforme nota HORNSTEIN, 1992, p. 628, “Technological innovation, however, is not a ‘black box’ into which policymakers can reach at will to extract solutions. It is a complex market process with demands that can be profoundly affected by the social process of environmental decisionmaking”) –, estes e outros fatores de ponderação condicionam a análise racional do potencial lesivo do risco, forçando o decisor público a assumir uma atitude dialogante com os agentes económicos e a sociedade civil, sob pena de criação de resistências ao acatamento de medidas restritivas.

Este diálogo é dificultado pela complexidade técnica dos problemas associados aos riscos em jogo, é entorpecido pela permeabilidade do poder político a interesses económicos e não raro convoca questões éticas de relevo. Sunstein sublinha a este propósito que, enquanto a sinalização do risco tem uma dimensão predominantemente factual, a sua gestão envolve (por vezes dilemáticos) juízos de valor – e sempre acarreta um custo, a suportar pela indústria ou pelos consumidores.

A gestão do risco é, decerto, onerosa, na direta proporção da incerteza que o rodeia. O desconhecimento da magnitude do risco, das suas prováveis manifestações, das circunstâncias da sua eclosão, obrigam os operadores económicos a um esforço financeiro considerável, que pode em última análise tornar a sua atividade incomportável, tamanho é o volume de riscos que devem antecipar (“Taken literally, the precautionary principle would lead to indefensible huge expenditures, exhausting our budget well before the menu of options could be thoroughly consulted” – SUNSTEIN, 2002, p. 103). O facto de se impor ao

operador um ônus da prova da inocuidade do produto ou da atividade pode constituir, desde logo, um obstáculo intransponível.

O peso financeiro da precaução pode, conseqüentemente, levar a retração na introdução de inovações – o que é suscetível de perpetuar produtos ou atividades tendencialmente obsoletos. A dúvida sobre os riscos associados a novos produtos ou atividades, porque importa em custos de prevenção elevados, pode gerar, paradoxalmente, um fenómeno de degradação dos níveis de segurança, em virtude da preferência do velho e aparentemente seguro ao novo e previsivelmente arriscado.

O receio do desconhecido potencia, assim, como enfatiza Cross, um anquilosamento da tecnologia e uma estagnação do progresso científico (CROSS, 1996, pp. 863 *et seq.*). Este autor sublinha que “o princípio da precaução tende a ser primacialmente aplicado a novas fontes de risco, precisamente porque já nos acostumámos a viver com os riscos antigos e não nos sentimos tão ameaçados por eles” (CROSS, 1996, p. 876). Ou seja, o receio associado à insegurança do novo pode induzir um acréscimo de insegurança através da perpetuação do antigo.

A questão da precaução ganha, todavia, contornos ainda mais inquietantes quando utilizada no âmbito da política de segurança. A ideia de que, na dúvida sobre a perigosidade social de um determinado sujeito, é legítimo escutá-lo, segui-lo, detê-lo, torturá-lo ou mesmo executá-lo, em nome da segurança nacional, constitui uma concretização da precaução no seu pior sentido – infelizmente bastante usual no pós 11 de setembro e vastamente detetável em medidas, legislativas e executivas, tanto nos Estados Unidos da América como na Europa. [Cf. o USA *Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001)* assinado pelo Presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001, na sequência dos ataques da Al-Qaeda em território norte-americano; o *Antiterrorism, Crime and Security Act 2001* aprovado pelo Parlamento do Reino Unido em 19 de novembro de 2001; ou, mais recentemente, na sequência do atentado contra a sede do jornal *Charlie Hebdo*, em janeiro de 2015, as alterações à lei antiterrorista aprovadas em 4 de novembro de 2015, numa escalada que logo em 2004 foi descrita como “o fim do Estado de Direito” por PAYE, 2004, pp. 61 *et seq.*] Conforme sublinham Miller e Conko, o princípio da precaução tende a tornar os governos menos confiáveis (*accountable*) porque a sua ambigüidade permite ao decisor usá-lo como justificativa de qualquer decisão restritiva (MILLER & KONKO, 2001, p. 303).

A escolha da precaução acaba por coincidir, muitas vezes, com um sacrifício intolerável das liberdades, de circulação, de comunicação, de expressão. O medo torna as pessoas reféns de políticas securitárias altamente invasivas e deixa a sociedade permeável a investidas autoritárias. A precaução torna-se lobo em pele de cordeiro.

Temos até aqui adotado um estilo menos técnico. Mas a noção de (princípio da) precaução tem projeções jurídicas várias, ainda que não propriamente precisas. Em razão desta imprecisão, a precaução tem na jurisprudência um determinante intérprete. Vamos prosseguir com um breve apanhado das formulações do princípio da precaução no Direito da União Europeia e no Direito Português, para depois analisarmos algumas decisões jurisdicionais que podem ajudar a perceber o sentido que o princípio vem adquirindo.

3. As várias “faces” do “princípio” da precaução (desenvolvidamente sobre este ponto, veja-se AMADO GOMES, 2007, pp. 252 et seq.)

A lógica de precaução traduz fundamentalmente uma ideia de prevenção antecipada em razão da incerteza sobre a existência de lesividade significativa de uma determinada atividade ou produto. A lei alemã sobre autorizações de atividades geradoras de emissões poluentes, em vigor desde 1972 e desde então por várias vezes alterada, lançou a distinção entre prevenção de *perigos* (eventos lesivos com probabilidade de ocorrência comprovada com base em juízos estatísticos ou científicos incontrovertidos e que nessa qualidade devem ser evitados) e prevenção de *riscos* (eventos cuja lesividade ou probabilidade de ocorrência é controversa e que, por isso, devem ser prevenidos por recurso às melhores técnicas disponíveis) (cf. os n.ºs 1 e 2 do artigo 5 da *Bundes-Immissionsschutzgesetz*: “*Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass zur gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt / 1. schädliche Umweltwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können; 2. Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen*”). A esta norma está implícita uma metodologia de ponderação de interesses: porque

a atividade é socialmente útil, ela não deve ser liminarmente proibida caso a sua lesividade não esteja absolutamente comprovada; todavia, o facto de poder importar em danos para o ambiente obriga o operador a suportar o custo de medidas de prevenção de riscos por recurso à melhor técnica disponível.

No plano internacional, o primeiro assomo da lógica de precaução fez-se na Carta Mundial da Natureza, de 1982 (aprovada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU de 28 de outubro de 1982 n.º A/RES/37/7), no artigo 11.º, que aqui se transcreve:

“11. Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used; in particular:

- (a) Activities which are likely to cause irreversible damage to nature shall be avoided;*
- (b) Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed; [...].”*

Deste documento, fortemente ecocêntrico, resulta uma versão máxima da lógica de precaução, uma vez que se afirma que sempre que remanesça dúvida sobre os efeitos adversos de uma determinada atividade para a Natureza, ela deve ser vedada. Cabe ao operador demonstrar inequivocamente que os efeitos benéficos para a Natureza ultrapassam largamente os efeitos adversos. E na dúvida, proíbe-se – trata-se de um mandado de inação a favor do ambiente.

Já na Declaração de Londres, de 1987, sobre poluição marinha no Mar do Norte, a precaução surge bem menos assertiva, no artigo XVI/I, que igualmente se reproduz:

“[The ministers] accept the principle of safeguarding the marine ecosystem of the North Sea by reducing pollution emissions of substances that are persistent, toxic and liable to bioaccumulate at source by the use of the best available technology and other appropriate measures. This applies especially when there is reason to assume that certain damage or harmful effects on the living

resources of the sea are likely to be caused by such substances, even where there is no scientific evidence to prove a causal link between emissions and effects ('the principle of precautionary action')".

Como facilmente se apreende, esta formulação aproxima-se da adotada pela lei alemã, estabelecendo, diferentemente da norma anteriormente transcrita, um mandado de ação a favor da viabilização da atividade, embora condicionada à observância das melhores tecnologias disponíveis (numa tentativa de "avoid paralysis by analysis" – HARREMOES, GEE, MacGARVIN, STIRLING, KEYS, WYNNE & GUEDES VAZ, 2002, pp. 203 *et seq.*). As diferenças não ficam pela atitude positiva, anotando-se também a omissão relativamente à inversão do ônus da prova a cargo do operador.

A Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, no seu princípio 15, viria a dar amplitude planetária à ideia de precaução – à abordagem de precaução, mais precisamente –, conforme resulta da norma que aqui se ilustra:

"In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation".

A distância entre fórmulas atinge um pico assinalável: a adoção da "approach" precaucionista fica condicionada de múltiplas formas, em função: *i*) da capacidade dos Estados; *ii*) da seriedade ou irreversibilidade do dano; *iii*) da consistência científica da dúvida sobre os efeitos lesivos da atividade; *iv*) da sujeição da adoção de medidas minimizadoras a uma ponderação custo-benefício. Na Declaração do Rio, mantém-se a lógica do mandado de ação e neutraliza-se irreversivelmente a máxima *in dubio pro ambiente* que resulta da Carta Mundial da Natureza, uma vez que se admite a viabilização da atividade condicionada por medidas minimizadoras de efeitos adversos, mas sujeita-se a fixação destas a uma equação de vantagens e desvantagens sociais imediatas e previsíveis da atividade contra vantagens e desvantagens ambientais desta, de médio e longo prazo e de ocorrência incerta.

Esta brevíssima amostragem visa caracterizar a forte alternância de fórmulas relativas à precaução nos documentos internacionais, que

se deve tanto às divisões que convoca em razão das escolhas políticas que reclama, como aos diferentes domínios de regulação em que marca presença (poluição marinha; biodiversidade; radioatividade), como ainda ao nível de regulação em que se posiciona (regional ou mundial). Vejamos como a assimilou o Direito da União Europeia.

3.1. A precaução no Direito da União Europeia

No Direito da União Europeia, a primeira referência explícita à precaução surge na sequência da revisão dos Tratados operada pelo Tratado da União Europeia (1993) [tal não significa que a lógica da precaução não fosse já perceptível no Direito da União Europeia anterior ao Tratado da União Europeia. Veja-se o n.º 3 do artigo 6.º da Diretiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio de 1992 (diretiva habitats), a que se fará referência na sequência do texto]. O n.º 1 do então artigo 130R passou a incluir o termo no lote de princípios aplicável à política de ambiente, embora sem desenvolvimento quanto ao seu conteúdo. Só em 2000, através de uma Comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução [Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução – COM(2000) 1 final, de 2 de fevereiro de 2000], e devido à grande oscilação de formulações e interpretações a que se assistia no plano do Direito Internacional, a Comunidade Europeia tomou uma posição mais extensa sobre o seu significado.

Nesta Comunicação, a Comissão estabelece que o princípio da precaução é invocável apenas num quadro de incerteza decisória – ou seja, quando existir uma dúvida consistente sobre o potencial lesivo de determinado produto ou atividade para o ambiente ou para a saúde pública. A Comissão exige o preenchimento de três pressupostos para legitimar o recurso ao critério de precaução: *i*) a identificação de efeitos potencialmente lesivos, através de uma análise de risco; *ii*) a avaliação dos melhores dados científicos disponíveis; *iii*) a controvérsia sobre os efeitos lesivos na comunidade científica. A precaução é, em regra, um mandado de ação, com recurso às melhores técnicas disponíveis, no sentido da conciliação dos interesses em jogo; contudo, não se exclui (nem se admite) a opção pela proibição.

Na fixação das medidas de minimização do risco, a Comissão reclama a observância de cinco princípios gerais: a proporcionalidade entre as medidas adotadas e o nível de proteção pretendido; a não discriminação na aplicação das medidas; a coerência entre as medidas

sucessivamente adotadas ao longo do tempo em situações similares; uma análise comparativa de vantagens e desvantagens da autorização ou da proibição/ação ou inação; um reexame da suficiência das medidas de minimização tendo em atenção a evolução técnico-científica.

Desde a sua inclusão no Tratado, em sede de política de ambiente, até hoje, o princípio da precaução passou a ser invocado por diversos diplomas legislativos ambientais da União Europeia. Sem pretensão de exaustividade, vejam-se: a diretiva sobre prevenção e controlo integrados da poluição (1996) (Diretiva n.º 96/61/CE, do Conselho, de 24 de setembro de 1996 – hoje revogada pela Diretiva n.º 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro, relativa às emissões industriais); a (segunda) diretiva sobre organismos geneticamente modificados (2001) (Diretiva n.º 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados – ver, em especial, o Anexo II, ponto B. Princípios Gerais); o regulamento sobre o sistema de gestão de substâncias químicas (2006) [Regulamento (CE) n.º 1907/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2006 relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição de substâncias químicas (REACH)]; o regulamento, relativo à utilização na aquicultura de espécies exóticas e de espécies ausentes localmente (2007) (Regulamento (CE) n.º 708/2007, do Conselho, de 11 de junho); a diretiva sobre resíduos (2008) (Diretiva n.º 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008); a diretiva sobre máquinas de aplicação de pesticidas (2009) (Diretiva n.º 2009/127/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009 – que altera a Diretiva n.º 2006/42/CE no que respeita às máquinas de aplicação de pesticidas); a diretiva quadro da água (2010) (Diretiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000); a diretiva relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos elétricos e eletrónicos (2011) (Diretiva n.º 2011/65/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011); e a diretiva relativa à segurança das operações *offshore* de petróleo e gás (2013) (Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013). À exceção da diretiva de 2009 sobre máquinas de aplicação de pesticidas (Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013), nenhuma das outras inclui propriamente um critério de decisão, focando-se sim sobre a metodologia de análise de risco, sobre a fixação das medidas de gestão do mesmo segundo as

melhores tecnologias disponíveis, e sobre as questões da monitorização e revisão da decisão autorizativa.

Mas atente-se sobretudo na formulação do n.º 3 do artigo 6.º da Diretiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio de 1992, mais conhecida por “diretiva habitats” – sublinhando-se que neste diploma se não vislumbra qualquer referência expressa à precaução:

“Os planos ou projetos não diretamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas suscetíveis de afetar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projetos, serão objeto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objetivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto n.º 4, as autoridades nacionais competentes *só autorizarão esses planos ou projetos* depois de se terem assegurado de que *não afetarão a integridade do sítio em causa* e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública” (itálico nosso).

Este preceito espelha bem a opção mais radical do princípio, plasmada na Carta Mundial da Natureza, a que aludimos *supra*. Desta norma resulta, diferentemente das restantes, um critério material de ponderação, que faz prevalecer o interesse de proteção da biodiversidade integrante da rede Natura sobre qualquer outro interesse (pelo menos *prima facie*, uma vez que o diploma admite a derrogação da proibição em nome da salvaguarda de interesses públicos de superior relevo e desde que sejam oferecidas contrapartidas para o equilíbrio da rede, no seu todo). Nos restantes diplomas, a precaução é invocada como metodologia de ponderação de interesses, sempre em articulação com o sentido e limites fixados na Comunicação da Comissão de 2000.

3.2. A precaução no Direito português

A precaução foi pela primeira vez nomeada no Direito ambiental português no DL n.º 194/2000, de 21 de agosto, que acolheu o primitivo regime de licenciamento ambiental no âmbito do sistema de controlo integrado da poluição (cf. o artigo 9.º, n.º 1, *in fine*, e o Anexo V). Nessa altura, a Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de abril) era

alheia ao conceito, só o tendo incorporado no lote de princípios materiais ambientais em 2014, quando passou a estar consagrado no artigo 3.º, alínea *c*), a par da prevenção (cf. a Lei de Bases do Ambiente atualmente em vigor: Lei n.º 19/2014, de 14 de abril), nos termos seguintes:

- “*c*) Da prevenção e da precaução, que obrigam à adoção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactes adversos no ambiente, com origem natural ou humana, tanto em face de perigos imediatos e concretos como em face de riscos futuros e incertos, da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos”.

Entretanto, todavia, chegara uma definição do princípio da precaução à Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro), cujo artigo 3.º, alínea *e*), o desenha assim:

“Princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma ação sobre o ambiente devem ser adotadas, mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles;”

Esta definição foi reproduzida, apenas com substituição de objeto, no DL n.º 142/2008, de 24 de julho (Regime da conservação da natureza e da proteção da biodiversidade): a alínea *e*) do artigo 4.º deste diploma refere-se a “conservação da natureza e da biodiversidade” em vez de a “ambiente”, como o diploma anterior.

No espaço de tempo que medeia a entrada em vigor da Lei da Água (2006) e do Regime de proteção da natureza (2008), surge ainda uma terceira fórmula de princípio da precaução, no artigo 5.º, alínea *c*), da Lei n.º 27/2006, de 3 de julho (Lei de Bases da Proteção civil), de onde se extrai o seguinte:

- “*c*) O princípio da precaução, de acordo com o qual devem ser adotadas as medidas de diminuição do risco de acidente grave ou catástrofe inerente a cada atividade, associando a presunção de imputação de eventuais danos à mera violação daquele dever de cuidado”.

Não se afigura simples, perante esta amostra, descortinar o sentido que a precaução adquire no nosso ordenamento jurídico, mas parece ser possível retirar as seguintes conclusões:

- i)* A precaução constitui um mandado de ação – a incerteza científica não deve tolher o decisor de ordenar a tomada de medidas, tanto a operadores públicos como privados, para minimizar os riscos inerentes à atividade autorizada;
- ii)* A precaução só se distingue da prevenção no objeto de controlo: riscos para a primeira, perigos para a segunda (cf. a definição da Lei de Bases do Ambiente). Ambos envolvem uma atitude antecipativa de eventos potencialmente adversos para o ambiente, bem como a oneração do operador com a demonstração de suficiência das medidas adotadas com vista à minimização da eventual lesão [um bom exemplo deste dever de atestar a viabilidade socioambiental de um qualquer projeto traduz-se na obrigação do proponente de entregar um Estudo de Impacto Ambiental no âmbito da avaliação de impacto ambiental de projetos que podem gerar impacto significativo para o ambiente – cf. o artigo 14.º, n.º 1, do DL n.º 151-B/2013, de 31 de outubro (com última alteração através do DL n.º 197/2015, de 27 de agosto: Regime de avaliação de impacto ambiental)];
- iii)* O legislador português não define o(s) grau(s) de risco que desencadeia a precaução, nem impõe análise de custo/benefício na fixação das medidas preventivas, nem tão-pouco avança critérios específicos de ponderação de bens – ou seja, não se retira da legislação portuguesa uma priorização do objetivo de proteção da saúde ou do ambiente em face de outros interesses decorrentes da mera explicitação do princípio da precaução.

A pulverização de fórmulas não abona sobre a consistência do princípio, muito menos sobre o seu sentido. Mas além disso, e em face dos dados do Direito da União Europeia, uma ausência deveras estranha destas normas é a da ligação entre gestão da incerteza, avaliação de risco e recurso à melhor técnica disponível no âmbito da gestão do risco. Um dos locais onde essa ligação é patente é o DL n.º 72/2003, de 10 de abril (que dispõe sobre o regime de libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados para qualquer fim diferente da colocação no mercado, bem como a colocação no mercado de produtos que

os contenham ou por eles sejam constituídos) o qual, não avançando nenhuma definição de precaução mas apenas a invocando, inclui um Anexo II cujo teor é totalmente constituído por regras sobre a concretização da lógica de precaução, nomeadamente com descrição extensa de metodologias de avaliação e gestão de riscos a eles associados.

Esta referência permite-nos aditar uma quarta conclusão às três acima expostas, extrapolando a partir de diplomas como o DL n.º 72/2003 ou como o DL n.º 127/2013, de 30 de agosto, que traça o regime das emissões industriais e regula o licenciamento ambiental das instalações mais intensamente poluentes (no qual se menciona a precaução apenas no artigo 32.º, n.º 2, a propósito da fórmula das melhores técnicas disponíveis):

- iv) O legislador português entende a precaução como uma metodologia de análise e gestão de risco, antecipativa e dinâmica, por recurso à melhor tecnologia disponível.

O Direito escrito dá-nos, portanto, sinais contraditórios sobre o sentido da precaução no ordenamento português. Teremos que entrar no Direito aplicado, ou seja, na jurisprudência, para porventura descobrir algo mais. Mas antes, vamos proceder a essa mesma operação no âmbito da União Europeia, analisando alguns casos decididos pelo Tribunal Geral (=TG) e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (=TJUE) a fim de deles tentar extrair algum contributo útil para a melhor compreensão da precaução.

4. O sentido do “princípio da precaução” na jurisprudência:

Do percurso percorrido até aqui, compreender-se-á que a lógica de precaução provoque alguma resistência da parte dos tribunais. No plano internacional, o Tribunal Internacional de Justiça já desconsiderou a precaução como princípio, afirmando que a prevenção de danos ao ambiente é o único princípio que pode ser aceite no plano das relações internacionais, sob pena de se introduzir um perigoso fator de unilateralismo potencialmente adverso ao princípio *pacta sunt servanda* [O Tribunal Internacional de Justiça chegou a esta conclusão na decisão *Gabcikovo-Nagymaros Project*, prolatada a 25 de setembro de 1997. Estava em causa a suspensão unilateral de um Tratado celebrado entre a Hungria e a (então) Checoslováquia, que tinha por objeto a construção

de uma barragem no rio Reno. A Hungria suspendeu os trabalhos com base em alegações de que a continuação da construção poderia provocar, segundo alguns estudos, riscos para a saúde das pessoas e para o ambiente, invocando a precaução como fundamento de um “estado de necessidade ambiental”. O Tribunal descartou esta argumentação, vindando que a suspensão do cumprimento de um Tratado não pode operar com base na alegação de um risco eventual mas apenas com fundamento em um perigo devidamente comprovado – e iminente. Ou seja, não aceitou como válida a invocação da precaução (cf. os considerandos 49 a 58 do acórdão)]. O Tribunal Internacional para o Direito do Mar, apesar de ter adotado uma retórica argumentativa que alguns identificam com o princípio da precaução, no caso *Southern Bluefin Tuna* (1999), nunca o invocou expressamente. O Painel de Resolução de Conflitos da Organização Mundial do Comércio tão pouco vê com bons olhos a invocação da precaução, que se constitui como um inimigo do comércio internacional em razão da lógica protecionista que lhe está subjacente.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja principal jurisprudência em sede de precaução analisaremos sinteticamente de seguida, tem resistido a aceitar o argumento quando brandido pelos Estados-membros para afastar atos da União Europeia; todavia, em contrapartida, tem-se manifestado favorável à validação de medidas tomadas pelas instituições europeias contra empresas que atuam no espaço europeu sustentadas em argumentos precaucionistas – mormente no plano da proteção da saúde pública.

4.1. Da União Europeia

Os casos que subiram aos tribunais da União Europeia nos quais se invoca a precaução como critério de decisão remontam a 1999 [note-se que em 1998 foram decididos dois casos que opuseram o Reino Unido à Comissão Europeia em virtude da proibição de exportação de carne bovina, por risco de contaminação com encefalopatia espongiforme (a conhecida “doença das vacas loucas”) – acórdãos do TJUE de 5 de maio de 1998, procs. C-157/96 e C-180/96. Em nenhum deles se invocou expressamente o princípio da precaução, embora se tenha contestado a análise de risco subjacente ao embargo decretado pela Comissão. O Tribunal considerou, em ambos os casos, que a medida proibitiva da Comissão era conforme ao princípio da proporcionalidade, na vertente da adequação e do equilíbrio, tendo em consideração

as incertezas sobre o contágio e o valor primordial em jogo (a vida humana), frisando nomeadamente que “Where there is uncertainty as to the existence or extent of risks to human health, the institutions may take protective measures without having to wait until the reality and seriousness of those risks become fully apparent” (consid. 99; vejam-se os considerandos 96 a 111 do proc. C-180/96)], com as decisões proferidas no caso *Pfizer Animal Health* [Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância (hoje TG) de 30 de junho de 1999, proc. T-13/99 R, confirmado pelo Despacho do Presidente do TJUE de 18 de novembro de 1999, proc. C-329/99 P(R)] – em que os tribunais negaram o pedido de suspensão de um regulamento de execução do Conselho que implicou a retirada de autorização de comercialização de um antibiótico para animais produzido pela Pfizer, com fundamento em risco para a saúde humana. Este caso é particularmente paradigmático porquanto a Comissão Europeia, perante as suspeitas de risco para a saúde das pessoas, pediu parecer ao Comité Científico de Alimentação Animal (*Scientific Committee for Animal Nutrition* = SCAN) e este Comité não detetou quaisquer riscos imediatos na utilização da virginiamicina. Ainda assim, o Tribunal considerou que a Comissão e o Conselho agiram de forma proporcional, decretando uma medida adequada e suficiente a evitar um risco para saúde pública, não tendo excedido os limites do poder de apreciação que lhes é concedido porquanto, embora o risco se não revelasse imediato, não era de todo excluível à luz das considerações científicas produzidas sobre o assunto [Deixa-se a transcrição do considerando 19 do Regulamento (CE) 2821/98 do Conselho, de 17 de dezembro de 1998 (que altera, no que respeita à retirada da autorização de certos antibióticos, a Diretiva 70/524/CEE relativa aos aditivos na alimentação para animais), onde reside a fundamentação da medida decretada: /“(19) Considerando que o Comité Científico de Alimentação Animal indica igualmente que a transferência do gene *satA*, que confere resistência à virginiamicina, se verifica *in vitro* entre estirpes isogénicas de *Enterococcus faecium*; que foram detetados *E. faecium* resistentes à virginiamicina em 22 % dos alimentos provenientes de suínos e em 54 % dos alimentos provenientes de aves de capoeira; que, na população humana, existem fatores genéticos que conferem resistência à virginiamicina, desconhecendo-se a sua prevalência; que duas estirpes de *E. faecium* resistentes à virginiamicina e à pristinamicina, uma isolada num explorador agrícola neerlandês e outra nas suas aves de capoeira, apresentam a mesma marca genética; que, embora não seja possível

generalizar com base num só caso o que poderia ser um exemplo de transferência de enterococos resistentes do animal para o ser humano, tal caso constitui, no entanto, uma indicação para a Comissão, que poderia ser futuramente confirmada por novos casos”].

Este nível de “risco-zero” – ou seja, um risco não excluível *em abstrato* à luz da melhor informação científica disponível – sancionado pelo Tribunal do Luxemburgo repetiu-se em casos subsequentes, gerando acusações, da parte da indústria, de que a União Europeia estaria a promover uma absolutização do valor “segurança na saúde” perante direitos como a iniciativa económica e a investigação farmacológica. Veja-se, por exemplo, o Acórdão *Solvay* (2003), no qual estava em causa uma diretiva que proíbe a presença de um aditivo para alimentação animal (nifursol) no mercado: aí o TG afirmou expressamente que a União Europeia pode adotar uma política de tolerância zero relativamente a certos fatores de risco que não se consegue demonstrar serem minimizáveis, em nome da proteção da saúde pública [Acórdão do TG de 21 de outubro de 2003, *Solvay c. Conselho*, proc. T-392/02, n.º 150 (o Tribunal reforça que “é possível considerar por analogia que, se o conceito de ‘tolerância zero’ pode conduzir, aplicando o princípio da precaução, à proibição total de um aditivo, mesmo em caso de incerteza sobre a extensão do risco potencial considerado, é, no entanto, necessário, que tal risco potencial seja baseado em dados científicos”)]. Ou o Acórdão *Alpharma* (2002), no qual se reconheceu que, apesar de o conhecimento sobre os efeitos do antibiótico bacitracina-zinco (usado em medicina humana e em alimentação animal) serem altamente lacunares, “as instituições comunitárias devem todavia ter em conta a sua obrigação, por força do [à data] artigo 129.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Tratado, de assegurar um elevado nível de proteção da saúde humana que, para ser compatível com esta disposição, não deve de modo necessário ser tecnicamente o mais elevado possível” [Acórdão do TG de 11 de setembro de 2002, *Alpharma c. Conselho*, proc. T-70/99, n.º 165 (continuando, no ponto seguinte, com a consideração de que “A determinação do nível de risco considerado inaceitável depende da apreciação feita pela autoridade pública competente sobre as circunstâncias específicas de cada caso concreto. Na matéria, esta autoridade pode ter em conta, nomeadamente, a gravidade do impacte de superveniência deste risco sobre a saúde humana, incluindo a extensão dos efeitos adversos possíveis, a sua persistência, a reversibilidade ou os efeitos retardados possíveis destes danos, bem

como a percepção mais ou menos concreta do risco com base no estado dos conhecimentos científicos disponíveis”)].

A aplicação da precaução no domínio da proteção da saúde, onde se tem afirmado particularmente atuante, nunca foi contestada – ainda que esse domínio se distinga da política de ambiente (cf., para a saúde, o artigo 168.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia). Decisões como as descritas repetiram-se ao longo dos últimos anos, sendo curioso que numa das últimas – *Acino AG* (2014) –, na qual estava em causa a suspensão de introdução no mercado de medicamentos com o princípio ativo clopidrogel, o Tribunal de Justiça valeu-se do princípio da prevenção para justificar a validade da medida: “Sendo embora certo que o Tribunal de Justiça já declarou [...] que a avaliação do risco não se pode basear em considerações puramente hipotéticas, porém, também acrescentou que, quando se tornar impossível a determinação com certeza da existência ou do alcance do risco alegado devido à natureza insuficiente, não conclusiva ou imprecisa dos resultados dos estudos levados a cabo, mas persista a probabilidade de um prejuízo real para a saúde pública na hipótese de o risco se realizar, o princípio da prevenção justifica a adoção de medidas restritivas” [Acórdão do TJUE de 10 de abril de 2014, *Acino AG c. Comissão*, proc. C-269/13 P, n.º 58 (refira-se que o Tribunal invocou jurisprudência de 2003 para sustentar a afirmação reproduzida no texto, nomeadamente o n.º 52 do Acórdão de 23 de setembro de 2003, *Comissão c. Dinamarca*, proc. C-192/01)].

Os Tribunais da União Europeia dedicam especial atenção à análise da fundamentação apresentada pelas instituições para impor uma determinada proibição em nome da proteção da saúde pública, vincando a necessidade de a margem de incerteza assumida assentar numa base suficientemente sólida do ponto de vista científico – mesmo que controversa e ainda que apontando para um risco meramente abstrato. A diferença entre um risco hipotético, eventual, que descartam como fundamento de medidas de precaução e um risco ainda não concretizado mas possível, é extremamente ténue e justifica porventura a acusação de opção por um nível de risco-zero. O facto de estar em jogo um valor como a vida humana tem sido preponderante para a validação das medidas proibitivas; mas identicamente relevante é o respeito dos tribunais da União pela “margem de decisão” dos órgãos executivos e pelas suas escolhas de um alto nível de segurança ainda que perante riscos não absolutamente comprovados – escolhas intrinsecamente políticas.

A plausibilidade da escolha em face dos elementos levados à fundamentação não deixou de valer, no entanto, para sustentar uma decisão inversa, no caso *Artegodan* (2001). Aqui a autora levou a melhor na contestação da revogação de uma autorização de introdução no mercado de uma substância destinada a promover o emagrecimento, a amfepramona, pois o Tribunal considerou que a Comissão deveria ter invocado e provado a superveniência de riscos novos e tal prova não foi produzida [Despacho do Presidente do TG de 28 de junho de 2000, *Artegodan GmbH c. Comissão*, proc. T 74/00 R – confirmado em recurso pelo TJUE por Despacho de 24 de julho de 2003, proc. C-391-03 P –, n.º 53 (“No caso vertente, a Comissão provou, é certo, existirem incertezas quanto aos riscos associados aos medicamentos contendo anfepramona, apesar de tais riscos serem ligeiros. Contudo, sendo que a decisão de 9 de dezembro de 1996 e a decisão impugnada se fundam em elementos de facto perfeitamente idênticos, divergem fundamentalmente as medidas adotadas pela Comissão em 1996 e em 2000 para a proteção da saúde pública relativamente a tais riscos. Nestas circunstâncias, a Comissão estava obrigada a demonstrar que as medidas de proteção contidas na decisão de 9 de dezembro de 1996 se revelaram insuficientes para a proteção da saúde pública, de tal forma que as medidas de proteção que adotou pela decisão impugnada não eram manifestamente desproporcionadas. Contudo, a Comissão não conseguiu fazer tal prova”). Refira-se que a *Artegodan* veio posteriormente intentar uma ação de efetivação de responsabilidade civil extracontratual contra a União Europeia, por danos patrimoniais significativos decorrentes da medida entretanto anulada. Por acórdão de 3 de março de 2010, *Artegodan c. Comissão*, proc. T-429/05, o TG descartou a responsabilidade da União porque, apesar de ter havido ilicitude e violação do direito de propriedade da autora, a complexidade de análise a que a Comissão estava obrigada em sede de avaliação de risco concorreu para que a violação não fosse suficientemente caracterizada de modo a gerar um dever de indemnizar].

A justiça da União parece, todavia, adotar um duplo critério na aferição da observância do “princípio da precaução” quando se trata de invalidar medidas eurocomunitárias pretensamente violadoras do mesmo (além dos casos a seguir descritos no texto, vejam-se os acórdãos do TJUE: de 21 de janeiro de 2003, *Comissão c. Alemanha*, proc. C-512/99; de 23 de setembro de 2003, *Comissão c. Dinamarca*, proc. C-192/01; de 2 de dezembro de 2004, *Comissão c. Holanda*, proc. C-41/02). Veja-se o caso *Açores* (2004) (Despacho do Presidente do TG de 7 de julho de

2004, *Açores c. Conselho*, proc. T-37/04 R), no qual a Região Autónoma caracterizou a invalidade de um regulamento da União Europeia sobre pesca, cujos efeitos para os mares do arquipélago seriam desastrosos do ponto de vista ambiental, pondo em causa a regenerabilidade dos estoques. O Tribunal, confrontado com a alegação de violação da precaução, obtemperou que a análise do relatório que precedeu a adoção do diploma não permite detetar risco para os ecossistemas – apesar de, na verdade, no relatório se afirmar que não é de todo impossível excluir a existência de tal risco...

Um caso mais recente que confirma esta análise envolve a diretiva OGM e a tentativa do Estado francês de travar a introdução de organismos geneticamente modificados no mercado. Nesta decisão, de 2011 (Acórdão do TJUE de 8 de setembro de 2011, *Monsanto e o. c. Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, procs. C-58/10 a 68/10), o Tribunal de Justiça deu razão à Monsanto e outras empresas fabricantes de OGM, considerando a medida legislativa francesa inválida à luz do Direito da União Europeia por decretar a proibição ou suspensão de OGM no mercado francês sem que estivesse provado um risco que manifestamente pusesse em perigo a saúde humana ou o ambiente. A França, de resto, perdeu outros dois casos em que sustentava derrogações ao Direito da União Europeia com base no princípio da precaução: um, relativo à importação de adjuvantes tecnológicos (que subordinava, em legislação interna, a autorização prévia por alegadas razões de precaução) (Acórdão do TJUE de 28 de janeiro de 2010, *Comissão c. França*, proc. C-333/08); outro, no qual questionava a validade de um regulamento da União Europeia que flexibilizou o regime de erradicação das encefalopatias à luz do critério de precaução (Acórdão do TJUE de 11 de julho de 2013, *França c. Comissão*, proc. C-601/11 P).

Este *double standard* não ajuda à credibilização de um princípio que, na esmagadora maioria dos casos, assenta em bases normativas frágeis, na medida em que o legislador da União não define com rigor o nível de risco aceitável ou intolerável de determinado produto ou atividade, nem o conteúdo da prova a produzir pelo operador para justificar a sua conformidade aos padrões de segurança (à mesma conclusão chegam GARNETT & PARSONS, 2016, ponto 5). Outro fator inquietante é a sua expansão a domínios como as liberdades cívicas, como o atestam os acórdãos do Tribunal de Justiça *Gaydarov* (2011) (Acórdão do TJUE de 17 de novembro de 2011, *Hristo Gaydarov c. Diretor da Polícia*, proc. C-430/10) e *Geoffrey Leger* (2015) (Acórdão do TJUE de 29 de

abril de 2015, *Geoffrey Leger c. Ministre des Affaires Sociales*, proc. C-528/13). No primeiro, o tribunal admite que o princípio da precaução pode aplicar-se no âmbito de uma legislação nacional que proíbe um traficante de droga condenado por esse crime num outro Estado-membro de sair do território húngaro para evitar que reincida (o TJUE deixa ao juiz nacional a concretização desta proibição que, frisa, não pode ser automática e deve estar assente numa ameaça real de perigosidade do indivíduo). No segundo, a precaução é invocada para afastar a possibilidade de indivíduos que mantiveram relações homossexuais serem doadores de sangue, em virtude do alto risco de contágio de doenças infecciosas graves “quando se demonstre que, com base em conhecimentos e em dados médicos, científicos e epidemiológicos atuais, tal comportamento sexual coloca essas pessoas em grande risco de contrair doenças infecciosas graves que podem ser transmitidas pelo sangue e que, no respeito do princípio da proporcionalidade, não existem técnicas eficazes de deteção dessas doenças infecciosas ou, na falta dessas técnicas, métodos menos restritivos do que tal contra-indicação, para assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos recetores”.

Os casos descritos não são, na sua grande maioria, situações de aplicação da precaução no domínio da proteção do ambiente – se descontarmos os casos *Açores* e *Monsanto*, todos eles se movimentam no âmbito da proteção da saúde pública. No domínio ambiental, a precaução surge invariavelmente no quadro da tutela dos valores de biodiversidade da rede Natura 2000 – por força da norma da diretiva habitats que identificámos no ponto anterior e que constitui o único momento em que o legislador da União fixou um critério de decisão claro a favor da Natureza sempre que algum risco, ainda que hipotético, decorra de um projeto que se pretenda desenvolver naqueles espaços. Com efeito, e em jurisprudência constante (vejam-se, entre outros, os acórdãos do TJUE: de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee e o. c. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, proc. C-127/02; de 20 de outubro de 2005, *Comissão contra Reino Unido e o.*, proc. C-04; de 26 de maio de 2011, *Comissão c. Bélgica*, proc. C-538/09; de 11 de abril de 2013, *Peter Sweetman e o. c. An Bord Pleanála*, proc. C-258/11; de 14 de janeiro de 2015, *Grüne Liga Sachsen e o. c. Freistaat Sachsen*, proc. C-399/14; de 21 de julho de 2016, *Hilde Orleans and Others v Vlaams Gewest*, proc. C-387/15 e 388/15), o TJUE tem sistemática e contundentemente afirmado que a autorização de planos ou projetos que possam trazer efeitos prejudi-

ciais para as zonas protegidas só pode ser concedida na condição de as autoridades competentes “terem a certeza de que é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em questão. Assim acontece quando não subsiste nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de tais efeitos” (Acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging...*, n.ºs 56-7).

Esta postura é tão firme que o Tribunal chegou a considerar que houvera violação do sistema de proteção da rede Natura 2000 mesmo que não se tivessem verificado prejuízos após a implantação do projeto. Nas suas palavras: “A circunstância de, após a sua realização, o projeto não ter produzido tais efeitos é irrelevante para esta apreciação. Com efeito, é no momento em que é tomada a decisão que autoriza a execução do projeto que não deve subsistir nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em causa” [Acórdão do TJUE de 26 de outubro de 2006, *Comissão c. Portugal*, proc. C-239-04 (mais conhecido por caso *Castro Verde*)].

O Tribunal confirma, assim, “que o critério da autorização previsto no artigo 6.º, n.º 3, segundo período, da diretiva habitats integra o princípio da precaução [...] e permite prevenir de forma eficaz os atos contra a integridade dos sítios protegidos devidos aos planos ou projetos considerados. Um critério de autorização menos estrito do que o que está em causa não pode garantir de forma igualmente eficaz a realização do objetivo de proteção dos sítios da referida disposição” (Acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging...*, n.º 58).

Não pode, todavia, deixar de observar-se que o rigor deste critério tem um “preço”. A razão porque a norma da diretiva habitats exclui a possibilidade de implantação de um qualquer projeto em espaço qualificado como rede Natura 2000 desde que não haja certeza absoluta de que ele é totalmente inócuo para os valores de biodiversidade prende-se com o facto de esta impossibilidade poder ser ultrapassada com base na alegação de superiores interesses socioeconómicos subjacentes ao projeto, tendo-se demonstrado a inexistência de alternativas tecnicamente viáveis e oferecendo-se medidas compensatórias suficientes. Ou seja, o critério de inação *prima facie*, por prioritarização do interesse ambiental/ecológico pode ser afastado por uma metodologia de ponderação de interesses na qual a precaução é, afinal, sacrificada.

4.2. Portuguesa

A jurisprudência portuguesa sobre o princípio da precaução é escassa, o que não admira, tendo em consideração, por um lado, o caráter errático do legislador português na sua formulação e, por outro lado, o facto de o Supremo Tribunal Administrativo, em 2009, a propósito da coincidência de resíduos perigosos na cimenteira de Souselas, ter sido inequívoco na desconsideração do princípio (pelo menos no plano da inversão do ónus da prova):

“O princípio da precaução não foi adotado como critério de decisão da prova, não podendo com base na mera falta de certeza da não produção de danos ambientais ou para a saúde pública o julgador concluir pela existência de receio de produção de danos ambientais e para a saúde pública, de difícil reparação ou irreversíveis, quando não se demonstra positivamente, mesmo de forma sumária, a existência de uma probabilidade séria de eles virem a ocorrer.

Trata-se de uma opção legislativa discutível, em termos de política legislativa, mas que se justificará pela ponderação da necessidade de prossecução de outros interesses públicos, que se entendeu não dever ser obstaculizada por meros receios de danos eventuais ou hipotéticos, que não se demonstra com grau de probabilidade séria que possam vir a ocorrer”.

Na verdade, em 2009, o princípio já entrara no ordenamento português, como vimos *supra*. Porém, não constava – como não consta atualmente – da Constituição, nem da Lei de Bases do Ambiente de 1987 (hoje revogada). Mas mesmo quando reconhecem a sua presença, os tribunais resistem em retirar dele consequências, tanto materiais quanto adjetivas, em razão da ambiguidade que o envolve. [Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de março de 2003, proc. 04613/08, que julgou um recurso de uma sentença que indeferiu o pedido de anulação deduzido contra uma decisão de colocação de linhas de muito alta tensão (LMAT) numa determinada localidade no qual se invocava o alto risco para a saúde pública decorrente da proximidade dessas linhas. O autor pretendia, com base na precaução, que a EDP demonstrasse a inocuidade das linhas, mas o Tribunal considerou que nada no nosso ordenamento jurídico permite concluir que existe uma regra de inversão

do ónus da prova a cargo do operador: “O princípio da *precaução* vem dizer que devem ser os potenciais agressores a demonstrar que uma ação não apresenta riscos sérios ou graves para o ambiente, uma vez que são eles que pretendem alterar o *status quo* ambiental [...]’, sendo que a doutrina realça que se coloca ‘[...] a questão de saber, *primus*, se constitui uma regra aplicável sempre que exista um risco ambiental ou se depende da sua gravidade e irreversibilidade; *secundus*, se é necessário demonstrar a inocuidade da relação ao ambiente ou basta a mera plausibilidade de não ocorrência de efeitos ambientais adversos. [...]’. Todavia, esta *transposição do quadro procedimental para o contencioso jurisdicional da técnica da inversão do ónus de prova não é admissível salvo previsão normativa expressa nos termos do disposto no art. 344.º, n.º, 1 do Código Civil que, na circunstância, não existe”]*

Nesta data, o aresto que mais profundamente discutiu as consequências do “princípio da precaução” – que reduziu a uma metodologia de ponderação de riscos/interesses, mesmo antes da superveniência da alínea c) do artigo 3.º da Lei de Bases do Ambiente de 2014, *supra* citado – foi o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de junho de 2012 (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de junho de 2012, proc. 244/2002.G1). Tratou-se de um caso envolvendo linhas de muito alta tensão e alegações de risco para a saúde humana. O Tribunal, depois de proceder a uma análise extensa das informações contidas nos vários relatórios juntos aos autos, concluiu que os melhores estudos disponíveis (*in casu*, da Organização Mundial de Saúde) não registavam índice de risco significativo caso se respeitassem as distâncias de segurança, negando assim provimento à pretensão do autor de remoção de tais linhas. Ouça-se o Tribunal em discurso direto:

“Pode-se sempre invocar que existe um risco potencial, ainda que mínimo, decorrente da presença de linhas de alta ou muito alta tensão nas proximidades da habitação onde os autores residem de modo permanente. Todavia, a imposição de um risco zero em qualquer atividade humana é incompatível com a operatividade do princípio da precaução, não sendo possível satisfazer uma reivindicação social de segurança absoluta do ser humano.

Na verdade, as medidas baseadas no princípio da precaução não implicam, nem pressupõem, a erradicação de todo e qualquer risco, desde logo e também, como se sublinha na sentença recorrida, porque a ciência, em determinado estado evolutivo, poderá mesmo

conduzir a que se julgue completamente afastada a ocorrência de um risco que vem, porém, mais tarde, a verificar-se.

Ademais, no domínio dos campos eletromagnéticos foram adotados determinados limites legais à sua emissão, os quais no caso concreto não foram ultrapassados, nem sequer minimamente aproximados. Seria, por isso, totalmente desproporcionado determinar o afastamento dos condutores da linha de alta tensão explorada pela ré, quando o grau de risco suportado pelos autores em consequência da presença daquela linha de alta tensão nas proximidades da sua residência se situa num patamar muito inferior ao limite máximo legalmente estipulado.”

Podemos concluir que, além de escassa, a jurisprudência portuguesa (pelo menos ao nível dos tribunais superiores) não julgou até hoje nenhum caso em que desse acolhimento ao princípio da precaução, nem como critério de decisão, nem como critério de inversão do ónus da prova a favor de quem alega a existência de um risco associado a determinado produto, coisa ou atividade. De resto, nesta última dimensão, tanto a prevenção como a precaução fazem inverter o ónus da prova – nos termos da LBA –, mesmo que tenha ficado por explicitar qual o grau de índice probatório a cumprir pelo operador/empresário a fim de demonstrar que a sua atividade ou produto não comporta riscos intoleráveis à saúde ou ao ambiente.

5. A retórica da precaução: uma metodologia de fundamentação da decisão tomada em contexto de incerteza

A breve análise que se empreendeu ilumina, por um lado, a principal fragilidade da ideia de precaução e, por outro lado, a sua principal virtude. Referimo-nos, no que toca à fragilidade, às imprecisões na formulação do princípio que potenciam utilizações arbitrárias e imprevisíveis. No que tange ao seu lado virtuoso, a precaução chamou a atenção para a emergência do risco tecnológico e da necessidade de o avaliar e gerir dinamicamente no contexto de decisões tomadas em contexto de incerteza.

A incerteza quanto a um significado (pelo menos universal) de precaução leva a que a atenção se desvie do sentido material da fórmula para um sentido funcional ou procedimental. Por outras palavras, não havendo sinais inequívocos quanto à sua valia enquanto critério mate-

rial de decisão, fazendo primar determinados valores sobre outros na presença de risco, a sua força parece antes residir no fortalecimento das garantias da transparência do procedimento de decisão, nomeadamente no que se refere à consistência da instrução (com exame dos vários aspetos controversos em presença, nomeadamente no plano da avaliação do risco), à fundamentação da decisão (que deve espelhar uma escolha plausível em face das várias teses em presença) e à adequação da decisão (que deve traduzir uma ponderação proporcionada dos vários interesses em presença).

O momento da fundamentação é particularmente sensível, a três níveis: *i*) da legitimação da decisão do ponto de vista político, esclarecendo sobre os valores em jogo e sobre o equilíbrio das escolhas relativamente aos sacrifícios impostos; *ii*) da pedagogia de informação sobre os riscos envolvidos em determinadas atividade ou produto, contribuindo para o fortalecimento do “direito a saber” do público em geral (AMADO GOMES, 2014, *passim*); *iii*) da admissibilidade de um controlo parcial por parte dos tribunais, que não podem substituir o sentido último da decisão mas devem controlar a racionalidade da escolha a partir da análise da correção do *iter* procedimental.

Tornar claras as razões porque se aceitou condicionadamente, porque se suspendeu ou porque se proibiu um determinado produto ou atividade constitui simultaneamente um importante penhor de paz social no presente e de testamento político ante os vindouros. A lógica de precaução – ou de prevenção antecipativa de riscos, como preferimos – reveste uma inerradável dimensão prospetiva que se traduz numa responsabilidade (ética) por escolhas que podem hipotecar irreversivelmente as opções das gerações futuras (sobre a problemática da responsabilidade perante as gerações futuras, veja-se AMADO GOMES, 2016, pp. 80-2 e doutrina aí citada). Nas palavras de Thierry Balzacq, “a precaução não tem necessariamente as gerações futuras por alvo, mas utiliza sempre o futuro como ponto focal [...] Na verdade, a precaução é melhor compreendida na sua relação com a temporalidade, como ferramenta que visa evitar uma atuação que pode ter consequências extremas no futuro” (BALZACQ, 2015, p. 557).

A precaução surge, assim, sobretudo como uma metodologia de construção de um discurso legitimador de uma decisão tomada entre a ignorância e a incerteza sobre determinados riscos, num preciso contexto temporal presente que se projeta, também, num contexto temporal futuro cuja salvaguarda de uma certa integridade contra a irreversibilidade

se pretende. O conhecimento científico, mesmo que desdobrado em múltiplas teses, muitas vezes dissonantes, vai ser o *filio de Ariadne* de coesão de tal discurso, embora o sentido último da decisão, pelo menos perante incertezas radicais, seja intrinsecamente político.

O arco entre incerteza e condicionalidade vai então desenhar-se por recurso a uma retórica técnico-científica. A precaução revela assim uma curiosa e quase paradoxal relação com a Ciência, uma vez que, por um lado, a entroniza como base de inteligibilidade de decisões complexas mas, por outro lado, a receia, por indutora de incerteza. Esta relativização da Ciência como reduto último e intocável da verdade acaba por ser a justificação da emergência da precaução (SHELTON, 1998, *passim*), pelo menos na sua vertente de mandado de ação de um decisor político refém da incerteza (extensamente sobre a relação entre decisão política sobre o risco, técnica e democracia, ESTEVE PARDO, 2009, *passim*).

Precaver é, por isso, prevenir riscos, na medida do tecnicamente possível, do cientificamente plausível e do democraticamente sustentável. “No contexto tecnológico de avaliação do risco, o processo de ‘escolher e preferir’ não se traduz em favorecer um interesse em detrimento de outro mas antes em preferir uma determinada compreensão do risco a outra(s), em preferir uma determinada compreensão do interesse público a outra(s), em preferir uma determinada compreensão da lei a outra. Assim, como um ‘perfeito espelho de uma comunidade’, a decisão sobre o risco reflete toda a complexidade inerente ao processo político de o gerir” (FISHER, 2007, p. 257). Presumivelmente, mas incertamente, salvaguardando o bem-estar presente sem hipotecar irremediavelmente o futuro.

Bibliografia referenciada

- AMADO GOMES, 2007. Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora
- AMADO GOMES, 2014. Carla Amado Gomes, “Risco tecnológico, comunicação do risco e ‘direito a saber’”, in *Direito(s) do(s) Risco(s) tecnológicos*, ed. Carla Amado Gomes, Lisboa: ICJP – FDUL, pp. 17 *et seq.*
- AMADO GOMES, 2016. Carla Amado Gomes, “Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais”, *Revista do Ministério Público*, n.º 145, 2016, pp. 75 *et seq.*
- ARAGÃO, 2008/9. Alexandra Aragão, “Princípio da precaução: Manual de instruções”, *Revista do CEDOUA*, 2008/2, pp. 9 *et seq.*

- BALZACQ, 2015. Thierry Balzacq, “The rise of precaution and the global governance of risks”, *Political issues review*, 13 (2015), pp. 546 *et seq.*
- BERNSTEIN, 1996. Peter Bernstein, *Against the Gods – The remarkable story of risk*, New York, Chichester, Weinheim, Brisbane, Singapore & Toronto: Wiley
- BOEHMER-CHRISTIANSEN, 1994. Sonja Boehmer-Christiansen, “The precautionary principle in Germany – Enabling Government”, in *Interpreting the precautionary principle*, ed. Timothy O’Riordan & James Cameron, London: Earthscan, pp. 31 *et seq.*
- CHARBONNEAU, 1998. Simon Charbonneau, “L’acceptabilité sociale du risque sanitaire en Droit européen de l’environnement”, *Revue Européenne de Droit de l’Environnement*, 1998/4, pp. 384 *et seq.*
- CROSS, 1996. Frank Cross, “Paradoxical perils of the precautionary principle”, *Washington & Lee Law Review* (1996), pp. 851 *et seq.*
- DOBOS, 2001/2002. Daniel Dobos, “The necessity of precaution: the future of ecological necessity and the precautionary principle”, *Fordham Environmental Law Review* (2001/2002), pp. 375 *et seq.*
- ESTEVE PARDO, 2009. José Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid
- FISHER, 2007. Elizabeth Fisher, *Risk – Regulation and Administrative Constitutionalism*, Oxford/Portland
- GARNETT & PARSONS, 2016. Kenisha Garnett & David Parsons, “Multi-case review of the application of the precautionary principle in European Union Law and Case Law”, disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/store/10.1111/risa.12633/asset/risa12633.pdf;jsessionid=B95185AC91BDEFD14C397A55AAFB0463.f02t04?v=1&t=ivqpc51&s=daea1ba53e4c3e2f9d451932092fb8e58a79d86a>
- GRASSI, 2012. Stefano Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Firenze
- HARREMOES, GEE, MacGARVIN, STIRLING, KEYS, WYNNE & GUEDES VAZ, 2002. Paulo Harremoes, David Gee, Malcolm MacGarvin, Andy Stirling, Jane Keys, Brian Wynne & Sofia Gueves Vaz, “Twelve late lessons”, in *The precautionary principle in the 20th century*, London, pp. 185 *et seq.*
- HORNSTEIN, 1992. David Hornstein, “Reclaiming environmental law: a normative critique of comparative risk analysis”, *Columbia Law Review*, 92 (1992), pp. 562 *et seq.*
- GILLES, 1998. Martin Gilles, “Le concept de risque et la protection de l’environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?”, in *Les hommes et l’environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, pp. 451 *et seq.*
- MILLER & CONKO, 2001. Henry Miller & Gregory Conko, “Precaution without principle”, in *Nature and Biotechnology*, pp. 302 *et seq.*
- PAYE, 2004. “Lutte antiterroriste: la fin de l’État de droit”, in *Revue Trimestrielle des droits de l’Homme*, 57 (2004), pp. 61 *et seq.*
- POSNER, 2004. Richard Posner, *Catastrophe: Risk and response*, New York
- SHELTON, 198. Dinah Shelton, *Certitude et incertitude scientifiques*, *Revue Juridique de l’Environnement* (1998), pp. 39 *segs*

SUNSTEIN, 2002. Cass Sunstein, *Risk and reason. Safety, Law and the Environment*, Cambridge: Cambridge University Press

SUNSTEIN, 2005. Cass Sunstein, *Laws of fear*, Cambridge: Cambridge University Press

Links de acesso à jurisprudência citada

Tribunal Internacional de Justiça: <http://www.icj-cij.org>

Tribunal Internacional para o Direito do Mar: <https://www.itlos.org>

Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Geral: <http://curia.europa.eu>

Tribunais nacionais: www.dgsi.pt

A Sustentabilidade da Segurança Social

NAZARÉ DA COSTA CABRAL*

“A técnica de influenciar os homens assustando-os com o que ainda não existe é antiga.”

Gonçalo M. Tavares, *A máquina de Joseph Walser*

1. A relação entre a sustentabilidade da segurança social e a justiça entre gerações

Vamos, no presente Capítulo, tratar do tema da sustentabilidade da segurança social, reconhecendo que a sua inclusão numa obra coletiva que relaciona as questões da sustentabilidade com a justiça entre gerações, nos obriga justamente a começar por aqui: verificar em que medida a sustentabilidade da segurança social apresenta relações com a justiça intergeracional e que tipo de relações são essas, o que exige ainda, e desde logo, fixar os conceitos de “justiça intergeracional”, de “justiça” e de “gerações”. Aceita-se antes de mais nada – como também faz LOUREIRO, 2010, p. 279 – que a sustentabilidade da segurança social não se confunde com a justiça intergeracional, tanto mais, como nos diz, que “pode haver sistemas de segurança social que, de um ponto de vista económico-financeiro sejam sustentáveis a médio prazo, mas nem por isso sejam necessariamente justos em chave intergeracional”. Pode dizer-se, com efeito, em primeira linha, que a sustentabilidade tem uma dimensão que é essencialmente económica e financeira, e que ela é também um dos “capítulos” da sustentabilidade das finanças do Estado (de Bem-Estar) [vamos partir e assumir, por ora, o pressuposto de que a segurança social é de natureza pública (pois ela assim é na generalidade dos Estados de bem-estar, numa boa proporção), se bem que – como veremos adiante

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora principal do Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEEFF) da mesma Universidade (Grupo IV – “*Crise, Políticas Públicas, Política Orçamental e o Euro*”). Autora de diversos livros e artigos, sobretudo nos domínios das Finanças Públicas e da Segurança Social.

– problemas de sustentabilidade tanto podem existir em sistemas públicos como privados) [usaremos, ao longo do texto, preferencialmente a expressão “Estado de bem-estar” (de *Welfare State*), em detrimento da noção de “Estado social”, por nos parecer aquela mais adequada aos propósitos deste Capítulo: inclui fundamentalmente os Estados europeus que, no após II Guerra Mundial, desenvolveram sistemas compreensivos e abrangentes de proteção social], podendo ainda e devendo mesmo, em alguns casos, ser aferível à luz de uma noção mais restritiva e precisa, a noção de sustentabilidade da dívida pública (como teremos, de resto, oportunidade de clarificar).

Diversamente, o conceito de justiça intergeracional, que começa por operar numa dimensão sobretudo filosófica, procura encontrar o “ponto de equilíbrio” na transmissão do acervo de bens, de geração para geração – o “legado” que a geração presente deixa à futura. Para ser justa, a transmissão tem de ser *equilibrada*. Não obstante esta sua dimensão filosófica, a ideia de justiça intergeracional tem diversas implicações noutros domínios, em especial no da Economia. Aqui, a preocupação fundamental é a de *materializar* aquela ideia, desde logo mediante a densificação da noção de “legado”. Heller (2003, p. 130), por exemplo, fazendo a síntese de correntes económicas anteriores, sugere duas hipóteses para enriquecer a mesma noção. O legado seria assim o conjunto de: *i*) transferências líquidas (impostos/contribuições pagos menos prestações recebidas) obtidas por cada geração (hipótese que chamamos de versão *minimalista*) ou; *ii*) de custos e benefícios totais (ou benefícios líquidos) (incluindo, do lado dos benefícios, formação de capital fixo, educação, tecnologia, progresso científico, etc.) que cada uma delas obteria em confronto com as demais (versão *maximalista*). Para além desta, existe ainda uma outra perspectiva (de raiz económica), e também ela permite observar o conceito de “legado” a partir de duas possibilidades: *i*) concebê-lo como o *stock* global de bens transmitidos ou; *ii*) como a parte que *marginalmente* cada geração recebe quando comparada com o que a anterior havia recebido. Seja como for, no campo da Economia, a noção de “legado” (de uma geração à outra) é aferível em termos de utilidade e os *utils* têm facilmente uma expressão monetária. Um exemplo dessa conversão, em diversos setores, consiste na “análise custo-benefício”, afigurando-se-nos que a Economia concretiza a noção de justiça intergeracional precisamente através de uma análise custo-benefício de carácter intertemporal.

Se pensarmos agora no caso da segurança social (e em particular no seu sistema de pensões), verificamos outrossim que, pese a sua relevância

para a vida das pessoas, nesta não se põem as “questões *fundamentais*” da justiça intergeracional que se colocam por exemplo nos domínios ambiental e da investigação genética, em que está em causa, no limite, a sobrevivência da humanidade. Nestes outros casos, do que se trata é de apreciar, em termos filosóficos, as decisões potencialmente “catastróficas”, e de aferir da sua legitimidade nos planos moral e jurídico (sobre as correntes filosóficas nesta matéria, apreciando em concreto as implicações morais das decisões que afetam gerações futuras, leia-se PARFIT, 1982). O ponto da justiça intergeracional, no domínio da segurança social, não tem esta mesma *essencialidade* e, por isso, o debate acaba por residir aqui, sobretudo, no plano *financeiro*, ou seja, no plano da sustentabilidade. Neste domínio, a justiça intergeracional encontra, ao fim e ao cabo, a ideia de sustentabilidade e acaba por dissolver-se nela.

Resta-nos, por ora, o conceito de “geração”. Em regra, usando vários critérios (classes etárias, períodos históricos, participação nos ciclos político-eleitorais), é possível definir coortes de população, reconduzindo-os a gerações (sobre os vários conceitos de “geração presente” e “geração futura”, veja-se entre nós, por todos, FERREIRA, 1995, pp. 79-82, que nos dá a sua própria definição: “por geração presente, a totalidade dos indivíduos que, diretamente ou por intermédio dos seus representantes participam numa decisão financeira, e por gerações futuras, todas as restantes, quer integrem indivíduos já nascidos, mas que ainda não têm idade para participar na decisão, quer aqueles que ainda não existem” – FERREIRA, 1995, p. 82). O conceito de geração tem interesse analítico, por exemplo a propósito das decisões que envolvem opções de financiamento progressivo e a longo prazo – como sucede na emissão de dívida que sirva, por exemplo, para financiar grandes investimentos públicos. Nesta opções, o que está em causa, já o dissemos, é confrontar as utilidades (benefício obtido com o uso da infraestrutura) e as desutilidades (encargo de dívida), durante o período de vida útil do ativo, e verificar se o legado transmitido às gerações futuras envolvidas é positivo ou negativo. A este respeito, desenvolveu-se na economia e nas finanças públicas o princípio do *pay-as-you-use* que, como nos recorda FERREIRA, 1995, p. 100, a partir do ensinamento de Musgrave (em 1989), obriga os beneficiários (gerações) a financiar de forma equitativa as despesas cuja utilidade se prolongue no tempo (procura-se com este princípio evitar, implicitamente, o chamado efeito de “*free-riding* intergeracional” – sobre o mesmo, veja-se GOSSERIES, 2015, pp. 124-8). Ora, como veremos adiante, no caso da segurança social, os regimes de repartição desenvolvidos nos

sistemas de pensões de diversos países europeus, sobretudo no após II Guerra Mundial – também chamados de regimes *pay-as-you-go* –, são tributários, justamente, deste princípio. Acontece que, neles, a utilidade não apenas se prolonga, como desde logo se forma ao longo do tempo. Aqui, na verdade, desde que inicia a sua vida contributiva, uma geração já não é apenas geração “futura” a quem é prometida a atribuição de uma pensão em termos abstratos (por conseguinte, o gozo de uma dada utilidade), mas é desde logo também uma geração “presente” que tem em si a desutilidade associada ao esforço de financiamento de uma pensão em formação, e é deste esforço que resultará, afinal, o valor concreto da pensão a atribuir. Significa isto, assim, que no sistema de pensões em *pay-as-you-go*, as gerações não são estanques entre si, antes acabando por *se diluir* umas nas outras, pelo menos a partir de um certo momento (o momento em que cada geração entra no sistema no papel de contribuinte) [aliás, como nos dizem Schokkaret e Van Parijs (2003, p. 249), esta é a principal razão do aparecimento de sistemas *pay-as-you-go*. Na verdade – explicam –, a partir do momento em que se verifica a sobreposição de coortes populacionais (em que os grupos etários mais novos de um coorte posterior vivem em simultâneo com os grupos mais velhos de um coorte anterior), deixa-se de se estar necessariamente confinado a sistemas capitalizados. É possível então estabelecer arranjos do tipo *pay-as-you-go, i.e.*, arranjos em que os rendimentos dos mais velhos, em vez de assegurados pelas suas próprias poupanças, sejam assegurados a partir de transferências feitas pelos mais novos. Repare-se ainda – acrescentam –, que a estrutura de família tradicional é também ela do tipo *pay-as-you-go*: os pais tomam conta dos filhos quando estes são ainda muito novos para trabalhar e, através de uma reciprocidade diferida, os filhos tomam conta dos seus pais quando estes forem demasiado velhos para trabalhar].

De qualquer forma, importa fazer notar que também no sistema de repartição a noção de “dívida” está muito presente, e isto independentemente de qual seja o seu peso, sinal e *comportabilidade*. Trata-se, no entanto, de uma dívida *implícita*, porque, ao contrário da dívida direta, não há tecnicamente emissão e amortização e ela não é, como tal, contabilizada no balanço do emitente [isto resulta também do facto de a dívida em questão ser de natureza condicional (depende da verificação de um ou mais eventos), e é por isso geradora de responsabilidades contingentes]. Além disso, pode afirmar-se que na dívida implícita o processo de *rollover* é permanente, automático e intrínseco. Com efeito,

em sistema de repartição, o Estado (ou outra entidade responsável) *paga dívida* anterior assumida perante gerações precedentes (os beneficiários do sistema), *contraindo dívida* junto das gerações atuais (os contribuintes do sistema), e faz isto assim, sucessivamente, na base de um preexistente e também implícito contrato intergeracional.

2. A sustentabilidade do Estado de bem-estar e a densidade jurídica dos direitos sociais

2.1. A sustentabilidade da Segurança Social no contexto da sustentabilidade do Estado de bem-estar: os “tempos relevantes” da Segurança Social

Como mencionámos no ponto anterior, no campo da segurança social, a justiça intergeracional encontra a ideia de sustentabilidade e acaba por dissolver-se nela. Podemos agora generalizar e afirmar que, com a ideia de sustentabilidade, do que se trata, afinal, é de aferir das possibilidades financeiras do Estado (de Bem-Estar), ou seja, da capacidade deste para saldar compromissos e/ou garantir direitos. E isso depende, como veremos, de diversos fatores, de um lado, da dimensão dos compromissos assumidos e dos direitos garantidos, do outro lado, da capacidade de o Estado se financiar por si ou por terceiros – o que, por seu turno, também se fica a dever, e muito, à capacidade de gerar e transmitir riqueza. Se se reparar, problemas idênticos podem ser colocados em variadíssimas outras áreas com relevância financeira (mau grado diferenças importantes que já iremos assinalar), em que também há promessas constitucionais ou até contratos firmados. É o caso, por exemplo, da educação. Quem nos garante que o Estado terá possibilidade para suportar as despesas de educação das gerações futuras? Como dissemos antes, o problema da sustentabilidade da segurança social é o problema da sustentabilidade financeira do Estado e é, em última análise, o problema de existir Estado [tal problema, com efeito, não se colocaria se o Estado inexistisse, ou até se ele fosse um Estado ultramínimo do tipo “nozickiano” (veja-se, a propósito, o próprio NOZICK, 1974). Num Estado assim, não há políticas públicas de natureza social, (quase) não há despesa pública, e serão despiciendas as necessidades de financiamento].

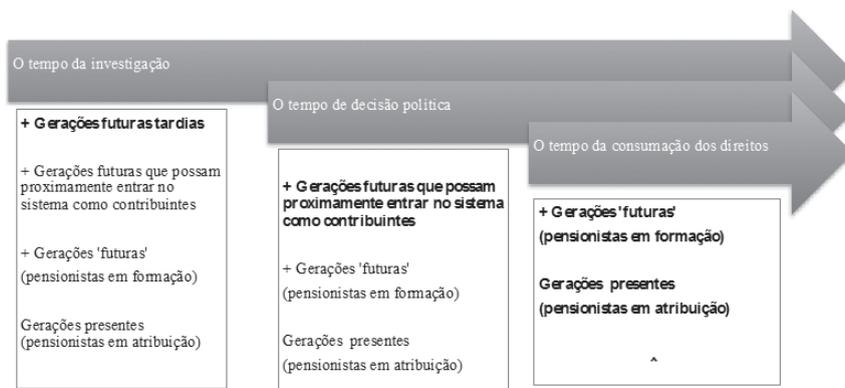
No entanto, apesar desta afinidade geral, a segurança social coloca desafios particulares, que nos remetem, desde logo, para a questão da *densidade dos direitos subjetivos* que a ela eventualmente surjam asso-

ciados. Independentemente da questão de saber se as gerações futuras são titulares de direitos (direitos às prestações sociais), questão de difícil resposta e controvertida [sobre a (dúbia) identidade jurídica e (difícil) atribuição de direitos (subjativos) aos membros destas mesmas gerações, veja-se PARFIT, 1982, e HERSTEIN, 2009. Gosseries, por sua vez, questiona a possibilidade de se falar em “dano sem identidade” (GOSSERIES, 2015, p. 54)], a segurança social – no que diz respeito às pensões ou prestações diferidas – já há muito que tentou superar esse dilema, confinando o *campo dos direitos* por um lado à(s) geração(ões) presente(s), aquelas que já beneficiam da atribuição de uma pensão ou estão em condições de o fazer, por outro lado à(s) geração(ões) futura(s), desde que hajam iniciado já a sua vida contributiva e que, portanto, já apresentem um elemento de ligação com o sistema, enquanto contribuintes (a referida diluição da geração futura na presente acontece aqui). Para as primeiras, o direito formula-se em relação a uma “pensão em atribuição” ou em pagamento (por isso, é um “direito adquirido”), para as segundas, o direito formula-se em relação a uma “pensão em formação” (e é portanto um “direito em formação”) [veja-se, entre nós, o artigo 100.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro (Lei de Bases da Segurança Social – LBSS)]. Gerações vindouras, tardias, sem ligação ao sistema enquanto contribuintes, não têm ainda, verdadeiramente, um direito à pensão.

Não se pense contudo que é ao plano estrito do reconhecimento de direitos que deve cingir-se a atenção do decisor (político). Para efeitos de formulação de política (e de responsabilização política), o espectro temporal pode e deve ser alargado, ainda que com limites temporais justificados pela *utilidade*, pela *razoabilidade* e pelas *possibilidades técnicas* existentes (sobre a relevância dos direitos das gerações futuras no exercício da política, leia-se entre nós SILVA, 2010, e CAMPOS, 2015. Para o primeiro Autor, é possível e desejável, no plano do desenho da política, extrair um sentido útil dos “direitos das gerações futuras”, recorrendo nomeadamente a princípios materiais e adjetivos de justiça, tais como os princípios da equivalência, do saldo da poupança positiva, do mínimo dano irreversível, da indisponibilidade do futuro dos outros e da imparcialidade intergeracional – cf. SILVA, 2010, p. 500). A figura 1 procura justamente capturar os “tempos” relevantes da Segurança Social.

Olhando para a figura, reparamos então que as gerações abrangidas, do ponto de vista da consumação dos direitos, são as gerações associadas a pensões em atribuição ou em formação; o ponto determinante é, como dissemos, o momento em que passam a relacionar-se com o sistema

Figura 1 – Os “tempos relevantes” da Segurança Social



enquanto contribuintes e veem de imediato uma pensão a formar-se em seu favor. Repare-se que este “tempo” de consumação de direitos, embora seja intrinsecamente de curto/médio prazo, tende a estender-se ao longo prazo. Na verdade, em relação a cada geração, a ligação ao sistema de segurança social é de décadas: décadas para a formação de um direito à pensão integral e décadas em que se pode beneficiar da atribuição de uma pensão.

É também ao longo prazo, por maioria de razão, que respeita o “tempo” da definição da política de segurança social. De resto, ele deve incorporar não apenas as gerações que, de uma forma ou outra, já estejam no sistema, mas também as gerações futuras que possam, proximamente, vir a ligar-se a ele, desde logo no papel de contribuintes. Se isto é certo, não é menos que o longo prazo conhece aqui algumas balizas: em princípio, ele deve ir até onde seja possível, por exemplo, garantir alguma fiabilidade das projeções em que se apoia a decisão (nunca muito superior a meio século) [não é por acaso que as projeções de longo prazo envolvendo as principais variáveis que condicionam as políticas públicas no domínio das pensões, a saber, variáveis demográficas (natalidade, mortalidade, esperança média de vida), macroeconómicas (taxa de crescimento do PIB, inflação, emprego, desemprego, salários) e orçamentais (receitas fiscais e despesa com prestações), cobrem geralmente o período de cinquenta anos. Veja-se, a este propósito, os relatórios produzidos, no seio da Comissão Europeia, pelo seu *Ageing Working Group* (AWG), o último dos quais este: EUROPEAN COMMISSION, 2015]. Ou seja, o tempo da decisão política estende-se até onde seja possível antecipar fiavelmente ou conhecer os impactos dessas políti-

cas, pois é esse conhecimento que permite afinal a responsabilização política (*maxime* perante as próprias gerações futuras).

Para lá deste “tempo”, entramos no longuíssimo prazo (de natureza secular) e este é fundamentalmente o tempo da investigação: aqui, quaisquer hipóteses/cenários podem e devem ser concebidos, e avaliados os impactos das decisões políticas sobre gerações futuras. No entanto, para lá desse papel científico prospetivo, não deve haver outro significativo. Na verdade, consideramos que os resultados de uma investigação deste teor não podem pretender originar ou condicionar decisões vinculantes para futuro (definitivas?), a pretexto do seu alegado impacto intergeracional: mesmo que juridicamente possíveis, decisões (na segurança social) visando, a longuíssimo prazo, proteger os direitos das gerações vindouras seriam tão simplesmente decisões inúteis ou irrazoáveis, pois os pressupostos fáticos, financeiros e jurídicos subjacentes são aqui sempre mutáveis e tornam, de resto, muito falíveis as projeções de base.

2.2. Graus de densidade dos direitos sociais; a “densidade acrescida” no tocante às prestações da segurança social (em pagamento)

Mas voltemos agora ao “tempo” da consumação dos direitos. Existe de facto, como vimos, um período de tempo relevante, em relação a toda e qualquer geração visada, em que o direito *objetivo* à segurança social (contemplado desde logo no n.º 1 do artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa) se materializa num direito *subjetivo* à segurança social, podendo ser judicialmente acionado. A LBSS é a primeira a assegurar que assim seja: a (não) atribuição de prestações do sistema da Segurança Social (com exceção das que se insiram na área da Ação Social) pode ser sindicada pela via graciosa ou em juízo (cf. artigos 76.º e 77.º) [tradicionalmente, um dos critérios distintivos entre a “segurança social” e a “ação social” está justamente aqui: a primeira é o campo dos direitos subjetivos; a segunda, o campo das (simples) expectativas jurídicas].

Consideramos mesmo que, no caso das prestações de natureza contributiva (de entre elas, as pensões em pagamento ou em curso de atribuição do regime geral) [repare-se que também existem pensões de natureza não contributiva (ou seja, não financiadas diretamente pelos beneficiários – através de contribuições sociais –, antes através do Orçamento do Estado, ou seja, através dos impostos gerais), às quais se denomina de *pensões sociais*. Outras prestações de natureza não contributiva são: o

Rendimento Social de Inserção; os complementos sociais (que permitem atribuir a pensão mínima no regime geral a quem não tem carreira contributiva suficiente); os abonos de família; prestações na área da deficiência e dependência; etc.], estamos perante direitos subjetivos dotados de uma *densidade acrescida* – nomeadamente quando os comparamos quer com as prestações de segurança social de carácter não contributivo, quer com outros benefícios ou direitos sociais (na saúde, na educação, na habitação, etc.) –, e essa especial densidade advém-lhes dos seguintes elementos:

- Em primeiro lugar, do facto de o seu financiamento se fundar num princípio de *contributividade* (ou seja, na existência de um *pressuposto* sinalagma entre o que é pago pelo contribuinte/beneficiário e aquilo que é percebido em troca) (cf. artigo 54.º da LBSS. Em nossa opinião, como dissemos em CABRAL, 2010, este sinalagma já não é hoje perfeito e tende aliás a quebrar-se), princípio que por sua vez entronca na existência de um contrato bilateral tácito (entre o beneficiário e a segurança social) onde se pode associar ao direito o cumprimento prévio de uma obrigação – o cumprimento desta e de outros requisitos legais implicam, por conseguinte, que o direito à prestação se torne exigível [num outro plano, no âmbito do direito laboral, sucede algo similar no processamento de salários e de outras prestações remuneratórias: o cumprimento de uma obrigação *de facere* (por parte do trabalhador), ao longo de um determinado período de tempo, implica, no fim, o vencimento daquelas mesmas prestações];
- Em segundo lugar, do facto de, no nosso sistema de segurança social, as prestações serem financiadas segundo o modelo de repartição (todas elas, incluindo as prestações imediatas), o que significa que o sistema assenta numa lógica de financiamento por terceiros e não pelos próprios – são os contribuintes no ativo que, em cada momento, financiam as prestações daqueles que por qualquer razão (velhice ou invalidez, mas também desemprego, doença ou maternidade) estejam numa situação de inatividade – ora, esse financiamento por terceiros assenta no compromisso, implicitamente assumido pela segurança social (de novo um contrato implícito), de que existirão meios de financiamento similares se e quando os primeiros se encontrarem nas mesmas circunstâncias;
- Em terceiro lugar, se pensarmos agora no caso particular das pensões (quando autonomizadas em relação às restantes prestações sociais)

[como dissemos em outro momento (CABRAL, 2014a, p. 278), “o problema da sustentabilidade de longo prazo dada segurança social prende-se fundamentalmente com a gestão das prestações diferidas (*maxime* as pensões de velhice). ‘O’ problema da segurança social é então sobretudo um problema do sistema de pensões”. Ainda retomaremos esta questão] [na verdade, aquilo que fundamentalmente distingue as prestações imediatas (v.g., seguros de doença, desemprego, parentalidade), das pensões (v.g., de velhice e de invalidez) é o tempo de formação: enquanto as primeiras se formam num período curto de tempo, aferível em meses, as segundas formam-se num período longo, aferível em anos. Isto significa que o cálculo das prestações opera diferentemente. Nas primeiras, determina-se o valor da remuneração de referência – RR (uma média dos salários registados ao longo de alguns meses), aplicando-se-lhe de seguida a dada taxa de substituição (variável entre nós em função do tipo de prestação); o valor da prestação fica assim apurado. Nas segundas, determina-se o valor da RR (uma média dos salários registados ao longo de anos de carreira contributiva) multiplicado pela taxa anual de formação (variável em função dos anos de carreira e/ou da dimensão da própria RR) – e é deste produto que resulta a taxa de substituição (que no mínimo, no regime geral, é de 80%) e assim se procede à determinação do valor da pensão (estatutária). Atualmente, haverá ainda a considerar, no cálculo da pensão, a aplicação subsequente de um fator de sustentabilidade que é função da idade de acesso à pensão em cada ano estabelecida (idade que por sua vez depende da evolução da esperança média de vida)], verifica-se que em relação a estas o sistema de repartição implica, como dissemos antes, uma verdadeira dívida implícita em constante *rollover* de geração para geração – e isto pressupõe um verdadeiro contrato intergeracional, também ele implícito;

- Finalmente, ainda no tocante às pensões, o facto de o nosso sistema assentar num modelo de benefício definido (modelo adiante retomado) determina não apenas que o sistema se compromete a assegurar uma pensão em termos abstratos, mas também que o próprio montante da prestação (na base das regras de cálculo juridicamente definidas e de uma determinada carreira contributiva) pode ser, desde logo, antecipadamente conhecido pelos beneficiários – neste sentido, a

segurança social assume um compromisso de pensão no tocante ao *an* e ao *quantum*.

O quadro 1 ilustra os dois graus (crescentes) de densidade jurídica em relação aos diferentes direitos sociais (porventura de uma forma demasiado simplista porque ultrapassa a questão da jusfundamentalidade dos direitos sociais em geral) [acerca da jusfundamentalidade plena dos direitos sociais (em geral) e dos argumentos jurídicos nesse sentido, leia-se por todos NOVAIS, 2010], e nele se destaca ainda o *locus* das prestações de segurança social de natureza contributiva e, em especial, o das pensões que estejam em curso de atribuição (o “grau máximo de densidade”).

Quadro 1 – Os dois graus de densidade jurídica nos direitos sociais

| Primeiro grau de densidade jurídica do direito | Segundo grau de densidade jurídica do direito |
|---|--|
| Direitos sem contrapartida monetária ou <i>de facere</i> (o direito sem obrigação imediata). | Direitos com contrapartida em obrigações contributivas ou de <i>facere</i> . |
| Condições de atribuição: – Previsão legal; – Requisitos legais (residência, condição de recursos, outros). | Condições de atribuição: – Previsão legal e/ou contratual; – Requisitos legais em geral; – Contributividade/exercício de atividade: sinalagma perfeito ou imperfeito; diferenciações em razão da esforço contributivo/esforço despendido ou mérito. |
| Grau de exigibilidade/sindicabilidade: exigíveis em relação ao <i>an</i> , mas não necessariamente em relação ao <i>quantum</i> (direitos incompletos). | Grau de exigibilidade/sindicabilidade: exigíveis em relação ao <i>an</i> e ao <i>quantum</i> (direitos completos e perfeitos). |
| Natureza das prestações: monetárias, em espécie ou em equipamentos. | Natureza das prestações: em regra, monetárias ou facilmente convertíveis em moeda. |
| Exemplos: prestações de segurança social de natureza não contributiva; benefícios/ /direitos em outras áreas sociais (educação, saúde, etc.) | Exemplos: prestações de segurança social de natureza contributiva (pensões do regime geral em atribuição); prestações remuneratórias. |

Em todo o caso, não ignoramos que o tema da natureza dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais ganhou contornos novos (e uma

importância acrescida) com a crise financeira e económica recente. Da crise parece ter resultado a defesa da reconfiguração dos direitos sociais e do redimensionamento do próprio Estado de Bem-Estar. Construções intelectuais, mais ou menos cimentadas do ponto de vista jurídico, como é a da “proibição do retrocesso social”, parecem soçobrar perante uma escassa reserva do possível ou perante um estado de necessidade financeiro mais ou menos duradouro. Mais do que outrora ganha importância a questão de saber se estes mesmos direitos sociais constituem ou não direitos subjetivos e, em caso afirmativo, se esse atributo lhes advém ou não diretamente da previsão constitucional ou se tanto pressupõe, verdadeira condição de aplicabilidade direta e de sindicabilidade, a intermediação do legislador ordinário. Num outro plano, mas com este ligado, discute-se se as normas constitucionais que os preveem serão “meras” normas programáticas ou normas dotadas de carácter verdadeiramente preceptivo e prescritivo.

A questão que colocamos é justamente a de saber – tal como já havia feito Loureiro (2014, pp. 97-134) – se a crise criou um estado de necessidade a exigir tão-só contenções e reduções de natureza extraordinária e temporária ou se, pelo contrário, ela serviu para adensar excessos e fragilidades antigas, evidenciadas pelos Estados de Bem-Estar na provisão dos vários direitos sociais – obrigando ao referido redimensionamento em termos estruturais (Suscitando também estas questões, sobre o sentido e alcance do redimensionamento do Estado Providência verificado nos últimos anos, aqui como na Europa, leia-se SILVA, 2013). Esta última hipótese é a sufragada pelo autor, quando afirma que “mesmo sem a especial urgência de um estado de emergência económico-financeira, certos graus de concretização dos direitos revelaram-se insustentáveis a médio e a longo prazo e violam as exigências de justiça intergeracional” (LOUREIRO, 2014, p. 110). Sem esquecermos os argumentos aqui usados (aos quais voltaremos), diremos por ora que, em última instância, a resposta num sentido ou noutro (de “retrocesso” ou não) é de natureza política e ideológica – embora os termos de concretização das escolhas políticas possam, depois, conhecer limitações decorrentes por exemplo do quadro constitucional existente ou dos próprios constrangimentos económicos e financeiros. Senão vejamos. A política dita de austeridade seguida pelo anterior Governo (entre 2011-2016), implicando reduções de algumas prestações sociais e remuneratórias, apontava para esse redimensionamento permanente e estrutural do Estado de Bem-Estar, mas, a dado passo, a mesma terá sido refreada, mercê da intervenção do Tribunal

Constitucional, por causa dos limites impostos pela Constituição, e que aquele Governo não lograra modificar. Já a política dita de antiausteridade que vem sendo seguida pelo atual Governo (marcada por exemplo pela decisão de reposição de salários na função pública e de algumas prestações sociais) é, por sua vez, condicionada pelas fragilidades financeiras e económicas que o país evidencia e que o impedirão de ir mais longe e mais depressa nessa vontade de reverter. Seja como for, a questão permanece em aberto e o sentido da evolução é por ora desconhecido. Admitindo no entanto uma hipótese extremada, de “retrocesso” social vincado, permanente e estrutural, ou seja, a hipótese de *retrenchment* do Estado de Bem-Estar (esta expressão vulgarizou-se a partir da obra célebre de PIERSON, 1995, e é usado desde logo no seu título), parece-nos ser útil, ainda que de forma sumária e esquemática (como fazemos no quadro 2), antecipar as consequências substantivas que isso poderá(ia) ter sobre os direitos sociais (em alguns casos obrigando a uma alteração constitucional), considerando os dois graus de densidade *supra*.

Quadro 2 – As consequências do “retrocesso” nos direitos sociais de acordo com a sua densidade

| | Direitos sociais menos densamente protegidos | Direitos sociais mais densamente protegidos |
|--|--|---|
| Identificação dos níveis ou critérios de provisão doravante assegurada pelo Estado | A “dignidade mínima” como critério de efetivação da provisão (“ <i>o igualitarismo pela rama</i> ”); a provisão confinada ao “núcleo essencial” do direito, o mínimo garantido | <ul style="list-style-type: none"> – Prestações remuneratórias vencidas como prestações vincendas, sempre sujeitas a condição (a versão máxima da flexibilização salarial); – Limites ao valor máximo das prestações; – Benefícios definidos <i>transformados em</i> contribuições definidas; – Direitos “adquiridos” quanto ao <i>an</i>, mas não no tocante ao <i>quantum</i> (a rejeição absoluta da conceção “patrimonial” dos direitos sociais); na verdade, os direitos adquiridos serão sempre direitos em constante formação. |

Nos pontos seguintes, analisaremos melhor estas consequências, a propósito do desenho do sistema de pensões, e no quadro dos invocados argumentos por Loureiro (*supra*), do “reforço da sustentabilidade” e do “respeito pela justiça intergeracional”. Veremos em que medida estes mesmos argumentos sugerem *reformas estruturais* na segurança social, que tipos de reformas, e seus aspetos críticos. Uma questão crucial, que desde logo se retira do quadro 2 é a de saber se e em que medida o *retrenchment* implicará um sacrifício permanente, mais ou menos violento, de direitos em atribuição (o sacrifício pois das gerações presentes), em prol de direitos em formação ou a formar (em prol das gerações futuras). Na verdade, uma tal opção implicaria a transformação de direitos perfeitos em direitos imperfeitos, de direitos adquiridos em direitos em constante formação – ou seja, direitos que porventura não chegam a ser. A questão é mesmo esta: será que o sacrifício dos direitos das gerações presentes em favor dos direitos das futuras, de direitos adquiridos em direitos em permanente formação, não significará aqui, afinal, transformar “direitos” em “não direitos”? (Uma chamada de atenção semelhante é feita também por MIRANDA, 2014, p. 164, ao considerar ser risco grave “a pretexto desses direitos das gerações futuras, se sacrificarem *hoje* direitos e interesses muito legítimos das gerações presentes”.)

Para chegarmos à resposta, precisamos de recordar primeiro alguns conceitos de base com os quais trabalha a segurança social.

3. A sustentabilidade da segurança social e o sentido da sua reforma

3.1. Insights teóricos e conceitos operativos fundamentais na segurança social

A Segurança Social, enquanto sistema estruturado para garantir quer a proteção de contribuintes/beneficiários perante a ocorrência de riscos sociais quer um conjunto de rendimentos bastante para evitar a pobreza e assegurar uma vida digna, tem sido, ao longo de décadas, o palco para aplicação de teorias (económicas) de diferentes raízes e influências. O quadro 3 procura, justamente, ilustrar os *insights* teóricos mais relevantes para alguns dos tópicos da segurança social.

Já do ponto de vista da gestão financeira da segurança social, importa ter presentes alguns dos seus conceitos operativos fundamentais. Antes porém, uma chamada de atenção: os considerandos seguintes são feitos

Quadro 3 – Os *insights* teóricos mais relevantes a propósito de alguns tópicos da segurança social

| Tópicos | <i>Insights</i> da microeconomia | <i>Insights</i> da macroeconomia/ /de ordem política ou filosófica geral | Explicação |
|--|--|---|--|
| Porque é que a segurança social existe como sistema de seguro obrigatório? | <ul style="list-style-type: none"> – <i>Life-cycle model</i> (Ando-Modigliani): hipótese de rendimento/ /consumo permanente e constante ao longo do ciclo da vida; – Miopia do consumidor¹. | | Se é verdade, de acordo com o <i>modelo do ciclo da vida</i> , que a uma fase de poupança (fase da vida ativa) se segue uma fase de não poupança (<i>dissaving</i>), supostamente criando incentivos para que indivíduos racionais procurem garantir um nível de consumo constante ao longo da vida (para isso justamente poupando na fase ativa), também é verdade que os consumidores tendem a ser míopes, ou seja, a preferir o consumo presente ao consumo futuro. O seguro obrigatório (de pensão de velhice) procura pois forçar a poupança na fase ativa, destinada depois a ser recuperada na fase inativa da vida de cada um. |
| Porque é que a segurança social existe como sistema de seguro obrigatório público e como instrumento de combate à pobreza por parte do Estado? | <ul style="list-style-type: none"> – Os mesmos referidos <i>supra</i>; – Falhas de mercado: risco moral e seleção adversa (Akerlof, Stiglitz); – Falhas de mercado: externalidades positivas. | <ul style="list-style-type: none"> – Função de redistribuição (Musgrave); – Justiça social. | – A simples existência de um esquema de seguro favorece a exposição ao risco (“risco moral”), o que tende a levar ao aumento dos prémios de seguro pagos pelos maus, mas também pelos bons segurados. Se não for possível criar classes de segurados e diferenciar o prémio de seguro, pode ocorrer seleção adversa: ou seja, os bons segurados saem do esquema de seguro (cujo prémio se torna injustificado em face do seu grau de exposição ao risco) e o esquema fica confinado aos maus segurados. A longo prazo, este mercado deixa de ter condições para ope- |

¹ Sobre o ponto veja-se, HU (1996, 319).

| Tópicos | <i>Insights da microeconomia</i> | <i>Insights da macroeconomia/ /de ordem política ou filosófica geral</i> | Explicação |
|---|---|--|--|
| | | | <p>rar. Se o esquema for obrigatório e público, fica garantida, pelo contrário, a sobrevivência do esquema de seguro.</p> <ul style="list-style-type: none"> – A segurança social, como outras políticas públicas, apresenta externalidades positivas (v.g., contribui para a produtividade dos trabalhadores abrangidos); logo, existe um <i>rationale</i> para a socialização da externalidade por parte do Estado. – Na medida em que os sistemas de segurança social modernos evoluíram para assumir objetivos de combate à pobreza (nomeadamente no seio dos seus regimes não contributivos), a segurança social acaba também por favorecer a redução das desigualdades inter-individuais e esta é função do Estado no desenvolvimento da sua atividade financeira. |
| Porque é que algumas prestações sociais conhecem limites máximos? | – Armadilha da pobreza/ /Armadilha do desemprego. | | A atribuição de certas prestações sociais (v.g., subsídio de desemprego) pode criar incentivos para que o beneficiário evite procurar novo trabalho, enquanto estiver a receber a prestação. A introdução de limites máximos ao valor do subsídio procura justamente garantir que o beneficiário não desiste de procurar ativamente trabalho enquanto está desempregado. |

| Tópicos | <i>Insights da microeconomia</i> | <i>Insights da macroeconomia/ /de ordem política ou filosófica geral</i> | Explicação |
|--|--|---|---|
| Porque é que a segurança social (em particular o sistema de pensões) assenta num modelo de repartição ou de capitalização? | – <i>Life-cycle model</i> (Ando-Modigliani): hipótese de rendimento/ consumo permanente ao longo do ciclo da vida. | – Equivalência Ricardiana (Barro) ² ; – <i>Generational Accounting</i> (Feldstein-Gokhale-Kotlikoff). | – Os consumidores/contribuintes intuem racionalmente que é indiferente financiar a despesa (agregada) através de impostos ou de dívida: sabem que a dívida implica impostos futuros. Nessa medida, ajustam os padrões de consumo em função da despesa criada em cada momento. – <i>A contabilidade intergeracional</i> (CI) é uma forma de estimação da situação financeira global do Estado ou do seu sistema de segurança social: calcula para um determinado ano t , o valor atualizado dos impostos futuros que cada contribuinte terá de pagar, em face das transferências que recebe do Estado (“pagamento líquido”). Haverá equilíbrio se estes dois termos se igualarem. O modelo de CI parte de dois pressupostos (Silva, 2002, pp. 177-178): <i>i</i>) uma trajetória constante de crescimento da despesa; <i>ii</i>) a manutenção dos níveis de pagamento das gerações presentes. |

fundamentalmente no contexto de uma segurança social pública, embora, em diversos casos, esses mesmos conceitos possam ser transpostos, com as devidas adaptações, para a provisão privada de seguros sociais (repare-se, desde já, que a velha questão ideológica, da “privatização da segurança social”, não nos interessa por si só). Identificamos, na

² Não obstante esta sua inserção no plano da macroeconomia, a “equivalência ricardiana” apresenta pontos de contacto com os contributos da teoria microeconómica, nomeadamente com o modelo do “ciclo da vida”.

verdade, três grandes “pares” de conceitos, cada um deles marcado por antinomias internas, mas que apresentam, entre si, ligações de natureza circular, como revela a figura seguinte.

Figura 1 – Os três grande grupos de conceitos operativos da Segurança Social



Se é verdade que do ponto de vista jurídico, as diferenças entre financiamento da Segurança Social *pela via fiscal* (impostos gerais) ou *pela via contributiva* (contribuições sobre salários, pagas por trabalhadores e geralmente também pelas entidades empregadoras) são diferenças assinaláveis [diferenças desde logo quanto à natureza jurídico-tributária de cada um dos tributos, mas também, e como dissemos antes, em virtude da diferente densidade jurídica dos direitos dependentes de financiamento pela via fiscal (menor) quando comparada com a densidade dos direitos associados ao financiamento pela via contributiva (maior)], já do ponto de vista económico a distinção não é tão significativa (sobretudo numa ótica de longo prazo, do *life-cycle model*, como aquela que nos interessa). Na verdade, ambos, enquanto tributos, servem para financiar despesa pública e ambos implicam, como tal, perda de rendimento disponível para os trabalhadores e a repercussão dos seus efeitos no consumo presente. Apesar disto, existem, em termos económicos, duas diferenças relevantes: *i*) no financiamento através de impostos (*maxime* impostos

sobre o rendimento), a base de incidência dos mesmos tende a ser mais alargada do que no caso das contribuições, para incluir outros rendimentos que não apenas os do trabalho, atingindo pois as possibilidades de consumo dos cidadãos em geral, qualquer que seja o seu estatuto sociolaboral (acresce que, se considerarmos a natureza progressiva da maior parte dos impostos sobre o rendimento pessoal, verificamos então que, na margem, serão aqui mais pesadamente tributados os titulares de maiores rendimentos); *ii*) do ponto de vista contabilístico (na ótica das empresas), o custo só é considerado no cálculo dos respetivos resultados anuais – como custo não salarial da mão de obra –, quando haja lugar ao pagamento de contribuições para a segurança social, pagamento, desde logo, a cargo das próprias empresas.

Da opção pelo financiamento fiscal tende a resultar, por sua vez, no plano da técnica financeira usada, a opção pelo *regime de repartição*, ou seja, pelo regime em que a despesa é financiada, em cada momento, pela receita corrente gerada e não por fundos constituídos por ativos financeiros criados e alimentados a partir de contas de poupança individuais (como sucede no *regime de capitalização*). Aliás, pela sua natureza de tributo unilateral e em regra não consignado, é conatural ao imposto a aplicação da receita respetiva a uma variedade indeterminada de despesa, de entre ela a despesa social. Implicitamente ainda, os contribuintes estão aqui a financiar despesa presente, na expectativa de que esse processo de financiamento seja replicado pelas gerações seguintes. No entanto, ao contrário do que veremos suceder quando o financiamento é alimentado por contribuições, considerar os impostos como instrumento de “financiamento por terceiros” é algo de menos intuitivo, desde logo porque eles não são suscetíveis de uso em aplicações alternativas e, em particular, de serem usados como instrumentos de poupança. Na verdade, se pensarmos de novo à luz do modelo *life-cycle*, as contribuições sociais são instrumentos de poupança na fase ativa da vida (o que lhes advém, desde logo, das suas propriedades seguradoras), para depois serem usadas na fase inativa, a fase de *dissaving*, sob a forma de benefício social. Mesmo em regime de repartição, essa ideia de poupança está lá, intuída. Já no financiamento pela via fiscal, a conceção do imposto como elemento de poupança – pela sua fisionomia própria – torna-se muito mais problemática. Por esta razão, em suma, o financiamento pela via contributiva (ou seja, por contribuições sociais) sendo o que melhor se adequa à ideia de capitalização (pois aqui o elemento poupança é evidente), é também, curiosamente, aquele que colige para o regime de

repartição – quando seja este o existente – todas as consequências associadas ao “financiamento por terceiros”, e desde logo a percepção de que este financiamento gera uma dívida, uma dívida implícita, que deverá ser paga pelas gerações futuras.

Repare-se, por outro lado, que quer o regime de repartição quer o de capitalização convivem com *modelos de benefício definido* ou de *contribuição definida*, ainda que exista uma tendência para associar o regime de capitalização a estes últimos. E, contudo, não é forçoso que assim seja: de facto, sobretudo no passado, muitos planos de pensões geridos em regime de capitalização assentavam em modelos de benefício definido, e só mais recentemente foram evoluindo para esquemas preferenciais de contribuição definida. Evolução que, aliás, também se verificou no seio de alguns regimes (públicos) de repartição: também nestes o benefício definido cedeu passo perante a contribuição definida (a reforma no sistema de pensões sueco, verificada em final dos anos noventa passados, costuma ser indicada como exemplo paradigmático a este respeito) [o modelo sueco é vulgarmente conhecido como *modelo de capitalização virtual* ou “*nocional*”, pois embora implique a criação de contas de poupança individuais, permitindo o cálculo anual de um rendimento de valorização em razão das contribuições efetuadas, essa valorização resulta contudo de uma taxa determinada pelo Estado (ajustada regularmente em função da alteração em variáveis económicas, demográficas e financeiras relevantes), e não em virtude de uma qualquer rendibilidade de aplicações financeiras (determinada de acordo o funcionamento dos mercados financeiros), que aqui nem sequer têm lugar. No mais, a gestão financeira mantém as características da repartição, ou seja, o financiamento quotidiano do sistema assenta em contribuições dos ativos que assim asseguram o pagamento das pensões. O modelo sueco vai aliás mais longe do que outros modelos de capitalização virtual (v.g., Itália, Estónia), na medida em que estende a possibilidade de conformação ou de adaptação das pensões, mesmo quando estas já estão em curso de atribuição. Ou seja, em suma, as pensões a atribuir ou já atribuídas são objeto de permanente recálculo, em função da evolução, que é também permanente, daquelas mesmas variáveis económicas, demográficas ou financeiras, podendo haver assim atualizações “negativas” do valor das pensões. Este modelo tem a vantagem, sobre os modelos de capitalização convencionais, de tornar os sistemas de pensões menos dependentes do funcionamento volátil dos mercados financeiros, sendo menos atreitos à ideia de “mercantili-

zação” dos riscos sociais, mas ao mesmo tempo capaz de incorporar nas pensões a volatilidade das condições demográficas e económicas, com vista à sustentabilidade de longo prazo do próprio sistema. Para uma caracterização do sistema sueco, veja-se PALMER (2002), GUARDIANCICH (2010), BARR & DIAMOND (2010, pp. 160-3) e MENDES (2011)]. Aquilo que, em termos imediatos, separa os modelos de benefício definido dos modelos de contribuição definida é que enquanto nos primeiros se determinam as contribuições em função dos benefícios – cujo montante é predefinido ou predeterminado –, nos segundos os benefícios ficam dependentes das contribuições efetuadas ao longo do período contributivo, estas fixadas à partida. Sem embargo, no quadro dos planos públicos de pensões – pois também eles, antes de serem públicos, são planos de pensões –, a distinção entre os dois modelos obriga a alguma densificação destas ideias. Assim, no modelo de benefício definido, a pensão é formada de acordo com elementos predeterminados na lei, pelo que o contribuinte/beneficiário pode estimar, com alguma certeza, qual vai ser o valor da sua pensão, mesmo antes de se reformar, já que eles são conhecidos ou antecipáveis (como veremos adiante, a taxa de substituição das pensões tende por isso a ser fixa). Esses elementos são portanto *parâmetros ou fatores estáticos*, de cálculo de pensão, assinalando-se os seguintes:

- Valor da remuneração de referência (que inclui a taxa de revalorização dos salários sobre que incidem as contribuições sociais, podendo esta ficar indexada, por exemplo, à taxa de inflação ou à evolução do índice de preços no consumidor – IPC);
- Taxa anual de formação da pensão [entre nós, a taxa anual de formação situa-se entre 2 e 2,3%, percentagem variável em função da dimensão da carreira contributiva (taxa maior para carreiras maiores) e do valor da própria remuneração de referência (taxa maior para remunerações menores)]; e
- Dimensão da carreira contributiva (entre nós, considera-se carreira contributiva completa a que atinja os quarenta anos).

Ao invés, no modelo de contribuição definida, os fatores que concorrem para o cálculo da pensão são também *parâmetros ou fatores dinâmicos* (e a taxa de substituição das pensões é por isso flexível), em certo sentido voláteis e incertos, nomeadamente relacionados com:

- Variáveis demográficas (v.g., evolução da esperança média de vida);
- Variáveis económicas (v.g., taxa de crescimento da economia);
- Variáveis financeiras (v.g., saldo do sistema previdencial).

Posto isto, podemos afirmar que as vantagens do modelo de benefício definido são simultaneamente as suas principais desvantagens. Como refere Mendes (2011, p. 77), o esquema de benefício definido “é estabilizador de expectativas, mas revela uma grande rigidez perante contextos desfavoráveis: os direitos estão juridicamente garantidos pelo Estado de direito, e mesmo certas expectativas acerca das prestações futuras podem ter validade nos sistemas jurídicos mais vincadamente garantísticos”. Isto sucede assim, porque o modelo de benefício definido faz repercutir sobre os ativos do sistema a deterioração das variáveis económicas e financeiras que constituem os *inputs* desse sistema, nisso residindo justamente a sua alegada rigidez. Da mesma maneira, pela inversa, o modelo de contribuição definida (nomeadamente, na versão de contas nocionais *à la sueca*) leva a que sejam sobretudo os pensionistas (os inativos) a suportar todas essas contingências, permitindo a adaptabilidade do sistema à variação da conjuntura, mas isso pode, afinal, impedi-lo de garantir uma proteção social satisfatória [convém, além disso, não nos esquecermos de que Portugal não é (ainda) a Suécia, nem no que se refere à sua estrutura e capacidade económicas, nem no que toca aos seus índices de natalidade, nem quanto à suficiência do seu Estado de bem-estar]. Ainda assim, de forma inovadora (associando-se precisamente ao exemplo sueco), Portugal acolheu no seu sistema de pensões um dos parâmetros dinâmicos antes mencionado – a variável demográfica. Criou, em 2007, o *fator de sustentabilidade*. A sua introdução, e mesmo já considerando a alteração de 2013, implicou entre nós uma mudança importante, de substituição de um sistema de benefício definido puro, por um *sistema de benefício definido mitigado* [O fator de sustentabilidade (FS) foi previsto na LBSS de 2007 e regulado pelo Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio (regime jurídico das pensões de velhice e invalidez). O valor da pensão correspondia ao produto da pensão estatutária (calculada pela aplicação das regras de cálculo ou fatores estáticos antes indicados) pelo rácio EMV_{2006}/EMV_{n-1} (sendo EMV a esperança média de vida, e respetivamente, no numerador, EMV em 2006 e, no denominador, EMV no ano anterior ao de requerimento da pensão). A aplicação do FS poderia ser neutralizada – assim resultava desde logo do preâmbulo do diploma – de duas formas:

ou pelo prolongamento da idade de acesso à velhice para lá dos 65 anos (no respeito pelo princípio do *envelhecimento ativo*), ou através de um esforço contributivo suplementar, mormente no âmbito no regime público de capitalização (então também previsto). Recentemente, os termos do cálculo das pensões foram alterados pelo Decreto-Lei n.º 167-E/2013, de 31 de dezembro, que alterou conjuntamente as regras de fixação da idade normal de acesso à pensão de velhice (antes fixada nos 65 anos de idade). Assim, o FS aplica-se agora às: *a*) Pensões iniciadas até 31 de dezembro de 2014 e às; *b*) Pensões iniciadas após 1 de janeiro de 2015, mas desde que requeridas antes dos 66 anos (idade de acesso à pensão fixada para esse mesmo ano). As regras são diferentes consoante os casos. Para pensões iniciadas até 31 de dezembro de 2014, valem as regras iniciais do FS. Diversamente, para as pensões iniciadas após 1 de janeiro de 2015 e nas condições antes indicadas (requeridas antes dos 66 anos), o rácio será EMV_{2001}/EMV_{n-1} . Acima do tudo, o que ressalta nesta nova versão é a adequação da idade normal de acesso à pensão de velhice em 2014 à alteração da fórmula de determinação do fator de sustentabilidade. Tudo indica pois que haverá uma elevação paulatina da idade de acesso à pensão em razão da deterioração do rácio da EMV_{2001}/EMV_{n-1} , sendo que essa idade já não é mais de antemão fixada (como até aqui), antes dependendo da evolução do denominador do mesmo rácio. Em suma, pode dizer-se que à luz da versão anterior, o FS implicava variações (reduções) no valor da pensão a atribuir aos 65 anos, podendo essa redução ser neutralizada através das duas formas antes mencionadas. Agora, o FS induz variação (aumento) da idade de acesso à pensão, podendo aqueles instrumentos de neutralização ser relevantes, por exemplo, quando alguém requer a pensão antes da idade de acesso em cada momento ditada pelo rácio EMV_{2001}/EMV_{n-1} . No mais, a forma de garantir uma pensão completa, sem redução, resulta de se trabalhar até à idade (em princípio crescente), em cada ano ditada pela aplicação do mesmo rácio].

3.2. *O significado da ideia de “sustentabilidade da segurança social” e como promovê-la no contexto dos diferentes modelos de segurança social*

i) Sustentabilidade e financiamento pela via fiscal ou pela via contributiva...

Começamos por recordar uma ideia antes já afluada: “o” problema da sustentabilidade da segurança social é fundamentalmente um problema do sistema de pensões. Partindo desta premissa, impõe-se proceder a uma “separação de águas”, no sistema de segurança social, entre a gestão das pensões e a gestão das prestações imediatas (*i.e.*, prestações nas eventualidades doença, doenças profissionais, desemprego e parentalidade). No caso português, essa separação pode parecer difícil de fazer, desde logo porque o modelo de financiamento assenta numa *taxa contributiva global* (ainda conhecida por “taxa social única – TSU”). Seria em todo o caso possível e desejável, ainda que numa primeira fase de forma menos evidente (ou seja, mantendo a atual estrutura da taxa), autonomizar a parcela relativa à eventualidade velhice e geri-la *per se*, permitindo desde logo concretizar um mecanismo de desagregação atuarial da TSU que, em bom rigor, hoje não se verifica (alternativa mais radical seria abandonar o modelo da taxa contributiva global e criar uma taxa contributiva específica para as pensões. A ser assim, recuperar-se-ia um modelo de seguro social e repor-se-ia aqui a lógica previdencial e sinagmática que a conceção da TSU tem desvirtuado ao longo do tempo). [O atual modelo da TSU comporta vantagens e desvantagens. Quanto às *vantagens*, chamo a atenção para o facto de a mesma TSU poder ser utilizada para financiar outras despesas, que não apenas o custo técnico das eventualidades sociais, como sejam as que concretizem objetivos de política de rendimentos ou de política laboral. Além disso, o modelo é mais suscetível de ser utilizado para a prossecução de objetivos de natureza redistributiva. Acresce que o modelo da TSU é especialmente adequado a uma gestão em repartição (e repartição em todas as eventualidades sociais), e é adequado sobretudo em contextos de razoável crescimento económico. Nesse caso, a gestão interna da TSU permite assegurar, em cada momento, as compensações devidas entre o agravamento do custo de umas eventualidades e a redução do custo de outras (sem necessidade de alterar o valor global da taxa). A TSU permite, nessas circunstâncias, o *alisamento* de ganhos e custos técnicos. No entanto, sabemos que o

modelo conhece algumas *desvantagens*, sobretudo em contextos negativos como o que temos estado a viver. Em contextos de fraco crescimento económico e de desemprego, o modelo da TSU não funciona tão bem. Especialmente as pensões – que constituem sem dúvida a sua principal fatia – perdem sobremaneira por estarem associadas à eventualidade de desemprego. Herdam e são contaminadas pelo agravamento implícito do custo técnico do desemprego. Daí que a “separação de águas” entre pensões e as demais prestações pudesse favorecer: *i*) Uma análise mais rigorosa do impacto financeiro das pensões no longo prazo; *ii*) Uma melhor perceção da respetiva taxa de equilíbrio (esforço contributivo exigido em face do respetivo custo técnico); *iii*) Uma definição mais adaptada das medidas de reforma necessárias, de natureza paramétrica ou sistémica. E acima de tudo, essa segregação permitiria “limpar” o sistema de pensões da contaminação dos efeitos do desemprego que hoje se fazem sentir de duas formas, uma inevitável, outra dispensável: inevitável, porque o sistema de pensões é tributário, na cobrança de receita e na realização de despesa, do estado da economia (logo dos níveis de emprego e de desemprego); dispensável, porque, como a TSU é única e não é de ajustamento flexível (precisamente porque a desagregação não é atuarial), então o financiamento das pensões está, a todo o momento, a “herdar” e a ser contaminado pelos efeitos do desemprego.]

Autonomizadas as pensões (de velhice) de entre as restantes prestações sociais, pode então definir-se *sustentabilidade financeira do sistema de pensões*, seguindo Fall e Bloch (2014, p. 13), como a capacidade de o sistema ser capaz de cumprir as suas responsabilidades ou compromissos no médio a longo prazo. A sustentabilidade implica ainda que o valor atualizado (*discounted present value*) da corrente de receitas contributivas e de outras receitas, num horizonte temporal alargado, seja suficiente para cobrir as despesas projetadas. Desta forma, a sustentabilidade pode ser calculada como equilíbrio atuarial a longo prazo do sistema, havendo equilíbrio atuarial sempre que o valor atualizado da pensão esperada (considerada a esperança média de vida e as regras de atualização das pensões) seja igual à pensão formada à data em que o beneficiário se reforma. Repare-se que a opção entre financiamento pela via contributiva ou pela via fiscal não releva significativamente para este efeito: em contextos de repartição – cujas implicações para a sustentabilidade desenvolveremos a seguir –, estas duas opções de financiamento são intercambiáveis do ponto de vista económico (este é também um dos corolários da “equivalência ricardiana” e sobretudo da afirmação, antes produzida, de que

os efeitos económicos, sobretudo no longo prazo, destas duas formas de financiamento são similares) [na verdade, qualquer que seja a forma de *diversificação das fontes de financiamento* (princípio aliás acolhido na LBSS – artigo 88.º), pode sempre alegar-se que, no final, todas elas redundam em impostos].

ii) *Sustentabilidade e regimes de repartição ou de capitalização...*

Conceito não distante, mas diferente do de sustentabilidade do sistema de pensões, é o conceito de *sustentabilidade da dívida pública* – que é aliás uma expressão muito usada, hoje em dia, no quadro das finanças (globais) do Estado. Trazemos esta ideia à colação, pois, como vimos antes, também se usa falar de “dívida implícita” a propósito da que é gerada no contexto de sistemas de repartição, dívida suscetível de ser quantificada, ainda que nem sempre conhecendo na lei o mesmo tratamento e limites dos que são fixados para as restantes formas de dívida. [Veja-se, a este respeito, a noção de sustentabilidade das finanças públicas, que nos é dada pela nova Lei de Enquadramento Orçamental – LEO (Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro), e que parece não incluir os compromissos resultantes de “dívida” com pensões. Na verdade, apesar da primeira parte, ampla, do n.º 2 do seu artigo 11.º onde se afirma que a sustentabilidade é “a capacidade de financiar todos os compromissos, assumidos ou a assumir”, logo de seguida se limita o alcance da norma, acrescentando-se que essa mesma capacidade se afere “com respeito pela regra de saldo orçamental estrutural e da dívida pública, conforme estabelecido na presente lei” e assim se confina o seu espectro à noção convencional, contabilística, de dívida – financeira e não financeira.] Falar em dívida pública pressupõe necessariamente a existência de contratos intergeracionais, que manifestamente não existem em regimes de capitalização. Um plano de pensões gerido em capitalização obriga a aferir da sua sustentabilidade, mas não coloca, pela sua natureza, problemas de dívida. Já no regime de repartição, a sustentabilidade, pela natureza das relações contratuais subjacentes (ainda que implícitas), é, ela mesma, o atributo de uma dívida ou de compromissos assumidos perante outrem. Em particular, no caso particular dos planos públicos de repartição, reconhece-se (KANE & PALACIOS, 1996, p. 36) que os pensionistas e trabalhadores têm sobre o sistema de pensões direitos de crédito similares aos que obrigacionistas ou outros titulares de dívida pública têm sobre o Estado (como vimos antes, razão de densificação do próprio direito subjetivo em si). Tratar-se-ia,

assim, neste caso, de alargar a noção convencional de “sustentabilidade da dívida”, para nela integrar a chamada dívida implícita, nomeadamente a resultante de compromissos com pensões, com todas as implicações associadas em termos de gestão orçamental (*vide* Caixa 1). Mas as dificuldades desta integração são conhecidas, desde logo porque, apesar dos mencionados direitos adquiridos e em formação, a possibilidade de os governos adaptarem o sistema de pensões às mudanças fáticas e financeiras que aconteçam ao longo do tempo, preservando as suas condições quotidianas de sustentabilidade, é maior do que a possibilidade unilateral de alteração das condições de pagamento da dívida pública expressa, a qual ademais só em circunstâncias pontuais pode ser objeto de renegociação com a contraparte.

Caixa 1 – Da sustentabilidade da dívida pública (expressa)

Como nos diz Pereira (2012, p. 290), a sustentabilidade da dívida pública (enquanto sustentabilidade das finanças públicas) “impõe que o valor atual de todos os futuros excedentes orçamentais primários (ou seja, os saldos orçamentais sem juros) seja igual ao valor existente da dívida pública”, ou seja, formalizando, assim:

$$d_{t_0} = \sum_{t=t_0+1}^{\infty} \frac{pd_t}{(1+r/1+g)^{t-t_0}}$$

em que t é o período considerado, dt é o rácio da dívida pública e o PIB, pdt são os saldos orçamentais primários, r a taxa de juro nominal e g a taxa de crescimento do PIB nominal.

No pressuposto de que $r > g$ (admite-se que a taxa de retorno do capital será sempre maior do que a taxa de crescimento, agora ambas em termos reais), então isso significa que existe uma restrição orçamental intertemporal sobre o Estado que obriga a limitar o crescimento do endividamento e/ou à obtenção de saldos orçamentais (primários) consentâneos com esse objetivo.

Seja como for, recapitulando, as exigências de sustentabilidade impõem-se quer num caso quer noutro: nos regimes de capitalização, está em causa a sustentabilidade do plano individual de reformas que é antes de mais um plano de poupança; no regime de repartição, trata-se de aferir da sustentabilidade da dívida assumida para com outrem no quadro de um contrato intergeracional – colocando assim, de forma muito mais evidente do que em capitalização, problemas de justiça intergeracional, como também veremos.

Para já, repare-se que os fatores que atualmente condicionam a sustentabilidade dos planos de pensões (*maxime* os fatores demográfico

e económico) fazem-se sentir nos regimes de repartição e de capitalização, e não apenas nos primeiros, como por vezes se chega a pensar. Na verdade, considerando que quer o regime de repartição, quer o de capitalização constituem mecanismos organizados de pretensões sobre a riqueza futura, considerando ainda que as alterações demográficas relevam não por si só, mas na medida em que afetam a produção dessa riqueza, então tais alterações colocam desafios à gestão dos planos (que podem implicar redução de benefícios ou aumento de contribuições/ /prémios de seguro), independentemente do mecanismo de organização dessas pretensões (BARR & DIAMOND, 2010, p. 70). No entanto, pode contrapor-se o seguinte argumento: desde logo, por causa do pressuposto assumido na Caixa 1 – de que a taxa de retorno do capital é, no longo prazo, superior à taxa de crescimento real da economia –, então regimes de capitalização parecem ganhar vantagem sobre os de repartição (FELDMSTEIN, 1996, p. 6), especialmente em contextos de fraco crescimento económico, como aquele que marca hoje diversos países europeus, com Portugal em evidência. [Como é afirmado, por exemplo, no relatório da OCDE (OECD, 2015, p. 11), o crescimento dos ativos dos fundos de pensões em 2014 foi sustentada por retornos de investimento positivos. Todos os países da OCDE reportados registaram retornos líquidos reais positivos em 2014, em valores que oscilam entre 1,2% na República Checa e 16,7% na Dinamarca, com uma média ponderada de 5,0% e uma média simples de 6,8% para todos os países estudados. Esta tendência manteve-se em 2016 (assim, OECD, 2016, pp. 17-18), ainda que países asiáticos – que até aí a haviam seguido – tenham agora conhecido resultados negativos (o caso da China e de Hong Kong), por causa do mau desempenho dos mercados de ações naquela região do globo. Por outro lado, em 2016, assistiu-se a uma redução muito significativa do número de fundos de pensões em diversos países da OCDE, embora isso não apresente necessariamente correlação com o desempenho respetivo. Os resultados da regressão efetuada demonstram, pelo contrário, que as variáveis explicativas que se mostraram estatisticamente significativas para explicar o retorno dos fundos de pensões foram as dimensões dos mercados de pensões e o desenvolvimentos dos mercados acionistas (correlação positiva) e a afetação a obrigações (correlação negativa) (*Ibidem*, p. 27).] Se isto é assim, verifica-se contudo um *trade-off*: o da “mercantilização” do risco social, ou seja, o da sua entrega à volatilidade dos mercados financeiros (e afins) e às contingências próprias da sofisticação atual dos mesmos mercados. Mesmo que devidamente regulados

os fundos financeiros afetos a planos de pensões e sujeitos a princípios de prudência e de diversificação do risco, o risco de fuga à regulação subsiste e a hipótese do seu colapso pode verificar-se (para o “fantasma” do famoso caso Maxwell, nos anos noventa passados, que justamente se traduziu na implosão, por gestão fraudulenta, do fundos de pensões associado ao grupo de comunicação social Maxwell). De resto, a situação atual parece ilustrar já, por sua vez, um caso de eventual captura dos fundos de pensões pelas chamadas “finanças Ponzi” – que como se sabe, estão na base de movimentos especulativos ou do surgimento de “bolhas” em torno do valor de certos ativos. Na verdade, no contexto de taxas de juro muito baixas e prolongadas no tempo (como aquele que hoje se vive), os fundos de pensões estão a ser levados a adotar comportamentos de *search for yield* (“procura de rendimento”) que os leva a diversificar investimentos, pela aquisição de classes de ativos alternativas aos ativos “tradicionais” (ações e obrigações), processo de diversificação que pode acarretar, ao contrário do que é suposto, exposição a riscos acrescidos e irresponsáveis (alertando para este perigo, OECD, 2015, p. 15). De entre estas novas classes de ativos, destacam-se empréstimos, imobiliário, outros fundos mútuos, contratos de seguro não alocados, *hedge funds*, *private equity funds*, produtos estruturados, etc.

Repare-se que esta opção entre modalidades de gestão de planos de pensões, medindo prós e contras em função da sua rendibilidade e do risco, nada tem que ver com a natureza pública ou privada dos responsáveis últimos pelo plano – sejam eles empresas ou setores privados, seja ele o próprio Estado. Como sabemos, no caso português, embora o sistema previdencial da segurança social pública seja gerido fundamentalmente em repartição, existe já um instrumento de capitalização individual – o regime público de capitalização –, e que funciona justamente como instrumento de poupança de natureza facultativa (contas individuais de reforma), com vista à obtenção de uma pensão complementar no seio do mesmo sistema previdencial. [O seu objetivo consiste pois em reforçar a proteção na velhice e na invalidez absoluta, pela atribuição de um complemento da pensão ou da aposentação que assumirá a forma de renda vitalícia (cf. artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de fevereiro). Para tanto, deve o contribuinte aderente proceder ao pagamento de uma contribuição mensal que é creditada numa conta individual aberta em seu nome. O saldo da conta individual será, em cada momento, o resultado da valorização (“capitalização”) das unidades de participação que a integram, denominadas certificados de reforma. O pagamento das contribuições

é efetuado ao fundo dos certificados de reforma, que é um património autónomo gerido pelo Instituto de Gestão dos Fundos de Capitalização da Segurança Social (IGFCSS), de acordo com um conjunto de regras e princípios, designadamente em matéria de liquidez, composição dos ativos e política de investimento, constantes quer do Decreto-Lei em apreço, quer do respetivo regulamento de gestão. Anualmente, o IGFCSS deve prestar aos contribuintes aderentes informação sobre a evolução e situação atual da conta individual, a taxa de rendibilidade anual do fundo, a forma e local onde se encontra disponível o relatório e contas anuais referentes ao fundo, bem como a composição do respetivo património (cf. n.º 1 do artigo 43.º)] Neste caso, trata-se de um esforço contributivo adicional e que, na sua génese, recorde-se, visava neutralizar os efeitos da aplicação do fator de sustentabilidade sobre o valor da pensão (isto é, a redução sofrida no regime de repartição seria compensada pelo valor da pensão adicional obtida no seio do regime de capitalização). Seja como for, se isto é certo, não é menos que os regimes privados de planos de pensões assentam, em regra, na capitalização financeira. Por isso, a deriva de um sistema de repartição para um sistema de capitalização (em grau menor ou maior) pode traduzir também a opção entre um sistema público ou privado de segurança social (ou por um e outro em proporções variáveis).

Nos anos noventa passados, na sequência da elaboração, entre nós, do *Livro Branco da Segurança Social* (COMISSÃO DO LIVRO BRANCO, 1998), discutiu-se muito esta questão: criar no sistema previdencial, a par da primeira pensão atribuída pelo sistema público de repartição, uma segunda pensão obrigatória de natureza privada e assegurada em capitalização. Ao contrário porém da opção que acabou por ser feita em 2008, com a criação do regime público de capitalização, a segunda pensão de que então se falava, além de privada e obrigatória, seria formada sem recurso a partilha de base de incidência tributária (*piggy-backing*), uma vez que parcelas diferentes de remuneração serviriam como base de incidência para efeitos de formação das duas pensões: com efeito, mediante introdução de limites horizontais (*plafonds*) ao valor da remuneração base de incidência, o contribuinte financiava o sistema público de repartição (a primeira pensão) até ao valor do *plafond*, e para lá desse valor financiaria uma conta individual gerida em capitalização (a segunda pensão). Isto significava, assim, que o esforço contributivo não conheceria a redundância de incidir duplamente sobre a mesma base de incidência, mas significava também perda de receita no sistema de repartição – pelo menos no imediato e no curto prazo –, já que logo desviada para a com-

ponente afeta à capitalização. [Diversamente, no atual regime público de capitalização, como a base de incidência toma “por referência a média dos valores que constituíram base de incidência para o cálculo das contribuições para o sistema previdencial da segurança social, para a Caixa Geral de Aposentações (CGA) ou para outro regime de proteção social de enquadramento obrigatório, nos 12 meses que antecedem o 2.º mês anterior à data” (cf. n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 26/2008), o regime acaba por se fundar quase por inteiro num mecanismo de partilha de base de incidência tributária – os montantes de remuneração que relevam, como base de incidência, no sistema de repartição relevam, quase como tal, também no de capitalização.] A grande dificuldade estaria então em assegurar os *custos de transição* de um sistema de repartição puro, para um sistema de repartição doseado com capitalização. Privado o sistema de repartição de uma fatia significativa da sua receita, a questão estaria em como continuar a financiar, numa base *pay-as-you-go*, os compromissos quotidianos por ele já assumidos perante pensionistas em curso de atribuição ou em curso de formação. Como notámos em momento anterior (CABRAL, 2010), para minimizar (que não impedir) a perda de receitas ocorridas durante este período, foram identificadas algumas medidas, como por exemplo, a entrada em vigor do regime de forma progressiva, por escalões, ou a sua aplicabilidade a apenas novos subscritores ou com idades inferiores a uma determinada (o que protelaria, repare-se, por várias décadas a efetiva entrada em vigor do novo sistema, retirando-lhe eficácia positiva imediata, ou seja, a atribuição pelo sistema público, de pensões com limites máximos). Em alternativa (ou conjugadamente), impor-se-ia o recurso a fontes alternativas de financiamento do sistema público de repartição, para compensar aquela perda de receitas. Acontece que tais fontes alternativas implica(ria)m, em qualquer caso, o agravamento da carga fiscal (v.g., aumento do IVA) ou o recurso à dívida pública, soluções, como se vê, sempre de difícil exequibilidade, sobretudo em circunstâncias marcadas por sobrecarga fiscal ou por excesso de dívida pública, como é a circunstância atual (afigurando-se designadamente inusitado procurar resolver o problema da dívida implícita à custa da emissão de nova dívida expressa, ou seja, transferindo, de igual modo, para as futuras gerações o encargo a ela associado).

iii) *Sustentabilidade e modelos de benefício definido ou de contribuição definida*

Em contexto de benefício definido, os regimes de repartição assumem que o benefício é o resultado do esforço contributivo e da dimensão da carreira contributiva do beneficiário, e o cálculo da pensão obedece a parâmetros estilizados (remuneração de referência por anos de carreira) que, no final, determinam uma percentagem, maior ou menor, de substituição do salário perdido pela pensão atribuída. Se os parâmetros são fixos, porque previamente definidos na lei (*vide supra*), então a taxa de substituição também é fixa (no sentido de determinável). Da forma como são previstos estes parâmetros resulta a adesão da pensão à realidade (contributiva): se a regra legal disser que a remuneração de referência (RR) é a média das dez melhores remunerações dos últimos quinze anos de carreira, a adesão à realidade será porventura menor do que se essa remuneração corresponder à média de todas as remunerações obtidas ao longo da vida ativa. Em certos casos, as regras são muito generosas e a adesão à realidade (contributiva) é fraca: atribuem-se pensões que sobrevalorizam o esforço contributivo e a dimensão da carreira contributiva. Isto é mais fácil de acontecer em contextos de repartição do que de capitalização, pela própria natureza do financiamento: como afirmam Barr e Diamond (2010, p. 32), uma das implicações dos regimes de repartição é que estes relaxam a obrigação de que os benefícios sejam cobertos pelas contribuições, diríamos mais, que os benefícios reflitam efetivamente o esforço contributivo.

Em contrapartida, no entanto, os sistemas de repartição procedem à redistribuição intergeracional, alisando esforços contributivos diferenciados ao longo do tempo, num jogo intertemporal que se pretende de soma nula, ainda que em certos momentos ou circunstâncias uns possam beneficiar mais do que outros. Isto é especialmente evidente nos momentos iniciais, desde logo quando o sistema se inicia ou se expande, em que mecanismos de redistribuição intergeracional operam fundamentalmente em favor de trabalhadores mais velhos ou já pensionistas. Na verdade, quando, após a II Guerra Mundial, se generalizaram na Europa os sistemas públicos de repartição, os primeiros anos de implementação do sistema foram marcados pela sua “imaturidade”. Carreiras contributivas inexistentes ou curtas conviviam com a necessidade de atribuir pensões aos mais idosos. Estes – os da geração de entrada mais velha – beneficiaram assim de um sistema para o qual praticamente não haviam con-

tribuído, ou seja, beneficiaram, nas palavras de Schokkaret e Van Parijs (2003, p. 254), de um “almoço grátis” (Para os autores, houve contudo um bom fundamento para que assim tivesse acontecido (SCHOKKARET & VAN PARIJS, 2003, p. 254): é certo que esta geração beneficiou da criação do sistema de *pay-as-you-go*, mas fora ela também que mais pesadamente havia sofrido os efeitos da Guerra). Financiar este almoço foi possível graças à existência de coortes alargados (de número superior) de população jovem, ativa e com acesso crescente ao emprego. Assim sendo, neste contexto, de bonança económica e demográfica, a partilha de riscos entre gerações – elemento imanente ao sistema *pay-as-you-go* – ditou que fossem os coortes de população ativa mais nova a suportar o sistema e a assumir este primeiro risco ou se se quiser, melhor, esta vicissitude (forem eles como que os “perdedores” deste momento inicial, de “abertura” do sistema). Em todo o caso, repare-se que à medida que o sistema foi amadurecendo – ou seja, à medida que as carreiras médias se tornaram progressivamente maiores – tudo o resto constante (ou seja, taxas de crescimento significativas e renovação geracional), então os equilíbrios foram-se obtendo e todos passaram a “vencedores”, ou seja, a beneficiar equitativamente do sistema instituído. A alteração posterior dos pressupostos económicos e demográficos (num sentido negativo) implicou, contudo, que carreiras contributivas longas deixassem de bastar para assegurar, no longo prazo, os referidos equilíbrios, determinando neste caso uma nova classe de perdedores: as gerações futuras seriam invariavelmente confrontadas com taxas de substituição mais baixas (pensões mais reduzidas em termos nominais), se nada fosse feito no presente, por exemplo, reformas na segurança social que poderiam no limite implicar reduções permanentes aos valores de pensões em curso de atribuição. A opção mais definitiva e quiçá mais lógica, para resolver esta rutura, seria tão só a de “fechar” o sistema de repartição, substituindo-o total ou parcialmente pelo de capitalização – e assim aproveitando, além disso, as propriedades multiplicativas do capital financeiro. No entanto, a ser este o caso, como vimos antes, seriam as gerações ativas de saída a “perder” mais, se calhar de forma irreparável, pois teriam de suportar os custos de transição, financiando simultaneamente a pensão dos inativos (em repartição) e a sua componente de pensão a formar-se em capitalização.

Acima de tudo, apesar dos problemas notados de sustentabilidade, a ideia de repartição mantém alguns dos seus principais atrativos (desde logo, a existência de mecanismos de solidariedade entre gerações) e, de

certa forma, ela incorpora uma visão não catastrofista, uma esperança em relação ao futuro. O regime de repartição poderá sobreviver (se essa for a vontade política prevalecente), mas incorporando-lhe elementos que impliquem uma *melhor* partilha de riscos pelas várias gerações envolvidas. Assim, de duas formas diferentes:

- Uma primeira forma consiste em reforçar a “adesão à realidade” pelo sistema, procurando que o valor da pensão reflita verdadeiramente o esforço contributivo, prevenindo fenómenos de “manipulação estratégica” das carreiras contributivas, o que sucede por exemplo quando a média de salários relevante para a determinação da RR seja apenas a dos últimos anos de carreira (levando a subdeclaração dos salários nos primeiros anos e a sobredeclaração nos últimos). Foi o que foi feito entre nós, em 2002 e depois em 2007 (Decreto-Lei n.º 35/2002, de 19 de fevereiro, e Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), quando se passou a considerar toda a carreira contributiva na determinação dessa RR e assim fazendo refletir melhor no valor da pensão o esforço contributivo realizado durante a vida ativa. Neste caso, porém, não se abandona a lógica do benefício definido – antes pelo contrário – e a taxa de substituição (das remunerações pelas pensões) mantém-se fixa, pois que determinável. Se é verdade que este sistema é *justo* numa ótica de justiça comutativa, também é certo, como dissemos, que ele cria desequilíbrios geracionais quando se alteram os referidos pressupostos económicos e demográficos, onerando especialmente os atuais e futuros contribuintes e vem alertar para a impossibilidade futura de manter taxas de substituição quase integrais (Hoje em dia, para carreiras contributivas máximas e RR médias, as taxas de substituição atingem os 80%), logo, para a sua eventual progressiva redução;
- Outra forma consiste, ao invés, em prever a determinação flexível das pensões, já não apenas em função do esforço contributivo e da duração das carreiras contributivas, mas de outros fatores, *voláteis*, mormente de ordem económica (v.g., crises) ou demográfica (v.g., quebras de natalidade). Esta adaptabilidade permite, curiosamente, que o sistema de repartição continue a exercer a sua habitual função de partilha de riscos e de justiça intergeracionais, mas agora já não, necessariamente, à custa da compensação de esforços contributivos diferenciados ao longo do tempo, favorecidos pela maturidade crescente do sistema. Quando se entra em *velocidade de cruzeiro*

e o crescimento económico abranda, verifica-se, pelo contrário, que a justiça intergeracional e a própria sustentabilidade não só já não dependem da maturidade do sistema, nem da longevidade média das carreiras, como podem até, paradoxalmente, ser postas em causa por essa mesma maturidade [a este respeito veja-se o estudo de Fall (2014), em que se simulam os efeitos de um choque negativo, de natureza económica (choque de produtividade) e de natureza demográfica (choque migratório e envelhecimento) sobre modelos de benefício definido e de contribuição definida (ambos em repartição), concluindo-se pela maior robustez dos segundos]. Por isso, a partir daqui – recorde-se Rawls (1993) –, torna-se difícil exigir uma “poupança positiva” por parte da geração anterior, a ser transmitida à(s) seguinte(s). [O último estágio de desenvolvimento coincide na verdade, em Rawls (1993, p. 232), com o último estágio em que a poupança positiva é exigida – pois esta é fase de concretização de uma sociedade justa (instituições justas concretizadas) –, e em que apenas por razões de aumento da riqueza material (e não de justiça) se pode continuar a exigir esse esforço de poupança.] Apenas se pode exigir a não delapidação do adquirido (nomeadamente com encargos transmitidos que provoquem a erosão das poupanças existentes). A deriva dos modelos de benefício definido para modelos de contribuição definida (ou para modelos mistos), em contexto de repartição, ao ajustar as pensões à produtividade e à renovação geracional, significa afinal isto: no estado de *velocidade de cruzeiro*, as gerações presentes prescindam de legar às gerações futuras encargos marginais com pensões superiores àqueles que elas próprias tiveram de suportar e que, em certas alturas (de retração económica severa), admitem mesmo vir a receber, temporariamente, pensões de valor inferior, em termos nominais absolutos. Com base neste quadro *filosófico*, diversos países da OCDE, seguindo o exemplo sueco pioneiro, têm introduzido os chamados “*mecanismos automáticos de ajustamento*”, que são, no fundo, adaptações dos parâmetros de cálculo e de atribuição das pensões (*vide supra*) às contingências da economia e da demografia (sobre tema, veja-se FALL & BLOCH, 2014). Repare-se, por outro lado, que o recurso a mecanismos automáticos de ajustamento implica ainda o seguinte:

- i) O reconhecimento de que as “reformas” da segurança social (e do seu sistema de pensões) são necessariamente incertas e às vezes extemporâneas quanto aos seus resultados, e que melhor do que estar a reformar permanentemente a segurança social, é preferível aceitar o seu carácter volátil, dando-lhe elementos de flexibilidade que lhe permitam adaptar-se, automaticamente, em cada momento, às alterações de circunstâncias;
- ii) Mau grado a importância das projeções de longo prazo, nomeadamente para a definição das tendências que envolvem as principais variáveis relevantes nos sistema de pensões, os cenários de base respetivos partem sempre do comportamento, todos os anos e em cada um dos anos, das variáveis que condicionam o sistema (crescimento económico, emprego, desemprego, salários, etc.) ou que lhe são imanentes (cobrança de receita e realização de despesa), e isso implica alterações recorrentes das próprias projeções.

Musgrave (1981) traçou uma tipologia com quatro modalidades de provisão de pensões (Quadro 4) que consideramos manter toda a sua atualidade – desde logo porque em algumas delas encontramos elementos de benefício definido, noutras elementos de contribuição definida, e porque aí se encontra também uma proposta de síntese, inovadora, que hoje nos deve merecer a maior atenção.

A primeira modalidade, de “provisão *ad hoc*”, é dificilmente concebível entre nós, nomeadamente porque ela pode pôr em causa princípios de segurança jurídica – na vertente da tutela da confiança – que estão subjacentes à atribuição de pensões, fixadas segundo regras legislativas de cálculo. Trata-se, como dissemos antes, de prestações associadas a direitos com uma especial densidade. Os cortes recentemente verificados no valor das pensões só foram aceites pelo Tribunal Constitucional durante um período de tempo transitório e tolerou-se então a restrição do direito, dadas as circunstâncias excecionais, de necessidade financeira por que o país passava. Agora, pretender deixar ao entendimento da maioria (expresso no governo em funções) o valor das pensões a pagar em cada momento e aceitar, nomeadamente, reduções nominais destas, ainda que com o argumento (usado habitualmente) do reforço da sustentabilidade da segurança social, não parece ser, ainda assim, aceitável à luz do quadro jurídico-constitucional aqui vigente. De seguida, as duas

Quadro 4 – As modalidades de provisão de pensões segundo Musgrave (1981)

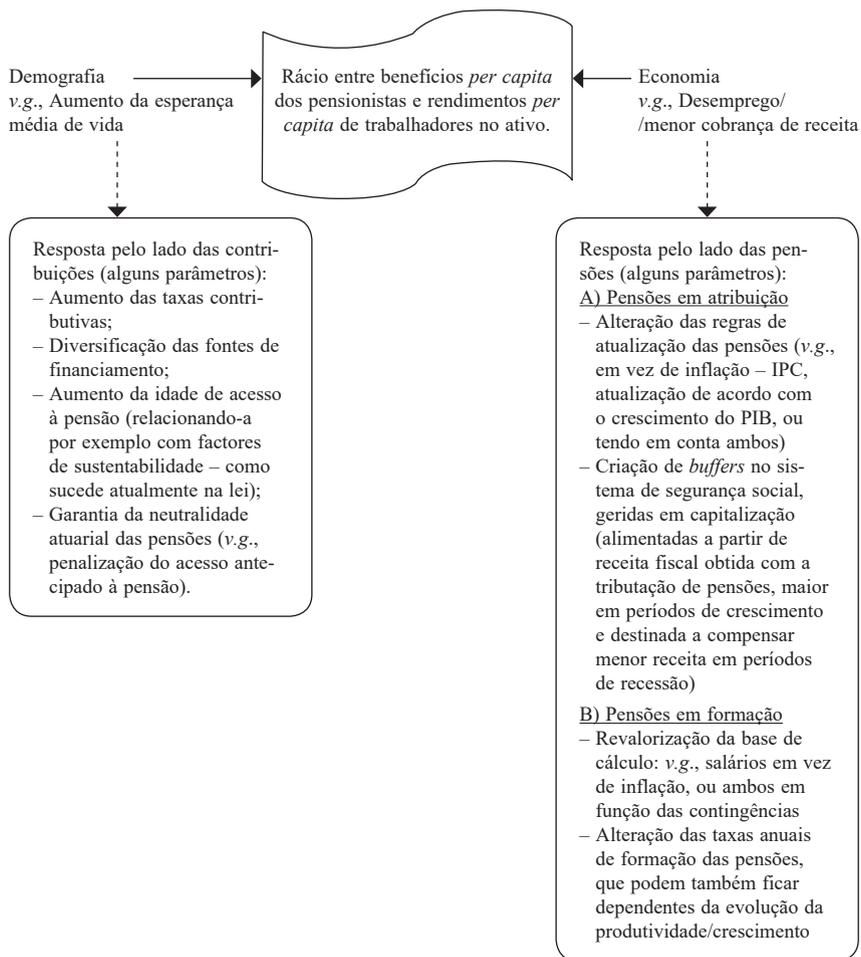
| Provisão <i>ad hoc</i> | Taxa de substituição fixa | Taxa de substituição ajustável | Posição fixa relativa |
|--|---|---|--|
| Em cada período, são os eleitores que escolhem o nível de provisão a conceder aos seus pensionistas. | A pensão substitui, em termos fixos, o valor de remuneração obtido até aí. | A pensão substitui o valor de remuneração obtido até aí, sem prejuízo de ajustamento (<i>infra</i>). | As contribuições e os benefícios (pensões) são estabelecidos de modo a manter, em níveis constantes, o rácio dos benefícios <i>per capita</i> dos pensionistas em relação aos rendimentos <i>per capita</i> dos trabalhadores no ativo. |
| Elementos de ajustamento: não relevante. | Elementos de ajustamento (perante alterações demográficas): como a taxa de substituição das pensões em relação aos salários é fixa, o elemento de ajustamento será a taxa de contribuição a suportar pela geração ativa (ajustamento pela lado do financiamento – v.g., contribuições ou impostos) | Elementos de ajustamento (perante alterações no crescimento económico ou produtividade): a taxa de substituição pode ser ajustável, para permitir que os pensionistas possam tirar dividendos do aumento da produtividade ou, pelo contrário, sofrer reduções quando a produtividade decai. | Elementos de ajustamento a alterações demográficas ou do crescimento económico: uma vez estabelecido o rácio <i>supra</i> (de acordo com a proposta de Musgrave, o rácio seria de 0,33), as taxas de contribuição e de substituição seriam ajustáveis, se necessário, em reposta às alterações demográficas e de produtividade, para manter aquele rácio inalterado. Assim, respostas a alterações demográficas, far-se-iam pelo lado da contribuição (aumento ou diminuição do esforço contributivo), mas sem que as taxas de substituição dos benefícios fossem alteradas; respostas a alterações da produtividade ocorreriam pelo lado da taxa de substituição dos benefícios, mas sem que a taxa de contribuição sofresse alteração. |

modalidades intermédias, de “taxa de substituição fixa” e de “taxa de substituição ajustável”, traduzem a transição de um sistema de benefício definido, para outro com elementos de contribuição definida. Por fim, a modalidade de “posição fixa relativa”, que o autor acaba por subscrever, é peculiar por procurar manter o sistema de pensões numa espécie de *estado estacionário*, promovendo em simultâneo a sua sustentabilidade atuarial e financeira, mas também a justiça intergeracional, através de um adequado sistema de partilha de riscos entre gerações.

Dada a sua originalidade e interesse, e ainda pelo facto de esta última modalidade não se limitar a consubstanciar uma deriva do sistema de benefício definido para o de contribuição definida, antes indo num sentido diferente, valerá a pena equacionar a sua transposição para o caso português. Trata-se de uma opção de diferente sentido relativamente às demais modalidades referidas, sobretudo por duas razões. Em primeiro lugar, porque a “posição fixa relativa” vem abandonar o elemento-chave subjacente à distinção entre benefício definido e contribuição definida, que é como vimos o elemento “taxa de substituição das pensões” – taxa de substituição fixa no primeiro caso, taxa flexível, no segundo. Aqui, diversamente, o elemento-chave é o da relação entre rendimentos das diferentes gerações envolvidas, assentando precisamente num equilíbrio tenso e estável nessa relação. Em segundo lugar, porque as reações ao impacto dos fatores demográfico e económico sobre o sistema de pensões são diferentes, quer quanto à geração que deve protagonizar a reação (os trabalhadores no ativo ou os pensionistas), quer quanto ao “lado” pelo qual se opera a adaptação às novas circunstâncias – nuns casos, pelo “lado” do financiamento (adaptação pela via contributiva ou fiscal), nos casos, pelo lado das prestações/pensões (adaptação pela via prestacional), estejam elas em atribuição ou em formação.

O ponto de partida está em definir o estado estacionário que corresponda a um rácio estável entre rendimentos das sucessivas gerações (por exemplo, de 1/3), que permite sinalizar se, quando e com que intensidade, em virtude da ocorrência daqueles fatores demográficos ou económicos, as desigualdades intergeracionais se acentuam, pondo em causa o estado estacionário inicial. Para isso, haveria que definir um mecanismo (*trigger*), destinado a ser acionado sempre que fatores daquela índole viessem a penalizar os rendimentos de uma das gerações envolvidas, deteriorando a relação. Como demonstra a figura 2, as formas de reação são diferentes consoante a natureza do choque. Por outro lado, os parâmetros envolvidos estão pensados para responder automaticamente, logo que acionado o

Figura 2 – A transposição da “posição fixa relativa de Musgrave” para o sistema de pensões português



trigger, pelo que devem ser, desde logo, muito bem estimados e calibrados pelo decisor, prevenindo nomeadamente incursões legislativas subsequentes que poderiam ser consideradas arbitrárias. Como se vê assim na figura, que segue de perto Musgrave, sempre que ocorresse um fator de ordem demográfica (v.g., aumento da esperança média de vida), a reação operaria sobretudo pelo lado das contribuições – seriam pois os trabalhadores no ativo (a geração dos futuros pensionistas) a suportar as consequências dessas alterações demográficas (negativas). Por sua vez,

no caso de alterações na taxa de crescimento da economia, com impacto desde logo a nível da cobrança de receita contributiva pela segurança social, deveriam ser os pensionistas, desde logo os pensionistas em atribuição, a “suportar” essa contingência, nomeadamente fazendo acionar as regras (automáticas) de atualização de pensões, que permitiriam por exemplo, nos casos graves de recessão económica, diminuição (temporária) de pensões em pagamento, ou pelo menos de algumas delas. [Repare-se que atualizações “negativas” de pensões, apesar de problemáticas, não colocam os mesmos problemas de constitucionalidade, nomeadamente quanto a uma eventual violação do princípio da segurança jurídica, na vertente da tutela da confiança. Isto é assim porquanto estas regras, pela sua própria natureza, apenas dispõem para futuro, ao contrário do que sucede quando se pretende recalcular *a posteriori* pensões em atribuição, ou fixar-lhes limites máximos de forma permanente. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 862/2013, de 7 de janeiro de 2014 (Processo n.º 1260/13), declarou a inconstitucionalidade de normas que justamente implicavam o recálculo *a posteriori* de pensões em atribuição, e assim com o fundamento na violação do princípio da tutela da confiança. De qualquer forma, apesar de não colocar este tipo de problemas com a mesma intensidade, a admissibilidade de atualizações “negativas” do valor das pensões não deixa de exigir cautelas e impor salvaguardas. Como dissemos num comentário justamente ao Acórdão referido (CABRAL, 2014b), essas salvaguardas deverão ser pelo menos as seguintes: *i*) Diferenciação positiva: as atualizações “negativas” de pensões devem salvaguardar as de valor mais baixo e fariam sentir os seus efeitos de forma progressiva em razão do valor da pensão; *ii*) Limitação temporal para as atualizações negativas (por exemplo, não podendo haver uma perda no valor da pensão por um período superior a três anos consecutivos); *iii*) Ajustamento automático das pensões: assim, da mesma forma que os “maus anos” económicos, financeiros, demográficos, relevam negativamente no valor das pensões, também os “bons anos” devem traduzir-se em aumentos de pensões, em conformidade; *iv*) A medida deve ser o mais consensualizada possível, para poder ser acolhida com estabilidade, impondo-se assim a sua negociação prévia, mormente em sede de concertação social.] De notar, por fim, que estes dois fatores – demográfico e económico – podem concorrer em simultâneo, obrigando a reações de ambos os “lados”, ou podem, pelo contrário, neutralizar-se.

Verifica-se, por conseguinte, pela sua capacidade de adaptação às diversas contingências que concorrem para a formação e atribuição de

uma pensão (de velhice), que um modelo deste tipo está disposto a dar uma resposta satisfatória aos “desafios” da sustentabilidade e ao mesmo tempo a promover a justiça intergeracional no seio do sistema de pensões, garantindo uma partilha de custos e benefícios mais equilibrada entre as gerações envolvidas. A ideia de definir o tal estado estacionário como rácio estável entre rendimentos das sucessivas gerações permite instrumentalizar os parâmetros fundamentais que concorrem para a formação e atribuição de uma pensão, ponderando-os pela sua importância relativa e sobretudo permitindo a sua adaptação, de forma a garantir que todas as gerações possam partilhar, nos seus rendimentos relativos, eventuais custos demográficos, tecnológicos e outros, mas também aproveitar, nesses mesmos rendimentos e na mesma razão, os benefícios associados eventualmente a uma maior produtividade futura.

4. Notas conclusivas

No presente Capítulo, começámos por relacionar o conceito de sustentabilidade com o princípio da justiça intergeracional. Dissemos que, na segurança social, a ideia de justiça entre gerações tem sobretudo uma relevância financeira (e pode ser calculada, estimando-se custos e benefícios que são transmitidos às futuras gerações). Assim, no domínio da segurança social, a justiça intergeracional encontra a ideia de sustentabilidade e acaba por dissolver-se nela.

Falar em sustentabilidade da segurança social significa sobretudo falar em sustentabilidade do seu sistema de pensões e, em certos casos (no contexto de regimes *pay-as-you-go*), implica falar da sustentabilidade da dívida (implícita) associada. A relevância dos direitos das gerações envolvidas faz-se aqui, entre nós, mediante a distinção entre pensões em atribuição (correspondendo aos chamados “direitos adquiridos”) e pensões em formação (equivalentes aos “direitos em formação”). O “tempo” dos direitos na área da segurança social integra o curto prazo, mas abrange também já o médio/longo prazo, pois tratam-se de direitos de formação longa no tempo e de concessão duradoura. Existem contudo outros “tempos” relevantes, os tempos da formulação da política e o da investigação. Ambos podem e devem corresponder a um horizonte alargado, mas para efeitos de tomada de decisão que responsabilize decisores perante as gerações futuras, impõem-se limites temporais, os quais são justificados pela *utilidade* da decisão, sua *razoabilidade* e pelas *possibilidades técnicas* dos instrumentos analíticos que as sustentam.

Em relação ao “tempo” dos direitos, afirmámos que as pensões correspondem a direitos sociais especialmente densos, pelo que elas devem merecer ser tuteladas perante incursões do decisor, ainda que apoiado na maioria, nomeadamente incursões gravosas que impliquem por exemplo reduções nos montantes atribuídos. A crise recente veio exacerbar as fragilidades do Estado e acabou por pôr tudo em questão, desde logo os fundamentos do Estado de bem-estar: no limite, mesmo para direitos dotados desta especial densidade, o *retrenchment* do Estado pode significar a transformação de prestações vencidas em prestações sempre vincendas, de direitos adquiridos em direitos em constante formação – em suma, a transformação de “direitos” em “não direitos”.

Confrontada com este alegado problema de sustentabilidade, as possibilidades de reforma da segurança social (e do sistema de pensões) têm sido equacionadas em torno de três pares de opções, cada par antinómico entre si, opções essas que podem ser descritas de forma circular: financiamento pela via contributiva ou pela via fiscal; repartição ou capitalização; benefício definido ou contribuição definida. Nos últimos anos – na sequência da implementação do modelo sueco de “contas nocionais” –, é este último par que tem merecido maior atenção: discute-se, por exemplo na OCDE, como podem ser introduzidos nos regimes de repartição mecanismos automáticos de ajustamento às vicissitudes de natureza demográfica e económica. Estes mecanismos automáticos, se previamente bem definidos e calibrados na lei, substituem a necessidade de reformas recorrentes na segurança social.

Nesta linha, recordámos as propostas pioneiras de Musgrave que, nos idos anos oitenta, predestinavam já o debate que agora se faz, neste princípio de novo século. Já então Musgrave confrontava, por exemplo, duas modalidades do regime de pensões, de “taxa de substituição fixa” e de “taxa de substituição ajustável”, na verdade embriões dos agora denominados regimes de benefício definido e de contribuição definida. Já então também, Musgrave equacionava uma modalidade alternativa, a que denominou de “posição fixa relativa”, cujo aspeto peculiar residia no facto de procurar manter o sistema de pensões numa espécie de *estado estacionário*, promovendo em simultâneo a sua sustentabilidade atuarial e financeira, mas também a justiça intergeracional, através de um adequado sistema de partilha de riscos entre gerações. O nosso desafio derradeiro consistiu então em procurar transpor este modelo para o contexto do sistema atual de pensões português (que é basicamente de *pay-as-you-go*), e de avaliar o seu realismo e adequação jurídico-constitucional.

Concluimos que alguns problemas de constitucionalidade poderiam ser agora melhor enfrentados, nomeadamente quanto a uma eventual violação do princípio da segurança jurídica, e desde que adotadas algumas salvaguardas elementares.

Qualquer que seja a sua exequibilidade, o modelo demonstra uma importante virtualidade: a de “olhar” para a segurança social em função do estágio de produção de riqueza que a sustenta em cada momento. Como sabemos, o contexto atual é de crescimento fraco (“*velocidade de cruzeiro*”), e que por isso não pode exigir sacrifícios injustos e inusitados às gerações futuras, gerações que, de resto, desde já se apresentam. Esta modalidade de “posição fixa relativa” permite, com efeito, assegurar automaticamente a manutenção dos equilíbrios intergeracionais, através de um *trigger* destinado a ser acionado sempre que fatores de natureza demográfica ou económica possam penalizar os rendimentos de uma das gerações envolvidas. Mas acima de tudo o modelo preserva a cadeia *pay-as-you-go*, ou seja, as relações entre gerações seguintes, elos de solidariedade e de responsabilidade, que implicam o reconhecimento pragmático de que não é com isolacionismo geracional que se enfrenta melhor aquilo que ainda não existe.

Bibliografia referenciada

- BARR & DIAMOND, 2010. Nicholas Barr & Peter Diamond, *Pension Reform – A Short Guide*, Oxford & New York: Oxford University Press
- CABRAL, 2010. Nazaré da Costa Cabral, *Contribuições para a Segurança Social – Natureza, Aspectos de Regime e de Técnica e Perspectivas de Evolução num Contexto de Incerteza*, Cadernos do IDEFF, n.º 12, Coimbra: Almedina
- CABRAL, 2014a. Nazaré da Costa Cabral, “A reforma da segurança social portuguesa: análise de soluções à luz de uma escala gradativa de intensidade”, in *Por onde vai o Estado Social em Portugal?*, ed. Fernando Ribeiro Mendes & Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, pp. 273-96
- CABRAL, 2014b. Nazaré da Costa Cabral, “Redução de pensões em curso de atribuição e o princípio da proteção da confiança: algumas reflexões sobre o modo de superação deste impasse, a propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 862/2013”, *Direito & Política*, n.º 7, maio-agosto 2014, pp. 90-103
- CAMPOS, 2015. “Justiça intergeracional: A Temporalidade da Política como Resposta à Pergunta “Quais são os nossos Deveres em Relação às Gerações Futuras?””, *Revista Portuguesa de Filosofia*. Disponível aqui: https://www.researchgate.net/publication/276167075_Justica_Intergeracional_a_Temporalidade_da_Politica_como_Resposta_a_Pergunta_Quais_sao_os_Nossos_Deveres_em_Relacao_as_Geracoes_Futuras

- COMISSÃO DO LIVRO BRANCO, 1998. *Livro Branco da Segurança Social*, Lisboa
- EUROPEAN COMMISSION, 2015. *The 2015 Ageing Report – Underlying Assumptions and Projection Methodologies*, European Economy 8/2014, Bruxelas: European Commission
- FALL, 2014. Falilou Fall, “Comparing the Robustness of PAYG Pension Schemes”, *OECD Department Working Papers*, No. 1134
- FALL & BLOCH, 2014. Falilou Fall & Debra Bloch, “Overcoming vulnerabilities of Pension Systems”, *OECD Department Working Papers*, No. 1133
- FELDSTEIN, 1996. Martin S. Feldstein, “The missing piece in policy analysis: Social Security Reform”, *American Economic Review*, 86 (1996), pp. 1-14
- FERREIRA, 1995. Eduardo Manuel Hintze da Paz Ferreira, *Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado*, Coimbra: Almedina
- GOSSERIES, 2015. Axel Gosseries, *Pensar a Justiça entre Gerações*, Coimbra: Almedina
- GUARDIANCICH, 2010. Igor Guardiancich, “Current pension system: first assessment of reform outcomes and output”, *Country Report – Sweden*, European Social Observatory, disponível em: http://www.ose.be/files/publication/2010/country_reports_pension/OSE_2010_CRpension_Sweden.pdf
- HELLER, 2003. Peter S. Heller, *Who will pay? – Coping with Aging Societies, Climate Change, and Other Long-Term Fiscal Challenges*, Washington D.C.: International Monetary Fund
- HERSTEIN, 2009. Ori J. Herstein, “The Identity and (Legal Rights) of Future Generations”, *The George Washington Law Review*, 77, (2009), pp. 1173-215
- HU, 1996. Sheng-Cheng Hu, “Myopia and Social Security Financing”, *Public Finance Quarterly*, 24 (1996)
- KANE & PALACIOS, 1996. Cheikh Kane & Robert Palacios, “The Implicit Pension Debt”, *Finance & Development*, June 1996, disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1996/06/pdf/kane.pdf>
- LOUREIRO, 2010. João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora
- LOUREIRO, 2014. João Carlos Loureiro, “Estado Social em Portugal: Reforma ou Revolução?”, in *Por onde vai o Estado Social em Portugal?*, ed. Fernando Ribeiro Mendes & Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, pp. 97-134
- MENDES, 2011. Fernando Ribeiro Mendes, *Segurança Social – O Futuro Hipotecado*, Lisboa: FFMS
- MIRANDA, 2014. Jorge Miranda, “Democracia e Inclusão Social”, in *Por onde vai o Estado Social em Portugal?*, ed. Fernando Ribeiro Mendes e Nazaré da Costa Cabral, Porto: Vida Económica, pp. 135-68
- MUSGRAVE, 1981. Richard A. Musgrave, “A Reappraisal of Financing Social Security”, in *Social Security Financing*, ed. Felicity Skidmore, Cambridge, Mass.: The MIT Press, pp. 89 et seq.
- NOVAIS, 2010. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora

- NOZICK, 1974. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford & Cambridge: Blackwell
- OECD, 2015. *Pension Markets in Focus*, disponível em: <http://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Pension-Markets-in-Focus-2015.pdf>
- OECD, 2016. *Pension Markets in Focus*, disponível em: <http://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Pension-Markets-in-Focus-2016.pdf>
- PALMER, 2002. Edward Palmer, “Swedish Pension Reform – How Did it Evolve, and What Does it Mean for the Future?”, *Social Security Pension Reform in Europe*, ed. Martins Feldstein & Horst Siebert, Chicago: University of Chicago Press, pp. 171-210
- PARFIT, 1982. Derek Parfit, “Future Generations: Further Problems”, *Philosophy and Public Affairs*, 11 (1982), pp. 113-72
- PEREIRA, 2012. Manuel Henriques de Freitas Pereira, “Sustentabilidade das Finanças Públicas na União Europeia”, in *Finanças Públicas da União Europeia*, ed. João Ricardo Catarino & José F. F. Tavares, Coimbra: Almedina, pp. 287-313
- PIERSON, 1995. Paul Pierson, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, Cambridge: Cambridge University Press
- RAWLS, 1993. John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa: Editorial Presença
- SCHOKKAERT & VAN PARIJS, 2003. Erik Schokkaert & Philippe Van Parijs, “Social justice and the reform of Europe’s pension systems”, *Journal of European Social Policy*, 13 (2003), pp. 245-79
- SILVA, 2002. António Manuel Barbosa da Silva, *Gestão Financeira da Administração Pública Central*, Lisboa: Áreas Editora
- SILVA, 2013. Filipe Carreira da Silva, *O Futuro do Estado Social*, Lisboa: FFMS
- SILVA, 2010. Jorge Pereira da Silva, “Breve ensaio sobre a proteção constitucional dos direitos das gerações futuras”, *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, ed. Augusto de Athayde, João Caupers & Maria da Glória Garcia, Coimbra: Almedina, pp. 461-505

Demografia, Migrações e Sustentabilidade Intergeracional¹

GONÇALO SARAIVA MATIAS*

1. Introdução

Portugal perde população por várias vias. Ao longo dos últimos anos tem acumulado saldos migratórios e saldos naturais negativos.

Isto é, o país perde população por todas as vias possíveis: saem anualmente mais pessoas do que as que entram e morrem mais pessoas que as que nascem.

O saldo natural – a diferença entre o número de nascimentos e de óbitos – permanece negativo, sensivelmente ao nível de 2013 e 2014, em larga medida resultante de uma estrutura demográfica envelhecida. Mas em 2015 verificaram-se mais 3,8% nascimentos que em 2014, razão para clara celebração.

Já o saldo migratório, embora negativo, sofreu uma significativa melhoria em resultado de uma diminuição muito relevante da emigração – de 49 572 emigrantes permanentes em 2014 para 40 377 em 2015 – e um aumento da imigração – de 19 516 imigrantes permanentes em 2014 para 29 896 em 2015.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP), instituição onde concluiu a licenciatura, o mestrado e o doutoramento. É Vice-Diretor da Escola de Lisboa da referida Faculdade e da Católica Global School of Law. Realizou investigação como Fulbright Visiting Scholar na Georgetown University Law School. Especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Internacional Público e Direito das Migrações. Foi consultor do Gabinete do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros do XV Governo Constitucional. Foi Assessor para os Assuntos Jurídicos e Constitucionais da Casa Civil do Presidente da República entre 2008 e 2014 e consultor da mesma Casa Civil desde 2014. Foi Diretor do Observatório das Migrações. Foi Secretário de Estado Adjunto e para a Modernização Administrativa do XX Governo Constitucional. É advogado e jurisconsulto, sobretudo nas áreas do Direito Público.

¹ Os capítulos 2 e 3 foram publicados em *Migrações e Cidadania*, editado pela Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Porventura mais importante que estes números é a tendência que eles revelam.

Em especial, quanto ao saldo migratório, após uma década de saldos positivos, a tendência inverteu-se a partir de 2011, tendo atingido o pico negativo em 2012. Em 2013 verificou-se uma ligeira melhoria, aprofundada em 2014, e muito significativa em 2015 (Fonte: Instituto Nacional de Estatística).

É expectável um acentuado decréscimo da população nas próximas décadas (Tal como confirma o recente estudo sobre demografia, editado pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, “Migrações e Sustentabilidade Demográfica”, FFMS, 2017).

Este facto – em si mesmo grave do ponto de vista da sustentabilidade de um país – torna-se trágico quando visto no contexto das sociedades europeias, muito envelhecidas e com estados sociais pesados, cuja sustentabilidade depende, em larga medida, da renovação populacional.

A consideração de políticas demográficas passa, muitas vezes, pela adoção de medidas de apoio à natalidade. Ora se, por lado, estas medidas têm uma eficácia duvidosa, sobretudo as que possuem uma dimensão exclusivamente financeira, por outro demoram décadas a produzir efeitos.

Sem descurar a componente da natalidade e do saldo natural, uma política demográfica de sucesso não pode descurar a componente migratória por várias razões:

1. As políticas de natalidade não produzem efeitos a curto prazo, podendo demorar gerações a fazer-se sentir;
2. A decisão de migrar ocorre, em regra, em idade reprodutiva, pelo que a emigração produz um efeito negativo na natalidade;
3. Reversamente, a imigração produz um efeito positivo na natalidade pelas mesmas razões, a que acresce o facto estatístico de, em média, os imigrantes terem mais filhos que os portugueses;
4. A imigração, de acordo com os estudos disponíveis, tem um impacto positivo nas contas públicas, no equilíbrio da segurança social e, em geral, na economia;
5. A política migratória, num mundo de migrações circulares, permite fixar os cidadãos nacionais e promover o retorno dos que tenham deixado o País.

Esta lógica esteve presente na elaboração do Plano Estratégico para as Migrações, aprovado há pouco mais de um ano e atualmente em vigor para o período 2015-2020.

Este Plano e as políticas que lhe estão subjacentes têm como principal objetivo atingir o resultado que os números atuais revelam: debelar o déficit natural e migratório e inverter o movimento de saída de cidadãos portugueses.

Não significa isto, claro, que a melhoria destes défices se deva exclusivamente ao referido Plano, mas eles revelam a tendência e a vontade política, transversal aos diversos Governos.

Sem motivos para euforia, estes números constituem, essencialmente, um estímulo para que continuemos na direção certa, conscientes de que, com sanções ou sem elas, boa parte do nosso futuro se joga no tema da demografia.

2. Política migratória

O fenómeno migratório tem sofrido profundas alterações ao longo da sua história. Desde logo, são conhecidas as migrações forçadas decorrentes de catástrofes naturais ou de guerras e conflitos entre povos, de que são exemplo os milhões de deslocados na Segunda Guerra Mundial.

Depois, as migrações laborais motivaram deslocações em massa de pessoas, num movimento conhecido como Sul – Norte, consubstanciando, essencialmente, a procura por parte dos trabalhadores migrantes de melhores condições de trabalho e de vida, deixando países em desenvolvimento e fixando-se em países desenvolvidos.

Finalmente, a globalização trouxe consigo uma alteração sem precedentes do fenómeno migratório e uma radical alteração dos diversos perfis migratórios.

Na verdade, a crescente mobilidade, acompanhada de maior consciência das assimetrias nacionais, levou ao desejo concretizável de deslocação de pessoas. Estes movimentos têm na base motivações muito diversas.

Assim, o fenómeno migratório deixou de se central na migração laboral em sentido Sul – Norte para passar a representar uma rede muito mais complexa de circulação de pessoas, assente em fatores como a migração económica, de consumo e de talento.

Esta realidade foi em grande parte potenciada também pela globalização dos mercados, das empresas, da sociedade de informação. Um fenómeno relativamente comum dos dias de hoje é a formação das

chamadas “comunidades de *expats*”, jovens profissionais e altos quadros de empresas multinacionais que deixam os seus países de origem, em geral países desenvolvidos, para residirem, trabalharem, investirem ou prestarem os seus serviços em países em desenvolvimento cujas oportunidades para estes profissionais se apresentam muito promissoras. A esta realidade não é alheia também a expansão de grandes empresas multinacionais que promovem a circulação dos seus quadros enquanto estratégia de crescimento interno e de valorização dos recursos humanos.

Como concluiu a OCDE (International Migration Outlook 2013) no seu relatório sobre as migrações no mundo, o fenómeno migratório deixou de se centrar no fator trabalho para passar a resultar de elementos tão distintos como o capital humano e o investimento.

É certo que estas alterações profundas têm também impacto na sociologia das migrações. O fator-chave para a boa gestão dos fluxos migratórios deixou de ser apenas a relação entre as migrações e o mercado de emprego, a integração dos imigrantes e das suas gerações de descendentes ou o debate sobre o multiculturalismo ou a assimilação. Os novos fenómenos migratórios exigem dos Estados uma política de captação de imigrantes qualificados, de par com a captação de investimento estrangeiro. A interligação entre estas realidades é umbilical: de nada serve a um Estado criar condições – fiscais e outras – de investimento se depois as empresas multinacionais encontrarem obstáculos – não apenas laborais – à promoção da circulação do seu capital humano. Isto sem descurar a importância fundamental das políticas de integração dos imigrantes que já se encontram nos países de destino e que aí decidiram construir a sua vida.

Outra consequência sociológica está relacionada com a menor dificuldade de integração desta nova migração, em geral mais informada e de maiores recursos. O reverso desta realidade é que raras vezes estes migrantes têm a intenção de se fixar nos países de destino. Isso é particularmente evidente nos casos da novíssima imigração Norte – Sul. Trata-se de um desafio para os países de acolhimento, mas também de uma oportunidade, terem de lidar com novos migrantes que o são, assumidamente e por opção própria, a prazo.

Esta realidade exige políticas migratórias adequadas que preservem os interesses dos países de destino sem, contudo, descurarem os incentivos corretos a este grupo de migrantes muito volátil que podem facilmente escolher outra paragem para aplicar as suas qualificações.

Atualmente, a complexidade do fenómeno migratório é, assim, muito maior que no passado. Isto porque aos novos desafios do capital humano se somam os velhos problemas da integração das comunidades migrantes e seus descendentes que continuam a viver e a trabalhar nos países de acolhimento.

Uma discussão muito presente nos debates sobre migrações e o seu impacto nos países de origem e de destino dos migrantes diz respeito à chama “fuga de cérebros” ou *brain drain*.

Esta realidade coibiu, de resto, os países desenvolvidos de estabelecerem políticas mais “agressivas” de captação de capital humano, na medida em que se instalou a convicção de que essas políticas se faziam à custa da perda de competências e de valor nos países mais necessitados deles.

A análise da realidade portuguesa revela-se especialmente rica para o estudo deste fenómeno, na medida em que Portugal, nos últimos cinquenta anos, alterou de forma acentuada e em sentidos diversos o seu perfil migratório. De um país de fortíssima emigração nos anos 60 do século XX passou a um país de elevada imigração nos anos 90 e, finalmente, a um país de moderada emigração no final da primeira década do século XXI. Esta realidade encontra-se bem presente na evolução do saldo migratório do país.

A análise sociológica destas alterações é também muito interessante. A emigração dos anos 60 era essencialmente de perfil indiferenciado e de baixas qualificações. A imigração dos anos 90 destinou-se a trabalho indiferenciado e de baixa exigência de qualificação, sobretudo no setor da construção. Verificou-se contudo, que o perfil de alguns destes imigrantes, sobretudo os provenientes do Leste europeu, apresentavam elevadas qualificações, das quais, salvo raras exceções, o país não beneficiou, verificando-se, em certa medida, um desperdício de potencial *brain gain*. Finalmente, a nova emigração é altamente qualificada, podendo enquadrar-se, boa parte dela, na categoria dos *expats* acima identificada.

Ora, o que revelam os dados mundiais e os estudos realizados é que, ao tradicional *brain drain* decorrente das migrações laborais permanentes, sucedeu o chamado *brain circulation*, associado aos novos fenómenos migratórios temporários e assentes na globalização (DAUGELIENE & MARCINKEVICIENE, 2009).

As políticas públicas migratórias têm em conta estes fenómenos, a corrida mundial pelo talento, bem como o perfil migratório que possuem e que desejam possuir. Exemplos de países que conseguiram inverter o

seu perfil migratório na última década através de políticas migratórias ativas são Taiwan e a Coreia do Sul que investiram fortemente no retorno dos seus emigrantes qualificados (SHACHAR, 2006, p. 167).

Com efeito, a experiência destes países demonstra que a inversão das tendências de emigração depende de políticas ativas de captação de imigrantes. Num mundo global de inclusão de movimentos de pessoas, só a gestão integrada dos fluxos migratórios emigração/imigração permite o desenho e implementação de efetivas políticas públicas migratórias.

Assim, a atracção de migrantes qualificados possibilita criar condições, de investimento, empreendedorismo ou investigação, em entidades públicas ou privadas, para a retenção e reversão da emigração de pessoas com elevadas qualificações. A este mecanismo chama-se *reverse brain drain*, com resultados comprovados a nível internacional (SHACHAR, 2006, p. 167).

Mesmo os países mais desenvolvidos apresentam hoje números elevados de população emigrante. Esta realidade decorre dos fenómenos já identificados. Um jovem britânico com elevada formação pode hoje encontrar desafios profissionais mais aliciantes em empresas a explorar mercados como a Nigéria. Nada há de errado neste fenómeno. Pode mesmo suceder que o referido jovem britânico trabalhe numa empresa multinacional com sede em Londres e que a estadia na Nigéria faça parte do seu plano de carreira e de desenvolvimento profissional.

Nenhum país democrático pode pretender regular os seus fluxos migratórios de saída: a emigração é absolutamente livre. O único país do mundo que assumidamente impede a saída dos seus cidadãos é a Coreia do Norte, por razões nada recomendáveis.

Os países podem, é certo, regular os fluxos de imigração. Todavia, deparamo-nos hoje com uma realidade muito diversa da que conhecemos no passado.

Voltemos ao exemplo de Portugal. O saldo migratório atual é negativo. Neste sentido, o país gostava – e necessitava – de estancar a saída de população ao mesmo tempo que aumentava o número de imigrantes. Só este movimento conjugado pode equilibrar o défice demográfico que vimos sentindo.

Ora, encontrando-se Portugal juridicamente impedido – como é evidente – de impedir a saída dos seus cidadãos, e sendo a política migratória essencialmente assente em mecanismos de exclusão, o Estado ficaria absolutamente desprovido de instrumentos que lhe permitam inverter este quadro.

A experiência internacional demonstra que uma situação deste tipo só pode ser ultrapassada através de políticas públicas ativas que i) captem migrantes, ii) estancem e revertam a saída de emigrantes.

As políticas públicas migratórias encontram-se, assim, no topo da agenda demográfica. Só através delas os países desenvolvidos, em particular da Europa ocidental, podem resolver o grave défice demográfico que enfrentam, sendo o caso português especialmente preocupante na medida em que se vem acentuando o défice democrático e o saldo migratório negativo.

3. A regulação das migrações

Não existe uma autoridade mundial competente para regular as migrações, nem códigos ou tratados internacionais aplicáveis aos movimentos migratórios. Na verdade, o direito internacional não tem cuidado do fenómeno migratório como porventura deveria, tendo em conta o seu carácter essencialmente global e transfronteiriço.

Os direitos dos migrantes são objeto de tratamento sobretudo no quadro da proteção internacional dos direitos humanos podendo apontar-se como exceção de um texto internacional dedicado aos direitos dos migrantes a *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias* que praticamente não mereceu a ratificação dos países ditos desenvolvidos.

Este quadro de desregulação internacional das migrações assenta na convicção há muito firmada de que a decisão de aceitar imigrantes se encontra profundamente radicada na soberania dos Estados, sendo uma decisão interna essencialmente livre.

Isto significa, pois, que o maior ou menor grau de regulação das migrações depende das leis internas, uma vez que o direito internacional não deve ser chamado a intervir numa área que se encontra abrangida pela soberania dos Estados.

E compreende-se que assim seja. A decisão de receber um imigrante tem impacto interno em diversos níveis e seria dificilmente compreensível que os países abdicassem dessa decisão em favor da comunidade internacional. Por outro lado, trata-se de uma decisão essencialmente política, pelo que caberá ao Estado definir que imigração pretende receber e em que dimensão.

Sem prejuízo do que antecede, a política e a regulação migratórias não são absolutamente livres. O direito impõe limites e restrições à regulação interna das migrações.

Assim, por exemplo, um país não pode assentar a sua política migratória em regras discriminatórias ou violadoras dos direitos humanos e dos princípios fundamentais de direito internacional.

Um país está impedido de estabelecer uma política migratória discriminatória, por exemplo, em função da etnia, da cor, da religião ou do género. Qualquer destes exemplos deve ser cuidadosamente analisado à luz do princípio da igualdade de modo a garantir que não existe uma discriminação inadmissível.

Seria inaceitável que um país estabelecesse um embargo a imigrantes de determinada etnia, por exemplo. Mesmo quanto à origem nacional – um sistema de quotas em função do país de origem dos imigrantes – tal constitui um método de seleção extremamente controverso que só poderia ser admitido com base em fundamentos materiais muito sólidos, como, por exemplo, a reiterada violação das leis de imigração por parte de uma determinada comunidade de migrantes, o que é pouco credível que aconteça. Em qualquer caso, a utilização de discriminações deve ser evitada pelo grande potencial de violação de princípios fundamentais que apresentam.

Há, por outro lado, situações de migrantes que podem justificar uma limitação à decisão dos Estados na medida em que, não sendo cidadãos, mantêm com aquele Estado uma relação que justifica a sua admissão obrigatória.

É o caso das relações familiares próximas com imigrantes com autorização de residência. A lei apelida este direito de “reagrupamento familiar”. O direito ao reagrupamento familiar tem, todavia, consagrações diversas. Goza de ampla proteção na Europa. Em Portugal encontra-se salvaguardado quer por diretivas comunitárias já transpostas quer pela lei interna, podendo mesmo ser considerado um direito fundamental de origem legal.

O reagrupamento familiar consiste no direito do imigrante de trazer para junto de si, no país de destino, a família mais próxima. Em geral incluem-se neste conceito o cônjuge e os descendentes ou ascendentes diretos, desde que dependentes ou a cargo do imigrante.

Todavia, excetuando as situações descritas, os países são livres de estabelecer a sua política migratória. Isto mesmo é afirmado na citada *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os tra-*

balhadores migrantes e dos membros das suas famílias que no seu artigo 79.º estabelece que “nenhuma disposição da presente Convenção afeta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os critérios de admissão de trabalhadores migrantes e de membros das suas famílias”. Significa isto que os instrumentos de direito internacional existentes deixam bem claro, mesmo em matéria de direitos humanos, que a decisão de admissão dos migrantes compete a cada Estado.

Ainda assim, discute-se esta faculdade, sobretudo do ponto de vista da filosofia política. Pode identificar-se uma tese designada por “fronteiras abertas” que, recorrendo a argumentos poderosos da filosofia política e moral, procura sustentar que as fronteiras não deveriam constituir um obstáculo intransponível à decisão de um migrante de procurar outro país para viver e trabalhar. Um dos expoentes máximos desta corrente é o cientista político Joseph Carens (2013).

Joseph Carens refere-se às concepções que acabam por defender, embora de formas diversas, o controlo de fronteiras e o direito dos Estados de limitarem a imigração. Carens procura afastar os principais argumentos em favor do controlo de fronteiras. Em primeiro lugar, entende que quem estabelece as leis de imigração e cidadania – os cidadãos de uma sociedade democrática – não se encontra numa posição legítima uma vez que o seu poder resulta de uma atribuição arbitrária, por força de critérios como o local de nascimento ou a descendência. Em segundo lugar, procura afastar o argumento económico segundo o qual a imigração implica uma redução no bem-estar dos cidadãos. Segundo Carens, esta consequência dos movimentos migratórios não está demonstrada. Todavia, ainda que fosse possível demonstrar uma tal realidade, seria necessário, do ponto de vista de uma sociedade democrática e liberal, assente na dignidade da pessoa humana, que o sacrifício dos cidadãos fosse maior que o sacrifício imposto ao candidato a migrante, impedido de entrar no Estado da sua escolha. Por fim, o argumento segundo o qual a imigração coloca em risco a cultura dos Estados de acolhimento é, de acordo com Carens, irrelevante na medida em que, a verificar-se, este fenómeno não colocaria em crise os valores básicos de uma sociedade democrática (CARENS, 1987, pp. 334-9).

Esta corrente ignora, porém, as dificuldades do controlo dos movimentos migratórios. Uma política de “fronteiras abertas” pressuporia, para evitar o resultado caótico de um mundo sem fronteiras, uma autoridade mundial que regulasse os movimentos migratórios. O Estado que praticasse uma política de fronteiras abertas enfrentaria o peso de o fazer

isoladamente no contexto mundial pelo que seria de esperar que o caos se instalasse no seu território. Não é por acaso que nenhum Estado, nem mesmo os mais “liberais”, adota uma política de “fronteiras abertas”.

Os argumentos esgrimidos pelos defensores desta corrente de pensamento têm, todavia, muito interesse para o estabelecimento da relação entre imigração e cidadania. Ao colocar em causa a legitimidade dos cidadãos para legislarem em termos restritivos sobre a admissão de imigrantes defendendo, simultaneamente, o direito à cidadania, Carens está a afirmar que a aquisição da qualidade de cidadão depende apenas da decisão do imigrante (CARENS, 1987, pp. 345). O direito à cidadania aqui invocado por Carens resulta da adesão do autor à tese de Walzer, segundo a qual um Estado com trabalhadores sem direito à cidadania seria uma tirania (WALZER, 1983, p. 52).

Ora, a teoria de “fronteiras abertas” conjugada com o direito à cidadania conduz à perda de controlo de um Estado sobre a sua população, transferindo dos cidadãos para o imigrante a decisão sobre a aquisição da cidadania. Carens procura afastar a crítica afirmando que a distinção entre estrangeiros e nacionais continuaria a manter-se. Deve ser permitido aos estrangeiros a adesão ao contrato social que lhes permite integrarem-se como membros plenos de uma comunidade, uma vez cumpridas as condições desse mesmo contrato.

Esta tese coloca algumas dificuldades de fundo. Desde logo, a ideia de adesão ao contrato social pode hoje ser interpretada no sentido de “imigração por contrato” que tem sido utilizada em sentido oposto ao aqui defendido por Carens, justamente para afastar o direito à cidadania. De acordo com essa tese, os imigrantes não poderiam reclamar um direito à cidadania na medida em que, ao escolherem emigrar para um Estado, aceitariam tacitamente as condições do contrato que esse Estado lhes propõe e que podem incluir a recusa, temporária ou permanente, da atribuição da cidadania. Segundo Hiroshi Motomura, os imigrantes originários de meios mais pobres encontram-se em posição especialmente vulnerável, aceitando quaisquer termos de admissão, mesmo os mais humilhantes e degradantes, desde que considerem que a sua entrada no país de acolhimento é mais vantajosa que a sua permanência do país de origem. O poder negocial dos imigrantes é, nestas circunstâncias, muito limitado (MOTOMURA, 2006, p. 10). Mais que permitir o acesso generalizado ao contrato social, parece determinante controlar as cláusulas desse contrato, uma vez que o imigrante

pode estar a vincular-se a condições que se venham a revelar, para ele, eternamente desvantajosas.

Depois, a transferência da decisão de atribuição da cidadania dos cidadãos para o imigrante é também problemática. Isto porque, do ponto de vista dos interesses, a decisão alcançada por um grupo alargado de pessoas, desejavelmente diverso e representativo, é necessariamente mais democrática que a decisão tomada por uma só pessoa, além do mais, diretamente interessada.

Esta tese apresenta grande proximidade com o “cosmopolitismo moral” de Martha Nussbaum (1996, p. 3). Aqui o cosmopolitismo é visto como forma de aproximação entre povos, de maior compreensão recíproca. Só assim, nas palavras de Nussbaum, se poderia evitar a repetição de fenómenos trágicos de ódio mundial como o nazismo ou, mais recentemente, o terrorismo levado a cabo pelo fundamentalismo islâmico.

Além do cosmopolitismo moral, tem surgido recentemente uma corrente que podemos designar de “cosmopolitismo económico”. Esta teoria olha para o fenómeno da imigração de um ponto de vista estritamente económico para concluir que a única opção racional seria a de liberalizar a entrada de trabalhadores estrangeiros nos países de acolhimento.

Com efeito, estudos recentes têm demonstrado que a imigração produz um efeito favorável nas economias dos países de acolhimento dos trabalhadores migrantes. A decisão de emigrar está, muitas vezes, ligada às melhores condições de vida e de trabalho que os emigrantes esperam encontrar nos países de acolhimento. Quando essa expectativa se concretiza, o trabalhador migrante está a produzir valor acrescentado. O efeito mais direto desse valor acrescentado faz-se sentir, naturalmente, no poder aquisitivo e na qualidade de vida do próprio trabalhador migrante. Todavia, os benefícios para os países de acolhimento e de origem são também assinaláveis. As economias dos países de acolhimento beneficiam de mão de obra adicional, porventura inesperada, muitas vezes a custos mais baixos que a mão de obra nacional. Beneficia, ainda, de novos consumidores, uma vez que os migrantes, agora com maior poder de compra, tenderão a integrar o mercado nacional. Os países de origem beneficiam das remessas dos seus emigrantes, que muito contribuem para o desenvolvimento das suas economias constituindo fontes relevantes de receita nacional.

Esta teoria, marcadamente economicista, tem sido contrariada por outros estudos que procuram negar os benefícios específicos na economia dos Estados de acolhimento. Tem sido argumentado que o efeito económico

positivo da imigração apenas se repercute nas classes mais favorecidas do país de acolhimento, que passam a poder utilizar serviços básicos a preços mais baixos, ficando assim com maior rendimento disponível para outras atividades. Concretamente, esse argumento procura demonstrar que os empregos em competição entre imigrantes e nacionais são aqueles que apenas seriam ocupados por nacionais menos qualificados. O que significa que a imigração traria desemprego para os cidadãos pobres e acréscimo de poder de compra para os cidadãos ricos. O exemplo é clássico: um restaurante que contrata imigrantes, poderá servir refeições mais baratas aos seus clientes, beneficiando aqueles que o utilizam com frequência – tipicamente as classes privilegiadas – enquanto os cidadãos mais desfavorecidos, trabalhadores desse restaurante, se veem na difícil situação de optar entre o desemprego e trabalhar por salários substancialmente mais baixos, iguais aos que os imigrantes aceitariam para o mesmo trabalho (Chang, 2006-2007).

Como demonstra Howard Chang, este argumento assenta em pressupostos errados. Desde logo, seria necessário assumir que imigrantes e nacionais competem pelos mesmos empregos. Esta assunção não é verdadeira, uma vez que é sabido que há hoje, nas sociedades ocidentais, muitos trabalhos que os nacionais não estão dispostos a fazer. Por outro lado, o argumento assenta na presunção de que o efeito benéfico na economia pode ser circunscrito a determinadas classes. Ora, ainda que o efeito positivo da imigração se fizesse sentir apenas, numa primeira fase, nas classes mais privilegiadas – os clientes habituais dos restaurantes ou os passageiros dos táxis, etc. – rapidamente tal efeito se contagiaria a toda a economia, uma vez que o maior poder de compra dessas classes teria repercussões em todas as outras pela maior disponibilidade que revelaria em realizar os seus consumos habituais ou em expandi-los a outras áreas. Voltando ao exemplo do restaurante, a concorrência entre estrangeiros e nacionais não se dá ao mesmo nível. Os donos dos restaurantes preferem contratar nacionais para empregados de mesa e imigrantes para o trabalho de cozinha. Se esta opção se revelar mais económica – porque os empregados de cozinha, sendo imigrantes, ganham menos que os cidadãos na mesma posição, o restaurante poderá servir refeições a preços mais baixos sem perder o lucro. Os clientes, por seu turno, podem tornar-se ainda mais assíduos do restaurante. O aumento dos lucros por esta via pode conduzir o dono do restaurante a expandir o seu estabelecimento ou a abrir outros. Este movimento terá um efeito muito positivo na eco-

nomia em geral, criando mais empregos para nacionais e estrangeiros. É claro que tudo isto pode soar a economicismo ou neoesclavagismo. Simplesmente a alternativa seria fechar as fronteiras?

O “cosmopolitismo económico” convive mal, todavia, com o reconhecimento de direitos aos imigrantes, em particular com o reconhecimento do direito à cidadania. Parte de uma conceção economicista do mercado e puramente liberal repugnando, por isso, o controlo preventivo da imigração bem como a concessão de benefícios sociais aos imigrantes. Em particular, a atribuição da cidadania representará um desvio nesta teoria uma vez que após a naturalização perde-se as vantagens económicas reconhecidas, numa primeira fase, ao movimento migratório.

As diversas teorias “cosmopolitas”, favoráveis à eliminação dos controlos fronteiriços dos fluxos migratórios, embora controversas pelas razões expostas, colocam em evidência a relação existente entre imigração e cidadania. Não é hoje possível pensar-se um debate sobre fluxos migratórios sem ponderar seriamente as consequências que esses fluxos e as conexas regras aplicáveis à imigração terão na reconfiguração do *demos* no país de acolhimento. Isto porque é crescente a consciência – e as teses “cosmopolitas” não a ignoram – de que não é possível pensar-se a imigração desligada da cidadania, de que não é aceitável afastar-se os imigrantes do acesso à cidadania do seu país de acolhimento.

Assim, torna-se incompreensível um certo abandono a que os Estados têm votado as políticas migratórias. Já se viu que ao direito internacional não repugna a ideia de soberania dos Estados na definição das suas políticas migratórias. Por outro lado, a inexistência de uma autoridade mundial que regule os movimentos migratórias torna ainda mais exigente esta tarefa dos Estados.

Com efeito, a política migratória dos Estados, desenhada primacialmente em função dos seus interesses internos, o que não se pode estranhar, deve ter em conta esses interesses mas também os do migrante e das comunidades de origem.

Com efeito, como afirma Paul Collier (2013), alguma imigração é melhor que nenhuma, mas deve ser procurado o seu ponto ótimo.

O debate sobre as migrações tende a ser profundamente emotivo e raramente informado, extremamente marcado por preconceitos de parte a parte que, no limite, de pouco servem para melhorar a situação dos migrantes.

O ponto de partida deste debate deve assentar em alguns factos: *i*) o direito dos Estados de controlo dos seus fluxos migratórios, *ii*) os

efeitos positivos das migrações nas contas públicas, *iii*) o efeito positivo das migrações, em geral, nas sociedades de destino, de origem e para os próprios migrantes, quer sob o ponto de vista material, quer sob o ponto de vista imaterial, enquanto elemento enriquecedor da diversidade cultural (2013).

Isto dito, do ponto de vista das políticas públicas e dos próprios Estados são indesejáveis sistemas migratórios que recusem as migrações mas também os que assentem na desregulação das migrações.

Os países com sistemas migratórios mais desenvolvidos – como a Austrália, o Canadá, a Nova Zelândia ou os Estados Unidos – investem fortemente no desenho de políticas migratórias consistentes acompanhadas de instrumentos administrativos adequados.

Tal significa que, ao invés de abdicarem de regular as migrações, os países que mais apostam nesta área procuram aprovar mecanismos de captação de migrantes aptos a prosseguirem uma correta política migratória.

O que vem de ser dito pressupõe a adoção e implementação de critérios de escolha (CARENS, 2013).

À cabeça entre os critérios de exclusão surgem a segurança nacional e a saúde pública. Assim, é legítimo aos Estados procederem a um escrutínio e seleção dos candidatos a imigrantes em função do seu grau de ameaça para a segurança nacional ou de risco para a saúde pública. O problema deste critério, como bem alerta Carens, é que pode ser facilmente manipulável e objeto de abusos. Por um lado, o critério da segurança nacional não deve servir de pretexto para proceder a tratamentos arbitrários e discriminatórios dos candidatos a imigrantes. O tema ganhou grande relevo após o 11 de setembro, tendo os Estados reforçado o seu controlo fronteiriço, até aí, em muitos casos, inexistente ou ineficiente, com o propósito de controlar os movimentos de terroristas. Com efeito, não obstante o declarado combate à imigração ilegal, foi o terrorismo e não esta imigração que despertou os Estados para a importância do controlo das suas fronteiras. Todavia, a ligação entre imigração e terrorismo é largamente despropositada na medida em que não só não há relação entre ambos os fenómenos como a experiência demonstra que, em alguns casos, os ataques terroristas são perpetrados por cidadãos nacionais, como exemplos recentes no Reino Unido o comprovam.

Em todo o caso, é compreensível que os países elejam a segurança nacional como critério de exclusão de candidatos a imigrantes. Na própria União Europeia, no “espaço Schengen” (o Acordo de Schengen prevê a abolição dos controlos fronteiriços, só podendo estes ter lugar em condições

excepcionais), estes critérios são os únicos a poder justificar a reposição de controlos fronteiriços ou a restrição ao direito de livre circulação.

O que já não se pode aceitar é que o critério tenha por base um preconceito étnico ou religioso. Não pode aceitar-se que o escrutínio seletivo recaia especialmente sobre os membros de determinada etnia ou religião com base no preconceito da pertença a organizações terroristas. Não por acaso, as autoridades dos Estados Unidos realizam nos seus pontos de entrada nas fronteiras exames seletivos aleatórios – *random screening* – com o objetivo de eliminar a suspeita de tratamento discriminatório. A exclusão com fundamento na segurança nacional deve, assim, fundar-se no comportamento ou ameaça do candidato a imigrante em concreto e nunca na sua pertença a determinada minoria étnica ou religiosa. Não se ignora, contudo, que a utilização deste critério é de extrema dificuldade, desde logo porque as informações em que as autoridades se baseiam para proceder ao controlo não são, em muitos casos, sindicáveis ou sequer controláveis por procederem de fontes sensíveis, classificadas e dos serviços de informações e segurança.

O mesmo se diga do critério relacionado com o risco para a saúde pública. Este deve ser aplicado à condição concreta dos migrantes que apresentem riscos claros e predefinidos. Não deve ser manipulado para excluir minorias.

Um outro critério admissível de exclusão de candidatos a imigrantes é a existência de registo criminal, ou seja, da prática de crimes pelo migrante. Uma pergunta usual nos processos de candidatura a vistos de imigração relaciona-se com o passado criminal do candidato. Embora seja perfeitamente admissível essa pergunta, as consequências a retirar desse facto devem respeitar o princípio da proporcionalidade. Com efeito, seria desproporcionado excluir, à partida, um candidato a imigrante que apresentasse uma infração de trânsito ou mesmo um crime de baixa gravidade ou culpa no seu registo. Já parece razoável que um país recuse a admissão como imigrante de alguém que cometeu crimes graves no seu passado, como homicídios ou tráfico de drogas. De resto, por exemplo em Portugal, a pena de expulsão do território nacional por determinado número de anos é frequentemente aplicada a estrangeiros como sanção acessória da pena de prisão em caso de crimes graves. Ora, se tal sucede aos estrangeiros residentes em Portugal, semelhante critério também pode ser aplicado aos candidatos a imigrantes. Em ambos os casos com uma limitação relevante: não deve ser aplicado a estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa a seu cargo, em larga medida

como garantia do mesmo princípio presente no reagrupamento familiar e para assegurar que um menor de nacionalidade portuguesa não é, na prática, forçado pela lei a residir fora do território nacional.

Finalmente, um critério muito controverso mas frequentemente presente nas leis de imigração como critério de exclusão dos imigrantes é o da suficiência económica. Nos processos de candidatura a vistos é frequente a pergunta sobre os meios de subsistência económica, designadamente sobre o peso imediato que o imigrante poderá representar para o sistema de segurança social do país de acolhimento. A insuficiência económica como critério de exclusão tem gerado grande controvérsia nos debates sobre imigração, uma vez que tende a privilegiar os imigrantes com condições económicas que, de um ponto de vista humanitário, são os que menos necessitam do acolhimento dos Estados, deixando desprotegidos aqueles que têm maiores dificuldades económicas e, logo, maior necessidade de emigrarem.

Contudo, como sustenta Paul Collier, os migrantes de países pobres não são necessariamente os mais necessitados, uma vez que estes não têm sequer os meios para tomar a decisão de emigrar. Essa decisão vem a ser tomada por quem tem recursos suficientes, ainda que muito escassos, para mudar de país, algo que não se encontra ao alcance de todos (Collier, 2013).

Isto não significa, naturalmente, que os países não possam ou, até, não devam, de um ponto de vista ético e moral, acolher migrantes em situação de carência económica. Todavia, formalmente o direito internacional não os obriga a esse acolhimento o que permite a adoção do critério da suficiência económica como excludente na decisão de admissão de imigrantes.

Para além dos critérios de exclusão, os sistemas migratórios mais sofisticados têm desenvolvido critérios de seleção que permitem, em alguns casos, políticas de captação de migrantes. Tal significa que os Estados identificam o perfil dos migrantes de que precisam e que gostariam de captar em cada momento, desenvolvendo a partir desse perfil políticas ativas de captação de imigrantes.

Os critérios de seleção podem ainda ser utilizados, para além das políticas atrativas, em normais procedimentos de admissão correspondendo, à partida, ao perfil predefinido. Assim, os candidatos a migrantes podem saber previamente as condições exigidas pelos Estado de acolhimento, designadamente se preenchem os requisitos de admissão.

Um dos critérios possíveis na admissão de imigrantes é o da existência prévia de uma relação laboral ou promessa de trabalho. Muitos sistemas migratórios têm usado esse critério.

Trata-se de um critério muito eficaz na medida em que transfere para o mercado de trabalho a decisão sobre a admissão ou não de migrantes, em função das oportunidades de trabalho. Por outro lado, garante a melhor integração dos migrantes e a sua subsistência económica na medida em que a admissão fica condicionada ao efetivo exercício profissional.

Todavia, um sistema que assente exclusivamente na existência de uma relação laboral não pode ser considerado “proativo” nem representa uma verdadeira política pública migratória. Com efeito, limita-se a relegar para as relações laborais a decisão de admissão, combinando depois os fatores excludentes – como, por exemplo, a segurança nacional – para a decisão de admissão.

Ora, como vimos, o fenómeno migratório apresenta hoje uma muito maior complexidade, não devendo os países bastar-se com a passividade da escolha do migrante e dos seus empregadores. Desde logo, as migrações deixaram de possuir um foco eminentemente laboral para passar a abranger muitos outros fenómenos e interesses, de que são exemplo as migrações de consumo.

Não significa isto, naturalmente, que as políticas públicas migratórias devam constituir um obstáculo à relação laboral que legitimamente se estabeleça ou venha a estabelecer entre um candidato a migrante e um empregador. Pelo contrário, o Estado deve deixar funcionar o mercado, podendo, ainda assim, opor-se caso se verifique um dos fatores de exclusão mencionados. Assim, se, por exemplo, um migrante obtém um contrato de trabalho com uma empresa portuguesa que declara necessitar dos serviços da pessoa em causa, só a verificação de um motivo excludente, como a ameaça para a segurança, deve levar o Estado a excluir a admissão desse migrante.

Todavia, um país que pretenda prosseguir uma política migratória ativa deve procurar conceber critérios de seleção que vão além do mercado de trabalho.

Assim, países como o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia têm vindo a desenvolver critérios de seleção que valorizam outros fatores. Estes sistemas migratórios mais sofisticados assentam num mecanismo de atribuição de pontos em função de critérios predefinidos.

O primeiro país a conceber um sistema de pontos foi o Canadá, em 1967 (SHACHAR, 2006). O sistema de pontos é criado para procurar ante-

cipar a provável contribuição a longo prazo do imigrante para a sociedade de acolhimento e para a sua economia. Os pontos são geralmente atribuídos em função de fatores como a idade, o percurso académico, o conhecimento da sociedade de acolhimento e da sua língua, a experiência de trabalho (LEGOMSKY, 2012, p. 350).

O sistema de pontos apresenta grandes vantagens do ponto de vista da definição dos critérios de seleção. Desde logo, porque se trata de um mecanismo flexível que permite contemplar diversos fatores e, simultaneamente, faz variar o seu peso específico. Essa flexibilidade manifesta-se, ainda, na facilidade de alteração dos critérios e do respetivo peso específico em cada momento, em função das necessidades concretas do Estado. Finalmente, é um sistema transparente e não discriminatório, na medida em que é aplicável a todos em igualdade de circunstâncias e pode ser conhecido antecipadamente pelos candidatos a migrantes.

São anunciadas tabelas que contêm os fatores a ter em conta e os pontos a atribuir a cada um. Assim, ao percurso académico é atribuído um peso específico no contexto da pontuação geral. Esse elemento é depois preenchido pelo candidato a migrante sendo a sua pontuação dentro da categoria percurso académico atribuída em função do nível de estudos apresentado, desde o elementar até ao doutoramento. O sistema replica depois o modelo em fatores como o conhecimento de línguas, a experiência profissional, a idade, a obtenção ou a promessa de contrato de trabalho.

Num certo sentido este procedimento replica um trabalho de recursos humanos à escala do Estado. Como se vê, ele comporta uma flexibilidade ilimitada podendo valorar fatores tradicionais como a promessa de emprego ou outros mais vanguardistas como as capacidades inatas ou o talento dos candidatos a migrantes. As combinações entre fatores e a variação do seu peso específico são também irrestritas.

Este mecanismo foi, depois, adotado pela Austrália e, com variações, pela Nova Zelândia. O debate sobre a sua adoção ocorreu também já nos Estados Unidos e na Alemanha.

O sistema de pontos e a atenção dada a fatores diversos dos focados no tradicional mercado de trabalho abriu o debate e a prática nos Estados sobre o que se pode designar de “corrida pelo talento” (SCHACHAR, 2006).

Os Estados despertaram para esta realidade, ganhando consciência que essa corrida num mundo de competição global pelo talento só poderia ser ganha por quem identificasse esse “talento” em primeiro lugar e depois conseguisse desenvolver políticas proativas para o captar e fixar.

Assim, por exemplo, foram introduzidas nos Estados Unidos medidas para atrair imigrantes investidores através da criação de vistos especiais.

Mais recentemente, na sequência da Estratégia de Lisboa, foi adotada a União Europeia a diretiva “*blue card*” com objetivo de atrair para o espaço europeu os imigrantes mais qualificados e de elevado potencial. As mais recentes alterações às leis da imigração dos Estados-membros – incluindo a portuguesa – foram motivadas, entre outros aspetos, pela necessidade de transpor esta diretiva, incorporando nas ordens jurídicas internas esta mesma filosofia de captação de migrantes.

Finalmente, ainda no contexto da união Europeia mas agora sem uma lógica harmonizada, têm sido adotados vistos especiais para investidores e para atracção de investimento, a chamara “autorização de residência para atividade de investimento”, também conhecida por “visto *gold*”.

Este movimento foi iniciado em Portugal mas já seguido por Espanha e por Malta. É possível que outros países venham a adotar políticas semelhantes.

Trata-se de vistos concedidos a pessoas que venham a efetuar investimentos nos países de destino em imobiliário ou na criação de empresas ou de postos de trabalho. Tudo motivado pela necessidade de captação de investimento estrangeiro para países da União Europeia dele muito necessitados.

A atracção de investimento, mesmo que restrito ao mercado imobiliário, tem efeitos positivos na economia do país de destino, desde logo pela indústria de bens e serviços que tem florescido em torno destas atividades. Essa indústria carece, por outro lado, como o próprio fluxo migratório, de regulação, de modo a evitar a prestação de serviços em violação de princípios éticos e deontológicos. Essa realidade – da regulamentação e regulação da prestação de serviços migratórios – encontra também ampla experiência em países como o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia.

Esta experiência recente na União Europeia de vistos não resultantes de harmonização de legislação comunitária para investimento pode colocar dificuldades advenientes da livre circulação de pessoas e das regras aplicáveis ao Espaço Schengen, designadamente a inexistência de controlos fronteiriços.

Todavia, a utilização prudente pelos Estados membros destes mecanismos, que evite o *dumping* migratório, acompanhada de algum grau de harmonização e de uma adequada regulação da prestação de serviços migratórios permitirá, certamente, o são convívio das regras específicas de cada país, em especial das economias mais necessitadas de investi-

mento estrangeiro com os interesses dos outros Estados-membros no que respeita ao acolhimento de fluxos migratórios não decididos por si e que não beneficiam em primeira linha a sua economia. Os Estados que pretendem manter ou aprofundar vistos especiais para investimento, não resultantes de legislação comunitárias devem, pois, adotar legislação interna de regulação de prestação de serviços migratórios que garantam a fidedignidade dos processos de candidatura bem como a correção das práticas de empresas privadas que prestam esses serviços.

4. Migrações e sustentabilidade intergeracional

Como se viu, boa parte da questão demográfica é também um problema de sustentabilidade intergeracional.

A gestão dos fluxos migratórios e uma adequada política migratória são essenciais à sustentabilidade intergeracional.

O equilíbrio demográfico depende da correta distribuição etária. Quando ele não se produz pela via natural, importa adotar políticas de correção que, no curto ou médio prazo, só podem ser políticas migratórias.

Estas políticas devem possuir, como se viu, uma dupla vertente: de atração de talento e de retenção do “*brain drain*”.

No plano demográfico, como também se assinalou, o impacto dos movimentos migratórios é muito significativo. Não só pelo que importa de perda de população mas, sobretudo, por se tratar de um movimento que ocorre, em larga medida, entre camadas jovens da população, tipicamente em idade reprodutiva.

Isto significa que o círculo de perda de população pela via migratória é duplamente vicioso: tanto diretamente como através do impacto negativo na natalidade.

Por seu turno, o ganho populacional pela via migratória é duplamente virtuoso: pelo que representa de aumento populacional direto e pelo seu impacto positivo na natalidade. Acresce que, em regra, como se viu, os imigrantes têm mais filhos que os nacionais, pelo que também aí a natalidade sai beneficiada.

No plano das funções sociais do Estado, o impacto dos movimentos migratórios é também positivo, como revela o relatório decenal do Observatório das Migrações. Com efeito, por exemplo, o saldo da segurança social com migrantes é positivo na medida em que, sendo indivíduos ativos, em geral procedem aos seus descontos, não chegando muitos

deles, num mundo de migrações circulares, a receber as corresponsivas prestações.

Num outro plano, estudos sociológicos têm demonstrado que a solidariedade intergeracional é profundamente vivida intrafamílias migrantes. Tratando-se de famílias que deixam os seus países, em muitos casos numa situação de vulnerabilidade, e não sabendo, à partida, com o que podem contar no país de destino, a predisposição é, naturalmente, para um entreajuda familiar, transversal às várias gerações, a qual se estende à família alargada, quando ela é parte do projeto migratório.

É certo que hoje as migrações representam uma preocupação das sociedades europeias, com um certo recrudescimento de forças políticas de inspiração xenófoba, o que ocorre, muitas vezes, entre eleitores mais velhos.

Felizmente esse não é o caso de Portugal, onde não existe qualquer partido com tendências xenófobas ou racistas com representação parlamentar.

Em todo o caso, este fenómeno merece uma reflexão.

Um dos argumentos em geral brandidos para uma oposição à imigração é o impacto que ela poderia provocar no desemprego dos cidadãos do país de acolhimento. Os dados demonstram que esta asserção é largamente infundada na medida em que muitos imigrantes desempenham funções que os locais não querem desempenhar, que muitos outros se dedicam ao empreendedorismo, assim criando postos de trabalho, não os tirando, e, finalmente, produzem um efeito económico geral positivo, assim contribuindo para o dinamismo das economias dos países de acolhimento, o que acabará por gerar emprego.

Por outro lado, esse fechamento ao estrangeiro é ainda mais incompreensível entre as gerações mais velhas, sobretudo entre os reformados. Desde logo, não se encontrando já a trabalhar, inexistem o receio de verem os seus trabalhos retirados por estrangeiros. Depois, encontrando-se dependentes da sustentabilidade do estado social, seriam os primeiros interessados em garantir a sua solvabilidade, através de novas fontes de financiamento que os imigrantes inquestionavelmente representam.

É claro que nesta equação racional não entram fatores de ordem essencialmente psicológica. O facto de terem nascido na época do estado-nação e, conseqüentemente o cosmopolitismo e a globalização serem realidades que observam ainda com desconfiança e, sobretudo, um certo ressentimento por verem os seus filhos privados de empregos e forçados – na sua visão – a emigrar, fatores que atribuem à chegada de imigrantes.

Como se vê, a reação é largamente emotiva e não racional. Nenhum argumento militaria a favor do fechamento destes eleitores, antes pelo contrário. Acresce que as dificuldades de emprego dos seus filhos e a sua vontade de sair do país não se devem à imigração. Por um lado, a diminuição do emprego é uma consequência direta da sociedade tecnológica, a qual só irá acentuar-se drasticamente nos próximos anos. Por outro lado, como se assinalou, num mundo cosmopolita e de circulação migratória, os mais jovens emigram não por estrita necessidade mas por vontade de conhecer o mundo ou de abraçar novos projetos profissionais ou de vida.

Neste sentido, pode verificar-se aqui um paradoxo: as gerações mais velhas, que ficam nos seus países de origem e que seriam os principais beneficiados, numa lógica de sustentabilidade intergeracional, com as migrações, são os que mais ferozmente se lhe opõem. Este paradoxo tem, depois, uma declinação democrática relevante.

Veja-se, a título de exemplo, a distribuição de votos no referendo sobre o Brexit no Reino Unido e as consequências no resultado final. Ora, a decisão democrática acaba por ficar largamente nas mãos destas gerações que votam em sentido contrário aos dos seus interesses, baseados em percepções erradas e ressentimento.

Claro que os movimentos populistas aproveitam este terreno fértil para crescer. E têm-no feito ao longo dos últimos anos na Europa. Não por acaso, os argumentos ligados às migrações e à sua relação com a sustentabilidade intergeracional encontram-se no topo da agenda destes partidos.

Esta realidade agrava o cenário já debilitado da demografia europeia. Sem uma política massiva de migrações, não é possível corrigir os desequilíbrios que se fazem sentir na demografia.

5. Conclusão

Pode concluir-se, do que antecede, que a sustentabilidade intergeracional das sociedades europeias e do seu estado social dependem, em larga medida, da capacidade de impor uma correta política migratória.

Essa imposição é cada vez mais difícil em face das reações populistas e xenófobas de muitos países.

A única forma de as combater – e de, por essa via, permitir a aplicação dessa política essencial – é através da formação e informação dos cidadãos, de modo a que não se perpetue o paradoxo aqui identificado.

Numa sociedade envelhecida, só a atração de imigrantes permite essa sustentabilidade, seja no plano das relações familiares, no cuidado aos idosos dependentes ou, no plano macro, na sustentabilidade das finanças públicas, dos sistemas de segurança social e, em geral, do próprio estado social.

É nessa frente que importa colocar recursos e investir esforços.

Bibliografia referenciada

CARENS, 1987. Joseph H. Carens, *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*

CARENS, 2013. Joseph H. Carens, *The Ethics of Immigration*

CHANG, 2006-2007. Howard F. Chang, *Economic Impact of International Labor Migration: Recent Estimates and Policy*

COLLIER, 2013. Paul Collier, *Exodus: How Migration is Changing Our World*

DAUGELIENE & MARCINKEVICIENE, 2009, Rosa Daugeliene & Rita Marcinkeviciene, *Brain Circulation: Theoretical Considerations*

LEGOMSKY, 2012. Stephen H. Legomsky, *Immigration Policy from Scratch: The Universal and the Unique*

MOTOMURA, 2006. Hiroshi Motomura, *Americans in Waiting. The Lost Story of Immigration and Citizenship in the United States*

NUSSBAUM, 1996. Martha Nussbaum, *Patriotism and Cosmopolitanism*

SHACHAR, 2006. Ayelet Shachar, *The Race for Talent: Highly Skilled Migrants and Competitive Immigration Regimes*

WALZER, 1983. Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*

Justiça Intergeracional e Mercado de Trabalho: Apontamentos para uma Aproximação Juslaboral

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO*

I – A abordagem sugerida para o presente capítulo articula o tópico da justiça intergeracional com o mercado de trabalho. O que se propõe nestas páginas é tentar essa análise a partir da perspectiva de um jurista do trabalho. Sendo certo que a matéria transcende o quadro jurídico (em bom rigor, antecede-o), assumindo especial riqueza no âmbito do discurso filosófico e político, uma abordagem exclusivamente jurídica é, naturalmente, redutora. Correndo esse risco, é a tarefa que vamos ensaiar.

Sucede, por outro lado, que, como tem sido notado, por comparação com as discussões em torno do ambiente ou dos sistemas de pensões e de cuidados de saúde, o tema da justiça intergeracional no mercado de trabalho tem merecido reduzida exposição (TREMMELE & WEGNER, 2010, p. 6). Assim acontece, em particular, no quadrante do pensamento juslaboral, dando nota da falta de interesse da doutrina pelo tema (ainda que com a exceção do espaço anglo-saxónico, GUAGLIANONE, 2014, pp. 621-2, nota 29). Parece, nesta medida, adequado começar por alguma reflexão sobre o enfoque juslaboral do mercado de trabalho, para, de seguida, tratar genericamente das circunstâncias que suscitaram, nas últimas décadas, a eclosão (ou a recuperação) do debate sobre a justiça intergeracional, relacionando-as com as vicissitudes específicas do ordenamento laboral e aferindo o seu impacto no projeto regulativo do Direito do Trabalho.

Tentar-se-á, de seguida, reunir elementos que auxiliem a enunciar a questão da justiça intergeracional numa perspectiva juslaboral, partindo de uma formulação paradigmática para discutir brevemente os termos

* Mestre em Direito. Docente convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Jurisconsulto. Autor e coautor de várias obras e artigos em diversos domínios do Direito do Trabalho. Docente ou orador em cursos de mestrado, pós-graduações e congressos no âmbito de diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. Membro da equipa que elaborou o anteprojecto de Código do Trabalho (2002-2003).

em que é proposta. A partir daí, serão apontados, muito sumariamente, caminhos de ação e reflexão, sempre a partir do lugar próprio do jurídico.

Conforme sugere a prudência do subtítulo, que corresponde à modéstia do propósito destas páginas, pretende-se apenas refletir sobre o modo de introdução deste tópico no pensamento juslaboral, mapeando os dados da discussão.

II – Conjugação mercado e trabalho implica que este último seja encarado como bem transacionável, o que pressupõe um processo de abstração que encara a atividade humana como mercadoria (ainda que meramente fictícia, no sentido proposto por POLANYI, 1983, pp. 122 *et seq.*) suscetível de ser trocada por uma contrapartida.

A configuração do trabalho humano como bem transacionável em relações que prescindem de um vínculo pessoal entre o trabalhador e o destinatário da atividade constituiu operação necessária para a emergência do contrato de trabalho como tipo contratual autónomo. Assim encarado, aparece como trabalho abstrato, atividade objetivada, autonomizada do seu resultado, quantificável em função do tempo e colocada no mercado¹. O contrato de trabalho corresponde, justamente à forma negocial paradigmática de aproveitamento desta atividade abstrata (trabalho humano e livre), tratada como bem de natureza mercantil cedido mediante retribuição a um utilizador (trabalho produtivo). Neste sentido se pode dizer que “a ideia de um ‘mercado de trabalho’ implica não apenas competição e mobilidade de recursos, mas mais especificamente a instituição de ‘trabalho assalariado’ e da sua expressão legal, o contrato de emprego” (DEAKIN & WILKINSON, 2005, p. 1 e, desenvolvendo a constituição e os condicionamentos deste mercado, pp. 26 *et seq.* e 284 *et seq.*).

A autonomização do contrato de trabalho e a sua regulação visaram conferir enquadramento jurídico a esta operação de troca e assegurar que as relações de trabalho funcionem satisfatoriamente como transações de mercado, apresentando-se a esta luz como um direito da produção (BIAGI, 2003, pp. 363-4). Ao mesmo tempo, porém, o Direito do Trabalho, tal

¹ Apenas numa lógica comercial desaparece a diversidade dos trabalhos humanos: “na medida em que a relação de trabalho deixa de aparecer como uma relação pessoal entre o trabalho entre um utilizador e um trabalhador a variedade dos trabalhos pode fundir-se numa mesma categoria abstrata, tal como os produtos do trabalho, todos diferentes pela sua utilização se tornam mercadorias comparáveis do ponto de vista do seu valor” – SUPLOT, 2002, p. 6.

como se desenvolveu no nosso espaço jurídico, nasce de uma reação contra a instauração de uma lógica puramente mercantil.

A contratualização implica, por definição e ainda que apenas formalmente, a legitimação das obrigações assumidas pelas partes pelo exercício da sua autonomia negocial. Por outro lado, como qualquer outro contrato, o contrato de trabalho “não poderia existir sem lei que o regesse e sem juiz competente para dele conhecer” (SUPIOT, 2004, p. 33). Dificilmente, porém, o direito geral dos contratos permite um enquadramento adequado, justamente pela circunstância de o apelo à vontade das partes redundar numa legitimação meramente formal e pela inerente objetivação e mercantilização da atividade laboral (coisificada como pura energia trocada por retribuição ou como bem suscetível de ser oferecido à fruição de outrem) (recordem-se, muito particularmente, as abordagens de Canelutti e de Barassi – cf., por todos, PASSANTI, 2006, pp. 186-9 e 487-91).

A resposta oferecida pelo Direito do Trabalho centra-se, fundamentalmente, em duas vertentes.

Por um lado, no reconhecimento da indissociabilidade do trabalho relativamente ao trabalhador (na síntese magistral de Mancini, não há trabalho em si, apenas pessoas que trabalham). O modelo contratual, centrado no trabalho abstrato e na sua objetivação, numa lógica civilística ou comercial, tende a uma reificação do trabalho e, por força do vínculo indissolúvel entre atividade e trabalhador, na reificação deste.

Num primeiro momento, a ação do legislador operou através do estabelecimento de regimes limitando a imposição de condições laborais especialmente nocivas – como escreve Le Goff, o trabalhador surge fundamentalmente como corpo, a que o ordenamento confere certo tipo de proteção (LE GOFF, 2004, pp. 85 *et seq.*). A partir do início do século xx fez o seu caminho uma abordagem mais ambiciosa, centrada na formulação a partir da qual se viria a construir a Organização Internacional do Trabalho: “o trabalho não é uma mercadoria” (SUPIOT, 2010, p. 23). O reconhecimento da incontornável implicação da pessoa do trabalhador na prestação da atividade laboral implica a imposição de um conjunto de garantias diretamente dirigidas à proteção da pessoa do trabalhador e da sua dignidade, que necessariamente se impõem à autonomia negocial das partes. Temos, então, o estabelecimento de um conjunto de normas inderrogáveis visando a proteção do trabalhador.

De outra parte, está igualmente presente na emergência da legislação laboral a ideia de controlo do poder do empregador. Poder que se exprime,

desde logo, em termos de força negocial, no contexto do mercado de trabalho: as condições de mercado determinam que o trabalhador se apresente perante quem oferece trabalho numa situação negocialmente débil. Para além disso, essa posição inicial de desigualdade é amplificada, em termos fácticos, pela inserção do trabalhador numa organização definida em termos hierárquicos e rigidamente controlada pelo empregador (que não apenas domina a própria existência e oferta de trabalho como define unilateralmente os moldes em que se desenvolve a atividade produtiva, impondo tempos, técnicas e tarefas) (para uma reflexão sobre as relações entre subordinação e a diferente relação de trabalhador e empresário com a técnica, cf. VARDARO, 1986, pp. 78-83). Finalmente, a própria distribuição de poder inerente ao contrato de trabalho, instrumento negocial paradigmático de afetação da atividade humana às organizações produtivas, coloca o trabalhador numa posição de subordinação, sujeito a um conjunto de poderes jurídicos, de organização, de direção e disciplinar.

O Direito do Trabalho visa, pois, regular esta situação de poder, não apenas pela imposição de um conjunto de garantias, que operam diretamente como limites ao exercício das prerrogativas patronais e de tutela de posições especialmente fundamentais do trabalhador, como pela abertura à criação de dispositivos de autotutela do trabalhador, através da possibilidade de constituição de organizações representativas, interiores ou exteriores à empresa, dotadas de poderes de negociação que equilibrem no plano coletivo a desigualdade de posições entre as partes do contrato de trabalho, estabelecendo condições que conformam heteronomamente o conteúdo dos vínculos contratuais, organizações essas que surgem igualmente como titulares do direito ao conflito.

Na edificação deste sistema surge, em momento mais tardio, a introdução de limitações fundamentais à possibilidade de desvinculação unilateral do empregador, em certos casos envolvendo uma verdadeira “estabilidade real” (por todos, FURTADO MARTINS, 1992, pp. 82-8). O contrato de trabalho passa, com isto, a ser encarado, mais do que mero instrumento de troca ou de afetação do trabalho à empresa, como suporte da estabilidade económica do trabalhador e da sua família.

Forma contratual, princípio da proteção da parte mais fraca, norma inderrogável (legal ou convencional-coletiva), limitação à possibilidade de desvinculação unilateral do empregador, mecanismos de representação coletiva, convenção coletiva e greve, estas são as peças fundamentais (dizendo-o de outro modo, os “blocos básicos” de construção do discurso juslaboral comum – DEAKIN & WILKINSON, 2005, p. 3) a partir das quais

foi sendo construído, com configurações variáveis, o edifício do Direito do Trabalho (ROMAGNOLI, 1993, p. 5, fala mesmo, a propósito das diversas modalizações do Direito do Trabalho, em termos geográfico-culturais e históricos, de uma “*Lego-law*”). Edifício que se estrutura, na formulação de Bernardo Xavier, em torno de três princípios fundamentais: trabalho como bem indissociável do trabalhador, realização de uma igualdade substancial entre as partes do contrato de trabalho, reconhecimento da autonomia coletiva (XAVIER, 2005, pp. 29-37).

Subjacente a este longo processo de edificação do Direito do Trabalho está, naturalmente, uma estratégia de intervenção do Estado nas relações económicas e sociais que se traduz numa determinada modelação do contrato social. Desde as primeiras leis laborais, produzidas na sequência da eclosão da Questão Social, que se tornou nítida a relação entre a regulação das relações de trabalho e a busca de um modelo suscetível de garantir a necessária coesão social e assegurar um certo grau de legitimação do Estado. Encaradas nesta perspetiva, as diferentes configurações do ordenamento laboral traduzem a evolução das conceções do papel do Estado e das estratégias de equilíbrio entre liberdade de iniciativa económica e de empresa, por um lado, e, por outro, a garantia de uma cidadania económica e social (para uma descrição sumária desta evolução, BAYLOS GRAU, 1993, pp. 15-47. Para o processo de formação do Direito do Trabalho é, também quanto a este ponto, especialmente esclarecedor VARDARO, 1986).

No mundo ocidental e, em particular, no espaço europeu continental, esta evolução culminou no segundo pós-guerra, com o “novo começo” marcado pela aprovação de um conjunto de textos internacionais fundadores, acrescentando aos tradicionais direitos fundamentais o reconhecimento de novos direitos sociais (RAMM, 1986, pp. 297-8. Veja-se também para esta evolução posterior a 1945, HEPPLÉ, 2011, p. 37-8, focando-se na nova lógica de intervenção do Estado). Seguiu-se em vários países um processo de constitucionalização, vertendo esses valores na matriz dos respetivos ordenamentos, como parte integrante do compromisso social fundamental. A assunção, pela via constitucional, deste programa fundamental de coesão social chegou, por razões conhecidas, bem mais tarde aos países periféricos do bloco europeu ocidental (Portugal, Espanha, Grécia).

Este compromisso assentou em duas vertentes fundamentais.

De uma parte, no contrato de trabalho “como categoria típica construída sobre a subordinação do trabalhador, a que se liga um estatuto

jurídico de proteção crescente (direitos laborais e de Segurança Social)”, peça essencial de um modelo que integra também “a família nuclear, a institucionalização de agentes coletivos (sindicais e patronais) e os Estados nacionais” (CASAS BAAMONDE, 2004, p. 4023). Este modelo tem igualmente como componente nuclear a empresa, na feição de “organização standardizada, uniforme e hierarquizada, com um poder de direção nítido e concentrado e vocacionada para a produção em massa de produtos em série e pouco diversificados” (CASAS BAAMONDE, 2004, pp. 4023-4), na qual a figura típica do prestador de trabalho é a do trabalhador contratado por tempo indeterminado², que labora a tempo inteiro, cuja atividade é em larga medida fungível, estavelmente integrado numa comunidade de trabalhadores com a qual partilha solidariedades e interesses. “Os trabalhadores [...] encontram no contrato de trabalho e no ordenamento próprio desta figura contratual estabilidade e proteção, a possibilidade de realizar uma carreira profissional ascendente e, depois da sua reforma, o direito a receber pensões de reforma (por um escasso período de tempo, atendendo à sua esperança média de vida)” (CASAS BAAMONDE, 2004, p. 4024).

Por outro lado, o compromisso fundamental inclui igualmente um papel primordial para o Estado, tanto no plano das relações económicas – sustentação da procura interna, proteção do mercado nacional, garantia da soberania económica – como na intervenção nas relações de trabalho, protegendo os trabalhadores e preservando a ordem social e económico-produtiva (a referência é, ainda, CASAS BAAMONDE, 2004, p. 4025). Cabem-lhe, no âmbito da garantia dos parâmetros de proteção que estabelece – normas inderrogáveis, de ordem pública –, funções de fiscalização, autorização e inspeção. Incumbe-lhe, igualmente, uma dupla função de suporte do diálogo social e de controlo da conflitualidade (sobre o papel do Estado, cf. XAVIER, 2005, p. 56). No sentido da maximização da eficácia desta intervenção e do reforço da sua legitimação, são frequentemente institucionalizados mecanismos de concertação social, passando as organizações sindicais a partilhar a tarefa de condução do sistema e de ajustamento dos seus objetivos e mecanismos.

² “A conceção do contrato de trabalho evoluiu no sentido de entender esta relação como tendencialmente a tempo indeterminado, estável e de longa duração, exclusiva e a tempo inteiro, capaz de conter no seu seio uma ‘carreira’, e colocado, enquanto tal, ao abrigo de interrupções e ruturas mediante a adoção de vínculos dirigidos a garantir a sua continuidade perante diversas eventualidades e a limitar a faculdade de resolução por parte do empregador” – GIUGNI, 1989, p. 307.

Dito isto, é possível decantar o sentido do Direito do Trabalho, tal como resulta destes elementos.

Constitui, antes de mais, uma “técnica de tutela ou emancipação de um sujeito caracterizado pela subproteção social e dependência económica”, um “direito social e distributivo”, mas assume, ao mesmo tempo, a feição de “direito da produção”, de “instrumento de gestão da empresa e de regulamentação das modalidades de encontro entre capital e trabalho” (BIAGI, 2003, pp. 363-4). O sentido do Direito do Trabalho encontra-se na conjugação destas duas valências (direito social e direito da produção)³, articulação que não é isenta de tensões e a que têm correspondido, no tempo e no espaço, pontos de equilíbrio distintos.

Tem subjacente, como ideia fundamental e fundadora, a necessidade de corrigir, através de uma intervenção normativa heterónoma, a assimetria estrutural da posição das partes no contrato de trabalho, tomado como dispositivo típico e paradigmático de regulação da prestação de uma atividade a outrem no quadro do sistema produtivo, tendo em consideração a dimensão pessoal da prestação devida e a inaptidão da autonomia negocial para produzir um equilíbrio justo, suscetível de garantir um conjunto de valores primordiais, que se considera integrem a própria ideia de cidadania (cf., para uma formulação desta ideia básica ou original do Direito do Trabalho e suas declinações particulares, GOLDIN, 2011, pp. 70 *et seq.*).

Finalmente, o sentido e a ideia do Direito do Trabalho reportam-se também, como ficou referido, a um certo perfil típico do trabalhador. Fala-se, nesta medida, de um específica conceção antropológica, que constitui uma das premissas implícitas no sistema juslaboral (por exemplo, ROMAGNOLI, 1989, p. 18 e, mais extensamente, 1997, pp. 27 *et seq.* especialmente pp. 32-3).

Verificamos, em suma, que a formalização da troca de trabalho por retribuição, a partir do modelo do contrato de trabalho e da construção da atividade como bem transacionável, faculta a constituição do mercado de trabalho, cabendo ao Direito do Trabalho a institucionalização do funcio-

³ Esta visão não é partilhada por uma parte importante da doutrina juslaboral, que associa ao Direito do Trabalho uma abordagem unilateral, radicada na proteção do trabalhador. A repercussão no âmbito da empresa, através da fixação de parâmetros de gestão da prestação do trabalho e da imposição de limitações à possibilidade de desvinculação unilateral do empregador, aparece nesta perspetiva como efeito indireto, mera refração da ideia fundamental de tutela do trabalhador.

namento desse mercado a partir de uma específica ideia de justiça⁴, cuja matriz fundamental consta, no nosso espaço jurídico – e, particularmente, em Portugal –, do próprio quadro constitucional. Na síntese de D’Antona (2000a, p. 221), “as novas Constituições e as praxes constitucionais que tomaram forma” a partir da segunda metade do século xx “propõem como valores jurídicos da sociedade inteira as cláusulas de um compromisso entre classes sociais até então radicalmente contrapostas pela desigual distribuição de poder e rendimento por força da distinta inserção na esfera da produção”, incluindo aí as “garantias da organização e da luta sindical, o princípio da tutela do trabalho na relação contratual e as suas condições específicas, como o justo salário e a proteção da mulher e dos menores e, mais extensamente, o princípio do ‘Estado social’, o direito ao trabalho e à segurança social”. Este compromisso funcionou como fator decisivo da legitimação do Estado e das instituições, tendo implícita uma proposta de promoção da “integração de sempre mais vastos estratos de cidadãos no mercado de trabalho e na economia de bem-estar” (D’ANTONA, 2000a, p. 222).

III – A emergência da moderna reflexão sobre a justiça intergeracional, a partir da década de 70 do século passado (TREMEL, 2006, p. 1), coincidiu com o início da erosão do tradicional edifício do Direito do Trabalho. Poder-se-á, mesmo, dizer que são, em alguma medida, comuns as circunstâncias que estão na origem destes movimentos.

A mesma fé no progresso, com raízes na Revolução Industrial, levou a ter por certo que “a próxima geração teria uma melhor e mais próspera existência do que a geração presente e que essa situação iria continuar para o futuro previsível”, crença que se manteve “largamente indiscutida

⁴ Este juízo reporta-se essencialmente à evolução do Direito do Trabalho nos países da nossa tradição jurídica. É certamente discutível a sua generalização, podendo, ainda assim, considerar-se, com DAVIDOV, 2016, pp. 27-8, que, apesar da diferente densidade normativa, de contextos distintos e de diversas formas de articulação de princípios ordenadores conflituantes, o reconhecimento dos “problemas do trabalho” implica naturalmente um núcleo comum de objetivos ou valores. De todo o modo, é necessário ter presente, no mundo da globalização, que a questão se coloca, naturalmente, noutros moldes quando é muito substancialmente distinta a própria percepção desses “problemas do trabalho” (o que ajudará, porventura, a perceber a própria alteração de posicionamento, dos parâmetros de intervenção e da agenda da Organização Internacional do Trabalho – vejam-se, por ex., SANKARAN, 2006, pp. 205-18, e MARÍN, 2006, pp. 345-54). Talvez por isso mesmo escreveu D’Antona que “a ordem pública internacional do direito do trabalho na idade da globalização é um terreno de valores em conflito” – D’ANTONA, 2000a, p. 232.

durante a última metade do século XIX e os primeiros terços do século XX” (AUERBACH, 2014, p. XIV e 1, bem como, para os pressupostos teóricos do renascimento da questão da justiça intergeracional, pp. 55 *et seq.*). No âmbito do pensamento juslaboral, esta convicção tinha corolários tangíveis como o da contínua progressividade dos níveis de proteção social⁵, suposta fonte de um “metaprincípio” vinculando o legislador a uma sucessiva rerregulação em sentido mais favorável para o trabalhador (DRAY, 2015, p. 525), por sua vez argumento para concretas soluções jurídicas, como a da imediata aplicação da lei nova a todas as relações de trabalho, incluindo as já constituídas⁶.

As sociedades ocidentais, com o fim dos “trinta gloriosos anos” e as crises económicas que se sucederam após os anos 70, foram confrontadas com uma realidade nova e bem distinta da anterior, de que passaram a fazer parte o desemprego estrutural e as dificuldades de sustentação do Estado social, surgindo a percepção de que o nível de bem-estar das gerações futuras, longe de estar garantido, poderia ser menor do que o gozado pelas precedentes. Ao mesmo tempo, o próprio progresso científico, económico e tecnológico engendrou, com novos instrumentos de intervenção na natureza e nas condições fundamentais para a vida humana, o esgotamento de recursos naturais e a contínua complexificação do sistema económico, também causa de inesperadas fragilidades para a sociedade.

O problema da sustentabilidade – da despesa pública, dos regimes de previdência, mas também do próprio ambiente e, em última análise da própria vida humana – alimentou o debate sobre a responsabilidade perante os vindouros (é, aqui, especialmente relevante a contribuição de JONAS, 1992; para uma descrição dos termos do problema e da sua

⁵ Decorrente da “ideia de continuado progresso da legislação social (‘sempre mais’), que manteve alguma resiliência até finais dos anos 80, cf. XAVIER, 2014, p. 981. Referindo que “o sentido geral do Direito do trabalho dirige-se para uma tutela crescente dos trabalhadores”, ainda que “em globo e por forma sensível, capaz de absorver conjunturas”, MENEZES CORDEIRO, 1994, p. 199.

⁶ A referência é, note-se, puramente histórica, reportando-se a um obsoleto “espírito ‘panglossiano’ do ‘sempre mais’” (XAVIER, 1986, p. 522). Como escreve Dray (2015, p. 525), fazendo eco de posição há muito estabelecida na dogmática juslaboral, tratava-se “de uma ideia simultaneamente pueril e autoritária: admitir que o curso da história é sempre propício a melhorar o nível de vida dos cidadãos é, por si só, uma perspetiva ingénua” e “pretender que, independentemente do curso da história, das suas vicissitudes e das condições socioeconómicas, o legislador está adstrito a legislar, apenas, num único sentido, sempre mais favorável ao trabalhador, é querer impor autoritariamente uma solução legislativa em nome de um dogma que não é absoluto, mas sim relativa”.

amplitude, cf., por todos, PEREIRA DA SILVA, 2010, pp. 465-82). Ao credo da sociedade do progresso contínuo sucedeu a percepção da sociedade de risco (a referência é, aqui, BECK, 2015) – mais ainda, de uma sociedade em que os riscos se distribuem de modo não equitativo.

Um problema “tão velho como a humanidade”, o de “tratar de modo justo’ qualquer geração”, assumiu-se como “questão (*public issue*) totalmente nova nos termos em que hoje a discutimos”, “nova porque mudaram completamente o contexto e o significado do problema, assim como as formas de o definir e de encontrar soluções”: “os chamados ‘pactos sociais’ entre gerações típicos das sociedades antiga e moderna tinham pressupostos culturais, demográficos e económicos que hoje desapareceram ou estão a desaparecer, pois mudaram os valores e as modalidades de troca e, por isso, há que encontrar novas regras de alocação das oportunidades de vida entre gerações” (DONATI, 2002, pp. 151-2).

Esta dinâmica reproduziu-se no âmbito estrito do mercado de trabalho. O impacto dos choques petrolíferos, primeiro, e, depois, as sucessivas crises económicas fizeram surgir um contexto de descontinuo e tipicamente baixo crescimento, em que o desemprego se foi tornando um elemento estrutural: o emprego passou, cada vez mais, a ser encarado como bem escasso “e, portanto, como bem a partilhar, quiçá parcimoniosamente” (XAVIER, 1986, p. 519). Ao mesmo tempo, a própria evolução (paradoxalmente, o progresso...) das organizações produtivas e dos esquemas organizativos e tecnológicos de realização do trabalho (a literatura é muitíssimo vasta; pode ver-se, por ex., a minuciosa análise de CORIAT, 1982, e 1994), a par das novas condições de funcionamento dos mercados, foram, e são, causa de profunda transformação dos modos de trabalhar, determinando a extinção de muitos postos de trabalho, apenas parcialmente substituídos e por postos de natureza muito diferente, bem como a uma profunda diferenciação dos trabalhos e dos modos de realização das atividades (cf., em termos gerais, NUNES DE CARVALHO, 1999, pp. 55-69 e, mais desenvolvidamente, PALMA RAMALHO, 2000, pp. 552-68; refletindo sobre a projeção destes problemas nos sistemas de segurança social, LOUREIRO, 2014, pp. 121-6). Neste sentido conflui a explosão do setor terciário, mais a mais numa sociedade em que os ciclos temporais “naturais” vão sendo substituídos pela voracidade de uma permanente disponibilidade de bens e serviços, todos os dias e a todas as horas do dia, reclamando, por isso, a necessidade de esquemas temporais de prestação do trabalho menos padronizados e que potenciem a disponibilidade.

As mutações tecnológicas, as inovações organizativas e as necessidades da concorrência (nacional e internacional), com os mantras da *lean production* e do *just in time*, têm vindo a tornar crescentemente obsoleto o esquema produtivo a partir do qual foi erguido o ordenamento juslaboral. A fábrica “compacta, rígida e hierárquica” (D’ANTOMA, 2000a, p. 225) segmentou-se, dispersou-se organizacional e geograficamente, desmaterializou a sua organização, diversificou produtos e perdeu dimensão. Em termos tais que mesmo a identificação do empregador ou da entidade a quem devem ser imputados especiais responsabilidades laborais se tornou, muitas vezes, um problema extremamente complexo.

Por outro lado, o impacto das inovações tecnológicas e organizativas produz-se de forma assimétrica. Relativamente a certos grupos de trabalhadores, opera no sentido de uma maior ligação com a prossecução dos objetivos da empresa, favorecendo uma maior autonomia e proporcionando o enriquecimento contínuo da sua profissionalidade, o que, por seu turno, incrementa a estabilidade do vínculo contratual. Já relativamente aos trabalhadores afetos a tarefas menos qualificadas ou atingidos de forma diversa pela introdução de novas tecnologias tende a instalar-se um processo inverso, de desqualificação, “de expulsão da produção ou de perda sempre maior de qualquer conteúdo qualificante das atividades desenvolvidas” (ZANELLI, 1985, p. 46). Os legisladores têm, por sua vez, reagido às necessidades empresariais associadas às novas estratégias de produção e de organização com a disponibilização do acesso a vínculos contratuais menos estáveis e tutelados, formas contratuais flexíveis e que se afastam da relação laboral típica.

Resulta daqui um duplo processo de segmentação: de uma parte, entre os trabalhadores que pertencem ao núcleo da empresa, estavelmente integrados e apetrechados com uma profissionalidade que é garante de estabilidade, e aqueles que estão nas orlas da organização, numa situação bem mais contingente e à mercê de uma qualquer medida de “racionalização” ou de uma opção de externalização⁷; de outra parte,

⁷ Sobre a distinção entre “trabalhadores fortes” e “trabalhadores débeis”, pode ver-se ICHINO, 1989, pp. 231-9. Faz-se notar que a opção pela externalização implica frequentemente a conversão de postos de trabalho antes integrados na estrutura permanente da empresa, e como tal preenchidos com recurso ao contrato de trabalho comum, em funções desenvolvidas por trabalhadores de uma empresa prestadora de serviços, que esta contrata muitas vezes a termo (fazendo corresponder a duração do contrato de trabalho ao período de vigência do contrato de prestação de serviços) ou com recurso a outras formas de vinculação (por exemplo, aproveitando as medidas temporárias de

entre trabalhadores da organização e titulares de contratos “atípicos”, que podem ou não ter natureza subordinada. Segmentação que oculta uma mesma “inultrapassável dependência pessoal relativamente à sorte e às conveniências económicas da empresa de outrem, que permanece árbitro de um destino individual e de um inteiro projeto de vida” (D’ANTONA, 2000a, p. 225). E a que corresponde uma substancial variação no nível de tutela que é dado pelo ordenamento.

Ou seja, no quadro de um sistema normativo que liga à posição de trabalhador subordinado um determinado aparato de proteção, unitariamente definido, a assinalada segmentação facilmente se converte num desequilíbrio substancial de posições. A aplicação dos instrumentos do ordenamento jurídico reproduz, por isso mesmo, essas assimetrias, reforçando a posição dos trabalhadores cuja posição na empresa é mais sólida e falhando na proteção dos que se encontram em posição mais frágil.

Este elemento cruza-se com outro, que toca igualmente um aspeto central do modelo corrente do Direito do Trabalho. A subordinação jurídica, elemento tipificador do contrato de trabalho, continua a constituir o centro de imputação da tutela proporcionada pela lei do trabalho, numa lógica que é, tendencialmente, de tudo ou nada. O conceito de subordinação, aplicado transversalmente a toda a área coberta pelo Direito do Trabalho, adquiriu, porém, um elevadíssimo grau de abstração, que torna a sua aplicação extremamente complexa. Também as alterações ao nível da organização produtiva e das formas de integração dos trabalhadores nessa organização, aliadas à preponderância crescente do setor dos serviços, acentuam a perda de referenciais concretos para a subordinação e potenciam as dificuldades na aplicação do conceito.

Para além disso, e pelas razões acima indicadas, torna-se cada vez mais clara a falta de conexão entre a subordinação jurídica, como fator de tipificação de situações jurídicas, e a necessidade da tutela característica do Direito do Trabalho. Tanto é trabalhador subordinado o diretor como o trabalhador indiferenciado, embora as necessidades de tutela sejam bem diversas. Os vários ordenamentos nacionais têm respondido com esquemas de modalização dos regimes (comissão de serviço, especificação das regras sobre limitação e organização do tempo de trabalho, etc.), embora esta diversificação de tutelas esteja ainda assim aquém da

incentivo à contratação de jovens ou desempregados de longa duração). Para além disso, os níveis salariais e de condições de trabalho em geral são normalmente mais baixos na empresa prestadora de serviços.

dissemelhança de situações. Por outro lado, não é certamente trabalhador subordinado o que presta, com autonomia, a sua atividade à empresa, mesmo que esta seja a única destinatária desses serviços. Como não o é aquele que se encontra transitoriamente afeto à empresa nos termos de um contrato de estágio, ou similar, e que, por isso mesmo, ainda que realizando a sua atividade ao lado de “verdadeiros” trabalhadores subordinados e no contexto de uma mesma organização, não tem acesso às tutelas de estabilidade, níveis de rendimento e condições de trabalho de que beneficiam estes.

Em suma, regista-se o esvaziamento da referência semântica do conceito de subordinação e a sua perda de utilidade como conceito operativo. Em especial, é notório o esvaziamento das virtualidades do conceito para a imputação de tutela jurídica adequada.

Ora, como se disse, a efetividade da tutela garantida pelo Direito do Trabalho, enquanto projeto de garantia de cidadania social e económica no mundo produtivo, pressupõe a existência de um vínculo laboral (por isso mesmo se podia afirmar que a legislação do trabalho correspondia ao “estatuto jurídico comum da população ativa” – XAVIER, 1976, p. 318). Assim como aos programas constitucionais de proteção do trabalhador está associada a afirmação do direito ao trabalho, também a efetividade do próprio Direito do Trabalho se associa a uma específica intervenção do Estado, pela promoção de políticas dirigidas à promoção do pleno emprego. Contudo, os condicionamentos económicos das últimas décadas (recessão, crises orçamentais, excesso de endividamento público, *jobless growth*), somados à evolução das próprias organizações empresariais (externalização, desenvolvimento de tecnologias e esquemas de organização que dispensam o uso intensivo de mão de obra, *just in time*) comprometem gravemente a realização desta dimensão do compromisso que dá ao Direito do Trabalho o sentido que fomos identificando.

Como aponta M. D’Antona, parece que somos confrontados com a necessidade de escolha entre dois modelos: de uma parte, o modelo norte-americano, onde se aceitam retribuições inferiores ao patamar da pobreza e não se colocam obstáculos nem à explosão dos *bad jobs* nem às limitações à criação de obstáculos aos mecanismos de representação coletiva, aceitando-se limites nunca vistos de desigualdade social, mas que gera ocupação e alarga a possibilidade de acesso a uma atividade remunerada; e, por outro lado, o modelo europeu continental que, “querendo preservar a dignidade e a segurança do trabalho, não admite oficialmente salários abaixo de um mínimo social, mantém fortes vínculos

no acesso e na saída do emprego, preserva o controlo sindical sobre as condições mínimas de trabalho, mas expia uma mortífera combinação de alta desocupação, trabalho ilegal e imigração, restringindo as *chances* efetivas de ocupação de certas faixas sociais, como os jovens em geral, os desocupados de longo período e as mulheres com qualificação média-alta” (D’ANTONA, 2000a, p. 227).

Desde os anos 80 que os diversos Estados do nosso espaço jurídico-cultural têm tentado fugir deste impasse através de medidas, as mais das vezes avulsas, dirigidas à promoção do emprego, que tende, no léxico oficial, a substituir a antiga referência ao trabalho, enquanto objetivo a promover. Esta alteração da terminologia é significativa. Perante a contínua escassez de trabalho, o emprego designa essencialmente ocupação, seja no quadro de vínculos temporários ou com tempo de trabalho reduzido, seja pela multiplicação de formas contratuais atípicas (trabalho intermitente ou *on call*, trabalho a tempo parcial, *job sharing*, formas de trabalho para-subordinado, etc.), seja, ainda, tanto por força da necessidade de renovação dos perfis profissionais disponíveis no mercado como pela necessidade de promover a absorção dos empregos perdidos com a introdução de novas tecnologias, a vulgarização de contratos em que a prestação de trabalho subordinado é articulada com a ministração de formação profissional (é particularmente ilustrativa, neste sentido, a Reforma Biagi, empreendida em Itália no início do novo século – cf., por todos, FERRARO, 2004, pp. 1-24). Em qualquer destes casos é, desde logo, patente a diversificação e atenuação das tutelas que correspondem à prestação de trabalho subordinado. É, também, nítida a alteração da fisionomia do Direito do Trabalho, onde se afirma cada vez mais a proeminência da articulação com as políticas de emprego (já neste sentido, XAVIER, 1976, pp. 318-20 e, mais desenvolvidamente, XAVIER, 1986, pp. 519-26).

Por força desta evolução, cada vez mais nos confrontamos com uma realidade em que, como escreve G. Lyon-Caen, “a província mais extensa do Direito do trabalho é constituída paradoxalmente pelas regras relativas ao não trabalho”, regras essas, mais a mais, mal sistematizadas e, até, pouco conhecidas e transparentes (LYON-CAEN, 1995, p. 61).

Estes fatores têm, por seu turno, impacto numa outra vertente crucial do equilíbrio que faz parte do sentido tradicional do Direito do Trabalho e que integra também a sua “narrativa constitutiva” (a expressão é de LANGILLE, 2006, pp. 14 *et seq.*).

A segmentação de que acima se deu conta repercute-se, inexoravelmente, na desagregação da comunidade de trabalhadores (compreendendo trabalhadores “fortes”, trabalhadores “fracos” e titulares de vínculos precários, laborais ou não). No mesmo sentido funciona a distinção, cada vez mais nítida, entre *job owners* e *job seekers*. Estas contraposições a partir da titularidade e do tipo de emprego quebram as solidariedades coletivas e fragmentam o interesse coletivo, elemento fundamental da construção dos mecanismos de representação coletiva (neste domínio, continua relevante GIUGNI, 2011, p. 62-4). Para esse efeito de limitação das condições da ação coletiva concorre igualmente a alteração das formas de integração do trabalhador na empresa: o trabalhador a termo ou intermitente, assim como o que presta a atividade noutra local são apenas “visita” da empresa, não criam solidariedades nem se veem como participante de uma comunidade de interesses com os outros trabalhadores. Do mesmo passo, as próprias organizações sindicais tendem a encarar a proliferação dos trabalhos “atípicos” como ameaça ao emprego dos titulares de postos de trabalho permanentes, aqueles que integram as suas estruturas, que podem mobilizar e em função de cujos interesses é fundamentalmente orientada a atividade representativa.

Como é bom de ver, mais uma vez estes impactos operam de modo assimétrico: os efeitos negativos projetam-se sobretudo na representação sindical dos trabalhadores menos protegidos, num processo em boa parte autorreprodutivo.

Por outro lado, assiste-se também neste mais recente período de vida do Direito do Trabalho a uma estratégia legislativa de regulação da flexibilidade que convoca os sindicatos a participar na sua aplicação. Trata-se do que é usual designar por “flexibilidade negociada”, que consiste na atribuição à contratação coletiva da tarefa de regulação da aplicação de regimes de flexibilidade das condições de trabalho, quando não de integração dos regimes legais, através do reenvio para a disciplina produzida pela autonomia coletiva, que desempenha neste caso uma função de integração do conteúdo da norma legal, independentemente da sua maior favorabilidade. A convenção coletiva assume nestes casos um papel diferente do tradicional, surgindo agora, por força da norma legal, como guardiã, ou gestora, de instrumentos de flexibilização dos poderes patronais que, em boa parte, escapam à lógica do princípio do tratamento mais favorável. E que, na medida em que envolvam a diminuição do padrão geral de proteção, funcionam como uma derrogação *in pejus* do tratamento legal (CARABELLI & LECCESE, 2006, p. 199; aprofun-

dadamente, MAGNANI, 2006, pp. 4 e 16-69; FONTANA, 2010, pp. 115-59). Este envolvimento dos sindicatos na definição e aplicação de regimes menos favoráveis acaba também por contribuir para a desafeição dos trabalhadores relativamente ao movimento sindical.

Os efeitos da conjugação destes fatores são conhecidos: deslegitimação dos sindicatos perante os trabalhadores, diminuição da filiação, fragmentação sindical (ou, em alguns países, desaparecimento da tradicional unicidade de facto e emergência de formas *ad hoc* de representação), perda de relevância dos sindicatos como interlocutores negociais, refluxo da negociação coletiva e substancial diminuição da capacidade de mobilização dos sindicatos. Algumas análises vão mesmo mais longe, assinalando que a diluição das solidariedades profissionais e da conceção unitária do trabalho subordinado são causas de um esvaziamento da própria condição de trabalhador (que determina aspirações, atitudes e ações), condição que, como vimos, está na base do sentido normalmente conferido ao Direito do Trabalho (que não se preocupa com o trabalho em si mas sim com as pessoas que trabalham). Daí que, depois da pergunta “*who is labour law for?*” surja naturalmente outra: “*what is labour law for?*” (ARTHURS, 2011, pp. 18-22; veja-se, no entanto, para uma visão, do ponto de vista sociológico, bastante menos pessimista quanto à perda da identidade social conferida pelo trabalho, ACCORNERO, 1994, pp. 257-8).

Regista-se, mais recentemente, uma outra tendência, em parte impulsionada pelas dificuldades que afetam a representatividade sindical. Para além dos fatores que se deixaram já indicados, quer por razões de estrutura (no caso português, a falta de dispositivos convencionais-coletivos com eficácia *erga omnes*)⁸ quer por uma expectável reticência dos sindicatos na outorga de compromissos suscetíveis de colocarem ainda mais em causa a sua base de apoio social, esta “flexibilidade negociada” não tem produzido os resultados que se almejavam. Por esse motivo, e mantendo a sua premência as circunstâncias que impelem o legislador a consagrar os mecanismos de flexibilidade, têm sido dados novos passos, agora no sentido de permitir à própria autonomia

⁸ Sobre os problemas ligados ao princípio da filiação, XAVIER, 2009, pp. 111 *et seq.* O problema assume particular criticidade entre nós, na medida em que, por força da revolução copernicana no sistema de fontes dos Direito do Trabalho operada em 2003, em Portugal concretizou-se a tendência, referida por MAGNANI, 2006, p. 4, no sentido de a regulação inderrogável das relações laborais ser, em medida crescente, confiada não à norma legal mas sim à convenção coletiva.

individual a ocupação de pelo menos parte destes espaços (quando não, em certos casos à intervenção unilateral do empregador). Desta sorte, fica enfraquecida a inderrogabilidade *in pejus* da norma legal, perante a contratação coletiva, primeiro, e diante da própria autonomia negocial individual, num segundo momento. E introduz-se um novo elemento perturbador, constituído pela tendência para a individualização dos estatutos dos trabalhadores, contrariando a lógica estatutária e coletiva que desde há muito se considera inerente à ideia de Direito do Trabalho. O ressurgir do assalariado-indivíduo choca com a ideia do coletivo como “condição objetiva de possibilidade” (sobre o conceito e o impacto deste processo de individualização, pode ver-se ADAM, 2005, e, para a perspetiva referenciada no texto, pp. 472-3).

A estes fatores poder-se-iam adicionar outros, como da crescente dificuldade do Estado, por força das dinâmicas conjugadas da globalização e da integração em espaços económico-políticos transnacionais, em assegurar o papel que lhe cabe no compromisso construído a partir da metade do século passado, nos termos do qual lhe incumbe um papel crucial em termos de condução das relações económicas – sustentação da procura interna, proteção do mercado nacional, garantia da soberania económica – e de intervenção nas relações de trabalho (cf., de novo, D’ANTONA, 2000a, pp. 223-6). Certo é que da ação conjugada destes elementos decorre uma acentuada erosão dos pilares identitários do Direito do Trabalho tradicional e do projeto de justiça que lhe está associado.

Com isto, somos confrontados com o problema de saber se o ordenamento juslaboral, enquanto sistema de regras e princípios, continua a proporcionar uma resposta valorativa e pragmaticamente adequada aos problemas específicos, à interpelação própria da hodierna realidade social diferenciada (colocando estes problemas, PERULLI, 2010, pp. 3-6).

A questão coloca-se com especial premência quanto às sequelas do “novo normal” constituído pelo desemprego estrutural. O compromisso estruturante do Direito do Trabalho assenta na relevância fundamental do trabalho como fator de realização pessoal mas também de integração e participação plena na comunidade (para uma articulação das várias dimensões axiológicas do direito ao trabalho, Friboulet, 1999, pp. 229-45), pelo que o sentido de uma tutela adequada do valor do trabalho envolve, necessariamente, a possibilidade de aceder a uma ocupação remunerada. Por força das circunstâncias sumariamente descritas surge, porém, uma interrogação: na nova realidade social e económica, o nível

de tutela do trabalho não constitui mais um fator (ou, mesmo, um fator crucial) de diminuição da oferta de emprego? A escassez do trabalho não é também (ou sobretudo) uma consequência dos padrões legais de proteção aplicáveis? Numa formulação sugestiva, dever-se-á considerar que o Direito do Trabalho passou, de aliado fiável do direito ao trabalho, num seu rival? (sobre esta formulação, LE GOFF, 1999, pp. 198-216)

É, com efeito, patente “o conflito entre os trabalhadores protegidos por um estatuto de estabilidade e aqueles que não podem aceder ao mercado de emprego, a não ser pela utilização de formas mais dúcteis” (XAVIER, 1986, p. 521). Modalidades cuja flexibilidade se traduz em precarização (que dela é, muitas vezes, contraponto), menores condições de remuneração e condições de trabalho menos favoráveis. Com isso, o abaixamento do patamar de proteção, admitido como preço incontornável da tentativa de potenciar o acesso a um emprego, acaba por comprometer a própria legitimidade do processo de juridificação do mercado de trabalho, “transformando o inicial conflito entre empregador e trabalhadores numa disputa entre diferentes grupos de trabalhadores” (SIMITIS, 1987, p. 131). Paradoxalmente, temos de enfrentar a possibilidade de o ordenamento laboral, no seu novo contexto social e económico, privar de proteção os mais desfavorecidos em nome da tutela dos que beneficiam já da vantagem de um posto de trabalho com as garantias que lhe estão associadas.

Mesmo uma análise muito perfunctória dos dados estatísticos atuais e da sua evolução (para estes dados, <https://data.oecd.org/unemp/unemployment-rate#indicator-chart>) permite perceber que este confronto se coloca de modo especialmente claro entre os trabalhadores jovens que pretendem aceder a uma ocupação adequada e aqueles, mais velhos, já integrados no mercado de trabalho. O confronto entre *insiders* e *outsiders* tende, portanto, a colocar-se de modo especialmente relevante no plano geracional.

Os trabalhadores jovens são, com efeito, desproporcionalmente afetados pelos desequilíbrios do mercado de trabalho: tendem, com maior probabilidade, a encontrar-se na situação de desemprego e em empregos sem futuro (*dead-end jobs*) ou atípicos, são-lhes pagos salários menores e têm maiores dificuldades em aceder a carreiras estáveis (BRADLEY & VAN HOOF, 2005b, p. 243). Na síntese de Bradley e Van Hoof, que partem da conceção de Ulrich Beck segundo a qual “a questão central do debate sobre a sociedade de risco é a de saber se os riscos do que percecionado como um contexto crescentemente inseguro estão igual-

mente divididos entre os cidadãos”, impõe-se o reconhecimento de que os jovens têm, realmente, o pior quinhão, injustamente expostos aos riscos do mercado de trabalho por comparação com os seus mais protegidos concidadãos mais velhos, muitos dos quais beneficiam de longo tempo de serviço, de garantias de estabilidade e das regras e práticas estabelecidas (BRADLEY & VAN HOOF, 2005a, p. 6). Encontram-se, igualmente, mais expostos às consequências, em termos de cidadania, da transição dos modelos de *welfare* para os de *workfare* (assim, REITER & CRAIG, 2005, pp. 19-23).

Tão marcada assimetria na distribuição das dificuldades de acesso ao emprego – “esta atividade enquadrada por um conjunto de direitos e de deveres que forma o vetor pelo qual um indivíduo assegura uma certa percentagem da riqueza coletiva e acede à cidadania social” (SOULET, 1999, p. 12) – ou a relegação para sucedâneos mais ou menos aproximados desse emprego, numa tendência persistente nas últimas décadas, não podem deixar de ser encaradas como um rasgar do famoso véu de ignorância (parafraseando SOULET, 1999, p. 19).

Questionamento sobre a consistência do compromisso fundador do moderno juslaboralismo que é, certamente, agravado pelo efeito simultâneo do papel central reconhecido à representação sindical, tanto pela via da concertação social como da contratação coletiva, na conformação das regras enformadoras do mercado de trabalho (SIMITIS, 1987, pp. 134-43) e a assinalada subrepresentação dos trabalhadores mais jovens quer na vida sindical quer na definição das reivindicações. Esses trabalhadores veem-se, pois, remetidos para a classe do “*demos-destinatário-de decisões*”, sem efetivo e real acesso à do “*demos-participante*”, quando não mesmo à do “*demos-com-direito-de participação*” (transpomos as categorias a que recorre SANTOS CAMPOS, 2015, p. 137).

Finalmente, a maior fragilidade negocial dos trabalhadores jovens acarreta uma desproporcionada exposição aos inconvenientes dos mecanismos de individualização das condições de trabalho assentes na autonomia individual. Boa parte destes mecanismos prende-se com a regulação da limitação e da distribuição da jornada de trabalho (cf., por ex., ADAM, 2005, pp. 237-46), envolvendo, tipicamente, a sujeição dos trabalhadores a maiores cargas de trabalho e, sobretudo, ao acréscimo de dificuldades na conjugação entre vida profissional e vida pessoal e familiar. Criam-se, também aqui, vincadas assimetrias, em detrimento dos trabalhadores mais jovens e daqueles que se posicionam na “*rush hour of life*”.

Esta abordagem enferma, todavia, de alguma unilateralidade. Na verdade, a rapidez das modificações do tecido produtivo e a velocidade da alteração dos conteúdos profissionais e técnicos dos trabalhos constituem um fator de risco que incide muito particularmente sobre os trabalhadores mais velhos. Neste caso, é justamente a posição profissional de que dispõem – com maior estabilidade e maiores salários – que os coloca, na perspectiva gestonária, na primeira linha dos projetos de recomposição da força de trabalho na empresa. Esta opção é, as mais das vezes, legitimada externamente pela referência às (supostas ou reais) dificuldades de adaptação a novas exigências organizativas ou tecnológicas, bem como (o que é frequentemente ecoado pelas próprias políticas de emprego) pela ideia de que dispõem de uma alternativa “natural”: a reforma. Como escreve Simitis, “o pleno emprego é a única situação na qual a sua presença é incondicionalmente tolerada ou desejada”, justificando-se o tratamento discriminatório por essa alternativa “natural” e encarando-se a manutenção no emprego como “desvio do ‘adequado’ modelo de vida” (SIMITIS, 1987, p. 143).

A antiguidade na empresa ou no setor facilmente se convertem numa desvantagem competitiva no mercado de trabalho quando está em causa uma profissionalidade estreitamente ligada à organização ou a determinado tipo de atividade, desenvolvida em específicos parâmetros técnicos e tecnológicos, não sendo, nessa medida, transponível para outro quadro organizativo ou outro tipo de trabalho. O circunstancial afastamento do posto de trabalho facilmente se traduz, portanto, numa real exclusão do emprego ou, em situações marginalmente menos desfavoráveis, numa abrupta queda do nível das condições de trabalho.

O discurso centrado na alternativa “natural” – a reforma, que cada vez menos coincide com a ideia tradicional de incapacidade para o trabalho – (NEVES, 1996, pp. 479-82) não pode, de outra parte, fazer esquecer que “o processo de envelhecimento depende em larga medida da oportunidade de trabalhar”, sobretudo num contexto de substancial alargamento da esperança de vida: “a experiência mostra que qualquer que seja o tipo de trabalho, a cessação do emprego tem consideráveis implicações emocionais e físicas”, pelo que “nenhuma sociedade, ou lei, que pretendam condenar práticas discriminatórias podem [...] tratar os trabalhadores mais velhos como um segmento descartável da força de trabalho”; “degradação social e alienação mental só podem ser evitadas na medida em que iguais oportunidades de emprego sejam garantidas”

(SIMITIS, 1987, p. 145; sobre estes problemas, cf. VILLAYERDE CABRAL, 2013, pp. 41-88).

Temos, portanto, que à crise que afeta os pilares identitários do Direito do Trabalho, traduzida no já clássico questionamento da sua atual aptidão para garantir o compromisso que o suporta e o projeto valorativo que lhe dá razão de ser, acresce a perda da sua referência antropológica. Caída a máscara da convergência de interesses e necessidades dos trabalhadores enquanto tais, aparece, com crueza, a polarização das pretensões que dirigem ao Estado e à sociedade (e ao próprio Direito do Trabalho, como instrumento de institucionalização do mercado de trabalho), diferenciação que se alastra por várias linhas de fratura, entre os quais a geracional. Importa, com efeito, ter presente que outras linhas de fratura, que não a da inserção numa específica coorte demográfica, sempre existiram e continuam a existir. Como tem sido demonstrado, fatores como o nível económico, o sexo ou a origem étnica desempenham também um papel essencial (cf. BRADLEY, 2005, e CRAIG, DIETRICH & GAUTIER, 2005). Fica, pois, aberto espaço para a ponderação do conflito de interesses e valores entre gerações, “aquelas que estão plenamente na vida laboral, aquelas que a largaram ou a estão a largar e as jovens gerações que se preparam [...] para entrar no mundo do trabalho”, não existindo dúvidas de que, no nosso espaço jurídico, “a evolução do direito do trabalho é um terreno de conflito entre gerações”, “um terreno no qual se apresenta de modo dramático um problema constitucional de justiça intergeracional” (D’ANTONA, 2000a, p. 241). Poder-se-á talvez dizer que para além da tradicional tensão entre as duas vertentes constitutivas do Direito do Trabalho – direito da produção, que regula o adequado funcionamento da operação jurídica e económica enquadrada pelo contrato de trabalho, e direito de tutela, numa lógica social e (re)distributiva – emerge nesta segunda vertente uma tensão interna, que se prende com o funcionamento diferenciado dos mecanismos de proteção.

Simplisticamente, tudo isto nos lembra a velha alegoria de *Kronos*, a figura mitológica que, depois de derrubar o seu pai, devorava os seus filhos, temendo a profecia de que um deles o destronaria (recuperada por OST, 2001, pp. 9-10, para abordar as relações do direito e do tempo, “uma história que, para dizer a verdade, começou mal”), ilustrando o entrincheiramento dos trabalhadores protegidos diante dos que procuram o acesso ao trabalho (temendo, como escreve Soulet, o momento em que o trabalhador jovem chega a casa e anuncia “Pai, encontrei um emprego, o teu”).

IV – Na formulação de Tremmel e Wegner, “um mercado de trabalho é intergeracionalmente justo se cada grupo (isto é, nova, média e velha geração) tiver no mínimo as mesmas possibilidades de satisfazer as suas necessidades do que a anterior geração correspondente” (TREMMELE & WEGNER, 2010, p. 5).

Estamos, há que sublinhar, perante uma questão de justiça. Deixando de parte a sempre complexa tarefa de concretizar o sentido do conceito, é importante começar por sublinhar que não se trata de uma questão de eficiência (ou de eficácia, se se entender o termo numa aceção que se se afasta das coordenadas que lhe são próprias no pensamento jurídico)⁹. Nesta medida, não cabe aqui uma racionalidade puramente técnica – ou estrategicamente apresentada como tal – que reduza o Direito do Trabalho a simples instrumento de regulação do mercado de trabalho, conjunto de constrangimentos externos cuja adequação é aferida em função dos critérios inerentes ao funcionamento do próprio mercado (critérios muitas vezes assumidos de forma axiomática e subtraídos a verdadeira argumentação, ocultando – ou remetendo para fora do discurso – uma opção valorativa)¹⁰. Não estamos, pois, a operar com uma noção de emprego que o encare como mero “*stock* expresso pelo número, desprovido de toda

⁹ Não se trata da dimensão da validade objetiva da norma, encarada quer a partir da sua legitimidade formal quer da sua consistência com os valores nucleares do sistema em que se insere. Assim como não está em causa um outro nível de significação especificamente jurídica, agora apreciando a norma no plano da sua adequação – racionalmente demonstrável e, por isso mesmo, aberta a discussão de acordo com parâmetros de racionalidade argumentativa – instrumental aos fins visados pelo legislador – “demonstração da validade ou legitimidade do ato de acordo com critérios (proporcionalidade, necessidade) postos pela lei ou dedutíveis a partir do sistema jurídico”. Trata-se, antes, de eficácia no sentido de eficiência, de acordo com critérios de racionalidade essencialmente económicos. Colocando desta forma o problema, PERULLI, 2010, pp. 5-6.

¹⁰ Fazendo esta reflexão sobre as abordagens puramente económicas e as tributárias da *Law and Economics*, PERULLI, 2014, pp. 4-8, e MASTERS, 1992, pp. 6-7. Com efeito, a postergação dos valores subjacentes à tutela do trabalho, em homenagem a um determinado parâmetro de eficiência (e frequentemente desconsiderando as próprias externalidades positivas geradas pelo sistema legal de regulação) implica, logicamente, um juízo valorativo que fundamente a proeminência desse parâmetro. Para este tipo de abordagens, aliás de cunho eminentemente prescritivo, cf., v.g., MACLEOD, 2011, pp. 1591 *et seq.*, e, entre nós, CENTENO, 2013, pp. 20-49 e 65-100, e CENTENO & NOVO, 2012, pp. 9-25. Dito isto, é decerto incontornável e mesmo indispensável, no plano analítico, a compreensão do sentido e da dinâmica económicos da relação laboral e do impacto que, deste ponto de vista, decorre do sistema legal de regulação (o mesmo valendo para outras perspetivas, como a sociológica).

a dimensão individual, um bem sem qualidade” (PERULLI, 2010, p. 5). Parafrazeando Supiot, o quadrante problemático em que nos situamos não é do governo das coisas mas sim o do governo das pessoas.

A corrosão dos pilares em que assentou a construção do ordenamento laboral e a sua crescente dificuldade em dar resposta adequada às novas circunstâncias da economia e da sociedade não se reduzem a uma crise de funcionamento ou de identidade, pondo em causa, mais radicalmente, a sua legitimação, por força da dissolução do compromisso que está na sua base. Abre-se, por isso, espaço para uma crítica aos parâmetros de juridificação das relações de trabalho e à sua hodierna aptidão para proporcionar respostas pertinentes. E é aqui que deparamos com as interrogações levantadas a partir da perspetiva da justiça intergeracional. Contudo, o problema deve ser colocado na dimensão própria (valorativa) do jurídico, reconhecendo e reafirmando a “autonomia do sistema jurídico na sociedade” (D’ANTONA, 2000b, p. 71).

Está, pois, em causa um problema de justiça. Mais concretamente, de justiça distributiva: trata-se de encontrar, ou proporcionar, “o modo adequado de corresponder às necessidades e interesses conflitantes de pessoas distintas” (NAGEL, 1997, p. 108), agrupadas a partir de certa posição social relevante (RAWLS, 1993, pp. 91-5; sobre este procedimento de agregação, cf. NAGEL, 1997, p. 111). Estes conjuntos de pessoas são apresentados, na formulação acima reproduzida, como respeitantes a gerações sucessivas. Encontramos aqui um primeiro conjunto de problemas.

Se as pretensões em conflito são as de gerações sucessivas (no sentido de contemporâneas), situamo-nos num específico segmento dos problemas normalmente associados à justiça intergeracional (nos termos em que o problema vem sendo modernamente discutido, na sequência da abordagem de RAWLS, 1993, 227-33), não tendo de defrontar aporias que surgem a propósito de outros segmentos (a impossibilidade de estabelecer relações de reciprocidade entre gerações muito afastadas no tempo, o problema da não identidade, as questões da relevância, ou não, do desconto temporal, etc.). Este específico conflito não opõe os atuais elementos da sociedade (em sentido lato, a geração presente) aos futuros (gerações futuras). As posições contrastantes são assumidas pelas coortes demográficas sucessivas que integram, em conjunto, o universo dos atuais membros da comunidade. Por isso mesmo, e como se disse, não se colocam os problemas que nascem da não contemporaneidade

dos sujeitos em causa. No âmbito em que nos situamos, a perspetiva é essencialmente sincrónica, não diacrónica¹¹.

Mas deparamo-nos, porém, com as habituais dificuldades no recorte da noção relevante de geração. Não cabendo entrar nesta discussão (sobre os conceitos de coorte demográfica e geração e seus problemas, pode ver-se o resumo feito em DANIELS, 1990, pp. 58-60), poderemos assumir que o conceito de geração deve ser encontrado a partir do ponto de vista em que é enunciado o conflito, recortando-se a partir daí a posição social relevante. A distinção entre nova, média e velha geração deve ser feita, justamente, a partir daquilo que é relevante para colocar o problema de justiça de que tratamos – como escreve Rawls, “qualquer que seja o processo [de identificação dos grupos em causa], não é possível evitar que, de algum modo, ele seja *ad hoc*” (RAWLS, 1993, p. 94). Neste sentido, e antecipando um pouco o que se dirá adiante, os grupos são definidos a partir da sua posição, em termos relevantes para o juízo valorativo do ponto de vista da justiça distributiva, quanto ao acesso a certos bens primários (aqueles cuja tutela fundamental é assegurada pelo ordenamento juslaboral). É, assim, possível diferenciar aqueles que, por força da coorte demográfica em que se inserem, têm dificuldade em aceder a uma situação que lhes permita usufruir desses bens (geração jovem), aqueles que já estão em condições de fruir esses bens (geração média), estando porém sujeitos a determinado tipo de riscos ou dificuldades (próprios da chamada *rush hour of life*, num período em que se joga o essencial da vida profissional) (GAULLIER, 1999, p. 175, que refere, também, as dificuldades no seccionamento das gerações, 1999, pp. 172-7), e aqueles que se veem perante a contingência de ser afetados ou mesmo excluídos da fruição desses bens (geração mais velha). Densificando os termos do problema da justiça intergeracional no mercado de trabalho, Tremmel e Wegner referem, assim, que “enquanto os trabalhadores jovens estão hoje em situação pior comparados com os trabalhadores jovens de há 30 anos, considerando o enquadramento legal do mercado de trabalho, as formas de emprego e o seu rendimento, os trabalhadores mais velhos deparam-se com dificuldades crescentes em encontrar novo emprego

¹¹ THOMPSON, 2013, pp. 87 e 101-3. A autora distingue estas duas perspetivas, pondo em evidência que a discussão a partir de RAWLS se centra na perspetiva diacrónica, mas sublinhando, porém, que este corte não pode ser absoluto, pois as escolhas feitas hoje perante as atuais gerações necessariamente se projetam nas futuras.

quando perdem o seu antigo emprego após os 55 anos” (TREMMELE & WEGNER, 2010, p. 5).

Os termos em que a formulação de que partimos é proposta sugerem também uma lógica processional. Encarando as sociedades na dimensão temporal, podemos vê-las como uma procissão de dimensão indefinida, em que constantemente entram e saem elementos, os quais, pelo lugar em que se inserem, estabelecem relações com os demais, designadamente com os que deles estão mais perto, relações essas que são relevantes no desenho das instituições que regem essas sociedades (THOMPSON, 2013, p. 102, a partir da noção de justiça processional proposta por LASLETT & FISHKIN). Estaremos, então, a tratar de sucessivas coortes demográficas, que naturalmente assumirão cada uma das posições sociais relevantes.

Pode, no entanto, o problema ser posto de modo bastante diferente, fazendo corresponder as posições sociais relevantes a coortes demográficas precisas e especificamente determinadas em termos cronológicos. Conforme se evidenciou no caminho já percorrido (II e III), a assimetria de posicionamento dos diferentes grupos surge perante um ordenamento laboral que resultou de um concreto processo histórico. O moderno Direito do Trabalho e o compromisso social que corporiza foram permitidos pela dinâmica de evolução tecnológica e de crescimento económico dos “trinta gloriosos anos”, viabilizando soluções normativas de que beneficiaram gerações concretas e de que hoje usufruem em maior grau as gerações mais velhas. Soluções normativas que têm associado um conjunto de tutelas que implicam especial onerosidade do emprego e influem na sua escassez, por essa via surgindo a marginalização da geração mais jovem. A ser assim, o problema não deve ser colocado em termos abstratos, já que se centra numa injusta diferenciação de tratamento de concretos grupos etários (também a propósito da discussão em torno da segurança social se coloca esta questão, optando alguns autores por focar o problema a partir da relação entre a “geração do *welfare state*” e as posteriores – cf. THOMPSON, 1990, pp. 32-54). A fratura entre gerações passará, pois, pela emergência da crise, refletindo o abaixamento de tutelas e/ou o momento a partir do qual surgem as patologias do sistema.

Porém, colocar o problema nestes termos envolve necessariamente a redução do atual ordenamento juslaboral – ou da sua traça tradicional – a um acidente histórico de algum modo irrepetível, a um arranjo social historicamente datado e hoje obsoleto, que beneficia circunstancialmente e de forma não equitativa um preciso grupo etário. Se bem vemos, esta percepção está subjacente no modo pelo qual Tremmel e Wegner enun-

ciam a questão e que os leva a considerar que “basicamente, do que precisamos é de um novo contrato intergeracional entre jovens e velhos trabalhadores nas empresas” (TREMME & WEGNER, 2010, p. 6). Logo, porém, reconhecem que “isto não está, de momento, a ser discutido e a nova geração não está a formular esta pretensão na negociação coletiva ou no âmbito de procedimentos legislativos” (TREMME & WEGNER, 2010, p. 6). Isso acontece, cremos, por boas razões.

Com efeito, o compromisso social inscrito nas constituições e que está na base do sistema de legislação laboral tem um sentido intemporal, que se autonomiza do concreto contexto social e económico que lhe deu origem. Constitui um projeto, que carece, em cada momento, da adequada mediação dos parceiros (não apenas do Estado legislador mas também dos que asseguram a negociação coletiva e a representação dos trabalhadores) para a sua adequada concretização. Por isso mesmo, faz sentido que as reivindicações dos trabalhadores mais jovens se dirijam não ao questionamento do contrato social básico, mas antes à correta atualização do seu sentido e concretização, considerados os dados de contexto. Diremos então, de modo que consideramos apenas aparentemente paradoxal, que muito embora estejamos perante a dimensão temporal da comunidade política e social e das relações temporais entre os seus membros, o problema deve ser colocado de forma intemporal, do ponto de vista da procissão de gerações mas ultrapassando as relações entre concretas coortes demográficas.

Estando aqui em causa uma questão de justiça distributiva, impõe-se um juízo comparativo que incide sobre as diversas posições sociais relevantes (ainda que numa lógica meramente ordinal) (RAWLS, 1993, p. 89). O modo de realização desta comparação dá, também, espaço a dúvidas relevantes. De entre eles avulta a parametrização temporal do juízo.

Desde logo, a comparação pode ser feita diretamente, comparando, num momento cronológico t , as posições das diferentes coortes demográficas – geração jovem, geração média e geração mais velha –, ou indiretamente, comparando a situação das diferentes coortes demográficas num determinado momento do seu percurso histórico – *v.g.*, a situação da atual geração jovem com a vivida pela presente geração mais velha no momento em que era jovem (assinalando a essencialidade da distinção entre comparação direta e indireta e registando a relevância de ambas, TREMME & WEGNER, 2010, pp. 10-12).

Num outro ângulo, a própria realização da comparação requer a determinação do momento a que se reporta. Tanto poderemos considerar

um determinado momento inicial (*starting-gate*), como se pode entender que a comparação deve ser feita a cada momento (LAMONT & FAVOR, 2016, p. 5).

De outra parte ainda, é necessário determinar a unidade de tempo que é considerada: o percurso existencial de cada qual, globalmente considerado (como sugerem RAWLS, 1993, e NAGEL, 1997, pp. 110, 121, e 124-5) ou, em alternativa¹², um determinado segmento de vida.

Qualquer destas opções envolve problemas específicos. Eleger um específico momento cronológico pode implicar a desconsideração do percurso que levou até esse momento, bem como o tipo de perspectivas futuras de cada grupo, enquanto a comparação indireta não permite ponderar o significado das profundas mutações no contexto e nos interesses (pense-se na substancial reconfiguração do trabalho e das organizações nas últimas décadas, bem como nas modificações do próprio sistema assistencial e as inflexões no tipo de interesses relevantes). O mesmo se diga quanto à escolha de um *starting-gate*: no domínio em discussão, *ceteris non paribus*, pouco existindo em comum entre as posições de início de percurso profissional no mercado de trabalho de há trinta anos para cá. Por sua vez, a realização da comparação em cada momento pode levar a obnubilar as específicas vantagens que possam decorrer da plena integração no mercado (v.g., a profissionalidade adquirida) ou condições exógenas que confirmam uma situação de benefício (as vantagens da melhoria do sistema de educação e formação ou o próprio aumento da escolaridade mínima obrigatória). Finalmente, a consideração do percurso existencial em bloco (ainda que, neste caso, eventualmente adaptado de forma a centrar a unidade de tempo na vida laboral) tem como passivo a eventual desconsideração de circunstanciais posições de manifesta desvantagem num âmbito que põe em causa aspetos fundamentais da existência e da cidadania (e, por isso mesmo, não toleráveis), muito embora a comparação com base em segmentos de vida possa legitimar intervenções que distorcem o balanço total reportado às condições de tutela da vida profissional considerada como todo.

Não cabendo aqui uma discussão exaustiva deste ponto (ainda assim, central), ficam apenas algumas notas.

¹² Ou concomitantemente, operando com um juízo que se deve conjugar, com o que resulta da existência considerada como todo, em certas circunstâncias podendo sobrepor-se a ele (é a tese sustentada por McKERLIE, 2013, pp. 74, 96-101, e 197-201 e *passim*).

Não vemos relevância (do ponto de vista em que nos situamos) numa comparação indireta que confronte a posição de uma certa coorte etária presente (v.g., a geração jovem) com a situação passada de outra coorte no mesmo momento do seu percurso (a atual geração mais velha, no momento em que lhe cabia a qualificação de geração jovem) quando tenha ocorrido mudança relevante do contexto normativo.

De outra parte, estes parâmetros temporais não constituem uma variável totalmente independente. É incontornável a necessidade de ponderar a modificação das condições subjacentes e o significado que assumem em cada momento. Para além disso, a segmentação etária é apenas um dos vetores relevantes, devendo ter-se presente que os interesses fundamentais prosseguidos pelo ordenamento laboral não se reduzem aos dos participantes no mercado de trabalho: a consideração de interesses de toda a comunidade social é também incontornável.

Mais ainda, como em todos os processos de comparação, a forma de comparar depende essencialmente da própria razão de ser da comparação e da precisa consequência que está em causa. Tal como ficou sugerido para a delimitação das posições fundamentais, também aqui é fundamental atender aos bens relativamente aos quais se estabelecem essas posições, bem como ao comparador. Se estiver em causa a realização pessoal, como bem a que se tem acesso através do emprego, fará sentido uma perspectiva que atenda a todo o percurso existencial. Noutros casos, como seja a autonomia económica, será importante levar em consideração dados como a existência de prestações sociais, que podem dar relevância a uma análise assente nos segmentos de vida. Noutros casos ainda, tratando-se de bens como a dignidade das condições de trabalho existem limites mínimos, abaixo dos quais não é consentida gradação ou comparação.

A questão é, já o dissemos, de justiça distributiva. Mas quais são os bens de cuja distribuição se trata?

Afigura-se irrealista e redutor entender que se trata da distribuição de um *stock* de empregos. A quantidade de empregos não é fixa e depende (não exclusivamente, como é natural) dos próprios termos da institucionalização do mercado de trabalho, que especifica os modos admissíveis de prestação de trabalho. Esta institucionalização não pode, também, deixar de depender da evolução dos esquemas de produção e de organização e, bem assim, das mutações dos padrões de preferência que se vão estabelecendo na sociedade. Há, ainda, que levar em consideração as alterações nos interesses (ou na respetiva hierarquização) associados ao acesso ao mercado de trabalho – registando-se, neste âmbito, a ten-

dência, ainda que não igualmente distribuída entre as diversas coortes para conferir caráter prioritário a interesses pós-materiais (D'ANTONA, 2000a, pp. 234-8 e, desenvolvidamente quanto ao tempo de trabalho, RICCI, 2005, pp. 13-26 e 65-6), como sejam os associados ao aproveitamento do tempo, em particular na chamada *rush-hour of life*, mas também nos momentos que antecedem a saída da vida ativa. Mostra-se, assim, incontornável um maior esforço de abstração, compatível com um esforço posterior de diferenciação.

Diríamos, então, que se trata aqui da satisfação dos interesses cuja satisfação depende do acesso a uma ocupação remunerada e dignificante, dotada do nível de estabilidade que consinta a elaboração de um projeto de vida autónomo e satisfatório. A concretização de cada um destes interesses pode, no entanto, envolver diferenciação, já que o modo de os percecionar e hierarquizar varia em função da posição em cada momento ocupada na procissão de gerações. Em particular, a satisfação destes interesses não tem, necessariamente, que passar por uma determinada forma de estruturação jurídica da ocupação. Neste sentido, o “emprego” não deve ser restringido à noção de trabalho subordinado.

Este tipo de interesses é, diga-se, compatível com formas de tutela que se afastam dos parâmetros tradicionais do Direito do Trabalho (conforme tem sido notado a propósito das propostas que pretendem reformular a lógica de intervenção no mercado de trabalho a partir da ideia de Amartya Sen – cf. GOLDIN, 2011, pp. 79-80, e FUDGE, 2011, pp. 126-9). Em todo o caso, são estes os interesses fundamentais que justificaram a construção do ordenamento laboral: a operacionalização das formas de encontro entre capital e trabalho, em termos simultaneamente compatíveis com a racionalidade e eficiência económica das transações e com a indissociabilidade do trabalho relativamente à pessoa que trabalha, de modo a assegurar uma existência condigna e a possibilidade de participação integral na comunidade.

A lógica, que ficou sumariamente descrita, da institucionalização do mercado de trabalho através do Direito do Trabalho, e o compromisso social que lhe está subjacente, fornecem-nos o elemento que falta, o comparador. O Direito do Trabalho visa, com efeito, proceder a uma adequada¹³ distribuição de tutelas associadas à garantia dos referidos

¹³ Como é bom de ver, a aferição do exato sentido que se deve dar a esta adequação, na resolução de um problema que é de justiça distributiva, leva-nos à consubstanciação dos critérios dessa justiça. Como se vê no texto, abdicamos nesta análise de optar por

bens primários, centrando-se essencialmente na operação económica consubstanciada no contrato de trabalho. Esta adequação é determinada pelo quadro de valores matriciais que está na sua base (no nosso caso, fundamentalmente no texto constitucional).

O que atrás se deixou referido quanto ao “novo começo” do constitucionalismo do século XX de algum modo representou o reavivar da “nota marcante dos alvares do constitucionalismo e das primeiras consagrações formais dos direitos do homem”, visando-se, também aqui, “uma grande determinação em legar às gerações vindouras um conjunto de instituições políticas e jurídicas de que as gerações passadas e a geração então presente não tinham beneficiado” (PEREIRA DA SILVA, 2010, p. 490). Esse propósito, presente no vigente quadro constitucional, “compreende uma verdadeira dimensão intergeracional” (PEREIRA DA SILVA, 2010, p. 490). O conjunto de posições jurídicas que lhe está associado é construído a partir de um nível básico de proteção aplicável a todos, presentes e vindouros, e que não é compatível com reconfigurações redutoras que vão para além do que é imposto no âmbito das “relações jusfundamentais sincrónicas” – os direitos não têm carácter absoluto, no sentido de que carecem de ponderação com os direitos dos demais (PEREIRA DA SILVA, 2010, p. 498), ponderação que deve também ter lugar no âmbito das relações entre gerações simultâneas.

A esta luz, a instauração desses direitos representa um corte com o passado, pelo que não fará sentido uma lógica comparativa que convoque momentos anteriores à sua consagração. Marca, também, os próprios limites da redistribuição, já que não será aceitável uma redistribuição que afete esses padrões mínimos (pelo menos no que contenham de mínimo irredutível e que não possa ser sacrificado mesmo em situações de conflito entre posições jusfundamentais).

O sentido do compromisso fundamental em que assenta – no nosso espaço jurídico, logo no plano constitucional – o ordenamento laboral consiste na garantia de uma verdadeira cidadania social, assegurando, através do acesso ao trabalho, uma participação integral dos sujeitos na vida comunitária (cf., *v.g.*, GHERA, 2006, pp. 164-5) e uma existência condigna, tendo em atenção a posição tipicamente desfavorável do trabalhador no mercado de trabalho e nas organizações produtivas. Este é, então, o parâmetro fundamental a partir do qual deve ser avaliado não

um concreto critério normativo de justiça, fixando-nos no padrão legal ínsito no sistema vigente.

só o posicionamento relativo dos membros da sociedade – a partir das diversas posições sociais relevantes, como seja a que resulta de determinada inserção geracional –, como a adequação do edifício normativo de institucionalização do mercado de trabalho perante os diversos contextos sociais e económicos. Devendo, ao mesmo tempo, ter-se presente a mutação do próprio sentido do trabalho, a sua natural e incontornável fragmentação em trabalhos, bem como a própria evolução dos interesses relacionados com o trabalho e, também, a segmentação do universo de trabalhadores (avultando uma cada vez mais crescente gradação entre “trabalhadores fortes” e “trabalhadores débeis”). Mais ainda, o projeto valorativo e os respetivos pressupostos devem ser adequados às próprias metamorfoses do modelo de emprego, não podendo entender-se como exclusivos do trabalho juridicamente subordinado – também no trabalho autónomo se podem colocar os problemas de proteção do trabalhador e de necessidade de parametrização do poder do destinatário da prestação, nos moldes que levaram à emergência do Direito do Trabalho (para uma cabal demonstração, cf. ICHINO, 2004, pp. 111-3).

Nos termos que se deixaram assinalados, as substanciais mudanças verificadas após a institucionalização deste compromisso – sobretudo a dimensão estrutural do desemprego e o impacto das novas formas de trabalho e de organização, com os desequilíbrios que lhes estão associados – dificultam a sua realização, designadamente no que concerne ao tratamento equitativo das diferentes gerações. Os problemas, contudo, não se circunscrevem a uma simplística oposição entre trabalhadores jovens e mais velhos.

Na verdade, a formulação de Tremmel e Wegner, ao centrar a comparação na posição relativa de cada geração com a anterior geração correspondente, parece redutora. Esta formulação leva, aliás, os autores a considerar que “as desvantagens da nova geração (a chamada ‘geração precária’) no mercado de trabalho são sistémicas e, por isso, não comparáveis com os riscos em que os mais velhos incorrem em não conseguir (re)emprego por força da sua menor produtividade, da legislação protetora ou do apelo dos esquemas de reforma antecipada” (TREMME & WEGNER, 2010, p. 5). Esta hierarquização das questões não é, aliás, fundamentada, a não ser pela vaga referência ao caráter sistémico da primeira relativamente à segunda e é, certamente, discutível, não apenas pelos dados demográficos e do desemprego (que mostram como o desemprego de longa duração afeta assimetricamente tanto os jovens trabalhadores como os mais velhos), mas também pela desconsideração

de segmentos importantes dos interesses subjacentes à tutela fundamental do trabalho. A mudança de emprego numa idade mais tardia facilmente se pode traduzir numa radical diminuição do rendimento, impedindo o trabalhador de dar resposta às responsabilidades que assumiu. De outra parte, a mutação do tipo paradigmático de trabalhador – que se pretende crescentemente qualificado e flexível, implicando novos paradigmas de profissionalidade (vejam-se CARABELLI, 2006, pp. 380-7 e, numa abordagem sociológica, ACCORNERO, 1994, pp. 289-92, & 2000, pp. 108-19) – pode levar à exclusão dos trabalhadores mais velhos, invertendo a lógica que tende a identificar, por relação ao mercado de trabalho, os mais novos como *outsiders* e os mais velhos como *insiders* (é, justamente, esta abordagem mais abrangente que tem prevalecido a nível internacional e comunitário – cf. BARABASCHI, 2015, pp. 4-5).

Tentando reunir todos estes elementos, diremos então que a questão central colocada pela justiça intergeracional ao pensamento juslaboral envolve uma avaliação dos mecanismos jurídicos de institucionalização do mercado de trabalho, no sentido de apurar se os dispositivos de tutela relacionados com o acesso aos bens primários associados ao emprego asseguram, em cada contexto económico e social, de modo congruente com a matriz valorativa fundamental do sistema (*maxime* o quadro constitucional), a adequada proteção dos sujeitos, sem distorções decorrentes da posição que ocupam na procissão intergeracional.

V – Deste ponto de vista, a justiça intergeracional fundamenta, desde logo, uma perspectiva crítica autónoma da arquitetura do ordenamento juslaboral e um padrão de avaliação de políticas legislativas com incidência no mercado de trabalho. Constitui, também, um parâmetro a introduzir no modelo de decisão de casos concretos.

Referimos atrás que os abalos nos pilares identitários do Direito do Trabalho produziram um crescente desajustamento entre o quadro normativo e os seus valores matriciais, desajustamento que, como se notou, é também patente a partir da consideração da posição relativa das diversas gerações. Logo, também a partir das considerações de justiça intergeracional se impõe uma recalibração dos mecanismos do Direito do Trabalho em ordem a garantir a realização dos seus valores fundamentais, expressos na matriz fundamental do sistema, tal como, no nosso espaço jurídico, resulta da Constituição. No caso português, a necessidade de especial consideração das circunstâncias associadas à idade consta, inclusivamente, de previsões constitucionais expressas. A alínea *b*) do

n.º 1 do artigo 70.º confere aos jovens direito a proteção especial no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social, enquanto o artigo 73.º garante às pessoas idosas direito à segurança económica e prescreve políticas que garantam aos idosos oportunidades de realização pessoal, através de uma participação ativa na vida da comunidade. Mais genericamente, no âmbito da proteção do direito ao trabalho, a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 58.º comete ao Estado a prossecução de políticas de trabalho que promovam a igualdade de oportunidades. Em todos estes casos, não estamos perante normas de aplicação direta, sendo indispensável a mediação da ação do Estado, que dá espaço a opções de política. Mas delas resultam parâmetros de avaliação dessas políticas e, bem assim, a necessidade de conjugar a aproximação igualitária com a adoção de medidas de discriminação positiva – cf., por todos, MIRANDA & MEDEIROS (2010), pp. 1140-1, 1390 e 1404-5.

Como escreve Ichino, quando, por força das concretas soluções legais aplicáveis “uma parte relevante dos desocupados ou irregulares esteja de facto condenada a continuar em permanência em tal condição, sendo composta por sujeitos cuja esperança de aceder em tempo razoável ao trabalho tutelado acaba por ser, em concreto, nula ou exígua” (ICHINO, 2004, p. 115), essas soluções devem ter-se por desconformes com o quadro constitucional. Na verdade, a hoje incontornável¹⁴ e crescente fragmentação dos interesses dos trabalhadores trouxe à luz o que para alguns constitui uma função autónoma do Direito do Trabalho, a de assegurar a correta distribuição de rendimento, poder, oportunidades e recursos também entre os próprios trabalhadores (assim, MUNDLAK, 2011, pp. 315-28). Será, porventura, mais correto considerar que esta função está já compreendida na “racionalidade material” (em sentido weberiano) que caracteriza o Direito do Trabalho, dirigido à prossecução de uma igualdade material, não só entre as partes contratuais, mas também entre grupos e trabalhadores (cf. D’ANTONA, 2000c, pp. 163-71). Com efeito, “a sempre crescente heterogeneidade de interesses torna necessário admitir que a ideia de que a clivagem trabalho-capital é a mais importante instituição que anima o desenvolvimento das instituições relativas ao mercado de trabalho não pode mais merecer adesão”, pelo que, “em

¹⁴ Não se trata, em bom rigor, de questão nova. Simplesmente, a suposta unidade antropológica da figura do trabalhador, se desde há muito colocava problemas de adequação à realidade social – ainda que, em certas perspetivas, fosse útil nos planos ideológico e sindical, quando não na formulação de políticas de trabalho – tornou-se agora insustentável.

vez de ocultar outras clivagens, é importante admiti-las e tornar a lei do trabalho responsável pelo impacto distributivo que envolve” (MUNDLAK, 2011, p. 328).

O esquema de tutelas deve, portanto, ser reequacionado nesta perspectiva, avaliando o seu funcionamento nos termos atuais e, reconhecendo-se o seu efetivo afastamento da adequada prossecução dos valores constitucionais que lhe estão subjacentes, procurando modelos adequados a estes heterogêneos interesses.

Este tipo de abordagem muitas vezes é dirigido ao mero abaixamento generalizado das tutelas, sendo, nessa medida, criticado como mero argumentário que visa fornecer lastro teórico a projetos de destruição dos aspetos fundamentais do ordenamento laboral e à reaproximação da relação do trabalho das meras transações comerciais (assinalando e desmontando estas críticas, MUNDLAK, 2011, pp. 322-3; em sentido paralelo, DONATI, 2002, p. 155, refere que o aproveitamento do tema da justiça intergeracional por diversos quadrantes leva a que certos problemas (os da pobreza ou do ambiente) sejam associados à “esquerda”, enquanto outros (tipicamente, os associados às tutelas proporcionadas pelo estado social) sejam qualificados como de “direita”). Contudo, trata-se de questão bem diferente.

Como é bom de ver, será certamente contraditório que, em nome da adequada concretização da matriz constitucional se destruam os valores básicos que estão em causa ou se prejudique a efetiva realização do projeto constitucional¹⁵, retirando consistência real a dimensões nucleares da tutela do trabalho. Assim como parece muito discutível que, precisamente a partir da afirmação de preocupações de justiça intergeracional, se avance para soluções de *layering* (instituição de um novo quadro normativo aplicável apenas às novas relações de trabalho, conservando as regras anteriores para os contratos existentes) (esta foi a via adotada recentemente em Itália, com as Reformas Fornero e Renzi – cf. para uma síntese, CARINCI, 2015, pp. 7-9 e, mais desenvolvidamente, SANTONI, 2015, pp. 113-36). Fazê-lo implica dar força de lei à criticada segmentação que resulta do que se assume ser o indevido funcionamento dos mecanismos legais.

¹⁵ A legitimação deste tipo de solução poderá assentar numa visão particular do princípio da igualdade, que valorize mais a eliminação das (efetivas) diferenças de tratamento do que o nível geral de bem-estar. No fundo, somos aqui confrontados com um tema clássico da justiça distributiva, que tem clara projeção no tema da justiça intergeracional – cf. McKERLIE, 2013, pp. 71-4 e 78, e Arrhenius, 2011, p. 329.

O caminho deverá, pelo contrário, fazer-se pela diversificação das tutelas, conjugando as soluções legais com os interesses dos diferentes estratos etários e recalibrando os dispositivos de proteção, não apenas nos termos e âmbito da proteção da estabilidade, mas também ajustando os regimes de flexibilidade na realização da prestação à evolução dos interesses das diversas camadas etárias. E articulando também a tradicional proteção no quadro do contrato com esquemas de tutela que atendam à posição do trabalhador no mercado de trabalho, quer no que concerne aos apoios à formação e à procura de ocupação, quer, num outro plano, na correta imputação aos empregadores dos custos sociais das suas estratégias gestionárias (designadamente, tornando-os responsáveis pelos custos de proteção social inerentes a modelos que assentam numa excessiva rotação de pessoal ou no desproporcionado recurso a esquemas de contratação precários). Boa parte das tentativas de resposta a estes problemas tem, aliás, passado pelo incentivo a esquemas de contratação que permitam simultaneamente o acesso ao emprego e o afastamento progressivo do trabalho, designadamente pela partilha de postos de trabalho, ajustada com mecanismos de apoio social (veja-se BARABASCHI, 2015, pp. 5-8).

Da mesma forma, também as próprias normas que instituem e suportam a representação coletiva apenas estarão conformes a essa mesma matriz fundamental se proporcionarem uma intervenção destinada a “uma elevação geral das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores” e não “em função da autodefesa de um grupo circunscrito contra a concorrência privada” (ICHINO, 2004, p. 116; mais desenvolvidamente sobre as clivagens inerentes às estratégias sindicais, MUNDLAK, 2011, pp. 321-2 e 325-7). Não podendo a lei laboral impor às estruturas de representação coletiva uma específica linha de atuação, cabe-lhe, no entanto, avaliar e regular os resultados dessa ação, garantindo a sua adequação ao quadro valorativo fundamental – recorde-se, *v.g.*, que o Código do Trabalho contempla já um sistema de controlo das convenções coletivas no sentido de garantir a inexistência de discriminações em função da idade (n.ºs 3 e 4 do artigo 25.º). Deverá, ainda, estimular a assunção de responsabilidades dessas estruturas no âmbito da articulação dos interesses diferenciados das sucessivas gerações de trabalhadores. A preponderância que a representação coletiva dos trabalhadores assume na matriz constitucional do sistema requer adaptação às novas circunstâncias, traduzida na adaptação da legislação de suporte à ação coletiva.

Mais radicalmente, a perspectiva intergeracional põe em evidência a crescente obsolescência de um esquema de tutelas rigidamente enraizado

no contrato de trabalho comum ou, mesmo, no trabalho subordinado. No caso português, é usual considerar-se, por exemplo, a contraposição das posições jusfundamentais ligadas à segurança no emprego e à posição jurídica do trabalhador no contrato de trabalho, tuteladas com o regime dos direitos, liberdades e garantias, com o direito ao trabalho, o qual “embora se funde ainda na dignidade da pessoa humana e se destine ‘a prover às necessidades de uma vida digna’ (cf. Acórdão n.º 635/99 do Tribunal Constitucional), constitui tipicamente, por contraposição aos direitos, liberdades e garantias, um direito económico, social e cultural”, pelo que “o seu destinatário primeiro é o Estado [...] e a sua plena efetividade pressupõe a prévia criação das condições normativas e fácticas de que depende o pleno cumprimento do programa constitucional” (MIRANDA & MEDEIROS, 2010, pp. 1139-40). Sublinha-se, ao mesmo tempo, que “a segurança no emprego [...] respeita aos trabalhadores subordinados e pressupõe ‘a existência de uma situação jurídica laboral’, ‘visando assegurar a sua subsistência e o seu normal desenvolvimento’”, ao passo que “em contrapartida [...] o direito ao trabalho refere-se genericamente aos cidadãos”, abrangendo “o exercício de qualquer profissão ou género de trabalho, anda que se trate de trabalho dependente” (MIRANDA & MEDEIROS, 2010, pp. 1139, reportando-se também aqui à jurisprudência do Tribunal Constitucional). A dicotomia condiciona, pois, a tutela efetiva e reforçada dos direitos inerentes ao trabalho à titularidade de uma relação de trabalho, dela privando aqueles que não acedem a um posto de trabalho ou cuja atividade não se desenvolve nos moldes do trabalho subordinado. Esta visão é, no fundo, ainda tributária da velha conceção do Direito do Trabalho como ordenamento aplicável aos trabalhadores subordinados, enquanto parte de um contrato de trabalho. Carece, todavia, de atualização, que a faça corresponder à substituição do trabalho pelos trabalhos, mais a mais quando assimetricamente distribuídos em função da idade. A plena realização do compromisso social corporizado no projeto constitucional requer uma leitura consentânea com um recentramento do próprio Direito do Trabalho, quer através do alargamento da sua malha protetora, quer pela reconfiguração do próprio conceito de subordinação (vejam-se, *v.g.*, nesta linha, entre muitos outros, SIMITIS, 1997, 632-4, GHERA, 2006, pp. 158-66, e FREELAND & KOUNTOURIS, 2011, pp. 11-43).

Verificamos, portanto, que a justiça intergeracional proporciona, em simultâneo, um parâmetro de avaliação do vigente ordenamento laboral e um critério de ação. Que impõe, igualmente, a reponderação de institutos específicos do ordenamento laboral (desde logo, e como se assinalou,

nos que se prendem com a medida e o tipo de tutela da estabilidade do vínculo, mas também, entre outros, os atinentes à configuração dos regimes de flexibilidade – acentuando a dimensão atinente aos interesses, distintos, dos vários universos de trabalhadores – ou, mesmo, à vigência das convenções coletivas – uma vez que a possibilidade de renovação dos conteúdos convencionais pode ser decisiva nesta matéria).

Cabe-lhe, ainda um outro papel, o de tópico relevante na construção de modelos de decisão de casos concretos. Vejamos, muito brevemente, três exemplos.

No Acórdão n.º 474/2013, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade de uma norma que alargava o regime então vigente de cessação do contrato de trabalho por razões objetivas dos trabalhadores da Administração Pública aos trabalhadores que, até então, beneficiavam da proteção que lhes era conferida pelo n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro. Este último preceito, com natureza de regime transitório, colocava os trabalhadores nomeados definitivamente até à data de entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 e cujo vínculo passasse a seguir as regras do contrato de trabalho em funções públicas ao abrigo dos regimes de cessação do contrato de trabalho por razões objetivas aplicáveis aos demais trabalhadores com vínculo de idêntica natureza. Esta norma de salvaguarda suscitou acesa discussão, centrada no princípio da igualdade.

Mesmo reconhecendo que os trabalhadores da Administração Pública não beneficiam, por força da Constituição, de proteção acrescida em matéria de estabilidade do vínculo para além da concedida à generalidade dos trabalhadores (designadamente, dos sujeitos ao Código do Trabalho), o Tribunal considerou que a supressão dessa garantia constituiria violação do princípio da tutela da confiança e que “não se encontra fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expectativa legítima reforçada de defesa relativamente ao afastamento do despedimento sem justa causa subjetiva, nos mesmos termos de outros trabalhadores com que partilharam até à entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, o regime de nomeação definitiva”. Esta argumentação centrou-se, pois, exclusivamente no princípio da tutela da confiança (sendo relevante notar que esta especial proteção tinha sido conferida apenas cinco anos antes, não existindo até então), sugerindo uma comparação com os trabalhadores cujo vínculo passou, com a Lei de 2008, a assumir a natureza de nomeação. Nada se refere, porém, quanto aos efeitos deste

absoluto bloqueio dos despedimentos com justa causa objetiva, em especial quando conjugados com a persistência de grandes restrições à admissão de novos trabalhadores para a Administração Pública. Aliás, vigorava ao tempo uma versão especialmente draconiana desta política, determinando que no máximo pudesse ser admitido um trabalhador por cada quatro saídas. Estas restrições à admissão na função pública, cujo impacto se projeta assimetricamente nos mais jovens, suscitam por si mesmas fonte de reflexão (em termos práticos, está-se a reduzir drasticamente, quanto aos trabalhadores mais jovens, o direito de acesso à função pública garantido pelo n.º 2 do artigo 47.º da Constituição). A sua conjugação com a salvaguarda *ad hoc* de 2008 é especialmente lesiva da situação dos mais jovens. Teria, por isso, sido importante que a ponderação da justiça intergeracional tivesse sido introduzida no processo argumentativo (enfatizando a unilateralidade da argumentação fundada no princípio da confiança, nos termos em que neste aresto a desenvolveu o Tribunal Constitucional, e assinalando as questões relativas à representatividade sindical, MEDEIROS & PEREIRA DA SILVA, 2015, pp. 424-31).

Num outro aresto, o Acórdão n.º 602/2013, o mesmo Tribunal considerou inconstitucional a eliminação dos critérios legais de seleção dos trabalhadores a despedir em caso de despedimento por extinção do trabalho nos termos em que foi operada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Este diploma substituiu os critérios que então vigoravam, na tradicional lógica *last in, first out*, passando a exigir que o empregador indicasse “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. O Tribunal Constitucional considerou que a nova solução legal não previa regras capazes de acautelar suficientemente a defesa da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados. Em consequência desta decisão, foi ripristinada a formulação anterior (posteriormente substituída, e em termos que suscitam, do nosso ponto de vista, muito maiores dúvidas do que a previsão reprovada pelo Tribunal Constitucional, entre outras razões pela inconsistência interna também do ponto de vista da justiça intergeracional). De novo, em parte alguma foi equacionado o impacto da regra tradicional na posição relativa dos trabalhadores de diferentes quadros etários. O Tribunal limitou-se (aliás, estranhamente, considerando o regime vigente para o despedimento coletivo) a ponderar a substituição de critérios taxativos e rigidamente hierarquizados a partir de uma das dimensões do princípio da segurança do emprego, sem atender a consi-

derações de outra índole, designadamente à discriminação proporcionada pelas regras anteriores, cuja repriminção determinou.

Deparamos, no fundo, com a omissão da temática da justiça intergeracional. Certamente que a ponderação dos problemas ligados às posições relativas na procissão geracional e o impacto que nelas tem o ordenamento laboral teriam proporcionado um mais adequado modelo de decisão (ainda que, porventura, sem alterar o sentido desta).

Já o Tribunal de Justiça da União Europeia, debruçando-se sobre tratamentos diferenciados em função da idade, evoluiu no sentido da ponderação dos aspetos associados à justiça intergeracional. Partindo dos princípios e normas comunitários (sobretudo a Diretiva 2000/78/CE), a questão é metabolizada através dos temas da igualdade e da não discriminação. Em casos como os abordados em *Mangold* (Processo C-144/04, *Werner Mangold* contra *Rüdiger Helm*) e *Swedex* (Processo C-555/07, *Seda Küçükdeveci* contra *Swedex GmbH&Co, KG*), estas diferenciações foram enquadradas a partir das regras comunitárias que vedam a discriminação em função da idade, sem ponderar, de um ponto de vista “interno”, o posicionamento relativo dos trabalhadores a partir da idade. Já com o Acórdão *Palacios de la Villa* (Processo C-411/05, *Félix Palacios de la Villa* contra *Cortefiel servicios, SA*) o Tribunal manifestou abertura, em sede de apreciação de regimes baseados em distinção etária, para a ponderação dos aspetos ligados ao mercado de trabalho. Mais claramente, no Acórdão *Petersen* (Processo C-341/08, *Domnica Petersen* contra *Berufungsausschuss für den Bezirk Wetzfalen-Lippe*) é feita diretamente menção à legitimidade da ponderação da situação específica dos jovens quanto ao acesso a determinada profissão. Por sua vez, em *Age Concern England* [Processo C-388/07, *The Incorporated Trustees of The National Council on Ageing (Age Concern England)* contra *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*] o Tribunal de Justiça não apenas admite a pertinência da consideração de políticas de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional como defere aos tribunais nacionais a competência para verificar a adequação e necessidade de medidas legislativas à luz desses objetivos (para uma análise abrangente da jurisprudência europeia nesta matéria, MOREIRA, 2012, pp. 63-124; e MESTRE, 2014, pp. 582-621; bem como BARNARD, 2014, pp. 368-75). Ainda que com as limitações decorrentes de uma abordagem fundada na ideia de não discriminação (e, bem assim, de uma visão discutível do mercado de trabalho, dando por assente a fungibilidade entre jovens e idosos), encontramos, pois, abertura à ponderação de tópicos ligados à

justiça intergeracional e o convite às instâncias jurisdicionais nacionais para a sua realização.

Curiosamente, este mesmo tipo de questões tem sido debatido no contexto nacional, (recorde-se, em todo o caso, que já há várias décadas se aludia aos problemas colocados por um “princípio latente de discriminação” contra os trabalhadores mais velhos – MONTEIRO FERNANDES, 1965, p. 87) sobretudo a propósito do regime de acesso à reforma por velhice e da sua repercussão na vigência do contrato de trabalho (concretamente, no quadro da solução introduzida pelo artigo 5.º do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64-A789, de 27 de fevereiro, e que, com várias adaptações, consta hoje do artigo 348.º do Código do Trabalho – sobre estes problemas, cf. RAMOS DE FARIA, 2009, pp. 225-36; e FURTADO MARTINS, 2012, pp. 114-20). E também nesta discussão o Tribunal Constitucional recusou relevância ao tópico da justiça intergeracional. Conforme se escreveu no Acórdão 581/95 (cuja argumentação foi acolhida também no Acórdão n.º 747/95), “é sobretudo na perspetiva de uma justificação inerente à função do trabalho e ao equilíbrio do contrato que haverá de indagar-se da razoabilidade da opção do legislador”, “ou seja, a lógica não é aqui a de uma ‘justiça de distribuição’ que tenha em vista uma ‘osmose’ entre a empresa e o mercado de trabalho, mas uma lógica que, em nome da dignidade e da solidariedade, atende às alternativas que se apresentam ao trabalhador e, num certo sentido, à relação comutativa das prestações no contrato” (isto porque, no entender do Tribunal, “aqui, não deve convocar-se uma conceção ‘utilitarista’ dos direitos fundamentais no sentido de encontrar, sem mais, justificação para uma estabilidade condicionada do emprego ‘particular’ dos mais velhos em ordem à satisfação de um ‘bem geral’ a que se ordenem as políticas de pleno emprego”, pois “como direitos individuais, os direitos fundamentais têm limites de redutibilidade, não podem ser dissolvidos nos desideratos das políticas globais do Estado”). Deparamos, pois, com a desconsideração dos aspetos distributivos desde sempre inerentes ao próprio Direito do Trabalho (desconhecendo-se a nova realidade de escassez estrutural do emprego) e com uma inesperada cisão entre a vertente contratual (ligada à ponderação da situação do trabalhador no contrato de trabalho) e a dimensão de ordem pública do ordenamento juslaboral (na qual está presente, ao lado dos interesses das partes, a ponderação dos interesses gerais).

Estes são, apenas, alguns exemplos da relevância da justiça intergeracional como parâmetro de valoração do ordenamento vigente, critério

para a sua reformulação e tópicos a ponderar na construção de modelos de decisão. Fica, naturalmente, a faltar a sua aplicação sistemática aos principais domínios do Direito do Trabalho.

Bibliografia referenciada

- ACCORNERO, 1994. A. Accornero, *Il mondo della produzione*, Bolonha: Il Mulino
- ADAM, 2005. P. Adam, *L'individualization du Droit du Travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris: L.G.D.J.
- ARRHENIUS, 2011. Arrhenius, "Egalitarianism and Population Change", in *Intergenerational Justice*, reimp., ed. A. Gosseries & L. H. Meyer, Oxford: Oxford University Press
- ARTHURS, 2011. H. Arthurs, "Labour Law After Labour", in *The Idea of Labour Law*, G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- AUERBACH, 2014. Bruce E. Auerbach, *Unto The Thousandth Generation. Conceptualizing Intergenerational Justice*, Nova Iorque: Peter Lang
- BARABASCHI, 2015. B. Barabaschi, "Intergenerational Solidarity in the Workplace: Can It Solve Europe's Labor Market and Social Welfare Crisis?", *Journal of Workplace Rights*, SAGE Open, outubro-dezembro 2015: I-II, disponível em <https://us.sagepub.com/en-us/nam/open-access-at-sage>
- BAYLOS GRAU, 1993. A. Baylos Grau, *Derecho del Trabajo: modelo para armar (Diritto del Lavoro. Un modello per progettare)* (trad.), Turim: Giapichelli Editore
- BARNARD, 2014. C. Barnard, *EU Employment Law*, 4.^a edição, Oxford: Oxford University Press
- BECK, 2015. U. Beck, *A Sociedade de Risco mundial. Em busca da segurança perdida* (trad.), Lisboa: Edições 70
- BRADLEY, 2005. "Winners and losers: young people in the 'new economy'", in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- BRADLEY & HOOF, 2005a. H. Bradley & J. Van Hoof, "Introduction", in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- BRADLEY & HOOF, 2005b. H. Bradley & J. Van Hoof, "Fractured transitions: The changing context of young peoples's labour market situations in Europe", in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- BIAGI, 2003. M. Biagi, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 2.^a edição, ed. M. Tiraboschi, Milão: Giuffrè Editore
- CARABELLI, 2006. "Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro", in *Percorsi di Diritto del Lavoro*, ed. D. Garofalo & M. Ricci, Bari: Cacucci Editore
- CARABELLI & LECCESE, 2006. U. Carabelli & V. Leccese, "Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate dalla nuova disciplina dell'orario

- di lavoro”, in *Percorsi di Diritto del Lavoro*, ed. D. Garofalo & M. Ricci, Bari: Cacucci Editore
- CARINCI, 2015. F. Carinci, “Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act”, *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 14 (2015)
- CASAS BAAMONDE, 2004. Maria Emília Casas Baamonde, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, vol. IV, Milão: Giuffrè
- CORIAM, 1982. B. Coriam, *L’atelier et le chronomètre*, Paris: Christian Burgois Editeur
- CORIAM, 1994. B. Coriam, *L’atelier et le robot*, Paris: Christian Burgois Editeur
- CRAIG, DIETRICH & GAUTIER, 2005. G. Craig, Dietrich & Gautier, “Excluded youth or young citizens? Ethnicity, young people and the labour market in three EU countries”, in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- D’ANTONA, 2000a. M. D’Antona, “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, in *Opere*, vol. I, Milão: Giuffrè
- D’ANTONA, 2000b. M. D’Antona, “L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo”, in *Opere*, vol. I, Milão: Giuffrè
- D’ANTONA, 2000c. M. D’Antona, “Uguaglianze difficili”, in *Opere*, vol. I, Milão: Giuffrè
- DANIELS, 1990. N. Daniels, “Justice and Transfers Between Generations”, in *Workers versus Pensioners. Intergenerational justice in an ageing world*, ed. P. Johnson, C. Conrad & D. Thomson, reimpressão, Manchester: Manchester University Press
- DEAKIN & WILKINSON, 2005. S. Deakin & F. Wilkinson, *The law of the labour market. Industrialization, employment and legal evolution*, Oxford: Oxford University Press
- DONATI, 2002. P. Donati, “Equità fra le generazioni: una nuova norma sociale”, in www.pass.va/content/dam/scienzesociali/pdf/acat8/avtas8-donati2.pdf
- DRAY, 2015. G. Dray, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Coimbra: Almedina
- FERRARO, 2004. G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, 2.^a edição, Turim: Giapichelli
- FONTANA, 2010. G. Fontana, *Dall’inderrogabilità alla ragionevolezza*, Turim: G. Giapichelli Editore
- FREEDLAND & KOUNTOURIS, 2011. M. Freedland & N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford: Oxford University Press
- FRIBOULET, 1999. J. J. Friboulet, “Pour une nouvelle définition du droit au travail”, in *Le travail, nouvelle question sociale*, ed. M.-H. Soulet, Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse
- FUDGE, 2011. J. Fudge, “Labour as a ‘Fictive Commodity’”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- FURTADO MARTINS, 1992. P. Furtado Martins, *Despedimento ilícito, reintegração na empresa e dever de ocupação efectiva*, Direito e Justiça – suplemento (1992)
- FURTADO MARTINS, 2012. P. Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.^a edição, Cascais: Príncipeia
- GAULLIER, 1999. X. Gaullier, *Les temps de la vie. Emploi et retraite*, Paris: Éditions Esprit

- GHERA, 2006. E. Ghera, *Il Nuovo Diritto del Lavoro. Subordinazioni e lavoro flessibile*, Turim: G. Giappichelli Editore
- GIUGNI, 1989. G. Giugni, “Il diritto del lavoro negli anni’80”, in *Lavoro, leggi, contratti*, Bolonha: Il Mulino
- GIUGNI, 2011. G. Giugni, *Diritto Sindacale* (atualizado por L. Bellardi, P. Curzio & M. G. Garofalo), Bari: Cacucci Editore
- GOLDIN, 2011. A. Goldin, “Global Conceptualizations and Local Constructions”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- GUAGLIANONE, 2014. L. Guaglianone, “Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, ano LXV (2014), n.º 4
- HEPPE, 2011. B. Hepple, “Factors Influencing the Making of Labour Law”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- ICHINO, 1989. P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milão: Giuffrè
- ICHINO, 2004. P. Ichino, *Lezioni di Diritto del Lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milão: Giuffrè
- JONAS, 1992. H. Jonas, *Le principe de la responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*, Paris: Cerf
- LAMONT & FAVOR, 2016. J. Lamont & C. Favor, “Distributive Justice”, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. E. N. Zalta (Winter 2016 edition), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-distributive>
- LANGILLE, 2006. B. Langille, “Labour Law’s Back Pages”, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford & Portland: Hart Publishing
- LE GOFF, 1999. J. Le Goff, “Le droit au travail, regain?”, in *Le travail, nouvelle question sociale*, ed. M.-H. Soulet, Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse
- LE GOFF, 2004. J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes
- LOUREIRO, 2014. J. C. Loureiro, *Direito da Segurança Social*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora
- LYON-CAEN, 1995. G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique reversible*, Paris: Dalloz
- MACLEOD, 2011. W. B. Macleod, “Great Expectations: Law, Employment, Contracts, and Labor Market Performance”, in *Handbook of Labor Economics*, vol. 4B, ed. D. Card & O. Ashenfelter, Amsterdão: Elsevier
- MAGNANI, 2006. M. Magnani, *Il Diritto del Lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Pádua: CEDAM
- MARÍN, 2006. “The Employment Relationship: The Issue at the International Level”, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford & Portland: Hart Publishing
- MASTERS, 1992. “The Problem of Justice in Contemporary Legal Thought”, in *The Sense of Justice. Biological Foundations of Law*, ed. R. D. Masters & M. Gruter, Newbury Park, Londres & Nova Deli: Sage Publications

- McKERLIE, 2013. D. McKerlie, *Justice between the young and the old*, Oxford: Oxford University Press
- MEDEIROS & PEREIRA DA SILVA, 2015. R. Medeiros & J. Pereira da Silva, “Segurança no emprego de trabalhadores em funções públicas. A tutela reforçada dos trabalhadores com nomeação definitiva segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 427/2013”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. III, *Direito e Justiça*, volume especial
- MENEZES CORDEIRO, 1994. A. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina
- MESTRE, 2014. B. Mestre, “Discriminação em função da idade – Análise crítica da jurisprudência comunitária e nacional”, in *Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais*, vol. I, ed. J. Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes & R. Redinha, Coimbra: Coimbra Editora
- MIRANDA & MEDEIROS, 2010. J. Miranda & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- MONTEIRO FERNANDES, 1965. A. Monteiro Fernandes, “O Problema da ‘Condição de Idade Máxima’”, *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 15
- MOREIRA, 2013. T. Coelho Moreira, “A discriminação em função da idade no contexto de uma população envelhecida na UE”, *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Ano VIII, n.ºs 1-2
- MUNDLAK, 2011. D. Mundlak, “The Third Function of Labour Law”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & Langille, Oxford: Oxford University Press
- NAGEL, 1997. T. Nagel, “Equality”, in *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press
- NEVES, 1996. Ilídio das Neves, *Direito da Segurança Social. Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra: Coimbra Editora
- NUNES DE CARVALHO, 1999. A. Nunes de Carvalho, “Ainda sobre a crise do Direito do Trabalho”, in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, ed. A. J. Moreira, Coimbra: Almedina
- OST, 2001. F. Ost, *O Tempo do Direito*, Lisboa: Instituto Piaget
- PALMA RAMALHO, 2000. M.ª Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina
- PASSANTI, 2006. P. Passanti, *Storia del Diritto del Lavoro*, I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milão: Giuffrè
- PEREIRA DA SILVA, 2010. J. Pereira da Silva, “Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina
- PERULLI, 2010. A. Perulli, “Evaluer le Droit du Travail”, in *Valutare il Diritto del Lavoro – Evaluer le Droit du Travail – Evaluate Labour Law*, ed. A. Lyon-Caen & Perulli, Pádua: CEDAM
- PERULLI, 2014. A. Perulli, “Le parole chiave della riforma del mercato del lavoro”, in *Il Nuovo Diritto del Lavoro*, vol. IV, *La riforma del mercato di lavoro*, ed. Fiorillo & Perulli, Turim: G. Giappichelli Editore

- POLANYI, 1983. K. Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris: Gallimard
- RAMM, 1986. T. Ramm, “Epilogue: The New Ordering of Labour Law 1918-45”, in *The Making of Labour Law in Europe*, ed. B. Hepple, Londres & Nova Iorque: Mansell Publishing Limited
- RAMOS DE FARIA, 2009. P. Ramos de Faria, “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa”, *Questões Laborais*, 34 (2009)
- RAWLS, 1993. J. Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa: Editorial Presença
- REITER & CRAIG, 2005. H. Reiter & G. Craig, “Youth in the labour market: citizenship or exclusion?”, in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- RICCI, 2005. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giurida nel diritto interno e dell’UE*, Milão: Giuffrè
- ROMAGNOLI, 1989. U. Romagnoli, “Introduzione”, in *Lavoro subordinato e dintorni*, ed. M. Pedrazzoli, Bolonha: Il Mulino
- ROMAGNOLI, 1993. U. Romagnoli, prefácio à edição italiana da monografia de A. Baylos Grau, *Derecho del Trabajo: modelo para armar (Diritto del Lavoro. Un modelo per progettare)*, Turim: Giapichelli Editore
- ROMAGNOLI, 1997. U. ROMAGNOLI, *El Derecho, el Trabajo y la Historia* (trad.), Madrid: CES
- SANKARAN, 2006. K. Sankaran, “Protecting the Worker in the Informal Economy: The Role of Labour Law”, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. Davidov & Langille, Oxford & Portland: Hart Publishing
- SANTONI, 2015. F. Santoni, “Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23”, *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 14 (2015)
- SANTOS CAMPOS, 2015. A. Santos Campos, “Justiça Intergeracional: a Temporalidade da Política como Resposta à Pergunta ‘Quais são os Nossos Deveres em Relação às Gerações Futuras?’”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 71 (2015)
- SIMITIS, 1987. S. Simitis, “Juridification of Labour Relations”, in *Juridification of Social Spheres*, ed. G. Teubner, Berlim-Nova Iorque: Walter de Gruyter
- SIMITIS, 1997. S. Simitis, “Il diritto del lavoro ha ancora un future?”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 76 (1997)
- SOULET, 1999. “Le travail aujourd’hui: enjeu public de redistribution, enjeu social de répartition”, in *Le travail, nouvelle question sociale*, ed. M.-H. Soulet, Friburgo: Editions Universitaires Fribourg Suisse
- SUPIOT, 2002. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris: PUF – Quadrige
- SUPIOT, 2004. A. Supiot, *Le Droit du Travail*, Paris: PUF
- SUPIOT, 2010. A. Supiot, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marche total*, Paris: Éditions du Seuil
- THOMSON, 1990. D. Thomson, “The Welfare State and Generation Conflict: Winners and Losers”, in *Workers versus Pensioners. Intergenerational justice in an ageing world*, ed. Johnson, Conrad & Thomson, Manchester: Manchester University Press

- THOMPSON, 2013. J. Thompson, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an Intergenerational Polity*, Nova Iorque & Londres: Routledge
- TREMMEL, 2006. J. Tremmel, “Introduction”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Elgar Publishing
- TREMMEL & WEGNER, 2010. J. Tremmel & P. Wegner, “German Bundestag Survey on Intergenerational Justice in the Labour Market”, in *A Young Generation Under Pressure? The Financial situation and the “Rush Hour” of the Cohorts 1970-1985 in a Generational Comparison*, ed. Jörg Tremmel, Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2010 (disponível em: http://intergenerationaljustice.org/images/stories/publications/study_bundestag.pdf – as remissões do texto são feitas para as páginas da versão disponível na internet e não para as que correspondem na publicação)
- VARDARO, 1986. G. Vardaro, “Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro”, *Politica del Diritto*, 1986, n. 1
- VILLAVERDE CABRAL, 2013. M. Villaverde Cabral (coord.), *Processos de Envelhecimento em Portugal. Usos do tempo, redes sociais e condições de vida*, Lisboa: FFMS
- XAVIER, 1976. B. Lobo Xavier, “A política de emprego e o regime do contrato de trabalho (Alguns aspectos do regime da duração do trabalho em Portugal)”, *Revista de Direito e Economia*, II (1976)
- XAVIER, 1986. B. Lobo Xavier, “A crise e alguns institutos do Direito do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII (I da 2.ª série), n.º 4
- XAVIER, 2005. B. Lobo Xavier, *Direito do Trabalho. Ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora
- XAVIER, 2009. B. Lobo Xavier, “As fontes específicas do Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora
- XAVIER, 2014. B. Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida, Lisboa: Verbo
- ZANELLI, 1985. P. Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milão: Giuffrè

IV.

Política Empresarial

Governança Societária e Justiça Intergeracional

EVARISTO MENDES

Governança Societária e Justiça Intergeracional

EVARISTO MENDES*

Introdução

Em termos gerais, a governança societária ou governança corporativa (*corporate governance*) (sobre a terminologia, cf. GARCIA, 2007, nota 604, OLAVO CUNHA, 2016, nota 820) pode ser identificada com um *conjunto de boas práticas, máximas, regras, princípios e/ou recomendações destinadas a promover uma gestão de empresas responsável e criadora de valor (ou riqueza) num arco temporal de longo prazo, bem como um adequado controlo e transparência das mesmas* (cf. SCHMIDT, 2002, p. 767, CORDEIRO, 2011, p. 901). Numa caracterização mais analítica, tendo em conta a realidade portuguesa na qual o presente artigo se encontra focado, podemos também partir da seguinte noção: (a) conjunto articulado de estruturas, regras de competência e funcionamento, normas de comportamento, princípios e recomendações, assim como incentivos e boas práticas, (b) aplicáveis a uma sociedade comercial de caráter corporativo (SQ, SA e SCA) ou nela observáveis, (c) que lhe são impostas ou a condicionam independentemente da sua vontade, no seu modo de ser, funcionar e agir, interna e externamente (*heterodeterminação*), a que ela se submete voluntariamente (*autorregulação*) ou que respeita sem estar vinculada ou constrangida a isso, (d) tendo como objetivo (i) contribuir para otimizar o seu funcionamento e o exercício da atividade produtiva que constitui o seu objeto, (ii) de forma sustentável e num arco temporal

* Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, atual Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Professor convidado desta Faculdade (Escola de Lisboa), coordenador dos Cursos de pós-graduação em Direito Comercial e coordenador adjunto do mestrado em Direito Empresarial.

Advogado (consultor jurídico), autor e coautor de diversos textos, artigos e comentários jurisprudenciais, sumários de aulas e pareceres, sobretudo na área do Direito Comercial, em que também leciona e tem atuado como árbitro. Antigo bolseiro do DAAD e do Max Planck Institut de Munique (Direito da Propriedade Industrial).

de longo prazo, tendencialmente ilimitado, *(iii)* em benefício de todos os seus sócios, com tratamento equitativo destes, *(e)* levando em consideração *(i)* o papel ou função económico-social geral que a sociedade, com a respetiva empresa, enquanto organização humano-técnico-produtiva de mercado juridicamente interligada que constitui a peça nuclear do tecido socioeconómico, em especial do tecido produtivo nacional, é chamada a desempenhar, bem como *(ii)* a sua condição de célula social básica, espaço de vida e realização pessoal e profissional.

Utilizamos, portanto, um conceito lato de governança societária, compreendendo normas de direito estrito ou cogente (*hard law*), incluindo mínimos éticos e deveres de relato, financeiro e não financeiro, bem como instrumentos de direito brando ou flexível, máxime códigos de boas práticas que vão além da lei (*soft law*). Em sentido restrito, a governança tem a ver com este direito brando, de carácter essencialmente recomendatório e dominado pelo princípio «cumpre ou explica porque não cumpres» (cf. CÂMARA, 2002, pp. 65 *et seq.*, FRADA, 2014, pp. 339 *et seq.*, MAIA, 2012, pp. 43 *et seq.*, OLAVO CUNHA, 2016, pp. 547 *et seq.*, ABREU, 2010, pp. 6 *et seq.*).

Realça-se, ainda, que, embora a governança societária seja um tema transversal, que inclusive não tem de se circunscrever às SQ e SA, na prática, ela está pensada para estas últimas ou até, mais restritamente, para as sociedades anónimas abertas (sobre o conceito, artigo 13.º do CVM), nas quais os problemas societários são, em boa medida, também problemas do mercado de capitais e de quem nele investe. Não é por acaso que os primeiros instrumentos de governação societária em Portugal tenham vindo da CMVM, a entidade reguladora na matéria, e hajam tido como objetivo fundamental a proteção do mercado e dos investidores, designadamente investidores em ações, completando o regime legal e regulamentar.

Salienta-se também que, em temas sensíveis como os do ambiente, do respeito dos direitos humanos, etc., por um lado, o impacto das grandes organizações produtivas, em boa medida sociedades multinacionais abertas, assume um significado especial, por outro lado, elas estão não apenas na origem de muitos dos problemas existentes, mas, igualmente, em condições de contribuir para a sua resolução ou minoração. Daí que, para além das regras e princípios, proibitivos, impositivos e recomendatórios de fazer e de não fazer, de cumprir ou explicar porque não se cumpre, se lhes aplique também a regra «diz pelo menos o que andas a fazer» (obrigação de transparência mediante relato não financeiro).

Em face desta caracterização sumária, cabe perguntar: tem a governança societária alguma coisa a ver com a justiça intergeracional? Esta justiça é uma das preocupações dos teóricos da mesma, do legislador societário e/ou dos promotores e redatores dos existentes códigos de boas práticas ou bom governo das sociedades? Pode a governança contribuir para um tratamento equitativo das gerações futuras (e/ou das gerações mais novas, alargando o campo de análise)?

A resposta apresenta-se matizada. Na verdade, por um lado, é possível identificar pontos de contacto entre os temas: seja em virtude da típica dimensão transgeracional – embora estatisticamente limitada (cf. FERREIRA *et al.*, s/d) – da empresa societária (mono ou plurissocietária), para os sócios/acionistas, para a respetiva comunidade de implantação e, enquanto peça do tecido produtivo do país, para a própria comunidade nacional; seja através do legado, positivo e negativo, da sua ação, máxime em termos ambientais, mas também sociais (considerando aspetos como as oportunidades de emprego que oferece, a formação de trabalhadores, o espaço de conhecimento e de realização que representa, etc.).

Por outro lado, os estudos e instrumentos de *governança societária* não estão, em geral, pensados para promover a justiça intergeracional, designadamente protegendo as gerações futuras contra o possível impacto adverso das ações presentes na saúde, no ambiente e na qualidade de vida dessas gerações. Isso acontece, inclusive, nos modelos de governança socialmente responsável, de criação de valor partilhado e de tutela de investimentos específicos. Em todo o caso, dela podem resultar benefícios ou efeitos positivos para essas gerações, como se vai ver.

Começa-se por um *enunciado geral* de tais efeitos possíveis (n.º 1). Segue-se um título dedicado à *governança nas sociedades abertas* (n.º 2), procurando identificar na lei – e sobretudo em existentes instrumentos recomendatórios – princípios, disposições e outros mecanismos suscetíveis de melhorar o governo das organizações produtivas, com potenciais benefícios não apenas para as gerações presentes mas também para as que hão de vir. Dado o carácter geral da obra em que o presente estudo se insere, optou-se por um relato em extensão de tais instrumentos, que seria naturalmente desnecessário se o público alvo fosse mais especializado. Dá-se aí relevo especial ao Livro Branco da governança societária (2.1), seguindo-se o Código da CMVM (2.2), o existente Projeto do Código do IPCG (2.3), o correspondente Código brasileiro (2.4), o Livro Verde e o Plano de ação da Comissão Europeia (2.5) e os Princípios do G20 e da OCDE (2.6). Termina-se com uma síntese conclusiva (2.7). O sub-

sequente n.º 3 respeita à *governança das sociedades fechadas*. O último título (n.º 4) é dedicado aos objetivos da sociedade e da respetiva gestão, enquadrando a governança societária no modelo socioeconómico que se extrai da Constituição. No centro de análise estará o artigo 64.º, n.º 1, do CSC, em face do artigo 61.º, n.º 1, da CRP e do «quadro» constitucional para que este remete, onde pontuam preocupações sociais e ambientais suscetíveis de influenciar a interpretação da lei societária.

O plano inicial compreendia um título adicional em que, por um lado, se confrontava o modelo dominante da gestão das sociedades orientada para a criação de valor para os sócios (*shareholder value*) com modelos plurais «alternativos» – como os das partes interessadas (*stakeholders*), da criação de valor partilhado (*creating shared value*), da responsabilidade social das empresas (*corporate social responsibility*) e da equipa de produção ou do investimento específico (*team production theory*) – revendo alguma literatura, sobretudo económica, e procurando verificar se estes últimos constituem verdadeira alternativa ao primeiro; por outro lado, se analisavam alguns textos e propostas de melhoria do sistema existente, designadamente no plano dos «deveres fiduciários» dos administradores, de modo a conseguir uma maior sustentabilidade das organizações produtivas, com preservação e valorização social e ambiental, levando em devida conta as gerações futuras. Por limitações de espaço, esta parte teve, no entanto, de ficar de fora. Faz-se, em todo o caso, uma alusão sumária ao assunto. Para alguns dados adicionais, veja-se *evaristomendes.eu*, I.10.

Como se observará, a ideia força da governança societária com mais relevância para a justiça intergeracional é a de *sustentabilidade no longo prazo* (cf., e.g., a respeito do ambiente, NEVES, 2008, p. 432 *et seq.*). Atendendo a este seu objetivo geral, pode ver-se nela a afirmação do tempo e das vistas longas da economia – do tecido económico-produtivo e das organizações de mercado que o compõem (*breviter*, «empresas»), que geram riqueza e constituem formas de riqueza real, transformando recursos em capital produtivo operacional – contra o tempo e as vistas curtas da finança (ou de certa finança).

No campo do Direito e das políticas públicas, existe também o *tempo longo* do Estado de Direito, com o elemento nuclear dos direitos fundamentais (incluindo ambientais), garantidos pela Constituição, e o *tempo curto* do princípio democrático (e.g., GARCIA, 2007, SILVA, 2010), que, sendo igualmente um princípio estruturante do sistema constitucional, se encontra limitado por estes direitos. Quando se olha a governança

societária sob a ótica de tais direitos – mormente dos direitos ambientais, do direito à saúde e da liberdade de empresa, com a função socioeconômica que é chamada a desempenhar –, a ideia de sustentabilidade no longo prazo surge naturalmente evidenciada; mas ela ganha, ainda, uma dimensão transgeracional.

Note-se, no entanto, que a sustentabilidade no longo prazo que verdadeiramente interessa, em termos coletivos, é não tanto a das organizações produtivas atomisticamente consideradas, mas a do tecido produtivo por elas constituído. Nessa perspectiva de longo prazo, o sistema deve eliminar as empresas ineficientes. Significa isto que a sustentabilidade de longo prazo – e mesmo transgeracional – das organizações produtivas não é, sem mais, benéfica para as gerações futuras. A ótica de governo das sociedades deve ser essa, criando-se condições para que tal aconteça, mas ela tem os seus limites.

Olhando para a realidade nacional, por um lado, na aplicação do regime insolvencial, verifica-se uma natural tentação para atender a necessidades sociais e interesses de curto prazo. Por outro lado, há organizações que, pela sua relevância sistémica, são demasiado importantes para deixar cair. Por estas e outras razões, a administração das sociedades tem sido desequilibrada: há um recurso intensivo ao capital alheio, com e sem garantias pessoais, de que resulta um endividamento estrutural excessivo e uma gestão porventura não tão criteriosa como aquela que existe quando se gerem interesses próprios. Este sobre-endividamento – que onera as organizações (tendencialmente duradouras), mas também o próprio Estado «auxiliador» e os contribuintes, presentes e futuros – representa um importante fardo transgeracional. O tema está, em alguma medida, presente nos existentes instrumentos de governança societária; fica, no entanto, a sensação de que é preciso fazer muito mais.

Além disso, numa outra ordem de ideias, é conhecido o malefício económico e social das insolvências fraudulentas, envolvendo designadamente a criação e destruição repetidas e sucessivas de sociedades mercantis pelas mesmas pessoas, sem consequências de maior para os respetivos responsáveis, não por falta de lei, mas por falta de resposta adequada da administração da justiça. A governança societária poderia ter aqui um papel, sobretudo preventivo, mas o assunto encontra-se ausente dos modelos correntes, pelo que não nos ocupamos dele.

1. Possíveis efeitos positivos da governança societária na realização da justiça intergeracional. Enunciado geral

1.1. Governança societária e sustentabilidade transgeracional. Modelos de governança

Em primeiro lugar, cumpre referir a existência de potenciais efeitos positivos, quando se impõe, recomenda e/ou incentiva a gestão das sociedades – ou dos centros de atividade produtiva constituídos por elas e as respetivas empresas – de forma *sustentável, num arco temporal de longo prazo*, tendencialmente ilimitado, bem como a adoção de estruturas que a favoreçam; promovendo designadamente políticas de investimento cujo retorno expectável apenas poderá ocorrer nesse horizonte temporal, como investimentos vultosos em infraestruturas, em certos projetos de investigação e desenvolvimento, em capital humano e na criação de uma teia de relações sociais e de mercado virtuosa, estável e com forte componente fiduciária (promotora de eficiência, designadamente através de um maior comprometimento dos diversos interessados na sua ação potenciador de investimentos específicos, da redução de custos de transação e litigância, etc.). São de vária ordem os benefícios transgeracionais aqui identificáveis. Salienta-se o que se segue.

Por um lado, beneficiam disso as futuras gerações de sócios/acionistas, que recebem uma organização produtiva sólida e duradoura de que podem usufruir (*legado da organização produtiva*). A circunstância de se tratar de uma organização de membros variáveis, transsubjetiva, torna isso possível. Por outro lado, beneficiam também as gerações futuras que procuram emprego e cargos de gestão (e encontram esse emprego e um ambiente propício à valorização das suas capacidades), a que pode acrescer uma melhor formação possibilitada por um ambiente familiar mais evoluído, em virtude da aposta na valorização do capital humano (*legado económico-social*). Beneficiam, igualmente, os fornecedores, clientes e outras partes interessadas, que se vão mantendo e sucedendo, incluindo a comunidade de implantação da organização, enquanto comunidade de pessoas, presentes e futuras; e beneficia, ainda, a economia nacional, das gerações presentes e futuras, na medida em que a organização poderá ser uma peça importante do tecido produtivo do país (*legado económico*, mas com uma dimensão suscetível de ir além desta vertente económica). Havendo uma atividade de investigação e desenvolvimento, promove-se

a formação de um património tecnológico e de conhecimento de que, igualmente, beneficiam as gerações futuras (*legado tecnológico*).

Um aspeto sensível nesta sustentabilidade transgeracional das organizações produtivas, importante para a sua solidez e solvência, é a *gestão do risco*. Esta é, portanto, uma preocupação recorrentemente espelhada em princípios e recomendações nos códigos de governança societária. A profissionalização, a separação, no âmbito da administração da sociedade, da *gestão operacional* ou executiva, a instituição de mecanismos fiáveis e eficazes de *fiscalização* (cf. também J. GOMES, 2015, CÂMARA *et al.*, 2015), de relato, financeiro e não financeiro, e prestação de contas, com devida publicidade legal, promotora de transparência, são, igualmente, temas salientes.

Para otimizar a criação de riqueza económica e social, desta forma duradoura e sustentável, existem vários modelos de governança que «competem» entre si. O modelo que se afigura dominante em Portugal é o da criação de valor para os sócios/acionistas – segundo o padrão do acionista iluminado, interessado em maximizar a sua riqueza no longo prazo –, com tratamento equitativo de todos eles [cf., *e.g.*, CÂMARA, 2008, pp. 36 *et seq.*, SERRA, 2011, pp. 211 *et seq.*, 244 *et seq.* (reconhecendo a primazia dos interesses de longo prazo dos sócios, mas admitindo, além de deveres procedimentais para com os *stakeholders*, situações excecionais de «responsabilidade social sacrificadora do lucro»), e, ainda, o § 172 do CA 2006 do RU, CLR STEERING GROUP, 1999, pp. 37, 39 *et seq.*, JENSEN, 2002, WILLIAMS, 2012, RAHIM, 2014].

Na base do modelo, está a conceção da sociedade anónima (cotada) – para a qual foi concebido – como uma organização pertencente aos acionistas e destinada à criação de valor para eles (*shareholder value*), sendo esta portanto também a missão dos respetivos gestores (ligados àqueles, através da corporação, por uma relação fiduciária dita de «agência») (cf., *e.g.*, FRIEDMAN, 1962 e 1970). Na sua versão mais pura, o critério geral de aferição do desempenho é o das cotações das ações em mercado; e, nessa medida, pode falar-se num modelo de governança financeiro ou *financialista* (CHAMPAUD, 2011).

Nesta forma, ele foi, no entanto, justamente criticado por favorecer uma gestão orientada para o curto prazo. Daí as propostas de modificação ou ajustamento, no sentido da prossecução do objetivo em causa numa ótica de longo prazo e a correspondente ideia do acionista iluminado ou esclarecido. Estamos, portanto, perante um modelo de governança apelidável de *modelo «financeiro» ajustado*, embora, sobretudo quando

aplicado também a sociedades não cotadas como sucede em Portugal, se possa com mais propriedade falar num modelo do *sócio* iluminado ou do «*stakeholder*» iluminado (JENSEN, 2002) ou num modelo «instrumental» das partes interessadas (instrumental em relação ao objetivo da criação de valor para os sócios). Muitas vezes tem associado um certo comprometimento ou responsabilidade social e ambiental, mas como aspeto acessório e instrumental da produtividade e da sustentabilidade económica, envolvendo aspetos reputacionais e estratégias competitivas condizentes com estes. Note-se que a imagem social e a reputação pública das organizações produtivas são consideradas «ativos» fundamentais das mesmas, mormente em termos concorrenciais. Daí a relevância que lhes é dada nalguns instrumentos de governança societária que têm na base este modelo de governança.

Todavia, por num lado, há quem aceite a ideia básica de uma governança ao serviço da maximização ou criação de valor para os acionistas, no longo prazo, mas, ao mesmo tempo, negue aos membros deste grupo a qualidade de titulares da corporação e a existência de uma relação de agência entre eles e quem administra a sociedade, seja em virtude da personalidade jurídica societária seja porque nas sociedades anónimas o órgão de administração é dotado de poderes próprios e juridicamente independente da coletividade social, afirmando o primado organizativo-funcional do conselho de administração, instância hierárquica dotada do superior poder de decisão na organização (um poder de mandar fazer) (cf., em especial, BAINBRIDGE, 2003, 2008 e 2015, e PADFIELD, 2015, nota 6); por outro lado, têm sido defendidos modelos «alternativos» (ou complementares), também eles em geral pensados para as sociedades anónimas cotadas. Salientam-se os que se seguem.

Em primeiro lugar, o da governança multilateral ou das partes interessadas, que afetam e/ou são suscetíveis de ser afetadas pelo comportamento da organização (*stakeholder model/theory*: FREEMANN, 1984, FREEMAN *et al.*, 2010), focado na gestão estratégica das relações organizacionais de que depende o sucesso empresarial no longo prazo e apresentando cambiantes – incluindo a mais elementar, em que surge como simples instrumento para atingir fins como o lucro ou a própria maximização do lucro no longo prazo – próxima do modelo financeiro ajustado ou reconduzível ao mesmo – mas numa delas, mais «progressista», com uma associada componente ética (ética empresarial) que envolve designadamente o tratamento das pessoas como fins e não como simples meios (recursos económicos) (cf., *e.g.*, PHILLIPS, 2003, PHILLIPS *et al.*, 2003,

FREEMAN *et al.*, 2004, NEVES, 2008, pp. 319 *et seq.*, 341 *et seq.*, 411 *et seq.*, ROUSSEAU, 2012, p. 116).

O segundo «modelo» comumente referido na literatura da especialidade é o da responsabilidade social das empresas (RSE/CSR) (cf., *e.g.*, ROUSSEAU, 2012, SACCONI *et al.*, 2011, SACCONI, 2004 e 2012, CARROL/SHABANA, 2010, KERR *et al.*, 2009, JOHNSON, 2013, PADFIELD, 2015, NEVES, 2008, pp. 411 *et seq.*, COMISSÃO EUROPEIA, 2001 e 2011a, GOMEZ SEGADE, 2011, SERRA, 2009 e 2011, SERENS, 2014, ABREU, 2015, pp. 280 *et seq.*, OLAVO CUNHA, 2016, pp. 554 *et seq.*). Trata-se de um modelo igualmente assente na pluralidade de partes interessadas a levar em conta, numa mais ou menos pronunciada ética de responsabilidade e na ideia de que, sendo as organizações produtivas, com as respetivas envolventes, uma realidade complexa e evolutiva, a regulação legal, estatutária ou contratual da sua atividade e das suas relações, é naturalmente imperfeita ou incompleta, pelo que se torna imperioso ir além das imposições de direito estrito (*hard law*).

Apresenta também diversas variantes, que vão desde as simples conceções «filantrópicas» e instrumentais da criação de valor acionário, jogando sobretudo com o valor da reputação social das empresas, até formas mais evoluídas que procuram incorporar a componente social e ambiental no modelo de negócio, combinando responsabilidade com oportunidade, em que as organizações produtivas são concebidas à imagem e semelhança de um bom cidadão (são instituições *sociais*, fazem parte da sociedade, do sistema social e político), sendo a responsabilidade social um fim e não um simples meio para atingir objetivos comerciais, etc. No fundo, à semelhança do que sucede com o modelo das partes interessadas, também aqui encontramos uma dicotomia geral, entre conceções instrumentais e as conceções finalistas da RSE/CSR, ou seja: (i) entre as conceções da RSE/CSR que a encaram como um *meio* ou instrumento competitivo de empresas com uma gestão orientada para o lucro ou valor acionista, conferindo a estas uma aura socialmente legitimadora, e (ii) as conceções de pendor institucional (que veem a empresa como uma instituição social, com um poder de decisão ao serviço da organização no seu todo, envolvendo acionistas e outras partes interessadas, e cumprindo uma função social na comunidade em que se insere) e éticas ou axiológicas, que consideram a RSE/CSR um *fim* da empresa, assumindo esta como parte do seu modelo de desenvolvimento económico e social; desenvolvimento este insuscetível de se obter através da pura concorrência num mercado orientado para o lucro. Mas há diversas correntes intermédias,

incluindo, por exemplo, a que aposta na autorregulamentação da atividade empresarial socialmente responsável como etapa preliminar, enquanto não se consegue uma regulação supranacional dos mercados (cf., e.g., a ISO 26 000).

Em terceiro lugar, embora menos divulgado, encontramos o modelo da produção em equipa com mediação hierárquica independente do CA ou modelo de governança orientada para a promoção e tutela do investimento específico (*team production theory*: BLAIR & STOUT, 1999). Está em causa a produção de riqueza ou valor económico «em equipa», numa perspetiva de longo prazo, não apenas para os acionistas mas também para outros grupos de interessados, como os trabalhadores, que fazem na empresa investimentos específicos (contribuem com recursos essenciais e únicos, incluindo conhecimento, para a formação do valor, e assumem riscos) que importa estimular e portanto proteger e remunerar adequadamente. A empresa corporativa é vista como uma teia de investimentos específicos, em contraposição à teia de «contratos» que, em certas conceções do *shareholder value*, o grupo dominante (acionistas) estabelece com os demais interessados, e o conselho de administração é concebido como uma instância de mediação de interesses e conflitos independente, agindo no interesse da corporação no seu todo e não no interesse dos acionistas apenas, desempenhando uma função estratégica coadjuvante e não apenas de «monitorização» da gestão executiva.

Do ponto de vista jurídico, realça-se que nas sociedades anónimas (mormente cotadas) o órgão de administração é independente dos acionistas, em contraste com a ideia de «agência» que caracteriza os modelos do *shareholder value*, e que as mesmas têm personalidade jurídica, sendo perante elas que os administradores detêm deveres fiduciários (limitados pela *business judgment rule*).

Finalmente, temos o modelo da criação de valor partilhado, económico e social (*corporate shared value/CSV*: PORTER & KRAMER, 2011), por vezes associado ao modelo da RSE/CSR, como componente do mesmo (cf., e.g., Comissão Europeia, 2011b). Segundo ele, o fim da «corporação» (sociedade anónima) não consiste na simples prossecução do lucro, devendo a sua atuação orientar-se para a criação de um valor partilhado, ou seja, para a criação de valor económico de um modo tal, que também envolva a criação de valor para a sociedade em geral, satisfazendo as suas necessidades e respondendo aos seus desafios; juntando sucesso da empresa societária (melhorando a sua competitividade) e progresso social (melhorando as condições económicas e sociais das comunidade

em que a empresa opera), que permite legitimar o ganho comercial. Não se trata de afetar recursos da empresa a causas sociais ou filantrópicas ou mesmo à sustentabilidade ambiental, à margem da atividade da empresarial (perspetiva redistributiva), mas de uma nova maneira de atingir o sucesso económico, de uma nova estratégia empresarial ou novo modelo de negócio que incorpora esta componente de desenvolvimento social com vista a potenciar esse sucesso económico no longo prazo (expandindo o todo constituído por valor económico e social). O impacto social e ambiental da sua ação é incorporado nessa estratégia com vista a melhorar a criação de valor económico; designadamente, minorando externalidades negativas e, ao mesmo tempo, ganhando com isso.

Embora o centro de atenção destes modelos multilaterais não seja explicitamente a justiça para com as gerações futuras, eles podem, em tese geral, ser mais favoráveis a uma sustentabilidade das organizações produtivas com maior justiça transgeracional, incorporando estratégias de «desenvolvimento com futuro» e, nas formas mais evoluídas, preocupações de justiça e ética de responsabilidade num tempo e espaço alargados (sobre tais estratégias e formas, cf. GARCIA, 2007). Todavia, uma das grandes questões a eles associada, largamente controvertida, consiste em saber se se trata de modelos capazes de competir com o modelo dominante e dentro de que limites.

Paralelamente, existem propostas destinadas a introduzir nos modelos de governança societária, designadamente, a responsabilidade ambiental, através de mecanismos vinculativos como o dos deveres «fiduciários» dos administradores, o que levaria, no caso do modelo dominante, a um ulterior ajustamento do mesmo neste sentido (assim, HENDERSON, 2011 e 2013). Contudo, para já, não passam de propostas isoladas.

Justifica-se, ainda, uma referência à doutrina social da Igreja e à «doutrina da empresa», correntemente conotada sobretudo com a chamada Escola de Rennes e ligada ao *Fonds pour la Recherche sur la Doctrine de l'Entreprise* (FORDE). No que respeita à primeira, realça-se a Encíclica *Centesimus Annus* (JOÃO PAULO II, 1991), com uma visão antropocêntrica, comunitária e de longo prazo do mundo empresarial. [Cf. também SONNIER, 2012, e NEVES, 2008, pp. 344 *et seq.*, realçando a dupla condição do trabalhador, como recurso produtivo e como pessoa, com dignidade superior, e a importância do trabalho para a vida das pessoas, citando, ainda, a encíclica *Laborem Exercens*, igualmente de João Paulo II, especialmente dedicada à questão laboral, na qual se defende, *inter alia*, que o respeito pelo trabalho requer uma revisão do

direito de propriedade dos meios de produção (capital).] Os partidários da chamada «doutrina da empresa», em que se realçam juristas como CHAMPAUD, CONTIN e DANET, pretendem afirmar uma concepção pragmática, pluralista e humanista da empresa, próxima da teoria socioeconómica das partes interessadas, bem como da RSE/CSR e da doutrina social da Igreja (embora sem o comprometimento teleológico destas), apresentando-a como uma *terceira via*, entre o «financialismo» e o coletivismo marxista. No apêndice consultável em *evaristomendes.eu*, dão-se indicações adicionais acerca da Encíclica e faz-se um breve apanhado das ideias diretoras desta doutrina.

1.2. Governança societária e a questão ambiental

Via de regra, o problema da justiça intergeracional surge associado a *questões ambientais* em sentido lato, incluindo a qualidade de vida e o esgotamento, utilização irracional e delapidação de recursos naturais finitos, a que podem acrescentar-se questões humanitárias e sociais (exploração de mão de obra infantil e juvenil, prejudicando designadamente a formação das vítimas e a evolução das comunidades a que pertencem, enquanto comunidades de membros presentes e futuros).

Para os partidários do modelo de governança que tem dominado internacionalmente nas últimas décadas (*shareholder value*), estamos perante um problema regulatório, não de governança *societária*. O sistema de bom governo das sociedades pressupõe que a lei é cumprida, mas não lhe acrescenta nada; não recomenda uma atuação responsável *praeter legem*.

Pelo contrário, nas palavras de Jensen (2002, p. 246), partidário do modelo da maximização «iluminada», num horizonte de longo prazo, do valor acionista, «Resolving externality and monopoly problems is the legitimate domain of the government in its rule-setting function. Those who care about resolving monopoly and externality issues will not succeed if they look to firms to resolve these issues voluntarily. Firms that try to do so either will be eliminated by competitors who choose not to be so civic minded, or will survive only by consuming their economic rents in this manner».

Todavia, cabe assinalar que um dos grandes problemas da regulação social e ambiental, a crescer à sua possível insuficiência, reside na falta de cumprimento ou «mau cumprimento» das regras imperativas, na matéria. Isto coloca problemas de vários tipos: frustra os objetivos da lei e causa correspondentes danos, designadamente ambientais, por-

ventura duradouros e irreversíveis ou só reparáveis com grandes custos (incluindo custos a suportar pelas gerações futuras); distorce e falseia a concorrência, eliminando os efeitos benéficos que dela se esperam e, inclusive, torna-a injusta e nociva, em vez de socialmente útil; a pressão de sobrevivência competitiva pode agravar as situações de incumprimento, generalizando-as (efeito de imitação e dominó), colocando em crise o próprio Estado de Direito.

Daí que, para além dos mecanismos de relato não financeiro acerca de questões sociais, ambientais, de direitos humanos e corrupção – tornados obrigatórios na UE para as grandes entidades empresariais pela Diretiva n.º 2014/95/UE e recondutíveis à boa governança societária –, se considere um princípio de boa governança promover esse cumprimento da lei, designadamente criando adicionais mecanismos de vigilância, denúncia, departamentos de *compliance*, etc. Diversos códigos de governança contemplam este aspeto.

A aludida imagem e reputação das sociedades mercantis (tendo em conta uma atual «sensibilidade ambiental» que vai para lá das exigências legais, cf. NEVES, 2008, p. 432 *et seq.*), bem como as consequências financeiras desastrosas que para elas podem advir do incumprimento das normas, também desempenham aqui um papel importante. E, ainda dentro do modelo dominante da criação de valor para os sócios/acionistas, não se exclui uma atitude mais pró-ativa da sociedade, desde que «avalizada» por estes (ALVES, 2007, pp. 180 *et seq.*).

Como se compreende, a perspetiva dos defensores dos alternativos modelos de governança pluralistas, fundados numa ética de responsabilidade, é diferente. As preocupações sociais e ambientais constituem uma componente fundamental da estratégia empresarial e da governança, não acessória. O próprio modelo da criação de valor partilhado, apesar de ser um modelo económico, procura incluir as questões sociais e ambientais na estratégia e no modelo de negócio.

Realça-se, no entanto, que, neste como noutros domínios, a busca de soluções de racional e prudente equilíbrio, e compromisso, é fundamental (cf. também GARCIA, 2007, NEVES, 2008, pp. 435 *et seq.*, e, mais geralmente, CHAMPAUD, 2012, pp. 184, 198 *et seq.*).

1.3. Governança das sociedades familiares

A assinalada dimensão transgeracional das sociedades mercantis (com as respetivas empresas) – enquanto património que é deixado em legado

às gerações futuras de sócios/acionistas e enquanto instituições integrantes de um tecido produtivo duradouro – defronta-se com problemas especiais, designadamente nas *sociedades familiares*, pequenas e grandes. Aquele a que tem sido dada maior atenção é o problema da *sucessão*.

Na verdade, segundo dados colhidos em Ferreira *et al.* (2011), as empresas familiares (grandes e pequenas), em Portugal, representam 80% do total, geram 60% do PIB e são responsáveis por 50% do emprego. Todavia, 50% não passam da primeira geração e apenas 20% atingem a terceira (pp. 11 e 114). Entre as causas desta fraqueza do tecido produtivo nacional – e de perda de riqueza produtiva, que, se se conservasse, beneficiaria as gerações vindouras – encontram-se razões de ordem *financeira* (necessidade de pagamento de compensações a outros herdeiros, falta de meios e de apoio para consolidar posições na empresa e inerente dispersão do capital, tornando o governo das sociedades muito complexo – pp. 69 *et seq.*) e de competência *profissional* [os principais envolvidos – sucedido, sucessor e colaboradores – não possuem conhecimentos e formação (meios de aprendizagem) que lhes permitam lidar bem com a situação – pp. 114 *et seq.*].

Segundo os mesmos autores, a governança societária, tal como se encontra prevista no Código Buisse (BUYSSE *et al.*, 2009), pode ajudar a promover o desempenho e a sustentabilidade destas organizações produtivas familiares, designadamente promovendo a separação efetiva entre o plano familiar («propriedade») e o plano empresarial, melhorando a gestão de riscos, etc. (*ibidem*, pp. 61 *et seq.*). Porém, o problema da sucessão requer instrumentos mais vastos, de governança familiar, planeamento sucessório, apoio financeiro e fiscal, etc. (*ibidem*, pp. 59 *et seq.*, 69 *et seq.*, 102 e 124; cf. também R. XAVIER, 2016, e, sobre as SQ em geral, MARTINS, 2016).

1.4. Políticas remuneratórias, compensatórias e de dividendos

Termina-se este enunciado geral de possíveis efeitos positivos da governação societária na realização da justiça intergeracional com uma breve alusão a alguns temas mais específicos. O primeiro respeita à *remuneração* de gerentes e administradores.

Dispõe o artigo 255.º do CSC, a respeito da remuneração dos gerentes das SQ: «1 – Salvo disposição do contrato de sociedade em contrário, o gerente tem direito a uma remuneração, a fixar pelos sócios. 2 – As remunerações dos sócios gerentes podem ser reduzidas pelo tribunal,

a requerimento de qualquer sócio, em processo de inquérito judicial, quando forem gravemente desproporcionadas quer ao trabalho prestado quer à situação da sociedade. 3 – Salvo cláusula expressa do contrato de sociedade, a remuneração dos gerentes não pode consistir, total ou parcialmente, em participação nos lucros da sociedade.»

No correspondente artigo 399.º, relativo aos administradores das SA, estabelece-se: «1 – Compete à assembleia geral de acionistas ou a uma comissão por aquela nomeada fixar as remunerações de cada um dos administradores, tendo em conta as funções desempenhadas e a situação económica da sociedade. 2 – A remuneração pode ser certa ou consistir parcialmente numa percentagem dos lucros de exercício, mas a percentagem máxima destinada aos administradores deve ser autorizada por cláusula do contrato de sociedade. 3 – A percentagem referida no número anterior não incide sobre distribuições de reservas nem sobre qualquer parte do lucro do exercício que não pudesse, por lei, ser distribuída aos acionistas.» Como observa Coutinho de Abreu (2010, pp. 33 *et seq.*), apesar do teor deste artigo 399.º, n.ºs 2 e 3, são lícitas outras formas de remuneração variável (incluindo *stock options*) (cf., ainda, GOMES, 2011 e 2011a, pp. 421 *et seq.*, FERREIRA, 2016, OLAVO CUNHA, 2016, pp. 285 *et seq.*, 815 *et seq.*).

Se a remuneração for excessiva, coloca-se o problema de saber se é de admitir a aplicação analógica do n.º 2 do artigo 255.º Coutinho de Abreu (2013) defende que sim. Note-se, no entanto, que só existe analogia das situações nas sociedades anónimas sem ações cotadas em bolsa.

A Lei n.º 28/2009, aprovada na sequência da crise financeira e económica de 2007-2008, por sua vez, determina no artigo 2.º que o órgão de administração das entidades de interesse público – entre as quais se contam as sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado – ou a comissão de remunerações, se existir, deverão submeter, anualmente, à *aprovação* da assembleia geral uma declaração sobre política de remuneração dos membros dos respetivos órgãos de administração e de fiscalização (n.º 1). Tal declaração deverá conter, designadamente, informação relativa: *a*) Aos mecanismos que permitam o *alinhamento dos interesses* dos membros do órgão de administração com os interesses da sociedade; *b*) Aos critérios de definição da *componente variável* da remuneração; *c*) À existência de planos de atribuição de ações ou de *opções* de aquisição de ações por parte de membros dos órgãos de administração e de fiscalização; *d*) À possibilidade de o pagamento da componente variável da remuneração, se existir, ter lugar, no todo ou em

parte, após o apuramento das contas de exercício correspondentes a todo o mandato; e) Aos mecanismos de limitação da remuneração variável, no caso de os resultados evidenciarem uma deterioração relevante do desempenho da empresa no último exercício apurado ou quando esta seja expectável no exercício em curso. Para as instituições de crédito e as sociedades financeiras, vale o regime constante do RGIC (n.º 4).

A mesma Lei, no artigo 3.º, impõe que tais entidades *divulguem*, nos documentos anuais de prestação de contas (quanto àquelas emitentes de ações cotadas, cf. também o artigo 245.º-A do CVM), «a política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, aprovada nos termos do artigo anterior, bem como o montante anual da remuneração auferida pelos membros dos referidos órgãos, de forma agregada e individual». Já anteriormente, no Livro Branco sobre a governança societária em Portugal, de 2006 [SANTOS SILVA *et al.* (IPCG 2006)], se recomendara esta divulgação da informação relativa à remuneração atribuída a cada um dos membros do CA, distinguindo, no caso dos membros da comissão executiva, a componente variável da componente fixa (recomendação 46).

No *Código de Governo das Sociedades* da CMVM (Recomendações 2013), no que toca à aprovação ou *fixação de remunerações* e eventual atribuição de benefícios de *reforma* (II.3), realça-se: «Todos os membros da Comissão de Remunerações ou equivalente devem ser *independentes* relativamente aos membros executivos do órgão de administração e incluir pelo menos um membro com *conhecimentos e experiência* em matérias de política de remuneração» (II.3.1); «Deve ser submetida à *Assembleia Geral* a proposta relativa à aprovação de planos de atribuição de ações, e/ou de opções de aquisição de ações ou com base nas variações do preço das ações, a membros dos órgãos sociais. A proposta deve conter todos os elementos necessários para uma avaliação correta do plano» (II.3.4).

No que respeita ao modo ou *critérios de fixação da remuneração* (III), para além de um princípio de não remuneração dos membros não executivos e dos membros do órgão de fiscalização com uma componente variável, em função do desempenho da sociedade ou do seu valor (III.2), cabe realçar: «A *remuneração dos membros executivos* do órgão de administração deve basear-se no desempenho efetivo e desincentivar a assunção excessiva de *riscos*» (III.1); «A componente variável da remuneração deve ser globalmente razoável em relação à componente fixa da remuneração, e devem ser fixados limites máximos para todas as componentes» (III.3); «Uma parte significativa da remuneração variável

deve ser *diferida* por um período não inferior a três anos, e o direito ao seu recebimento deve ficar dependente da continuação do desempenho positivo da sociedade ao longo desse período» (III.4); «Até ao termo do seu mandato devem os administradores executivos *manter as ações* da sociedade a que tenham acedido por força de esquemas de remuneração variável, até ao limite de duas vezes o valor da remuneração total anual, com exceção daquelas que necessitem ser alienadas com vista ao pagamento de impostos resultantes do benefício dessas mesmas ações» (III.6); «Quando a remuneração variável compreender a atribuição de *opções*, o início do período de exercício deve ser diferido por um prazo não inferior a três anos» (III.7).

Na mesma linha, vai o Projeto de *Código de Governo das Sociedades* (2016) do Instituto Português da Corporate Governance (IPCG). No capítulo V, relaciona-se um outro tópico, também ele próximo das ideias de sustentabilidade e visão de longo prazo – o da profissionalização da gestão –, afirmando-se, a respeito das remunerações dos órgãos de administração e fiscalização, o seguinte princípio: «A política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização deve permitir à sociedade atrair, a um custo economicamente justificável pela sua situação, profissionais qualificados, induzir o alinhamento de interesses com os dos acionistas – tomando em consideração a riqueza efetivamente criada pela sociedade, a situação económica e a do mercado – e constituir um fator de desenvolvimento de uma cultura de profissionalização, de promoção do mérito e de transparência na sociedade» (ponto V.2).

Ainda no mesmo capítulo V, acerca da remuneração dos Administradores, pode ler-se: «Princípio: Os administradores devem receber uma compensação: que remunere adequadamente a responsabilidade assumida, a disponibilidade e a competência colocadas ao serviço da sociedade; que garanta uma *atuação alinhada com os interesses de longo prazo dos acionistas*, bem como de *outros que estes expressamente definam*; e que premeie o *desempenho*»; «Tendo em vista o *alinhamento de interesses entre a sociedade e os administradores executivos*, uma parte da remuneração destes deve ter natureza *variável* que reflita o desempenho sustentado da sociedade e não estimule a assunção de riscos excessivos» (ponto V.3.1).

Em suma, estamos perante um aspeto nuclear da governança societária [cf. também, na literatura, *e.g.*, CÂMARA, 2010, pp. 42 *et seq.*, 49 *et seq.*, GIÃO, 2010, pp. 268 *et seq.*, F. GOMES, 2011, OLAVO CUNHA, 2016, pp. 584 *et seq.*; note-se, ainda, que em Espanha, por exemplo, é o próprio

legislador que regula com algum pormenor a matéria (artigos 217 *et seq.* da *Ley de Sociedades de Capital*)]. Através das regras e recomendações existentes pretende-se atingir vários objetivos, de que se salientam dois.

O primeiro deles consiste em incentivar estratégias empresariais sustentáveis de longo prazo, criadoras de valor neste horizonte temporal, contrariando políticas de curto prazo observadas no passado (cf., *e.g.*, CÂMARA, 2010, p. 14). O segundo, presente designadamente no artigo 255.º do CSC, é de índole financeira: pretende-se que a base de capital da sociedade não seja afetada por remunerações excessivas, como também tem sucedido (cf., *e.g.*, MAY, 2016), acautelando o valor da sociedade para sócios e contribuindo para a sua sustentabilidade financeira.

O segundo tema a realçar, igualmente com impacto na sustentabilidade das sociedades e, nessa medida, relevante para a justiça intergeracional, respeita à *reforma* dos administradores das SA. Estabelece o artigo 402.º do CSC: «1 – O contrato de sociedade pode estabelecer um regime de reforma por velhice ou invalidez dos administradores, a cargo da sociedade. 2 – É permitido à sociedade atribuir aos administradores complementos de pensões de reforma, contanto que não seja excedida a remuneração em cada momento percebida por um administrador efetivo ou, havendo remunerações diferentes, a maior delas. 3 – O direito dos administradores a pensões de reforma ou complementares cessa no momento em que a sociedade se extinguir, podendo, no entanto, esta realizar à sua custa contratos de seguro contra este risco, no interesse dos beneficiários. 4 – O regulamento de execução do disposto nos números anteriores deve ser aprovado pela assembleia geral.»

Trata-se de um assunto especialmente sensível, porque os encargos deste modo assumidos pelas sociedades, ao longo do tempo, podem tornar-se muito vultosos, atingindo a sua base de sustentabilidade financeira. É seguramente um ponto importante do ponto de vista da justiça intergeracional. O artigo do CSC suscita, no entanto, diversas questões de interpretação e aplicação, de que não podemos ocupar-nos (cf., *e.g.*, OLAVO CUNHA, 2014, 2016, pp. 839 *et seq.*, ABREU, 2010, p. 34).

No referido *Código de Governo das Sociedades* da CMVM (Recomendações 2013), estabelece-se: «Deve ser submetida à Assembleia Geral a proposta relativa à aprovação de qualquer sistema de benefícios de reforma estabelecidos a favor dos membros dos órgãos sociais. A proposta deve conter todos os elementos necessários para uma avaliação correta do sistema» (II.3.5). Realça-se esta necessidade de submeter à apreciação

pela AG os benefícios de reforma, em termos compreensíveis para os acionistas fazerem um juízo esclarecido acerca da matéria.

O terceiro tema tem também a ver com a proteção da base financeira (e correspondente sustentabilidade) da sociedade, mas sobretudo com a conveniência de não comprometer a liberdade de destituição dos administradores (artigo 403.º, n.º 1, do CSC) quando se entenda que a sua prestação ou desempenho são inadequados. Dispõe-se no ponto III.8 daquele *Código de Governo das Sociedades* da CMVM (2013): «Quando a destituição de administrador não decorra de violação grave dos seus deveres nem da sua inaptidão para o exercício normal das respetivas funções mas, ainda assim, seja reconduzível a um inadequado desempenho, deverá a sociedade encontrar-se dotada dos instrumentos jurídicos adequados e necessários para que qualquer indemnização ou compensação, além da legalmente devida, não seja exigível.» Não se exclui a indemnização legal prevista no n.º 5 do artigo 403.º do CSC (cf. também o artigo 430.º, n.º 2), mas pretende eliminar-se a prática de contratação de indemnizações exorbitantes por cessação antecipada dos cargos, preservando aquela liberdade – e, portanto, uma gestão sadia e competente da sociedade – e protegendo as finanças societárias.

O quarto tema respeita à *distribuição de dividendos*, também ela suscetível de afetar a base financeira da sociedade, comprometendo o seu desenvolvimento sustentável e transgeracional. Os artigos 217.º, n.º 1, e 294.º, n.º 1, do CSC reconhecem aos sócios de sociedades por quotas e aos acionistas um direito à distribuição anual de dividendos, duplamente derogável: mediante cláusula estatutária (derrogação geral e abstrata) e, ano a ano, mediante deliberação tomada por maioria qualificada de 3/4 da totalidade dos votos existentes (derrogação concreta). O direito, tal como se encontra atribuído, pode fazer algum sentido nas sociedades fechadas, mas não nas sociedades abertas, com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, em que o mercado funciona como mecanismo regulador do funcionamento da sociedade e os acionistas podem livremente comprar e alienar as ações. Nestas, o órgão de administração deve ter o poder discricionário de, quando da aprovação das contas anuais, propor a distribuição ou não de lucros, embora fundamentando devidamente a proposta [cf. o artigo 66.º, n.º 4, alínea *f*)]; e a coletividade dos sócios/acionistas deve, dentro dos limites gerais (incluindo o princípio da lealdade ou fidelidade ao fim comum), possuir autonomia de decisão na matéria. Daí que seja boa prática de governança societária a derrogação estatutária do direito consagrado na

lei (cf., no entanto, com outra leitura, OLAVO CUNHA, 2016, pp. 341 *et seq.*, e, em geral, GOMES, 2011a, pp. 297 *et seq.*, 328 *et seq.*).

Mas também constitui boa prática a definição de uma política de dividendos, no quadro da gestão estratégica da sociedade. No indicado *Livro Branco* da governança societária (2006), recomenda-se que «O Conselho de Administração submeta à aprovação da Assembleia Geral uma *política de dividendos de longo prazo*» (recomendação 89).

2. Governança societária e justiça intergeracional nas sociedades abertas

Aludiu-se no número anterior a alguns aspetos nucleares da governança societária – mormente a que se situa no plano recomendatório, especialmente concebida para as sociedades anónimas abertas ao investimento público (máxime, com ações cotadas em bolsa) ou tendo estas como alvo principal – realçando o seu possível contributo para a melhoria da condição das gerações futuras e, nesta medida, para alcançar uma melhor justiça intergeracional. Os tópicos da remuneração dos gestores e da distribuição de dividendos – em boa medida transversais a todas as sociedades, embora o significado não seja uniforme – bem como da reforma e indemnização dos administradores que são destituídos das funções mereceram aí algum desenvolvimento. Outros foram tão-só afluídos, pelo que se justificam mais algumas linhas sobre eles. Para uma visão integrada dos mesmos, procede-se, adiante, a uma breve revista dos principais instrumentos de governança recomendatória (*soft law*) assinalados, na parte em que podem interessar para o tema que nos ocupa; com uma adicional incursão por textos não nacionais (para o setor financeiro, em particular, cf. CÂMARA *et al.*, 2016). Antes, porém, transcreve-se um importante preceito do Código dos Valores Mobiliários (CVM 1999) e refere-se um regulamento da CMVM.

Estabelece o artigo 245.º-A do CVM, intitulado *Relatório anual sobre governo das sociedades*:

«1 – Os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal divulgam, em capítulo do relatório anual de gestão especialmente elaborado para o efeito ou em anexo a este, um *relatório detalhado sobre a estrutura e as práticas de governo societário*, contendo, pelo menos, os seguintes elementos: a) *Estrutura de capital* [...];

b) Eventuais restrições à transmissibilidade das ações, tais como cláusulas de consentimento para a alienação, ou limitações à titularidade de ações; c) *Participações qualificadas* no capital social da sociedade; [...] e) Mecanismos de controlo previstos num eventual sistema de *participação dos trabalhadores no capital* na medida em que os direitos de voto não sejam exercidos diretamente por estes; f) Eventuais restrições em matéria de *direito de voto* [...]; [...] h) Regras aplicáveis à nomeação e substituição dos membros do *órgão de administração* e à alteração dos estatutos da sociedade; i) Poderes do *órgão de administração*, nomeadamente no que respeita a deliberações de aumento do capital; j) *Acordos significativos de que a sociedade seja parte* [...]; l) Acordos entre a sociedade e os titulares do *órgão de administração* ou trabalhadores que prevejam *indenizações* em caso de pedido de demissão do trabalhador, despedimento sem justa causa ou cessação da relação de trabalho na sequência de uma oferta pública de aquisição; m) Principais elementos dos *sistemas de controlo interno e de gestão de risco* implementados na sociedade relativamente ao processo de divulgação de informação financeira; n) *Declaração sobre o acolhimento do código de governo das sociedades* ao qual o emitente *se encontre sujeito* por força de disposição legal ou regulamentar, especificando as eventuais partes desse código de que diverge e as razões da divergência; o) *Declaração sobre o acolhimento do código de governo das sociedades* ao qual o emitente *voluntariamente se sujeite*, especificando as eventuais partes desse código de que diverge e as razões da divergência; p) Local onde se encontram disponíveis ao público os textos dos códigos de governo das sociedades aos quais o emitente se encontre sujeito nos termos das alíneas anteriores; q) Composição e descrição do modo de funcionamento dos *órgãos sociais* do emitente, bem como das comissões que sejam criadas no seu seio. 2 – Os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado sujeitos a lei pessoal portuguesa divulgam a informação sobre a estrutura e práticas de governo societário nos termos definidos em *regulamento da CMVM*, onde se integra a informação exigida no número anterior. 3 – O *órgão de administração* de sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado sujeitas a

lei pessoal portuguesa apresenta anualmente à assembleia geral um relatório explicativo das matérias a que se refere o n.º 1.»

Estabelece, por sua vez, o *Regulamento* da CMVM n.º 4/2013, relativo ao Governo das Sociedades, designadamente: que o relatório detalhado sobre a estrutura e as práticas de governo societário a divulgar pelas sociedades referidas naquele artigo, deve conter os elementos mencionados no mesmo, com a sistematização prevista no Regulamento, bem como os elementos informativos complementares neste exigidos (cf. o Anexo I) e, ainda, «todas as demais informações que sejam relevantes para a compreensão do modelo e das práticas de governo adotadas» (artigo 1.º, n.º 1); que os emitentes devem explicar, de modo efetivo, justificado e fundamentado, a razão do não cumprimento das recomendações previstas no código de governo das sociedades adotado em termos que demonstrem a adequação da solução alternativa adotada aos princípios de bom governo das sociedades e que permitam uma valoração dessas razões em termos que a tornem materialmente equivalente ao cumprimento da recomendação (artigo 1.º, n.º 2); que os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal devem adotar ou o Código da CMVM ou um código de governo societário emitido por entidade vocacionada para o efeito (artigo 2.º, n.º 1) [já se assinalou o Projeto de Código do IPCG]; e que a escolha do código de governo societário pelos emitentes sujeitos a lei pessoal portuguesa deve ser justificada naquele relatório (artigo 2.º, n.º 2).

2.1. Livro Branco sobre corporate governance em Portugal

Em Portugal, um dos textos mais importantes na matéria é o assinalado *Livro Branco* da governança societária (SILVA *et al.*, 2006). Refere-se aí que a expressão «governo da sociedade» designa «o conjunto de *estruturas de autoridade e de fiscalização* do exercício dessa autoridade, internas e externas, tendo por objetivo assegurar que a sociedade estabeleça e concretize, eficaz e *eficientemente*, atividades e relações contratuais consentâneas com os *fins privados* para que foi criada e é mantida e as *responsabilidades sociais* que estão subjacentes à sua existência», pelo que «compreende todos os mecanismos que respeitam à determinação da vontade da empresa e à sua concretização, seja ao nível da definição do tipo de atividades económicas a desenvolver, seja no que se refere à organização operacional dessas atividades, seja na tomada de decisões

de financiamento dos respetivos investimentos, seja no que respeita à devolução dos recursos investidos aos seus proprietários ou à sua remuneração sob a forma de dividendos». Acrescenta-se, ainda:

«Paralelamente com as estruturas que tomam decisões em nome da empresa, integram o governo das sociedades outros mecanismos que controlam e fiscalizam esse exercício e que visam garantir que a empresa é *gerida de modo eficaz, eficiente e consentâneo com os seus interesses*. Por outras palavras, o governo de cada empresa deve contemplar mecanismos que induzam a uma *eficiente afetação de recursos e mecanismos que exijam a responsabilização pelo modo como esses recursos são usados*» (pp. 12 *et seq.*; neste, como noutros casos, acrescentou-se o itálico).

O Livro começa por identificar as vantagens e os problemas das *sociedades com capital muito disperso* (pp. 13 *et seq.*), naturalmente geridas por profissionais, «tanto ao nível estratégico, como ao nível quotidiano», «por um corpo restrito de administradores executivos e diretores, os quais podem ou não ser detentores de qualquer ação da empresa», havendo, por isso, «total separação entre a propriedade e a gestão»: (i) por um lado, proporcionam ganhos aos acionistas, investidores de capital, sem dispêndio de tempo, permitindo-lhes participar em negócios de uma dimensão que não estariam individualmente ao seu alcance, com diluição do risco mediante a diversificação das carteiras, asseguram que «profissionais possam conceber e concretizar projetos rentáveis, mesmo quando não disponham de património pessoal suficiente para esse efeito», com «vantagens não só para os gestores e para os acionistas, mas também para a sociedade no seu todo, na medida em que este tipo de organização tem permitido que se concretizem investimentos e, conseqüentemente, se dinamize a atividade económica, numa escala que não poderia ser atingida sem a separação entre a propriedade e a gestão»; (ii) por outro lado, envolvem o risco de arbitrariedade das decisões dos gestores (porque a dispersão do capital e a assimetria de informação tornam difícil o seu controlo pelos «proprietários»), custos de agência inerentes à separação da propriedade e da gestão, ou seja, o «risco de os decisores procurarem atingir os seus próprios interesses em detrimento dos interesses da empresa», com «expropriação» de valor aos acionistas; sendo «a tomada de riscos excessivos, em circunstâncias em que os gestores partilhem dos benefícios em caso de sucesso, mas não partilhem dos custos em caso

de insucesso», «um dos múltiplos exemplos» capazes de ilustrar esta «problemática da divergência de interesses». Daqui a conclusão: «Na presença de empresas com capital disperso, a existência de *mecanismos de fiscalização e de controlo* das equipas de gestão assume uma significativa importância. Da eficácia (efetiva e reconhecida) destes mecanismos depende a *confiança dos investidores* e, por consequência, o custo e a disponibilidade do capital, com os inerentes reflexos na possibilidade de concretização de determinados projetos de investimento e na dinâmica da atividade económica no seu todo.»

No que respeita às *sociedades com controlo maioritário* (pp. 16 *et seq.*), escreve-se:

«Os administradores e diretores das empresas com acionistas maioritários, sejam estas outras empresas, famílias ou o Estado, não gozam do mesmo poder arbitrário que os profissionais que gerem as empresas com capital totalmente disperso. Não se pense, porém, que não existe *espaço para que a gestão prossiga outros interesses que não os objetivos da empresa*, e que não existe a possibilidade de *expropriação dos acionistas*.» Com efeito, neste tipo de sociedades, esses «acionistas maioritários, por norma, ou integram eles próprios a equipa de gestão, ou os membros desta (na totalidade ou, pelo menos, na sua maioria) são pessoas da sua confiança», tendo portanto «rosto e [...] poder efetivo». Significa isto, por um lado, que a «possibilidade de expropriação dos acionistas (na sua totalidade) pelos gestores não é aqui um problema tão relevante» como no caso anterior, de capital disperso. Todavia, por outro lado, a «concentração da propriedade [...] tem os seus próprios problemas de agência e os conflitos de interesse também podem ser expressivos».

A «*questão coloca-se [então] na relação entre os acionistas maioritários e os pequenos acionistas, originando problemas de eventual expropriação dos minoritários*. O acionista maioritário está, por norma, direta ou indiretamente, envolvido na gestão e dispõe de mais informação que os acionistas minoritários. *Pode usar esta assimetria de informação em proveito próprio, em prejuízo da empresa no seu todo, e dos acionistas minoritários em particular*». «A redução do valor da empresa, a redução dos dividendos, a redução da riqueza dos acionistas via redução da performance dos investimentos e uma inferior performance operacio-

nal são frequentemente apontadas como consequências da distorção de incentivos dos grandes acionistas.» Donde a conclusão:

«Em suma, tratando-se de situações em que há um controlo maioritário do capital por um acionista, de igual modo é indispensável que, no conjunto de mecanismos que integram a respetiva governação, se incluam *instrumentos de fiscalização e controlo*.»

Quanto às *sociedades com vários acionistas minoritários mas com rosto* (p. 17), observa-se: (i) havendo um único acionista minoritário com rosto ou um grupo concertado, o problema é semelhante ao anterior; (ii) havendo um controlo recíproco dos acionistas entre si, «evitando que algum deles extraia benefícios privados que não possam ser partilhados pelos demais acionistas, incluindo os anónimos, o problema muda de configuração», uma vez que, neste caso, «a equipa de gestão retoma algum do poder discricionário que caracteriza as situações das empresas com o capital disperso», mas a «assimetria de informação de que beneficia» é encurtada e, portanto, é «menor a possibilidade de [os seus membros] extraírem impunemente benefícios privados excessivos».

Em seguida, o Livro ocupa-se do importante tema dos «*interesses dos acionistas versus outros interesses legítimos*» (pp. 18 *et seq.*; cf. também *infra*, n.º 4), ou seja, do «problema de saber com que objetivos as empresas são ou devem ser geridas», tendo em conta que o «desígnio final» do respetivo governo é assegurar que elas sejam «permanentemente geridas tendo em vista o cumprimento eficaz e eficiente dos objetivos com que foram constituídas e são mantidas» e que «os acionistas não são os únicos agentes económicos com interesses legítimos na vida» das mesmas, uma vez que os «trabalhadores, os credores, os fornecedores, os clientes, o Estado e a comunidade local são igualmente parte interessada» no seu futuro: da sua viabilidade e solidez «depende a manutenção dos postos de trabalho»; «da sua saúde financeira depende a capacidade de pagamento de juros e de reembolso dos credores»; os fornecedores e os clientes «também têm óbvios interesses na respetiva *solvabilidade e continuidade*; e o «Estado é parte interessada por múltiplas razões: da existência e continuidade da empresa resulta atividade económica, emprego, receita fiscal, impacto ambiental e social».

Salienta-se o que se segue: *i*) segundo a visão tradicional, os acionistas são vistos como beneficiários últimos dos atos da empresa, devendo as empresas ser geridas com o objetivo de maximizar a sua riqueza ou

bem-estar, ou seja, devendo os gestores concentrar-se em criar valor para eles, maximizando o valor do respetivo capital investido; *ii*) esta criação de riqueza deve beneficiar todos os acionistas, impedindo que os maioritários pratiquem atos de «expropriação dos minoritários», designadamente explorando assimetrias de informação «em proveito próprio, em prejuízo da empresa no seu todo» e destes minoritários em particular; *iii*) porém, existem outras partes interessadas (*stakeholders*), incluindo a comunidade no seu todo, podendo, na prática, essa maximização ser levada a cabo com sacrifício eticamente reprovável das mesmas; ainda que os seus interesses sejam defendidos por contratos específicos, por legislação adequada e por uma opinião pública atenta, «*subsistem interesses não adequadamente defendidos e cuja salvaguarda se deve cometer às equipas de gestão, pelo menos nos planos ético e deontológico*»; podendo incluir-se aqui, por exemplo, certas «práticas de agressão do meio ambiente e de crescimento insustentável», e de exploração de mão de obra infantil (se falha a censura do consumidor), compatíveis com a criação de valor para os acionistas, mas inaceitáveis; *iv*) assim, embora o primeiro objetivo da gestão deva ser a criação de riqueza e a sua distribuição equitativa e transparente por todos os acionistas, «*deve também exigir-se que as equipas de gestão atuem de forma ambientalmente e socialmente responsável, contribuindo para que o desenvolvimento seja equilibrado e sustentável*», e os mecanismos de fiscalização e de controlo devem igualmente «promover a dimensão da *sustentabilidade* nos seus critérios de atuação»; *v*) além disso, no plano das relações com os trabalhadores e colaboradores, importa ter consciência de que «*as empresas são espaços de realização pessoal e profissional*», pelo que o «desempenho por mérito deve ser o critério fundamental de remuneração e de progressão na carreira» e deve, ainda, «presidir à organização da estrutura hierárquica em que se baseia a tomada de decisões no seio da empresa».

Em suma, reconhece-se que a maximização da riqueza dos acionistas, além de valer tanto para maioritários como minoritários, é o objetivo primeiro da gestão; mas, para além de limitações legais, ela tem adicionais limites de ordem ética e deontológica que os gestores devem observar. Não se fornecem critérios operacionais de atuação, mas fica a ideia de que existe um espaço para considerações de ordem ética, de uma ética de responsabilidade, que também devem nortear a conduta dos gestores.

Ainda no que respeita à aludida estrutura do capital acionário, dão-se alguns dados estatísticos e conclui-se (pp. 20 *et seq.*):

«Compreende-se, assim, que no modelo anglo-saxónico [de acentuada dispersão do capital nas sociedades cotadas] o principal desafio que se coloca no desenho dos instrumentos de controlo e fiscalização das empresas tem a ver com a *proteção dos acionistas face ao poder arbitrário dos gestores profissionais*, os quais por norma gozam de uma ampla margem de atuação. No caso da Europa continental [com uma estrutura de capital muito mais concentrada], o principal problema reside na *proteção dos interesses dos pequenos e anónimos acionistas* face aos acionistas que têm dimensão suficiente para exercer influência sobre a equipa de gestão da empresa.»

«Além disso, a diversidade de estruturas acionistas e de importância dos mercados de capitais igualmente torna compreensível que, no caso anglo-saxónico, se espere um grande contributo dos agentes económicos que gravitam em torno deste mercado para o controlo (de fora para dentro) dos gestores. Na Europa continental, pelo contrário, o *controlo externo pelo mercado de capitais não é um elemento nuclear*, antes se conceptualizando que as equipas de gestão são internamente controladas pelos acionistas com mais interesses na empresa, e que estes (se forem múltiplos) se controlam entre si, e são igualmente controlados por outros grupos, tais como os bancos e os trabalhadores, com interesses e relações privilegiadas com a empresa.»

A «falta de eficácia de alguns dos mecanismos de governo das sociedades» existentes (mercado de controlo, sistemas remuneratórios e de auditoria, etc.), que já vinha sendo apontada nos meios académicos e ao nível da regulação e supervisão, veio a ser confirmada por escândalos financeiros ocorridos nos primeiros anos do século XXI. Daí o aparecimento de iniciativas no sentido da «regulação das práticas de governo das sociedades no espaço económico em que o nosso país se integra» e o aparecimento de «*Códigos de Bom Governo*» (pp. 26 *et seq.*, 31 *et seq.*).

«A filosofia que esteve subjacente a este movimento, e que veio a informar iniciativas posteriores, é a de que as normas de natureza voluntária, dirigidas ao comportamento ético dos intervenientes na vida das sociedades cotadas (órgãos de administração, auditores, acionistas, *stakeholders*), apresentam maiores virtualidades para restaurar a confiança dos mercados – na medida em que sejam livremente adotadas e divulgadas pelas empresas ou estas expli-

quem por que não as adotam – do que as disposições vinculativas, frequentemente cumpridas na sua letra e não no seu espírito e que nunca impedirão práticas intencionais de má gestão.

Tem-se entendido, além disso, que a flexibilidade que resulta da autorregulação permitida pelos códigos recomendatórios – apresentados sempre como complementares das fontes legislativas, especialmente do direito das sociedades e dos valores mobiliários – facilita o tratamento das questões cada vez mais complexas do governo das sociedades, com respeito pelas particularidades de cada empresa, cada setor económico e cada país» (p. 33).

Nas conclusões da obra, realça-se a observação de que, na prática, os conselhos de administração não continham, à data, membros independentes («face aos administradores executivos e aos principais acionistas») bastantes para proteção dos minoritários (p. 135). O Livro termina com um conjunto de *recomendações* (pp. 139 *et seq.*). Transcreve-se, substancialmente, a parte relativa aos «objetivos da empresa» (2.2):

«As empresas cotadas em bolsa devem ser geridas tendo em vista a *maximização do seu valor a longo prazo*, o mesmo é dizer que devem ter por missão a *criação duradoura de riqueza para os seus acionistas*. Não se ignora, porém, que além dos interesses dos detentores do capital próprio, gravitam em torno das empresas múltiplos outros interesses justos e legítimos. Estando esses outros interesses protegidos por lei, por contratos específicos ou por uma opinião pública atenta, as empresas devem promover o seu respeito de forma inequívoca, mesmo nas circunstâncias em que exista elevada probabilidade de prática diversa não ser objeto de sanção efetiva. Não existindo restrição externa que obrigue as empresas a respeitarem esses interesses, como condição para a maximização do seu valor, considera-se que ainda assim estas devem nortear a sua atuação por *princípios de sustentabilidade e de responsabilidade social*.»

Assim, recomenda-se que:

«1) As empresas cotadas tenham por *objetivo central a criação de riqueza e a sua equitativa distribuição por todos os acionistas*; 2) As empresas cotadas aprovem em Assembleia Geral e enunciem a sua *política de desenvolvimento sustentável e o seu entendimento*

quanto à responsabilidade social que sobre elas impende, e prestem informação anual aos acionistas sobre a respetiva execução; 3) Além de outros aspetos, a política de desenvolvimento sustentável enuncie o *posicionamento energético e ambiental* da empresa, tornando claro quais as implicações ecológicas decorrentes da sua atividade, e quais os princípios que norteiam a sua atuação; 4) O enunciado da responsabilidade social de cada empresa contemple, designadamente: – A política da empresa no recrutamento, remuneração e progressão na carreira dos seus trabalhadores; – A política de formação e valorização profissional e pessoal dos seus trabalhadores; – A política da empresa visando salvaguardar a sua competitividade, designadamente no que respeita à integração de novas tecnologias no seu processo produtivo; – A política de gestão fiscal da própria empresa; – O posicionamento da empresa face a potenciais práticas de evasão fiscal dos seus trabalhadores, clientes e fornecedores; – A política de mecenato cultural da empresa; – A política de estímulo à investigação, desenvolvimento científico e inovação; – O posicionamento da empresa face ao financiamento de partidos políticos, de organizações governamentais ou não governamentais e de associações cívicas; 5) Anualmente, no âmbito do Relatório do Conselho de Administração, seja prestada *informação detalhada aos acionistas* sobre as relações da empresa com as suas principais partes interessadas (*stakeholders*).»

Recomenda-se, ainda, designadamente:

que «6) O Conselho de Administração zele pelo cumprimento da lei aplicável e do pacto social, pelo respeito dos princípios de *desenvolvimento sustentável e de responsabilidade social* assumidos pela empresa e, ao mesmo tempo, assegure o desenvolvimento de uma *cultura de ética* presente em todos os níveis de atividade da empresa»; 7) a criação de «uma Comissão Executiva, à qual deve competir a gestão quotidiana da empresa, sendo fixadas em Regulamento, e divulgadas no Relatório Anual, as atribuições nela delegadas e o seu modo de funcionamento»; 8) que os «administradores não executivos» sejam «em número claramente superior ao número de membros que integram a Comissão Executiva»; 9) devendo, existir administradores não executivos «que sejam *independentes*, tanto dos administradores executivos, como dos

principais acionistas da empresa, e que não tenham negócios ou relações materialmente relevantes que possam interferir com a liberdade do seu julgamento»; 10) que a «estrutura do Conselho de Administração» reflita «a estrutura acionista, devendo na sua composição atender-se os *legítimos interesses dos acionistas majoritários, dos acionistas minoritários com posições relevantes e dos restantes acionistas*, devendo o número de administradores independentes assegurar que a sua ação possa ser efetiva»; 11) que, «sempre que acionistas controlem direitos de voto que excedam significativamente os direitos de dividendo por eles detidos, o peso dos administradores independentes» seja «reforçado, tendo em vista assegurar uma proteção mais efetiva e eficaz dos acionistas minoritários»; 12) que as empresas expliquem publicamente a estrutura do seu Conselho de Administração, «identificando de modo claro e inequívoco o que são e quem são os administradores independentes, as relações de dependência existentes entre os administradores executivos e acionistas e as relações de dependência existentes entre os administradores não executivos e acionistas»; [...] 20) que «Os administradores não executivos, além de conselheiros e decisores, assumam um papel de fiscalizadores, desafiadores e avaliadores dos administradores executivos, devendo ainda zelar pela aplicação dos *princípios de sustentabilidade e responsabilidade social* assumidos pela empresa»; 21) que «Os administradores não executivos independentes igualmente assumam o papel de *defensores de todos os acionistas*, designadamente procurando evitar que os interesses dos pequenos acionistas sejam prejudicados em benefício dos interesses dos demais acionistas»; [...] 29) que «Os administradores executivos recebam uma compensação que remunere adequadamente o tempo, o esforço, a experiência e a competência colocadas ao serviço da empresa, que pondere a importância e o valor da empresa, e proporcione incentivos que garantam um desempenho alinhado com os interesses de todos os acionistas»; [...] 38) que «A estratégia seja concebida, discutida, planeada e estruturada pela totalidade dos membros do Conselho de Administração»; 39) que «O Conselho de Administração não delegue a responsabilidade pelas decisões que envolvam a tomada de *riscos* significativos para a empresa, e submeta à aprovação da Assembleia Geral as aquisições que exijam ulteriores aumentos de capital»; [...] que 46) «O Relatório Anual contenha desejavelmente

informação sobre a remuneração atribuída a cada um dos membros do Conselho de Administração, sendo que nos casos dos membros da Comissão Executiva deve distinguir-se a componente variável da componente fixa [...]»; 50) que «A Comissão de Avaliação, Nomeação e Remunerações acompanhe o processo de seleção e nomeação de quadros superiores, em ordem a garantir que a empresa disponha de uma base de recrutamento de *futuros administradores executivos* que garantam a tranquilidade de futuras sucessões»; 51) que, «No seio do Conselho de Administração, seja criada uma *Comissão de Auditoria*, exclusivamente eleita e integrada por administradores não executivos, maioritariamente composta por administradores *independentes*, um dos quais desempenhando as funções de presidente, com o objetivo principal de, nos termos de adequado regulamento, assegurar que a informação financeira foi de facto analisada por auditores externos independentes, competentes e qualificados, segundo os padrões internacionais, e que a informação divulgada reflete a verdadeira situação da empresa»; 59) competindo-lhe designadamente «a supervisão do sistema de controlo interno e de *riscos*, sem prejuízo da superintendência funcional da Comissão Executiva sobre estes serviços»; [...] 75) que «As remunerações dos administradores não executivos sejam fixadas diretamente pela Assembleia Geral ou por uma comissão de acionistas por esta nomeada»; 77) que «Todos os acionistas atuem de forma ativa assumindo a sua *qualidade de proprietários da empresa*»; [...] 82) que «Os acionistas com posições superiores a 5 por cento identifiquem ao Conselho de Administração todos os fornecedores e clientes da empresa que com eles mantenham *interesses comerciais* comuns relevantes»; 83) que «Todas as transações da empresa com acionistas com posições superiores a 2 por cento, ou com terceira entidade com quem aqueles mantenham interesses comerciais comuns relevantes, sejam formalizadas e realizadas nas condições de mercado, e quando tais operações não ocorram em condições de mercado sejam *previamente aprovadas* ou pelo Conselho de Administração ou pela Comissão de Auditoria, consoante o que fique definido nos respetivos regulamentos»; [...] 89) que «O Conselho de Administração submeta à aprovação da Assembleia Geral uma *política de dividendos de longo prazo*»; [...] 96) que «O Estado exerça os seus direitos enquanto acionista em empresas cotadas como se de um acionista privado se tratasse,

devido abster-se de utilizar essas empresas como instrumentos de regulação ou de política setorial».

2.2. *Código de Governo das Sociedades da CMVM*

O Código de Governo das Sociedades da CMVM (*Recomendações* 2013) tem a estrutura que se segue. Compõe-se de 6 títulos: I. Votação e Controlo da Sociedade; II. Supervisão, Administração e Fiscalização (desdobrado em: II.1. Supervisão e Administração; II.2. Fiscalização; II.3. Fixação de Remunerações); III. Remunerações; IV. Auditoria; V. Conflitos de Interesses e Transações com Partes Relacionadas; e VI. Informação (para uma sumária apreciação crítica, cf. MARTINS, 2014).

No primeiro, trata-se, *inter alia*, da participação e do voto dos acionistas nas assembleias gerais, bem como do efetivo poder desse voto (incluindo quóruns deliberativos e limitações de voto), com alusão também a eventuais entraves indiretos à livre transmissibilidade das ações e à livre apreciação pelos acionistas do desempenho dos titulares do órgão de administração, em especial «em caso de transição de controlo ou de mudança da composição do órgão de administração».

No que respeita à *supervisão e administração*, as ideias-chaves são: um princípio de *separação* da supervisão e administração estratégica, devendo o CA possuir administradores não executivos independentes, por um lado, da administração executiva, por outro lado; bem como o controlo do *risco*. No que respeita à administração e fiscalização das sociedades anónimas, os modelos de governação permitidos constam do artigo 278.º do CSC. Não se recomenda a opção por nenhum deles (cf., por *e.g.*, NUNES, 2016, e CÂMARA, 2008, pp. 66 *et seq.*).

Note-se que, diferentemente do que sucede nas sociedades por quotas (cf. o artigo 259.º do CSC) e nas sociedades de pessoas, o órgão de administração das sociedades anónimas gere a sociedade com *independência* em relação à coletividade dos acionistas (artigos 405.º, n.º 1, e 373.º, n.º 3, do CSC) (cf., *e.g.*, MAIA, 2002, pp. 137 *et seq.*, MARTINS, 1998, pp. 193 *et seq.*, 2013, pp. 403 *et seq.*); sendo uma das razões apontadas o facto de a sociedade dever ser gerida de forma a ter um bom desempenho e tendo em conta o interesse não apenas dos sócios presentes mas também dos *sócios futuros* (cf. MAIA, 2002, p. 155 e nota 221, MARTINS, 1998, p. 200 e nota 364, 2013, p. 404, V. XAVIER, 1976). A delegação de poderes e a existência de uma eventual comissão executiva com poderes de «gestão corrente» encontra-se regulada no artigo 407.º do CSC.

Quanto à *fiscalização*, as ideias mestras a reter são: competência e independência; controlo do risco e cumprimento das normas. A matéria da fiscalização encontra-se desenvolvida nos artigos 413.º e seguintes do CSC, bem como nos artigos 423.º-B a H (comissão de auditoria). As competências do CGS na matéria podem ver-se no artigo 441.º, sendo ainda importante o artigo 444.º, relativo a possíveis comissões, incluindo a aludida comissão para as matérias financeiras (para maiores desenvolvimentos, cf. GOMES, 2015).

Os temas das *remunerações* e da reforma dos administradores ocupam no texto um lugar destacado. A preocupação fundamental é de comprometer os administradores executivos com o desempenho da sociedade, evitando ao mesmo tempo uma gestão orientada para o curto prazo. Adicionalmente, pretende-se incentivar uma gestão prudente, evitando riscos excessivos. Remete-se para o que se observou no número anterior (*supra*, 1.4).

Quanto à *auditoria externa* (V), realça-se: «O auditor externo deve, no âmbito das suas competências, verificar a aplicação das *políticas e sistemas de remunerações* dos órgãos sociais, a eficácia e o funcionamento dos mecanismos de *controlo interno* e reportar quaisquer deficiências ao órgão de fiscalização da sociedade» (IV.1) (cf. também os artigos 8.º *et seq.* do CVM e o Regulamento da CMVM n.º 1/2014).

A sociedade com a respetiva empresa forma um centro de atividade produtiva autónomo, com uma esfera de ação e um património próprios, separados dos respetivos administradores, sócios e colaboradores, destinado a cumprir os objetivos acima assinalados (a respeito do Livro Branco), de forma sustentável, num arco temporal de longo prazo. Daí a importância do tema dos conflitos de interesses e transações com partes relacionadas (V), que já se salientou quando da análise do Livro Branco (*supra*, 2.1). Realça-se: «Os *negócios da sociedade com acionistas titulares de participação qualificada*, ou com entidades que com eles estejam em qualquer relação, nos termos do artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários, devem ser realizados em condições normais de mercado» (V.1), cabendo ao órgão de supervisão ou de fiscalização estabelecer os «procedimentos e critérios necessários para a definição do nível relevante de significância» desses negócios e ficando a realização de «negócios de relevância significativa dependente de *parecer prévio* desse órgão» (V.2).

Estão em causa, no essencial, perniciosas e encapotadas transferências de valor da sociedade para os acionistas, ou alguns deles, contrária às

regras gerais da transparência (cf. também o artigo 31.º, n.º 1, do CSC) e potencialmente lesivas quer do princípio da igualdade de tratamento desses acionistas quer do princípio da intangibilidade do capital social (cf. também o artigo 34.º, n.º 5, do CSC). A recomendação do Código completa o disposto no artigo 397.º do CSC, relativo aos negócios da sociedade com os administradores. Trata-se, portanto, de regras de boa governança com significado importante tanto para o bom desempenho e sustentabilidade da sociedade, como para o tratamento equitativo das minorias. Daí o relevo que também lhe é reconhecido na literatura (cf., e.g., GOMES, 2010, pp. 78 *et seq.*, 90 *et seq.*, GIÃO, 2010, pp. 237 *et seq.*, ABREU, 2013, pp. 326 *et seq.*, e 2013a, LOPES, 2013, REGÊNCIO, 2016, OLIVEIRA, 2017, 170 *et seq.*; nas SQ, também GONÇALVES, 2011; no EMCA, ANTUNES/FUENTES NAHARRO, 2016).

Note-se que são várias as «insuficiências» do artigo 397.º do CSC [e do correspondente artigo 428.º, bem como do mais exigente artigo 46.º, n.º 2, al. a), do CCoop]: diretamente, aplica-se apenas aos administradores (deixando de fora os gerentes – cf. *infra*, 3); não abrange, pelo menos de forma segura, todas as situações de conflitos de interesses em que, no campo negocial, pode estar envolvido um administrador, sendo discutível o seu âmbito de aplicação subjetivo; não regula, pelo menos diretamente, os negócios entre a sociedade e os sócios detentores de participação relevante (incluindo sócios controladores); etc. É certo que existem outras normas legais que completam o sistema – incluindo relativas à capacidade da sociedade, impedimentos de voto e intangibilidade do capital social – e os deveres gerais de lealdade quer dos administradores e gerentes (artigo 64.º, n.º 1) quer dos sócios (sobre este, cf., por ex., ABREU, 2015, pp. 281 *et seq.*); mas o direito recomendatório é chamado a cumprir aqui uma importante função clarificadora e complementadora.

Finalmente, no que respeita à *informação* (VI), prevê-se: «As sociedades devem proporcionar, através do seu sítio na Internet, em português e inglês, acesso a informações que permitam o conhecimento sobre a sua evolução e a sua realidade atual em termos económicos, financeiros e de governo» (VI.1); «As sociedades devem assegurar a existência de um *gabinete de apoio ao investidor* e de contacto permanente com o mercado, que responda às solicitações dos investidores em tempo útil, devendo ser mantido um registo dos pedidos apresentados e do tratamento que lhe foi dado» (VI.2). Como é natural no Código de um regulador, como é a CMVM, a preocupação geral, explicitada nesta última recomendação,

é com os investidores em valores mobiliários, designadamente ações, e o mercado de capitais.

2.3. Código de Governo das Sociedades do IPCG

O Projeto de *Código de Governo das Sociedades* do IPCG, de 2016, vai na mesma linha, sendo composto por princípios e recomendações, de adesão facultativa, tendo como destinatários naturais as sociedades abertas, em especial as emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, para as quais é obrigatória a adoção de um CGS. O Código baseia-se no aludido princípio «cumpra ou explica», como é próprio da generalidade dos instrumentos de governança deste género (cf., e.g., FRADA, 2014), adota um princípio de neutralidade relativamente à escolha dos modelos legais de governação, como sucede com o da CMVM, e afirma-se como destinado a servir como um guia de bom governo, em complemento do prescrito na lei (e nos estatutos das sociedades) (pp. 3 *et seq.*).

Salienta-se o seguinte princípio geral: «O governo societário deve promover e potenciar o *desempenho* das sociedades, bem como do mercado de capitais, e sedimentar a confiança dos investidores, dos trabalhadores e do público em geral na qualidade da administração e da fiscalização e no *desenvolvimento sustentado* das sociedades» [Cap. I (Parte Geral), p. 6]. Esta ideia de desenvolvimento sustentado, ou sustentável, encontra-se reafirmada, em especial, no capítulo IV, a respeito da administração executiva.

Estreitamente relacionada com ela está o estímulo de políticas de *longo prazo*. Dispõe-se no capítulo II, relativo aos acionistas: «A sociedade não deve estabelecer mecanismos que tenham por efeito provocar o desfasamento entre o direito ao recebimento de dividendos ou à subscrição de novos valores mobiliários e o direito de voto de cada ação ordinária, salvo se devidamente fundamentados em função dos *interesses de longo prazo da sociedade*» (ponto II.5). No importante capítulo VI, relativo à *gestão do risco*, o princípio é o seguinte: «Tendo por base a *estratégia de médio e longo prazo*, a sociedade deverá instituir um sistema de gestão e controlo de risco e de auditoria interna que permita antecipar e minimizar os riscos inerentes à atividade desenvolvida.»

No capítulo V, alude-se a um tópico ainda próximo das ideias de sustentabilidade e visão de longo prazo: o da *profissionalização da gestão*, a que já se aludiu mais acima. Estabelece-se aí, a respeito das remunera-

ções dos órgãos de administração e fiscalização, o seguinte princípio: «A política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização deve permitir à sociedade atrair, a um custo economicamente justificável pela sua situação, *profissionais qualificados*, induzir o *alinhamento de interesses com os dos acionistas* – tomando em consideração a riqueza efetivamente criada pela sociedade, a situação económica e a do mercado – e constituir um fator de desenvolvimento de uma cultura de *profissionalização*, de promoção do mérito e de transparência na sociedade» (ponto V.2; cf. *supra*, 1.4).

Finalmente, cumpre aludir a este tópico do «*alinhamento de interesses* [dos membros da administração e, segundo o Código, também dos membros do órgão de fiscalização] *com os dos acionistas*», que se prende diretamente com o fenómeno porventura mais próximo da génese da doutrina da «*corporate governance*», o dos «custos de agência». Depois de, no capítulo II, se estabelecer que «O adequado *envolvimento dos acionistas* no governo societário constitui um fator positivo de governo societário, enquanto instrumento para o funcionamento eficiente da sociedade e para a realização do fim social» (ponto II.A), prevê-se, *inter alia*, no capítulo V, ainda acerca da remuneração dos Administradores: «Princípio: Os administradores devem receber uma compensação: que remunere adequadamente a responsabilidade assumida, a disponibilidade e a competência colocadas ao serviço da sociedade; que garanta uma *atuação alinhada com os interesses de longo prazo dos acionistas*, bem como de *outros que estes expressamente definam*; e que premeie o *desempenho*»; «Tendo em vista o *alinhamento de interesses entre a sociedade e os administradores executivos*, uma parte da remuneração destes deve ter natureza *variável* que reflita o desempenho sustentado da sociedade e não estimule a assunção de riscos excessivos» (ponto V.3.1; cf. *supra*, 1.4).

Inferre-se daqui, na linha do Livro Branco e do Código da CMVM, por um lado, que a gestão da sociedade deve ser orientada para a *realização dos interesses de longo prazo dos acionistas* e de outros por estes definidos e, por outro lado, a par da profissionalização da mesma (e também da separação entre a administração de supervisão e controlo e a administração executiva), devem criar-se mecanismos que fomentem o envolvimento dos acionistas na vida da sociedade, exercendo as respetivas competências legais. O modelo de governança subjacente é, portanto, o da primazia do interesse dos acionistas (*shareholder primacy*), servindo a sociedade como mecanismo de criação de valor para eles (destinada

a maximizar os fluxos de caixa suscetíveis de «apropriação» por eles), mas, podendo haver acionistas investidores de curto prazo e acionistas «iluminados» interessados na valorização da sociedade enquanto organização produtiva duradoura, o padrão de referência é o destes últimos. Tendencialmente, daqui resultarão organizações produtivas com bom desempenho, controlo do risco e desenvolvimento sustentável, num arco temporal de longo prazo, porventura transgeracional.

Embora o tema não seja pacífico, este modelo de governança corresponde ao consagrado na atual lei societária mercantil, na interpretação que predominantemente se faz da mesma. Na verdade, dispõe o n.º 1 do artigo 64.º do CSC, após a Reforma de 2006: «Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: [...] b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, *atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios* e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a *sustentabilidade* da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.» O n.º 2 impõe igual dever aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização, mas limita-se a referir o interesse da sociedade. Note-se que, ao menos segundo alguns autores, é de entender que, no médio e longo prazo, não é do interesse dos acionistas desconsiderar inteiramente os interesses dos trabalhadores e o bem público, uma vez que desse modo a empresa social sofrerá danos na produtividade, no ambiente de trabalho e no mercado de mão de obra e provocará reações negativas das autoridades públicas (cf., *e.g.*, HOPT, 2008, p. 16, CÂMARA, 2008, pp. 36 *et seq.* e 40). Além disso, encontra-se aqui também a ideia de sustentabilidade da sociedade como objetivo a atingir.

Numa outra ordem de considerações, realçam-se, ainda, os princípios da *transparência* e da *equidade* como princípios de governança corporativa. Também estes poderão ter algum significado para o problema da justiça intergeracional. O Código do IPCG (como de resto o da CMVM) destaca o primeiro, mas não confere especial relevo ao segundo, ficando aquém das recomendações constantes do Livro Branco.

Em estreita relação com o princípio da transparência, mas também com a sustentabilidade e o desempenho financeiros da sociedade, estão os temas do conflito de interesses e dos *negócios com partes relacionadas*, a que já se fez referência quando da análise do Código da CMVM. Quanto ao primeiro, estabelece-se o seguinte princípio: «Deve ser prevenida a existência de conflitos de interesses, atuais ou potenciais, entre os membros de órgãos ou comissões societárias e a sociedade. Deve garantir-se que o membro em conflito não interfere no processo de decisão» (I.4).

Seguem-se as recomendações: «Deve ser imposta a obrigação de os membros dos órgãos e comissões societárias informarem pontualmente o respetivo órgão ou comissão sobre os factos que possam constituir ou dar causa a um conflito entre os seus interesses e o interesse social» (I.4.1.); «Deverão ser adotados procedimentos que garantam que o membro em conflito não interfere no processo de decisão, sem prejuízo do dever de prestação de informações e esclarecimentos que o órgão, a comissão ou os respetivos membros lhe solicitarem» (I.4.2.).

Quanto aos negócios com partes relacionadas, o princípio é o seguinte: «Pelos potenciais riscos que comportam, as transações com partes relacionadas devem sujeitar-se a princípios de transparência e de fiscalização» (I.5). Para o efeito, recomenda-se: «O órgão de administração deve definir, com parecer prévio favorável e vinculativo do órgão de fiscalização ou de supervisão, o tipo, o âmbito e o valor mínimo, individual ou agregado, dos negócios com partes relacionadas que: *i*) requerem a aprovação prévia deste órgão; *ii*) e os que, por serem de valor mais elevado, requerem, igualmente, um parecer favorável de uma comissão de administradores não executivos independentes, nos termos previstos na Recomendação III.3, que aprecia a importância da transação para a sociedade, no plano da gestão ou administração» (I.5.1); «O órgão de administração deve comunicar mensalmente ao órgão de fiscalização ou de supervisão todos os negócios abrangidos pela Recomendação I.5.1» (I.5.2).

2.4. Código de Governança Corporativa brasileiro

Dentro do espaço lusófono, justifica-se uma referência adicional, ao bem elaborado e desenvolvido *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa* (2015), editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Como se observará, no que respeita ao leque de interesses em jogo, nota-se nele uma maior abertura do que aquela que encontramos no projeto de Código anterior, do IPCG; em certa medida, na linha do que se observou a respeito do Livro Branco.

Na verdade, o objetivo é instituir um modelo «cooperativo», eticamente comprometido, equitativo e transparente, envolvendo todas as partes interessadas na boa governação das organizações produtivas, centrado no conselho de administração (sem funções executivas), embora orientado para valorizar o negócio das mesmas, de forma sustentável, num horizonte de longo prazo. A diretoria (órgão executivo), em especial, deve, na sua «missão de cumprir o objeto e a função social da organização», levar

em devida consideração os interesses legítimos quer dos sócios, de todos eles, quer das demais partes interessadas, garantindo, com a orientação e supervisão do CA, «uma relação transparente e de longo prazo» com todas essas partes interessadas, propondo e pondo em prática «um programa contínuo de relacionamento, consulta e comunicação sistemática» com elas (ponto 3.3, p. 72).

«As *boas práticas* de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o *valor econômico de longo prazo da organização*, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua *longevidade* e o *bem comum*» (p. 20). Os quatro princípios básicos de governança corporativa são os seguintes: *transparência*, disponibilizando às partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos, contemplando, além do desempenho econômico-financeiro, os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gestória e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização; *equidade*, que se caracteriza pelo «tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas»; *prestação de Contas (accountability)* e *responsabilidade corporativa* [«Os agentes de governança devem zelar pela *viabilidade econômico-financeira* das organizações, *reduzir as externalidades negativas* de seus negócios e suas operações e *aumentar as positivas*, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional, etc.) no curto, médio e longo prazos»] (pp. 20 *et seq.*).

A construção clara de uma cultura e *identidade da organização*, com certa razão de ser, valores e objetivos, regida por um *código de conduta* apropriado e assente num *processo de decisão ética e socialmente responsável* – não apenas respeitador daquela identidade e promotor da mesma, mas que leve em conta «os impactos das decisões sobre o conjunto das partes interessadas, a sociedade em geral e o meio ambiente, visando o fim comum» – encontra-se no centro das preocupações (pp. 15 *et seq.*).

Acresce a *transparência*, indutora de uma boa *reputação* da organização. «A clareza sobre essa identidade é fundamental para que os agentes de governança possam exercer adequadamente seus papéis, alinhando a estratégia traçada e a ética» (p. 16). «A boa reputação contribui para redução dos custos tanto de transação quanto de capital, favorecendo

a preservação e criação de valor económico pela organização» (p. 17). «A avaliação adequada do desempenho e do valor de uma organização depende da divulgação clara, tempestiva e acessível de informações sobre sua estratégia, políticas, atividades realizadas e resultados. Possibilitar um nível elevado de transparência das informações sobre a organização contribui positivamente para a reputação da própria organização e dos administradores. A reputação positiva pode minimizar os custos de transação pela redução do custo de capital ao fomentar confiança. A reputação possui valor económico e pode atribuir vantagens competitivas. Favorece, ainda, a atração e a retenção de colaboradores. Construir, com base na transparência, uma boa reputação, não é apenas uma deferência ou concessão que a organização faz ao mercado e à sociedade, mas, por ser também economicamente vantajosa, é um benefício que ela proporciona a si própria» (pp. 72 *et seq.*).

A respeito do aludido *código de conduta*, que deve reger o comportamento da organização, assinala-se o seguinte: «As organizações devem fundamentar sua atuação em princípios éticos e socialmente responsáveis, refletidos no seu código de conduta» (3.5, p. 74). Este é elaborado segundo os princípios e políticas definidos pelo CA e aprovado por ele [5.1 e), p. 94]. Cabe à diretoria liderar a sua feitura – com participação de representantes das partes interessadas, de modo a promover a sua aceitação e legitimidade [5.1 e), p. 94] – e zelar pelo seu efetivo cumprimento [3.5, p. 74, e 5.1 f), p. 94]. «A administração é responsável por dar o exemplo no cumprimento do código de conduta. O conselho de administração é o guardião dos princípios e valores da organização. Entre suas responsabilidades está disseminar e monitorar, com apoio da diretoria, a incorporação de padrões de conduta em todos os níveis da organização» (5.1, p. 93).

«O código de conduta tem por finalidade principal promover princípios éticos e refletir a identidade e a cultura organizacionais, fundamentado em responsabilidade, respeito, *ética* e considerações de ordem *social e ambiental*. A criação e o cumprimento de um código de conduta elevam o nível de confiança interno e externo na organização e, como resultado, o valor de dois de seus ativos mais importantes: sua reputação e imagem» (5.1, p. 93).

Deve, assim, *em complemento das normas legais e regulamentares* (e também estatutárias), ser «elaborado segundo os valores e princípios éticos da organização», «fomentar a transparência, disciplinar as relações internas e externas da organização, administrar conflitos de interesses,

proteger o património físico e intelectual e consolidar as boas práticas de governança corporativa», expressando «o compromisso da organização, de seus conselheiros, diretores, sócios, funcionários, fornecedores e partes interessadas com a adoção de padrões adequados de conduta» [5.1 a) e b), p. 94]. Note-se, em especial, que «o uso de informações privilegiadas em benefício próprio ou de terceiros é ilegal, antiético e viola o princípio de equidade», devendo o código de conduta «definir, com clareza, o escopo e a abrangência das situações (e.g.: utilização da informação privilegiada para finalidades comerciais ou para obtenção de vantagens na negociação de valores mobiliários)», bem como «explicitar o dever de lealdade de todos para com a organização», uma vez que tal «uso prejudica não só a integridade do mercado como também a organização envolvida e seus sócios» (5.6, p. 99). O código de conduta «aplica-se a administradores, sócios, colaboradores, fornecedores e demais partes interessadas», abrangendo, ainda, «o relacionamento entre elas» [5.1 b), p. 94].

O código deve compreender e regular o funcionamento de um canal de comunicação e relacionamento da organização com as partes interessadas, acolhendo «opinões, críticas, reclamações e denúncias, contribuindo para o combate a fraudes e corrupção e para a efetividade e transparência na comunicação e no relacionamento da organização com as partes interessadas» («canal de denúncias», 5.2, p. 95). Deve, ainda, existir, na dependência do CA, um «comitê de conduta», «encarregado de implementação, disseminação, treinamento, revisão e atualização do código de conduta e dos canais de comunicação» (5.3, p. 96).

A organização deve adotar um conjunto de *políticas* destinadas a promover o respeito pela lei e a transparência, bem como a proporcionar um tratamento *equitativo e eticamente responsável*, valorizando desse modo a sua imagem e reputação públicas. Especificamente: 1) deve adotar uma política de estrito *cumprimento da lei*, prevenindo e detetando atos de natureza ilícita (incluindo práticas de corrupção, fraude, suborno e lavagem de dinheiro), e estimular os fornecedores não só a comprometerem-se com o seu código de conduta, mas instituírem também o seu próprio sistema de conformidade, uma vez que, «além de violarem preceitos éticos, condutas ilícitas podem comprometer a imagem e reputação da organização e de seus colaboradores, deteriorar seu valor económico e impactar sua sustentabilidade e longevidade» [5.10, p. 102 s); 2] as sociedades abertas «devem adotar, por deliberação do conselho de administração, uma política de *negociação de valores mobiliários de sua emissão*», regida pelos princípios da «transparência,

equidade e ética», aplicável a «sócios controladores, diretores, membros do conselho de administração e do conselho fiscal, de outros órgãos estatutários e executivos com acesso a informação» (5.7), bem como uma política de divulgação de *informações* orientada para o tratamento equitativo de sócios e investidores, designadamente proporcionando-lhes um acesso às mesmas em simultâneo [5.8]; 3] a *política social* da organização deve ser desenvolvida de forma transparente e objetiva, com controlo do CA, e «deixar claro que a promoção e o financiamento de projetos filantrópicos, culturais, sociais e ambientais devem apresentar uma relação explícita com o negócio da organização» ou «contribuir, de forma facilmente identificável, para o seu valor» (5.9, pp. 101 *et seq.*).

Com especial interesse para o tema do presente artigo, quando se referem as premissas do Código, a respeito da «Evolução do Ambiente de Negócios», salienta-se o seguinte: «Nos últimos anos, sem diminuir a importância dos sócios e administradores, a *governança ampliou seu foco para as demais partes interessadas*, demandando dos agentes de governança corporativa um maior cuidado no processo de tomada de decisão. Cada vez mais, desafios sociais e ambientais globais, regionais e locais fazem parte do contexto de atuação das organizações, afetando sua estratégia e cadeia de valor, com impactos na sua *reputação* e no *valor econômico de longo prazo*. Mudanças climáticas, a ampliação da desigualdade social e inovações tecnológicas, entre outros fatores, têm imposto transformações na vida das organizações.

Tais circunstâncias impõem a necessidade de uma visão ampliada do papel das organizações e do *impacto* delas *na sociedade e no meio ambiente* e vice-versa. O conceito de cidadania corporativa deriva do fato de *a empresa ser uma pessoa que deve atuar de forma responsável*. Na prática, para operar, uma empresa depende não apenas das licenças previstas em dispositivos legais e regulatórios, mas também do aval de um *conjunto de partes interessadas* que a afeta ou é afetado pelas suas atividades. Os agentes de governança devem considerar, portanto, as aspirações e a forma pela qual a sociedade em geral entende e absorve os efeitos positivos e negativos – as externalidades – da atuação das organizações e responde a eles.

Nesse novo ambiente, a ética torna-se cada vez mais indispensável. Honestidade, integridade, responsabilidade, independência, *visão de longo prazo* e preocupação genuína com os *impactos* causados por suas atividades são fundamentais para o *sucesso duradouro* das organizações» (pp. 15 *et seq.*).

2.5. Instrumentos da União Europeia

No plano europeu, já se mencionou a Diretiva n.º 2014/95/UE (*supra*, 1.2). Faz-se agora uma breve alusão ao *Livro Verde* de 2011. Lê-se aí: «O governo das sociedades é tradicionalmente definido como o sistema pelo qual as empresas são *dirigidas e controladas*, bem como um conjunto de *relações entre a gestão de uma empresa, o seu conselho de administração, os seus acionistas e outras partes interessadas*. O enquadramento do governo das sociedades para as empresas cotadas em bolsa, na União Europeia, é uma combinação de legislação e de normas não vinculativas, incluindo recomendações e códigos de governo das sociedades» (p. 2). O Livro aborda três temas: (i) o conselho de administração (essencialmente, a sua função de supervisão), salientando o papel fundamental que deverá desempenhar no «desenvolvimento de empresas responsáveis», recordando, por exemplo, as recomendações da Comissão já existentes em matéria de remuneração e a importância de «incentivos adequados que favoreçam o desempenho e a *criação de valor a longo prazo*» (1.4), bem como da *gestão eficaz dos riscos* (1.5); (ii) os acionistas, realçando, *inter alia*, o existente problema da gestão orientada para o curto prazo e a importância da sua participação na sociedade, com vista a uma melhoria dos respetivos «*benefícios a longo prazo*», no quadro de uma estratégia também com este horizonte temporal (2.1 a 2.3); e (iii) a regra «cumprir ou explicar» porque não se cumpre (realçando a necessidade de melhorar a qualidade das explicações e o controlo do governo das sociedades) (3).

Na parte relativa aos acionistas, importa salientar a importância da *proteção das minorias* (2.7). No ponto 2.8, contêm-se considerações sobre a *participação dos trabalhadores* na sociedade e o seu envolvimento na empresa, aludindo ao seu interesse na *sustentabilidade a longo prazo* das mesmas, mas não se tiram daí grandes ilações.

Assinala-se, ainda, entre outros textos, do final de 2012, a comunicação pela Comissão de um *Plano de Ação*, destinado a promover uma maior participação dos acionistas e a sustentabilidade das empresas. Lê-se, designadamente, na Introdução: «Um quadro eficaz do governo das sociedades é de importância capital, uma vez que as empresas bem geridas são suscetíveis de ser mais competitivas e *mais viáveis a longo prazo*. Um bom governo das sociedades é, acima de tudo, da responsabilidade da empresa em causa, estando em vigor regras europeias e nacionais que garantem o respeito de certas normas.»

São três as principais linhas de ação: aumentar a transparência, fomentar a participação dos acionistas e apoiar o crescimento e a competitividade das empresas. No que respeita à transparência, salientam-se os seguintes temas: «Publicação da política de diversidade dos conselhos de administração e da gestão dos riscos não financeiros» (2.1); «Melhorar a comunicação de informações sobre o governo das sociedades» (2.2), estando em causa a «qualidade das explicações» dadas quando uma recomendação não é seguida; «Identificação dos acionistas» (2.3); «Reforçar as regras de transparência para os investidores institucionais» (2.4). No que toca à participação dos acionistas, destaca-se: «Melhor supervisão dos acionistas relativamente à política de remuneração» (3.1); «Melhor supervisão pelos acionistas das transações com partes relacionadas» (3.2); «Participação dos trabalhadores no capital» (2.5).

No que respeita ao tema mais específico dos conflitos de interesses e *negócios com partes relacionadas*, para além dos deveres de informação impostos pela Diretiva 2006/46/CE (cf. os artigos 66.º-A e 508.º-F do CSC; bem como a IAS 24) e o que consta do Livro Verde (pp. 19 *et seq.*), realçam-se: a declaração do Fórum Europeu do Governo das Sociedades (criação da Comissão) de 2011 (*Statement of the European Corporate Governance Forum on related Party Transactions for Listed Entities*) e, na sequência do Plano de Ação de 2012, a proposta de diretiva de 9.04.2014 [Com (2014) 213 final], tendente, *inter alia*, a aditar à diretiva 2007/36/CE (relativa aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo) um artigo 9.º-C, dispondo designadamente: «1. Os Estados-membros devem assegurar que as sociedades, no caso de transações com partes relacionadas que representem mais de 1% dos seus ativos, anunciem publicamente tais transações no momento em que forem realizadas e façam acompanhar esse anúncio de um relatório elaborado por uma terceira parte independente que avalie se teve ou não lugar em condições normais de mercado e confirme que a transação é justa e razoável do ponto de vista dos acionistas, nomeadamente dos acionistas minoritários. O anúncio deve conter informações sobre a natureza da relação com as partes relacionadas, o nome da parte relacionada, o valor da transação e quaisquer outras informações necessárias para avaliar a mesma. / Os Estados-membros podem prever que as empresas possam solicitar aos seus acionistas uma isenção à obrigação prevista no n.º 1 de que o anúncio de uma transação com uma parte relacionada seja acompanhado de um relatório elaborado por um terceiro independente, em relação a determinados

tipos claramente definidos de transações recorrentes com uma parte relacionada identificada num período não superior a 12 meses a contar da data de concessão da isenção. Quando as transações com partes relacionadas envolverem um acionista, o mesmo deve ser excluído da votação respeitante à isenção prévia. 2. Os Estados-membros devem assegurar que as transações com partes relacionadas que representem mais de 5% dos ativos da sociedade ou que possam ter um impacto significativo sobre os lucros ou volume de negócios sejam submetidas ao voto dos acionistas em assembleia geral. Quando a transação com partes relacionadas envolver um acionista, o mesmo será excluído da votação. A sociedade não deve concluir a transação antes da sua aprovação pelos acionistas. A sociedade pode, contudo, concluir a transação sob condição de aprovação pelos acionistas. [...]»

Os temas da sustentabilidade no longo prazo, da tutela das minorias mormente nas sociedades com controlo acionário estável (incluindo os investidores institucionais), focando o tema dos negócios com partes relacionadas, e da relevância de outras partes interessadas, para além dos investidores de capital, entre outros, aparecem também salientadas em textos de sínteses e prospetivos, como os de Dallas e Pitt-Watson (2016), aludindo a três modelos de governança em confronto (primazia acionária, primazia das partes interessadas e empresas independentes em mercado aberto), da ecoDA (2015) e de Hopt (2015), este com análise mais abrangente do direito da UE.

2.6. OCDE e G20

Num trabalho desta índole, justificar-se-ia, ainda, uma análise dos *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE* (2015), os quais tiveram por base uma anterior versão de 2004 (da OCDE), «que envolve o entendimento comum de que um elevado nível de *transparência, responsabilização, supervisão dos executivos* e respeito pelos *direitos dos acionistas*, assim como o papel das *principais partes interessadas*, é parte integrante da fundação de um sistema funcional de governo das sociedades». Por razões de espaço, limitamo-nos, no entanto, a salientar alguns pontos e a uma breve conclusão. Assim:

Como se salienta no preâmbulo, os Princípios «auxiliam os decisores políticos a avaliar e a melhorar o enquadramento jurídico, regulamentar e institucional para o governo das sociedades, por

forma a apoiar a *eficiência económica*, o *crescimento sustentável* e a *estabilidade financeira*» (pp. 3 e 9). «Tal é conseguido, principalmente, através dos *incentivos* aos acionistas, aos membros do conselho e aos executivos, bem como aos intermediários financeiros e aos prestadores de serviços, adequados ao desempenho das suas funções dentro de um quadro de controlo e equilíbrio» (p. 9). A ideia é estabelecer um modelo destinado a servir de base aos sistemas de governança de cada país, centrando-se os Princípios nas *sociedades de capital aberto*, financeiras e não financeiras» (p. 9). Pretende-se «fornecer uma referência sólida, mas flexível, para os decisores políticos e participantes do mercado para que estes desenvolvam as suas próprias estruturas de governo das sociedades» (p. 11).

«Os Princípios reconhecem os interesses dos trabalhadores e de outras *partes interessadas* e o seu importante papel na contribuição para o sucesso a longo prazo e para o desempenho da empresa. Outros fatores relevantes para os processos de tomada de decisões de uma empresa, tais como preocupações *ambientais*, anticorrupção ou éticas, são considerados nos Princípios, embora sejam tratados de forma mais explícita numa série de outros instrumentos incluindo as Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais, a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, que são referenciados nos Princípios» (p. 10).

«A estrutura de governo das sociedades deve reconhecer os direitos dos *stakeholders* estabelecidos por lei ou por meio de acordos mútuos, e *estimular a cooperação* ativa entre as sociedades e os seus *stakeholders* na criação de riqueza, empregos e na *sustentabilidade* de sociedades financeiramente sólidas» (princípio IV) (pp. 37 *et seq.*). Com efeito, «Um aspeto-chave do governo das sociedades é a garantia de um fluxo de capital externo para as sociedades, tanto na forma de capital social como de crédito. O governo das sociedades também deve debruçar-se sobre formas de incentivar os diversos *stakeholders* da sociedade a realizar níveis economicamente otimizados de *investimento em capital humano e físico específico* para a sociedade. A competitividade e o sucesso de uma

sociedade são o resultado do *trabalho de equipa* que incorpora contribuições de um leque de diferentes provedores de recursos, incluindo investidores, trabalhadores, credores, clientes e fornecedores, e outros *stakeholders*. As sociedades devem reconhecer que as contribuições dos *stakeholders* constituem um valioso recurso para a construção de sociedades competitivas e rentáveis. É, portanto, no *interesse de longo prazo* das sociedades fomentar a *cooperação* na criação de riqueza pelos *stakeholders*. O quadro de governo deve reconhecer os interesses dos *stakeholders* e a sua contribuição para o sucesso a longo prazo da sociedade».

Em complemento das leis e dos contratos, que devem ser efetivamente cumpridos, «muitas sociedades assumem compromissos adicionais perante os mesmos [*stakeholders*], e a preocupação com a *reputação* e o *desempenho* das sociedades muitas vezes requer o reconhecimento de interesses mais amplos. Para as empresas multinacionais, isto pode, em algumas jurisdições, ser alcançado pela utilização das Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais para os procedimentos de *due diligence* que abordem o impacto de tais compromissos». Não se prevê, no entanto, nenhuma recomendação sobre o assunto.

No que respeita à efetividade dos direitos, esclarece-se que «o enquadramento e o processo jurídicos devem ser transparentes» «e não prejudicar a capacidade» de comunicação das infrações e a obtenção de indemnização pelos danos causados por estas. Esclarece-se, ainda, quanto às *práticas ilegais e antiéticas* dos dirigentes da empresa, que, para além de poderem violar tais direitos, são suscetíveis, ainda, de afetar a *reputação* da sociedade e dos acionistas, bem como representar um *risco cada vez maior de responsabilidades financeiras futuras*, causando-lhes por isso um dano. Daí que seja vantajoso para eles «que se estabeleçam procedimentos e garantias para *comunicação de irregularidades* pelos trabalhadores, pessoalmente ou através dos seus organismos representativos, e outros externos à sociedade».

«O conselho de administração deverá ser incentivado através de leis e/ou princípios a proteger esses indivíduos e organizações representativas e conceder-lhes acesso direto e confidencial a um membro independente do conselho, muitas vezes um membro de uma comissão de auditoria ou ética. Algumas empresas estabeleceram um *ombudsman* para lidar com comunicações de irregularidades. Vários reguladores estabeleceram também linhas telefónicas e endereços de *e-mail* confidenciais para receber

denúncias. Não obstante, em alguns países, os organismos representativos dos trabalhadores assumirem a tarefa de transmitir as suas preocupações à sociedade, os trabalhadores, a título individual, não devem ser impedidos de atuar por si ou ser menos protegidos nesse caso. Na ausência de medidas imediatas de correção ou perante o risco razoável de reação negativa pelo empregador na sequência da sua denúncia, os trabalhadores devem ser encorajados a comunicar a sua denúncia de boa fé às *autoridades competentes*. Muitos países preveem também a possibilidade de submeter os casos de violações das Linhas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais ao Ponto de Contacto Nacional. A sociedade deve abster-se de ações discriminatórias ou disciplinares contra esses trabalhadores ou organismos.»

A preocupação é, portanto, com a efetividade dos direitos e com a *denúncia*, mormente por parte dos trabalhadores, de práticas de gestão irregulares, ilegais ou contrárias à ética, quer internamente quer perante as autoridades, sem o autor da denúncia ser vítima de discriminação ou sanção disciplinar. Isto, naturalmente, no interesse dos titulares dos direitos potencialmente lesados, e no superior interesse da sociedade (e dos acionistas), cuja reputação pode vir a ser afetada por tais práticas e cujo património pode ser lesado em resultado de inerentes responsabilidades financeiras.

Como se observou, o Código Brasileiro, por exemplo, acolhe este ponto de vista. Mas o que se acentua é esta conveniência de tratar bem os *stakeholders* e de respeitar a lei e os contratos por razões de ordem reputacional e de prevenção de responsabilidades financeiras.

Em suma, estamos perante um padrão de governança aberto, a que é inerente uma certa preocupação com outras partes interessadas, nas sociedades cotadas, para além dos acionistas. A tónica reside na *sustentabilidade* das organizações produtivas no longo prazo, na sua eficiência e estabilidade financeira, no respeito pelos direitos e na consideração dos interesses das partes envolvidas. Há também a clara afirmação da necessidade de respeitar não apenas as leis, mas igualmente a ética. Realça-se ainda que o objetivo geral da governança consiste em «construir um *ambiente de confiança, transparência e responsabilidade*, necessário para fomentar o investimento a longo prazo, a estabilidade financeira e a integridade empresarial». Mas não se acrescenta nada de verdadeiramente significativo para o tema da justiça intergeracional.

2.7. Síntese conclusiva

Em conclusão:

- i) A governança societário-empresarial em Portugal acha-se focada nas sociedades anónimas com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado (sociedades cotadas), o que compreende um universo bastante restrito das sociedades portuguesas, embora represente uma parte significativa do tecido empresarial.
- ii) A ideia geral consiste em colocar as sociedades ao serviço da *criação de valor ou riqueza para os acionistas* – para todos eles, *enquanto acionistas* da sociedade considerada – já que são investidores em capital de risco (utilizando a expressão em sentido lato) e, portanto, lhes cabe o valor líquido ou residual das mesmas.
- iii) Diferentemente de certas perspetivas económicas neoliberais, cria-se, no entanto, a figura abstrata do *acionista «iluminado»*, interessado em beneficiar de uma gestão das sociedades enquanto organizações produtivas duradouras, destinadas à criação sustentável, num arco temporal de longo prazo, de um fluxo monetário líquido suscetível de «apropriação» por si, seja recebendo uma parte desse fluxo sob a forma de dividendos ou equiparável, seja aumentando o seu património pessoal através da valorização da sociedade e das suas ações, cujo valor ele pode realizar; deste modo, a reflexa criação de riqueza para a comunidade em que a sociedade (com a sua empresa) se insere resulta já não da pura maximização do seu valor para os acionistas, obtida de qualquer modo, mas da instituição de organizações socioeconómicas tendencialmente duradouras, dentro da lógica de natural seleção no longo prazo daquelas que são suficientemente eficientes para sobreviver no mercado de concorrência.
- iv) Estando em causa organizações empresariais, os interesses de *outras partes interessadas*, como os credores (fornecedores e financiadores), os trabalhadores e a própria comunidade em geral, são de levar em conta, mas ao governo societário não cabe a sua defesa; os gestores apenas deverão considerá-los, dentro do permitido pela lei e pelos contratos aplicáveis, na medida em que isso for relevante para a sustentabilidade a longo prazo da organização, com criação de valor para os acionistas (segundo

algumas opiniões, na medida em que isso seja relevante para a maximização do valor do acionista iluminado ou esclarecido, com horizonte de longo prazo, dando prevalência, em caso de conflito, ao interesse deste).

- v) A este respeito, realçam-se algumas objeções à corrente de pensamento dominante, seja pela necessidade de incorporar na governança societária os fornecedores de capital alheio, dada a crescente importância desta forma de financiamento, seja por razões éticas, já que, numa economia complexa e globalizada como a presente, com liberdade de estabelecimento (incluindo a liberdade de deslocalização das empresas) e com défices conhecidos de eficácia na administração (atempada) da justiça, a criação de valor para os acionistas pode ser levada a cabo com custos sociais e danos ambientais contrários a uma ética de responsabilidade, mesmo sendo respeitada a lei a que a sociedade está sujeita; todavia, faltam diretrizes ou recomendações concretas capazes de superar a ideia da primazia do interesse dos acionistas.
- vi) Em todo o caso, sendo as sociedades estruturas de membros/ /acionistas variáveis, que se vão sucedendo e renovando ao longo do tempo, tendo presente o objetivo da sustentabilidade duradoura, poder-se-á dizer que, pelo menos ao nível dos acionistas, a governança societária estará ao serviço das gerações presentes e futuras; a sociedade será gerida como uma comunidade de pessoas (investidores) presentes e futuras.
- vii) Vista mais de perto, a governança societária – ou societário-empresarial – visa, em primeiro lugar, evitar que quem *administra* a sociedade (e a respetiva empresa) se sirva do cargo para realizar interesses próprios, em prejuízo dos acionistas e da própria sociedade com a constelação de todos os demais interesses que em torno dela gravitam (*problema de «agência»*); seja regulando ou recomendando boas práticas no domínio das remunerações, das indemnizações por cessação de funções e das eventuais pensões de reforma, seja dispondo acerca de negócios entre a sociedade e os administradores (ou pessoas cujos interesses particulares representam), bem como sobre o uso de bens sociais e apropriação de oportunidades de negócio, seja emitindo adicionais diretrizes e instituindo mecanismos de controlo do risco, mormente para evitar a assunção de riscos excessivos, seja, mais em geral, instituindo

procedimentos e mecanismos de controlo da atividade gestória, de avaliação do desempenho, etc. O objetivo correntemente declarado é o de alinhar o interesse dos administradores, mormente o dos administradores executivos, com o dos acionistas de longo prazo (da comunidade de acionistas que se vão sucedendo no tempo, presentes e futuros, atendendo ao seu interesse enquanto acionistas).

- viii) Em segundo lugar, a governança societária destina-se a evitar, nas sociedades com *poder maioritário* definido (e estável), que os acionistas detentores de tal poder, diretamente, através do exercício das suas competências (enquanto membros da coletividade social e/ou enquanto administradores, se for o caso), ou indiretamente, através do seu poder de influência sobre os administradores (que em geral podem fazer eleger e destituir), tratem a sociedade como coisa própria – exclusiva ou primacialmente ao serviço do seu interesse, social (enquanto acionistas) ou particular –, desconsiderando ou não levando em devida conta os interesses dos acionistas minoritários ou exteriores ao grupo de controlo [*problema de tratamento injustamente prejudicial dos acionistas/investidores minoritários*, que, além de constituir um problema em si mesmo (de «expropriação» ou esterilização do investimento destes), tal como o aludido problema de agência, põe em causa a confiança dos investidores, atuais e potenciais, na sociedade e no mercado acionário em geral]. Em causa estão comportamentos desviantes, relativos, como no caso anterior, à remuneração e às pensões dos acionistas administradores, bem como às indemnizações por eventual cessação do cargo, mas também de administradores relacionados com os acionistas de controlo, a negócios com a sociedade, sejam eles administradores ou não, ao uso de bens sociais e aproveitamento de oportunidades de negócio corporativas, a mecanismos de controlo do risco e da gestão, à avaliação do desempenho dos administradores, à política de dividendos e de financiamento, à subordinação da gestão à lógica de «grupo» nos agrupamentos societários, ao mercado de controlo da sociedade, à compensação de minoritários eliminados (*squeezed out*), etc.
- ix) Como se observou, ao menos em termos substanciais e efetivos, na versão dominante, está ausente, em especial, uma ética de

responsabilidade para com outras partes interessadas, incluindo no domínio ambiental. Os interesses das mesmas encontram-se subordinados à lógica da criação sustentável de valor para os acionistas, num arco temporal de longo prazo.

Decorre do exposto que o tema da justiça intergeracional, *qua tale*, está fora das preocupações da governança societária, tal como esta tem sido predominantemente entendida e praticada em Portugal. Em todo o caso, como se observou mais acima, na medida em que existe uma preocupação com o desenvolvimento sustentável e responsável das organizações produtivas, uma correspondente gestão numa ótica de longo prazo, e, inclusive, alguma preocupação com a posição dos minoritários, através da recomendação de um número adequado de administradores não executivos independentes, fomentando a informação e a transparência, bem como a gestão também no seu interesse (de longo prazo), indiretamente existe alguma relação. Uma boa governança, em princípio, também a favorecerá. São possíveis comportamentos transviados e oportunistas, mas eles não serão a norma.

No estado atual, pode melhorar-se a situação, sobretudo através da criação de canais de diálogo e interação com todas as partes interessadas, como acontece no Código brasileiro, de exigências de maior transparência, designadamente em matéria social e ambiental – por exemplo, impondo ou recomendando a elaboração e publicação de relatórios de sustentabilidade, com adequados mecanismos de controlo da sua veracidade e da pertinência da informação divulgada, na esperança de que pelo menos a atual e potencial censura social (difusa ou organizada) de comportamentos irresponsáveis promova uma cultura empresarial de responsabilidade (cf., a este respeito, a Diretiva n.º 2014/95/UE). Porém, a perspetiva dominante é (ainda) estreita, focada nos acionistas. Mesmo neste domínio estreito, as ideias de sustentabilidade e de gestão numa ótica de longo prazo são mais critérios de orientação geral do que realidades concretas. Existem mecanismos destinados a promover a sua realização ou, pelo menos, a impedir que esta seja comprometida, mas a sua eficácia prática não se encontra, em boa medida, assegurada.

Note-se, em especial, que, dado o carácter naturalmente imperfeito e incompleto dos contratos duradouros e das leis, no pensamento dominante da primazia acionária, com prevalência dos interesses dos acionistas sobre outros conflitantes, desde que se respeitem normas legais imperativas como as de proteção ambiental (a que a sociedade esteja sujeita), o inte-

resse dos acionistas (presentes) pode «legitimamente» ser prosseguido apesar de ter implicadas externalidades lesivas das gerações futuras.

3. Governança societária e justiça intergeracional nas sociedades fechadas

Tanto as sociedades anónimas, abertas e fechadas, como as sociedades por quotas, legalmente configuradas como sociedades fechadas, são organizações de membros variáveis. As próprias sociedades gerais (civis) e sociedades mercantis de pessoas (SNC e SCS) o são, desde 1967 e 1977, respetivamente.

Todavia, existe uma grande diferença entre uma sociedade com ações cotadas em bolsa (admitidas à negociação em mercado regulamentado) – o paradigma da sociedade aberta ao investimento público – e as demais: nas sociedades abertas, existe um mercado regular de ações, que, por um lado, permite aos acionistas desinvestir e afastar-se da sociedade em qualquer momento, por outro lado, em virtude desta circunstância e das maiores exigências regulatórias, de governança e informação pública, quer de direito societário e contabilístico-financeiro quer de direito mobiliário, o mercado de ações funciona indiretamente como mecanismo regulador do próprio funcionamento da sociedade, mesmo quando há um controlo maioritário estável, designadamente familiar. Isto é assim sobretudo no espaço anglo-americano, em que este mercado é a forma de financiamento privilegiada de tais sociedades ou pelo menos uma forma particularmente importante; mas, em alguma medida, é-o também em Portugal e noutros países da Europa continental.

Apesar disso, observou-se que, nas sociedades com controlo maioritário ou sobretudo nelas, vários textos de governança societária realçam o tema do *tratamento justo* ou *equitativo das minorias*. Não havendo um tal mercado, como sucede nas sociedades fechadas, o problema ganha uma dimensão ainda muito maior e tem associado um outro: o da conservação da base patrimonial e correspondente *sustentabilidade financeira* da sociedade.

Via de regra, nas sociedades com um número limitado de sócios – como sucede tipicamente nas SQ e num grande número de SA –, a sociedade funciona, pelo menos inicialmente, como uma estrutura de colaboração, com interesses solidários ou convergentes dos sócios, segundo o paradigma legal geral (cf. o artigo 980.º do CC: organização de fim comum lucrativo). Todavia, estando em causa organizações de

cunho personalista, em que a base pessoal é muitas vezes tão ou mais importante que a base patrimonial ou financeira (tenha-se presente a abolição da exigência de capital mínimo nas SQ, em 2011), existem contingências de vária ordem suscetíveis de comprometer o desempenho e a durabilidade das mesmas – mormente a durabilidade transgeracional.

A morte de sócios – com a associada questão sucessória, a que se aludiu a respeito das sociedades familiares, mas que tem uma dimensão mais ampla porque envolve quaisquer sócios, maioritários e minoritários – é uma delas. Porém, mesmo quando a homogeneidade pessoal perdura, a circunstância de, em muitos casos, a sociedade ser a base de sustento da família dos sócios impede-a de se desenvolver, como organização produtiva autónoma e sustentável.

Independentemente disto, na generalidade dos casos, a sociedade constitui-se e funciona muito mais na base de entendimentos tácitos, pressuposições, escolha e confiança recíprocas dos sócios do que numa explícita e articulada regulação da relação, estatutária ou parassocial. Tal como nas sociedades abertas, encontramos, também aqui, um típico mecanismo regulador externo, mas um mecanismo distinto, constituído pelas relações pessoais existentes entre os sócios. Note-se que é o próprio legislador – com os procedimentos simplificados de constituição e dissolução de sociedades por quotas e anónimas e a abolição naquelas da exigência de capital social mínimo, para a generalidade dos setores de atividade económica – quem promove este estado de coisas.

Nas sociedades abertas, se o mecanismo regulador do mercado falha ou não é eficiente, existe uma insuficiente proteção dos acionistas, mormente dos minoritários nas sociedades com controlo estável. Nas sociedades fechadas, quando o mecanismo regulador pessoal deixa de funcionar – por quebra de confiança, pelo simples desaparecimento da empatia inicial dos sócios, causada pelo desgaste da convivência quotidiana, por interferências familiares, comportamentos oportunistas, etc. –, elas facilmente deixam de ser estruturas de colaboração (pelo menos de colaboração integral) e passam a funcionar como estruturas de poder, com minoritários prisioneiros de investimentos estéreis e vítimas de comportamentos opressivos ou injustamente prejudiciais, desgastadas por conflitos internos e, muitas vezes, intermináveis querelas judiciais, com natural prejuízo para o seu desempenho e durabilidade. Temos aqui, portanto, problemas de *eficiência, sustentabilidade funcional e tratamento equitativo das minorias*.

Todavia, este é apenas um dos aspetos da questão. No fundo, além da natural fraqueza das sociedades que na prática se identificam com os sócios, assentes no exercício direto da atividade social por estes, sem colaboradores ou com um número restrito dos mesmos, muitas vezes familiares sem vínculo jurídico definido, as sociedades fechadas apresentam duas grandes debilidades: uma deriva da sua base personalista, sendo de índole funcional; a outra decorre da ausência de um mercado regular das quotas e ações, sendo de índole financeira. Noutros termos, encontramos nelas dois problemas com contornos específicos e em boa medida interligados: um de *sustentabilidade funcional* e outro de *sustentabilidade financeira*.

Dão-se alguns exemplos:

- i) Se a sociedade é a base da economia familiar dos sócios, a «renda» que produz é naturalmente canalizada para esse domínio: seja através da distribuição de dividendos, seja por via de retribuições «laborais», de gerência, etc.; seja mediante amortização voluntária ou aquisição pela sociedade das próprias quotas ou ações, bem como realização de outros negócios com os sócios. Pode, inclusive, ser atingida a «substância» económica da mesma se o capital for reduzido para distribuição ou se houver uma distribuição de valor excessiva permitida por um capital estatutário baixo, desadequado em relação à dimensão do negócio ou empresa.
- ii) Se um sócio morre, a sociedade pode continuar com os herdeiros. Neste caso, temos frequentemente uma quebra da homogeneidade da coletividade social, com associados problemas funcionais, de tratamento injusto das minorias e possível «guerrilha» dos minoritários (sejam eles os herdeiros, sejam sócios sobreviventes). Na hipótese de a sociedade, por acordo ou cláusula estatutária, não continuar com os sucessores do sócio falecido, em regra ser-lhes-á devida uma contrapartida compensatória, a pagar pela sociedade se ela não encontrar quem fique com a quota (ou as ações) (cf. o artigo 225.º, n.ºs 4 e 5, do CSC), afetando as respetivas finanças.
- iii) Se um sócio tem um comportamento oportunista, desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade, afetando-a de forma séria, a sociedade pode eliminar o problema funcional excluindo-o ou promovendo a sua exclusão (artigos 241.º e 242.º do CSC; nas SA, o assunto é discutido). Mas, em geral, isso tem para si um custo financeiro, porque terá de lhe pagar o valor da

participação [artigos 241.º, 235.º, n.º 1, alínea *a*), e artigo 242.º, n.º 4, do CSC].

- iv) Se a quota de um sócio é executada por um credor pessoal deste ou se o sócio fica insolvente, para evitar a entrada de estranhos, conservando a homogeneidade da coletividade social, a sociedade pode amortizar essa quota, caso o pacto social o autorize (artigos 233.º, n.ºs 1 e 2, e 239.º, n.º 2, do CSC), ou exercer a preferência prevista no artigo 239.º, n.º 5, do CSC, mas isso tem, igualmente, um custo financeiro. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as ações, se a situação estiver regulada no pacto social (artigos 347.º e 328.º, n.º 2, alínea *b*), e n.º 5, do CSC).
- v) Se um sócio de uma sociedade por quotas estiver há pelo menos 3 anos na sociedade e encontrar um adquirente para a sua quota, real ou «fingido» (sem que se prove a fraude), que a sociedade não deseje, a preservação da homogeneidade da coletividade social também tem para ela um potencial custo financeiro (artigo 231.º do CSC). O mesmo vale, havendo regulação estatutária do assunto e sem aquela restrição temporal, para as sociedades anónimas (artigos 328.º, n.º 2, e 329.º, n.º 3) (a menos que se interprete a lei no sentido de que a sociedade não pode, neste contexto, adquirir ou amortizar as ações – nem mesmo prevendo-se tal possibilidade nos estatutos).
- vi) Como o CSC tem na base a ideia de que a cessão de quotas é a via normal de um sócio sair de uma sociedade por quotas, liquidando o investimento que nela tem, isto apesar da real falta de mercado para as quotas mormente quotas minoritárias (problema, de resto, agravado pelo legislador em 2006, com a destruição da segurança jurídica do tráfico das quotas), mesmo que um sócio seja vítima de um comportamento opressivo ou injustamente prejudicial por parte da maioria, ainda que o seu investimento se torne estéril, apesar de a sociedade proporcionar benefícios aos maioritários, ou ocorram outras situações capazes de tornar dificilmente suportável a sua permanência na sociedade (podendo haver mesmo uma situação de «absoluta» inexigibilidade de tal permanência), o artigo 240.º do CSC não lhe reconhece o direito a exonerar-se (acerca da inexigibilidade, cf. CUNHA, 2011, pp. 99 *et seq.* e 557 *et seq.*, ESPÍRITO SANTO, 2014, p. 1039, PINTO, 2013, pp. 393 *et seq.*). A razão fundamental de tal opção legal

reside na necessidade de preservar a base financeira da sociedade; mas o resultado, na prática, acaba por ser, muitas vezes, ou uma «expropriação» de facto do minoritário, utilizando a linguagem de parte dos instrumentos de governança societária analisados, ou uma solução negociada, com um custo financeiro para a sociedade, ou a perpetuação de uma situação injusta e conflitual, capaz de, com o tempo, redundar num grave prejuízo para a imagem e o funcionamento da mesma sociedade.

Situações desta índole reclamam, portanto, dispositivos de governança adequados. Acima de tudo, é importante uma clara identificação dos problemas e a elaboração de modelos de estatutos, que os interessados poderão adotar, no todo ou em parte.

Mais uma vez a título tão-só exemplificativo, é importante regular nos estatutos, antes de mais, a *morte de sócios*; seja definindo as condições em que a quota pode passar para os sucessores – com eficácia face à sociedade, ou seja, tornando-se estes sócios –, seja regulando a contrapartida a pagar se tal não vier a suceder ou para que tal não suceda. Na verdade, a situação presente mostra-se totalmente insatisfatória: a regra legal supletiva é a de que os sucessores se tornam ou têm o direito de se tornar sócios, ocupando o lugar do sócio falecido (embora não seja claro como se conjugam aqui os planos jussucessório e societário); até aos processos simplificados de constituição de sociedades (2005), uma percentagem significativa de pactos sociais regulava o assunto, embora, na maioria dos casos, através de uma cláusula de amortização facultativa, que tem associados diversos problemas e um contencioso muito significativo; e a situação ainda se agravou, porque tais processos simplificados favorecem agora a não regulação da matéria.

Igualmente insatisfatória é a situação em caso de *divórcio* (ou separação de bens) de um sócio cuja quota seja um bem comum do casal. A situação encontra-se, aliás, agravada, neste contexto como no da morte, em virtude da utilização no direito das sociedades de conceitos de direito civil inapropriados, como o da natureza declarativa da partilha.

A *exclusão de sócios* desleais ou perturbadores merece também atenção: quer porque, em regra, a sociedade precisa de intentar uma ação de exclusão, que pode ser demorada; quer porque, aplicando o regime legal supletivo, o encargo financeiro pode ser muito significativo para a sociedade. Para o efeito, é relativamente indiferente que a via seja a da exclusão propriamente dita ou a da amortização de quotas com função

excludente (equivalência funcional que nem sempre a jurisprudência tem em conta). A este respeito, importa notar que uma grande parte das sociedades por quotas se constitui com base num pressuposto ou entendimento não escrito de que os sócios não exercerão uma atividade concorrente com a da sociedade e não aproveitarão em seu benefício oportunidades de negócio corporativas. Isto mesmo resulta de cláusulas que «sancionam» tais comportamentos com a amortização de quotas, apesar de os pactos que as contêm não estabelecerem explicitamente qualquer proibição desses comportamentos; e pode, em concreto, considerar-se uma decorrência do princípio da lealdade ou fidelidade ao fim comum, considerando o tipo real de sociedade em causa. Todavia, a tendência tem sido para utilizar o raciocínio linear de que, legalmente, tais obrigações apenas impendem sobre os gerentes (ou administradores), não sobre os sócios enquanto tais. Donde resultam frequentes situações conflituosas, insatisfatoriamente decididas pelos tribunais.

No que respeita à *cessão de quotas*, o artigo 228.º, n.º 2, do CSC considera livres as cessões realizadas por um sócio a favor de outro, bem como a favor do cônjuge, ascendente ou descendente. Em consonância com o típico intuito pessoal das sociedades por quotas, na maioria dos casos em que o assunto é regulado no pacto, circunscreve-se a liberdade de cessão às transmissões entre sócios. Porém, grande número de pactos sociais não regula o assunto; e tal acontece, provavelmente, quando isso mais se justificava, porque o cariz pessoal da sociedade é mais acentuado.

Um dos modelos de contrato de sociedade fornecidos pelo IRN (SQ 2/2006) vai no bom caminho, mas a cláusula que nele se propõe apresenta um duplo problema. Em primeiro lugar, fala-se aí em cessão a *estranhos* e, embora pareça claro que estamos a falar de estranhos à sociedade, não ao titular da quota, por um lado, perante cláusulas estatutárias congêneres, já se tem entendido o contrário; por outro lado, há quem entenda que, em face do artigo 8.º, n.º 2, do CSC, o cônjuge do sócio também é sócio (não um estranho), quando a quota for um bem comum do casal, originando situações em que avulta o aludido problema funcional das sociedades fechadas de base pessoal. Em segundo lugar, na «cessão onerosa a estranhos», reconhece-se aos sócios não cedentes e à sociedade um direito de preferência. Todavia, se estivermos a falar de uma preferência em sentido estrito, sujeita à regra da paridade de condições (ou do tanteio), nem todas as cessões onerosas poderão ser consideradas; se englobarmos as preferências impróprias, seria conveniente regular o valor pelo qual a preferência pode ser exercida. A isso acrescem os

problemas relativos ao exercício da preferência e à sua conjugação com o regime do consentimento a prestar pela sociedade, bem como dúvidas (injustificadas) acerca da validade das cláusulas de preferência criadas por alguma jurisprudência.

A situação mais insatisfatória – a carecer de atenção adequada no âmbito de uma governança societária orientada para o tratamento equitativo dos sócios minoritários e a sustentabilidade funcional e financeira da sociedade num horizonte tendencialmente transgeracional – é, no entanto, a que decorre da inexistência de um direito geral de *exoneração* nas sociedades por quotas (e anónimas fechadas), mesmo quando existe objetivamente justa causa para tal e a cessão de quotas (ou a alienação de ações) não se mostra uma alternativa com viabilidade prática. Na base, está a conceção tradicional do direito de/à *exoneração* como um direito de dupla face – de desvinculação e recebimento do contravalor da quota – *contra a sociedade*. Existem, porém, modelos exoneratórios distintos, financeiramente neutros para a mesma sociedade, como acontece no direito belga. Outro tanto sucede, de resto, com a exclusão. (Sobre o assunto, cf. MENDES, 2012.)

Note-se que um bom número de situações deste tipo tem que ver com a mudança de gerações de sócios, por morte de um deles. Com entrada para a sociedade dos herdeiros, seja na condição de minoritários seja na de majoritários, frequentemente há uma quebra da homogeneidade da coletividade social e a sociedade passa a funcionar como uma simples estrutura plutocrática, sem saudáveis e efetivos mecanismos regulatórios e, portanto, potenciadora de situações de injustiça intergeracional, em que as vítimas de tratamento iníquo tanto podem ser os sucessores que acedem à condição de sócios, como os sócios que já lá estavam.

Um outro problema que afeta a grande maioria das sociedades portuguesas e a respetiva governação é o financiamento – sobretudo financiamento bancário ou concedido por outras instituições financeiras, pessoalmente garantido (cf., sobre o assunto, MENDES, 2015). Trata-se, antes de mais, de um problema de governança societário-empresarial.

Com efeito, em primeiro lugar, os sócios, em boa medida também gerentes ou administradores, arriscam na sociedade sobretudo dinheiro alheio, o que seria um desincentivo a adotar práticas de governo menos sãs, não foram as garantias pessoais. Mas nem sempre estas têm a consistência esperada, quando acionadas; o que parece sugerir uma duvidosa eficácia do mecanismo regulador que elas representam – no sentido de

uma gestão leal, criteriosa e ordenada –, com naturais prejuízos para o sistema financeiro e o tecido produtivo em geral.

Em segundo lugar, não sendo este o caso, em situações de crise, atual ou previsível, o sistema tem o efeito de estimular uma gestão favorável aos credores garantidos, em detrimento dos demais. Por vezes, os contratos autorizam até aqueles a intervir na gestão. Talvez isto seja compreensível e mesmo inevitável, dado que a base financeira é o capital alheio. Mas justifica regras apropriadas de governação que não são as do modelo tradicional dominante (desenvolvidamente, sobre o tema, cf. DIAS, 2014).

Existe, todavia, uma outra dimensão do problema, que se prende mais diretamente com a justiça intergeracional. Apresenta duas facetas. Por um lado, o tecido produtivo que perdura nas gerações futuras é em larga medida composto por sociedades sobre-endividadas, pelo que a sucessão intergeracional leva consigo para as gerações vindouras este «fardo». Por outro lado, embora as garantias pessoais sejam prestadas pelos respetivos subscritores em razão da respetiva qualidade de sócios, existe uma corrente jurisprudencial dominante no sentido de que elas, em geral, perduram após a cessação de tal qualidade e cobrem não apenas dívidas contraídas até essa cessação, mas também resultantes de negócios futuros (cf. MENDES, 2015).

Isto agrava, antes de mais, o aludido problema dos sócios minoritários. Além disso, transposta a jurisprudência para a morte dos sócios, a situação dos herdeiros, que já comportava o fardo decorrente de as garantias estarem abrangidas pelo princípio da sucessão universal (artigo 2024.º do CC), ainda se torna mais «pesada».

Note-se que o problema do sobre-endividamento não é privativo das sociedades fechadas e familiares. Respeita também a grandes sociedades, incluindo sociedades abertas, e é suscetível de representar um fardo para as próprias gerações que não estão envolvidas no processo produtivo, presentes e futuras, sobretudo em virtude de operações de salvamento estatal destinadas a evitar ou minorar deletérios efeitos sistémicos, ou seja, na qualidade de contribuintes.

Numa outra ordem de ideias, em sociedades deste género que constituem a base da economia familiar dos sócios, não raro a sobrevivência e a rentabilidade mínima das mesmas a favor desses sócios presentes sobrepõem-se a outros interesses, ainda que importantes ou decisivos para a sua sustentabilidade no longo prazo, incluindo interesses de índole social e ambiental. A própria lei nem sempre é respeitada ou é-o mais na letra que no espírito. Sucede, inclusive, que a falta de cumprimento

de leis com importante impacto nos custos das empresas, se não for eficazmente combatida, acaba por assumir proporções alarmantes para o próprio Estado de Direito, porque as mesmas razões de sobrevivência e rendibilidade mínima, num sistema concorrencial, levam à nivelação por baixo e à imitação de comportamentos negativos.

Como se observou, nesta matéria as atenções concentram-se nas grandes organizações, mormente multinacionais. Mas o todo formado por numerosas empresas de pequena e média dimensão com comportamentos deste género é suscetível de ter um impacto igualmente assinalável, digno de ser considerado nas regras de governança societária.

4. Perspetiva integrada da governança societária. Enquadramento constitucional

Termina-se com algumas observações de carácter geral, tendo sempre presente a questão de fundo: pode a governança societária contribuir para uma melhor justiça intergeracional? De que modo?

Verificou-se que os existentes instrumentos de governação não adotam tal perspetiva. Favorecem, no entanto, em maior ou menor medida, a durabilidade transgeracional das organizações produtivas e podem contribuir para uma maior efetividade prática da proteção ambiental e dos recursos naturais, bem como, em última análise, para um desenvolvimento económico e social sustentável, com solidariedade intergeracional.

Observou-se, igualmente, que existem modelos de governança mais próximos da neutralidade social (modelos financialistas dominantes) e modelos mais comprometidos com as questões ambientais e sociais (v.g., RSE/CSR, CVP/CSV); colocando-se um problema de competitividade entre eles. Em termos gerais, a primeira questão a resolver é a seguinte: na ausência de vinculações específicas, legais, estatutárias, contratuais, etc., que lhes imponham certo comportamento, que objetivos e interesses podem e/ou devem os gerentes e administradores de uma sociedade prosseguir? Uma vez respondida ela, surge uma segunda: de que modo podem e/ou devem tais objetivos e interesses ser prosseguidos?

Nas páginas que se seguem, procura-se dar ao tema que nos ocupa um enquadramento mais lato, tendo presentes tais questões e possíveis leituras divergentes do assinalado artigo 64.º, n.º 1, do CSC. A Constituição, apesar de se encontrar em grande medida ausente da pertinente literatura jurídico-societária e económica, ocupa aqui, naturalmente, um lugar de destaque.

4.1. *Desenvolvimento sustentável e solidariedade intergeracional*

Antes de tudo, cabe realçar que, na CRP, existe um conjunto de *direitos fundamentais* fundados na dignidade da pessoa humana e elemento nuclear do Estado de Direito – os direitos à vida, à saúde e à liberdade, o direito ao desenvolvimento da personalidade e certos direitos de liberdade mais específicos que permitem a realização da pessoa humana, pessoal e profissionalmente, como a liberdade profissional e de empresa, bem como direitos implicados por eles, como o direito ao ambiente e à qualidade de vida – que, com os bens e valores de referência do respetivo objeto, formam um *património juscultural* entendido como património da humanidade. Trata-se de um adquirido civilizacional que o nosso diploma fundamental de «tempo longo» considera merecedor de proteção objetivamente, independentemente da titularidade concreta que – por definição, numa comunidade de pessoas que vão sucessivamente coexistindo no espaço de aplicação das normas e se vão sucedendo no tempo – vai variando, de geração em geração.

Na verdade, estamos perante um *património comum transgeracional* desta comunidade diacrónica de pessoas, repositório de valores e interesses do conjunto dessas pessoas, presentes e vindouras, com titulares concretos presentes a que se sucederão naturalmente titulares futuros, mas cuja gestão, pela própria natureza das coisas, é confiada a cada geração que sucessivamente vai sendo presente. Nesta medida, tal gestão assume um certo carácter fiduciário, de administração de um património que não é só daqueles a quem está temporalmente confiado. Cabe à Constituição e ao Estado de Direito assegurar que essa relação fiduciária seja preservada, criando mecanismos de proteção dos titulares entendidos como membros variáveis no tempo de uma comunidade unitária; por exemplo, instituindo uma instância representativa dos interesses daqueles que hão de vir (cf. SILVA, 2010).

Cumprе realçar aqui as ideias de um *património ambiental* (ecológico), suscetível de afetação irreversível pela atuação imprevidente, irresponsável ou mesmo rapace das gerações presentes (ou setores das mesmas) e, portanto, particularmente carecido de proteção, e da utilização de recursos naturais escassos potencialmente irracional ou delapidante. Depois de no n.º 1 do artigo 66.º da CRP se reconhecer a todos o direito a um «ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado», bem como o *dever* de todos o defenderem, salienta-se a incumbência do Estado de o assegurar, no quadro de um desenvolvimento sustentável,

designadamente: promovendo o «aproveitamento racional dos recursos naturais»; com salvaguarda da sua «capacidade de renovação» e da «estabilidade ecológica», respeitando o «*princípio da solidariedade entre gerações*» [n.º 2, alínea *d*)]; integrando os objetivos ambientais nas políticas setoriais [n.º 2, alínea *f*)]; e assegurando que a política fiscal «compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida» [n.º 2, alínea *h*)]; cf., ainda, artigo 9.º, alínea *e*), SILVA, 2010, pp. 485 *et seq.*, nota 76, 487 e 493, GARCIA & MATIAS, 2010, pp. 1350 *et seq.*].

O *princípio do desenvolvimento sustentável* [e equilibrado: cf. ainda o n.º 2 do artigo 66.º, alínea *b*)], bem como os artigos 81.º, alínea *d*), e 90.º] ou da sustentabilidade do desenvolvimento económico e social (GARCIA, 2007, pp. 172 *et seq.*, 310 *et seq.*, 379 *et seq.*, 448 *et seq.*, GARCIA & MATIAS, 2010, pp. 1350 *et seq.*, CANOTILHO & MOREIRA, 2007, pp. 843 *et seq.*, 967, e MENDES, 2010, pp. 1189 *et seq.*) – cuja conexão estreita com a proteção do ambiente e a solidariedade intergeracional se afigura manifesta – encontra-se, ainda, enfatizado no artigo 81.º, alínea *a*), em que se incumbe o Estado de promover o bem-estar social e económico no quadro do mesmo e portanto com respeito por ele. Acerca dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, incumbe também ao Estado adotar uma política de energia que assegure a sua preservação e uma política nacional da água, com gestão planeada e racional dos recursos hídricos [artigo 81.º, alíneas *m*) e *n*)].

4.2. Liberdade de empresa e modelo socioeconómico constitucional

A governança societária – ou societário-empresarial – tem a ver com a *liberdade de empresa* (acerca do tema nas cooperativas, cf. MEIRA, 2014). Dispõe o n.º 1 do artigo 61.º da CRP que a iniciativa económica privada se desenvolve livremente «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral». Nesses quadros incluem-se, naturalmente, aqueles princípios do desenvolvimento sustentável (e ecologicamente responsável) e da solidariedade intergeracional. O próprio interesse geral – enquanto interesse da mencionada comunidade abrangida pelas normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais – pode ver-se como o interesse de uma comunidade de membros variáveis, que se vão sucedendo ao longo do tempo, de geração em geração, e portanto, compreendendo também o das gerações futuras.

A este respeito, escreveu-se noutro estudo (MENDES, 2012) que, entre os novos princípios característicos do Estado social, além do da demo-

cracia económica e social, avultam dois outros, que o modelo ou sistema económico concreto deve «internalizar» ou incorporar: o do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos consumidores e o da salvaguarda ou proteção do *ambiente*; e observou-se igualmente que, quanto a este, o texto constitucional explicita que o desenvolvimento económico pretendido é um desenvolvimento ambientalmente sustentável ou equilibrado.

Notou-se, ainda, que, «em última análise, o sistema ou modelo económico decorrente da Constituição (que sintetiza o regime nela contido nesta matéria) deverá ser capaz de – salvaguardando a existência e tirando partido do exercício, individual ou associado, dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos (e estrangeiros), mormente a *liberdade de empresa* e a *propriedade* – promover o *progresso económico e social* e a efetivação de um Estado social *ecologicamente responsável*, no respeito pelos interesses e direitos dos trabalhadores e dos consumidores. Ao Estado compete atuar como *regulador* e promotor ou impulsionador das ações e atividades necessárias para atingir esses objetivos».

No fundo, está em causa «estabelecer um equilíbrio dinâmico entre um incontornável *princípio de liberdade*, por um lado, e, por outro lado, um princípio de *solidariedade* e *responsabilidade*, a que se junta, ainda, um *princípio de justiça*», cabendo ao Estado promover a «otimização do sistema de princípios e valores expressos na Constituição, ajustando-os de modo a obter um resultado coerente e profícuo».

Realçou-se também um ponto que na CRP aparece menos explícito: «a economia e o respetivo processo produtivo constituem um *espaço de liberdade e de realização pessoal e profissional* dos seus participantes (máxime, empresários e trabalhadores)». E, em jeito conclusivo, observou-se, igualmente, que a *liberdade de empresa* dos particulares apresenta uma «natureza de dupla face: apesar de a CRP apenas se lhe referir como liberdade fundamental de índole *económica* – que, enquanto tal, se exerce no quadro do sistema económico gizado pela Constituição e, dentro dos limites desta, pela lei –, colocando em primeiro plano a sua relevância institucional ou sistémica, como *liberdade-princípio de organização económica*, ela constitui, simultaneamente, uma liberdade fundamental de carácter *pessoal*, em que estão presentes valores de liberdade e de realização da pessoa humana. O *sistema* assume, para ela, um duplo significado: por um lado, alarga o seu campo de ação e nessa medida reforça a sua efetividade prática; por outro lado, sobretudo enquanto sistema regulado, limita-a juridicamente».

No presente estudo, importa realçar, ainda, que o direito vigente – e a correspondente atividade conformadora e reguladora do sistema socioeconómico, normativa e institucional, que incumbe ao Estado – devem incorporar a assinalada dimensão *intergeracional* dos direitos fundamentais, incluindo a proteção do ambiente e dos recursos produtivos, mormente os recursos naturais, enquadrando o exercício da liberdade de empresa de modo a que o desenvolvimento daí resultante seja socialmente sustentável e observe o princípio da solidariedade entre gerações. Vendo as coisas sob uma outra ótica, o sistema deve, por imperativo constitucional, potenciar e enquadrar a liberdade de empresa enquanto liberdade das gerações presentes e futuras, na dupla vertente assinalada (institucional e de realização pessoal), conciliando o seu exercício com a necessidade de evitar ou pelo menos minorar associados efeitos negativos que se prolongam no tempo ou são mesmo irreversíveis, mormente no plano ambiental e dos recursos naturais não renováveis.

4.3. Entendimento dominante do artigo 64.º, n.º 1, do CSC

Tendo presentes estas coordenadas, retomam-se as questões acima enunciadas: que objetivos e interesses podem e/ou devem os gerentes e administradores de uma sociedade prosseguir? De que modo podem e/ou devem tais objetivos e interesses ser prosseguidos?

Do artigo 64.º, n.º 1, do CSC, na redação que lhe foi conferida pela reforma do direito societário de 2006, retira-se a seguinte resposta à primeira questão: os gerentes e administradores devem prosseguir o *interesse da sociedade*. Porém, que interesse é este? Segundo a doutrina societária que se afigura dominante, ele identifica-se com o interesse comum dos sócios; e, dado o paradigma legal da sociedade lucrativa (artigo 980.º do CC), corresponderá à prossecução do lucro, em benefício desses sócios, de todos eles (cf., e.g., CÂMARA, 2008, pp. 36 *et seq.*, 2010, pp. 59 *et seq.*, e, ainda, VENTURA, 1991, pp. 150 *et seq.*, MARTINS, 2006, p. 23 e nota 21, V. XAVIER, 1976, nota 116, pp. 242 *et seq.*; sobre o assunto, cf., ainda, RIBEIRO, 2009, pp. 509 *et seq.* e 535 *et seq.*, CORDEIRO, 2011, pp. 844, 872 *et seq.* e 888, e GONÇALVES, 2015, pp. 838 *et seq.* e 874 *et seq.*, com ulteriores reflexões).

Quanto à segunda questão, decorre também do preceito legal que os gerentes e administradores, ao prosseguir tal objetivo e interesse, devem atuar de forma criteriosa e ordenada e têm de respeitar certas linhas de orientação; não são livres de escolher o modo de alcançar esse objetivo.

Concretamente, a gestão deve ser orientada para a *sustentabilidade da sociedade*, atendendo aos *interesses de longo prazo* da coletividade dos sócios, ou seja, criando riqueza para eles neste horizonte temporal alargado, e levando em conta os interesses de outros sujeitos relevantes para essa sustentabilidade. Note-se que estes outros sujeitos, como de resto os sócios, também são relevantes para o desempenho da empresa social, mas o que o legislador pretendeu acentuar foi a sustentabilidade ou durabilidade da sociedade enquanto organização produtiva (cf. também GONÇALVES, 2015, pp. 874 *et seq.*).

Na leitura dominante da lei, uma *boa governança* das sociedades identifica-se, assim, pelo menos no campo dos princípios, com uma boa governação do interesse dos sócios vistos como um todo (cf., *e.g.*, ALVES, 2007). Nas sociedades por ações, com especial variabilidade dos acionistas e a possível existência de um mercado regular que a potencia, com um órgão de administração legalmente independente em matéria de gestão, e com uma administração orientada para a sustentabilidade das mesmas num horizonte temporal de longo prazo, em conformidade com o padrão do acionista iluminado, estão em causa acionistas presentes e futuros. A sociedade é governada enquanto organização duradoura de membros variáveis, presentes e futuros, ou seja, atendendo também aos interesses de futuros acionistas.

Sendo a sua duração tendencialmente ilimitada, a governança assume, portanto, no que respeita à coletividade social, uma potencial *dimensão transgeracional*: está em causa uma comunidade dinâmica de acionistas presentes e futuros, incluindo, tendencialmente, os das gerações vindouras. No caso das sociedades anónimas abertas, máxime com ações cotadas (admitidas à negociação em mercado regulamentado), esta ideia ainda surge reforçada porque está igualmente envolvido o mercado de capitais, enquanto instituição económica fundamental, que igualmente se pretende duradoura, funcionante, transparente e digna de confiança, a bem das gerações que se vão sucedendo. A proteção deste mercado, assim encarado, é uma das preocupações fundamentais, designadamente, do CVM, presente em grande parte do respetivo articulado.

Acresce que a sustentabilidade da sociedade num arco temporal de longo prazo, tendencialmente ilimitado, também depende, como se observou, de uma adequada atenção aos interesses de outras partes interessadas, mormente as coenvolvidas na respetiva empresa enquanto organização social e produtiva de mercado (trabalhadores, fornecedores, financiadores, clientes, etc.), as quais formam, igualmente, um círculo

variável e tendencialmente transgeracional. Por conseguinte, a governança societária compreende, ainda, a consideração de interesses que vão para além do interesse comum dos sócios e das gerações presentes destes. Todavia, segundo o referido entendimento dominante da lei, estamos perante uma consideração de tais interesses subordinada, instrumental em relação realização do interesse comum dos sócios (CÂMARA, 2008, pp. 36 *et seq.*).

É esta interpretação da lei conforme à Constituição? Não existirão leituras alternativas pelo menos mais conformes às referidas coordenadas da Lei Fundamental? Como se vai ver, a resposta é que tais leituras existem. Mesmo sem este apoio de nível superior, analisando apenas o texto do CSC, é possível contestar a hierarquização de interesses defendida pela doutrina dominante. Fazendo intervir a Constituição e as leis que a completam, na definição do aludido sistema socioeconómico, esta conclusão sai reforçada: do sistema extrai-se uma diretriz no sentido da adoção pelos empresários de comportamentos eticamente responsáveis e da preferência por modelos de negócio filoambientais e filossociais.

4.4. O artigo 64.º, n.º 1, do CSC à luz da Constituição. Modelos de governança

Recorda-se que, segundo o artigo 61.º, n.º 1, da CRP, a iniciativa económica privada se desenvolve «livremente *nos quadros* definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o *interesse geral*».

A iniciativa privada que tem lugar em Portugal cabe tanto a nacionais como a estrangeiros e a entidades com sede no país e no estrangeiro, mormente cidadãos europeus e entidades sediadas noutra país da União, sendo neste caso protegida não apenas pela liberdade em apreço mas também pelas liberdades fundamentais do Direito da União Europeia (DUE); e compreende também aquela que se projeta além fronteiras. Apesar dos termos da disposição que se analisa, o respetivo *quadro normativo* abrange não apenas a Constituição e a lei em sentido estrito, mas também, designadamente, o DUE e o direito internacional diretamente aplicáveis e, ainda, normas regulamentares; e, a par dele, existe um *quadro institucional*, constituído, *inter alia*, por autoridades reguladoras independentes.

A esse quadro normativo pertencem *princípios e disposições de índole económica*, bem como de política económica. Realçam-se os seguintes princípios constitucionais: – da proteção dos interesses económicos dos

consumidores (artigo 60.º, n.º 1), da publicidade leal e transparente e da propriedade (artigos 60.º, n.º 2, 62.º e 83.º), a que correspondem direitos fundamentais; – do desenvolvimento económico [artigos 59.º, n.º 2, alínea *a*), artigo 80.º, alínea *e*), artigo 81.º, alíneas *a*), *j*) e *l*), 87.º, 90.º e 101.º], da coexistência de setores de propriedade [artigos 80.º, alínea *b*), e 82.º], da «liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista» [artigo 80.º, alínea *c*)], da plena utilização das forças produtivas e meios de produção [artigos 81.º, alínea *c*), e 88.º], da sã concorrência [artigos 81.º, alínea *f*), e 99.º, alíneas *a*) e *c*)], do mercado (de concorrência) e da eficiência dos mercados [artigos 81.º, alínea *f*), e 99.º, alínea *b*)], a par de um princípio de planeamento [artigos 80.º, alínea *e*), e 90.º *et seq.*], e da instituição de um sistema financeiro orientado para a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros ao desenvolvimento económico e social (artigo 101.º).

Quanto às políticas, para além das implicadas nos princípios anteriores, assinalam-se, entre outras: as do fomento da atividade empresarial e exportadora, em especial das PME's [artigos 86.º, n.º 1, e 100.º, alínea *d*)], de aumento da produção industrial [artigo 100.º, alínea *a*)], da internacionalização da economia portuguesa [artigo 100.º, alínea *a*)], do aumento da competitividade e da produtividade das empresas industriais [artigo 100.º, alínea *c*)], e da modernização do tecido empresarial agrícola [artigo 93.º, n.º 1, alínea *b*)].

A tais princípios e disposições acrescem direitos fundamentais, princípios e comandos, mormente de índole *humana, social e ambiental*, tendo na base o valor superior da dignidade da pessoa humana [artigos 1.º e 26.º, n.ºs 2 e 3], o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais [artigos 2.º e 9.º, alínea *b*)] e a promoção da democracia económica, social e cultural [artigos 2.º e 9.º, alínea *d*)]. Salientam-se os seguintes direitos: – à vida e à integridade pessoal (artigos 24.º e 25.º), à segurança e à saúde [artigos 57.º, n.º 3, 59.º, n.º 1, alínea *c*), 60.º, n.º 1, e 64.º], ao desenvolvimento da personalidade e realização pessoal [artigos 26.º, n.º 1, e 59.º, n.º 1, alínea *b*)], ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da vida privada [artigos 26.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1]; – à segurança social (artigo 63.º), ao ambiente e qualidade de vida [artigos 9.º alínea *d*), e 66.º], à qualidade dos bens e serviços consumidos e à informação sobre os mesmos (artigo 60.º, n.º 1), à paternidade e maternidade (artigo 68.º); – os direitos à segurança no emprego (artigo 53.º) e ao trabalho (artigo 58.º), de intervenção associada na vida da empresa (artigo 54.º

e 58.º), a uma retribuição ajustada e condigna [artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alínea *a*)], à higiene e segurança no trabalho, incluindo a justa reparação de danos em caso de acidente [artigo 59.º, n.º 1, alíneas *c*) e *f*)], à «organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar» [artigo 59.º, n.º 1, alínea *b*)], e ao repouso [artigo 59.º, n.º 1, alínea *d*), e n.º 2, alíneas *b*) e *d*)], bem como à participação na gestão de unidades produtivas do setor público [artigos 54.º, n.º 5, alínea *f*), e 89.º].

Realçam-se, ainda, os princípios da proteção do consumidor [artigos 81.º, alínea *i*), e 99.º, alínea *e*)], em complemento dos direitos assinalados, da especial proteção dos trabalhadores de empresas estrangeiras (artigo 87.º), da promoção do bem-estar, económico e social, e da qualidade de vida [artigos 9.º, alínea *d*), e 81.º, alínea *a*)], do desenvolvimento socioeconómico equilibrado e sustentável, com proteção da natureza e do ambiente e a preservação e aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, e com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações [artigos 9.º, alíneas *d*) e *e*), 66.º, n.º 2, alíneas *b*) e *d*), 81.º, alíneas *a*), *d*), *m*) e *n*), e 90.º], e do ordenamento do território [artigos 9.º, alínea *f*), 65.º, 66.º, n.º 2, alínea *b*)].

No plano infraconstitucional, salienta-se a evolução, nas últimas décadas, de um modelo socioeconómico com forte intervenção pública, direta e indireta, para um modelo de economia regulada, integrado por autoridades reguladoras independentes (cf. a Lei-Quadro n.º 67/2013, de 28 de agosto, e, v.g., CONFRARIA, 2011, MOREIRA & MAÇÃS, 2003, e CATARINO, 2014). No domínio ambiental e do desenvolvimento sustentável, a nível nacional, o diploma legal fundamental é a Lei de bases da política do ambiente (Lei n.º 19/2014, de 14 de abril), que desenvolve os princípios dos mencionados artigos 9.º e 66.º da CRP. Realça-se:

Artigo 2.º, n.º 1: «A política de ambiente visa a efetivação dos direitos ambientais através da promoção do *desenvolvimento sustentável*, suportada na gestão adequada do ambiente, em particular dos ecossistemas e dos recursos naturais, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade de baixo carbono e uma “economia verde”, racional e eficiente na utilização dos recursos naturais, que assegure o bem-estar e a melhoria progressiva da qualidade de vida dos cidadãos.» Nos artigos 14.º e seguintes, estão

indicados diversos instrumentos da política ambiental. Destacam-se o artigo 19.º, segundo o qual «As atividades públicas ou privadas, potencial ou efetivamente poluidoras, ou ainda suscetíveis de afetar significativamente o ambiente e a saúde humana, estão sujeitas a prévio licenciamento ou autorização nos termos da legislação aplicável», e o artigo 17.º, relativo aos instrumentos económicos e financeiros. Dispõe o n.º 1: «A política de ambiente deve recorrer a instrumentos económicos e financeiros, concebidos de forma equilibrada e sustentável, com vista à promoção de soluções que estimulem o cumprimento dos objetivos ambientais, a utilização racional dos recursos naturais e a internalização das externalidades ambientais.» No n.º 2, contém-se uma lista exemplificativa desses instrumentos: fundos públicos ambientais, instrumentos de compensação ambiental, fiscalidade ambiental, prestações e as garantias financeiras decorrentes da aplicação do princípio da responsabilidade ambiental, instrumentos de mercado, etc.

Artigo 8.º (deveres ambientais): «1 – O direito ao ambiente está indissociavelmente ligado ao dever de o proteger, de o preservar e de o respeitar, de forma a assegurar o *desenvolvimento sustentável a longo prazo*, nomeadamente para as *gerações futuras*. 2 – A *cidadania ambiental* consiste no dever de contribuir para a criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, na ótica do uso eficiente dos recursos e tendo em vista a progressiva melhoria da qualidade de vida, para a sua proteção e preservação.»

Do conjunto extenso e complexo de diplomas normativos existentes, internacionais, europeus e nacionais, emerge uma série de princípios, que enquadram e completam os direitos e deveres fundamentais. Interessam aqui, em especial, para além dos referidos princípios do desenvolvimento sustentável e da solidariedade entre gerações, dois deles: o da prevenção e o da precaução. Segundo o primeiro, «as ações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipativa, a fim de ser possível a minimização ou eliminação das causas, prioritariamente à correção dos efeitos que possam ter em relação à qualidade do ambiente, sendo o poluidor obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a ação poluente». O segundo «impõe, perante a incerteza científica sobre os efeitos da ação, particulares deveres de

cautela de quem age» (cf. GARCIA & MATIAS, 2010, pp. 1349 *et seq.*, e, na presente obra, Carla GOMES).

Em suma, através do artigo 61.º, n.º 1, da CRP, assegura-se aos membros da sociedade em geral e respetivas organizações, bem como a interessados externos, a liberdade de acesso a um sistema aberto de economia mista e *social* de mercado regulada – sistema este em parte autorregulado mas também institucional e funcionalmente garantido pelo Estado –, de fazerem parte do mesmo e de aí desenvolverem uma atividade económico-produtiva (ao menos tipicamente empresarial), prosseguindo objetivos e interesses particulares, com dois limites: (i) observando as regras do jogo fundamentais – ou seja, respeitando a Constituição, as leis e as restantes normas de conduta aplicáveis, incluindo as de fonte europeia e internacionais, mas também as instituições criadas e a funcionalidade do sistema – e, adicionalmente, (ii) não sobrepondo a prossecução daqueles objetivos e interesses particulares ao interesse da comunidade em geral.

Quer dizer, para além do respeito das normas de proteção de outros valores e interesses consignadas na Lei Fundamental e das normas legais e regulamentares pertinentes (legalidade democrática), exige-se, ainda, aos agentes económicos e respetivas organizações produtivas, na prossecução dos seus interesses privados, um comportamento que leve em devida conta este interesse da sociedade em geral. A consciência de que a atuação das organizações empresariais pode ter impactos sistémicos, de índole económica, social, ambiental, etc., não só positivos mas também negativos, levou o legislador constituinte a fazer esta exigência adicional; mesmo se ela já resulta em grande medida da necessidade de respeitar a Constituição e a lei.

Salientam-se alguns vetores da dimensão *social* do modelo. O primeiro é o do referido *desenvolvimento sustentável a longo prazo*, capaz de beneficiar as *gerações futuras*, mormente em termos ambientais, com a implicada proteção da sociedade em geral contra externalidades negativas da atividade económica. Este considerou-se tão importante, que surge repetidamente afirmado; e a associada *proteção do ambiente* em sentido lato, incluindo a preservação e a gestão racional dos recursos naturais, foi consagrada através de um direito e de um *dever* fundamentais: «todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender» (artigo 66.º, n.º 1, da CRP). Realça-se também a repetida afirmação do binómio «desenvolvimento económico e *social*» como objetivo a atingir [artigos 66.º, n.º 2, alínea b), 80.º, alínea e), 81.º, alínea j), 90.º e 101.º da CRP].

O segundo vetor é o da proteção dos *trabalhadores*, realçando-se «a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar». O terceiro vetor é o da proteção dos *consumidores*, que constituem uma peça essencial da economia de mercado, mas mostram-se suscetíveis de ser afetados pela atividade dos agentes económicos (produtivos). O quarto é o da *saúde*, dos trabalhadores, dos consumidores e da sociedade em geral, igualmente protegida através de um direito fundamental, como os anteriores.

Acresce a afirmação adicional da necessidade de levar em consideração o *interesse geral*, para além do que resulta do quadro normativo estrito. A ele se referem também, por exemplo, os artigos 52.º e 81.º, alínea *f*), da CRP.

Finalmente, realçam-se dois aspetos. Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da CRP, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; o mesmo sucedendo com os demais direitos fundamentais de natureza análoga (artigo 17.º), na medida em que possuam esta natureza. No artigo 52.º, por sua vez, dispõe-se que todos os cidadãos têm um direito de petição e queixa para defesa «dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do *interesse geral*» (n.º 1), bem como um direito de ação popular, exercitável individualmente ou de forma associada, com vista a prevenir, fazer cessar ou perseguir judicialmente infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural [n.º 3, alínea *a*)].

Estamos, portanto, longe dos modelos económicos liberais que subjazem à interpretação dominante do artigo 64.º, n.º 1, do CSC, mesmo na vertente moderada e moderna do acionista iluminado. O modelo constitucional é o de um desenvolvimento económico *ambientalmente responsável* ou sustentável – num horizonte transgeracional – e *socialmente comprometido*, com os consumidores, os trabalhadores e a comunidade em que a atividade económico-produtiva se desenvolve; respeitador de regras, valores e princípios explícitos e, ainda, com uma genérica atenção ao interesse geral.

Encontramos aqui interesses e valores merecedores de serem considerados em si mesmos, designadamente o valor da sustentabilidade empresarial de longo prazo e da solidariedade transgeracional; não meros interesses instrumentais em relação ao objetivo da maximização do lucro ou riqueza dos sócios nesse horizonte temporal. Ao menos tais

participantes no processo produtivo (*stakeholders*), de que depende esta sustentabilidade, são vistos como tais, com relevo e dignidade próprios (cf., v.g., a respeito dos trabalhadores, NEVES, 2008, pp. 344 *et seq.*, e BRIAND, 2012); não como entidades portadoras de interesses subordinados ou instrumentais em relação a essa maximização do lucro. A iniciativa económica privada exerce-se deste modo, através de organizações empresariais (máxime, societário-empresariais) assim concebidas, a que é inerente um compromisso social e intergeracional.

Por conseguinte, a concretização de um tal modelo socioeconómico, seja no plano das políticas públicas, seja no da atuação dos agentes económicos privados, aponta mais para as doutrinas da *responsabilidade social das empresas* (RSE/CSR), nas suas versões mais modernas, em que a componente social é incluída no modelo de negócio, do que para as teorias neoliberais, defensoras de uma estrita separação do económico e do social. E, embora o modelo constitucional possa considerar-se pouco elaborado em termos económicos se tivermos em conta as existentes correntes de pensamento na matéria (a ênfase é dada, como se viu, à componente social e à sustentabilidade transgeracional), também se afigura mais próximo das teorias do valor partilhado (*shared value*) de PORTER & KRAMER (2011) – tenha-se presente o aludido binómio do desenvolvimento «económico e social» – e, inclusive, das teorias pluralistas da equipa de produção (*team production theory*), ou do investimento específico, de BLAIR & STOUT (1999), e das partes interessadas (*stakeholder theory*), na medida em que esta se distinga da RSE, do que da doutrina da criação de valor para o acionista (*shareholder value*).

Quer dizer, no artigo 64.º, n.º 1, do CSC, o interesse da sociedade a definir em concreto e a prosseguir pelos gerentes e administradores não tem de se reconduzir ao mero *interesse comum dos sócios*, à maximização do fim comum lucrativo ou máxima criação de riqueza/valor em benefício de todos eles, ainda que numa ótica de longo prazo, levando em conta os interesses de outros intervenientes – consumidores, trabalhadores, credores, etc. – apenas na medida em que tal seja relevante para essa maximização. Com efeito, por um lado, os próprios termos do preceito, apesar da sua ambiguidade (ANTUNES, 2017, p. 336, SERRA, 2011, p. 212), permitem uma conceção pluralista do interesse social, ao mandar atender aos interesses de longo prazo dos sócios e, simultaneamente, ponderar os de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade (designadamente, trabalhadores, clientes e credores) (cf.

também F. GOMES, 2007, p. 566). Por outro lado, a sua leitura à luz da Constituição aponta para uma interpretação deste tipo.

Trata-se, é certo, de uma conceção pluralista mitigada, porque a lei não impõe a participação dos trabalhadores na gestão, dada a regra da designação/eleição e da livre destituibilidade dos gerentes e administradores pela coletividade dos sócios, atenta a ausência de mecanismos de defesa contra um eventual sacrifício injusto ou injustificado dos interesses potencialmente conflitantes com os dos sócios, etc. [cf. ABREU, 2010, pp. 17 *et seq.*, e COSTA & DIAS, 2010, pp. 736 *et seq.*]. Mas traduz o «espírito do sistema», legitima uma atuação mais abrangente dos gerentes e administradores que a autorizada pela conceção tradicional do interesse social (incluindo medidas de RSE: GOMES SEGADE, 2011, pp. 352 *et seq.*) e deixa espaço para uma possível intervenção do direito recomendatório (*soft law*), mormente das regras de boa governança (cf. também SERRA, 2011, pp. 252 *et seq.*). Permite, assim, uma maior atenção a critérios de atuação como os da responsabilidade ambiental e transgeracional, da conciliação do desenvolvimento económico da empresa societária com o desenvolvimento social da comunidade em que ela se insere, integrando esta componente social no modelo de negócio, etc.; atendendo não apenas ao estrito direito legislado, mas também aos princípios e adicionais normas éticas e de boa conduta.

Vendo, ainda, as coisas por um outro prisma, mais técnico-jurídico, pode afirmar-se que as perspetivas financialistas do artigo 64.º, n.º 1, do CSC têm na base uma visão «dominial» da sociedade, mormente das sociedades por quotas e anónimas. Note-se que a circunstância de o legislador ter abolido em 2011 a exigência de capital mínimo nas primeiras não se opõe a semelhante visão. Apenas torna mais evidente que está em causa a «propriedade» implicada na liberdade económico-productiva: a SQ, como a respetiva empresa, enquanto centro de atividade económico-productiva com valor e podendo funcionar como mecanismo de acumulação de capital, é o resultado da iniciativa empresarial dos respetivos fundadores, aderentes e respetivos sucessores, com um implicado princípio de apropriação de tal resultado (cf. MENDES, 2010, p. 1214, e, a respeito da liberdade profissional, MIRANDA & MEDEIROS, 2010, p. 968).

Resumidamente, o quadro é este:

- i) A sociedade é uma pessoa coletiva integrada pelos sócios, que detêm o *direito ao seu valor líquido ou residual* – valor que se projeta nas suas esferas jurídicas individuais através das parti-

cipações sociais, que podem realizar negociando estas, e de que podem apropriar-se mediante distribuições de dividendos ou de capital exuberante (neste caso, reduzindo o capital estatutário), através da amortização e aquisição de quotas e ações próprias, da dissolução e liquidação da sociedade, etc. – e formam um órgão detentor do *poder de domínio* da mesma, envolvendo designadamente a faculdade de designação e destituição dos titulares dos outros órgãos sociais, em que avulta o órgão de administração, o poder de conformar estatutariamente e o poder de decidir acerca do seu destino. Nesta medida, dentro de certos limites, a sociedade é deles, está ao serviço do seu interesse comum, devendo os respetivos gerentes e administradores maximizar a criação de valor ou riqueza para eles, numa ótica de longo prazo.

- ii) A sociedade pessoa jurídica, assim entendida, desenvolve uma atividade económica, através de uma organização produtiva de mercado predisposta para o efeito – tipicamente uma empresa –, que lhe é exterior e da qual ela é titular (da qual tem o «domínio»). Esta é *coisa sua*, de que ela pode usufruir e de que pode dispor, para realização dos seus fins; de tal modo que os sócios se consideram indiretamente, através desta sua sociedade, os beneficiários da riqueza que tal empresa produz e podem dela dispor, também de forma indireta, alienando em globo as participações.
- iii) Quer os trabalhadores ou colaboradores, quer os fornecedores e subcontratados industriais, quer os distribuidores e os consumidores da empresa são, portanto, exteriores à sociedade; outro tanto sucedendo com as comunidades em que a atividade é desenvolvida. Os próprios credores – mormente financiadores mas também trabalhadores, fornecedores, etc., embora se liguem, nesta qualidade de credores, à sociedade – são-lhe exteriores e assumem tal condição, tipicamente, em atenção à empresa (à sua capacidade para gerar um fluxo monetário suficiente para pagar pontualmente os créditos).
- iv) A *governança* respeita à sociedade e portanto aos sócios; é um assunto do interesse destes. Os outros interessados serão apenas seus beneficiários indiretos.

A perspetiva constitucional, de pendor institucionalista, como se expôs, é distinta. No centro está o sistema produtivo, motor de um desenvol-

vimento económico e social sustentável no plano transgeracional: (i) eficaz na prossecução do objetivo último da criação de uma sociedade de bem-estar (económico e social) na qual as pessoas tenham uma vida com qualidade e possam realizar-se, pessoal e profissionalmente (desenvolvendo livremente a sua personalidade) [cf., designadamente, os artigos 81.º, alínea a), 26.º, n.º 1, 59.º, n.º 1, alínea b), 61.º, n.º 1, e 66.º da CRP]; e (ii) eficiente na sua organização e no seu funcionamento, ou seja, atingindo os seus fins com o menor custo possível, no quadro de uma concorrência que se pretende efetiva, equilibrada e salutar, benéfica para os consumidores e a sociedade em geral [cf., designadamente, os artigos 81.º, alínea f), 99.º, alíneas a) a c), 60.º e 81.º, alínea i), da CRP]. Trata-se de um sistema de organizações produtivas [essencialmente, empresas: cf., e.g., os artigos 80.º, alínea c), e 86.º, 100.º, alíneas c) a e), e 93.º, n.º 1, alínea b), e MENDES, 2012] capazes de criar riqueza social, não apenas individual, e elas próprias uma forma de riqueza com dimensão social. Nele as formas ou estruturas jurídicas, designadamente societárias, são secundárias ou instrumentais.

Noutros termos, para a Constituição, o que releva são unidades produtivas ou centros de atividade produtiva, enquanto sistemas sociais e económicos (e também jurídicos porque o direito é um elemento decisivo de coesão dos mesmos) integrados no tecido produtivo nacional. As sociedades de direito comercial – cujo objeto é o exercício de uma atividade criadora de riqueza, via de regra através de uma empresa – formam, com as respetivas empresas, outros tantos centros de atividade produtiva, autónomos ou integrados num centro mais vasto, a empresa plurissocietária (com uma instância de comando societária). Para determinados efeitos, é possível distinguir a superestrutura societária e a infraestrutura empresarial. Porém, numa perspetiva socioeconómica global, o que conta é a unidade formada por ambas essas componentes, com um órgão de governo ou administração comum às duas.

Por conseguinte, no artigo 64.º, n.º 1, o órgão de administração não pode ver-se como um mero gestor dos interesses dos sócios. Mesmo quando se tenha da sociedade uma perspetiva dualista – de sujeito de direito (*pessoa*), titular de um património (máxime, empresarial), e de objeto de atribuição jurídica aos sócios (*coisa* produtiva) (IWAI, 1999) –, a situação não muda substancialmente: o órgão de administração gere sempre um centro de atividade produtiva que coenvolve uma multiplicidade de interesses. O que, nesta visão, pertence aos sócios não é uma coisa qualquer, mas uma organização socioeconómica de mercado com uma

pluralidade de outros interessados. Quer se trate de uma sociedade-empresa (ou empresa plurissocietária) com sede e atividade em Portugal, quer de uma empresa plurissocietária multinacional com implantação no país, inserida no tecido socioproductivo nacional, enquanto componente deste, ela não pode ser artificialmente separada em superestrutura societária, dos sócios, com um bom governo no interesse destes, e infraestrutura empresarial, com gestão, pura e simplesmente, subordinada ou funcionalizada a tal interesse, dentro dos limites da lei e do contrato.

Aceitando-se tal perspectiva, a *governança* de que nos ocupamos não é, afinal, apenas uma governança societária, mas *societário-empresarial*, envolvendo outros interessados para além dos sócios, órgãos e titulares de órgãos sociais. Espera-se que ela contribua não exclusivamente para a maximização de fluxos financeiros em benefício dos sócios, mas, mais latamente, para a criação de riqueza *social* (nacional), de forma sustentável e numa ótica de longo prazo, tendencialmente transgeracional.

Neste sentido, o ambiente, a qualidade de vida, a saúde, a valorização do capital humano e intelectual (conhecimento) e valores análogos da comunidade em que a atividade é exercida – encarada como comunidade transgeracional – deverão olhar-se como parte integrante da estratégia empresarial ou modelo de negócio; não como mera fonte de custos financeiros adversos, a minimizar para maximização do lucro dos sócios. O desafio estará então em conceber modelos de gestão capazes de, neste quadro pluralista e integrado, assegurar a necessária competitividade e eficiência das organizações. A governança societário-empresarial também terá a ver com isso.

Não é seguramente tarefa fácil conseguir tal competitividade e eficiência; sobretudo no atual sistema economicamente globalizado, dominado por grandes multinacionais, «jogando» estas com poderes estaduais fragmentários, descoordenados e assimétricos, e explorando a concorrência entre Estados que procuram atingir objetivos de crescimento, muitas vezes com a visão de curto prazo favorecida pelo princípio democrático (cf., designadamente, QUAIREL-LANOISELEE, 2011, ROBÉ, 2013, JENSEN, 2002, e CORDEIRO, 2011, p. 888). Para os partidários das teorias financeiras dominantes, isso mostra-se mesmo impossível: quem tem preocupações sociais, com o ambiente, etc., será, *coeteris paribus*, menos competitivo que quem segue o modelo dominante da criação de valor para os sócios [cf., e.g., JENSEN, 2002]. Note-se, em todo o caso, que Eccles *et alii* concluíram num estudo recente (2014) que, numa ótica de longo prazo, o desempenho financeiro das organizações produtivas (sociedades

anónimas) que incorporam na respetiva estratégia e modelo de negócio políticas ambientais e sociais pode ser superior ao das que não o fazem.

O panorama existente das teorias alternativas ao modelo dominante é muito diversificado e em evolução. Enquanto este é fácil de entender e de operar, os modelos alternativos são em geral complexos e de contornos menos bem definidos. Mas uma coisa parece certa: os atuais desafios da humanidade – no campo da segurança, da saúde, do ambiente e qualidade de vida, etc. – são tão grandes, que, sem o envolvimento ativo dos potentados económicos, existentes e vindouros, não parecem ter solução à vista.

A autorregulação e a adesão a regras de boa governança económica e social poderão dar o seu contributo para esse envolvimento. Importa, no entanto, reconhecer que se trata mais de um possível (e desejável) programa de ação do que de uma realidade atual. Existem experiências que se afiguram animadoras no campo da criação de valor partilhado (mas cf., *e.g.*, a crítica de CRANE *et al.*, 2014, em diálogo com PORTER e KRAMER), da responsabilidade social das empresas, etc., mas a sua expressão global apresenta-se limitada.

BLAIR & STOUT (1999) e STOUT (2015), a respeito da sociedade aberta norte-americana, defendem igualmente um modelo alternativo, tendo como conceito central o investimento específico de partes interessadas que vão para além dos acionistas, aludindo a última autora, inclusive, à vertente intergeracional nele descortinável, mas também ele foi sujeito a críticas (cf., *v.g.*, BAINBRIDGE, 2003 e 2015). Na Europa, podem referir-se, por exemplo, Moczaldo (2015), confrontando a doutrina de Porter e Kramer com a estratégia europeia da RSE/CSR, Champaud, com a sua doutrina da empresa (2011; mas cf. a crítica de ROBÉ, 2013), e Sacconi (*v.g.*, 2004 e 2012), este propondo um modelo multilateral e multifiduciário, tendente a conciliar, mormente na sociedade anónima, os aspetos sociais e ambientais com a eficiência económica, através de um pacto fundacional com dois níveis: um de união ou cooperação (legitimador e organizador, fonte de deveres fiduciários, etc.) e o outro de sujeição (criando uma estrutura de governo, uma «autoridade» capaz de, dentro dos limites daquele, tornar o funcionamento da organização operacional e eficiente). Todavia, sobretudo no atual panorama global, caracterizado, como se observou, por uma forte e mesmo cortante concorrência económica, pela existência de multinacionais com dimensão e estratégia planetárias, e por poderes estaduais fragmentários, a expressão e efetividade práticas de tais modelos alternativos afiguram-se, para já, limitadas.

Bibliografia referenciada

- ABREU, 2010. J. M. Coutinho de Abreu, “Corporate Governance em Portugal”, in IDET, *Miscelâneas*, n.º 6, Coimbra: Almedina, pp. 6-47
- ABREU, 2013. J. M. Coutinho de Abreu (ed.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, Coimbra: Almedina
- ABREU, 2013a. “Negócios entre Sociedade e Partes Relacionadas (Administradores, Sócios)”, *Direito das Sociedades em Revista*, 9 (2013), pp. 13-25 (cit. 2013a)
- ABREU, 2015. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II – *Das Sociedades*, Coimbra: Almedina (5.ª ed.)
- ALVES, 2007. Carlos F. Alves, “Uma Perspetiva Económica sobre as (Novas) Regras de Corporate Governance do Código das Sociedades Comerciais”, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura*, ed. António Menezes Cordeiro & Paulo Câmara, Coimbra: Almedina, pp. 173-95
- ANTUNES, 2017. José Engrácia Antunes, *Direito das Sociedades*, Porto (7.ª ed.)
- ANTUNES & FUENTES NAHARRO, 2016. J. Engrácia Antunes & Mónica Fuentes Naharro, “Directors’ Duties and conflicts of Interest in the EMCA”, *ECFR*, 13/2 (2016), pp. 269-276
- BAINBRIDGE, 2003. Stephen Bainbridge, “Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance”, *Northwestern University Law Review*, 97 (2003), pp. 547-600, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300860 (última consulta: 9.01.2017)
- BAINBRIDGE, 2008. Stephen Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford: Oxford University Press
- BAINBRIDGE, 2015. Stephen Bainbridge, “The Case Against Blair & Stout’s Team Production Model”, disponível em: <http://www.professorbainbridge.com/professor-bainbridge.com/2015/01/the-case-against-blair-stouts-team-production-model.html> (última consulta: 9.01.2017)
- BLAIR & STOUT, 1999. Margaret Blair & Lynn Stout, “A Team Production Theory of Corporate Law”, *Virginia Law Review*, 85 (1999), pp. 247-328
- BRIAND, 2012. Danièle Briand, “La Responsabilité sociale de l’Entreprise”, in *L’entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier, p. 57-83
- BUYSSE, 2009. Paul Buysse et al., *Code Buysse II – Corporate governance. Recommandations à l’attention des entreprises non cotées en bourse* (2009), disponível em: http://www.codebuysse.com/downloads/CodeBuysseII_FR.pdf (última consulta: 17.01.2017)
- CÂMARA, 2002. Paulo Câmara, “Códigos de Governo das Sociedades”, *Cadernos MYM*, 15 (2002), pp. 65-90
- CÂMARA, 2008. Paulo Câmara, “O Governo das Sociedades e a Reforma do CSC”, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, ed. Paulo Câmara et al., Coimbra: Almedina, pp. 9-141

- CÂMARA, 2010. Paulo Câmara, “Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro: Um Retrato Anatômico”, in *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro*, ed. Paulo Câmara *et al.*, Coimbra: Almedina, pp. 9-74
- CÂMARA, 2011. Paulo Câmara, “Vocação e influência universal do *corporate governance*: uma visão transversal sobre o tema”, in *O Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, ed. Paulo Câmara *et al.*, Coimbra: Almedina, pp. 13-42
- CÂMARA, 2016. Paulo Câmara, “O Governo dos Bancos: Uma Introdução”, in *A Governação dos Bancos nos Países Lusófonos*, ed. Paulo Câmara *et al.*, Coimbra: Almedina, pp. 13-62
- CÂMARA *et al.*, 2010. Paulo Câmara *et al.* (ed.), *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro*, Coimbra: Almedina
- CÂMARA *et al.*, 2011. Paulo Câmara *et al.* (ed.), *O Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina
- CÂMARA *et al.*, 2015. Paulo Câmara *et al.* (ed.), *A Designação dos Administradores*, Coimbra: Almedina
- CÂMARA *et al.*, 2016. Paulo Câmara *et al.*, *A Governação dos Bancos nos Países Lusófonos*, Coimbra: Almedina
- CANOTILHO & MOREIRA, 2007. J. J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora
- CATARINO, 2014. Luís Catarino, *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, Coimbra: CEDIPRE/FDUC, disponível em: http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_16.pdf (última consulta: 4.01.2017)
- CHAMPAUD, 2011. Claude Champaud, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Bruxelas: Larcier
- CHAMPAUD, 2012. Claude Champaud, “Fondements, permanence et avenir de la Doctrine de l'entreprise”, in *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier, pp. 183-224
- CHAMPAUD, 2012. Claude Champaud (ed.), *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier
- CLR STEERING GROUP, 1999. The Company Law Review Steering Group, *Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework* (1999), disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121029131934/http://www.bis.gov.uk/files/file23279.pdf> (última consulta: 17.01.2017)
- CMVM, 2013. Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, *Código de Governo das Sociedades (Recomendações 2013)*, disponível em: <http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Recomendacoes/Documents/C%C3%B3digo%20de%20Governo%20das%20Sociedades%202013.pdf> (última consulta: 12.01.2016);
- CMVM, 2013. Regulamento 4/2013, disponível em: http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Regulamentos/Pages/Reg_2013_04.aspx (última consulta: 9.01.2017);

- CMVM & IPCG, Comunicado conjunto da CMVM e do IPCG de 16.03.2016, disponível no sítio de ambas as entidades: http://www.cgov.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=1085&Itemid=1 (consultado em 12.12.2016)
- COMISSÃO EUROPEIA, 2011. Comissão Europeia, *O Quadro da UE do Governo das Sociedades*: COM(2011), 164 final (Livro Verde). Disponível, por exemplo, em: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_pt.pdf;
- COMISSÃO EUROPEIA, 2001. Comissão Europeia, *GREEN PAPER – Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility*, DOC/01/9 (18.07.2001), COM(2001), 366 final
- COMISSÃO EUROPEIA, 2011a. Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014*, COM(2011), 681 final (25.10.2011)
- COMISSÃO EUROPEIA, 2011b. Comissão Europeia, *Corporate Social Responsibility: a new definition, a new agenda for action*, MEMO/11/730 (25.10.2011), disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-730_en.htm (última consulta, 17.03.2017)
- COMISSÃO EUROPEIA, 2012. Comissão Europeia, *Plano de ação: Direito das Sociedades Europeu e Governo das Sociedades – Um Quadro Jurídico Moderno com Vista a uma Maior Participação dos Acionistas e a Sustentabilidade das Empresas, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*, COM(2012), 740 Final (12.12.2012)
- CONFRARIA, 2011. João Confraria, *Regulação e Concorrência, Desafios do século XXI*, 2.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora
- CONTIN, 2012. Raphaël Contin, “Les approches sociétales de l’Entreprise: une option vitale pour nos sociétés développées”, in *L’entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier, p. 101-104
- CORDEIRO, 2011. A. Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, vol. I – Parte Geral, Coimbra: Almedina
- COSTA & DIAS, 2010. Ricardo Costa & Gabriela Figueiredo Dias, “Anotações ao Artigo 64.º do CSC”, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, ed. J. M. Coutinho de Abreu, Coimbra: Almedina
- CRANE, PALAZZO, SPENCE & MATTEN, 2014. Andrew Crane, Guido Palazzo, Laura J. Spence, Dirk Matten, “Contesting the Value of ‘Creating Shared Value’”, *California Management Review*, 56 (2014), pp. 130-49, com resposta de Porter e Kramer, pp. 149-51, e réplica daqueles, pp. 151-53; texto disponível em: <http://www.dirkmatten.com/Papers/C/Crane%20et%20al%202014%20in%20CMR.pdf> (última consulta: 17.02.2017)
- CUNHA, 2011. Carolina Cunha, “Anotação aos Artigos 186.º e 240.º”, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. 3, ed. J. M. Coutinho de Abreu, Coimbra: Almedina
- OLAVO CUNHA, 2016. Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina (6.ª ed.)

- OLAVO CUNHA, 2016. Paulo Olavo Cunha, “Reforma e Pensão de Administradores (A Cargo da Sociedade Administrada)”, in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos & J. M. Coutinho de Abreu, pp. 305-38
- DALLAS & PITT-WATSON, 2016. George Dallas & David Pitt-Watson, *Corporate Governance Policy in the European Union through an Investor’s Lens*, ed. CFA Institute, disponível em <http://www.cfapubs.org/doi/pdf/10.2469/ccb.v2016.n6.1> (última consulta: 17.02.2017)
- DANET, 2012. Didier Danet, “Pour en finir avec le financialisme: la Doctrine de l’entreprise”, in *L’entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier, pp. 35-55
- DIAS, 2014. Gabriela Figueiredo Dias, “Financiamento e Governo das Sociedades (Debt Governance): O Terceiro Poder”, in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos & J. Coutinho de Abreu, pp. 359-83; ver Costa
- ECCLES, IOANNOU & SERAFEIM, 2011. Robert G. Eccles, Ioannis Ioannou & George Serafeim, “The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance”, *Management Science*, 60 (2014), pp. 2835-57. A versão consultada é de 2011, revista em 2012; disponível, por exemplo, em: <http://www.nber.org/papers/w17950>; http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/SSRN-id1964011_6791edac-7daa-4603-a220-4a0c6c7a3f7a.pdf (última consulta: 17.01.2017)
- ECODA, 2015. Confédération Européenne des Associations d’ADMINISTRATEURS/ European Confederation Of Directors’ Associations, *A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union*, IFC 2015, disponível em: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c44d6d0047b7597bb7d9f7299ede9589/CG_Practices_in_EU_Guide.pdf?MOD=AJPERES (última consulta: 25.02.2017)
- ESPÍRITO SANTO, 2014. João Espírito Santo, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Coimbra: Almedina
- FERREIRA *et al.*, s/d. Luís Ferreira *et al.*, *Manual de Boas Práticas. O Desafio da Sucessão Empresarial em Portugal*, ed. Paulo Nunes de Almeida, AEP, s/d, disponível em http://sucessaoempresarial.aeportugal.pt/documents/SUCCESS%C3%83O_Manual%20de%20Boas%20Pr%C3%Aticas.pdf;
- FERREIRA *et al.*, 2011. Luís Ferreira *et al.*, *Livro Branco da Sucessão Empresarial*, ed. Paulo Nunes de Almeida, AEP, disponível em http://sucessaoempresarial.aeportugal.pt/documents/SUCCESS%C3%83O_Livro%20Branco.pdf (última consulta: 17.01.2017.)
- FERREIRA, 2016. Miguel Ferreira, “Política de Remuneração e Risco”, in *A Governação de Bancos nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, ed. Paulo Câmara *et al.*, Coimbra: Almedina, pp. 211-24
- FRADA, 2014. M. Carneiro da Frada, “‘Ou cumpres ou explicas-te!’ Sobre a *soft law* no governo societário», in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos & J. Coutinho de Abreu, Coimbra: Almedina, pp. 339-43

- FREEMAN, 1984. R. Edward Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston: Pitman
- FREEMAN *et al.*, 2004. Edward Freeman, Andrew Wicks & Bidhan Parmar, “The Corporate Objective Revisited”, *Organization Science*, 15/3 (2004), pp. 364-369
- FREEMAN, HARRISON, WICKS, PARMAR & COLE, 2010. Edward Freeman, Jeffrey Harrison, Andrew Wicks, Bidhan Parmar & Simone de Cole, *Stakeholder Theory. The State of the Art*, Cambridge: Cambridge University Press
- FRIEDMAN & MILES, 2002. Andrew L. Friedman & Samantha Miles, *Stakeholders: Theory and Practice*, Oxford: Oxford University Press
- FRIEDMAN, 1962. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press
- FRIEDMAN, 1970. Milton Friedman, “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits», *NY Times Magazine*, 13.09.1970
- GARCIA, 2007. Maria da Glória Garcia, *O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente*, Coimbra: Almedina
- GARCIA & MATIAS, 2010. Maria da Glória Garcia & Gonçalo Matias, “Anotação ao Artigo 66.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, ed. Jorge Miranda & Rui Medeiros, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- GIÃO, 2010. João Sousa Gião, “Conflitos de Interesses entre Administradores e os Acionistas na Sociedade Anónima: Os Negócios com a Sociedade e a Remuneração dos Administradores”, in *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro*, ed. Paulo Câmara *et al.*, pp. 215-91
- F. GOMES, 2007. Fátima Gomes, «Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC», in *AAVV, Nos 20 anos do CSC. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, II, Coimbra Editora 2007, pp. 551-569
- F. GOMES, 2011. Fátima Gomes, “Remuneração de administradores de sociedades anónimas ‘cotadas’, em geral e no setor financeiro”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos & J. Coutinho de Abreu, Coimbra (Almedina) 2011, pp. 297-333
- F. GOMES, 2011a. Fátima Gomes, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina
- J. GOMES, 2015. José Ferreira Gomes, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades. A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Coimbra: Almedina
- J. GOMES, 2010. José Ferreira Gomes, “Conflitos de Interesses entre Acionistas nos Negócios Celebrados entre a Sociedade Anónima e o seu Acionista Controlador”, in *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro*, ed. Paulo Câmara *et al.*, Coimbra: Almedina, pp. 75-213
- GOMEZ SEGADE, 2011. J. A. Gomez Segade, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, ed. de José Lebre de Freitas *et al.*, Coimbra: Almedina, pp. 345-356

- GONÇALVES, 2011. Diogo Costa Gonçalves, “O Governo das Sociedades por Quotas – Breves Reflexões sobre a Celebração de Negócios entre o Gerente e a Sociedade”, in *O Governo das Organizações – A Vocação Universal do Corporate Governance*, Coimbra: Almedina, pp. 95-123
- G20/OCDE, *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE* (2015), disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/governance/principios-de-governo-das-sociedades-do-g20-ocde_9789264259195-pt;jsessionid=15ka7cgsjonj3.x-oecd-live-02 (última consulta: 9.01.2017)
- HENDERSON, 2011. Gail Elizabeth Henderson, “A Fiduciary Duty to Minimize the Corporation’s Environmental Impacts”, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2011-32 (September 22, 2011), disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1932032> (última revisão: 17.11.2016)
- HENDERSON, 2011. Gail Elizabeth Henderson, “A Fiduciary Duty to Minimize the Corporation’s Environmental Impacts”, *International and Comparative Corporate Law Journal*, 9 (2013), pp. 67-95, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283513682_A_FIDUCIARY_DUTY_TO_MINIMIZE_THE_CORPORATION’S_ENVIRONMENTAL_IMPACTS: (última consulta: 9.01.2017)
- HOPT, 2008. Klaus Hopt, “Desenvolvimentos Recentes da *Corporate Governance* na Europa. Perspetivas para o Futuro”, in IDET, *Miscelâneas*, n.º 5, Coimbra: Almedina, pp. 7-39
- IBCG, 2015. Instituto Brasileiro de Governança corporativa, *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa* (2015), disponível em: <http://www.ibgc.org.br/index.php/publicacoes/codigo-das-melhores-praticas> (última consulta: 7.01.2017)
- IPCG, 2016. Instituto Português da Corporate Governance, *Código de Governo das Sociedades 2016* (Projeto), disponível em: http://www.cgov.pt/ficheiros/Codigo_maior_2016_versao_para_consulta_VF.pdf (última consulta: 3.01.2017)
- IRN, 2006. Instituto dos Registos e Notariado (IRN), *Pactos [Sociais (modelos)]*, disponíveis em: http://www.empresahora.mj.pt/ENH/sections/PT_pactos (última consulta: 3.01.2017)
- IWAI, 1999. Katsuhito Iwai, “Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance”, *The American Journal of Comparative Law*, 47 (1999), pp. 583-632
- JENSEN, 2002. Michael C. Jensen, “Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function”, *Business Ethics Quarterly*, 12 (2002), pp. 235-56
- JOÃO PAULO II, 1991. Papa João Paulo II, Encíclica *Centesimus Annus*, Roma
- JOHNSON, 2013. Lyman Johnson, *Law and the History of Corporate Responsibility: Corporate Governance*, University of St. Thomas Law 10/4 (2013), pp. 974-990
- KERR, JANDA & PITTS, 2009. Michael Kerr, Richard Janda & Chip Pitts, *Corporate Social Responsibility – A Legal Analysis*, Toronto: LexisNexis
- LOPES, 2013. João Dias Lopes, “Governo da sociedade anónima e negócios com acionistas de controlo”, *Revista de Direito das Sociedades*, VI (2013), 1/2, pp. 77-165
- MAIA, 2002. Pedro Maia, *Funções e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra: Almedina

- MAIA, 2012. Pedro Maia, “Corporate Governance em Portugal”, in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, ed. Fábio Coelho & Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra: Almedina, pp. 43-86
- MARTINS, 1998. A. Soveral Martins, *Os Poderes de Representação dos Administradores das Sociedades Anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora
- MARTINS, 2006. A. Soveral Martins, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das ações*, Coimbra: Almedina
- MARTINS, 2014. A. Soveral Martins, “Soft? Not Soft Enough? Too Soft? Leitura Crítica de algumas Soluções Contidas nos Códigos de Governo das Sociedades em Portugal”, in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos, Coimbra: Almedina, pp. 345-57
- MARTINS, 2014. A. Soveral Martins, “Governação das Empresas Familiares em Portugal. Algumas Notas sobre as Sociedades por Quotas”, *Direito das Sociedades Revista* 15 (2016), pp. 13-27
- MAY, 2016. Theresa May, Discurso de 11.07.2016, disponível no site do IPCG: <http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/theresa-may-july-11-speech.pdf>. Última consulta: 4.01.2017
- MEIRA, 2014. Deolinda Meira, “A Governação Cooperativa – Encontros e Desencontros com a Governação Societária”, in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista* (2014), pp. 385-410
- MENDES, 2012. Evaristo Mendes, “Constituição e Direito Comercial”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, ed. Paulo Otero, Fausto de Quadros & Marcelo Rebelo de Sousa, vol. I, Coimbra (Almedina) 2012, pp. 635-71
- MENDES, 2012. Evaristo Mendes, “Modelo Económico Constitucional e Direito Comercial”, in *Direito Comercial e Societário. Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo M. Sendin*, Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 167-251
- MENDES, 2012. Evaristo Mendes, “Exoneração de Sócios”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos & J. Coutinho de Abreu, Coimbra: Almedina, pp. 13-89
- MENDES, 2015. Evaristo Mendes, “Aval Prestado por Sócios de Sociedades por Quotas e Anónimas e Perda da Qualidade de Sócio”, *Revista de Direito das Sociedades*, VII (2015), pp. 587-616
- MENDES, 2010. Evaristo Mendes, “Anotação ao Artigo 61.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, ed. Jorge Miranda & Rui Medeiros, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- MIRANDA & MEDEIROS, 2010. Jorge Miranda & Rui Medeiros, “Anotação ao Artigo 47.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, ed. Jorge Miranda & Rui Medeiros, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- MOCZALDO, 2015. Regina Moczaldo, “Creating Competitive Advantages – The European CSR-Strategy Compared with Porter’s and Kramer’s Shared Value Approach”, *Ekonomski Vjesnik/Econviews*, 28 (2015), pp. 243-256
- MOREIRA & MAÇÃS, 2003. Vital Moreira & Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projeto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora

- NEVES, 2008. J. L. César das Neves – *Introdução à ética empresarial*, Cascais: Príncipe
- NUNES, 2016. Pedro Caetano Nunes, “Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas – Os Poderes-Deveres dos *Non-executive Directors*”, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 51-77
- OCDE, *Les principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales / OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, disponíveis em: <http://www.oecd.org/corporate/mne/>. Existe também uma versão em português (Br), intitulada *Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais*; ver G20
- OLIVEIRA, 2017. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo das Sociedades*, Coimbra: Almedina
- PADFIELD, 2015. Stephen Padfield, “Corporate Social Responsibility & Concession Theory”, *William & Mary Business Law Review*, 6/1 (2015), pp. 1-34
- PHILLIPS, 2003. Robert Phillips, *Stakeholder Theory and Organizational Ethics*, San Francisco: Barret-Koehler Publishers
- PHILLIPS, FREEMAN & WICKS, 2003. Robert Phillips, Edward Freeman & Andrew Wicks, “What Stakeholder Theory is not”, in *Business Ethics Quarterly*, vol. 13/4 (2003), pp. 479-502
- PINTO, 2013. Fernando Ferreira Pinto, *Contratos de Distribuição*, Lisboa: Universidade Católica Editora
- PORTER & KRAMER, 2011. Michael Porter & Mark Kramer, “Creating Shared Value: How to Reinvent Capitalism – And Unleash a Wave of Innovation and Growth”, *Harvard Business Review*, 89 (2011), pp. 62-77
- PORTER & KRAMER, 2006. Michael Porter & Mark Kramer, “Strategy & Society: The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility”, *Harvard Business Review*, 84 (2006), pp. 78-92
- QUAIREL-LANOISELEE, 2016. Françoise Quairel-Lanoiselee, “Are Competition and Corporate Social Responsibility Compatible? – The Myth of Sustainable Competitive Advantage”, *Society and Business Review*, 11 (2016), pp. 130-154
- RAHIM, 2014. Mia Mahmudur Rahim, “The Rise of Enlightened Shareholder Primacy and Its Impact on the US Corporate Self-Regulation”, *International Company and Commercial Law Review*, 12 (2014), pp. 409-417, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2639919> (última consulta: 9.01.2017)
- REGÊNCIO, 2016. João Regêncio, “Negócios com partes relacionadas e deveres de informação”, *Direito das Sociedades em Revista*, 15 (2016), p. 197-236
- RIBEIRO, 2009. Maria de Fátima Ribeiro, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra (Almedina), 2009
- ROBÉ, 2013. Jean-Philippe Robé, “L’au-delà de la «doctrine de l’entreprise»”, “Dossier: Repenser le gouvernament des sociétés commerciales”, in *Cahiers de droit de l’entreprise*, n.º 2, março-abril de 2013, pp. 21-60, pp. 23 ss
- ROUSSEAU, 2012. Stéphane Rousseau, “La Stakeholder Theory: émergence et réception dans la gouvernance d’entreprise en Amérique du Nord”, in *L’entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier, pp. 111-130

- SACCONI, 2004. Lorenzo Sacconi, “Responsabilità sociale come governance allargata d’impresa: un’interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione”, *Liuc Papers n. 143, Serie Etica, Diritto ed Economia 11*, suppl. a febbraio 2004, disponível em: <http://www.biblio.liuc.it/liucpap/pdf/143.pdf>;
- SACCONI, 2012. Lorenzo Sacconi, “Corporate social responsibility and corporate governance”, *Econometrica*, Wp n.º 38 (2012), disponível em: <http://econometrica.it/wp/wp38.pdf>
- SACCONI, 2012. Lorenzo Sacconi, “Ethics, Economic Organisation and the Social Contract”, *Econometrica*, Wp n.º 41 (julho 2012), disponível em: <http://econometrica.it/wp/wp41.pdf> (consulta: 20.01.2017)
- SCHMIDT, 2002. Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Colónia: Carl Heymanns
- SERENS, 2014. M. Nogueira Serens, “Corporate-Sponsored Foundations: Altruísmo ou (ainda) Economicidade?”, in *III Congresso DSR*, Coimbra: Almedina, pp. 585-605
- SERRA, 2009. Catarina Serra, “A Responsabilidade Social das Empresas – Sinais de um Instituto Jurídico Iminente?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 835 et seq.
- SERRA, 2011. Catarina Serra, «Entre Corporate Governance e Corporate Responsibility: Deveres fiduciários e “interesse social iluminado”», in *I Congresso DSR*, ed. Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos & J. Coutinho de Abreu, Coimbra: Almedina, pp. 211-258
- SILVA, 2010. Jorge Pereira da Silva, “Breve Ensaio sobre a Proteção Constitucional dos Direitos das Gerações Futuras”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, ed. João Caupers, Maria da Glória Garcia & Augusto de Athayde, Coimbra: Almedina, pp. 461-505
- SILVA, VITORINO, ALVES, CUNHA & MONTEIRO, 2006. Artur Santos Silva, António Vitorino, Carlos Francisco Alves, Jorge Arriaga da Cunha, Manuel Alves Monteiro, *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, IPCG 2006, disponível em: http://www.ecgi.org/codes/documents/libro_bianco_cgov_pt.pdf (última consulta: 17.01.2017.)
- SONNIER, 2012. Norbert-Marie Sonnier, «La doctrine sociale de l’Église e l’entreprise dans la société du xx^e siècle», in *L’entreprise dans la société du 21^e siècle*, ed. Claude Champaud, Bruxelas: Larcier, pp. 105-109
- STOUT, 2015. Lynn Stout, “The Corporation As Time Machine: Intergenerational Equity, Intergenerational Efficiency, and the Corporate Form”, *Seattle University Law Review* 38 (2015), pp. 685-723. Ver Blair
- VENTURA, 1991. Raúl Ventura, *Sociedades por Quotas*, vol. III, Coimbra: Almedina
- WILLIAMS, 2017. Richard Williams, “Enlightened Shareholder Value in UK Company Law”, *UNSW Law Journal*, 35 (2012), pp. 360-377, disponível em: http://unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/15_williams_2012.pdf (última consulta: 9.01.2017)
- R. XAVIER, 2016. Rita Lobo Xavier, *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, Porto: Universidade Católica Editora
- V. XAVIER, 1976. Vasco Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra: Atlântida

Índice de resumos

I. Fundamentos Jurídico-Filosóficos da Justiça Intergeracional

19 *Direitos sem sujeito?*

ELSA VAZ DE SEQUEIRA

Resumo: Um dos argumentos mais utilizados para negar a existência de direitos das gerações vindouras e dessa forma rejeitar a eventual responsabilidade da geração presente relativamente aos seus sucessores reside justamente no caráter futuro dos respetivos sujeitos. Segundo este raciocínio, a falta do sujeito impede a vigência do direito, da mesma forma que a inexistência deste determina a ausência de um dever genérico de respeito. Pois bem, aquilo que interessa descortinar é, por uma banda, se efetivamente não podem existir direitos sem sujeitos e, por outra banda, se não é possível haver um dever genérico de respeito pese embora o direito subjetivo a respeitar ainda não se ter constituído em concreto.

41 *Teorias da Justiça Intergeracional*

ANDRÉ SANTOS CAMPOS

Resumo: Embora a justiça seja temática explorada pela filosofia desde os primórdios desta, apenas recentemente o problema do prolongamento temporal do valor por várias gerações foi reconhecido como merecedor de maior atenção. Nascida das discussões sobre as exigências de estabilidade dos constitucionalismos modernos e sobre os ditames da economia pública quanto à extensão da dívida contraída, a temática da justiça intergeracional acabou por desenvolver-se como resposta a desafios históricos emergentes aos quais as tradicionais teorias da justiça não conseguiam apresentar hipóteses viáveis de resolução. Com o alargamento do alcance da ação humana ao ponto da entrada numa era do antropoceno, cujas consequências maiores serão suportadas por gerações ainda não nascidas, a invocação da justiça nas relações entre diferentes gerações atinge o píncaro da premissa. Este texto tenta delinear um breve panorama das teorias da justiça intergeracional que se foram desenvolvendo nas últimas décadas. Numa primeira parte, delimita o que se deva entender por teorias da justiça intergeracional. Numa segunda parte, identifica características específicas a estas teorias, explicitando em que consistem. Por fim, tenta resumir o que defendem algumas das principais teorias da justiça intergeracional, focando-se na teoria da reciprocidade

indireta, no utilitarismo, e nos diferentes géneros de igualitarismo, mormente o comunitarista, o libertarista, e o liberal de John Rawls.

70 *Comunidade Política e o Futuro*

MIGUEL MORGADO

Resumo: A temporalidade é constitutiva de qualquer comunidade política. Na medida em que ela se determina por um “projeto” há uma relação da comunidade política com o futuro que é decisiva, quer para a sua autointerpretação quer para as possibilidades que se abrem e fecham à coletividade e aos membros que a compõem. Em tempos, essa discussão ficou resumida à questão do “progresso”, o que se veio a revelar redutor. Importa, pois, tentar perceber como o futuro é estruturante do passado e do presente da comunidade política, e, do ponto de vista prático, como pode a comunidade política preparar-se para esse futuro.

II. Teoria Constitucional

93 *Justiça Intergeracional: Entre a Política e o Direito Constitucional*

JORGE PEREIRA DA SILVA

Resumo: São diversas as políticas públicas que, nos tempos mais recentes, têm surgido no espaço mediático escrutinadas à luz de uma ideia de justiça entre gerações. Endividamento público, parcerias público-privadas, segurança social, mercado de trabalho, ambiente e energia são apenas algumas das áreas temáticas a respeito das quais se teme que as gerações futuras – abarcando neste conceito tanto as gerações que ainda não existem, quanto as que ainda não acederam a certo direito, como inclusivamente as gerações mais jovens – não terão as mesmas oportunidades das suas antecessoras.

É sobre a Constituição, enquanto documento destinado a impedir o abuso do poder e a garantir os direitos fundamentais, que recai a obrigação de limitar a possibilidade de as gerações presentes transferirem para o futuro alguns dos encargos decorrentes das políticas que hoje são desenvolvidas, reduzindo a autonomia das gerações futuras para tomarem as suas próprias opções e o próprio acervo de direitos que poderão exercer.

Independentemente dos afloramentos concretos do princípio da justiça entre gerações nos textos constitucionais, os direitos fundamentais parecem incorporar uma dimensão intergeracional *a se*: subjetivamente, eles fluem de forma contínua entre gerações, sem ruturas ou descontinuidades; mas numa perspectiva objetiva eles coexistem no tempo em termos tais que os direitos das gerações futuras interagem hoje mesmo com os direitos da geração presente, limitando o seu alcance e o seu exercício.

138 *O Problema da Tutela Constitucional das Gerações Futuras*

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO

Resumo: A proteção constitucional das gerações futuras é geralmente apresentada como uma resposta natural à tendência crónica da democracia representativa para o imediatismo. Dada a incapacidade do processo político, controlado pela geração presente, de salvaguardar os interesses das gerações vindouras – tanto mais quanto mais distante o futuro –, justifica-se a imposição de limites constitucionais neste domínio. O problema é geralmente visto a partir do ângulo da autovinculação: o povo encarnado no processo político ordinário é como Ulisses encantado pelas sereias – incapaz de agir racionalmente –, pelo que é sensato que o povo na sua encarnação constituinte, lúcida e responsável, proceda como Ulisses quando pede que o prendam ao mastro do navio. Porém, o capítulo procura demonstrar que esta analogia atraente é enganadoramente simples. As questões da justiça intergeracional são extremamente complexas e controversas, pelo que se coloca o problema de saber se é sensato e legítimo que a sua resolução seja avocada pelo legislador constituinte em vez de estar sujeita aos mecanismos de formação e renovação da vontade coletiva próprios das democracias constitucionais.

161 *Democracia e Revisão Constitucional*

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

Resumo: O presente artigo visa questionar a ideia de que exista um direito dos cidadãos a reunir em assembleias populares tendo em vista uma revisão da Constituição, mesmo à margem das disposições que a regulam, ou que a conceção moderna da democracia envolva necessariamente um elemento «populista» expresso na participação necessária de todos os eleitores em certas decisões fundamentais da comunidade política. A tese contrária, de que deve permanecer aberta a possibilidade de o povo ser chamado a pronunciar-se diretamente sobre as questões mais relevantes da vida política, não pode ser defendida com base na sua pretensa proximidade da ideia moderna de democracia, tendo ainda na sua base uma visão deturpada das origens desta última. Adicionalmente, essa tese enfraquece a força das normas constitucionais destinadas a salvaguardar os direitos das gerações futuras.

187 *A Tutela Constitucional das Gerações Futuras: Profilaxia Jurídica ou Saudades do Futuro?*

CATARINA SANTOS BOTELHO

Resumo: Independentemente das premissas éticas, morais, filosóficas, sociológicas, mundividenciais, entre outras, que possam justificar a tutela das gerações futuras, o Direito não poderá continuar silente e a raciocinar numa lógica exclusivamente sincrónica. Seja qual for a estratégia de proteção adotada, o importante será não cair nos extremos do *excesso* de tutela,

que possa manietar a liberdade das gerações futuras, ou do *défice* de tutela, que deixe as gerações vindouras inteiramente à sua sorte. Numa perspectiva *de jure condendo*, entendemos ser pertinente alterar o texto constitucional português e nele consagrar, de forma cristalina, a tutela das gerações futuras.

III. Políticas Públicas

221 *A Dívida Pública como Problema Intergeracional*

J. ALBANO SANTOS

Resumo: O modo como, em cada momento, uma sociedade decide usar os seus meios disponíveis tem, regra geral, reflexos na qualidade de vida das gerações futuras. Daí que a equidade intergeracional seja uma antiga exigência que reclama dos decisores políticos uma afetação de recursos que pondere devidamente os interesses dos vindouros. Ora, a dívida pública é um tópico crucial nesta matéria, na medida em que representa o instrumento básico para a distribuição do custo do capital coletivo da nação pelas várias gerações que dele beneficiam. De há muito, porém, que a dívida pública está envolta numa viva controvérsia onde mitos e realidades se cruzam com igual firmeza, quantas vezes ao sabor de meras conveniências ideológicas. Assim, o presente texto passa em revista os principais argumentos com que, de ambos os lados, se alimenta essa polémica, no intuito de contribuir para a formação de um juízo criterioso neste domínio.

261 *Ensaio sobre a Solidariedade Intergeracional e sua Incidência na Despesa Pública*

MARIA D'OLIVEIRA MARTINS

Resumo: Depois de uma introdução sobre o impacto que a solidariedade entre gerações tem no plano jurídico-financeiro, o texto procura dar resposta essencialmente a duas questões. A primeira é a de saber se as gerações presentes devem sacrificar o seu bem-estar em benefício do porvir. A segunda é a de saber que gerações presentes e futuras são aquelas a que a Constituição oferece proteção: serão apenas as nacionais ou também as extranacionais? A partir destas questões, ensaiam-se os contornos da prioridade ao presente e estabelecem-se as prioridades entre as diferentes gerações nacionais e extranacionais, tal como se desenham no plano constitucional.

290 *Breves Noções de Sustentabilidade Ecológica*

BRUNO PINTO

Resumo: Este artigo pretende definir sustentabilidade ecológica ou ambiental, ilustrar a importância de serviços de ecossistema como a reciclagem de ar e água, a polinização ou a produção de alimento, e apresentar evidências

da sua atual degradação. Assim, são incluídos estudos globais que apontam para a degradação de alguns valores naturais, havendo referência a ameaças específicas como a destruição do habitat, as alterações climáticas ou a escassez de água. Tendo em conta que a nossa economia é baseada no uso sustentável desses valores naturais, reforça-se a ideia de que devemos assegurar a sua viabilidade a médio prazo para evitar consequências negativas no futuro.

323 *Precaução e Proteção do Ambiente: Da Incerteza à Condicionalidade*

CARLA AMADO GOMES

Resumo: O texto pretende iluminar as fragilidades e virtudes da ideia de precaução. Por um lado, sublinha a imprecisão da noção nos documentos normativos, nacionais e internacionais, que gera posicionamentos erráticos dos tribunais e utilizações abusivas da parte dos responsáveis políticos; por outro lado, o facto de a precaução entroncar no conceito de risco tecnológico, alerta para a necessidade de o avaliar e gerir dinamicamente no contexto de decisões tomadas em cenários de incerteza. Agir de acordo com uma lógica de precaução constitui, assim, um importante penhor de paz social no presente e de testamento político ante os vindouros. A metodologia de ponderação de interesses em que se traduz reveste uma inarredável dimensão prospetiva que se traduz numa responsabilidade (ética) por escolhas que podem hipotecar irreversivelmente as opções das gerações futuras.

352 *A Sustentabilidade da Segurança Social*

NAZARÉ COSTA CABRAL

Resumo: A autora começa por relacionar as noções de sustentabilidade da segurança social e de justiça entre gerações. De seguida, articula o problema da sustentabilidade dos Estados de bem-estar contemporâneo com a necessidade de respeitar os direitos sociais (fundamentais), em função da sua densidade, evidenciando as tensões que hoje se descortinam nessa articulação. Analisa depois, especialmente, o desafio da sustentabilidade da segurança social (e em particular do seu sistema de pensões), à luz das várias propostas de reforma e de modelos alternativos que nas últimas décadas têm vindo a ser concretizados. A autora assinala por fim que, nos últimos anos, muito por força da influência do modelo sueco de contas “nacionais”, os sistemas de pensões – mesmo que mantendo a técnica de repartição (*pay-as-you-go*) – têm evoluído no sentido de acomodar automaticamente os efeitos da demografia e da economia no comportamento das variáveis da segurança social, seja do lado da receita seja do lado da despesa, assim procurando, em cada momento e para futuro, garantir o respetivo equilíbrio

397 *Demografia, Migrações e Sustentabilidade Intergeracional*

GONÇALO MATIAS

Resumo: A sustentabilidade intergeracional das sociedades europeias e do seu estado social dependem, em larga medida, da capacidade de impor uma correta política migratória. Essa imposição é cada vez mais difícil em face das reações populistas e xenófobas de muitos países. Numa sociedade envelhecida, só a atração de imigrantes permite essa sustentabilidade, seja no plano das relações familiares, no cuidado aos idosos dependentes ou, no plano macro, na sustentabilidade das finanças públicas, dos sistemas de segurança social e, em geral, do próprio Estado social.

420 *Justiça Intergeracional e Mercado de Trabalho: Apontamentos para uma Aproximação Juslaboral*

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO

Resumo: O texto articula o tópico da justiça intergeracional com uma reflexão sobre os impasses atuais do Direito do Trabalho. Parte da construção do paradigma juslaboral clássico e da sua crise, passando, depois, ao tratamento genérico das circunstâncias que suscitaram, nas últimas décadas, a eclosão (ou a recuperação) do debate sobre a justiça intergeracional, relacionando-as com as vicissitudes específicas do ordenamento laboral e aferindo o seu impacto no projeto regulativo do Direito do Trabalho. A partir daqui, deixam-se bases para a discussão da questão da justiça intergeracional numa perspetiva juslaboral, tomando-a como vetor de política legislativa e como tópico argumentativo.

IV. Política Empresarial

469 *Governança Societária e Justiça Intergeracional*

EVARISTO MENDES

Resumo: A governança societária (*corporate governance*) é genericamente um conjunto articulado de estruturas, regras de competência e funcionamento, normas de comportamento, princípios, recomendações, incentivos e boas práticas, aplicáveis a uma sociedade comercial ou nela observáveis, tendo como objetivo contribuir para otimizar o seu funcionamento e o exercício do seu objeto, de forma sustentável e no longo prazo, levando em consideração a respetiva função económico-social geral.

Os estudos e instrumentos de *governança societária* não estão, em geral, pensados para promover a justiça intergeracional. Dela podem, no entanto, resultar benefícios ou efeitos positivos neste domínio e um papel coadjuvante na efetividade do sistema de proteção legal existente. Esta conclusão ainda sai reforçada quando o tema é visto à luz do pertinente texto constitucional.

Esta obra aborda um dos mais desafiantes problemas da atualidade: a forte dependência das gerações vindouras em relação a decisões e a comportamentos que a geração presente assume hoje, em diversos domínios da vida social, mas que projetam os seus efeitos numa escala temporal alargada.

A circunstância de alguns desses efeitos serem negativos — penalizando eventualmente a qualidade de vida das gerações futuras e a liberdade para fazer as suas próprias opções políticas —, exige dos Estados de Direito que equacionem a salvaguarda da posição destas, mormente através da vinculação da geração atual a princípios de sustentabilidade e de responsabilidade para com o futuro.

COLABORADORES

André Santos Campos | António Nunes de Carvalho | Bruno Pinto

| Catarina Santos Botelho | Carla Amado Gomes |

Elsa Vaz de Sequeira | Evaristo Mendes | Gonçalo de Almeida Ribeiro

| Gonçalo Matias | J. Albano Santos | Jorge Pereira da Silva |

Maria Oliveira Martins | Miguel Morgado | Miguel Nogueira de Brito

| Nazaré Costa Cabral



CATOLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LSBDA

**FUNDAÇÃO**
FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS