

NÃO CITAR SEM AUTORIZAÇÃO

Projecto: Direitos Sociais em Portugal: A sua Constitucionalização e Implicações Socio-políticas (PTDC/CPO/71295/2006)

Fase 1: estudo da constitucionalização dos direitos sociais em Portugal

Working paper nº2 – Direitos sociais em especial – Saúde e Educação

Nota preliminar.....	1
I. Direito à saúde.....	2
a) Textos constitucionais anteriores	2
b) A Constituição da Saúde – origens e análise do texto de 1976.....	3
1. O texto de 1976 e as revisões constitucionais.....	3
2. Breves considerações sobre políticas de saúde.....	6
c) Análise da doutrina – o acesso ao SNS e a questão das taxas moderadoras.....	7
d) Jurisprudência sobre o direito à saúde	8
II. Direito à educação.....	14
a) Textos constitucionais anteriores	14
b) A Constituição da Educação – origens e análise do texto de 1976	16
1. Breves considerações sobre políticas da educação.....	16
2. O texto de 1976.....	16
3. Análise	20
4. O acesso formal ao ensino	23
5. O acesso material ao ensino	24
c) A jurisprudência do Tribunal Constitucional	28
1. O acórdão 148/94	28
2. Comentários à decisão do TC	30
3. Efeitos da decisão do TC e legislação	33
Conclusão geral.....	33
Bibliografia.....	34

Nota preliminar

De entre os direitos sociais consagrados pela Constituição de 1976, a educação e a saúde são dois dos mais importantes e daqueles que mais debate doutrinário têm suscitado em Portugal. Uma das justificações para esta relevância prende-se com o facto de, por exemplo, alguma doutrina defender que a Constituição confere neste dois casos “um direito imediato a uma prestação efectiva”: desde logo, os cidadãos têm, no âmbito do direito à saúde (artigo 64º), um “direito actual aos cuidados médicos de que necessitem nos serviços públicos de saúde”; e no âmbito do direito ao ensino um “direito à escola” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 130).

Tanto o tema da educação como o da saúde já eram incluídos enquanto preocupações de ordem social em Constituições anteriores, como se verá mais adiante. Porém, tratava-se de meras

directivas de actividade estadual e não de direitos enquanto tal (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 95 e Miranda, 1978: 313).

No quadro dos direitos à saúde e à educação na Constituição de 76, a questão da gratuitidade dos serviços públicos de educação e da saúde é daquelas que mais tem ocupado a doutrina. Ao mesmo tempo, é dos temas que tem gerado mais controvérsia política e mobilização social. Quanto ao primeiro direito, é no domínio do ensino superior e na questão das propinas que mais reparos haverá a fazer, enquanto em relação à saúde o destaque recairá nas taxas moderadoras e nos meios de pagamento dos custos das prestações de saúde. De um modo geral, a chamada crise do Estado social tem-se reflectido no discurso político e nas políticas públicas atinentes a estes dois sectores, verificando-se uma tendência para se defender a progressiva assunção de uma parte cada vez maior dos custos das prestações sociais do Estado pelos utentes das mesmas. Em resposta, questiona-se a compatibilidade desta tendência com os princípios recebidos pela Constituição de 1976, mesmo após as revisões, que mitigaram algumas das estruturas do estado social português do pós-25 de Abril. Aliás, este problema foi colocado à consideração do Tribunal Constitucional em vários casos, que também analisaremos. Passemos então em revista as questões essenciais tratadas pela doutrina sobre cada um destes direitos.

I. Direito à saúde

Importa tecer vários comentários sobre as origens deste direito, a norma constitucional em que está consagrado, o modo como esta evoluiu ao longo das revisões e a interpretação doutrinária do mesmo.

a) Textos constitucionais anteriores

Em seguida transcrevemos os artigos de Constituições portuguesas relativos a questões de saúde. Desde logo fica claro que não se trata de uma novidade no panorama constitucional português.

Constituição de 1822

Artigo 231º

Às Câmaras pertencem as atribuições seguintes:

II—Promover a agricultura, o comércio, a indústria, a saúde pública, e geralmente todas as comodidades do concelho;

Artigo 240º

As Cortes e o Governo terão particular cuidado da fundação, conservação, e aumento de casas de misericórdia e de hospitais civis e militares, especialmente daqueles que são destinados para os soldados e marinheiros inválidos; e bem assim de rodas de expostos, montes pios, civilização dos índios, e de quaisquer outros estabelecimentos de caridade.

Carta constitucional de 1826

Artigo 145º

A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte:

§20 As Cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas (...);

§23 Nenhum género de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos Cidadãos;

§ 29 A Constituição também garante os socorros públicos.

Constituição de 1838

Artigo 28º

A Constituição também garante:

III. Os socorros públicos;

Constituição de 1911

Artigo 3º

A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 29 É reconhecido o direito à assistência pública.

Constituição de 1933

Artigo 40º

É direito e obrigação do Estado a defesa da moral, da salubridade da alimentação e da higiene pública.

b) A Constituição da Saúde – origens e análise do texto de 1976*1. O texto de 1976 e as revisões constitucionais*

Veja-se o que cada partido tinha a propor durante os debates na Assembleia Constituinte no domínio da saúde:

CDS

Artigo 48º (Saúde)

1. O Estado reconhece e garante o direito à saúde.
2. Compete ao Estado criar e manter um serviço nacional de saúde geral e gratuito.
3. São admitidas a clínica livre e as actividades de saúde de carácter privado, sem prejuízo da sua regulamentação por lei, da sua fiscalização pelo Estado e da sua articulação com o serviço nacional de saúde.

MPD/CDE

Artigo 27º

1. Todo o cidadão tem direito à saúde.
2. Este direito é realizado pela criação de condições económicas e sociais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice, pela melhoria sistemática das condições de vida e do trabalho, pela criação de um sistema de saúde eficiente ao serviço do povo, por uma política social orientada para a satisfação de todas as legítimas necessidades, pela promoção da cultura física e do desporto escolar e popular.
3. Apoiado nas organizações populares, o Estado procederá á criação de um Serviço Nacional de Saúde, em benefício de todas as camadas da população, esclarecendo-as sobre as formas de promover a saúde e unindo meios e forças para esse fim.

PCP

Artigo 39º (Direito à saúde)

1. Todos têm direito à saúde.
2. O Estado garante este direito através da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das classes trabalhadoras, de um sistema de medicina preventiva e da criação de um serviço nacional de saúde.

PS

Artigo 40º

1. Todos os cidadãos têm direito à saúde.
2. Constituem obrigações do Estado:
 - a. Promover e defender a saúde, através do Serviço Nacional de Saúde;
 - b. Disciplinar todas as formas de medicina, enquanto subsistirem, tendo em vista a sua socialização;
 - c. Controlar progressivamente o fabrico, a propaganda, a comercialização e o preço dos produtos químico-farmacêuticos, até à sua nacionalização.
3. O Serviço Nacional de Saúde coordenará a medicina escolar, desportiva e de trabalho.

PPD

Artigo 50º

1. Todos têm direito à saúde e o dever de a defender.
2. Incumbe ao Estado:
 - a. Promover a saúde pública e educação sanitária;
 - b. Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação, e à assistência na velhice;
 - c. Assegurar a cobertura médica e hospitalar de todo o País, mediante a criação de um serviço nacional de saúde.

UDF

Artigo 36º (Direito à saúde e assistência)

O Estado ocupa-se da saúde pública, organizando e controlando todos os serviços sanitários, os hospitais e sanatórios, e garantirá um serviço de saúde abrangendo eficazmente todo o território português, com assistência médica e hospitalar totalmente gratuitas.

O exercício da medicina orientar-se-á num sentido preventivo e social, tendo em vista o desaparecimento da medicina privada.

O acesso aos medicamentos é gratuito e os laboratórios farmacêuticos serão nacionalizados.

Por sua vez, a 3ª Comissão da Assembleia Constituinte propôs aos deputados o seguinte preceito, que serviu de ponto de partida às discussões:

Artigo 16.º (Saúde)

- 1 - Todos os cidadãos têm direito à saúde e o dever de a defender e promover.
- 2 - O Estado, apoiado nas organizações populares, garante este direito através da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das classes trabalhadoras e da criação de um serviço nacional de saúde, geral, universal e gratuito.
- 3 - Este direito é realizado pela criação das condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice, pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, pela criação de um sistema de saúde eficiente ao serviço do povo, por uma política social orientada para a satisfação de todas as legítimas necessidades, pela promoção da cultura física e desporto escolar e popular, e ainda pela promoção da educação sanitária do povo.
- 4 - Constituem obrigações prioritárias do Estado:
 - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Assegurar uma racional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o País;
 - c) Disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o Serviço Nacional de Saúde;
 - d) Controlar progressivamente o fabrico, a propaganda, a comercialização e o preço dos produtos químico-farmacêuticos, até à nacionalização desses sectores.

E eis o texto acolhido pela Constituição de 1976:

Artigo 64º (Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.
3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
 - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura médica e hospitalar de todo o país;
 - c) Orientar a sua acção para a socialização da medicina e dos sectores médico-medicamentosos;
 - d) Disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.

Como se repara desde logo, a formulação acolhida na Constituição em 1976 é bastante similar àquela que propunha a 3ª Comissão, o que, no entanto, não significa que o debate na Assembleia Constituinte tenha sido menos profícuo ou menos interessante. O artigo 64º acabou por ser revisto em 1982, 1989 e 1997. Em 1982, aditou-se um número 4 ao artigo, a propósito do modo de gestão do SNS:

“4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.”

Em 1989 as alterações foram bastante mais significativas. De facto, o nº2 do artigo passou a ter a seguinte redacção:

“2. O direito à protecção da saúde é realizado:

- a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, **tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;**
- b) Pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.”

A alínea c) do nº3 foi substituída por:

“c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos.”

Em 1997 fizeram-se várias alterações, introduzindo-se aqui e ali novas expressões. Desde então, a redacção passou a ser a seguinte:

Artigo 64º (Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado:
 - a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
 - b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática

das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
 - c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
 - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

2. *Breves considerações sobre políticas de saúde*

O SNS é apenas uma parcela do sistema de saúde, que inclui serviços prestados por privados, mas é uma parcela importante do mesmo (Simões, 2004: 74). A história das políticas de saúde foi já traçada anteriormente entre nós (veja-se, por exemplo, Simões, 2004: 85 e ss. e as referências que aí são feitas). No período que decorre entre os finais do século XIX e 1974 foram identificadas três grandes reformas nesta área. A mais relevante para o presente trabalho é a que data de 1971, pela sua envergadura e pela importância que acabou por ter no pós-25 de Abril. De facto, defende-se que não houve “rupturas significativas” no domínio das políticas de saúde após a revolução, muito embora em termos constitucionais a filosofia tenha, como já se viu, mudado significativamente (88). Esta continuidade explica-se, em parte, justamente pelo cariz inovador dessa mesma reforma, encetada em 1971, de onde surgiram, inclusivamente, os primeiros centros de saúde (90, 91).

Após 74, e apesar da “continuidade ideológica” identificada entre a fase que antecedeu o 25 de Abril e a que se lhe seguiu, fala-se de uma fase “optimista” relativamente à temática da saúde, que dura até 1979. Já antes de vigorar a constituição de 1976 os governos provisórios se dedicavam a preparar aquilo que seriam as bases de um SNS (*Idem*: 97). Com a Constituição e o seu artigo 64º, e, anos mais tarde, a Lei 56/79 (Lei do SNS), caminhou-se no sentido da construção do sistema, mas sem grande concretização prática (99). Ainda assim, entre 1974 e 1980, os dados mostram que houve melhorias nos principais indicadores da saúde (100). Para Henrique Medina Carreira, ao retomar algumas bases da reforma encetada em 1971 e combinando-as com outras medidas, a lei do SNS instituiu “um modelo inteiramente novo em Portugal de organização e de prestação de cuidados de saúde” (1996: 126). Para António Arnaut, o “SNS representa uma das maiores conquistas sociais do Sec. XX português” (Arnaut, 2005: 114).

Note-se desde já que a Lei 56/79 previa a possibilidade de serem cobradas taxas moderadoras aos utentes do SNS, nos seguintes termos:

Artigo 7º

O acesso ao SNS é gratuito, sem prejuízo do estabelecimento de taxas moderadoras diversificadas tendentes a racionalizar a utilização das prestações.

Na fase que se seguiu ao “optimismo”, e que, segundo Jorge Simões, duraria até 85, “colocou[-se] seriamente a possibilidade de se desenvolver uma alternativa ao SNS”, donde o facto de ter sido manifestada a vontade de se rever a lei que o criava (2004: 110). Contudo, embora algumas das medidas a implementar, herdadas do governo anterior, tenham sido suspensas, e apesar de ter havido uma revisão constitucional em 1982, os pressupostos constitucionais a nível da saúde não foram alterados (110-111). Já na fase entre 1985 e 1995, de um modo geral, algumas das tendências que marcaram as políticas de saúde em Portugal passavam pela promoção de uma maior relevância do sector privado e pela melhoria da eficiência do sistema (118). Lembre-se que foi justamente durante esta fase que a revisão constitucional de 1989 tornou o SNS “tendencialmente gratuito”.

Em 1990 entra em vigor a [Lei 48/90 \(Lei de Bases da Saúde\)](#), através da qual, segundo Henrique Medina Carreira, se adopta uma política diferente, passando a prevalecer a partir de então, o princípio da “responsabilização conjunta dos cidadãos, da sociedade e do Estado, em liberdade de procura e de prestação de cuidados” (127). Esta mudança de filosofia era susceptível de fazer desaparecer o modelo criado em 76 e concretizado com a lei de 79, donde o autor identificar 1990 como um ano “de viragem radical” nesta área das políticas públicas (128). Mais, o autor via já a partilha da responsabilidade do Estado pela saúde com entidades privadas e a responsabilização dos utentes pelos custos dos serviços sanitários como prenúncios de um retorno a um “modelo similar ao de assistência pública” (*Idem*).

É importante notar o facto de, mais uma vez, a questão das taxas ter sido prevista nesta Lei de Bases, mais concretamente na Base XXXIV (Taxas moderadoras), onde se estatua que:

- 1 - Com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde, podem ser cobradas taxas moderadoras, que constituem também receita do Serviço Nacional de Saúde.
- 2 - Das taxas referidas no número anterior são isentos os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos, nos termos determinados na lei.

Também no [Decreto-Lei 11/93 \(Estatuto do SNS\)](#), através do qual foram introduzidas reformas no SNS, no seguimento da Lei de Bases, se prevê, no artigo 26º (Cobrança e destino do preço dos cuidados de saúde), que:

- 1 - A cobrança do preço dos serviços prestados e das taxas moderadoras cabe às instituições e aos serviços que prestam os cuidados de saúde ou às administrações regionais de saúde.
- 2 - As quantias cobradas constituem receita própria das instituições prestadoras dos cuidados e são inscritas nos orçamentos ou balancetes respectivos.

Actualmente, vigoram ainda a lei 48/90 e o Decreto-Lei 11/93, embora estes diplomas tenham já sido alterados por diversas vezes.

c) Análise da doutrina – o acesso ao SNS e a questão das taxas moderadoras

Em face deste panorama jurídico, interessa agora perceber qual o entendimento defendido pela doutrina portuguesa acerca da legislação da saúde, e, antes de mais, acerca do artigo 64º da Constituição. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, é sobretudo na vertente de direito positivo que está configurado o direito à protecção da saúde na Constituição. Nesse aspecto, incumbe ao Estado tomar as medidas necessárias para a prevenção e tratamento da saúde dos cidadãos. Compreende também uma vertente negativa (aplicando-se-lhe o regime dos direitos, liberdades e

garantias) que consiste na obrigação de o Estado se abster de prejudicar a saúde dos cidadãos (2007: 825-826). Uma das tarefas principais que incumbe ao Estado consiste na criação de um serviço nacional de saúde que, no texto original, e até à revisão de 1989, deveria ser universal, geral e gratuito. Se a caracterização desse serviço como geral e universal não colocava problemas interpretativos de maior, o mesmo não se pode dizer da gratuitidade então prescrita. Em comentários à Constituição anteriores à própria lei do SNS, os mesmos autores não colocavam sequer a questão das taxas moderadoras (1978). Já numa edição posterior da sua Constituição anotada (de 1984), numa altura em que já vigorava a lei do SNS de 1979, Gomes Canotilho e Vital especificam que "as prestações de saúde não estão sujeitas a qualquer retribuição ou pagamento por parte de quem a elas recorra." Ora, no que toca à hipótese de serem exigidas taxas moderadoras, entendiam que tal não devia acontecer "se, pelo seu montante ou por abranger as pessoas sem recursos, dificultar a utilização desses serviços" (1984: 344). Outros autores afirmavam sensivelmente na mesma altura que "ninguém pode deles (dos cuidados de saúde) ver-se privado por carência de ordem económica (...)" (Morais *et al*, 1983: 133). Logo, a doutrina não parece contestar a existência de taxas moderadoras. Estas parecem, de facto, ser admissíveis dentro de certas condições.

d) Jurisprudência sobre o direito à saúde

Para continuarmos a analisar o modo como a doutrina interpreta a "gratuitidade" e, mais tarde, "tendencial gratuitidade" do SNS, importa agora passar à análise da jurisprudência da Comissão Constitucional (CC) e do Tribunal Constitucional (TC) que ajudou a concretizar o sentido daquelas expressões.

O primeiro elemento jurisprudencial a ter em conta a este nível é o **parecer 35/82** da CC que se pronunciou sobre as disposições de um diploma onde se impunha aos utentes o pagamento de taxas moderadoras, neste caso relativamente à compra de medicamentos. O Provedor de Justiça, autor do requerimento de declaração de inconstitucionalidade apresentado ao Conselho da Revolução, baseava o seu pedido na falta de competência do Governo para legislar sobre a matéria em causa, defendendo que seria antes da competência da Assembleia da República (I). Ora, a CC entendeu que, para além desta questão orgânica, não se pronunciaria sobre outros possíveis vícios do diploma. De resto, mesmo que quisesse fazê-lo com fundamento na eventual violação do princípio da gratuitidade do SNS, prevista no artigo 64º, não o faria porquanto "a gratuitidade assinalada é de tipo eminentemente programático e, por isso, se pôde estabelecer na lei do Serviço Nacional de Saúde que ficam ressalvadas de tal princípio as chamadas "taxas moderadoras" (...)" (II). Contudo, a Comissão assinalou que o faria, isto é, que se pronunciaria sobre esta última matéria se o montante fosse de tal modo elevado que contrariasse o preceito constitucional (III). Na sua decisão, a CC lembrou o facto de as taxas moderadoras não constituírem novidade, nem de uma perspectiva comparada, nem na ordem jurídica portuguesa, nomeadamente no que tocava aos serviços de assistência medicamentosa. A legislação pós-25 de Abril manteve este sistema, mas só com a portaria que o Provedor de Justiça dizia ferida de inconstitucionalidade é que o seu montante veio a ser alterado. A CC decidiu-se então pela não inconstitucionalidade da norma em causa (V). Note-se, no entanto, que apesar desta recomendação, o Conselho da Revolução pronunciou-se pela inconstitucionalidade das normas daquela portaria com fundamento na violação dos artigos 201º, nº1, al. c), 108º, nº1, al. b) e nº4, em conjugação com o artigo 63º nº1 da Constituição (questões de competência, de orçamento e de segurança social).

Para Jorge Reis Novais, o entendimento da CC segundo o qual o conceito de gratuidade contido no artigo 64º era programático e progressivo, e a confusão feita entre vários tipos de normas consagradoras de direitos sociais (sendo que, para este autor, há casos em que o legislador goza de uma ampla liberdade de conformação, enquanto noutros há verdadeiras imposições imediatas), fez com que este órgão decidisse de forma insatisfatória (2007: 25 e 26). É que, defende o autor, a gratuidade prevista em 1976 consubstanciava efectivamente uma imposição de gratuidade, não programática mas antes “de realização simultânea à própria instituição de um serviço nacional de saúde e indissociável dela” (*Idem*: 25).

Poucos anos mais tarde, foi a vez de o TC se pronunciar sobre esta questão (acórdão 39/84). Esta nova decisão foi extremamente importante já que “implicitamente” se corrigiu a interpretação dada à gratuidade no parecer da CC antes analisado (*Idem*: 26, nota 4).

O problema ao qual o TC veio a dar resposta através do **acórdão 39/84** era o da revogação pelo decreto-lei 254/82 de artigos que constavam da lei 59/79 (a lei do SNS). Segundo o Presidente da República (PR), esta situação violava a competência legislativa reservada da Assembleia da República, já que se entendia o artigo 64º como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, e, logo, gozando de reserva de lei (segundo o então artigo 167º c)). Colocava-se assim uma questão de inconstitucionalidade orgânica.

Ora, o TC vê no pedido do PR para além desta questão: na opinião dos juízes conselheiros, colocava-se também um problema de inconstitucionalidade material, na medida em que o decreto-lei procedia à “destruição” do SNS, forma de realização do direito à protecção da saúde expressamente prevista pelo artigo 64º. O TC decidiu, por isso, que embora esta segunda questão não tivesse sido suscitada, nada obstava a que se pronunciasse sobre ela (§1.3).

De seguida, o TC passa a fazer uma caracterização do direito à saúde, identificando-lhe uma vertente negativa e uma outra positiva, sendo que na primeira tem as características dos direitos, liberdades e garantias e, na segunda, as dos direitos sociais (§2.2.1.). Tendo concluído que é “especialmente” nessa vertente positiva que a CRP consagra o direito à saúde, e que não se trata nem de um direito, liberdade e garantia, nem de um direito análogo a estes, mas sim de “um direito social propriamente dito”, “um direito a acções do Estado”, não é matéria da competência exclusiva da AR (*Idem*):

“O direito à saúde é, ao invés, um direito social propriamente dito, e o que o caracteriza essencialmente é o facto de ser um direito «positivo», ou seja, um direito às adequadas actividades e prestações do Estado. É, não um direito à abstenção do Estado, mas sim um direito a acções do Estado. É certo que o direito à saúde (tal como outros direitos sociais) também não é apenas isso, comportando igualmente, como acima se referiu, uma vertente «negativa», uma componente idêntica àquela que caracteriza especificamente os «direitos, liberdades e garantias» enunciados nos artigos 24.º a 58.º da Constituição da República Portuguesa; todavia, não é esse o aspecto que avulta no direito à saúde, sendo indiscutível que o artigo 64.º tem em vista esse direito especificamente na sua veste de direito social propriamente dito. E a lei do Serviço Nacional de Saúde, ao regular um dos aspectos mais importantes desse direito social, mantém-se claramente dentro desse quadro. Assim encarado, o direito à saúde não pode considerar-se como um dos «direitos fundamentais de natureza análoga» a que se refere o artigo 17.º e não pode, portanto, reclamar-se, só por isso, do regime específico dos «direitos, liberdades e garantias»,

designadamente da reserva de competência legislativa da Assembleia da República. O direito à saúde, e logo a regulamentação do Serviço Nacional de Saúde, não poderia pois ter-se por abrangido na alínea c) do artigo 167.º da Constituição da República Portuguesa.”

Quanto à possibilidade de se verificar uma inconstitucionalidade material decorrente da extinção do SNS pelo decreto-lei controvertido, entendeu o TC que a criação de um SNS era “uma obrigação constitucional do Estado, concreta e permanente”, e não uma mera norma programática (§2.3.1.). Coloca-se assim a questão de saber se a sua extinção viola o artigo 64º por haver de facto essa obrigação. Ora, o TC foi da opinião segundo a qual para pôr em prática a obrigação decorrente do artigo 64º não podia ser desfeito o que já havia sido feito (§2.3.3.). O seguinte excerto é bastante elucidativo a este respeito:

“Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental” (§2.3.3).

O TC decidiu então declarar a inconstitucionalidade do artigo 17º do DL 254/82 na parte em que revogou os vários artigos da lei de Bases do Sistema Nacional de Saúde.¹ Parece, pois, tratar-se de um caso em que o TC aceita a ideia ínsita no princípio da proibição do retrocesso social. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o SNS é, também na sequência desta decisão, um “*serviço público obrigatório de activação necessária e de existência irreversível* (se bem que não insusceptível de reforma” (2007: 826). Já para um autor como Vasco Pereira da Silva, pelo contrário, o artigo 17º do decreto-lei 254/82 não punha em causa a existência do SNS: “[e]ra, sem dúvida, um outro Serviço Nacional de Saúde mas era, ainda, um Serviço nacional de Saúde” (433).

A próxima decisão a ter em consideração quanto ao aspecto da gratuitidade do SNS é o **acórdão 92/85**. O requerimento enviado ao TC a este respeito provinha do Provedor de Justiça, que invocava quanto a três despachos (dois do Ministro dos Assuntos Sociais e outro do Ministro da Saúde, onde se aprovaram as tabelas de preços para os hospitais oficiais e fixavam taxas moderadoras nos mesmos estabelecimentos) a violação do princípio da gratuitidade do SNS. Quer fossem entendidas como taxas tributárias, quer como “verdadeiros preços”, traduziam-se numa inconstitucionalidade material (§1). Ora, dado que o Provedor de Justiça invocava igualmente que os despachos padeciam de inconstitucionalidade orgânica, e tendo o TC concordado neste último ponto com o requerimento daquele, acabou por não se pronunciar sobre a questão da inconstitucionalidade material:

¹ Nas três declarações de voto apensas ao acórdão os juízes conselheiros Costa Aroso, Cardoso da Costa e Messias Bento discordaram da tese vencedora segunda a qual o artigo 17º do DL 254/82 violava a Constituição.

“É, pois, inconstitucional o estabelecimento de taxas moderadoras que não seja feito por decreto-lei ou que não tenha por base um decreto-lei. E daí a inconstitucionalidade do despacho em questão. (...) Desnecessário se torna, portanto, conhecer das outras inconstitucionalidades invocadas” (§3.3).

Só no **acórdão 330/89** é que o TC lidou verdadeiramente com o problema gratuidade. Mais uma vez, vinha o Provedor de Justiça pedir ao TC que declarasse a inconstitucionalidade orgânica (por não haver autorização legislativa prévia nesse sentido) e material (pela violação do princípio da gratuidade do SNS) de um diploma (o decreto-lei 57/86). Este decreto-lei regulava as condições de acesso ao SNS e previa nos artigos 2º n.º2, 4º, e 5º a cobrança de taxas moderadoras pelos serviços de saúde prestados. O TC decidiu não haver inconstitucionalidade orgânica porque o decreto-lei em causa desenvolvia a lei do SNS, nomeadamente no que ao artigo 7º dizia respeito. Logo, mantinha-se dentro “dos parâmetros” definidos por aquela lei (§4).

Quanto ao conceito de gratuidade, desta feita o TC interpreta-o de forma lata e não como uma “gratuidade totalmente gratuita”, se assim se pode dizer, ou no seu sentido “puramente etimológico”, como diria o TC (§7). De facto, o Tribunal entendeu que este conceito se reveste de uma “conotação normativa”, o que faz com que deixe de ser absolutamente determinável. De acordo com este segundo sentido, aquilo que é proibido pela Constituição é que seja exigido aos utentes o custo das prestações, o pagamento das mesmas. Mas esta concepção permite que seja exigido aos utentes taxas racionalizadoras da utilização dos serviços como as previstas no artigo 4º do diploma em causa (*Idem*).

Em suma, o Tribunal sustenta a existência de um “halo de indeterminação, no qual cabe, designadamente, a possibilidade de exigência de taxas “moderadoras” de acesso a tal serviço” (§8). Como o diploma não exige o pagamento do preço do serviço, então o diploma não viola o conteúdo mínimo do direito ínsito no artigo 64º (*Idem*).

Ora, a posição vencedora no acórdão não foi aceite unanimemente pelos juízes conselheiros do TC: três deles apontaram em declarações de voto a sua oposição à interpretação maioritária do conceito de gratuidade. De facto, estes últimos defenderam que gratuidade significa o não pagamento de qualquer contra-prestação, independentemente do seu valor, pelo que não tem qualquer cabimento a interpretação “normativa” do acórdão. Aliás, como defende Vital Moreira, “um serviço público gratuito sujeito a taxas é uma verdadeira *contradição nos termos*” (declaração de voto, §1). Mais, e este argumento de Vital Moreira é particularmente interessante, o facto de estar perto de ser adoptada na revisão constitucional então em curso a moderação da gratuidade do SNS através da introdução do advérbio “tendencialmente” não justifica a opção do TC: “não compete ao Tribunal Constitucional substituir-se à Assembleia da República na tarefa de revisão constitucional, nem sequer antecipar-se a ela” (*Idem*: §5).

Em suma, a principal ideia a reter da fase entre 1976 e 1989 é a de que a ideia maioritariamente defendida entre nós é a de que as taxas não são em si incompatíveis com a gratuidade do SNS. No entanto, em comentário a esta tendência, e especialmente a este último acórdão, Jorge Reis Novais entende que as “distinções artificiosas” a que recorreu o TC para admitir as taxas introduziu “distorções interpretativas que podem ter, hoje, consequências nefastas no plano da determinação do sentido do actual quadro constitucional” (2007: 28). A seu ver é absolutamente de rejeitar o “conceito normativo” de gratuidade defendido pela decisão do TC, e remata afirmando que “[p]odem considerar-se estas opções políticas inconvenientes e as suas

consequências nefastas, mas, nessa altura, só há uma solução: alterar a norma constitucional” (*Idem*: 29). Não cabe ao TC, tal como já havia sustentado Vital Moreira, rever a Constituição.

E, de facto, foi justamente esse o caminho tomado, já que a norma em causa acabou por ser revista em 1989, passando a valer a “tendencial gratuidade” do SNS. Para Jorge Reis Novais houve uma verdadeira mudança de natureza da norma, “uma alteração qualitativa decorrente da transformação da estrutura da norma constitucional”: da regra da gratuidade passou-se a aceitar o princípio da tendencial gratuidade (*Idem*: 32).

Ora, este autor explica que para a interpretação desta nova norma interessa o sentido objectivo do conceito de tendencial gratuidade (*Idem*: 33), sendo relevante analisar a forma como tem sido interpretado o princípio da “progressiva gratuidade” do ensino superior (e não só). É também relevante perceber a razão pela qual o legislador afastou a gratuidade do texto de 1976, por um lado, assim como aquilo que justifica o facto de ter optado por uma terceira fórmula que não a gratuidade ou a progressiva gratuidade (*Idem*: 36).

Esta solução inovadora significaria, então, “que a prestação de cuidados de saúde no âmbito do SNS *tende a ser* gratuita, mas não *tem de ser* gratuita, pelo menos, não tem de ser *sempre* gratuita” (37). De facto, se já quando a norma falava de gratuidade a lei do SNS previa a cobrança de taxas e o TC verificou e confirmou a sua compatibilidade com a Constituição, então o pagamento das mesmas também não será vedado após a revisão de 1989 (38). A questão que se coloca é então a da margem de que dispõe o legislador para determinar o montante dessas taxas. Ora, para Jorge Reis Novais, hoje em dia estamos diante do problema da sustentabilidade do SNS. Em face desta situação, e das dificuldades do Estado em suportar sozinho os custos das prestações de saúde, pode ser justificável o aumento das taxas cobradas àqueles que podem pagá-las (45). Um dos limites impostos pela Constituição à liberdade de conformação do legislador naquele sentido consiste na necessidade de respeitar o direito a uma vida condigna, sendo que nenhum cidadão poderá ficar sem o tratamento médico de que necessita (45). O aumento das taxas também só será constitucionalmente admissível se respeitar outros princípios (a razoabilidade, a proporcionalidade, e o não retrocesso – este último no sentido em que não se deixe de isentar aqueles que actualmente beneficiam desse regime) (56). O autor opõe-se, no entanto, à introdução de outras taxas, quer se chamassem moderadoras quer não, que não se revissem na função prescrita para as mesmas na Lei de Bases, a da racionalização da utilização dos serviços em causa (*Idem*).

De seguida, acrescenta outro argumento que nos parece bastante interessante: postos de parte os possíveis custos políticos que poderia acarretar uma revisão no sentido de eliminar da Constituição o princípio da tendencial gratuidade do SNS, o autor afirma que “[u]ma tal revisão constitucional poderia fazer desaparecer algumas das incertezas que actualmente se suscitam, mas não poderia produzir qualquer alteração qualitativa relativamente ao actual quadro constitucional e, daí, o seu carácter quase supérfluo” (*Idem*: 46).

Outra questão é a de saber se actualmente se permite não já apenas o pagamento de taxas moderadoras mas sim dos custos (ou de uma parte destes) das prestações de saúde. Na opinião deste autor, ainda que a Constituição permita ao legislador ordinário o estabelecimento desse pagamento, esta possibilidade está “condicionada e limitada” pelos mesmos princípios anteriormente referidos (50).

Por fim, importa referir mais um acórdão do TC (**acórdão 731/95**), desta vez suscitado por um pedido de fiscalização da constitucionalidade dirigido ao Tribunal por um grupo de deputados do PCP. O pedido defendia a inconstitucionalidade de várias normas da Lei de Bases da Saúde (Lei 48/90) por aquelas violarem disposições constitucionais onde se salvaguarda o papel do Estado na realização do direito à protecção da saúde, por preverem a cobrança de taxas que não as moderadoras, em violação do princípio da tendencial gratuitidade do serviço nacional de saúde, e por contrariarem o princípio da descentralização insito no n.º4 do artigo 64.º (§1).

O TC, por seu lado, decidiu que os ditos preceitos não estavam feridos de inconstitucionalidade por diversas razões. Da argumentação então desenvolvida importa reter que o TC entendeu que a revisão de 1989 ampliou a margem de conformação do legislador ordinário em relação ao SNS:

“Seja qual for o verdadeiro sentido da modificação operada pela Lei Constitucional n.º 1/89, através da introdução da expressão «gratuitidade tendencial, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos», a mesma teve, pelo menos, o efeito de «flexibilizar» a fórmula constitucional anterior (a da «gratuitidade» tout court), atribuindo, assim, ao legislador ordinário uma maior discricionariedade na definição dos contornos da gratuitidade do Serviço Nacional de Saúde. O artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da Lei Fundamental não veda, pois, ao legislador a instituição de «taxas moderadoras ou outras», desde que estas não signifiquem a retribuição de um «preço» pelos serviços prestados, nem dificultem o acesso dos cidadãos mais carenciados aos cuidados de saúde” (§6.2).

Mais uma vez, reiterou-se a licitude da cobrança de taxas moderadoras. Por outro lado, o TC afirmou que as taxas suplementares, à qual se opunham os deputados no seu requerimento, não violavam a Constituição por serem cobradas aos privados e não aos utentes dos serviços:

Mas a norma da alínea d) do n.º 2 da Base XXXIII da Lei n.º 48/90 também não infringe o artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da Constituição. A razão é simples: as taxas referidas naquele preceito da Lei de Bases da Saúde não são pagas directamente pelos utentes beneficiários do Serviço Nacional de Saúde (...) as únicas taxas a pagar directamente pelos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde são as «taxas moderadoras». As taxas a que alude a alínea d) do n.º 2 da Base XXXIII da Lei n.º 48/90 foram pensadas como retribuição pelos serviços prestados ou pela utilização de instalações ou equipamentos de estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde por parte de estabelecimentos privados ou profissionais liberais que tenham celebrado contratos com o Ministério da Saúde ou com as administrações regionais de saúde a prestação de cuidados de saúde e que fazem parte do sistema de saúde, nos termos do n.º 1 da Base XII da Lei n.º 48/90. Trata-se, pois, de taxas pagas directamente pelo sector privado de prestação de cuidados de saúde — e indirectamente pelos respectivos utilizadores —, em consequência da obtenção de serviços ou da utilização de instalações ou equipamentos pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde” (§6.4).

O conselheiro Guilherme da Fonseca, em declaração de voto, foi o único a ir contra a posição que fez vencimento. Para tal, lembrou a declaração de voto de Vital Moreira no acórdão 330/89, acima citada, para sustentar a ideia de que a interpretação do TC das normas controvertidas não é compatível com a Constituição:

“Na verdade, a exigência aos utentes do Serviço Nacional de Saúde de taxas implica um sistema de cobrança e pagamento para o futuro, em crescendo e sem qualquer limitação temporal — o regime legal das taxas moderadoras prevê até a sua revisão e actualização anual —, o que é indiscutivelmente um retrocesso social, invertendo a tendência para a gratuidade, que está traçada pelo legislador constituinte e a que o legislador ordinário deve acatamento. Se, como acontece, na prática, com aquelas taxas moderadoras — e o mesmo será o quadro das demais taxas —, elas vão sendo sempre revistas e actualizadas, de acordo com a abertura e cobertura legais concedidas pela Lei de Bases da Saúde, o que fica do respeito pela incumbência constitucional de um Serviço Nacional de Saúde «tendencialmente gratuito»? Rigorosamente nada: é a única resposta que pode dar-se.

(...)

E, também não colhe dizer, como o faz o acórdão, que «as taxas referidas naquele preceito da Lei de Bases da Saúde não são pagas directamente pelos utentes beneficiários do Serviço Nacional de Saúde», tratando-se «de taxas pagas directamente pelo sector privado de prestação de cuidados de saúde — e indirectamente pelos respectivos utilizadores —, em consequência da obtenção de serviços ou da utilização de instalações ou equipamentos pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde», pois se reconhece expressamente ainda um pagamento a cargo dos «utentes beneficiários do Serviço Nacional de Saúde» (e, se há pagamento, valem as razões expostas quanto à gratuidade possível daquele Serviço)” (declaração de voto: §2).

II. Direito à educação

a) *Textos constitucionais anteriores*

Coligimos os artigos de Constituições portuguesas anteriores sobre questões atinentes à educação e ao ensino. Como se vê, tal como no caso da saúde, não se trata de uma novidade no panorama constitucional português. De um ponto de vista comparado, note-se que tanto as Constituições liberais como as “de intenções sociais e intervencionistas” dispunham sobre a questão da cultura (Miranda, 1993b: 377). Ora, dentro da temática da cultura, diz-se que a educação é a “região mais importante”, aquela que “mais forte influência” tem, e a que está “mais pronta a ser autonomizada” (*Idem*). É ainda uma área estratégica mas também de conflito e de compromisso (*Idem*: 378). Vejamos então o que cada uma das cinco Constituições portuguesas anteriores à de 1976 previa neste domínio:²

Constituição de 1822

Artigo 237º

Em todos os lugares do reino, onde convier, haverá escolas suficientemente dotadas, em que se ensine a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever, e contar, e o catecismo das obrigações religiosas e civis.

Artigo 238º

Os actuais estabelecimentos de instrução pública serão novamente regulados, e se criarão outros onde convier, para o ensino das ciências e artes.

² Para uma análise mais aprofundada da educação nos textos constitucionais portugueses, veja-se a obra de Joaquim Ferreira Gomes, frequentemente citada pela doutrina portuguesa, mas que, infelizmente, não nos foi possível consultar (Gomes, 1984).

Artigo 239º

É livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público, contanto que haja de responder pelo abuso desta liberdade nos casos, e pela forma que a lei determinar.

Carta constitucional de 1826

Artigo 145º

§ 29 A Constituição também garante os socorros públicos.

§30 A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.

§32 Colégios e Universidades onde serão ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes.

Constituição de 1838

Artigo 28º

A Constituição também garante:

I. A instrução primária e gratuita;

II. Estabelecimentos em que se ensinem as sciencias, letras e artes;

III. Os socorros públicos;

Artigo 29º O ensino público é livre a todos os Cidadãos, com tanto que respondam, na conformidade da lei, pelo abuso deste direito.

Constituição de 1911

Artigo 3º

Nº10 O ensino ministrado nos estabelecimentos públicos e privados fiscalizados pelo Estado será neutro em matéria religiosa.

Nº 11 O ensino primário elementar será obrigatório e gratuito.

Constituição de 1933

Artigo 42º

A educação e instrução são obrigatórias e pertencem à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela.

Artigo 43º

O Estado manterá oficialmente escolas primárias, complementares, médias e superiores e institutos de alta cultura.

§1º - O ensino primário elementar é obrigatório, podendo fazer-se no lar doméstico, em escolas particulares ou escolas oficiais.

§2º - As artes e as ciências serão fomentadas e protegidas no seu desenvolvimento, ensino e propaganda, desde que sejam respeitadas a Constituição, a hierarquia e a acção coordenadora do Estado.

§3º - O ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto religioso, não o devendo porém, hostilizar, e visa, além do revigoramento físico e do aperfeiçoamento das faculdades intelectuais, à formação do carácter, do valor profissional e de todas as virtudes cívicas e morais.

§4º - Não depende de autorização o ensino religioso nas escolas particulares.

Artigo 44º

É livre o estabelecimento de escolas particulares paralelas às do Estado, ficando sujeitas à fiscalização deste e podendo ser por ele subsidiadas, ou oficializadas para o efeito de concederem diplomas, quando os seus programas e categorias do respectivo pessoal docente não forem inferiores aos dos estabelecimentos oficiais similares.

b) A Constituição da Educação – origens e análise do texto de 1976

1. Breves considerações sobre políticas da educação

É, de facto, na Constituição de 1976 que verdadeiramente se dá importância a nível constitucional à questão da educação. No entanto, ainda antes de passarmos à análise da doutrina, é útil perceber qual é o contexto em que surgiram os artigos sobre os quais nos debruçaremos de seguida. Existe em Portugal uma extensa literatura sobre as políticas da educação nacionais. Das breves leituras que tivemos oportunidade de fazer, importa destacar as observações feitas por autores como Rui Grácio e António Teodoro acerca da problemática da educação em Portugal no pós-25 de Abril (Grácio, 1981: 141 e ss. e Teodoro, 1982). Num artigo particularmente interessante de outra especialista na matéria, explica-se como no início dos anos 70 se deu início a uma reforma no sector da educação, encabeçada por Veiga Simão, que então era responsável pela pasta da educação (Ambrósio, 1985: 1030). As medidas propostas, entre as quais se incluía a democratização do ensino, atingiram todos os níveis de ensino, marcando assim um virar de página em relação ao período anterior à reforma, havendo mesmo quem falasse de uma “ruptura com o modelo salazarista de educação”. Ainda assim, diz a autora, a reforma era “demasiado ambiciosa e desenquadrada da realidade” (*Idem*: 1031). Com o 25 de Abril, e no período até à aprovação da Constituição de 1976, ter-se-á dado mais uma ruptura na educação, levada a cabo pelas políticas dos vários Governos provisórios. No entanto, este ímpeto reformista acabou por não se traduzir num “projecto de educação global” (*Idem*: 1033). Com a Constituição sucede então o chamado período da “normalização”, “um processo através do qual o Estado recuperou e reafirmou o controlo da educação, entregue, nos dois primeiros anos após a Revolução, à iniciativa de grupos influentes e das escolas” (*Idem*: 1034).

2. O texto de 1976

Parece-nos interessante, a este respeito, recordar o facto de na apresentação do relatório sobre o projecto da 3ª Comissão na Assembleia Constituinte (incumbida de negociar um texto para o título relativo aos direitos económicos, sociais e culturais) se ter salientado como havia sido espinhosa a tarefa de negociar os artigos relativos aos direitos culturais (“o [capítulo] mais difícil de projectar”), devido à quantidade mas também “ao melindre de certas questões” (DAC nº43 de 10/9/75: 1213). Dizia-se ainda que eram “prolixos e exigentes” os projectos dos partidos no que toca a esta temática (*Idem*). Vejamos o que cada um deles propunha neste domínio:

CDS

Artigo 54º (Educação)

1. O Estado reconhece e garante o direito à educação.
2. A educação pertence à família e, em cooperação com ela ou na falta dela, ao Estado, à Igreja Católica e demais confissões religiosas.
3. Compete ao Estado criar e manter um serviço nacional de educação, geral e gratuito.
4. São admitidas e apoiadas as iniciativas e os empreendimentos que se proponham concorrer ou colaborar com o serviço nacional de educação, sem prejuízo da sua regulamentação por lei, da sua fiscalização pelo Estado e da sua articulação com aquele serviço.

MPD/CDE

Artigo 33º

1. O direito à educação é conseguido pelo desenvolvimento e generalização da educação popular, pela escola gratuita e obrigatória, pelo ensino secundário e superior, pela ajuda fornecida aos trabalhadores adultos que desejem valorizar-se e pelo encorajamento material aos que estudam.

2. A prossecução da tarefa educativa compete ao Estado, mas constitui também um objectivo em que devem participar as organizações populares e a generalidade dos cidadãos, de acordo com as conclusões fornecidas pela ciência e em íntima relação do estudo com a vida.
3. O Estado assegura a cada um, em função da sua capacidade, dos desequilíbrios estruturais da sociedade e das necessidades do País, o acesso ao grau de ensino imediatamente superior.

PCP

Artigo 43º (Educação e cultura)

1. A instrução e a cultura são um direito de todos os cidadãos.
2. O Estado procederá a uma reforma geral e democrática do ensino visando os seguintes objectivos:
 - a) O alargamento e aprofundamento da educação e da cultura das massas populares;
 - b) A criação de uma cultura democrática e progressista;
 - c) A ligação do ensino a outras actividades sociais e particularmente à produção;
 - d) A formação de quadros originários das classes trabalhadoras capazes de participarem no desenvolvimento económico do País a caminho do socialismo.
3. A fim de atingir os objectivos indicados no número anterior, o Estado actuará no sentido de realizar um programa de extinção do analfabetismo, lançar estruturas de um ensino novo para trabalhadores e de educação permanente, criar um sistema público de educação pré-escolar, começando pelas zonas de concentração das classes trabalhadoras, efectivar um período de ensino básico obrigatório de pelo menos seis anos e unificar o ensino secundário.
4. O acesso à Universidade deve ser regulamentado de acordo com as necessidades do País em quadros qualificados e de modo a favorecer a entrada de trabalhadores e dos filhos das classes trabalhadoras.
5. A criação de escolas particulares necessita de autorização do Estado, e a sua administração e o ensino nelas ministrado estão sujeitos a *contrôle* público.
6. O Estado promoverá o desenvolvimento da cultura e da arte nacionais, assegurará condições para a democratização da cultura e fomentará a participação popular na vida cultural, nomeadamente através da utilização intensiva dos meios de comunicação social e da participação das organizações populares e do Movimento das Forças Armadas na dinamização cultural.

PS

Artigo 38º

1. Ao Estado compete assegurar e defender a promoção e a democratização da cultura.
2. Compete também ao Estado assegurar as condições práticas em que a cultura possa ser posta em comum e integrada no trabalho da sociedade.
3. O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.
4. Deve proceder-se à transformação do ensino e à integração da escola na vida social de modo a eliminar a sua função como meio gerador e reproduzidor da divisão social do trabalho para que a diversificação profissional não corresponda a uma estratificação das hierarquias sociais.
5. O Estado reconhece e garante a todos os cidadãos o direito ao ensino e a iguais oportunidades de formação intelectual e física, com respeito pelas aptidões individuais, incumbindo-lhe:
 - a) Assegurar o ensino básico obrigatório e gratuito com a sua extensão progressivamente alargada e de harmonia com as possibilidades humanas e económicas;
 - b) Garantir a todos os cidadãos, em igualdade de oportunidades e segundo as suas capacidades, possibilidades de ascender aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;
 - c) Promover gradualmente, e de acordo com as possibilidades, a gratuitidade de todos os graus de ensino.
6. Todo o ensino oficial será laico. Não serão admitidas quaisquer discriminações de carácter religioso, étnico ou linguístico.

7. O Estado procederá à progressiva integração dos estabelecimentos do ensino particular no ensino oficial, salvaguardando os interesses de quantos nele trabalham.

PPD

Artigo 47º

1. Todos têm direito à educação e a participar da vida cultural.
2. Incumbe em especial ao Estado:
 - a) Promover a educação pré-escolar e uma escolaridade obrigatória por um período determinado;
 - b) Criar e manter escolas dos diversos graus e ramos do ensino em todo o território;
 - c) Assegurar a gratuitidade do ensino, promovendo as medidas tendentes à igualdade efectiva de acesso e aproveitamento escolar;
 - d) Estabelecer serviços de orientação escolar;
 - e) Garantir a educação permanente e promover a eliminação do analfabetismo.

UDP

Artigo 35º (Direito ao ensino e à cultura)

O Estado assegura a frequência gratuita das escolas e outras instituições de ensino durante a escolaridade obrigatória.

O Estado garantirá a liberdade de trabalho científico, artístico e intelectual, favorecendo as ciências e as artes com o fim de desenvolver a cultura e o bem-estar do povo.

O relatório da Comissão que negociou uma proposta para o Título II, sobre direitos, liberdades e garantias, propunha o seguinte a propósito da liberdade de ensinar:

ARTIGO 29.º

É garantida a liberdade de aprender e ensinar.

(DAC nº41 de 3/9/75: 1154)

A 3ª Comissão, por seu lado, e com base naqueles projectos, propunha os seguintes artigos:

ARTIGO 27.º (Cultura)

1- Todos os cidadãos têm direito à educação e à cultura, sem discriminação de sexo, idade ou classe social, por forma a permitir-lhes o pleno desenvolvimento da sua personalidade e das suas capacidades.

2 - O Estado assegura a democratização e desenvolvimento da cultura e a promoção cultural dos trabalhadores, incentivando a participação dos cidadãos, nomeadamente através das organizações populares, colectividades de cultura e recreio e dos meios de comunicação social, na realização da vida cultural.

3 - O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.

ARTIGO 28.º (Ensino)

1 - O Estado reconhece e garante a todos os cidadãos o direito ao ensino e a iguais oportunidades de formação com respeito pelas aptidões individuais.

2 - O sistema unificado de ensino, além de contribuir para eliminar todas as formas de discriminação social, deve garantir a todos os cidadãos a formação, a qualificação e o aperfeiçoamento que correspondam às necessidades sempre crescentes da sociedade. A educação deve assegurar a todos a efectiva possibilidade de contribuir para a edificação de uma sociedade democrática.

3 - Na realização da sua política de ensino o Estado deve:

- a) Assegurar o ensino básico obrigatório e gratuito, que será progressivamente alargado de acordo com as possibilidades humanas e materiais;
- b) Garantir a todos os cidadãos, em igualdade de oportunidades e segundo as suas capacidades, a possibilidade efectiva de ascender aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;
- c) Promover gradualmente e de acordo com as possibilidades a gratuitidade de todos os graus de ensino;
- d) Estabelecer a ligação do ensino a outras actividades sociais e particularmente à produção;
- e) Favorecer a formação de quadros originários das classes trabalhadoras capazes de participarem no desenvolvimento económico do País a caminho do socialismo;
- f) Criar um sistema público de educação pré-escolar;
- g) Garantir a educação permanente e promover a eliminação do analfabetismo.

ARTIGO 29.º (Ensino oficial e particular)

- 1 - O ensino oficial será laico.
- 2 - Não serão admitidas quaisquer discriminações de carácter religioso, étnico ou linguístico.
- 3 - O Estado procederá à progressiva integração dos estabelecimentos do ensino particular no ensino oficial, salvaguardando os interesses de quantos neles trabalham, sem prejuízo de, no exercício da liberdade religiosa, as igrejas manterem estabelecimentos de ensino para os seus fins específicos.
- 4 - As escolas particulares entretanto existentes ficam sujeitas a fiscalização e controle por parte do Estado.

ARTIGO 30.º (Acesso dos trabalhadores à Universidade)

O acesso à Universidade deve ser regulamentado de acordo com as necessidades do País em quadros qualificados e de modo a favorecer a entrada dos trabalhadores e dos filhos das classes trabalhadoras.

ARTIGO 31.º (Educação)

- 1 - É função da educação procurar explicar e resolver as contradições levantadas pela revolução científica e técnica, garantindo o progresso harmonioso da sociedade democrática portuguesa.
- 2 - Para alcançar este objectivo, combinar-se-ão a educação geral e as especialidades de carácter científico, técnico e artístico com o trabalho produtivo, a investigação para o desenvolvimento, a educação física, o desporto e a participação em actividades políticas e sociais.

ARTIGO 32.º (Investigação e criação Intelectual e artística)

- 1 - A todos é reconhecido o direito de liberdade de investigação e de criação intelectual e artística, o qual compreende o direito à invenção, produção ou obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos interesses morais ou materiais do autor.
- 2 - O Estado protege a genuinidade e autenticidade das realizações culturais do povo, defendendo-as de toda a forma de adulteração e preservando-as como verdadeiras riquezas do património nacional.

(DAC n.º43, do 10/9/75: 1225-1226)

O texto final aprovado pela Constituinte, e que acolheu algumas destas fórmulas, é o seguinte:

ARTIGO 43.º (Liberdade de aprender e ensinar)

1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar.
2. O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.
3. O ensino público não será confessional.

ARTIGO 73.º (Educação e cultura)

1. Todos têm direito à educação e à cultura.
2. O Estado promoverá a democratização da educação e as condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para o desenvolvimento da personalidade e para o progresso da sociedade democrática e socialista.
3. O Estado promoverá a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos, em especial dos trabalhadores, à fruição e criação cultural, através de organizações populares de base, colectividades de cultura e recreio, meios de comunicação social e outros meios adequados.

ARTIGO 74.º (Ensino)

1. O Estado reconhece e garante a todos os cidadãos o direito ao ensino e à igualdade de oportunidades na formação escolar.
2. O Estado deve modificar o ensino de modo a superar a sua função conservadora da divisão social do trabalho.
3. Na realização da política de ensino incumbe ao Estado:
 - a) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;
 - b) Criar um sistema público de educação pré-escolar;
 - c) Garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo;
 - d) Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;
 - e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino;
 - f) Estabelecer a ligação do ensino com as actividades produtivas e sociais;
 - g) Estimular a formação de quadros científicos e técnicos originários das classes trabalhadoras.

ARTIGO 75.º (Ensino público o particular)

1. O Estado criará uma rede de estabelecimentos oficiais de ensino que cubra as necessidades de toda a população.
2. O Estado fiscaliza o ensino particular supletivo do ensino público.

ARTIGO 76.º (Acesso à Universidade)

O acesso à Universidade deve ter em conta as necessidades do país em quadros qualificados e estimular e favorecer a entrada dos trabalhadores e dos filhos das classes trabalhadoras.

Da comparação entre a proposta da 3ª Comissão e o texto final de 1976 fica claro que as ideias essenciais daquela encontraram consagração neste último, afirmação válida também no que toca à gratuidade do ensino básico e à progressiva gratuidade de todos os graus de ensino. O texto aprovado é, no entanto, significativamente mais sucinto e a linguagem é menos ideologicamente marcada. No que diz respeito às alterações entretanto feitas ao texto de 1976, as ideias essenciais desta secção foram mantidas ao longo dos anos apesar das revisões constitucionais, tendo estas explicitado alguns preceitos (nomeadamente aqueles relativos às finalidades do ensino, ao ensino particular e cooperativo, à autonomia das universidades e à participação no ensino) e “aligeirado” alguma da linguagem.

3. *Análise*

Em face destas disposições (e aqui referimo-nos em especial aos artigos 73º a 76º do texto de 1976, bem como do artigo 43º, a doutrina começa por destringir os vários tipos de normas presentes na “Constituição da Educação”. Para Jorge Miranda e Maria da Glória Pinto Garcia existem, por um lado, normas atributivas de direitos. Entre estas encontram-se a liberdade de aprender e ensinar (43º nº1); o direito de criar escolas particulares e cooperativas (43º nº4); e o direito de não ser impedido ou discriminado no acesso à escola (74º nº1 e 76º nº1). Este último, por sua vez, desdobra-se nas seguintes posições jurídicas: garantia das condições de frequência escolar;

gratuidade do ensino básico (74º, nº3, *a*) e progressiva gratuidade dos demais graus de ensino (74º, nº3, *e*); eliminação de formas limitativas em quantidade de acesso (só possíveis quanto ao ensino superior); e promoção e apoio do ensino especial para deficientes (74,3, *g*). Existem, em segundo lugar, normas de imposição de incumbências ao Estado, normas organizatórias e de competência. Em terceiro lugar, há garantias institucionais e, por fim, normas de reconhecimento de deveres (dos encarregados de educação, dos educandos, educadores, de todos os cidadãos) (1998: 300-302).

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito ao ensino manifesta-se através de um direito de acesso à escola, por sua vez separável em dois direitos: em primeiro lugar, a liberdade de entrar na escola. Neste aspecto, trata-se de um direito negativo, não podendo o estado criar obstáculos ao acesso à escola. Questão passível de suscitar problemas de constitucionalidade é justamente a da limitação do acesso ao ensino através da imposição de *numerus clausus* (veja-se o artigo 76º). Depois, integra um direito social no sentido de direito a uma prestação por parte do Estado: a este incumbe a criação de escolas. Nesta vertente de direito positivo contam-se os elementos enumerados no nº2, um amplo conjunto de obrigações (2007: 896).

Em termos mais específicos, o primeiro preceito da Constituição da educação a ter em conta encontra-se no Título II, relativo aos Direitos, Liberdades e Garantias: trata-se do artigo 43º sobre “Liberdade de aprender e ensinar”. Jorge Miranda e Rui Medeiros defendem que esta liberdade se manifesta através da escola, donde a “*liberdade de escola e liberdade na escola*” (2005: 457), que se reflecte nos artigos 74º e noutros preceitos constitucionais (*Idem*). O artigo 73º, por sua vez, que dá início ao capítulo com a epígrafe “Direitos e deveres culturais”, exprime a ligação íntima entre cultura e educação. Apesar de estarem interligados, o direito à educação e à cultura são, no entanto, direitos diferentes (*Idem*: 730). A Constituição explicita no nº2 desta artigo que as políticas públicas sobre educação devem orientar-se no sentido da democratização da educação, o que, por sua vez, contribuirá para outros objectivos como a superação de desigualdades e a igualdade de oportunidades.

O artigo 74º, relativo ao ensino, e em particular o seu nº3, contém as disposições mais importantes para o presente trabalho. A doutrina defende que o direito à educação se concretiza “especificamente, como direito à escola” (*Idem*: 733), e, de acordo com o nº1 deste artigo, o direito vale para todos: consagra-se assim o princípio da igualdade de oportunidades de acesso e êxito na escola.

Ora, tendo em conta a diversidade de situações a que este direito se aplica, o nº2 deste artigo prevê uma série de directrizes à qual a actividade do Estado deverá conformar-se, algumas aplicáveis à generalidade das pessoas, e para todas as fases da vida (ensino básico e ensino recorrente), e outras a grupos particulares (como os filhos de emigrantes).

Porque queremos deixar para o final as questões que nos parecem mais relevantes, começemos pela alínea *b*) deste nº3. Este preceito dedica-se ao ensino pré-escolar, isto é, à “educação ministrada em estabelecimento antes do ingresso na escolaridade básica” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 898). Este preceito tem de ser lido em conjunto com o artigo 67º**b**) que dispõe sobre as creches. Um ponto importante a reter é o da importância da generalização da formação a este nível no cumprimento da garantia de igualdade de oportunidades escolares (*Idem*).

De seguida, a Constituição estabelece que deve haver ensino disponível em todas as fases da vida

(a chamada educação recorrente) (alínea *c*) e que um dos objectivos do Estado consiste na eliminação do analfabetismo. Para garantir a igualdade de acesso de todos ao ensino, a Constituição optou por destacar determinados grupos de cidadãos que precisam de protecção especial a este nível, nomeadamente os cidadãos portadores de deficiência (alíneas *g*) e *h*) e os filhos de emigrantes e de imigrantes (alíneas *i*) e *j*), respectivamente). Todos estes preceitos visam integrar no sistema pessoas que possuam desvantagens iniciais ou que precisam de determinadas condições para manter um laço cultural com o país. Nestes casos, a Constituição exige a criação de condições específicas para a realização deste direito (o ensino especial para os portadores de deficiências, o apoio especial aos filhos de imigrantes).

Na alínea *f*) lida-se com a ligação da escola à comunidade onde esta se encontra. Para Jorge Miranda e Rui Medeiros, esta ligação destina-se a “pôr o ensino em sintonia com as realidades sociais e, inversamente, co-responsabilizar as comunidades pelas escolas” (Miranda e Medeiros, 2005: 734).

O texto constitucional incumbe também o Estado de eliminar as desigualdades materiais no acesso à escola, donde a necessidade de garantir a todos os cidadãos, em função das suas capacidades, “o acesso aos graus mais elevados de ensino (...)” (*d*). O conceito de “capacidade” deverá ser entendido como “capacidade de aprendizagem, de capacidade potencial” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 899).

Dado que o Estado não detém o monopólio do ensino, então o direito consagrado no artigo 74º terá de ser visto em conjunto com o artigo 75º, sendo que este último concretiza o preceito que consta no nº4 do artigo 43º. De facto, embora o ensino seja principalmente tarefa do Estado, este dever tem de articular-se com a liberdade de criar escolas particulares e cooperativas (artigo 43º nº4). O sistema é, pois, composto de dois tipos de ensino – o público (1) e o particular e cooperativo (2). Na primeira alínea do artigo 75º incumbe-se o Estado de garantir o direito ao ensino a todos os cidadãos através da criação de uma rede de escolas com as características especificadas no artigo 74º. Por ser universal e geral, “toda a necessidade de ensino há-de ter uma resposta no ensino público”, excepto no que respeita à formação religiosa (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 904). Quanto ao segundo tipo de ensino, não é meramente consentido, é “reconhecido” pelo Estado, estando sujeito a um processo de licenciamento e a fiscalização por aquele para garantir que cumpre determinadas condições exigidas (*Idem*).

Recentemente, a doutrina tem referido a existência de uma corrente favorável à diluição da função essencial do Estado a este nível, propondo-se a integração das escolas do regime particular ou cooperativo numa rede pública. Ora, para alguma doutrina esta posição é contrária à Constituição, já que “implicaria a neutralização do imperativo constitucional da criação de rede de estabelecimentos públicos de ensino para toda a gente” (*Idem*: 908). Paralelamente, uma outra posição advoga que o sistema de ensino seja regido pelas leis do mercado, com a consequente melhoria na eficácia do ensino, reduzindo-se assim o sistema público a um “sistema supletivo” (*Idem*: 908). Algumas das ideias associadas a esta posição são constitucionalmente aceitáveis, dizem estes mesmos autores. No entanto, o mesmo não vale para a ideia da transformação do actual sistema num “mercado educacional” (*Idem*, 909).

Já o artigo 77º rege a participação democrática no ensino. Na versão original do texto constitucional, o artigo intitulava-se “criação e investigação científica”, tendo o artigo original sido suprimido e algumas das suas ideias passado a constar do nº4 do artigo 73º.

Deixámos para o final algumas disposições extremamente relevantes que transcrevemos de seguida:

Artigo 74.º

(...)

N.º2 Na realização da política de ensino incumbe ao Estado:

a) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito.

(...)

e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino.

Em relação a este tema, parece-nos pertinente lembrar o facto de, no pós-25 de Abril de 1974 e até 1986, ano de entrada em vigor da [Lei de Bases do Sistema Educativo \(Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro\)](#), ao mesmo tempo que se mantinham, de um modo geral, as estruturas do sistema educativo que vigorava até então, adoptaram-se políticas quanto a determinadas matérias ou “medidas avulsas”, segundo Henrique Medina Carreira (1996: 199), nomeadamente as que criaram a política do *numerus clausus* e o sistema público de educação pré-escolar. De facto, como diz António Teodoro, a lei 5/73 através da qual se punha em prática a reforma Veiga Simão, terá apenas sido revogada *de facto*, embora não *de jure* após Abril de 74 (2001: 399). Algumas das medidas então implementadas (Medina Carreira, 1996: 200-203 e Teodoro, 2001: 311 e ss.) teriam como prioridade a modernização face ao desafio europeu e veriam numa lei de bases um “ponto de partida para uma reforma global do sistema de ensino” (Teodoro, 2001: 391-392). Entre 1978 e a primeira metade da década de 80 esta última questão tornou-se então central para as políticas governativas. O I.º governo constitucional acabou por não encetar os trabalhos da lei de bases, tarefa que foi herdada pelo governo que se lhe seguiu, onde se falava já de uma proposta de lei de bases. No entanto, só em Abril de 1980, durante o VI Governo constitucional, acabou por se apresentar uma verdadeira proposta neste sentido (2001: 404).³

Adoptada a lei de bases em 1986, surgiu, alguns meses mais tarde, a legislação complementar àquela, entre a qual se incluía o decreto-lei 354/88 que regulava o acesso ao ensino superior (mais tarde foi introduzido um novo regime com o decreto-lei n.º 189/92, de 3 de Setembro). Também a questão da gratuidade do ensino básico foi legislada através do decreto-lei 35/90 de 25 de Janeiro bem como, finalmente, em 1992, a questão do financiamento do ensino superior.

Embora a questão da autonomia seja extremamente relevante e tenha já sido levada à consideração do Tribunal Constitucional⁴, vamos cingir-nos ao tema do acesso ao ensino. Este divide-se em acesso formal, por um lado, e, por outro, material.

4. O acesso formal ao ensino

A respeito do acesso formal ao ensino, alguma doutrina identifica direitos de dois tipos: um direito negativo, ao qual se aplica o regime dos direitos, liberdades e garantias, que consiste na impossibilidade de o Estado impedir o acesso ao ensino público⁵; e um direito positivo, direito a uma prestação por parte do Estado: que crie escolas para todos (Gomes Canotilho e Vital

³ Neste aspecto, veja-se o quadro preparado por António Teodoro e que reúne de forma exaustiva as propostas de legislação de base do sistema educativo desde a primeira proposta de lei, surgida em Abril de 1980 (2001: 402-404).

⁴ Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, a autonomia das universidades comporta uma dimensão pessoal e institucional e manifesta-se a diversos níveis. No entanto, não isenta as universidades de tutela estadual (2007: 913 e 916).

⁵ Mas esta posição não é consensual. Veja-se, contra, Salgado de Matos (1998: 47, nota 190).

Moreira, 2007: 896).⁶ Ora, no campo do acesso ao ensino superior esta matéria complica-se.

A doutrina lembra, em particular, que na altura em que o direito ao ensino a este nível foi consagrado pela primeira vez, na época das Constituições liberais, havia condições para garantir acesso universal ao ensino superior. No entanto, as circunstâncias alteraram-se, tendo o número de alunos aumentado. Após 1974, e com “o advento da cultura de massas”, ter-se-á dado uma situação de “ruptura” (Salgado de Matos, 1998: 45-46). A questão do *numerus clausus* surge então nas políticas públicas, com as inevitáveis questões de constitucionalidade, da mesma forma que surgiram na Alemanha (*Idem*: 46). Naquele contexto, aceitou-se esta figura mediante determinadas condições, e derivando essa condicionalidade de princípios como o da igualdade (*Idem*: 47). Ora, no artigo 76º nº1, relativo ao acesso ao ensino superior, a Constituição não dispõe sobre a questão da restrição quantitativa ao mesmo mas a doutrina diz que medidas neste sentido são admissíveis, desde que se respeitem determinados critérios (*Idem*: 912). Também Jorge Miranda e Rui Medeiros aceitam que possam ser colocadas restrições desta ordem ao acesso ao ensino superior, mas “desde que não frustrem, de modo intolerável, aqueles [artigos 43º e 73º nº4] direitos fundamentais” (Miranda e Medeiros, 2005: 740).⁷

5. O acesso material ao ensino

Mais complexa, e também mais controversa, parece ser a questão do acesso material ao ensino. Lembre-se que a Constituição especifica que o ensino básico será gratuito (74º, nº3 a)). Aos restantes graus de ensino, por outro lado, corresponde a “progressiva gratuidade” (74º, nº3 e)). É verdadeiramente no domínio do ensino superior que se colocam problemas mas importa clarificar qual a situação a respeito dos restantes níveis de ensino. No ensino pré-escolar, de acordo com a legislação a componente educativa é gratuita e para a não-educativa os pais e encarregados de educação contribuem na medida das suas possibilidades. No ensino básico, tanto a Constituição como a Lei de Bases prescrevem a gratuidade, especificando-se nesta última que estão assim excluídas propinas e taxas, entre outros custos. O mesmo não se passa em relação ao ensino secundário. De facto, a Constituição não se lhe refere especificamente, e existe efectivamente um sistema de propinas, situação que na prática é entendida como não sendo grave mas “algo anómala” (Salgado de Matos, 1998: 51).

Quanto ao ensino superior, importa lembrar que, até 1992, e apesar da entrada em vigor da Constituição de 1976, se aplicava a legislação de 1973 herdada da reforma Veiga Simão. Como já existia um sistema de propinas desde 1911, que não foi abolido em 1973, e que continuou a vigorar após 1974, pode de facto dizer-se que a questão dos eventuais limites ao acesso material ao ensino superior não é nova entre nós (Salgado de Matos, 1998: 51).

Até 1992, era o decreto-lei 31685, de 1941, que regia esta matéria. No preâmbulo deste diploma dizia-se que “[a] propina estabelecida não pode julgar-se gravosa para os que podem; dos que não podem, e de todo até, só interessa ao Estado que sigam cursos superiores os que realmente valem. Mas destes interessa-lhe que se não perca um único por se lhe tornar incompatível o pagamento das propinas.” Ao mesmo tempo que eram exigidas propinas àqueles que, de acordo

⁶ Para uma análise das questões do acesso a outros níveis de ensino público, veja-se Salgado de Matos (1998: 42 e ss.). Nomeadamente no que toca ao direito ao acesso ao ensino secundário, o autor defende que, apesar de não se poder fazer derivar da legislação existente a universalidade deste sistema de ensino, ela verifica-se na prática. Por isso, o direito ao ensino secundário goza dos mesmos efeitos que os direitos, liberdades e garantias (*Idem*: 44 e 45).

⁷ Foi no acórdão 1/97 que o TC se pronunciou sobre esta matéria. Para um comentário a esta decisão, veja-se Canotilho (1997).

com a lei, dispunham de condições para pagá-las, previa-se um regime de isenções para os que não tinham meios, assim como um conjunto de bolsas para custear as despesas dos mais desfavorecidos. O decreto-lei 418/73 sobre o financiamento do ensino superior mantém o sistema de propinas com o mesmo valor previsto desde 1941.

Ora, já na década de noventa, e com vista à reforma deste aspecto das políticas governativas, foi pedido a um conjunto de personalidades de renome uma apreciação acerca da questão do financiamento do sistema de ensino superior. Publicado em 1991, o relatório da comissão reunida pelo Ministro da Educação, ou “Livro Branco” (Barros *et al*, 1991), via desde logo a questão das propinas como uma das explicações para o panorama negativo que o ensino superior em Portugal atravessava naquela altura: “o custo praticamente nulo das propinas arrasta consigo outras consequências”, para além da dificuldade em identificar o custo do ensino por aluno (*Idem*: 13), nomeadamente em termos de redução de eficiência, de falta de incentivos para a progressão dos estudos (*Idem*: 14). O sistema então vigente era visto como injusto, pela diminuta contribuição dos alunos, primeiros beneficiários do ensino, para custear o mesmo, e por o sistema de bolsas existentes prejudicar os mais desfavorecidos (*Idem*: 15). Com vista à superação desta situação, a Comissão propunha que se estabelecesse para o ensino superior público o pagamento de uma propina a ser determinada em função do custo do sistema de ensino, “o que está longe de poder ser entendido como significando que cabe aos estudantes suportar a totalidade dos custos do ensino” (*Idem*: 21). A fixação do montante final das propinas ficaria a cargo de cada instituição de ensino, ao mesmo tempo que seria criado um esquema de apoio aos estudantes com condições mais desfavorecidas, sendo o Estado responsável pelo apoio social (*Idem*: 27). Em suma, concluíam os autores do estudo, “o sistema proposto dignifica o papel dos estudantes como utentes das instituições de ensino superior, fomentando uma relação directa entre procura e oferta de ensino” (*Idem*: 32).

Foi também feito um enquadramento jurídico-constitucional das propostas, tendo os autores procurado demonstrar a compatibilidade da “tendencial aproximação das propinas aos custos” (*Idem*: 42), com o princípio da progressiva gratuidade previsto no artigo 74º, nº3, e). “A gratuidade do ensino superior”, dizia-se, “com a actual composição social da população universitária, traduz-se numa distribuição injusta de rendimentos, motivo pelo qual se entende que essa gratuidade deve ser entendida de forma que não conduza a efeitos jurídicos constitucionalmente perversos: não eliminar a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais e não contribuir para a democraticidade do acesso ao ensino superior” (*Idem*: 42). Na opinião desta Comissão, para que fosse conforme à Constituição, a sua proposta deveria respeitar certos princípios: o não retrocesso social (a proposta “não deve significar a diminuição das responsabilidades financeiras dos entes públicos na efectivação do direito ao ensino, na maximização das capacidades e na expansão do sistema público de ensino superior” (*Idem*: 43)), a simultaneidade (a par de um sistema de propinas deveria prever-se um sistema de bolsas justo), a democraticidade, a responsabilidade política, a proporcionalidade, a necessidade e adequação, a reserva de lei, a igualdade e o sistema de quotas (*Idem*: 43-45).

Meses mais tarde, foi apresentada na Assembleia da República a proposta de lei 26/VI sobre financiamento do ensino superior. Como lembra Pedro Garcia Rosado, a 14 de Maio de 1992, logo após a aprovação desta proposta de lei sobre as propinas em Conselho de Ministros houve manifestações do movimento de estudantes contra o aumento das propinas (Garcia Rosado, ano: 77-78). A 28 de Maio, dia em que começa a discussão parlamentar do referido projecto de lei, ouviram-se protestos nas galerias, como disso dá conta o próprio diário dos trabalhos

parlamentares desse dia (DAR nº69, Iª série, de 29/05/92: 2246). De acordo com a exposição de motivos que precedia esta proposta de lei, a nova legislação visava justamente pôr fim à situação de injustiça social que decorria do facto de o sistema de propinas estar desactualizado e ser idêntico para todos alunos, independentemente da sua situação social. Visava-se, por isso, instituir um sistema mais eficiente, com um valor de propina actualizado em função do rendimento, a definir pelas instituições entre um montante mínimo e máximo, bem como através de um novo modelo de isenções e bolsas. O Ministro da Educação, Couto dos Santos, no seu discurso de apresentação deste projecto, reiterou estas ideias, ao afirmar que a nova lei ambicionava “assegurar a justiça social” e “contribuir para a moralização do sistema” (*Idem*: 2241). Este último objectivo prendia-se com a necessidade de dar oportunidade a novos alunos de ingressarem no ensino superior.

A proposta de lei foi aprovada na AR e promulgada pelo Presidente da República (PR) a 29 de Julho de 1992 (lei 20/92). É então que começa a surgir um movimento mais forte de contestação à lei, que, no entanto, praticamente não chegou a ser aplicada. De seguida transcrevem-se alguns dos artigos mais relevantes desse diploma:

Artigo 1.º - 1 - São devidas propinas pela inscrição anual dos cursos das instituições de ensino superior público, adiante designadas por instituições.

2 - Nos casos em que a inscrição não abranja a totalidade das disciplinas do respectivo ano lectivo, as propinas são devidas proporcionalmente ao número de disciplinas em que o aluno se inscreva.

3 - Os montantes provenientes do pagamento de propinas constituem receita própria das instituições, a afectar, prioritariamente, à prossecução de uma política de acção social e às acções que visem promover o sucesso educativo.

Art. 6.º - 1 - O montante das propinas é fixado anualmente pelo órgão competente das universidades ou pelo Conselho Geral dos Institutos Politécnicos e deve ser divulgado por aquelas instituições com a antecedência mínima de três meses em relação ao início do prazo fixado para o respectivo pagamento.

2 - O valor referido no número anterior é fixado entre o montante mínimo, correspondente a uma percentagem determinada nos termos do n.º 2 do artigo 16.º, do resultado da divisão das despesas de funcionamento e de capital do ano imediatamente anterior pelo número total dos alunos inscritos nessa instituição nesse mesmo ano lectivo e o máximo a determinar pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas ou pelo Conselho Coordenador dos Institutos Politécnicos, consoante os casos, cuja expressão percentual não poderá ser superior ao dobro da correspondente ao montante mínimo.

3 - Para efeitos do cálculo do montante mínimo referido no número anterior não são consideradas as despesas de investimento.

4 - Nas instituições em regime de instalação o montante das propinas, a determinar pelas respectivas comissões instaladoras, não poderá, em qualquer caso, ser superior em mais de 50% ao montante médio das instituições em regime normal de funcionamento.

Art. 7.º - 1 - A manutenção dos regimes de isenção ou de redução de propinas estabelecidos no presente diploma depende da efectiva realização do curso pelo aluno beneficiário no período fixado da sua duração acrescido de um ano.

2 - Esgotado o período total referido no artigo anterior, no caso de inscrição para a conclusão final do respectivo curso no ano lectivo imediatamente seguinte, o aluno terá ainda direito a um regime de benefício equivalente a metade daquele de que era anteriormente beneficiário.

3 - Compete às instituições definir um regulamento de aplicação do disposto no presente artigo, o qual deverá compreender a delimitação de situações de força maior, nomeadamente por razões de saúde, cuja verificação comprovada excepciona a disciplina estabelecida nos números anteriores.

Art. 8.º - 1 - As propinas podem ser pagas em prestações, mensais ou trimestrais, vencendo-se a primeira no acto de matrícula e as restantes nas datas a fixar pela respectiva instituição.

2 - Os alunos devem efectuar o pagamento das propinas nos prazos fixados pelo órgão competente das universidades ou pelo Conselho Geral dos Institutos Politécnicos.

3 - O pagamento das propinas pode ser efectuado mediante transferência bancária, devendo, para o efeito, cada instituição promover a abertura de uma conta em instituição de crédito e divulgar o respectivo número.

Art. 11.º - 1 - É devida uma taxa de matrícula pelo ingresso do aluno numa instituição, de valor a fixar pelo órgão competente das universidades ou pelo Conselho Geral dos Institutos Politécnicos, mas não inferior a 10% do montante mínimo calculado nos termos do n.º 2 do artigo 6.º.

2 - A taxa referida no número anterior é paga no acto da primeira matrícula na instituição e de uma só vez, excepto quando o aluno interrompa os seus estudos por período superior a um ano, caso em que há lugar ao pagamento de nova taxa.

3 - O produto da taxa prevista neste artigo constitui receita da instituição respectiva.

Art. 12.º - 1 - A prestação de falsas declarações ou a omissão de dados que resultem na violação do disposto nos artigos 2.º, 3.º e 4.º no respeitante ao preenchimento dos requisitos para a isenção ou para a redução no pagamento de propinas constitui contra-ordenação punível com coima de 200 000\$00 a 500 000\$00, sem prejuízo da responsabilidade civil a que haja lugar.

2 - Juntamente com a coima prevista no número anterior podem ainda ser aplicadas as seguintes sanções acessórias:

- a) Anulação da matrícula e da inscrição anual e privação do direito de efectuar nova matrícula na mesma ou em outra instituição por prazo não superior a dois anos;
- b) Após nova matrícula, privação do direito a quaisquer benefícios sociais concedidos pelas instituições académicas, por um prazo não superior a dois anos.

3 - A negligência é punível.

Art. 13.º - 1 - O não cumprimento pontual do estabelecido no n.º 2 do artigo 8.º constitui contra-ordenação punível com coima de 5 000\$00 a 50 000\$00.

2 - A contra-ordenação prevista no número anterior pode dar ainda lugar, a título de sanção acessória, à anulação da inscrição anual respectiva.

3 - A negligência é punível.

A 28 Setembro de 1992 é enviado ao TC o requerimento do PR onde este pedia àquela instância para proceder à fiscalização sucessiva e declaração de inconstitucionalidade de certos preceitos da dita lei. Os fundamentos para as inconstitucionalidades invocadas nesse requerimento prendiam-se com a questão de saber se no caso de os montantes fixados para as propinas ultrapassarem a mera actualização tal seria incompatível com a “progressiva gratuidade” prescrita pela alínea *e*) do n.º3º do artigo 74º. A mesma dúvida era colocada quanto à caracterização das propinas como “taxas de cobertura de custos” (§2). Por outro lado, se o direito contido no artigo 74º n.º1 é um “direito negativo à escola”, o PR perguntava-se se não estariam a ser desrespeitados os pressupostos materiais de legitimidade quanto ao mesmo. De facto, se entendido como direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, este beneficiaria da reserva de lei prevista no artigo 18º. Punha-se ainda em causa a proporcionalidade dos montantes fixados para as propinas, bem como a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas sancionatórias previstas nos artigos 12º 2º *a*) e 13º n.º2 do diploma, por serem passíveis de afectar o “núcleo essencial do direito ao ensino” (§3). Por fim, suscitava-se a eventual violação do princípio igualdade pelo artigo 6º n.º2 do mesmo diploma, por criar diferenciações de tratamento injustificadas.

c) A jurisprudência do Tribunal Constitucional

1. O acórdão 148/94

O acórdão do TC surgiu mais de um ano após ter sido recebido o requerimento do PR, num momento em que se acentuavam os protestos estudantis. Antes de se pronunciar sobre as questões que lhe eram colocadas o TC sublinhou uma questão muito importante: não lhe era pedido que decidisse sobre a inconstitucionalidade das propinas ou da taxa de matrícula em si mesmas. Significa isso que a exigência de propinas (e da taxa) não viola em si a Constituição (§8). O que o TC julgou ser sua função decidir era antes se era admissível a actualização dos valores daquelas tendo em conta a “progressiva gratuitidade” do ensino superior prescrita pela Constituição. Ora, já numa decisão anterior a esta se tinha suscitado a necessidade de interpretar o conceito de gratuitidade (referimo-nos ao já antes analisado acórdão 330/89). No acórdão 148/94, o TC assinalou que,

“[c]om efeito, o conceito constitucional de progressivamente gratuito’ comporta, afinal, ‘um certo halo de indeterminação’ (para empregar a linguagem do citado Acórdão n.º 330/89), dispondo o legislador de legitimidade para o preencher. Ponto é que a actualização, no quadro dessa legitimidade, não atinja aumentos drásticos” (§12).

O ponto mais relevante do acórdão 184/94 no que toca à interpretação do artigo 74º 3º e) é o de que a Constituição não impede a actualização do valor das propinas:

“[s]eja qual for o exacto sentido e alcance do princípio da progressiva gratuitidade do ensino superior público, o que ele, seguramente, não impede ou proíbe é que o valor das propinas, fixado em 1941 e mantido em 1973, seja actualizado em termos que adiante se dirão. Ou seja: a CRP não impede ou proíbe que o legislador ordinário ponha termo ao congelamento dos valores das propinas; proíbe-lhe apenas que, desse modo, subverta o funcionamento de um sistema de ensino público, claramente definido na mesma CRP” (§12).

Donde, conclui o TC quanto ao sistema de propinas proposto pelo diploma em causa, a actualização do seu valor ser admissível:

“[u]ma actualização do montante das propinas que corresponda a ‘uma simples actualização face ao crescimento geral dos preços’ é constitucionalmente admissível, sendo que a expressão percentual máxima de 25 % do quociente operado nos termos combinados dos artigos 6.º, n.º 2, e 16.º, n.º 2, da Lei das Propinas se contém dentro de uma ordem de grandeza que respeita aqueles limites (o quociente da divisão das despesas de funcionamento e de capital das instituições do ensino superior público do ano imediatamente anterior pelo número total dos alunos inscritos nessa instituição nesse mesmo ano lectivo). Noutra perspectiva das coisas, poderia ainda dizer-se que a percentagem assim encontrada representa o limite razoável dentro do qual se poderá falar da lógica constitucional da possível gratuitidade do ensino superior e não da lógica do pagamento parcial dos custos do ensino superior pelos respectivos utentes” (§12).

Ora, esta conclusão aplica-se apenas a uma parte do sistema criado pela lei 20/92. De facto, diz o TC que

“se isto é assim, e para o ano lectivo de 1992-1993 não traduz colisão com a norma constitucional em causa, já há colisão para os anos lectivos de 1993-1994, 1994-1995 e seguintes, mas apenas no ponto em que a percentagem para a determinação do montante das propinas pode ser fixada acima de 25 %. É o que acontece no ano lectivo de 1993-1994, em que a variação vai de 20 % a 40 %, e nos anos lectivos de 1994-1995 e seguintes, em que a variação vai de 25 % a 50 %. Em tal segmento, e concluindo, a norma do artigo 6.º, n.º 2, conjugado com o artigo 16.º, n.º 2, da Lei das Propinas, viola a norma do artigo 74.º, n.º 3, alínea e), da CRP” (§12).

A segunda questão em apreço prendia-se com a taxa de matrícula, para a qual a lei apenas previu um limite mínimo, ficando o valor máximo a fixar pelas instituições de ensino. Neste caso, dado que desta forma a taxa poderia atingir um valor que não era razoável, o TC entendeu que a disposição do diploma em causa ia contra o preceito constitucional por introduzir uma distorção ao modelo de ensino previsto na Constituição:

“o princípio da progressiva gratuitidade do ensino superior público proíbe ao legislador que introduza distorções no modelo que a CRP prevê, em termos de subverter o funcionamento do sistema. Ora, é isso que acontece quando se permite que a taxa de matrícula possa ser fixada em montante igual ao das propinas: existe aí, de facto, uma distorção que contraria a ideia da gratuitidade progressiva do ensino superior público. Tanto basta para concluir que a norma do artigo 11.º, n.º 1, da Lei das Propinas, na parte em que não fixa um limite máximo da percentagem para a determinação da taxa de matrícula, viola também a norma do artigo 74.º, n.º3, alínea e), da CRP” (§13).

Quanto ao terceiro ponto suscitado, o da proporcionalidade do método de fixação do montante das propinas, o TC achou que não era sua função decidir sobre ele na medida em que se tratava de uma questão que competia exclusivamente ao legislador decidir e que, por isso, não estava sujeita à censura do TC:

“Este princípio radica no facto de o espaço de prognose legislativa ser um espaço de conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional. (...) Com o que, e neste plano estrito, não pode falar-se em inconstitucionalidade material das normas citadas da Lei das Propinas” (§14).

O quarto problema de constitucionalidade suscitado pelo PR era o da suposta violação do princípio da igualdade pelo preceito do diploma em causa que permitia que o método de fixação do montante da propina levasse a diferenciações. Ora, o TC entendeu que este princípio não era violado porquanto é admissível que se trate de forma diferente um determinado conjunto de pessoas que se encontrem nas mesmas condições, desde que tal tratamento diferenciado seja justificado. De facto, segundo o TC, existia no diploma justificação para esse tratamento diferenciado:

“um “adequado suporte material” para a fórmula de cálculo escolhida pelo legislador ordinário, justamente na ideia da autonomia das universidades, que é capaz de explicar que os montantes apurados variem de instituição para instituição” (§15).

Por fim, quanto às sanções aplicáveis, também entendeu o TC que não eram desproporcionadas

e, logo, que não estavam feridas de inconstitucionalidade:

“Com efeito, a ilicitude que se liga à prestação de falsas declarações ou à omissão de dados, como via fraudulenta para se obter uma isenção ou uma redução no pagamento das propinas, conseguindo-se uma clara vantagem em relação aos que não podem eximir-se a esse pagamento, é de elevado teor, merecendo um alto juízo de censura (§16).

Nove dos treze juízes conselheiros apensaram declarações de voto à decisão. Nessas declarações fica patente a diversidade de opiniões dentro do próprio Tribunal acerca da relevância jurídica dos direitos sociais e da interpretação da expressão “progressiva gratuidade”. Defendeu-se, por um lado, que o montante fixado para o primeiro ano de aplicação era excessivo em relação ao montante das propinas que era devido antes da entrada em vigor da lei 20/92, o que violava o princípio de confiança (Guilherme da Fonseca). Por outro, havia quem apoiasse uma interpretação ainda mais flexível do conceito de progressiva gratuidade do que aquela que fez vencimento na decisão. Por isso, estes juízes discordaram da declaração de inconstitucionalidade em relação ao preceito do diploma que regulava a actualização das propinas no segundo ano lectivo de aplicação da lei. Na sua opinião, só se fosse exigido o custo integral do ensino é que haveria lugar a uma inconstitucionalidade (Messias Bento, Fernando Alves Correia, Bravo Serra e Vítor Nunes de Almeida). Outra posição defendia um entendimento das normas que veiculam o direito ao ensino segundo o qual estas gozam de uma menor vinculatividade. Como a progressiva gratuidade não “toma forma definitiva” quanto à vinculação jurídica do legislador, não é possível controlar a sua constitucionalidade (Assunção Esteves). Uma outra corrente sustentava que os montantes determinados na lei 20/92 violavam os princípios da necessidade, proporcionalidade e da igualdade, e que por conseguinte afectavam o conteúdo mínimo do direito ao ensino (José de Sousa e Brito). Por fim, houve também que se tenha oposto não à actualização em si mas ao facto de esta ter sido feita por referência aos valores de 1941, quando deveria remontar a 1976 ou à data em que o montante teria sido pela última vez actualizado (em 1973) (Armindo Ribeiro Mendes e Luís Nunes de Almeida).

2. *Comentários à decisão do TC*

Como seria de esperar, esta decisão suscitou inúmeros e variados comentários do lado da doutrina. A maioria parece inclinar-se para a defesa de uma posição semelhante àquela sustentada no já citado Livro Branco.

Para Jorge Miranda, no início dos anos noventa o sistema de financiamento do ensino superior em Portugal era “demasiado pesado e oneroso”, donde a necessidade de este “ser corrigido e racionalizado de harmonia com uma rigorosa ponderação de custos e benefícios” (1992: 248). Não se trata de fugir às responsabilidades sociais do Estado, salvaguardava o autor, mas de adequar o sistema às realidades nacionais (*Idem*: 249).

Também via nas propinas inúmeras vantagens: por um lado, contribuem para a melhoria da qualidade das universidades; depois, permitem o estreitar do relacionamento dos estudantes com a universidade; por fim, responsabilizam a universidade perante os alunos, “conferindo a estes o direito de exigirem mais e melhor dos professores e da organização universitária” (Miranda e Pinto Garcia 1998: 311).

Quanto à lei 20/92, e ainda antes da decisão do TC, Jorge Miranda defendeu não estar aquela ferida de inconstitucionalidade por impor uma mera actualização dos montantes e não um

aumento, não havendo, por isso, retrocesso em relação ao comando constitucional de progressiva gratuidade (2003: 252). Defendia ainda ser legítimo ao Estado fazer opções (dada a reserva do possível) e perante outras metas mais urgentes, a gratuidade ser sacrificada. Mais, na sua opinião a manutenção das propinas ao preço de 1941 é que violaria a Constituição por não contribuir para a meta estatuída no artigo 73º nº2 (*Idem*: 254).

Contudo, e apesar de concordar com algumas das soluções previstas naquele diploma, Jorge Miranda dirigiu uma petição ao então Presidente da Assembleia da República onde defendia a substituição da lei 20/92 por uma outra: "(...) entendo que elas [as propinas] não só são permitidas mas também impostas, em determinados termos, pela Constituição e pela situação concreta das Universidades portuguesas, públicas e não públicas" (*Idem*: 255). Entendia ainda que quem não pode não deve pagar, quem pode deve, e caso não o faça poderá prejudicar o objectivo máximo do preceito, isto é, a correcção de desigualdades (*Idem*: 256).

A gratuidade equivale ao não pagamento do "custo imediato do ensino", isto é "ao não-pagamento de propinas, bem como, porventura, de inscrições e matriculas" (257). Pode também significar ausência de pagamento de outras despesas de ensino (taxas de utilização de serviços, etc.); e não pagamento dos livros, de transportes etc. Mais, a concretização da gratuidade depende de três factores: recursos disponíveis; a mais ou menos ampla soma de beneficiários; a capacidade económica dos beneficiários (*Idem*).

Ora, "[o] desígnio constitucional (...) realizar-se-á menos pela isenção de propinas do que pela assunção pela colectividade dos demais custos do ensino relativamente àqueles cujas condições económicas e sociais não permitem que, por si ou pelas suas famílias, os suportem." (257) A seu ver, ainda, gratuidade envolve sobretudo atribuição de bolsas de estudo e apoio social escolar, e até salário escolar (*Idem*).

Jorge Miranda e Rui Medeiros ligam a questão da progressiva gratuidade à da "tendencial gratuidade" do SNS prevista desde 1989: se esta é gratuita em função de determinadas condições, e se se trata de um sistema universal e geral, o mesmo deve aplicar-se, sustentam, ao ensino superior, que não é universal. Neste segundo caso, dizem, "a gratuidade há-de ser outrossim função das condições económicas e sociais" (Miranda e Medeiros, 2005: 734).

Em 1995, em comentário ao acórdão de 184/94, Jorge Miranda dizia que devia ter sido pedida a fiscalização preventiva da lei 20/92. Caso tivesse sido seguida esta tramitação, "provavelmente o problema não teria assumido o relevo que teve" (Miranda, 1995: 414). O autor concordou no essencial com a decisão embora "não totalmente com os seus fundamentos" (416). Para ele tratava-se antes de mais de um problema de gratuidade (418).

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, a primeira e mais importante obrigação do Estado no que toca ao direito ao ensino reside na criação de uma rede de ensino básico, universal, obrigatório e gratuito (2007: 897). Mas a gratuidade também é extensível aos outros graus de ensino. Porém, como a concretização desta "imposição constitucional permanente" pode ser feita progressivamente, e atendendo à escassez dos recursos disponíveis, admite-se que esta vertente do direito à escola seja concretizada de forma faseada, dando-se prioridade à gratuidade do ensino secundário, por exemplo, e à garantia de acesso ao ensino superior àqueles que têm limitações sócio-económicas. Aceita-se, por isso, que haja uma actualização das propinas como aquela que foi permitida através do acórdão 148/94, desde que esta esteja em "concordância

prática” com a dotação para programas de ajuda a estudantes desfavorecidos. Isto é, a actualização de propinas justifica-se pela contribuição que tem para a melhoria no acesso ao ensino superior daqueles que têm mais dificuldades (2007: 899).

Ora, para José Gomes Canotilho, é de censurar o facto de ter havido um pré-efeito desta decisão: é que, de facto, ela acabou por não chegar a ser aplicada enquanto se aguardava que o TC se pronunciasse. Na sua opinião, esta suspensão indevida da aplicação da lei constituiu um “precedente grave” (151). No que toca à decisão em si, identificou os dois riscos que corria o TC em face das dúvidas jurídico-constitucionais que lhe eram colocadas. Por um lado, poderia acabar por fazer antecipar uma revisão da Constituição, como já acontecera com a questão das taxas moderadoras⁸, ao dar assim uma interpretação “politico-actualista” que retiraria qualquer vinculatividade às normas em causa. Acabou por não cair neste erro, e ainda bem, defendeu Gomes Canotilho. Depois, corria o risco de levar a uma radicalização da ideia da proibição do retrocesso social, coisa que também não aconteceu. De resto, concordou de um modo geral com a posição defendida pelo Conselheiro Sousa Brito, e com a declaração de inconstitucionalidade de um preceito que via como uma “válvula aberta” para a inversão do sistema constitucional de progressiva gratuitidade (155).

Para André Salgado de Matos, independentemente da decisão alcançada, é questionável a metodologia do acórdão (1998: 54). Na prática, defende que o TC acabou por proceder a uma fiscalização por omissão e não por acção, como lhe era requerido.

Quanto à constitucionalidade da existência de propinas, para Salgado de Matos esta parece não poder ser questionada por a gratuitidade ser uma meta a atingir gradualmente (*Idem*: 55). O principal argumento deste autor, que o coloca do lado da maioria da doutrina, é o de que o objectivo imediato do Estado-Providência é a eliminação de desigualdades e só depois a universalidade e gratuitidade. Por isso, enquanto não forem eliminadas essas desigualdades, não podem verificar-se plenamente aquelas duas condições: até lá, deve haver uma “distribuição das desigualdades económicas”, donde a existência de propinas (*Idem*: 58).

Também em comentário a esta decisão, mas defendendo uma posição diferente das anteriores, Jorge Bacelar Gouveia lembra como esta foi das questões políticas mais debatidas entre 1992 e 1994 (1995: 257). Na sua opinião, gratuitidade há-de ser o não pagamento de propinas e taxas bem como de outras contrapartidas (taxas de realização de exames etc.). No entanto, não entram neste âmbito outras contrapartidas patrimoniais (refeição, transporte), o que vai contra a interpretação de Jorge Miranda acima exposta. Ora, essa gratuitidade há-de realizar-se em função das condições existentes, donde a sua gradual realização, que, para este autor, existiria mesmo que o advérbio “progressivamente” não constasse do preceito (*Idem*). Trata-se, pois, de uma norma programática, de aplicabilidade mediata, mas que impõe um comportamento aos agentes jurídicos (*Idem*).

Ora, para si tudo isto concorre para fazer do 6ºnº2 da lei 20/92 inconstitucional. De facto, o aumento, seja ele através de actualização ou não, implica sempre um “afastamento” daquele preceito constitucional ao tornar o ensino mais oneroso “para uma boa parte da população escolar” (266). Concorda que não seria de prever uma eliminação total das propinas naquele

⁸ Como se viu, o acórdão de 1989 sobre as taxas moderadoras veio justamente antecipar a revisão do preceito que regia a gratuitidade do SNS.

momento, mas apenas a sua manutenção, e que o caminho que se deve seguir é o da eliminação total das propinas (*Idem*). Depois, e contra alguma da doutrina e o próprio acórdão, defende que a igualdade procurada pelo Estado Social de Direito é jurídico-formal, estando o direito ao ensino na titularidade de pobres e ricos: “[a] redistribuição é feita pela via fiscal, não pela via dos direitos fundamentais; estes, até ao momento, ainda não foram investidos numa função extrafiscal de redistribuidor económico” (268). Discorda da analogia que Jorge Miranda faz com o que se passou quanto ao SNS, por não atribuir interesse de maior à comparação com o preceito que foi alterado em 1989, mas antes com o texto original, pelo facto de “a filosofia inerente ao serviço nacional de saúde se ter alterado substancialmente com esta revisão, que foi a de atenuar o pendor social do Estado” (*Idem*). Mais, defende que “o legislador de revisão constitucional, talvez por lapso e por falta de visão do futuro, não modificou o art. 74.º, n.º3, al. e), da Constituição, e enquanto o mesmo vigorar, tem de ser respeitado tal como se apresenta” (*Idem*).

Também afasta em absoluto a tese que vingou no acórdão, segunda a qual a actualização, mas não o aumento, é aceitável. Esta distinção é, a seu ver “totalmente irrelevante e constitucionalmente artificiosa” (269). Do ponto de vista da Constituição, quer o aumento quer a actualização são condenadas. Quanto ao problema de saber a partir de quando se deve calcular a actualização, defende que 1976 criou uma nova ordem, que é “o novo parâmetro aferidor da realidade constitucional” (270). Também discorda da concepção de normas programáticas defendida por alguns conselheiros, ultrapassada (270), e que veria estas como meros “bibelots” (271).

Por fim, afirma que a decisão “não soube descolar dos interesses político-partidários presentes”, o que contribui para “lançar a desconfiança” sobre o TC e dá alento a possíveis reformas desta instituição. Este órgão terá a seu ver confundido as tarefas do legislador e do fiscalizador da constitucionalidade ao ter “remedi[ado] jurisdicionalmente algo que só o legislador de revisão poderia ter feito”, confusão esta que entende ser inadmissível (*Idem*).

3. Efeitos da decisão do TC e legislação

Após o acórdão, a lei 20/92 foi parcialmente revogada pela lei 5/94, que adaptou as fórmulas de cálculo das propinas em função daquela decisão do TC. Anos mais tarde, a lei 1/96 suspendeu ambas as leis anteriores. Em 1997, a lei 113/97 (lei de bases do financiamento do ensino superior) veio finalmente consagrar o regime da propina única, a ser paga independentemente das condições do aluno (artigo 14.º). Diferentemente do regime anterior, tão fortemente contestado, a propina única corresponderia ao valor do salário mínimo nacional. Esta última acabou por ser alterada pela lei [Lei n.º 115/97, de 19 de Setembro](#) e pela lei [Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto](#). Actualmente vigora a [Lei n.º 37/2003](#), de 22 de Agosto, entretanto alterada pela [Lei n.º 49/2005](#), de 30 de Agosto. As questões do ingresso e acesso ao ensino superior estão reguladas no [D.L. n.º 296-A/98, de 25/Set](#), também já alterado por diversas vezes.⁹

Conclusão geral

Como se viu, tanto o direito à saúde como o direito à educação têm gerado um debate interessante junto da doutrina portuguesa e suscitado inúmeras dúvidas acerca da constitucionalidade de medidas do legislador ordinário nestas áreas, algumas das quais foram sendo resolvidas, mais ou menos satisfatoriamente, segundo a doutrina, pela jurisprudência

⁹ A [legislação relevante](#) consta de página específica do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

constitucional. Se se mantiver a tendência para as políticas públicas de saúde e ensino continuarem a apostar na progressiva responsabilização dos utentes dos serviços pelo seu financiamento, é natural que a doutrina continue a debater e, quem sabe, a dividir-se mais sobre as questões constitucionais suscitadas por estes temas. Não se trata, de modo algum, de questões que alcancem consenso ou que se encontrem resolvidas entre nós.

Bibliografia

- Arnaut, António, "História do Serviço nacional de Saúde", *Estudos do Século XX*, nº5, 2005.
- Afonso, Almerindo Janela, "Para a configuração do Estado-Providência na educação em Portugal, 1985-1995", *Educação, Sociedade e Culturas*, nº7, 1997.
- Ambrósio, Teresa, Aspirações sociais e políticas de educação, *Análise Social*, vol. XXI (87-88-89), 1985.
- Barbosa, Jorge Morais, "Educação, ensino e cultura na Constituição de 1976", *Democracia e Liberdade*, 15, 1980.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, "Universidade – Algoritmos da política, referencial constitucional e liberalismo universitário", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 27/28, 1989.
- _____, s/ título, (anotação ao acórdão 39/84 do TC), *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3841-3842, 1994.
- _____, s/ título, (anotação ao acórdão 1/97, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3874, 1997.
- _____, e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1978.
- _____, e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- _____, e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Carreira, Henrique Medina, *As políticas sociais em Portugal*, Gradiva, Lisboa, 1996.
- Gouveia, Jorge Bacelar, "A inconstitucionalidade da lei das propinas: anotação ao acórdão nº 148/94 do Tribunal Constitucional", *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 36, nº1, Lex, Lisboa, 1995.
- Martins, Carlos E. B. R., "O direito fundamental de acesso ao ensino superior: a estatização de vagas nas universidades particulares", in Barbas Homem, António Pedro (coord.), *Temas de Direito da Educação*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Matos, André Salgado de, *O direito ao ensino na Constituição de 1976: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998.
- Miranda, Jorge, *A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*, Petrony, Lisboa, 1978.
- _____, "A actividade do Tribunal Constitucional em 1994", *Separata da revista "O Direito"*, Ano 127 (III-IV), 1993a.
- _____, "Sobre as propinas universitárias", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 34, 1993b.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1993c.
- _____, A constituição da educação e as propinas do ensino superior, in AAVV, *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995.
- _____, *Constituição e Cidadania*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- Rosado, Pedro Garcia, *A guerra das propinas: porque se revoltaram os estudantes portugueses*, Texto Editora, Lisboa, 1994.

- Barreira, Rute e Peixoto de Sousa, Miguel (coord.), *Propinas: o novo sistema de propinas no ensino superior*, Porto, Vida Económica, 1994.
- Gomes, Joaquim Ferreira, *O direito à educação nas Constituições portuguesas*, Coimbra, 1984.*
- Grácio, Rui, *Educação e processo democrático em Portugal*, Livros Horizonte, Lisboa, 1981.
- Guillén, Ana, Alvaréz, Santiago, e Adão e Silva, Pedro, Redesigning the Spanish and Portuguese welfare states: the impact of accession into the European Union, in Sebastián Royo, Paul Christopher Manuel (Eds.), *Spain and Portugal in the European Union: the first fifteen years*, London, Frank Cass, 2003.
- Leal, António da Silva, "Políticas sociais no Portugal de hoje", *Análise Social*, vol. XXI (87-88-89), 1985.
- Novais, Jorge Reis, Anexo ao Relatório Final da Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de Saúde, Ministério da Saúde, Fevereiro 2007, disponível na página do Ministério da Saúde em [<http://www.min-saude.pt/portal/>].
- Sakellarides, Constantino, *De Alma a Harry: Crónica da democratização da Saúde*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Teodoro, António, O Sistema Educativo Português: situação e perspectivas, Livros Horizonte, Lisboa, 1982.
- _____, A construção política da educação: estado, mudança social e políticas educativas no Portugal Contemporâneo, Porto, Afrontamento, 2001.

Documentos

- DAC nº43, IIª série, de 10/9/75.
- DAC nº41, IIª série, de 3/9/75.
- DAR nº69, Iª série, de 29/05/92.

Jurisprudência

- Parecer 35/82 da Comissão Constitucional
- Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional
- Acórdão 92/85 do Tribunal Constitucional
- Acórdão 330/89 do Tribunal Constitucional
- Acórdão 731/95 do Tribunal Constitucional
- Acórdão 148/94 do Tribunal Constitucional

* Embora não nos tenha sido possível consultar esta obra, optámos por incluí-la na bibliografia por aparentar ser extremamente relevante para o presente trabalho.