

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A Relação Jurídica de Ensino-Aprendizagem e o Estatuto do Estudante no  
Ensino Superior Público Português**

Maria Teresa Rodrigues Baptista Lopes

Dissertação apresentada no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.  
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas  
Menção: Direito Administrativo  
Orientador: Senhor Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade

Coimbra  
Outubro 2013

## Índice

INTRODUÇÃO .....	1
<b>PARTE I – O ensino superior público como <i>serviço público</i> .....</b>	<b>3</b>
1. Nota introdutória .....	3
2. Serviço público, em sentido orgânico e em sentido material .....	4
3. Serviço público, interesse público e bem público .....	10
4. Serviço público e serviço de interesse geral .....	13
5. Enquadramento jurídico-constitucional do ensino superior .....	17
6. O ensino superior como bem público .....	25
7. O ensino superior como serviço público em sentido material .....	28
8. O ensino superior público como serviço público em sentido subjetivo .....	29
9. As instituições de ensino superior públicas como (enquanto prestadoras do serviço público de ensino superior) serviços públicos <i>especiais</i> ou de <i>regime especial</i> .....	31
10. Qualificação por via legal do ensino superior como serviço público .....	35
<b>PARTE II – A relação jurídica que se constitui entre o estudante e a instituição de ensino superior pública .....</b>	<b>38</b>
1. Nota introdutória .....	38
2. Caracterização da relação entre o estudante e a instituição como relação jurídica de serviço público .....	40
3. A prestação do ensino superior no respeito dos direitos fundamentais: as “relações especiais de direito administrativo” .....	43
4. As eventuais “compressões” na esfera jurídica do estudante derivadas do seu especial posicionamento perante a instituição que lhe presta o serviço público .....	49
5. O estudante na dupla qualidade de utilizador do serviço público de ensino superior e de partícipe (“co-conformador”) da relação jurídica em que o serviço consiste .....	55
6. As especificidades decorrentes da <i>autonomia universitária</i> , designadamente face à capacidade da instituição prestadora do serviço público para autonomicamente conformar a relação jurídica que mantém com o estudante .....	57
<b>PARTE III – A relação jurídica de ensino-aprendizagem no âmbito do ensino superior público: análise dos seus momentos essenciais .....</b>	<b>61</b>
1. Constituição da relação jurídica .....	61
1.1. Nota introdutória .....	61
1.2. O regime de acesso .....	63
1.3. Limitações no acesso ao ensino superior ( <i>numerus clausus</i> ) .....	65

2. O desenvolvimento da relação jurídica .....	68
2.1. Regime de permanência do estudante na instituição de ensino superior pública .....	68
2.2. Suspensão por “prescrição” do estudante .....	70
2.3. Suspensão por falta de pagamento das propinas .....	73
2.4. Suspensão por efeito de medida disciplinar (remissão) .....	74
<b>PARTE IV – O conteúdo da relação jurídica de ensino-aprendizagem .....</b>	<b>75</b>
1. Nota introdutória .....	75
2. Os direitos e obrigações que decorrem <i>a título principal</i> da relação jurídica de ensino-aprendizagem .....	77
3. Os direitos e obrigações que <i>acessoriamente</i> decorrem da relação jurídica de ensino-aprendizagem .....	80
3.1. Nota introdutória .....	80
3.2. Deveres acessórios da instituição prestadora do serviço público e seus agentes (destaque) .....	80
3.3. Direitos e deveres acessórios do estudante (destaque) .....	82
<b>PARTE V – A garantia da relação jurídica de ensino-aprendizagem .....</b>	<b>88</b>
1. Nota introdutória .....	88
2. Garantia para o estudante: em geral .....	90
3. Garantia para o estudante: alguns aspetos específicos .....	91
3.1. A garantia da qualidade do ensino .....	91
3.2. O regime jurídico dos exames/impugnação dos atos avaliativos .....	94
3.3. O direito de acesso aos registos académicos .....	97
4. Garantia para a instituição de ensino superior: em geral .....	98
5. Garantia para a instituição de ensino superior: o poder disciplinar .....	99
6. Responsabilidade civil .....	104
<b>PARTE VI – Breve contributo para um Estatuto do Estudante do Ensino Superior .....</b>	<b>109</b>

## Abreviaturas

- AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Ac. – Acórdão
- AP – Administração Pública
- Art. – Artigo
- BFDC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- BVerfGE – *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung*  
(Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão)
- CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos
- CC – Código Civil
- CC/PGR – Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República
- CDADC – Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos
- CEFA – Centro de Estudos e Formação Autárquica
- CPA – Código do Procedimento Administrativo
- CPTA – Código de Processos nos Tribunais Administrativos
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CT – Código do Trabalho
- DESC – Direito económico, social e cultural
- DL – Decreto-Lei
- DR – Diário da República
- ICJP/FDUL – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- IES – Instituição de Ensino Superior
- LADA – Lei do Acesso e da Reutilização dos Documentos Administrativos
- LAU – Lei de Autonomia das Universidades
- LBSE – Lei de Bases do Sistema Educativo
- LFES – Lei de Bases do Financiamento do Ensino Superior
- LGT – Lei Geral Tributária
- LPDP – Lei de Proteção de Dados Pessoais
- LQIP – Lei-Quadro dos Institutos Públicos
- Ob. cit. – Obra citada
- Obs. – Observação
- RCTFP – Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas
- RFDUCP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
- RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RJIES – Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior

RJUM – Revista Jurídica da Universidade Moderna

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RRCEE – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STC – Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

TC – Tribunal Constitucional

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Trad. – Tradução

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

O MEU AGRADECIMENTO:

*Àqueles que propiciaram o bom desenvolvimento deste trabalho, em especial ao meu Orientador Prof. Doutor Vieira de Andrade, pela sabedoria, generosidade e compreensão com que sempre me recebeu e acompanhou.*

**“sin esa extraña institución a la que llamamos una Universidad,  
la historia occidental no hubiera sido ni lejanamente parecida a  
la que se ha vivido y la sociedad futura nos se imaginaria  
siquiera posible”**

**Garcia de Enterría**, nos novecentos anos da Universidade de

Bolonha

## BIBLIOGRAFIA

**ABRANTES, José João**

- *A Exceção de Não Cumprimento do Contrato*, Almedina, Coimbra, 1986

**ALEXANDRINO, J. de Melo**

- “Das Insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos Estudantes Universitários”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

**ALFONSO, Luciano Parejo**

- “La autonomía de las Universidades”, in *VI Curso sobre Régimen de las Universidades Públicas* – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2002

**ALLES, José Joaquín Fernández**

- “El Proceso de Bolonia en el Derecho Público Español. Autonomía universitaria, distribución de competencias y empleo público”, in *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 10, Otoño 2009, acessível em:

<http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2009/e10a01.pdf>

**AMARAL, Diogo Freitas do**

- *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002

- *Curso de Direito Administrativo*, Volume II (com a colaboração de Lino Torgal), Almedina, Coimbra, 2002

- *Direito Administrativo*, Volume II, policop., Lisboa, 1988

**AMAYA, Renata/GÓMEZ, Magarita/OTERO, Ana María**

- “Autonomía universitaria y derecho a la educación: alcances y límites en los procesos disciplinarios de las instituciones de educación superior”, in *Revista de Estudios Sociales*, n.º 26, Bogotá, Colombia, Abril 2007

**ANDRADE, José Carlos Vieira de**

- “O papel do ensino privado na actual constituição portuguesa”, in *Temas de Direito da Educação*, coord. António Pedro Barbas Homem, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão)

- *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

- “O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional –

Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 Jan./Mar. 2004

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001

- *As consequências jurídicas da falta de pagamento das propinas no ensino superior público*, Setembro de 1994, Parecer

- “Interesse Público”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume V, Lisboa, 1993

- “Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984

- *Sumários Direito Administrativo I – ano lectivo de 2009/2010 (1.ª turma) – “Introdução ao Direito Administrativo”*, acessível em:

<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=4633>

**ANTUNES, Luí Filipe Colaço**

- “Um Tratado Francês Lido em Alemão?”, in *Colóquio Luso-Espanhol “O Acto no Contencioso Administrativo – Tradição e Reforma”*, 2004

**ATAYDE, Álvaro M. A. Pereira**

- “O Ensino Universitário como Serviço Semi-público Capital-Intensivo”, in *Conferência Nacional do Ensino Superior*, 1, Coimbra, 1985

**AYALA, Bernardo**

- “Monismo(s) ou Dualismo(s) em Direito Administrativo(?) – Gestão Pública, Gestão Privada e Controlo Jurisdicional da Actividade Administrativa – Relatório Nacional – Portugal”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI, 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

**BARBLAN, Andris**

- “The International Provision of Higher Education: Do Universities Need GATS?”, in *Higher Education Management and Policy*, Volume 14, n.º 3, 2002, acessível em:

[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/the-international-provision-of-higher-education\\_hemp-v14-art20-en](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/the-international-provision-of-higher-education_hemp-v14-art20-en)

**BARRIAS, Pedro**

- *As universidades fundacionais e o New Public Management*, Dissertação de Mestrado, ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa, Outubro de 2012, acessível em:

<http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/4760/1/PedroMartins-DISS-12.pdf>

**BENÍTEZ, Mariano López**

- *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Universidad de Córdoba, Madrid, 1994

**BERGAN, Sjur**

- "Academic freedom and institutional autonomy: impact on international students", in *Legal aspects of higher education in an international context: disputes, resolutions, methods and safeguards*, EAIE, Editor Tim Birtwistle, 2008

**BERKA, Walter/GROOF, Jan de/PENNEMAN, Hilde**

- "Autonomy in Education", *Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, Volume III, 1998

**BOTELHO, Catarina Santos**

- *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais - avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, Coimbra, 2010

**BRAGE, Joaquín**

- *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004

**CADILHA, Carlos**

- *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas - Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

**CAETANO, Marcello**

- *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, 10.<sup>a</sup> edição, 5.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, Coimbra, 1991

- *Estudos de Direito Administrativo*, Edições Ática, Lisboa, 1974

**CALAMANDREI, Piero**

- *L' Università di Domani*, F. Campitelli Editore, Foligno, 1923 (trad. Sentís Melendo), EJE, Buenos Aires, 1961

**CALEIRA, João**

- *Do Princípio da Igualdade nos contingentes especiais de acesso ao ensino superior – O teste da afirmação positiva*, Julho de 2012, acessível em:

[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/joaocaleira\\_contingentesespeciais.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/joaocaleira_contingentesespeciais.pdf)

**CANOTILHO, J. J. Gomes**

- "A crise do direito e o direito da crise nos 176 anos da Faculdade de Direito", in *Comemoração do Dia da Faculdade de Direito*, 2012, acessível em:

[http://www.uc.pt/fduc/pdfs/dia\\_fduc/jjcanot\\_51212.pdf](http://www.uc.pt/fduc/pdfs/dia_fduc/jjcanot_51212.pdf)

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000
- “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- “Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas”, intervenção no *XX Aniversário do Tribunal Constitucional*, 28 de Novembro de 2003, acessível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>
- “Universidade – Algoritmos da política, referencial constitucional e liberalismo universitário”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 27/28, Junho, 1989

**CANOTILHO, J. J. Gomes/ MACHADO, Jónatas**

- “O Estatuto Jurídico da Universidade Católica Portuguesa: para uma compreensão republicana do direito ao ensino”, in *Francisco Salgado Zenha: liber amicorum*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

**CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital**

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

**CARMO, Pedro do**

- “Praxe: uma perspectiva jurídica”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 110. Abril-Junho 2007

**CHEMERINSKY, Erwin**

- *Students Do Leave Their First Amendment Rights at the Schoolhouse Gates: What’s Left of Tinker*, acessível em: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1405/](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1405/)

**CORDEIRO, A. Menezes**

- “Contrato de trabalho e objecção de consciência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Volume II, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

**CORREIA, J. M. Sérvulo**

- “As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde”, acessível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>

**COSTA, Eduardo**

- Parecer de 22.9.2008, anexo ao *Relatório do Ensino Superior, Comissão da Educação e Ciência da Assembleia da República*, X Legislatura, de 5.2009

**COUTINHO, Luís P. Pereira**

- *As Faculdades Normativas Universitárias no Quadro do Direito Fundamental à Autonomia Universitária*, Almedina, Coimbra, 2004

- “Problemas relativos à natureza jurídica das Universidades e das Faculdades”, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, acessível em:

[http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_problema\\_da\\_natureza\\_das\\_universidades.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_problema_da_natureza_das_universidades.pdf)

**DAVID, Sofia**

- *Das intimações – considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005

**DELGADO, J. F. Mestre**

- “La protección de datos y los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo común”, in *VI Curso sobre Régimen de las Universidades Públicas*, VV.AA. Universidad de Almeria Servicio de Publicaciones, 2002

**DIAS, Figueiredo /MONTEIRO, Sinde**

- “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 322, Janeiro 1984, pp. 21 e ss.

**EZCURRA, José Luis Villar**

- “El derecho a la educación como servicio público”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 88, 1979

**FALLA, F. Garrido**

- “El concepto de servicio público en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, acessível em:

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=133&IDA=23956>

**FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro/ MACHO, Luis Miguez**

- “Regulación Económica y Servicios Sociales de Interés General”, in *IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Córdoba, Noviembre 2010, acessível em:

<http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/carro%20fernandez-valmayor.pdf>

- “Servicios Sociales y Crisis Económica: Los Límites del Estado Asistencial”, in *Comunicación al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, acessível em:

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.aepda.es%2FAEPDAAdjunto-131-Servicios-sociales-y-crisis-economicaJose-Luis-Carro-y-Luis-Miguez.aspx&ei=QV8wUvPQK7OB7QaN6IHQAQ&usg=AFQjCNEve2pPsWvyaZPG63SZd0NJLhD-MA&bvm=bv.51773540,d.Yms>

**FERRÃO, Alfredo Mendes de Almeida**

- *Serviços Públicos no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1963

**FRANCO, António de Sousa**

- *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Volume I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 1996

- "Para uma fundamentação da liberdade de ensino", in *Direito e Justiça*, Volume IV, 1989-1990

**GARCÍA, Alejandro Nieto**

- *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005

**GARCIA, Elisenda Malaret i**

- "Servicios publicos, funciones publicas, garantias de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", in *Revista de Administración Pública*, n.º 145, Jan-Abril de 1998

**GARCIA, Maria da Glória**

- *Autonomia Universitária e avaliação da qualidade do ensino universitário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008

- "Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest", in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, n.º 2, Volume 15, 2001

**GAVÍN, Juan Pemán**

- "El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de Disciplina Académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)", in *Revista de Administración Pública*, n.º 135, Setembro-Dezembro de 1994

**GOMES, CARLA AMADO**

- "Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior", in *Temas de direito da educação*, coord. António Pedro Barbas Homem, Almedina, Coimbra, 2006

- “Apontamentos sobre o Direito ao Recurso das Decisões de Avaliação de Conhecimentos no Ensino Superior”, in *Educação e Direito*, Sep. da Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação, nº2, Lisboa, 1999

**GOMES, Júlio Manuel Vieira**

- “Do direito de reunião dos trabalhadores no local de trabalho”, in *Revista do Ministério Público*, 130, Abril-Junho de 2012

**GONÇALVES, Pedro**

- “Regulação Administrativa da Internet”, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º 19 – agosto/setembro/outubro – 2009, Salvador, Bahia, Brasil, acessível em:

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-PEDRO-GONCALVES.pdf>

- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2008
- *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina, Coimbra, 1999
- “Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público”, in *Cedipre online* |8, acessível em:  
[http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public\\_8.pdf](http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/online/public_8.pdf)
- *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, Centro de Estudos e Formação Autárquica, Coimbra, 1997

**GOUVEIA, Rodrigo**

- *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

**HERNANZ, Tomás Montero**

- “La relación jurídica de los menores internados en centros de reforma: sus deberes”, in *Diario La Ley*, nº 7893, 2012

**HUESO, Lorenzo Cotino**

- “Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en AA.VV (*Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, (coord. por Lorenzo Cotino Hueso), Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, acessível em:

[http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,1294/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1294/)

- "Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)", in *Revista del Poder Judicial* (3ª época), número 55, 1999 (III), accesível em:

[http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,27/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,27/)

**IBLER, Martin**

- "El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn, Especial consideración del Derecho de exámenes", in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceril*, n.º 22/23, Valencia, 1998

**JOUGHIN, George Louis**

- *Academic freedom and tenure – a handbook of the American association of University Professors*, The University of Wisconsin Press Madison, Milwaukee, and London, 1967

**LEIDENFROST, Josef**

- "The role and context of the higher education ombudsman", in *Legal aspects of higher education in an international context: disputes, resolutions, methods and safeguards*, European Association for International Education (EAIE), Occasional Paper 21

**LEITÃO, Rute**

- "A autonomia disciplinar das universidades: Uma autonomia a descobrir, uma avaliação a fazer", in *Legislação*, n.º 37, Abril-Junho 2004

- *Sobre a Autonomia Universitária: o Poder Organizatório da Universidade Pública Portuguesa*, Coimbra, policop., 2002

**LEIVA, Luis Alberto García**

- "El Derecho Educativo: sus relaciones con el desarrollo en la sociedad del conocimiento", in *OEI – Revista Iberoamericana de Educación*, accesível em:

<http://www.rieoei.org/deloslectores/060garcialeiva.PDF>

**LOPES, M. MANUELA BAPTISTA**

- "Relatório Portugal", in *Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Lisboa, 2010, accesível em:

<http://www2.stf.jus.br/cjcplp/1assembleia/pdfs/Portugal.pdf>

**LOZANO, Blanca**

- *La libertad de cátedra*, Madrid, Marcial Pons, 1995

**MACHETE, Rui Chancerelle de**

- “A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- “O Direito Administrativo Português no Último Quartel do Século XX e nos Primeiros Anos do Século XXI”, in *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2004

**MARQUES, Pedro Maia Garcia**

- “O serviço público de televisão – Contributo para uma justificação material adequada da sua imposição constitucional”, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XIV, Tomo 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000

**MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE**

- “Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil”, acessível em:  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>

**MELO, António Barbosa de**

- *Seminários e colóquios – As bases da educação*, 1.ª edição, Conselho Nacional da Educação – Ministério da Educação, Lisboa, 2004

**MIRANDA, Jorge**

- “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 47, n.ºs 1-2, 2006
- *O Direito Constitucional Português da Integração Europeia – Alguns Aspectos, in Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 15 ss.

**MIRANDA, Jorge /MEDEIROS, Rui**

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

**MONCADA, Luís S. Cabral de**

- *A relação jurídica administrativa – para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- “Os serviços públicos essenciais e a garantia dos utentes”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

- “As relações especiais de poder no direito português”, in *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, Ano 1.º, n.º 1, 1998

**MONGE, Cláudia**

- “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas edição, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 5 de dezembro de 2012, pp. 95 a 118
- *A Responsabilidade dos Estabelecimentos Hospitalares*, acessível em:  
[http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/ppt\\_claudia\\_monge.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/ppt_claudia_monge.pdf)

**MONIZ, Ana Raquel Gonçalves**

- *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: contributo para a teoria dos regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012
- “Quando Caem em Desgraça os Discípulos de Hipócrates... Algumas Questões Sobre Responsabilidade Civil Médica da Administração”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 50, Março/Abril 2005
- *Responsabilidade Civil Extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

**MOREIRA, Vital**

- *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

**MORENILLA, J. M. Souviron/ HERREJON, F. Palencia**

- *La Nueva Regulacion De Las Universidades*, Editorial Comares, Granada, 2002

**MOTTA, Ivan Dias da / LOPES, Mariane Helena**

- “O Sistema de Cotas Sociais para Ingresso na Universidade Pública”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1, nº 11, 2012, acessível em:  
[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_11\\_6823\\_6857.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6823_6857.pdf)

**MUXI, Gerard Ferragut**

- “Hacia una cultura de la información: El reto pendiente de las universidades”, in *La Gestión académica a debate – actas de las XIV Jornadas de Gerencia Universitaria*, 15 – 18 de noviembre 1995, Universidade de Santiago de Compostela, 1996

**NABAIS, José Casalta**

- “Considerações sobre a Autonomia Financeira das Universidades Portuguesas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, III, Coimbra, 1991
- “Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume LXV, 1990

**NETO, Abílio**

- *Código Civil Anotado*, 13ª edição, Petrony, Lisboa, 2001

**NETO, Dora Lucas**

- “Nota sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao artigo 121º do CPTA)”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, acessível em: [http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista\\_dpr/revista\\_1.pdf](http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_1.pdf)

**NOVAIS, Jorge Reis**

- “A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados”, in *O Provedor de Justiça - Novos Estudos*, Lisboa, 2008
- *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

**OLIVEIRA, Mário Esteves de**

- *As consequências jurídicas da falta de pagamento de propinas na relação entre escolas públicas de ensino superior e seus estudantes, nomeadamente na (continuidade da) prestação do respectivo serviço público*, Junho de 1993, Parecer

**OTERO, Carlos Gómez**

- “El Alumnado ante la administración universitaria”, in *La Gestión académica a debate – actas de las XIV Jornadas de Gerencia Universitaria*, 15-18 de noviembre 1995, Universidade de Santiago de Compostela, 1996

**OTERO, Paulo**

- “Direitos Económicos Sociais e Culturais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional”, in *Tribunal Constitucional, 35.º aniversário da Constituição de 1976*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- *O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento dogmático-constitucional*, Volume II, Lisboa, 1995

**PANIGUA, Enrique Linde**

- “La universalización de los Derechos Fundamentales: ¿ El sistema europeo como modelo?”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, acessível em:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=284486&orden=190155&info=link>

**PATO, J. A. Tardío**

- "La función calificador de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional", in *Revista de Administración Pública*, N.º 139, 1996

**PETRONE, Iole**

- *La Nuova Concezione dell'interesse pubblico*, acessível em:

<http://www.filodiritto.com>

**PINTO, Mário**

- *Sobre os Direitos Fundamentais de Educação – crítica ao monopólio estatal na rede escolar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008

**PINTO, Paulo Mota**

- "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXIX, Coimbra, 1993

**PULITO, María Zambinino**

- "El Servicio Público de Educación Superior en las Universidades Públicas", in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 33, 2008, acessível em:

[http://w.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero\\_33/04%20Zambonino.pdf](http://w.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_33/04%20Zambonino.pdf)

**QUEIROZ, Cristina**

- *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, 2.ª edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

**RIBEIRO, J.J. Teixeira**

- "Noção Jurídica de Taxa", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117º

**RIVERO, Jean/WALINE, Jean**

- *Droit Administratif*, 15.º édition, Éditions Dalloz, Paris, 1994

**SÁEZ, Manuel Arenilla**

- *La reforma de la universidad española: un análisis desde su gobernanza*, Netbiblo, La Coruña, 2012

**SANTOS, Boaventura de Sousa / FILHO, Naomar de Almeida**

- *A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova*, Almedina, Coimbra, 2008

**SANTOS, Sérgio Machado dos**

- "Contributos para o Estudo do Desenvolvimento da Autonomia Universitária em Portugal desde o 25 de Abril", in *Revista Portuguesa de Educação*, Volume 12, nº 1, 1999, Instituto de Educação e Psicologia, Universidade do Minho

**SILVA, João Calvão da**

- *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999

**SILVA, Vasco Pereira da**

- *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2009

**SOARES, Rogério**

- "Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LVII, 1981
- *Interesse público, Legalidade e Mérito*, policopiado, Coimbra, 1955

**SOUSA, Marcelo Rebelo de**

- *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Lisboa, 2006
- *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1992

**SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de**

- *Direito Administrativo Geral, Tomo I - Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, Lisboa, 2008
- *Responsabilidade Civil Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008
- *Direito Administrativo Geral, Tomo III – Actividade Administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2007

**TÁCITO, Caio**

- "O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro", in *Revista Forense*, n.º 334, Rio de Janeiro, abr/jun 1996

**TELLES, Inocêncio Galvão**

- *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 3ª edição, 1980

**TESSLER, Marga Inge Barth**

- "A Responsabilidade da Instituição e sua Direção na Prestação do Ensino", in *Seminário sobre Direito da Educação*, realizado pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, Brasília, jun. 2003, acessível em:

<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/619/799>

**TORGAL, Luís Reis**

- "Crise(s) da(s) Universidade(s)", in *Revista de História das Ideias 12 - Universidade*, Instituto de História e Teoria das Ideias, Faculdade de Letras, Universidade de Coimbra, 1990

**URIBARRI, José Manuel Villar**

- *Los Servicios de Interés General en el Ámbito Comunitario*, acessível em:  
<http://www.europarl.europa.eu/hearings/20030611/econ/villar.pdf>

**VARELA, J. M. ANTUNES**

- *Das Obrigações em Geral*, Almedina, Volume I, Almedina, Coimbra, 2000

**XAVIER, Alberto**

- *Manual de Direito Fiscal I*, Livraria Petrony, Lisboa, 1974

## **JURISPRUDÊNCIA NACIONAL:**

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 127/2013, de 27.2 (Proc. 672/2012)  
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130127.html>
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 404/12, publicado no *Diário da República*, Série I, de 8.10.2012  
<http://dre.pt/pdf1sdip/2012/10/19400/0555405565.pdf>
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/2012, de 28.3 (Proc. 645/1)  
<http://dre.pt/pdf2sdip/2012/05/089000000/1599616000.pdf>
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2007, de 12.6 (Proc. 347/07/2.ª Secção)  
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070353.html>
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 433/99, de 30.6 (Proc. 794/98)  
[http://www.pgdisboa.pt/jurel/cst\\_main.php?ficha=7877&pagina=262&nid=2766](http://www.pgdisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=7877&pagina=262&nid=2766)
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/94, de 3.5 (Proc. 530/93)  
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html>
  
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 220/92, publicado no *Diário da República*, Série I-A, de 28.7.1992  
<http://dre.pt/pdf1s/1992/07/172A00/35103531.pdf>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24.4.2013 (Proc. 984/07.8TVLSB.P2.S1)  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aacc3ef323858b380257b570050b558?OpenDocument>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7.12.2010 (Proc. 984/07.8TVLSB.P1.S1)  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5161ae84ee6b2a94802578100044bd9a?OpenDocument>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6.5.2010 (Proc. 3777/08.1TBMTS.P1.S1)  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8f7f235f9705101d8025771b004c6ba5?OpenDocument>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.6.2009 (Proc. 459/05.0TBMCD.S1)  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/38432871065fcc0c802575e70032ccad?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.10.1998 (Proc. 98A850)  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f20b1850a23926de802568fc003b930c?OpenDocument>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 26.10.2011 (Proc. 0159/11)  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ccf62f2baab16c9180257944003e323e?OpenDocument&ExpandSection=1>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17.12.2008 (Proc. 0193/08)  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0bc7f2a3d23082e18025752b00503769>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 6.3.2008 (Proc. 0865/07)  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/690f7f7d5c69a3018025740f005502e4>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 10.4.2006 (Proc. 01760/03)  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1d7bd38af6fa2b328025720b00359f0a?OpenDocument&ExpandSection=1>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16.11.2005 (Proc. 0777/04)  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ce2c43f3d137b8d280256f62003d098e?OpenDocument&Highlight=0,trabalhador-estudante>
  
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 8.3.2005 (Proc. 01556/03)  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3349b0ab45427c5b80256fcd004f5c1a>
  
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28.9.2011 (Proc. 752/08.0TAVFR.P1)  
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/aefba35378a26974802579340039e83c?OpenDocument>
  
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.11.2008 (Proc. 0854752)  
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/59da8dee21baa0948025750e0059879b>
  
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18.11.2003 (Proc. 0322171)  
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/27749c9759e5b6e480256df20041de9f?OpenDocument>
  
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 30.11.2012 (Proc. 01425/04.8BERG)  
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/6346f0d05b25c15880257aca00629548?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 6.5.2011 (Proc. 00093/10.2BEPNF)  
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/3968be3eeb2ff0b68025788d003caf54>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 19.07.2007 (Proc. 02840/06.8BEPRT)  
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/f303316c3e31426f8025732100487d3c?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 19.1.2006 (Proc. 00912/04.2BEVIS)  
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d04ed8a8f749a816802570ff003394fe>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 18.6.2009 (Proc. 05048/09)  
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/41b2bd2c07e755f8802575e00049e187>

## **JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA:**

- Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 33, 303

- Affair Roques

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEX T000007806217&fastReql=1087572638&fastPos=1>

- Arrêt Legoff

<http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-CONSEILDETAT-19870527-59159>

- Buckingham v. Rycotewood

[http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS\\_OP17.pdf](http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS_OP17.pdf)

- Plyler v. Doe

[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0457\\_0202\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0457_0202_ZO.html)

- Keyishian v. Board of Regents [385 U.S. 589, 603 (1967)]

<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/Keyishian.html>

- Ross v. Creighton University

[http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS\\_OP17.pdf](http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS_OP17.pdf)

- Tinker v. Des Moines, em 12.11.1968 [Supremo Tribunal dos Estados Unidos]

<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derechos-de-los-reclusos/pdf/ESTUDIO%202.pdf>

- Tribunal Constitucional de Espanha, Pleno. Sentencia 106/1990, de 6 de junio de 1990 [BOE núm. 160 de 05 de Julho de 1990]

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1990-15865.pdf>

- Tuttle v Edinburgh University [1984 SLT172]

[http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS\\_OP17.pdf](http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS_OP17.pdf)

[sentença do STC 212/2003, de 1.12](#)

- Valsamis contra Grécia, 18.12.1996 [Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-VI, pgs. 2323-2324, aps. 25-28]

[http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AFFAIRE\\_VALSAMIS c. GRA CE.pdf](http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AFFAIRE_VALSAMIS_c_GRA_CE.pdf)

\* Todos os *Links* encontravam-se acessíveis em Outubro de 2013.

## Introdução

Ao pretendermos compreender a posição jurídica do estudante<sup>1</sup> do ensino superior público português perante a “administração educativa” universitária ou politécnica<sup>2</sup> a que, enquanto tal, se encontra “vinculado” e, designadamente, quando traçamos como objeto da presente dissertação fazê-lo sob o enfoque da *relação jurídica*<sup>3</sup> que se estabelece por virtude da admissão e frequência de um estabelecimento ou instituição de ensino dessa natureza<sup>4</sup>, logo somos confrontados com o problema da metodologia a seguir. De que entre a instituição de ensino superior e o estudante que nela se encontra inserido se constitui uma relação jurídica, dúvidas não haverá! Mas qual a natureza dessa relação jurídica (v.g. contratual/paritária ou antes estatutária, com mais ou menos intensa subordinação de uma das partes à outra)? Qual o conteúdo dessa relação? Qual o conjunto de deveres de cada uma das partes? E os direitos, particularmente os dos estudantes? O estudante é um simples administrado, um utente ou usuário de um serviço público, ou um cliente, um verdadeiro “consumidor”<sup>5</sup>? Ou será antes como que um “associado”, numa relação “convergente” em que à prestação a que se obriga, a

---

<sup>1</sup> Designativo que usaremos indistintamente com o de aluno, mas privilegiando o de estudante, porque este é o termo consagrado na legislação recente em matéria de ensino superior, melhor traduzindo, na linha do novo modelo educativo adotado pelo “processo de Bolonha”, a proatividade de quem constrói/protagoniza a sua própria aprendizagem (ao contrário do termo aluno, que etimologicamente significa aquele que é “alimentado” ou “nutrido”, ou seja, no caso, alguém que é sujeito passivo do ensino).

<sup>2</sup> É clara e deve aqui desde já sublinhar-se a diferenciação de tratamento, no nosso ordenamento jurídico, entre universidades e instituições politécnicas, designadamente a nível da consagração constitucional da autonomia *universitária*, aspeto que trataremos se e quando se revele necessário. Em termos pragmáticos, sobretudo após a Lei n.º 62/2007, de 10.9 (RJIES), muitas das considerações que valem para as universidades públicas são aplicáveis a todas as instituições de ensino superior (IES) públicas, universitárias e politécnicas.

<sup>3</sup> Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *A relação jurídica administrativa – para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos*, Coimbra Editora, 2009, que entende, p. 117, ser a noção de relação jurídica administrativa um paradigma de compreensão do atual direito administrativo. Usando essa abordagem no âmbito dos cuidados de saúde, diz SÉRVULO CORREIA: «Uma coisa é, pois, a utilização da técnica da relação jurídica como matriz de organização e exposição do conjunto dos conceitos e dos institutos basilares do Direito Administrativo e outra, assaz diferente e mais profícua, a do emprego da relação jurídica como meio analítico da dinâmica de produção de efeitos jurídico-administrativos entre a Administração e os particulares no âmbito de regimes de objecto delimitado», “As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde”, in *ICJP/FDUL*, acessível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>, p. 5.

<sup>4</sup> Ainda que admitindo a diferenciação dos conceitos, usaremos indistintamente, por razões práticas, as designações de *instituição* e *estabelecimento*, a par de *instituição de ensino superior*, que privilegiaremos, aqui estando em causa, em regra, as de natureza pública.

<sup>5</sup> Pode por isso, ou seja, nessa qualidade, socorrer-se da proteção legalmente concedida aos “vulgares” consumidores?

de aprender, se contrapõe ou justapõe a obrigação da instituição (naturalmente através dos seus agentes, os docentes) de ensinar, ambos participando numa conjunta tarefa de *construir o saber*<sup>6/7</sup>?

Tratando-se de uma dissertação jurídica, a resposta às questões já adiantadas e a tantas que se adivinham com elas conexas haverá naturalmente que encontrar começo de solução na análise do seu enquadramento “macro”, ou seja, a caracterização essencial da relação jurídica de ensino-aprendizagem objeto do estudo há-de partir dos *referenciais normativo-constitucionais da Universidade*<sup>8</sup> e daí determinar-se qual o “perfil” com que existe este nível de ensino no nosso ordenamento jurídico, sobretudo, na vertente que aqui nos interessa, da sua prossecução por entes públicos, para compreender os vínculos que se geram no processo educativo e a natureza em que se consubstancia e alicerça essa mesma relação jurídica.

Conscientes de que não é nossa tarefa o tratamento da *natureza jurídica* das universidades públicas portuguesas e dos institutos superiores politécnicos – mas assumindo desde já que, ainda que com “formato” de institutos públicos, se situam, pelo menos as primeiras, na esfera da administração autónoma do Estado – começaremos, pois, por um enquadramento básico das IES, sobretudo debruçando-nos sobre o que é hoje, entre nós, constitucional e legalmente, o ensino superior público, subjetiva e materialmente.

Importa acrescentar uma ressalva inicial: circunscrita ao tema escolhido, a análise a que procederemos incide sobre, apenas, uma parcela do ensino e do sistema educativo português, a que corresponde ao *superior* e ao *público*. Isso, naturalmente, não quer significar que,

---

<sup>6</sup> Dizia, já no princípio do século passado, PIERO CALAMANDREI, *L' Università di Domani*, F. Campitelli Editore, Foligno, 1923 (trad. Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1961, na tradução em castelhano: «Se ha dicho repetidamente que la Universidad enseña a aprender; que no quiere formar doctos sino capaces. Es decir que, aun en las materias jurídicas, la universidad no debe atiborrar mentalmente a los estudiantes con soluciones ya preparadas de los infinitos casos que presenta la práctica, sino que debe educar su mente para afrontar por sí los problemas nuevos y hallarles por sí la solución. El profesor universitario, en suma, no debe considerar a los estudiantes ni como zánganos poltrones, habituados a engullir la miel que las abejas elaboran, ni como resignadas víctimas, prontas a asentir ante el maestro y a dejarse plasmar a su imagen y semejanza; debe considerarlos como colaboradores que se dejen guiar por él, mas no remolcar, y cuyo espíritu se inflama en la llama de su pensamiento, pero no se incinera en ella».

<sup>7</sup> «The classroom is peculiarly the "marketplace of ideas". The Nation's future depends upon leaders trained through wide exposure to that robust exchange of ideas which discovers truth "out of a multitude of tongues, [rather] than through any kind of authoritative selection"», *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589, 603 (1967).

<sup>8</sup> GOMES CANOTILHO, “Universidade – Algoritmos da política, referencial constitucional e liberalismo universitário”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 27/28, Junho, 1989, p. 158.

fazendo parte de uma realidade mais abrangente, não partilhe o ensino *superior público* de características comuns, por isso também mais amplas, do conjunto do sistema educativo, como são, desde logo, os aspetos constitucionais que se referem às liberdades fundamentais de ensinar e aprender, obviamente transversais a todos os níveis e a todas as formas de prestação do ensino (público e privado<sup>9</sup>).

## **PARTE I – O ensino superior público como *serviço público***

### **1. Nota introdutória**

A consideração do ensino superior público como *serviço público* no nosso ordenamento jurídico foi questão mais intensamente abordada aquando da publicação da Lei n.º 20/92, de 14.8<sup>10</sup>, a propósito da temática das propinas. Aliás, que estas tinham a natureza de taxas devidas pela prestação de um serviço público afirmava-o já toda a doutrina anterior<sup>11</sup>. E que as taxas correspondem à *contrapartida de um serviço* prestado era também reconhecido por todos<sup>12</sup>: – daí o carácter sinalagmático da relação jurídica que nos ocupa. Mas sobre os

---

<sup>9</sup> Já na parte inicial do Preâmbulo do DL n.º 16/94, de 22.1, que aprovou o Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo, diploma agora revogado pelo RJIES, se dizia:

«A Constituição da República reconhece a liberdade de aprender e a liberdade de ensinar como direitos fundamentais do cidadão. (...)

*A garantia da liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas, como conteúdo indispensável da liberdade de aprender e ensinar (...)*» (itálico acrescentado).

<sup>10</sup> Cf. Ac. do TC 148/94, de 3.5.

<sup>11</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *As consequências jurídicas da falta de pagamento de propinas na relação entre escolas públicas de ensino superior e seus estudantes, nomeadamente na (continuidade da) prestação do respectivo serviço público*, junho de 1993, Parecer elaborado para o Ministro da Educação sobre questões suscitadas pela aplicação da Lei n.º 20/92, de 14.8, *Nota 2*, invocando por todos, ALBERTO XAVIER, SOAREZ MARTINEZ, TEIXEIRA RIBEIRO, SOUSA FRANCO, VITOR FAVEIRO e ainda MARCELLO CAETANO e FREITAS DO AMARAL.

<sup>12</sup> Sabendo-se que, do ponto de vista jurídico (não meramente económico), a diferença entre taxas e preços decorre do facto de no caso dos preços se tratar em princípio de relações jurídicas de base contratual, enquanto que na taxa, como modalidade de receita tributária, está em causa o pagamento de uma contraprestação devida por efeito direto da lei, ou seja a fonte da obrigação é a vontade da lei, sendo esse efeito desencadeado pela realização do facto tributável.

«[p]ostulados, consequências e implicações jurídicas dessa tipificação, na relação entre o utente e o serviço, é que...nada», disse M. ESTEVES DE OLIVEIRA em junho de 1993<sup>13</sup>.

Também VIEIRA DE ANDRADE, em Parecer de setembro de 1994<sup>14</sup>, corrobora a natureza de prestação de um serviço público em relação ao ensino superior, ainda a propósito da questão das propinas, mais propriamente sobre a vigência ou não da Portaria n.º 320/74, de 24.4, cujas normas diz serem em grande medida meras concretizações «[d]os princípios gerais do direito das prestações de serviços públicos».

Daí para cá, muito pouco, que conseguíssemos apurar, se escreveu em Portugal sobre a matéria. Tentemos, pois, percorrer os difíceis trilhos da questão, começando por uma abordagem à noção e evolução mais recente do conceito de *serviço público*, tão tratado em França e parece que descurado entre nós. Isto, na tentativa de melhor perceber o que é o ensino superior público, no âmbito do qual se estabelece a relação jurídica objeto do presente estudo.

## **2. Serviço público, em sentido orgânico e em sentido material**

Tem-se vindo a assistir, desde as últimas décadas do século passado, a uma reutilização crescente do qualificativo *de serviço público*<sup>15</sup> em relação a diversificadas atividades de prestação, tanto de proveniência pública estatal (como o conceito tradicionalmente implicava), como de origem e regime privados, em cuja raiz podemos detetar (apesar de algumas vezes com dificuldade) uma comum ligação à prossecução de um interesse coletivo de alguma forma titulado ou tutelado pelo Estado. Exemplificativamente, ao designarmos como serviço público qualquer organismo da Administração Pública, que visa prosseguir o interesse público tal como

---

<sup>13</sup> M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *As consequências jurídicas...* cit.

<sup>14</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *As consequências jurídicas da falta de pagamento das propinas no ensino superior público*, Parecer, setembro de 1994.

<sup>15</sup> ELISENDA MALARET I GARCIA, “Servicios publicos, funciones publicas, garantias de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145, Jan-Abril de 1998, p. 53, dizia, a propósito da plurissignificação e da evolução do conceito de serviço público: «(...) más que a una crisis del servicio público estamos asistiendo a una nueva mutación de un concepto caracterizado por su plasticidad».

é definido pelos competentes órgãos do Estado, ao referirmos o serviço público de televisão<sup>16</sup> quando prestado por uma cadeia de televisão pública ou mesmo se fornecido por um qualquer operador privado, ou quando falamos de uma “cultura de serviço público” em relação a formas de atuação de organismos estatais, parece, pois, que estaremos confrontados com algo de, apesar de tudo, fundamentalmente comum.

E embora a definição de serviço público dependa, naturalmente, da perspetiva que se adote, de um ponto de vista jurídico o conceito está intimamente ligado ao da intervenção do Estado na sociedade e da sua “intensidade”<sup>17</sup>, em cada momento histórico e contexto local.

Não tendo aqui a preocupação de analisar a evolução do papel interventor do Estado, designadamente desde o seu aparecimento como uma das referências essenciais da “modernidade”, sempre se dirá que a noção de serviço público, ao menos como se foi sedimentando na nossa teoria administrativa, está diretamente relacionada com as tarefas públicas que o Estado (por si próprio, ou por concessão ou delegação) se reservou ou se incumbiu de prosseguir, à e na medida em que foi alargando o seu papel interventor e de conformação da sociedade e do seu regular funcionamento. Nesta aceção, serviço público, é, assim, identificável com, por um lado, o suporte estrutural de uma atividade do Estado em prol da comunidade que representa (por isso mais usualmente sendo referido como serviços públicos, no plural<sup>18</sup>), por outro, a própria prestação, ou seja, o objeto ou conteúdo dessa atividade pública (quando, note-se, seja atividade realizada através de uma prestação de serviços<sup>19</sup>). Serviço(s) público(s) caracterizado(s), assim, como, em sentido orgânico, a vertente

---

<sup>16</sup> Uma minuciosa descrição da origem e evolução do conceito de serviço público, precisamente a propósito do de televisão, pode ver-se em P. M. GARCIA MARQUES, “O serviço público de televisão – Contributo para uma justificação material adequada da sua imposição constitucional”, in *Direito e Justiça*, RFDUCP, Vol. XIV, Tomo 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, pp. 137 a 169.

<sup>17</sup> Segundo C. A. BANDEIRA DE MELLO, “Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil”, acessível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>, p. 7: «(...) a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos engenhos da livre iniciativa e que por isso mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar do Estado».

<sup>18</sup> Dizia ALMEIDA FERRÃO, *Serviços Públicos no Direito Português*, Coimbra Editora, 1963, p. 5: «*Serviços públicos*, dum modo geral, são os organismos criados pelo Estado e por ele geridos ou fiscalizados, destinados à satisfação de interesses gerais e necessidades imediatas da Nação».

<sup>19</sup> Atividade que MARCELLO CAETANO denominou «função técnica do Estado», ou seja «*toda a actividade cujo objecto directo e immediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de*

“estrutural” de uma atividade de prestação do Estado ou, em sentido material, a respetiva atividade pública (se e enquanto atividade prestadora de serviços). Serviço(s) público(s)<sup>20</sup> realizado(s) direta ou indiretamente pelo Estado, desde que seja dele a raiz e responsabilidade última, isso consoante as opções que os órgãos definidores da vontade coletiva (da comunidade constituída em Estado) venham a fazer sucessivamente, face às representações que tiverem, em cada momento histórico e contexto<sup>21</sup>, acerca da melhor forma de prosseguir os interesses (públicos) subjacentes<sup>22</sup>. Serviço(s) público(s) que, por se dirigirem à satisfação de necessidades coletivas, se distinguem em *essenciais* e *não essenciais, obrigatórios e facultativos*, correspondendo os primeiros à existência/subsistência do Estado enquanto tal, na sua aceção também tradicional (a do Estado “da modernidade”), por isso ligados à própria noção de soberania, como é o caso da defesa nacional ou da polícia, e esses por isso insuscetíveis de serem prosseguidos por particulares, mesmo que por concessão ou delegação<sup>23</sup>.

Na sua matriz originária, o serviço público tem, assim, uma íntima conexão com a atividade prestacional que o Estado assume ou tutela em prol da coletividade, identificando-se, sob o

---

*necessidades colectivas de carácter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados», Manual de Direito Administrativo, Vol. I, 10.ª edição, 5.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1991, p. 10.*

PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 37, define o serviço público (no caso, o concessionável) como «uma actuação administrativa de carácter positivo (em que a Administração não se limita a regular, a planear, a incentivar ou a conservar), de natureza técnica (distribuição de água, ensino, prestação de cuidados de saúde) e não jurídica (actos jurídicos), que satisfaz, directa ou indirectamente, necessidades colectivas dos indivíduos».

<sup>20</sup> Quer em sentido orgânico/organizativo, quer em sentido material, porque mesmo em relação ao serviço público concedido pode corresponder a concessão de uma organização, suporte estrutural, ou apenas a matéria.

<sup>21</sup> CAIO TÁCITO “O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro”, in *Revista Forense*, n.º 334, Rio de Janeiro, abr/jun 1996, p. 16, diz: «A abertura da economia e a relativa retirada da presença do Estado na prestação de serviços económicos é uma das manifestações desta dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio instável da perfeição».

<sup>22</sup> Em Portugal pode citar-se, a título exemplificativo, o caso do serviço público dos correios «um dos mais antigos, que começou por, de 1520 a 1797 funcionar como serviço concedido, de 1797 a 1911 ter sido administrado directamente pelo Estado, daí em diante ser um serviço personalizado do Estado», isto conforme ALMEIDA FERRÃO, *Serviços Públicos...* cit., pp. 255 e ss., estando agora em vias de privatização.

<sup>23</sup> E veja-se como até isso é posto em causa de há vários anos para cá, ao menos em relação a algumas das tarefas que pareciam indissociáveis do poder público e enquanto directamente exercidas pelo Estado (mesmo entre nós, quanto, por ex., à segurança privada, ou quando se começa a pensar em concessão de prisões a particulares ou parcerias público-privadas também nessas áreas tão sensíveis). Curiosamente, a cobrança de impostos, cuja privatização, por via das operações de *financing* está na ordem do dia, começou até por ser assegurada por concessão a... cobradores de impostos.

ponto de vista estrutural, com a organização que lhe serve de suporte ou, quando visto materialmente, com o respetivo conteúdo. Isto num modelo de administração “de matriz continental”, em que ao Estado é conferida uma supremacia originária sobre a sociedade (de que, conquanto artificialmente, conceptualmente se faz distinguir), supremacia à qual corresponde, em termos jurídicos, o consonante estatuto privilegiado – o regime de direito público administrativo – que a visa servir e garantir. Daí que, como público, tenha esse serviço, por natureza e definição, cariz de serviço prosseguido através do exercício dos correspondentes poderes de supremacia e autoridade, os poderes de império inerentes à ideia de Estado/administração executiva<sup>24</sup>.

Note-se, porém, que o conceito de que assim se parte nasceu no preciso contexto do direito continental europeu, em que “público” tem tudo a ver com a soberania do Estado e os poderes autoritários da sua Administração, isto é com “*ius imperii*” ou “*pouvoir régalien*”, a autoridade que se exerce em contraposição ao cidadão súbdito, ou seja, nos quadros enformadores das correntes tradicionais da “escola francesa”<sup>25</sup>, conceções marcadamente diversas da configuração do Estado e da sua forma de governação dos países de raiz anglo-saxónica e das *public utilities*, que vêm mais recentemente reiluminar a compreensão global do tema, nomeadamente através da respetiva “conciliação prática” no contexto do direito comunitário. Por isso, à luz dessa sua origem e significação “datada”<sup>26</sup>, há quem veja hoje reduzida utilidade na manutenção do conceito de serviço público, como FREITAS DO AMARAL, que diz<sup>27</sup>: «Na época contemporânea o serviço público perdeu uma parte importante do espaço que lhe era antes reservado. Doravante, ele abrigará apenas aquelas actividades cujo adequado desempenho não prescinde da sua titularidade pública. Fica, pois, reduzido ao imprescindível»; em sentido próximo, afirma RODRIGO

---

<sup>24</sup> Neste quadro, dizia MARCELLO CAETANO, *Estudos de Direito Administrativo*, Edições Ática, Lisboa, 1974, pp. 93 e 94: «Depois de termos reunido quantas acepções conhecíamos, fixámos uma noção técnica de *serviço público em sentido amplo*: é a organização de pessoas e bens instituída pelo Estado ou por outra pessoa colectiva de Direito Público para o desempenho das suas atribuições mediante o emprego de meios de autoridade».

<sup>25</sup> Após a sua consolidação doutrinal inicial com a teoria da soberania de HAURIUO, o direito administrativo francês foi, nos princípios do Século XX, marcado pela teoria do serviço público da chamada Escola de Bordéus, com DUGUIT, JÈZE ou BONNARD, com seguidores, entre nós, como MARCELLO CAETANO, que, como é sabido, influenciou as sucessivas gerações de administrativistas portugueses até tempos muito recentes.

<sup>26</sup> Em França e no início do século passado o direito administrativo girava de tal maneira à volta do conceito de serviço público que se podia considerar ser conceito dele fundante e que lhe dava unidade. Sobre o questionamento do interesse do conceito mesmo em França, pode ver-se JEAN RIVERO/JEAN WALINE, *Droit Administratif*, 15.ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 1994, pp. 27-28 e 387.

<sup>27</sup> *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II (com a colaboração de LINO TORGAL), Almedina, Coimbra, 2002, p. 538.

GOUVEIA<sup>28</sup>: «Na doutrina portuguesa o conceito de serviço público é bastante controverso. Partindo do conceito proposto por PEDRO GONÇALVES, poderemos afirmar que serviço público é uma “tarefa administrativa de prestação”, isto é, o serviço público é “uma actividade de que a administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)”»<sup>29</sup>.

Com o respeito devido por estas posições, defendemos aqui a prevalência agora de uma *aceção material* do conceito de serviço público<sup>30</sup>, porventura identificável com um *regime de serviço público*<sup>31</sup> liberto do quadro conceptual “orgânico-material” tradicional<sup>32</sup>.

E consideramos, por outro lado, que a “contaminação” saudável do direito administrativo continental europeu<sup>33</sup> por outras concepções de organização do Estado e de administração,

---

<sup>28</sup> *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora, 2001, p. 20.

<sup>29</sup> Acrescentando, em *Nota*, que PEDRO GONÇALVES «é de opinião que a adopção de um conceito objectivo de serviço público nunca teve acolhimento na nossa doutrina nem faz sentido em face do descomprometimento do Estado».

<sup>30</sup> Contra, a anteceder o trecho transcrito *supra* no texto, diz FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. II cit., pp. 537 e 538: «Difícil de recortar no nosso tempo é o conceito de *serviço público*. Isto, desde logo, porque o legislador, que a ele tem recorrido insistentemente, não o usa com rigorosa consistência. Ora, se, como é sabido, “a vulgaridade raramente é compatível com a precisão dos conceitos”, é necessário seriar as acepções em que se fala de serviço público para escolher aquela ou aquelas que convêm à ciência jurídica. Não obstante algumas flutuações, a doutrina maioritária tende a reconhecer que apenas é de serviço público aquela actividade de prestação de utilidades (em regra, *uti singuli*) de que a Administração é por lei titular e por cujo exercício é responsável. Assume-se, assim, entre nós, tradicionalmente, um conceito de serviço público de cariz abertamente orgânico-material. A qualificação de «serviço público» não quadra, pois, adequadamente à luz dos cânones dogmáticos prevaletentes, a actividades despublicizadas. Também nós, ao longo do nosso ensino da cadeira de Direito Administrativo, temos sido fiéis a esta perspectiva. E não vemos que haja razões substanciais para a alterar».

<sup>31</sup> RIVERO/WALINE, *Droit Administratif* cit., pp. 384-385.

<sup>32</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. II cit., p. 538:

«Mas não ignoramos que, na prática, como sublinha PEDRO GONÇALVES, “dada a sua unidade, o *regime de serviço público* acabou por se expandir, autonomizando-se do próprio serviço público”. E isso aconteceu em duas direcções distintas.

Por um lado, “não são raras as actividades da Administração *que não são serviços públicos mas que a lei sujeita a um regime de serviço público*” – o que implica que “a disciplina de exploração dessas actividades em regime de serviço público seja idêntica à disciplina que regula as concessões de serviços públicos”.

Por outro lado, e como acentua aquele Autor, “a privatização dos serviços públicos não pôs em causa o princípio da sujeição das actividades privatizadas a uma disciplina jurídica muito próxima do tradicional regime de serviço público. É o que se verifica com as *actividades privadas sujeitas a obrigações de serviço universal* (telecomunicações, correios) ou com as *actividades privadas sujeitas a obrigações de serviço público*. (...)».

<sup>33</sup> De evolução conceptual contínua, adaptando o direito à realidade para a servir melhor e não, ao contrário, subordinando-a a pandectísticas desajustadas, pois, como diz RUI MACHETE, “O Direito Administrativo Português no Último Quartel do Século XX e nos Primeiros Anos do Século XXI”, in *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 208: «A ciência do direito administrativo, como o sublinha Benvenuti, não deve ser uma teoria geral intemporal, válida no plano puramente lógico, mas reflectir a Administração concreta do seu tempo, oferecendo uma visão compreensiva e sintética da realidade. A pandectística ou pós-pandectística, para usar uma expressão impressiva e historicamente carregada de sentido para significar o virtuosismo técnico e abstracto, deve ser substituída por uma «scientia juris» capaz de enquadrar conceptualmente os novos temas e de dar uma resposta aos problemas entretanto postos, iluminando as tendências de fundo e ordenando em novas teorias explicativas a multiplicidade dos factos que vão ocorrendo».

designadamente de cariz anglo-saxónico, tem mesmo como explicação mais profunda a necessidade de melhor servir os fins últimos que subjazem e dão razão de ser à existência/subsistência do próprio Estado, isto é a prossecução do serviço público, assim entendido na sua vertente objetiva, material, como serviço do e ao/para o *público*, ou seja, a comunidade que o constitui. Pois que, a par das inevitáveis confluências de sistemas num mundo globalizado, o que verdadeiramente subjaz à evolução de um conceito tão profundamente ligado, como o que se analisa, à raiz e fundamento sociocultural que serve, parece ser a mudança de formas de perceber, de apreender a ação do Estado, se não mesmo a alteração dos paradigmas tradicionais em matéria de organização social<sup>34</sup>. Sendo, aliás, visível nos tempos atuais a paralela tendência de “objetivação” das conceções de administração e interesse público, agora se devendo falar de administrações várias e de interesses plúrimos, deslocando-se a tónica de um sujeito público detentor de poder de império, contraposto a administrados a ele submetidos, para a realização participada e concertada dos interesses sociais, particulares e grupais, em si mesmo considerados, valendo, pois, também aqui – como correspondentemente na noção de serviço público – mais a atividade materialmente considerada, que a “fonte” donde provenha ou a natureza “especial” de quem a presta<sup>35/36</sup>.

---

<sup>34</sup> Veja-se a este propósito GOMES CANOTILHO, “A crise do direito e o direito da crise nos 176 anos da Faculdade de Direito”, in *Comemoração do Dia da Faculdade de Direito*, 2012, pp. 5 e 6: «A universidade está *difícil*. Não deu conta que a democracia na escola se degradou em momento simbólico da república dos alunos (...). O *Estado Social* é difícil. Aquilo que foi outrora um esquema organizatório de milagres – com as suas escolas públicas, os seus serviços sociais, as políticas de pleno emprego e a redistribuição de rendimentos através de impostos – confronta-se hoje com as crises da socialidade. A organização estatal não tem dinheiro para o “deficit spending”, não sabe como sustentar as políticas sociais, privatiza serviços públicos, concentra os esquemas da administração pública».

<sup>35</sup> Sobre o ponto pode ver-se IOLE PETRONE, *La Nuova Concezione dell'interesse pubblico*, acessível em <http://www.filodiritto.com>.

<sup>36</sup> Sobre a evolução do conceito, veja-se também RUI MACHETE, “A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente”, in *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, 2004, pp. 173-187.

### 3. Serviço público, interesse público e bem público

Do que fica dito no ponto anterior, não resulta, porém, apurada a razão pela qual, como serviço, ele é público ou quando, como tal (como serviço público), o deva ser. Isto é: sabido que serviço público, na aceção tradicional que se enunciou, é aquele que consubstancia uma atividade prestadora do Estado ou de algum ente em seu nome, nem por isso se conclui quando e como um qualquer serviço deva ser assumido pelo Estado ou colocado sob sua égide, porquanto também não se consegue apurar a sua “qualidade”, pública ou não pública<sup>37</sup>. O que nos leva à necessidade de completar a análise com um seu elemento imprescindível, o da ligação “intrínseca” ao interesse público que o Estado serve. E o que é, por sua vez, o *interesse público*<sup>38</sup>?

Dizia ROGÉRIO SOARES<sup>39</sup>: «(...) interesse público primário é aquele cuja definição e satisfação compete aos órgãos governativos do Estado, no desempenho das funções política e legislativa: é o bem comum nacional; os interesses públicos secundários são aqueles cuja satisfação cabe à Administração pública no desempenho da função administrativa. Exemplos: a segurança pública, a educação, a saúde pública, a cultura, os transportes colectivos, etc.». E VIEIRA DE ANDRADE<sup>40</sup>: «Na realidade, o interesse público, ainda que concebido no mais amplo dos sentidos que comporta, caracteriza-se por ser, em contraposição ao interesse privado, um interesse radicalmente *objectivo*, não individualizado nem individualizável; releva a circunstância de se tratar de um interesse de um “público”, mais ou menos vasto, mas sempre geral ou globalmente encarado, isto é, de um interesse que, sendo *colectivo* pertence a um grupo *indistinto* e não se identifica com os interesses próprios dos eventuais membros».

Indissociavelmente ligado ao interesse comum, como interesse geral da comunidade, interesse coletivo, ou bem-comum<sup>41</sup>, o interesse é, assim, público sempre que diga respeito a um bem que seja comum, porque a todos respeita ou em todos, como coletivo, direta ou indiretamente se reflita. Para além disso, o interesse público, como conceito jurídico-administrativo, é aquele que traduz as opções fundamentais da comunidade politicamente

---

<sup>37</sup> Por ser essa a sua natureza própria ou porque se vem a transformar em público quando assumido pelo Estado ou colocado sob sua égide.

<sup>38</sup> Plasmado, na CRP de 1976, no art. 266.º/1: «A Administração visa a prossecução do interesse público (...)».

<sup>39</sup> *Interesse público, Legalidade e Mérito*, policop., Coimbra, 1955, p. 99.

<sup>40</sup> “Interesse Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Lisboa, 1993, p. 275.

<sup>41</sup> Segue-se, neste aspeto, FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. II cit., pp. 35 a 38.

organizada e que é prosseguido, normalmente, por entidades públicas que efetivam em seu nome essas opções, antes como tal definidas<sup>42</sup>. Daí que nele se possam discernir níveis diversos de gradação e que, em consonância, se lhes predisponham meios operativos variados. Por isso, existindo o serviço público para servir o interesse público tal como ele é definido em cada momento e pelas sedes competentes da comunidade estadualmente organizada, a sua configuração concreta varia em decorrência ou dependência da respetiva capacidade e intensidade de conformação e intervenção.

Com isto se procura aqui reforçar a ideia-chave de que serviço público, como instrumento da realização do interesse público geral da comunidade, é, afinal, aquilo que em cada momento e lugar for legitimamente assumido como tal pelos órgãos da comunidade politicamente organizada, por isso intimamente dependendo da conceção de Estado e do papel que ele haja de desempenhar *aqui e agora*<sup>43/44</sup>. Fica, assim, claro que interesse público é conceito mais vasto que o de serviço público, desde logo porque este último é por definição referido à prestação de um *serviço*, mas também porque nem todo o interesse público requer ou é prosseguido por essa via. Por outro lado, ao procurar-se a delimitação conceptual de serviço público, está-se, naturalmente, a lidar mais diretamente com o interesse público no seu “desdobramento” nos chamados interesses públicos secundários, isto é, aqueles que refletem as concretas opções tomadas em vista da melhor prossecução do bem público, ainda que, em qualquer caso, sempre tendo como pano de fundo o interesse público primário, ou seja, os fundamentos básicos da comunidade.

---

<sup>42</sup> Sobre o ponto, pode ver-se VIEIRA DE ANDRADE, “Interesse Público” cit., que assim inicialmente define o conceito: «Diz-se, em sentido jurídico-administrativo, do que é qualificado, a nível normativo superior, como manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas».

<sup>43</sup> Por isso diz VIEIRA DE ANDRADE, “Interesse Público” cit., p. 275, que o interesse público «possui, também, por definição um carácter *normativo*: as necessidades que engloba não-de ser exigências associadas a bens comunitários e, portanto, a valores de uma forma ou de outra avaliados (impostos, promovidos, tolerados ou proibidos) e relacionados entre si, isto é, objecto de opções que se constituem em normas, independentemente do respectivo grau de formalização».

<sup>44</sup> Um caso recente de “descontinuação” de um serviço público pode ver-se na Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2013, DR, 1.ª S., n.º 7, de 10.1, pela qual se resolve: «Determinar que o serviço móvel marítimo deixa de ser prestado, enquanto serviço público, a partir de 30 de abril de 2013 (...)».

Na tentativa de precisar o conceito de serviço público, acrescentemos ainda algumas breves notas sobre a sua articulação com a noção de *bem público*<sup>45</sup>. Se por este entendermos o bem comum, na aceção clássica<sup>46</sup>, então pouco resta, por assimilação praticamente integral das duas compreensões.

Mas, ao falarmos de bem público em associação com as noções de interesse público e serviço público, somos conduzidos a outros referenciais, mais da área das ciências económicas, ou, pelo menos, à percepção de que aos conceitos antecedentes está subjacente a existência de utilidades económicas. Na verdade, o interesse público pode ser definido pela vertente da satisfação das *necessidades* coletivas que lhe são subjacentes, donde ser identificável com “a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um dos seus membros”<sup>47</sup>. Dito de outra forma: se o serviço público existe enquanto “mediador” do interesse público e do bem comum mais latamente considerados, o certo é que a sua realização concreta consiste mais propriamente na “concessão” de utilidades aos respetivos beneficiários, utilidades que serão, por seu intermédio, coletiva ou individualmente recebidas ou apropriadas.

Isso não quer dizer que haja consonância entre serviço público e bem público em sentido económico. Assim, a qualificação de um bem como público, neste sentido, não implica por si só a prestação desse bem em regime de serviço público, reversamente podendo, também, haver bens “não públicos”, nessa aceção económica, mas prestados nesse regime. Como, por outro lado, se tem, nesta complexa dicotomia bem público/bem privado, que atentar na problemática do “acionamento de acesso a bens essenciais”<sup>48/49</sup>.

---

<sup>45</sup> Não se confundindo com a noção técnico-jurídica de *bem do domínio público*, podendo, aliás, haver afetação de bens a serviço público sem coincidência na dominialidade.

<sup>46</sup> S. TOMÁS DE AQUINO, citado por FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. II cit., p. 35: «“aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem” (*quod homines non solum vivam, sed bene vivant*)».

<sup>47</sup> JEAN RIVERO, citado por FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. II cit., p. 35.

<sup>48</sup> «Rationing devices for publicly provided private goods», JOSEPH STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*, 3.<sup>a</sup> ed., New York/London, pp. 137 e ss., citado por GOMES CANOTILHO “TC, Jurisprudências e Políticas Públicas”, intervenção no XX Aniversário do Tribunal Constitucional, 28.11.2003, acessível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>.

<sup>49</sup> PEDRO GONÇALVES, “Liberdade de Produção de Electricidade e Administração da Escassez dos Recursos Hídricos do Domínio Público”, in *Cedipre online* |8, Julho de 2011, p. 12, fala em *administração da escassez*: «[a] escassez de bens e direitos pode ser *natural* [...] ou *voluntária* (fixação de *numerus clausus* [...] para o acesso a estabelecimentos públicos de ensino [...])». E continua: «Ao contrário do que se passa no cenário da escassez natural, que é necessária, a escassez voluntária resulta de uma decisão pública que a determina (*staatliche*

#### 4. Serviço público e serviço de interesse geral

Facilmente se conclui do exposto que o conceito de serviço público, para além de polissémico, complexo e multifacetado, reflete, afinal, as opções que em cada momento são perfilhadas sobre o interesse comum, em função da concreta conformação sociopolítica em que nos situemos. Pelo que, não apenas num contexto de acelerada transformação global, mas num quadro de integração sociopolítica a nível da União Europeia, que afeta diretamente o nosso sistema jurídico, forçoso é concluir que o conceito de serviço público, assim tão polissémico e moldável, terá necessariamente que incorporar também a nova realidade em que agora se situa. E na compreensão dessa envolvente, não poderemos deixar de atender a que, por um lado, na origem do espaço comunitário se terá visado uma integração de fins essencialmente económicos, e, por outro, se trata de uma “conjunção” de ordenamentos jurídicos de natureza diversa, quer de matriz continental, quer anglo-saxónica, pelo que a sua necessária “conciliação prática” há-de, por isso mesmo, traduzir o compromisso possível entre os vários pontos de partida, o que inevitavelmente nos conduz à revisão do conceito tradicional de serviço público.

É, pois, neste contexto de aproximação e miscigenação de diversificadas visões e modelos de organização e gestão da “coisa pública”, sobretudo pela confluência<sup>50/51</sup> entre regimes “administrativo” e de “direito comum” (continental vs. anglo-saxónico), que o ordenamento comunitário vem assim trazer um novo referencial no campo que nos ocupa, pela introdução

---

*Verknappung*): há portanto, aqui, uma decisão quanto ao “se” (*ob*) da escassez, a qual se pode fundar, entre outros, em motivos de ordem financeira ou de regulação económica e social».

<sup>50</sup> BERNARDO AYALA, “Monismo(s) ou Dualismo(s) em Direito Administrativo(?) – Gestão Pública, Gestão Privada e Controlo Jurisdicional da Actividade Administrativa – Relatório Nacional – Portugal”, in *RFDUL*, Vol. XLI, 1, Coimbra Editora, 2000, pp. 71 a 98, fala da «(...) forte influência do Direito Comunitário, que, a propósito de matérias importantes, postula o tratamento da actividade da Administração sem curar de saber se ela se desenvolve predominantemente sob a égide do Direito Privado ou sob o domínio do Direito Público (as directivas sobre contratação pública constituem disso um bom exemplo)».

<sup>51</sup> Diz RUI MACHETE, “O Direito Administrativo...” cit., p. 206, a propósito da influência do direito comunitário na conceção clássica do direito administrativo (também o português): «Este direito administrativo por força da coadministração desenvolvida entre os Estados nacionais e a União Europeia é agora confrontado com um direito administrativo sem Estado e, sobretudo, quando tem de encarar essa realidade existente nos direitos nacionais, revela-se relativamente indiferente à sua especificidade. Essa coabitação envolve o reconhecimento do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, o comunitário e os estaduais, e da multiplicidade dos tipos de sujeitos públicos com inevitável desvalorização da pessoa colectiva Estado».

do conceito de *serviço(s) de interesse geral*<sup>52</sup>, com enfoque marcadamente (jurídico-) económico.

Mas isso também no contexto de uma acentuada tendência de privatização da esfera estatal, nos quadros de um neoliberalismo económico crescente, que progressivamente tem vindo a descaracterizar o sistema continental de direito administrativo, tendência que, algo paradoxalmente, anda a par com o movimento inverso de introdução de novas formas jurídicas de suporte à intervenção estatal nos países de matriz anglo-saxónica, na complexa e contraditória teia – de regular para desregular – em que o mesmo neoliberalismo se vem enredando crescentemente.

A verdade é que, mesmo nos mais rígidos parâmetros iniciais do conceito “organicista” de serviço público, se não esquecia que o interesse geral é sempre algo de mais vasto, podendo perfeitamente ser satisfeito, em concorrência ou não, por privados<sup>53</sup>, cuja atividade, ainda que de diferente natureza ou regime, não deixa de preencher os fins mais alargados da satisfação, mesmo que indireta, de interesses coletivos e não apenas o egoístico fim lucrativo. Daí que, para além do conceito de serviço público em sentido orgânico, se detete, até nas visões mais clássicas, um paralelo sentido de serviço público como atividade de *interesse geral* mesmo que não assumida pelo poder público, seja consistindo numa “missão de serviço público”, num “regime de serviço público” ou em “obrigações de serviço público”.

Não é, assim, de estranhar que, no quadro de evolução já referenciado, se venha assistindo, nomeadamente agora no âmbito<sup>54</sup> da União Europeia, ao alargamento, superação ou mesmo sublimação do conceito de serviço público por uma nova ideia, agora denominada de *serviços*

---

<sup>52</sup> Cf. o art. 86.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, atual art. 106.º do Tratado da União Europeia, em que a Comissão Europeia se apoia para liberalizar os serviços públicos, e Comunicações da Comissão Europeia COM 96/443, publicada no Jornal das Comunidades C 281, de 26.9.1999, e COM/2000/0580, de 20.9.2000. Sobre o assunto pode ver-se, também, o *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*, apresentado pela Comissão em 21.5.2003, acessível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003\\_0270pt01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf). Cf., entre nós, o regime jurídico dos *serviços públicos essenciais*, constante da Lei n.º 23/96, de 26.7, alterada e republicada pela Lei n.º 12/2008, de 26.2, e alterada pelas Leis n.ºs 24/2008, de 2.6, 6/2011, de 10.3, 44/2011, de 22.6, e 10/2013, de 28.1.

<sup>53</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, “O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa”, in *Temas de Direito da Educação*, coord. A. P. BARBAS HOMEM, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão), p. 19, quando refere «que o ensino nas escolas privadas [também as superiores] não é o exercício de uma *actividade pública delegada*, mas de uma *actividade privada concorrente* com o ensino público».

<sup>54</sup> Diz-se assim, porque a afirmação desses novos conceitos ligados ao interesse geral é mais de via jurisprudencial.

*de interesse económico geral*<sup>55</sup> ou, mais abrangentemente, *serviços de interesse geral*<sup>56</sup>. O que parece corresponder, por um lado, à acentuação da tónica material (do referente último, a prossecução do interesse público), mesmo que não necessariamente assumido pelo Estado, ao mesmo tempo que resulta numa vinculação de *regime de serviço público* em relação a atividades levadas a cabo por entidades privadas mas que requerem uma regulação/supervisão pública.

Na confluência destas tendências chegaremos a um conceito que englobe um suporte organizativo (público, privado ou mesmo misto) e um regime específico para atividades que na sua natureza substantiva têm uma razão e fim assimiláveis, ou seja aquelas que consistam numa atividade de serviço público em sentido material. Donde, tendo partido da noção de serviço público como serviço (quase) exclusivamente “de mão pública”, única via então aceite para prossecução do interesse público (identificável com o interesse do sujeito público que o detém/tutela), se possa agora chegar a uma noção de serviço público “objetivo”, isto é de interesse que, por respeitar ao bem geral, sofre, conquanto prestado (também) por entes privados, as limitações que dessa específica natureza advêm.

Deste compromisso parece resultar, afinal, uma “terceira via” para o conceito de serviço público, configurado, assim, como, por um lado, serviço emanado de uma intervenção social múltipla/multifacetada, participada e aberta, e, de outro, apenas contido/“comprimido” quando tal seja indispensável para manter/otimizar o equilíbrio entre os vários interesses coenvolvidos, tudo em vista, já se vê, da supremacia do interesse público tido como seu referente último. Donde a nova noção de interesse público/geral implique também a não publicização de uma qualquer atividade a menos que tal seja estritamente indispensável para a consecução daquele interesse último, bastando-se por isso com a imposição de *obrigações de*

---

<sup>55</sup> Cf. o art. 86º/1 da CRP: «O Estado incentiva a actividade empresarial (...) e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam *actividades de interesse económico geral*» (itálico acrescentado).

<sup>56</sup> Veja-se RUI MACHETE, “A evolução...” cit., pp. 178 e 178:

«O direito comunitário, fiel à sua orientação básica de dar prevalência à concorrência e à sua afirmação face a posições monopolistas ou dominantes, assume uma atitude manifestamente desfavorável em relação ao serviço público, tal como o conhecem os ordenamentos francês e português. (...)

O artigo 90.º, n.º 2, do Tratado de Roma procede ao que alguns autores franceses designaram como a “laicização do conceito de serviço público”, preferindo a expressão “empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral”, enquanto o direito derivado utiliza a expressão sinónima de “empresas assegurando um serviço universal”».

*serviço público* sempre que tal seja suficiente para a manutenção daquele equilíbrio<sup>57</sup>. Pelo que assim claramente se privilegia o critério funcional-teleológico, como nos diz COLAÇO ANTUNES<sup>58</sup>: «Note-se que a mesma *relativização e objectivação* se vem constatando ao nível da concepção dos serviços públicos, onde uma teoria unitária e subjectiva do serviço público deu lugar a tantas noções de serviço público quantos os sectores disciplinados para o efeito».

Como ponto de situação de uma tão significativa evolução, recorremos a RODRIGO GOUVEIA, quando diz: «Podemos então afirmar que os serviços públicos são serviços de interesse geral executados pelo Estado ou pelos poderes públicos. Por outras palavras, o conceito de serviços de interesse geral *abarca* o conceito de serviços públicos. Não obstante, os termos “serviço público” e “exigências de serviço público” têm sido utilizados para designar os princípios e obrigações que visam assegurar o acesso de todos os cidadãos a esses serviços. Por outras palavras, o conceito de serviço público tem sido utilizado ora em sentido subjectivo — actividades prestadas pelo Estado — ora em sentido objectivo — designando os princípios de serviço universal»<sup>59</sup>.

Note-se que destas últimas reflexões sobre a evolução do conceito de serviço público, que deixámos na tentativa de enquadramento da análise da natureza do ensino superior, não pretendemos seguir o caminho daqueles que o procuram assimilar a um serviço de interesse *económico* geral. Na verdade, para além de considerarmos que serviços de interesse geral não se restringem (embora os abranjam), sendo por isso noção mais ampla, aos serviços *económicos* de interesse geral<sup>60/61</sup>, rejeitamos a tendência de reconduzir o ensino superior a

---

<sup>57</sup> Pense-se no serviço público de televisão, transportes ferroviários ou nos sectores eléctrico e das telecomunicações.

<sup>58</sup> Isso também na contraposição direito público/direito privado, ou na definição de organismo público, como nos diz L. F. COLAÇO ANTUNES, “Um Tratado Francês Lido em Alemão?”, in *Colóquio Luso-Espanhol “O Acto no Contencioso Administrativo – Tradição e Reforma”*, 2004, pp. 6 a 9.

<sup>59</sup> *Os Serviços de Interesse...* cit., pp. 21-22. E continua:

«Parece-nos mais indicado utilizar os termos “serviço de interesse geral” e “serviço universal” por diversas razões. Em primeiro lugar, porque o termo “serviço público” designa as actividades prestadas pelo Estado e outros organismos públicos, o que não se enquadra com a recente privatização da maioria desses serviços e a entrada no mercado de entidades privadas em concorrência com as entidades públicas.

Em segundo lugar, porque deveremos ter em conta que a ordem jurídica comunitária utiliza os termos “serviços de interesse geral” e “serviço universal” muito embora ainda não exista uma clara definição destes termos.

Finalmente, por uma questão de clareza terminológica da nossa exposição, preferimos evitar o conceito de “serviço público” que, em nosso entender, merece uma reformulação (...).»

<sup>60</sup> Como sublinham J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR/L. MIGUEZ MACHO, “Regulación Económica y Servicios Sociales de Interés General”, in *IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Córdoba, Noviembre 2010, embora na jurisprudência comunitária e para a livre prestação de serviços, designadamente à luz da Comunicação da Comissão de 26.4.2006, o conceito de “atividade económica” abranja as prestações oferecidas a troco de uma

uma mercadoria, uma “commodity”, remetendo-o para as liberdades de mercado e livre circulação de serviços, tendência aliás bem refletida nas tentativas da sua liberalização no âmbito dos Acordos GATS<sup>62</sup>. Como deixámos bem sublinhado e de seguida acentuaremos, se bem que haja serviços que podem ser simultaneamente prestados, em concorrência, por privados e por entes públicos, o ensino superior continua a ser, no nosso ordenamento jurídico, como também no espaço cultural europeu em que nos inserimos, um bem público que não pode, por isso mesmo, ser “comodificado” ou “mercadorizado” e entregue à pura lógica de mercado<sup>63</sup>.

## 5. Enquadramento jurídico-constitucional do ensino superior

Para bem se compreender a particular configuração que do ponto de vista jurídico assume entre nós o ensino superior, há que, naturalmente, fazer uma análise preliminar ao quadro normativo por que se rege, desde logo em sede da chamada “Constituição cultural”<sup>64</sup> em que as matérias da educação e do ensino se inserem.

---

remuneração não se exige que essa remuneração seja paga diretamente pelos beneficiários, do que resulta considerarem-se atividades económicas os serviços sociais de interesse geral ou a sua quase totalidade, ainda que quanto à educação e à saúde se reconheça requererem um tratamento específico; aliás, a “Diretiva Serviços”, Diretiva 2006/123/CE, de 12.12.2006, exclui do seu âmbito de aplicação os serviços sociais de titularidade pública e as atividades privadas de beneficência (cf. parágrafos 27 e 34 do respetivo Preâmbulo), por as não considerar uma atividade económica (o que, como registam os Autores, revela contradição entre a Diretiva e a Comunicação referidas).

<sup>61</sup> Cf. JOSÉ MANUEL VILLAR URIBARRI, *Los Servicios de Interés General en el Ámbito Comunitario*, acessível em: <http://www.europarl.europa.eu/hearings/20030611/econ/villar.pdf>.

<sup>62</sup> General Agreement on Trade in Services (GATS), World Trade Organization. Sobre o ponto pode ver-se ANDRIS BARBLAN, “The International Provision of Higher Education: Do Universities Need GATS?”, in *Higher Education Management and Policy*, Vol. 14, n.º 3, 2002; e BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 26 a 33.

<sup>63</sup> Ainda que o serviço público possa ser orientado segundo o mercado ou ser submetido a um “quase-mercado”, como muitos preconizam, mas, por se tratar de serviço *público*, sempre pertencendo ao Estado um reduto de provisão pública ou de controlo último de que não pode abdicar. Sobre esta dicotomia, serviço público vs. mercado, pode ver-se também MARIA DA GLÓRIA GARCIA “Reinventing public service between the autonomy of the market and the duty of public interest”, in *Direito e Justiça, RFDUCP*, n.º 2, Vol. 15, 2001, pp. 71-84.

<sup>64</sup> Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 887 e 888.

É hoje consensual a ligação estreita, de uma verdadeira interdependência recíproca, um “cordão umbilical” (HÄBERLE) entre *direito constitucional* e *direito administrativo*<sup>65</sup>, aliás sintetizada na célebre afirmação de FRITZ WERNER do “direito administrativo como direito constitucional concretizado”. Mas, na perspetiva atual da questão, como diz VASCO PEREIRA DA SILVA<sup>66</sup>: «Do que se trata, não é mais [, portanto,] de uma mera questão formal de subordinação da Administração à Constituição, mas sim do problema material da realização continuada e permanente das normas fundamentais através do Direito Administrativo, bem como do “ancoramento” da actuação administrativa nessa mesma lei fundamental».

A fundamentalidade do ensino, ínsita em todo o quadro jurídico por que se rege<sup>67</sup>, manifesta-se, desde logo, na nossa Constituição<sup>68</sup>, por ser tarefa do Estado «[a]ssegurar o ensino e a valorização permanente» (art. 9.º/f)), com vista à «construção de uma sociedade livre, justa e solidária» (art. 1.º), para «garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais (...), visando a realização da democracia económica, social e cultural» (art. 2.º).

---

<sup>65</sup> Por outro lado, «(...) uma Constituição que se desinteresse da Administração Pública não conseguirá igualmente dar tradução fiel a esse espírito constitucionalista e às exigências que se lhe associam de realização de um Estado democrático, podendo acabar por abandonar a Administração à sua sorte (à vontade dos seus dirigentes ou à vontade burocrática) e deixando, em qualquer caso, de assegurar no domínio administrativo o primado da posição do Povo (maxime, da sua vontade constituinte) na definição das questões jurídico-políticas fundamentais», JORGE MIRANDA, “O Direito Constitucional Português da Integração Europeia – Alguns Aspectos”, in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 15 ss..

<sup>66</sup> *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 160.

<sup>67</sup> No Direito Internacional, cf. designadamente os seguintes preceitos:

- art. 26.º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: «1- Toda a pessoa tem direito à educação. (...) o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2- A educação deve visar a plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (...);»;
- art. 2º do *Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*: «A ninguém pode ser negado o direito à instrução»;
- art. 13.º do *Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais*: «1- Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve ser orientada até ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. (...) 2- Com o objectivo de atingir o pleno exercício deste direito, os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem que: (...) c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados, em particular, pela implantação progressiva do ensino gratuito».

<sup>68</sup> O já citado Ac. do TC 148/94, de 3.5, refere a “Constituição cultural”, nas vertentes da educação e do ensino superior, como conjunto de princípios e normas que fixam no seu horizonte os direitos e deveres culturais atinentes àquele ramo de ensino.

Sabendo-se que, como refere CARLA AMADO GOMES<sup>69</sup>, «(...) a relação jurídica de ensino não pode, nos dias de hoje, ser cabalmente compreendida sem apelar ao enquadramento constitucional das liberdades de pensamento e sua expressão (artigo 37.º/1 da Constituição da República Portuguesa = CRP), de criação cultural (artigo 42.º da CRP), de aprender e de ensinar (artigo 43.º/1 da CRP), e dos direitos ao ensino, em geral, e de acesso ao ensino superior em particular (artigos 74.º/1 e 76.º, da CRP)», destacamos, deste complexo âmbito normativo-constitucional, os seguintes preceitos:

- art. 43.º que consagra a «liberdade de aprender e ensinar» (n.º 1), vedando ao Estado a programação da educação «segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (n.º 2);
- art. 73.º «[t]odos têm direito à educação e à cultura» (n.º 1), promovendo o Estado «a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para o desenvolvimento da personalidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva» (n.º 2);
- art. 74.º: «[t]odos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar» (n.º 1), incumbindo ao Estado, designadamente (n.º 2): «[g]arantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística» (alínea *d*) e «[e]stabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino» (alínea *e*);
- art. 75.º/1 que determina que «[o] Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população»;
- e, no âmbito da Universidade, o art. 76.º que estipula: «[o] regime de acesso à Universidade e às demais instituições de ensino superior garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do País» (n.º 1) e «[a]s universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino» (n.º 2);
- por fim, o art. 77.º, sob a epígrafe “Participação democrática no ensino”.

---

<sup>69</sup> “Apontamentos sobre o Direito ao Recurso das Decisões de Avaliação de Conhecimentos no Ensino Superior”, in *Educação e Direito*, Sep. da Associação Portuguesa de Direito de Educação, n.º 2, Lisboa, 1999, p. 53.

O ensino desenvolve-se, pois, no quadro das duas liberdades, constitucionalmente sediadas, *de aprender e de ensinar*<sup>70/71</sup> e, por ser inerente ao livre desenvolvimento da personalidade do aluno, correlaciona-se intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, valor superlativo<sup>72</sup> do nosso ordenamento jurídico-constitucional (art. 1.º da CRP) e também supraconstitucional, tendo o direito ordinário e a administração educativa de a ele se subordinar/vincular. Por isso também, nas palavras de PEREIRA COUTINHO<sup>73</sup>, a “autoadministração académica” das Universidades (art. 76.º/2 da CRP), representa uma ««direcção de garantia» constitucional ou, de outro modo, do único sentido conforme a uma Constituição preocupada com a garantia organizatória dos respectivos direitos fundamentais e, nesta medida, com a plena concretização do princípio nuclear da dignidade da pessoa humana».

Assume particular relevo, pela dupla sede em que surge, a positivação na CRP, por um lado, da *liberdade de aprender e ensinar* no âmbito dos *direitos, liberdades e garantias* – Capítulo I da CRP (Direitos, liberdades e garantias pessoais) – e, por outro, do *direito ao ensino* no Capítulo III (Direitos e deveres culturais) do Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais)<sup>74</sup>,

---

<sup>70</sup> Cf. CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 71.

<sup>71</sup> GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, “O Estatuto Jurídico da Universidade Católica Portuguesa: para uma compreensão republicana do direito ao ensino”, in *Francisco Salgado Zenha: liber amicorum*, Coimbra Editora, 2003, p. 382: «A Constituição garante a liberdade de aprender e de ensinar, o que implica uma preferência pelos valores da autonomia individual e da descentralização da autoridade, não podendo o Estado programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas».

<sup>72</sup> Sublinhando o princípio da dignidade da pessoa humana e a realização do princípio do Estado de direito democrático como opções fundamentais que o sistema educativo, designadamente o superior, impõem, cf. o Ac. do TC 220/92, de 28.7: «Existe, por conseguinte, nesta área, uma axiologia constitucional intimamente conjugada com interesses de projecção nacional que todo o programa legislativo deve respeitar e que se impõem à especificidade de outros interesses, mesmo se, porventura, forem concorrenciais», antes também aí se dizendo (ambas as citações do ponto 2.2.): «Sector essencial da organização sócio-cultural do Estado, o ensino é universal – tem por universo a globalidade dos cidadãos nacionais – e o direito ao ensino pretende não dissociar a dignidade da existência humana de uma expressão de cultura».

<sup>73</sup> *As Faculdades Normativas Universitárias no Quadro do Direito Fundamental à Autonomia Universitária*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 63.

<sup>74</sup> Dizem GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, “O Estatuto Jurídico...” cit., p. 373:

«O primeiro preceito constitucional relevante no domínio da educação encontra-se no art.º 43.º, que consagra a liberdade de aprender e ensinar, afirma a neutralidade ideológica e confessional da educação, da cultura e do ensino público e garante o direito de criação de escolas particulares e cooperativas. Trata-se aqui de um direito, liberdade e garantia que se insere na intencionalidade normativa de garantia de uma igual liberdade de todos os cidadãos, que subjaz ao respectivo catálogo, gozando do regime jurídico correspondente.

Já no domínio dos direitos, económicos sociais e culturais, a Constituição consagra o direito à educação, à cultura e ciência, no art.º 73.º, fazendo incumbir ao Estado o dever de promover a democratização da educação. Nesta mesma linha, o art.º 74.º da Lei Fundamental consagra o direito ao ensino, subordinado ao princípio da igualdade de oportunidades. À luz deste artigo, o sistema público de ensino surge como uma responsabilidade estadual».

bem como a distinção que a mesma faz entre direito à educação e direito ao ensino<sup>75/76</sup>. Não só a liberdade de aprender e ensinar é ela própria um *direito, liberdade e garantia*, como o ensino superior se move num contexto de realização e respeito pelos direitos fundamentais, assumindo a vertente de direito a prestações<sup>77</sup>, não delimitado pela nossa Constituição no que respeita ao seu conteúdo, pelo que exige concretização através da intermediação do legislador ordinário<sup>78</sup>.

Sendo um direito fundamental de carácter sociocultural<sup>79</sup> – intrinsecamente ligado à ideia de Estado de direito democrático (art. 2.º da CRP) – cuja concretização pressupõe estruturas organizativas públicas adequadas a prover ou garantir as prestações que constituem o respetivo conteúdo material, não pode, no quadro descrito, deixar de se reconhecer a exigibilidade constitucional de um conteúdo mínimo das prestações de ensino e a existência

---

Cf. ainda JORGE MIRANDA, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, in *RFDUL*, Vol. 47, n.ºs 1-2, 2006, pp. 29-45; e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 180.

<sup>75</sup> GOMES CANOTILHO, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2004, p. 63, apontando ainda a diferenciação da nossa Constituição da Constituição espanhola, que «não distingue rigorosamente entre o direito à educação (derecho a la educación) e direito ao ensino, nem separa um direito a prestações, como é o direito à educação, de uma liberdade (liberdade de ensino) caracterizada fundamentalmente como direito de defesa (*Abwehrrecht*)».

<sup>76</sup> Para uma distinção entre educação e ensino, LORENZO COTINO, “Derechos y Libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, p. 103, acessível em [www.cotino.net](http://www.cotino.net): «La “enseñanza” viene a suponer la actividad de transmisión de conocimientos de forma ordenada, conducente a la formación del sujeto, por su parte, la “educación” implica el resultado de tal proceso en tal sujeto, no por la mera aprehensión de los conocimientos transmitidos sino el desarrollo personal y formación integral adquiridos gracias a la enseñanza». E, na p. 142: «uno y otra [derecho a la educación y libertad de enseñanza] están inextricablemente unidos y tienen por objeto el efectivo logro de la educación que señalada en el apartado segundo de este precepto. De este modo, tanto el contenido del derecho a la educación, como el de la libertad de enseñanza vienen marcados funcionalmente por la finalidad constitucional explícita. Por lo cual, a la hora de delimitar el contenido de estos derechos, este factor actúa de manera ineludible».

<sup>77</sup> Também denominados de direitos de segunda geração ou direitos de igualdade.

<sup>78</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...* cit., pp. 182 e 186 e ss., quando refere que «os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual», «cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização».

<sup>79</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 349: «A criação dos pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais da igualdade de oportunidades) é condição ineliminável de uma *real liberdade* de formação e desenvolvimento da personalidade, (cf. art. 73.º/2) e instrumento indispensável da própria *emancipação* (progresso social e participação democrática, art. 73.º/2)». Pronuncia-se ainda o Autor, ob. cit., p. 343, no sentido de o princípio geral da democracia social e económica ser inadequado para por si só fundamentar pretensões jurídicas.

dessas estruturas como garantia institucional<sup>80</sup>, no caso a garantia institucional da existência de universidades públicas, serviços públicos de natureza prestacional a quem compete constitucionalmente tal função, embora limitados pela “reserva do possível”<sup>81</sup>.

Mas gozará o direito ao ensino superior do regime dos *direitos, liberdades e garantias (dlg)*, na medida em que puder ser considerado um direito fundamental de natureza análoga (art. 17.º da CRP)?

E em que medida, com GOMES CANOTILHO, *um «direito a prestações» («posição jurídico-prestacional»)*, como é o direito à educação [superior], pode ser considerado como dimensão relevante do «programa normativo» de um direito subjetivo pessoal (no caso: a liberdade de aprender)<sup>82</sup>? Podemos afirmar tratar-se aqui de uma posição jurídica prestacional, abrangida pelo âmbito normativo de um *dlg*<sup>83</sup>?

Estas questões reconduzem-nos à análise do *quid* ou característica essencial que deve identificar-se para se poder afirmar estar perante um direito fundamental de natureza análoga<sup>84</sup>: – a que ensino é que *todos têm direito* em termos de o conteúdo mínimo deste direito poder ser qualificado como direito fundamental de natureza análoga aos *dlg*?

Sintetizando a questão, amplamente discutida na doutrina, com PAULO OTERO<sup>85</sup>, «[t]udo está agora, num domínio reservado ao aplicador da norma na densificação ou implementação, face a cada situação concreta, do nível ou dimensão do direito económico, social ou cultural que, indispensável ou inseparável da dignidade humana de cada pessoa viva e concreta, possua natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias para beneficiar do regime material destes direitos fundamentais (...)».

---

<sup>80</sup> Questão que se prende com o princípio de irreversibilidade ou de proibição de retrocesso, não enquanto «proibição de todo e qualquer retrocesso, mas apenas daquele retrocesso que ofende o conteúdo essencial» do direito – cf. o antes citado Ac. do TC 148/94, de 3.5.

Como refere VIEIRA DE ANDRADE, “O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do TC – Anotação ao Ac. do TC n.º 509/02”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, Jan./Mar. 2004, p. 29: «[o] padrão normativo, que se constrói a partir dos conteúdos mínimos dos vários direitos (...) sociais – educação (...) –, depende do tempo e lugar e também da estrutura e do nível económico e financeiro da sociedade».

<sup>81</sup> Teoria iniciada pela jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão a partir de precedente no *leading case* do *numerus clausus I*, ou BVerfGE 33, 303.

<sup>82</sup> GOMES CANOTILHO, “Tomemos a sério...” cit., p. 63.

<sup>83</sup> Cf. F. MÜLLER, B. PIEROTH, L. FOHMANN, *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlim, 1982, pp. 61 ss., *apud* GOMES CANOTILHO, “Tomemos a sério...” cit., p. 62.

<sup>84</sup> M. M. BAPTISTA LOPES, “Relatório Portugal”, in *Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa*, Lisboa, 2010, p. 55.

<sup>85</sup> “Direitos Económicos Sociais e Culturais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional”, in *Tribunal Constitucional, 35.º aniversário da Constituição de 1976*, Vol. I, Coimbra Editora, 2012, p. 49.

Afirmam GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA que o direito ao ensino é, em certo sentido, um direito de liberdade semelhante aos *dlg*, pelo que lhe é aplicável o respetivo regime específico<sup>86</sup>. Mas, se o conteúdo mínimo deste direito decorre «da própria consagração constitucional e do nível de concretização legislativa que, eventualmente, o direito tenha alcançado»<sup>87</sup>, concluímos que o ensino superior corresponde a uma tarefa do Estado<sup>88</sup>, que, por isso, não confere aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque apenas indica ou impõe ao legislador que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos<sup>89</sup>.

Em relação ao ensino superior, se se não duvida, por um lado, que o dever estatal de prover a este nível de ensino através da instituição de uma rede de ensino superior público, corresponde a uma responsabilidade pública operativa ou de execução, que concretiza o direito fundamental dos cidadãos ao ensino superior, parece, em nossa opinião, e no que ao conteúdo essencial respeita, não se dever considerar verdadeiro direito subjetivo público imediatamente exigível<sup>90</sup> e sim *pretensão jurídica*<sup>91</sup> decorrente da *intenção normativa constitucional* como

---

<sup>86</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 896.

<sup>87</sup> CASALTA NABAIS, “Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in Sep. do *BFDC*, Vol. LXV, 1990, p. 13.

<sup>88</sup> Neste sentido, L. COTINO, “Derechos y Libertades...” cit. p. 465: «Desde la perspectiva propriamente subjetiva de los derechos, el derecho a la educación, según se vio, incluye la prestación misma del servicio como parte del ámbito protegido, cuanto menos en la educación mínima y obligatoria».

<sup>89</sup> Ver GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 913: «o direito às universidades (e ao ensino superior em geral) comporta duas dimensões: (a) direito de acesso às vagas existentes; (b) pretensão a um alargamento da oferta de lugares disponíveis. No primeiro aspecto, rege o princípio da igualdade, temperado pelo *princípio da democratização* (n.º 1), podendo a sua violação ser judicialmente impugnável; no segundo caso, o alargamento está sempre condicionado pelas necessidades em quadros e a elevação do nível educativo, cultural e científico (n.º 1, 1.ª parte), não fornecendo qualquer suporte processual para acções individuais perante os tribunais».

<sup>90</sup> Do Parecer do CC/PGR n.º 6/97, publicado no DR n.º 125, Série II, de 30.5.2001, Voto de Vencido do CONS. A. ESTEVES REMÉDIO:

«1– Os direitos económicos, sociais e culturais, integrados no título III da parte I da Constituição – com a epígrafe «Direitos e deveres fundamentais» –, são direitos fundamentais.

Apesar de não beneficiarem do regime especial dos direitos, liberdades e garantias (título II) e dos direitos fundamentais de natureza análoga (artigo 17.º), o direito à educação (artigo 73.º, n.º 1), o direito ao ensino (artigo 74.º, n.º 1) e, mais concretamente, o direito à protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes [artigo 59.º, n.º 2, alínea f), como os anteriores, da Constituição] estão sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais (...) Fala-se, a este propósito, em *direitos derivados a prestações*, os quais, na medida em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função tutelar desses direitos, «garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos» (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 437).

diretriz a cumprir se e quando tais estruturas existirem, encontrando, pois, os limites da sua acionabilidade jurisdicional na garantia de acesso em *igualdade de oportunidades*. Esta garantia leva a que entre nós se não possa constitucionalmente prescindir da existência desses serviços públicos de prestação de ensino superior, ou seja, da titularidade pública de estabelecimentos dessa natureza<sup>92</sup>, mas só com a implementação fáctica das medidas legais que venham oportunamente a concretizar esta tarefa do Estado, de modo a que ela se transmute em direitos subjetivos<sup>93</sup>, pode então invocar-se, caso este direito venha a ser posto em causa, o princípio da irreversibilidade ou proibição do retrocesso, assim como o princípio da segurança jurídica.

---

Não obstante a sua natureza, os direitos económicos, sociais e culturais são invocáveis judicialmente e são susceptíveis de servir de parâmetro da constitucionalidade das normas — quer por omissão quer por acção (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2.ª edição, Coimbra Editora, Limitada, 1993, p. 106); de outro modo, «as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida» (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...* cit., pp. 436 e 813)».

<sup>91</sup> Como define VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...* cit., pp. 376 e 377, as *pretensões jurídicas* são mais que interesses juridicamente protegidos, porque visam em primeira linha a satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constituam direitos subjetivos perfeitos, por não ser determinável *a priori* o seu conteúdo normal, só com a emissão de legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa se consolidando o direito como direito subjetivo pleno; e MÁRIO PINTO, *Sobre os Direitos Fundamentais de Educação – crítica ao monopólio estatal na rede escolar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 82: «As prestações dos direitos sociais são condições materiais ou sociais, constituídas por bens ou serviços, exteriores mas necessárias para que as autonomias ou liberdades pessoais fundamentais possam ser efectivamente exercitadas, em igualdade de oportunidades, por todos e cada um. Neste sentido, os chamados «direitos sociais» não são autonomias pessoais, como os direitos de liberdade; de certo modo pressupõem o inverso, isto é, dependências pessoais, por isso mesmo originando expectativas jurídicas, «pretensões jurídicas» ou direitos *prima facie*, cujo objecto são prestações ou serviços sociais a satisfazer por outrem, a sociedade civil ou o Estado».

<sup>92</sup> Não poderia, pois, bastar a existência de um “serviço público de ensino superior”, serviço público aqui na aceção material, concessionado ou delegado a privados, e/ou entregar-se apenas à liberdade privada a criação de estabelecimentos de ensino superior, com os quais, depois, o Estado contratasse esse serviço público. Sempre, aliás, se teria então que configurar um conteúdo mínimo desse serviço público, que correspondesse ao mínimo compatível com a dignidade humana. Sobre este ponto ver J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR/L. MIGUEZ MACHO, “Servicios Sociales y Crisis Económica: Los Límites del Estado Asistencial”, in *Comunicación al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 495, quando refere que a CRP não deixa margem para uma abdicação das responsabilidades do Estado em matéria de ensino e de criação de escolas, constituindo a prestação do serviço de ensino, nos termos constitucionais, uma “tarefa pública necessária”, que não permite ao Estado limitar-se à assunção de simples funções reguladoras do setor.

<sup>93</sup> Vendo o direito ao ensino superior como verdadeiro direito subjetivo do cidadão, beneficiário de uma protecção constitucional incompatível com a manutenção de espaços vazios de legalidade no interior do aparelho orgânico do Estado, L. CABRAL DE MONCADA, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, 2002, p. 464.

Assim, o conteúdo essencial do direito ao ensino superior pode ser “assimilado” ao consagrado no art. 74.º/1 e 2 d) e 76.º da CRP, ou seja, identificado com a preocupação do acesso em igualdade de condições, segundo a capacidade de cada um<sup>94/95</sup>.

Na identificação da sua dimensão essencial, através da análise das faculdades de atuação da Administração necessárias ao seu reconhecimento e efetivação, destacamos, no direito ordinário o art. 19.º/1 da LFES<sup>96</sup>, do teor seguinte:

«O Estado garante o direito à educação e ao ensino nas melhores condições possíveis, nos limites das disponibilidades orçamentais, contribuindo assim para a formação de quadros qualificados e para a promoção do desenvolvimento do País».

Em suma: o direito ao ensino superior assume a feição, enquanto dever do Estado, de criação das condições de exercício e sua frequência pelos cidadãos, de direito positivo ou direito social «cultural» propriamente dito (direito a prestações materiais e normativas)<sup>97</sup>, embora necessariamente relacionado com as liberdades de ensinar e de aprender, verdadeiros direitos negativos ou direitos de liberdade<sup>98</sup>.

## 6. O ensino superior como bem público

Com o enquadramento jurídico-constitucional e legal que acaba de se enunciar, será, então, o ensino superior um *bem público* e a sua prestação configurável como ou concretizável através de um serviço público, à luz das conceções de serviço público a que atrás fizemos mais

---

<sup>94</sup> Cf. Ac. do TC 176/12, de 28.3.

<sup>95</sup> Havendo um correlativo dever do Estado de tomar as medidas necessárias à, nas palavras de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* cit., p. 430, «compensação positiva da «desigualdade de oportunidades»» (v.g. através de medidas de isenção de propinas ou concessão de bolsas de estudo).

<sup>96</sup> Lei n.º 37/2003, de 22.8, que estabelece as bases do financiamento do ensino superior, alterada pela Lei n.º 49/2005, de 30.8.

<sup>97</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 897. Note-se, como refere VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* cit., p. 398, que, porventura na medida em que se referem a uma matéria em que o direito ao ensino se entrelaça com a liberdade de ensinar e de aprender, que pertence aos *dlg*, as «bases» do sistema de ensino são mesmo da reserva absoluta de competência legislativa do Parlamento (art. 164.º/i) da CRP).

<sup>98</sup> «A inserção das liberdades de aprender e de ensinar no capítulo dos direitos, liberdades e garantias, com a inerente sujeição ao regime específico destes direitos (arts. 17.º e 18.º) não deixa a este propósito quaisquer dúvidas da sua consagração como liberdades fundamentais logo no texto originário da Constituição de 1976», VIEIRA DE ANDRADE, “O Papel do Ensino Privado...” cit., p. 14.

detalhada alusão<sup>99</sup>? O que aqui nos interessa, fazendo um “ponto de situação”, com o objetivo de: por um lado, saber em que medida o facto de se tratar de um serviço público influencia a relação jurídica objeto de estudo; por outro, de que modo os influencia (ao serviço público e à relação jurídica) o facto de se tratar da realização de um direito fundamental e, ainda, a natureza da instituição que o presta, natureza pública porquanto o âmbito a que se circunscreve o estudo é o do ensino superior público. Vejamos, pois:

O ensino superior é um bem jurídico: – como veremos, a “posição jurídica substantiva”<sup>100</sup> do estudante tem em vista a efetiva proteção desse bem jurídico<sup>101</sup>.

O ensino superior é, por outro lado, um bem público<sup>102</sup>, caracterizado pela não-rivalidade, inapropriabilidade e geração de externalidades<sup>103</sup>. Como diz MARIA DA GLÓRIA GARCIA<sup>104</sup>, «(...) para a Constituição o ensino universitário não é só um serviço à comunidade. É um bem público fundamental, enquanto, pela qualidade que o caracteriza, se volve em motor de uma maior justiça social».

Aliás, o ensino superior é, mais propriamente, um bem semipúblico, porquanto os seus benefícios revertem em parte para os próprios estudantes: na verdade, a prestação do ensino,

---

<sup>99</sup> Em Espanha, por ex., a consideração legalmente expressa do ensino como serviço público ocorreu com a “Ley General de Educación y Financiamento de la Reforma Educativa”, de 4.8.1970, como nos diz JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, “El derecho a la educación como servicio público”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 88, 1979, p. 157.

<sup>100</sup> Sobre os critérios da doutrina (tradicional) italiana distintivos dos direitos subjetivos (direitos plenos) e dos interesses legítimos, cf. VIEIRA DE ANDRADE, que acaba por concluir que, hoje, a fronteira a estabelecer com nitidez deve ser a que delimita, de um lado, as posições jurídicas substantivas (“direitos e interesses legalmente protegidos” ou “direitos”, num sentido amplo) e, do outro lado, os interesses simples ou de facto, *Sumários Direito Administrativo I – ano lectivo de 2009/2010* (1.ª turma), “Introdução ao Direito Administrativo”, p. 50, acessíveis em: <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=4633>.

<sup>101</sup> «A intencionalidade, o conteúdo objectivo favorável e o grau de efectividade hão-de resultar da interpretação da norma de direito substantivo que regula a relação jurídica, devendo presumir-se a intenção protectora quando uma norma de direito objectivo seja necessária ou adequada ao favorecimento de determinados interesses particulares», VIEIRA DE ANDRADE, *Sumários...* cit., p. 50.

<sup>102</sup> Paralelamente, em relação a Espanha, lê-se em *La reforma de la universidad española: un análisis desde su gobernanza*, MANUEL ARENILLA SÁEZ (dir.), Netbiblo, La Coruña, 2012, p. 68: «La consideración de servicio público y la dimensión social de la universidad pública hacen que se considere la educación superior en nuestro país como un bien público debido a las externalidades positivas que producen en el bienestar general de la sociedad».

<sup>103</sup> Não-rivalidade: a existência de benefícios para um agente não diminui os benefícios que possam ser retirados por outro; inapropriabilidade ou não-exclusão: não pode haver um uso próprio em exclusivo; geração de externalidades: há benefícios sociais para além dos retirados pelos beneficiários individuais.

<sup>104</sup> *Autonomia Universitária e avaliação da qualidade do ensino universitário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 23.

para além de uma mais-valia para a comunidade em geral<sup>105</sup>, comporta uma efetiva prestação *uti singuli*, para o estudante que dela aproveita<sup>106</sup>. Lê-se a propósito no já citado Ac. do TC 148/94, de 3.5: «(...) como contrapartida da prestação desse ensino, que é um bem misto, proporcionando simultaneamente dois tipos de benefício: o privado, a favor do consumidor, o público, favorecendo a comunidade em geral, atenta a afirmação constitucional do «desenvolvimento da personalidade», do «progresso social», das «necessidades em quadros qualificados» e da «elevação do nível educativo, cultural e científico do país»».

É certo que novas tendências, também neste domínio, designadamente aquelas que *grosso modo* se englobam nas correntes do *New Public Management*, vieram defender a consideração de que a educação universitária seria, antes, um bem privado, o que originou uma forte reação face ao consensual modelo europeu de serviço público. É que, ainda que haja obviamente um benefício privado para aquele que se gradua, não é menos evidente que a sociedade recolhe em conjunto as externalidades que o ensino superior gera<sup>107</sup>.

É também caracterizável como um serviço público *divisível* ou de prestação individualizada, pela qual é devida a contrapartida de uma taxa que incide «sobre os que a recebem e precisamente porque a recebem»<sup>108/109</sup>.

---

<sup>105</sup> «[E]ducation provides the basic tools by which individuals might lead economically productive lives to the benefit of us all. In sum, education has a fundamental role in maintaining the fabric of our society», *PLYLER V. DOE*, acessível em: [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0457\\_0202\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0457_0202_ZO.html).

<sup>106</sup> ÁLVARO DE ATAYDE, “O Ensino Universitário como Serviço Semi-público Capital-Intensivo”, in *Conferência Nacional do Ensino Superior*, 1, Coimbra, 1985, classifica-o como “semipúblico capital-intensivo”.

Cf. também o que a propósito se diz na «exposição de motivos» da proposta de Lei n.º 26/VI, publicada no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, de 23.5.1992, p. 756.

<sup>107</sup> Ninguém contestará, aliás, que a ciência e o conhecimento gerados nas IES são bens públicos, ver por ex. a *Ley Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento*, n.º 16/2007, de 3.12, art. 6.º: «El conocimiento es un bien público y se extiende al conjunto de valores, informaciones, datos, obras u objetos, públicos y privados, que son susceptibles de ser disfrutados por toda la sociedad andaluza, con las salvaguardas legales pertinentes». Assim também, SOUSA FRANCO, “Para uma fundamentação da liberdade de ensino”, in *Direito e Justiça*, Vol. IV, 1989-1990, p. 83: «O ensino é a instituição cultural fundamental de uma sociedade, indissociável da vida e do projecto cultural dessa sociedade, nele se demarcando, por conseguinte e fundamentalmente, o carácter livre, pluralista e organizatoriamente democrático desta».

<sup>108</sup> Cf. M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *As consequências jurídicas...* cit., p. 14. Segundo JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 735: «A frequência do ensino superior implica, ao mesmo tempo, o exercício de um direito pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país. Representa um benefício para os próprios e um benefício para a colectividade. Logo, afigura-se justo, no plano dos valores constitucionais, que aqueles que podem pagar a sua quota-parte desse benefício ou contribuir para o pagamento de certo montante desta quota-parte o venham a fazer».

## 7. O ensino superior como serviço público em sentido material

Inclinando-nos claramente para a adoção de um conceito material ou funcional de serviço público, no qual, como procuraremos sustentar, se abrange o ensino superior, há que, recuperando algumas das considerações acima adiantadas, sublinhar agora algumas notas caracterizadoras do estágio atual do “apuramento” doutrinal nesse âmbito. Assim, o ensino superior (público e ou privado) é uma atividade:

- a) Que visa a satisfação de necessidades de interesse geral;
- b) Que se traduz na realização de prestações em favor do destinatário, utilizador ou utente;
- c) Que pode ser desenvolvida por entes públicos ou por privados, desde que, neste caso, submetidos ao controlo dos poderes públicos;
- d) Por ser assumida pelo Estado, direta ou mediatamente através da sua intervenção tutelar ou fiscalizadora, limita as liberdades individuais<sup>110</sup>.

Daí que deva considerar-se o ensino superior público – e também o privado<sup>111</sup>, porque submetido ao controlo estadual na sua efetivação, por via de mecanismos autorizativos e de fiscalização<sup>112</sup> – serviço público do ponto de vista material<sup>113</sup>. Na verdade, crê-se que se,

---

<sup>109</sup> No mesmo sentido, o facto de as propinas assumirem a natureza de *taxas*, sendo que, como nos diz o art. 4.º/2 da LGT, DL n.º 398/98, de 17.12: «As taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares».

<sup>110</sup> O que pode causar particular perplexidade quando, como é o caso, é antes por essa intervenção que elas ao menos parcialmente se concretizam.

<sup>111</sup> Naturalmente que nos referimos a ensino superior privado inserido no sistema de ensino superior (cf. art. 4.º do RJES), ou seja, a ensino “oficializado” conducente à obtenção de grau.

<sup>112</sup> Cf. *Nota supra* em que se refere a posição de VIEIRA DE ANDRADE no sentido de a Constituição portuguesa consagrar um modelo de “escola privada autorizada” e não um modelo de “escola pública delegada”.

<sup>113</sup> Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., pp. 51-133, que entende constituir a missão educativa, *materialmente*, um serviço público pois é, por um lado, constitucionalmente obrigatória – embora não esteja exclusivamente reservada ao Estado, desde logo por exigências de pluralismo – e, por outro lado, reveste inegável interesse geral, que se aliará a um sentido orgânico, caso a atividade seja prosseguida por entidades integradas na Administração Pública.

Por sua vez, L. PEREIRA COUTINHO diz: «(...) ao criar e manter a organização em causa [o serviço público estadual do ensino superior], o Estado prossegue tarefas suas enquanto “Estado de direitos fundamentais”, ao qual é constitucionalmente cometido o dever de criar e de assegurar a permanência dos pressupostos materiais que permitem aos indivíduos o exercício de liberdades por si tituladas, bem como o dever de garantir que sejam realizadas as prestações correspondentes a direitos positivos objecto de expresso reconhecimento constitucional», “Problemas relativos à natureza jurídica das Universidades e das Faculdades”, in *ICJP/FDUL*, acessível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_problema\\_da\\_natureza\\_das\\_universidades.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_problema_da_natureza_das_universidades.pdf), p. 2.

hipoteticamente, o nosso ordenamento jurídico reservasse o ensino superior só para entes privados, ainda assim nada obstaría a que fosse considerado um serviço público em sentido material, acarretando a imposição a quem o fornecesse de respeitar “obrigações de serviço público”. Obrigações essas que decorrem do facto de, embora podendo ser prestado por privados “puros”, há uma necessária *publicatio* relativamente ao controlo do exercício dessa atividade, designadamente no que respeita à concessão de títulos<sup>114</sup>.

## 8. O ensino superior público como serviço público em sentido subjetivo

Sendo, à face dos preceitos da nossa Lei Fundamental supra-invocados, constitucionalmente *necessária*<sup>115</sup> a sua prestação *pública* (*rectius*, por meios públicos), a questão da caracterização do ensino superior como serviço público agora do ponto de vista orgânico ou subjetivo, decorre, naturalmente, dessa imposição constitucional de existência de um sistema público de ensino superior, por isso entendido como serviço público em sentido organizatório – já não apenas materialmente considerado, mas sendo também certo que um serviço público em sentido subjetivo não pode deixar (haverá, pelo menos, uma presunção nesse sentido) de prosseguir uma necessidade de interesse geral<sup>116</sup>.

O serviço público do ensino superior deve ser encarado, pois, como uma função “estatal”, embora não no sentido de que tenha que ser prosseguida pelo Estado em sentido estrito, pois a Constituição reserva-a às Universidades, ou seja, mais precisamente como uma função de

---

<sup>114</sup> Devemos distinguir entre a liberdade de ensino e a de o prestar *com efeitos oficiais*: a eficácia oficial dos graus, não a sua validade intrínseca, note-se, depende dessa *publicatio*.

<sup>115</sup> Diz PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...* cit., pp. 243-244: «Além das essenciais ou genuínas, assumem-se como tarefas públicas necessárias todas as que a Constituição estabelece que o Estado tem de executar (tarefas constitucionalmente obrigatórias ou impostas por determinação constitucional). Neste capítulo, a CRP, sem enumerar ou apresentar um catálogo fechado de missões que o Estado deve assumir, contém numerosas indicações», v. g. o ensino, sector «em que a CRP exige uma intervenção pública directa e, portanto, a assunção de uma responsabilidade pública de execução». O Autor salienta também que as tarefas públicas obrigatórias ou necessárias não são sempre exclusivas (monopólio público), pois, com grande frequência, concorrem com atividades do sector privado, disso sendo exemplos paradigmáticos a saúde e o ensino.

<sup>116</sup> Aliás, a emergência da noção de serviço público decorre da necessidade de o Estado assumir a prossecução de novas tarefas de interesse geral (“On nous a changé nôtre État” na célebre afirmação de HAURIUO). Ver ELISENDA MALARET I GARCIA, “Servicios públicos...” cit., p. 54.

“nível estatal”, quer-se significar inerente ao Estado em sentido amplo<sup>117</sup>. Na verdade, a compatibilização prática entre a liberdade de ensino e o direito de todos à educação implica necessariamente, para mais num Estado Social e de Direito, essa intervenção “proativa” do Estado<sup>118/119</sup>.

E estamos, mais, a entender o serviço público de ensino superior como um direito a prestações, decorrente da Constituição que impõe aos poderes públicos a obrigação de o prestar (dever de agir ou *facere*)<sup>120</sup>.

Referindo-se à universidade espanhola, diz MARÍA ZAMBININO<sup>121</sup>: «El que presta la Universidad es un servicio público, con notas peculiares, porque la Universidad es también peculiar. Con ser una Administración pública, parte del sector público, presenta caracteres que la configuran como una entidad atípica, esencialmente porque está dotada de autonomía al más alto nivel normativo». E

---

<sup>117</sup> O serviço público de ensino superior provido por pessoas coletivas públicas distintas do Estado em sentido estrito não deixa de ser estatal ainda que estas instituições sejam reconhecidas constitucional e legalmente como autónomas, mesmo quando, como defendemos, se devam considerar não apenas administração indireta mas situadas no âmbito da administração autónoma do Estado. E a utilização de formas jurídicas diferenciadas ou de regimes jurídicos privativos ou mesmo de direito privado, como no caso das IES fundacionais nos termos do art. 9.º/1 do RJES (diploma cuja alteração aliás se anuncia, com a eventual eliminação dessa configuração jurídica) não retira a natureza de serviço público ao ensino superior prestado, desde logo porque essas instituições (as fundacionais) continuam a ser públicas, mas o mesmo sucedendo se fossem transformadas em pessoas coletivas de direito privado embora “de mão pública”.

<sup>118</sup> Como diz VILLAR EZCURRA, “El derecho a la educación...” cit., pp. 155-208, «(...) el problema sustancial de la enseñanza reside no tanto en el puro reconocimiento formal del derecho de toda persona a la educación, como en establecer los medios adecuados para ello. En definitiva, la financiación efectiva de un sistema educativo es lo que podrá dar la medida de la posibilidad de ejercer este derecho fundamental transformándolo en algo realmente operativo».

<sup>119</sup> Ainda que, reitera-se, não em exclusividade, porque podendo haver, como há, a abertura a privados da possibilidade de exercer essa função.

Num artigo sobre “Regulação Administrativa da Internet”, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º 19 – agosto/setembro/outubro – 2009, Salvador, Bahia, Brasil, p. 17, e a propósito do registo de domínios da internet ser ou não, entre nós, um serviço público, diz PEDRO GONÇALVES: «Colocamos o problema nos termos expostos, por supormos ser de entender *em geral* que uma determinada tarefa só é susceptível de ser qualificada como pública (no sentido de *estadual*) depois de o Estado, por decisão política, ter assumido a responsabilidade de a executar, mesmo quando pretenda fazê-lo, *ab initio*, mediante delegação conferida a entidades privadas. Não há, pelo menos do nosso ponto de vista, tarefas *objectivamente* públicas, tarefas que tenham de ser qualificadas como *públicas por força da natureza das coisas*, e, portanto, independentemente de *qualquer envolvimento estadual* que deixe clara a decisão política de *publicatio*».

<sup>120</sup> Ver ENRIQUE LINDE, “La universalización de los Derechos Fundamentales: ¿ El sistema europeo como modelo?”, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 2. 1.º semestre 2002: «derechos prestacionales, es decir, derechos que en el caso de reconocerse como derechos públicos subjetivos exigirían prestaciones públicas».

<sup>121</sup> MARÍA ZAMBININO PULITO, “El Servicio Público de Educación Superior en las Universidades Públicas”, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 33, 2008, pp. 61-105. Deve, porém, notar-se que a Autora configura o serviço público de ensino superior, entendido como o conjunto de prestações dirigidas a satisfazer a educação superior, como um sistema nacional.

FERNÁNDEZ ALLES: «De todo o cual debemos destacar, en primer lugar, algo fundamental para entender el alcance y los límites de la reforma: la Universidad se define y, al mismo tiempo, cumple un servicio público»<sup>122</sup>. E em França também, a “Lei SAVARY”, de 1984<sup>123</sup>, que procede a uma ampla reforma do ensino superior, designadamente das universidades, naquele País, faz uso também da noção de serviço público de ensino superior, dizendo, logo no seu art. 1.º (com realce aqui acrescentado): «Le service public de l'enseignement supérieur comprend l'ensemble des formations postsecondaires relevant des différents départements ministériels».

### **9. As instituições de ensino superior públicas como (enquanto prestadoras do serviço público de ensino superior) serviços públicos *especiais* ou de *regime especial***

Sobre a Universidade em geral, como uma das mais antigas, prestigiadas, complexas, multifacetadas e persistentes/resistentes instituições da modernidade, já tudo ou quase tudo se escreveu<sup>124</sup>, o mesmo se podendo dizer das IES públicas em Portugal, sobre as quais distintos Autores se vêm recorrentemente pronunciando<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> "El Proceso de Bolonia en el Derecho Público Español. Autonomía universitaria, distribución de competencias y empleo público", in *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, 10, Otoño 2009, pp. 1-19. E continua: «(...) Pues bien, esta calificación de servicio público incorpora una naturaleza prestacional y un régimen jurídico a la Universidad que define sus contenidos y limita su regulación», acrescentando em *Nota* de rodapé: «La noción de servicio público hace referencia a aquellas actividades prestacionales que son titularizadas por el Estado en razón de su carácter esencial para la comunidad, asumiendo la Administración un poder de disposición y control sobre dichos servicios, cuyo ejercicio y régimen jurídico está sometido al Derecho administrativo. Desde el punto de vista de su finalidad, se trata de una actividad asumida por la Administración para garantizar su existencia y prestación en términos de continuidad, universalidad e igualdad, con voluntad de permanencia y generalidad, para ser prestada en condiciones igualitarias que garanticen el acceso al servicio a todos los ciudadanos que lo demanden, en los mismos términos de regularidad y calidad. En palabras de Garrido Falla, se trata de un servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial».

Cf. ainda F. GARRIDO FALLA, “El concepto de servicio público en el Derecho español”, in *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, pp. 7-25.

<sup>123</sup> Lei n.º 84-52 de 26.1.1984, *Journal officiel*, de 27.1.1984, aliás na linha da Lei de 12.11.1968, designada de “Lei FAURE”.

<sup>124</sup> Como diz REIS TORGAL “Crise(s) da(s) Universidade(s)” in *Revista de História das Ideias 12 - Universidade*, Instituto de História e Teoria das Ideias, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990, p. 9: «A «Universidade é, pois, um espaço mítico, razão fundamental da sua persistência como conceito e como realidade institucional», «E o mito da «Universidade» traz consigo, bem ligado, o mito da Universidade como «corporação de mestres e estudantes» – *universitas magistrorum et scholarium*, na sua expressão latina, muito mais rica de sugestões mitológicas». Assim, desde aqueles que defendem um regresso à perspectiva “romântica” da universidade medieval

A problemática da *natureza jurídica* das IES, designadamente das universidades públicas, é questão que merece a melhor das nossas atenções, mas que excede o âmbito do presente trabalho. Todavia, da natureza peculiar e das inerentes especificidades das IES públicas enquanto pessoas jurídicas públicas prestadoras do serviço público de ensino superior advêm relevantes consequências para a matéria que aqui nos ocupa, pois que, por ex., não é indiferente ao estatuto jurídico dos estudantes serem eles “corporativamente” constituintes e ou cogestores da própria pessoa coletiva ou apenas seus meros utilizadores “externos”, isto é, a sua especial inserção no seio da organização reflete-se necessariamente na relação jurídica que com ela estabelecem. Todavia, sejam doutrinariamente<sup>126</sup> tidas como pessoas coletivas públicas corporativas ou de substrato simultaneamente corporativo e institucional, ou sejam consideradas como institutos públicos, ainda que de natureza especial – como o fez a LQIP<sup>127</sup> que, por via dessa qualificação, as “remeteu” para a administração indireta do Estado<sup>128/129</sup> –, o facto é que na presente dissertação tratamos tão-só de uma das vertentes dessas instituições, a

---

como agremiação de estudantes e docentes, de quem perfilhe a visão da universidade humboldtiana investigadora e de criação do saber, à criação das universidades-empresa dos nossos dias, e outros muitos enfoques, a temática revela-se infundável e “mítica”.

<sup>125</sup> Para uma descrição exaustiva da configuração que foram assumindo, do ponto de vista jurídico e numa perspetiva histórica, pode ver-se, com muito interesse, RUTE LEITÃO, *Sobre a Autonomia Universitária: o Poder Organizatório da Universidade Pública Portuguesa*, Coimbra, policop., 2002.

<sup>126</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. I cit., pp. 423 e 424, 447 e 448, sustenta que, apesar de terem base associativa, as Universidades não são associações, ou seja «*pessoas colectivas públicas, de tipo associativo, destinadas a assegurar autonomamente a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam com esse fim*». L. PEREIRA COUTINHO, “Problemas...” cit., p. 80, fala na natureza dualista das Universidades, com o significado de que «a cada Universidade, corresponde, simultaneamente, um serviço público estadual e um substrato associativo».

<sup>127</sup> LQIP aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15.1, sucessivamente alterada e republicada em anexo ao DL n.º 5/2012, de 17.1, e de novo alterada pelo DL n.º 123/2012, de 20.6, art. 48.º (*Institutos de regime especial*):

«1- Gozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade, os seguintes tipos de institutos públicos:

a) As universidades e escolas de ensino superior politécnico; (...).»

<sup>128</sup> Art. 2.º/1 da LQIP: «1- Os institutos públicos integram a administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas».

<sup>129</sup> Na anunciada iniciativa legislativa com vista à revisão do RJIES, a que já atrás se aludiu, prevê-se a simultânea alteração da LQIP no sentido da exclusão das universidades e institutos politécnicos do seu âmbito de abrangência, com o que desaparece a qualificação *por via legal* das IES como institutos públicos e, decorrentemente, como administração indireta, nos termos da atual versão da LQIP. Tanto quanto se pode inferir das notícias a propósito veiculadas na imprensa e acessíveis na internet, designadamente com origem no CRUP, a intenção da proposta terá mesmo sido clarificar a questão da inserção das IES na administração autónoma do Estado e não na indireta, o que resultará também da “exposição de motivos”, quando refere: «Assim, a revisão incide sobretudo em duas questões de natureza jurídica: a posição das Instituições de Ensino Superior públicas na Administração (...).», acessível em [http://www.snesup.pt/htmls/dlds/Proposta\\_de\\_Alteracao\\_Lei62\\_2007.pdf](http://www.snesup.pt/htmls/dlds/Proposta_de_Alteracao_Lei62_2007.pdf).

vertente do ensino e, dentro desta, a matéria relativa à relação jurídica com o estudante<sup>130</sup>, o que dispensa maior aprofundamento sobre essa matéria.

Não obstante, como afirmámos no início, aqui defendemos a inserção da Universidade pública em Portugal – e das instituições de ensino superior politécnicas, por extensão legal<sup>131</sup> – na administração autónoma do Estado<sup>132</sup>, isso já no momento atual, mesmo que, à luz das qualificações das pessoas coletivas públicas, doutrinárias e do direito constituído<sup>133</sup>, lhes corresponda a caracterização jurídico-conceptual de institutos públicos, porém **com regime especial**<sup>134</sup>.

Regime aliás vincadamente *especial*, pois que, sem prejuízo da natureza de serviço público que, como se defende, as IES públicas assumem, a liberdade de aprender e ensinar – ou, mais latamente, a “liberdade académica”<sup>135</sup> que, na sua dimensão individual, corresponde às vertentes da liberdade de cátedra, da liberdade de estudo e da liberdade de investigação – implica/envolve, na sua dimensão institucional ou coletiva, a autonomia universitária, como

---

<sup>130</sup> Deixando, pois, logo de lado, *v.g.*, a relação entre IES e docentes.

<sup>131</sup> Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez: contributo para a teoria dos regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 753, quando diz do RJIES: «(...) e aprofundando a autonomia universitária constitucionalmente consagrada (na medida em que a estende também as instituições de ensino politécnico) (...)», aliás invocando GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA.

MARIA DA GLÓRIA GARCIA refere que o facto de a CRP, no art. 76.º/2, só garantir de forma expressa às universidades (e não também aos politécnicos) a autonomia estatutária, administrativa, financeira, científica e pedagógica, não significa que se não deva estender também a garantia constitucional da autonomia universitária aos estabelecimentos de ensino superior politécnico, devendo, pois, ampliar-se a interpretação do preceito aos referidos estabelecimentos, *Autonomia Universitária...* cit., p. 21. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 740, em anotação ao art. 76.º da CRP: «A autonomia contemplada neste preceito é apenas para as Universidades públicas. No entanto, pode ser estendida, com as devidas adaptações, a outras escolas de ensino superior, equiparadas a universitárias ou não».

<sup>132</sup> A este propósito pode ver-se, entre outros Autores, CASALTA NABAIS, “Considerações sobre a Autonomia Financeira das Universidades Portuguesas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, III, Coimbra, 1991, pp. 359 e ss.; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 913 e ss.; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 741; ou M. REBELO DE SOUSA, *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1992, p. 34 e ss..

<sup>133</sup> Designadamente a citada disposição da LQIP, aliás, como acima se diz, anunciadamente em vias de revogação.

<sup>134</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa...* cit., p. 725, identifica-as como «uma forma de «*administração estadual indirecta autónoma*» (por, em simultâneo, prosseguirem fins do Estado e possuírem uma capacidade de auto-administração, que envolve (...) poderes de autonomia normativa)», no sentido de PEDRO GONÇALVES, *O Novo Regime Jurídico da Tutela Administrativa sobre as Autarquias Locais*, CEFA, Coimbra, 1997, p. 8.

<sup>135</sup> Inspirando-nos na terminologia usada no ordenamento espanhol. Caracterizando a liberdade de cátedra como uma manifestação da liberdade de ensino, muito relacionada com a liberdade de expressão e de criação intelectual, FERNÁNDEZ ALLES: “El Proceso de Bolonia...” cit., p. 16.

direito fundamental da própria universidade<sup>136</sup>, mais do que apenas garantia institucional da sua existência<sup>137</sup>.

Sendo, por outro lado, a autonomia universitária um direito fundamental<sup>138</sup> de configuração legal, pela remissão do art. 76.º da CRP, um conteúdo essencial mínimo se lhe tem em qualquer caso que assegurar e esse é o que corresponde à garantia da liberdade académica, podendo dizer-se que a autonomia é a dimensão institucional da liberdade académica<sup>139/140</sup>.

A autonomia é, pois, reconhecida, não *concedida* ou *outorgada* pelo Estado à Universidade, mas como relevando de interesses e valores próprios, a ele em parte “contraponíveis”, como meio instrumental do direito fundamental da pessoa humana individualizada ou meio indissociável da sua plena concretização, num Estado descentralizado e em que alguns “pilares”

---

<sup>136</sup> Sobre a autonomia universitária como direito fundamental, pode ver-se PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo, Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lisboa, 1995, pp. 544-549; e PEREIRA COUTINHO, *As Faculdades...* cit., *passim*.

<sup>137</sup> Conhece-se a dificuldade e a divergência entre os Autores, bem como o esforço do TC espanhol de identificar direito fundamental e garantia institucional no caso da autonomia universitária, mas, como diz CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 61, *Nota 27*, a questão só assumirá relevo prático nos ordenamentos em que haja o chamado recurso de amparo, que não é o nosso caso.

<sup>138</sup> «La autonomía también puede ser considerada como un deber; deber de materializar el derecho a la educación y de posibilitar las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra», RENATA AMAYA/MAGARITA GÓMEZ/ANA MARÍA OTERO, “Autonomía universitaria y derecho a la educación: alcances y límites en los procesos disciplinarios de las instituciones de educación superior”, in *Revista de Estudios Sociales*, n.º 26, Bogotá, Colombia, Abril 2007, p. 160.

<sup>139</sup> Diz PEREIRA COUTINHO, *As Faculdades...* cit., pp. 38 e 39: «A investigação e o ensino universitários, ainda que exercidos no quadro de um “estabelecimento público” (recorrendo à imprópria terminologia constitucional) e ainda que reconduzíveis a *tarefas públicas* (uma vez que correspondem a tarefas constitucionalmente obrigatórias, dependendo do seu exercício a satisfação e a garantia de direitos fundamentais), correspondem necessariamente a *tarefas públicas não estaduais*, isto é, a tarefas públicas tituladas, não pela comunidade estadual, mas por uma comunidade de interesses infra-estadual».

<sup>140</sup> Sobre a distinção dos conceitos de liberdade académica e autonomia universitária, cf. SJUR BERGAN, “Academic freedom and institutional autonomy: impact on international students”, in *Legal aspects of higher education in an international context: disputes, resolutions, methods and safeguards*, EAIE, Editor Tim Birtwistle, 2008, p. 27: «Academic freedom refers to the scope of action of individual faculty and students, and the most typical academic freedoms are those of research, teaching and publication. Institutional autonomy, on the other hand, describes the freedom of the organized academic community: universities and other higher education institutions». Para o direito espanhol, pode ver-se FERNÁNDEZ ALLES: “El Proceso de Bolonia...” cit., p. 5, que cita a decisão do TC 106/90: « (...) la autonomía universitária que proclama el art. 27.10 de la Constitución encuentra su razón de ser en la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación, frente a todo tipo de injerencias externas, de manera que, en todo caso, la libertad de ciencia quede garantizada, tanto en su vertiente individual como institucional, entendida esta, además, como la correspondiente a cada Universidad en particular». A decisão está acessível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0106>.

lhes são como que “anteriores” ou dele distintos ou distinguíveis (por ex. o Poder Local)<sup>141</sup>. Assim, partindo de uma concepção de Estado centrada na pessoa humana e na sua consideração integral, a Constituição chega ao reconhecimento da instituição universitária como a sede essencial da realização de um dos seus direitos mais fundamentais, o direito ao conhecimento.

A “coabitação” do direito fundamental à autonomia universitária com outros direitos fundamentais<sup>142</sup> e com a natureza de serviço público que as IES assumem importa, todavia, como não poderia deixar de ser, uma necessidade de conciliação que, sem prejuízo da salvaguarda do conteúdo essencial dessa autonomia, permita, por ex., a coexistência com a supervisão do sistema nacional de ensino, a distribuição dos recursos públicos disponíveis, ou o controlo centralizado da atribuição dos graus, poderes que pertencem ao Estado no seu conjunto<sup>143</sup>.

## **10. Qualificação por via legal do ensino superior como serviço público**

A qualificação a nível legal do ensino superior como *serviço público* desde logo decorre, em nossa opinião, da caracterização, missão e atribuições das IES públicas constantes dos diplomas que definem o respetivo regime jurídico. É o que julgamos poder concluir dos preceitos do

---

<sup>141</sup> Daí que sustentemos a inclusão da universidade pública na administração autónoma do Estado, o que levará a defender que sobre ela apenas se possa exercer tutela e não a superintendência (também não, obviamente, o poder de direção). Tutela essa que, segundo a sua própria natureza e como consensualmente sustentam doutrina e jurisprudência, se não presume, isto é, só existe se e quando estiver expressamente prevista por lei, e que em princípio será de mera legalidade, por paralelo com o regime das autarquias locais de que a autonomia universitária se julga assim dever aproximar.

<sup>142</sup> Pense-se, por ex., na possível colisão entre o direito fundamental ao ensino e a autonomia disciplinar da IES: pode um aluno invocar o primeiro para obstar à aplicação de uma sanção disciplinar impeditiva da sua concretização? Sobre o ponto, ver RENATA AMAYA/MARGARITA GÓMEZ/ANA MARÍA OTERO, “Autonomía universitaria...” cit., pp. 158 a 165.

<sup>143</sup> «Academic freedom depends, therefore, on the balance between factors within the academic community and those outside of it. [As will be seen,] abuses on one side tend to lead to abuses on the other, with a resulting decline in the force of the norms themselves», GEORGE LOUIS JOUGHIN, *Academic freedom and tenure – a handbook of the American association of University Professors*, The University of Wisconsin Press Madison, Milwaukee, and London, 1967, p. 150.

RJIES quanto à missão do ensino superior (art. 2.º/1<sup>144</sup>), à caracterização das instituições, universitárias e politécnicas (arts. 6.º e 7.º) e outros, *maxime* o preceito sobre atribuições, art. 8.º, do qual se extrai, com atinência à atividade de ensino:

«1- São atribuições das instituições de ensino superior, no âmbito da vocação própria de cada subsistema:

a) A realização de ciclos de estudos visando a atribuição de graus académicos, bem como de outros cursos pós-secundários, de cursos de formação pós-graduada e outros, nos termos da lei; (...)

2- Às instituições de ensino superior compete, ainda, nos termos da lei, a concessão de equivalências e o reconhecimento de graus e habilitações académicos».

E ainda que o RJIES não fizesse alusão explícita ao *serviço público de ensino superior*, tal referência teve expressão no DL n.º 97/2009, de 27.4<sup>145</sup>, que instituiu a fundação pública Universidade de Aveiro, lendo-se no art. 2.º/1 dos Estatutos da fundação aprovados em anexo (realce acrescentado):

«A Universidade tem como missão genérica **a realização**, no seu âmbito de actuação, **do serviço público de ensino superior**, designadamente através da promoção de actividades de investigação, fundamental e aplicada, ensino e formação, da transferência para a sociedade do saber e da tecnologia e da dinamização de actividades culturais e humanistas em prol e estreita interacção com a comunidade envolvente».

Mas tal qualificação resulta também, inequivocamente, da LFES, que dá resposta suficientemente clara ao cerne das questões que sobre a matéria se possam suscitar. Atentemos na formulação do art. 15.º (realce acrescentado): «As instituições de ensino superior **prestam um serviço de ensino** que deve ser qualitativamente exigente e ajustado aos objectivos que determinaram a sua procura pelos estudantes, os quais devem demonstrar mérito na sua frequência e participar nos respectivos custos»<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> «O ensino superior tem como objectivo a qualificação de alto nível dos portugueses, a produção e difusão do conhecimento, bem como a formação cultural, artística, tecnológica e científica dos seus estudantes, num quadro de referência internacional».

<sup>145</sup> Diploma cuja revogação possivelmente ocorrerá com a projetada alteração do RJIES, como atrás referido.

<sup>146</sup> Anteriormente e no mesmo sentido (destinando-se o produto das propinas a ser prioritariamente afeto à prossecução da ação social escolar e à política de sucesso educativo), cf. as Leis n.ºs 20/92, de 14.8, e 5/94, de 14.3, conjugadas com o regime tributário então em vigor.

Como se sabe, enquanto a prestação patrimonial em que o imposto consiste é «uma prestação *unilateral*, no sentido de não sinalagmática, pois a obrigação de que resulta não se encontra entrelaçada com qualquer outra obrigação recíproca com o mesmo fundamento a cargo do titular do imposto, que seja a contrapartida da

Assim, o preceito transcrito, sob a epígrafe “Conteúdo da relação”<sup>147</sup>, estabelece uma conexão<sup>148</sup> entre, por um lado, a prestação de «um serviço de ensino que deve ser qualitativamente exigente e ajustado aos objectivos que determinaram a sua procura pelos estudantes» e, pelo outro, para além da demonstração de mérito na sua frequência, a comparticipação destes «nos respectivos custos»<sup>149/150</sup>.

E logo no artigo seguinte, 16.º/1, ao qualificar como *taxa* a comparticipação nos custos antes referida, é bom de ver que, atento o conceito de *taxa*, aqui empregue com rigor técnico-jurídico<sup>151</sup>, a lei reconhece estarmos em presença da contrapartida de um serviço público em sentido próprio: «A comparticipação a que se refere o artigo anterior consiste no pagamento pelos estudantes às instituições onde estão matriculados de uma taxa de frequência, designada por propina».

É, pois, a utilização individual/individualizada do serviço público de ensino superior por parte do utente/estudante que implica para este a obrigatoriedade de participar em parte do custo desse serviço, a título, assim, de contrapartida de natureza tributária, a taxa de utilização

---

atribuição patrimonial que através dela se obtém», nas taxas «o fundamento do tributo é a prestação da actividade pública, a utilização do domínio e a remoção do limite jurídico e por isso estas realidades e a taxa que lhes corresponde encontram-se entre si ligadas por um nexo *sinalagmático*, em termos de uma se apresentar como contraprestação da outra». As citações são de ALBERTO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal I*, Livraria Petrony, Lisboa, 1974, p. 35.

<sup>147</sup> Preceito que inicia a SECÇÃO II intitulada “Da relação entre o estudante e a instituição de ensino superior”.

<sup>148</sup> Como se pode ler na parte inicial (I-1) do antes citado Ac. do TC 148/94, de 3.5, já na “exposição de motivos” da proposta de Lei n.º 26/VI, no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 39, de 23.5.1992, que resultou na Lei n.º 20/92, de 14.8, decorria que com a revisão do regime de propinas se pretendia estabelecer «(...) um sistema que correlacione o valor das propinas com a natureza e a organização das instituições e os seus custos de funcionamento», resultando, aliás, essa “correspondência” patente no art. 6.º/2.

<sup>149</sup> O mesmo Ac. do TC 148/94 fala (I-2) da «caracterização das propinas como «taxas de cobertura de custos» porque baseadas apenas numa relação entre os custos de funcionamento e de capital e o número de alunos». O Ac. refere (I-6) o antecedente (em relação à Lei n.º 20/92) DL n.º 31 658, de 21.11.1941 «cujo preâmbulo anunciava o propósito de «fazer-se agora não propriamente a actualização, mas um aumento que marque a tendência para aproximar o sistema das propinas do ensino superior do sistema geral de taxas a pagar *pelos outros serviços públicos*» (itálico aqui acrescentado).

<sup>150</sup> O que decorre desde logo do princípio enunciado no art. 3.º/2: «Ao financiamento do ensino superior público aplicam-se, ainda, os seguintes princípios: (...) h) Princípio da justiça, entendido no sentido de que ao Estado e aos estudantes incumbe o dever de participarem nos custos do financiamento do ensino superior público, *como contrapartida quer dos benefícios de ordem social quer dos benefícios de ordem individual a auferir futuramente; (...)*» (com itálico aqui acrescentado).

<sup>151</sup> Cf. o art. 4.º/2 da LGT já acima transcrito. Diz o STJ em Ac. de 13.10.1998:

«A taxa não tem carácter acessório, mas autónomo e sinalagmático, é uma prestação por um bem semi-público ou por um serviço que o Estado presta, e não tem que corresponder integralmente ao custo desse bem ou serviço. Umhas vezes, não é necessário que o cidadão utilize o serviço e, outras, nem sequer o demanda. Na primeira situação insere-se o caso das propinas, que são uma taxa: o Estado presta ensino e o estudante frequenta as aulas, mas pode não o fazer, embora tenha essa possibilidade; (...)

do serviço, no caso pela frequência, uma “taxa de frequência” [designada por propina] como a própria LFES expressamente esclarece (art. 16.º/1 *in fine*)<sup>152</sup>.

## **PARTE II – A relação jurídica que se constitui entre o estudante e a instituição de ensino superior pública**

### **1. Nota introdutória**

Tomando, assim, como ponto de partida o de que, para além de prestarem um serviço público em sentido material, as nossas IES públicas são verdadeiros serviços públicos em sentido próprio, ou seja de um ponto de vista subjetivo ou orgânico<sup>153</sup>, a relação jurídica de ensino-aprendizagem no contexto de uma IES deve, pois, configurar-se como uma *relação jurídica administrativa*, porque situada no quadro da gestão pública cuja prossecução a lei lhe comete<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> O TAF de Coimbra (Juízo Liquidatário) em Sentença de 28.1.2011, sobre um caso de propinas da Universidade de Coimbra diz: «A propina (...) corresponde e refere-se àquela inscrição e frequência do referido curso. Dada a sua função de contrapartida pelo acesso a tais serviços semi-públicos, fixada por decisão de autoridade, e com uma função de cariz não economicamente funcionalizado, arts. 1º e 6º nº 1 da Lei 20/92 de 14 de Agosto, tem subjacente uma certa ideia de sinalagmaticidade, pelo que dúvidas não há de que reveste a natureza de taxa, incluindo-se na alusão que o art. 1º do Código de Processo Tributário faz a direitos de natureza parafiscal, em que se acolhe a enunciação da sua génese e função, referida no art. 1º nºs 1, 2 e 3 da Lei acima citada: devidas pelos alunos inscritos nos cursos das instituições de ensino superior público, cujo produto lhes pertence e se destina a ser prioritariamente afecto à prossecução da sua acção social e à sua política de sucesso educativo, cf. igualmente a Lei 5/94 de 14 de Março, arts. 1º e 3º, já que também vigente aquando da determinação dos montantes da propina aqui em causa, cujo regime anterior alterou parcialmente o daqueloutra, sob os mesmos princípios, no que aqui releva, cf. Sr. Prof. Teixeira Ribeiro, *in* Lições de Finanças Públicas, Coimbra Editora, 2.ª edição, 1988, p. 23ss.».

<sup>153</sup> Estabelecimentos públicos, na terminologia de FREITAS DO AMARAL, *Curso...* Vol. I cit., p. 371.

<sup>154</sup> Outras atividades de que aqui se não trata, umas no quadro da gestão pública, outras, mesmo, da respetiva gestão privada, poderão ter, pela sua natureza e enquadramento, outra qualificação, tal como em geral sucede ou pode suceder no âmbito de um qualquer outro serviço ou organismo público, designadamente da Administração prestadora: pense-se na relação paciente-instituição hospitalar pública e nas inúmeras dificuldades que o quadro de prestação pode trazer à qualificação nesse âmbito (*v.g.* cuidados de saúde ministrados a utente por médico autorizado a prestar serviço em regime privado utilizando as instalações do hospital público). Para a distinção entre *acto de gestão pública* e *acto de gestão privada*, cf. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas - Anotado*, Coimbra Editora, 2008, p. 112.

Sabemos, contudo, a dificuldade que sempre existiu em definir relação jurídica administrativa e que o próprio legislador igualmente sentiu ao abster-se de o fazer no contexto da “nova justiça administrativa”<sup>155</sup>. Diz VIEIRA DE ANDRADE, a propósito das relações jurídicas de direito administrativo<sup>156</sup>:

«Uma relação jurídica, enquanto relação social disciplinada pelo direito, pressupõe um relacionamento entre dois ou mais *sujeitos*, que seja regulado por *normas jurídicas*, das quais decorrem as *posições jurídicas*, activas e passivas, que constituem o respectivo *conteúdo*.

As relações jurídicas de direito administrativo são relações jurídicas *públicas* (seguindo um critério estatutário, que combina sujeitos, fins e meios), isto é, aquelas em que *um dos sujeitos*, pelo menos, seja uma *entidade pública* ou uma entidade particular no exercício de um *poder público* ou de um *dever público*, conferido ou imposto com vista à realização de um *interesse público* legalmente definido».

Mas, para além de *relação jurídica administrativa*, trata-se de uma relação administrativa *de serviço público*, relação que M. ESTEVES DE OLIVEIRA, no Parecer já citado, designa de “relação jurídica de serviço público universitário” e também “relação jurídica de prestação do serviço público do ensino superior”<sup>157</sup>. Reconhecer que a relação jurídica administrativa no direito administrativo de prestação, em geral, não tem sido entre nós muito tratada, que a relação de ensino-aprendizagem é uma relação atinente a um direito fundamental, ou ao seu concreto exercício, e que se situa no âmbito de instituições com autonomia constitucional e natureza muito peculiar, nas quais o próprio utente se “incorpora” como seu constituinte e participante, tudo faz antever dificuldades acrescidas.

Por outro lado, colocar o enfoque do presente estudo na análise da relação jurídica tem, julga-se, a virtualidade de perspetivar a posição jurídica do estudante perante a IES de um ponto de vista dinâmico, permitindo encará-la nas suas várias vertentes, designadamente do lado do estudante e do da própria instituição, e bem assim contextualizá-la na sua “vida

---

<sup>155</sup> Referimo-nos, naturalmente, à chamada *Reforma da Justiça Administrativa*, basicamente corporizada no ETAF e no CPTA, operada em 2004/2005.

<sup>156</sup> *Sumários...* cit., p. 46.

<sup>157</sup> Abrangendo no conceito, em princípio, diz, as Universidades e as restantes escolas públicas do ensino superior.

própria”, desde que surge até que se extingue, e caracterizá-la à luz do ordenamento normativo que a disciplina e garante<sup>158</sup>.

É, pois, o que se tentará fazer, começando-se por, numa primeira análise estrutural da relação que nos ocupa, tentar confirmar se se trata ou não uma relação jurídica administrativa *de serviço público*.

## **2. Caracterização da relação entre o estudante e a instituição como relação jurídica de serviço público**

Uma via de abordagem à problemática da caracterização como relação de serviço público da relação jurídica que se estabelece entre o estudante e a IES é a da análise da legislação sobre propinas e da forma como o nosso ordenamento jurídico trata o “preço” devido pela prestação do serviço de ensino<sup>159</sup>, bem como as sanções que estabelece para o seu não pagamento. O que é a propina<sup>160</sup> e qual o efeito que decorre, segundo a lei, do seu não pagamento? Há uma relação de corresponsabilidade que permita à IES deixar de prestar o ensino em caso de não pagamento? E poderá o estudante deixar de pagar a propina caso a instituição lhe não preste o

---

<sup>158</sup> Ou como diz SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas...* cit., p. 5, ao colocar o enfoque da análise na relação jurídica administrativa estamos a dar importância ao «respeito pelos destinatários da actividade administrativa como portadores de direitos e interesses legalmente protegidos em face da Administração, isto é, como pessoas que não poderão ser olhadas como meros objectos de actos de poder».

<sup>159</sup> Por ex. o *Regulamento de Taxas e Propinas Aplicáveis aos Estudos e Cursos da Universidade de Aveiro*, Regulamento n.º 486/2011, publicado no DR, Série II, de 12.8.2011, adota um “conceito” de propina expressamente referido ao *serviço de ensino*, conforme seu art. 3.º (sob a epígrafe *Conceito de propina*) que dispõe: «Propina é a taxa devida pelo estudante como contrapartida da disponibilidade do *serviço “ensino”*, independentemente do seu efectivo benefício» (itálico acrescentado).

<sup>160</sup> Falamos da propina como taxa devida pela prestação de um serviço público, como desenvolveremos a seguir, embora admitindo que a contrapartida de algumas das prestações no âmbito do serviço público de ensino superior não tenha necessariamente que assumir a natureza de taxa, mas possa configurar-se como um preço: cf., por ex. as *Regras de isenção e de redução de propinas na Universidade de Coimbra, aprovadas pela deliberação n.º 38/2011*, republicadas no DR, Série II, de 16.1.2013, onde se diz, na parte preambular: «De ordem diferente é o custo da formação não conferente de grau, designado por preço, a definir pelo Reitor. O preço da frequência de unidades curriculares isoladas (...)».

serviço de ensino ou o não preste nas condições devidas? Existe aqui também uma espécie de *exceptio non adimpleti*<sup>161</sup> (como num contrato bilateral sinalagmático)<sup>162</sup>?

Como já acima adiantámos, o art. 16.º da LFES, sob a epígrafe *Propinas*, qualifica-as como taxas, cujo valor, acrescenta, «é fixado em função da natureza dos cursos e da sua qualidade», donde a corresponsabilidade manifesta entre a prestação do serviço público de ensino e a contrapartida devida por quem dele diretamente usufrui, o utente do serviço, ou seja, o estudante. Isto porque se trata «de um serviço público *divisível* (ou de prestação individualizada), incidindo apenas sobre os que a recebem e precisamente porque a recebem», caracterizando-se a propina como «típica **taxa** de serviço público»<sup>163</sup>.

Da corresponsabilidade acima assinalada dá também sinal claro o art. 29.º seguinte<sup>164</sup>, que determina que o não pagamento da propina implica para o estudante incumpridor:

- «a) A nulidade de todos os actos curriculares praticados no ano lectivo a que o incumprimento da obrigação se reporta;
- b) Suspensão da matrícula e da inscrição anual, com a privação do direito de acesso aos apoios sociais até à regularização dos débitos, acrescidos dos respectivos juros, no mesmo ano lectivo em que ocorreu o incumprimento da obrigação»,

ou seja, afinal, a legitimação/imposição legal da *exceptio non adimpleti* por parte da IES, sem prejuízo da exigibilidade do crédito constituído sobre o inadimplente<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Ou seja, nos termos do art. 428.º do CC, a recusa de cumprimento da prestação enquanto a contraparte não satisfizer o que lhe compete ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

<sup>162</sup> Seguimos parcialmente, nesta parte, o Parecer de M. ESTEVES DE OLIVEIRA, de junho de 1993, *As Consequências jurídicas...* cit..

<sup>163</sup> As citações são do Parecer de M. ESTEVES DE OLIVEIRA antes referenciado.

<sup>164</sup> Enquanto a Lei n.º 20/92, de 14.8, na sua versão inicial, atribuíu à falta de pagamento a natureza de ilícito contraordenacional, a Lei n.º 5/94, de 14.3, dispôs no seu art. 9.º a título de sanções para tal incumprimento:

«1 - O não pagamento das propinas determina a caducidade da inscrição nesse ano lectivo, com perda dos direitos que lhe são inerentes. 2 - São nulos os actos praticados em violação do disposto no número anterior. (...)».

<sup>165</sup> Crédito relativo à frequência e não qualquer outro em relação ao qual não haja corresponsabilidade; por isso se não afigura legítima a possibilidade de *compensação* autoritária por parte da IES ou mesmo a extração de consequências jurídicas fora desse âmbito da corresponsabilidade, pelo que, diz-se a título exemplificativo, parece ser ilegal o disposto no art. 6.º/2/c) do *Regulamento Geral de Matrículas e Inscrições no Instituto Politécnico do Porto*, conforme Despacho 16348/2006, no DR, Série II, de 10.8, ao dispor:

«2- É condição genérica para que o pedido de inscrição seja deferido e, conseqüentemente, a inscrição seja considerada válida a verificação cumulativa das seguintes condições: (...)

c) A inexistência de débitos à instituição, *qualquer que seja a natureza desse débito; (...)*» (itálico acrescentado).

Este regime de corresponsabilidade jurídica<sup>166/167</sup> entre a prestação do serviço e o pagamento da taxa por ele devida teve, aliás, sucessiva tradução legal e regulamentar, como se vê da anterior Lei n.º 20/92, de 14.8<sup>168</sup>, e, já antes, da Portaria n.º 320/74, de 24.4<sup>169</sup>, art. 3.º/1:

«Enquanto se encontrar na situação de devedor, o aluno não poderá assistir às aulas, prestar provas finais, praticar qualquer acto de frequência ou matricular-se noutras disciplinas ou cursos do mesmo ou de outro estabelecimento de ensino superior.

Durante este período somente podem ser passadas certidões ou quaisquer documentos relacionados com a situação académica do aluno a requerimento de entidades oficiais que das mesmas necessitem».

Porém, a aceitação da *exceptio non adimpleti contractus*<sup>170</sup> no âmbito da prestação de um serviço público<sup>171</sup> e, mais concretamente, no contexto da prestação de serviço de ensino superior não é assim tão líquida<sup>172/173</sup>, havendo que atender às especificidades próprias dos institutos de direito público/administrativo<sup>174</sup>, matéria a que voltaremos adiante.

---

<sup>166</sup> Do ponto de vista económico é sabido que, por princípio, a propina não cobre todo o custo do serviço individualmente auferido pelo aluno.

<sup>167</sup> E mesmo que as obrigações tenham fundamento jurídico diverso, desde que estejam em relação de reciprocidade (uma é causa da outra).

<sup>168</sup> No domínio da anterior Lei n.º 20/92, de 14.8, a corresponsabilidade era ainda mais patente ao determinar-se, no art. 1.º/2, que: «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». Outras situações o revelam, como o regime de estudos a tempo parcial, permitido pela LFES, art. 5.º/4, e regulamentos autonómicos que o concretizam, com a correspondente divisibilidade em termos de propinas (cf., por ex., o art. 14.º/5 do “Manual Académico do Instituto Politécnico de Lisboa”, Regulamento publicado no *DR*, S. II, de 16.7.2013, onde se prevê, em relação a estudantes em regime de tempo parcial, que o montante da respectiva propina corresponda a uma percentagem da devida em regime de tempo integral).

<sup>169</sup> Também, mais remotamente, do art. 76.º do DL n.º 39 001, de 20.11.1952.

<sup>170</sup> Que no direito civil permite a recusa imediata da prestação recíproca, face ao inadimplemento da contraparte.

<sup>171</sup> Pense-se na recusa da prestação de serviço de saúde num hospital sob alegação de não pagamento de uma taxa moderadora ou de uma dívida anterior, o que parece impensável face à desproporção entre os interesses financeiros e o valor da vida humana porventura em risco.

<sup>172</sup> Aliás, no domínio dos contratos de direito privado aceita-se, mesmo, a resolução (na terminologia do CC) por uma das partes com fundamento no incumprimento da contraparte, ainda que não tenha havido convenção nesse sentido, por interpretação extensiva ou integração por analogia da solução do art. 801º/2 do CC, ver GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1980, pp. 410-412.

<sup>173</sup> Já a Provedoria de Justiça, em Ofício dirigido à Universidade de Coimbra em Jan. de 2010 (Proc. R-166/09 (A6)), dizia (ponto 3.2.):

«(...) já não se antevê que a referida solução [do condicionamento da inscrição em determinado curso à regularização de dívidas anteriores] seja aceitável na hipótese de mudança de curso, em que inexistente uma correspondência entre o serviço prestado pela Universidade, que seja o de ministrar formação superior em determinada área científica (*in casu*, no quadro de novo curso em que o estudante interessado pretende inscrever-se) e a exigibilidade do pagamento pelo mesmo da taxa de frequência (propina) legalmente devida, já vencida e

### 3. A prestação do ensino superior no respeito dos direitos fundamentais: as “relações especiais de direito administrativo”

Movendo-se o ensino superior num contexto de salvaguarda e realização das liberdades fundamentais de aprender e ensinar – revelando-se a atuação da administração universitária indispensável ao respetivo reconhecimento e efetivação – deve acrescentar-se que o respeito pelas posições subjetivas dos estudantes<sup>175</sup>, mas antes de tudo e reforçadamente pelos seus direitos fundamentais, é, mesmo, a “tónica” essencial da administração universitária: a

---

não cumprida, referente a outro(s) curso(s) em que o estudante tenha estado inscrito anteriormente nesse mesmo estabelecimento de ensino.

Não parece que, no quadro da actividade administrativa em causa, a simples identidade de credor e devedor possa dar azo a esta espécie de excepção de não cumprimento.

Em benefício do entendimento que vimos perfilhando, releva, igualmente, a ausência de norma legal que, nos vários regimes de acesso ao ensino superior, restrinja o direito de acesso ao nível escolar em causa, com base na existência de dívidas de propinas a um qualquer estabelecimento de ensino superior».

Sobre a questão veja-se, no Parecer da CADA n.º 103/2001, a Declaração de voto de vencido de A. DE CASTRO MARTINS de que se extrai:

«Mesmo sem entrar no problema da validade dos actos curriculares - a lei prevê consequências específicas para o caso do não pagamento de propinas, podendo conduzir à nulidade dos actos curriculares - importa observar que as propinas são taxas e que estas, por definição (e ao contrário dos impostos), são «bilaterais».

Da natureza «sinalagmática» resulta que o incumprimento por uma das partes (não pagamento de propinas) justifica o «incumprimento» (a excepção do não cumprimento) pela outra parte: não entrega da certidão de habilitações (contraprestação).

Significa isso que, por regra, o estabelecimento de ensino pode recusar a entrega da certidão dos actos curriculares respectivos até ao cumprimento das propinas devidas por esses actos».

<sup>174</sup> No Parecer do CC/PGR n.º 15/96, de 20.3, diz-se, no Ponto VII-3 (retiraram-se as *Notas* de rodapé):

«As propinas no ensino superior público constituem (...) um dos exemplos típicos de taxas, referidos na doutrina.

Os elementos nucleares do conceito de taxa estão bem presentes nesta realidade.

As propinas constituem receitas próprias das instituições, correspondendo à contrapartida dos seus serviços, ou seja, contrapartida, nuclearmente, do ensino ministrado aos estudantes que as frequentam.

Por um lado, são prestações pecuniárias impostas por força da autoridade.

Por outro, da respectiva disciplina legal deduz-se que as propinas constituem o correspondente ou contrapartida sinalagmática dos serviços prestados pela instituição pública – máxime o ensino ministrado pelas instituições universitárias aos seus estudantes – com base na ideia segundo a qual “o ensino superior público deve ser também pago, em parte pelos utentes desse ensino”.

Como taxas, as propinas têm, pois, como sua contrapartida funcional, os serviços prestados pela entidade pública, a cujos custos se encontram também finalisticamente vinculadas.

Há-de ser, pois, realidade apreciada no plano da relação sinalagmática que é próprio da noção, nomeadamente quanto à obrigação de pagamento e consequências do não pagamento».

Cf. também o Parecer do CC/PGR n.º 73/94, de 9.2.1995.

<sup>175</sup> Aliás, a realização material dos direitos fundamentais consubstancia-se não só através da sua afirmação e consolidação prática pela Administração Universitária por via de um processo de ensino-aprendizagem que há-de envolver a participação dos estudantes, como assume, ainda, os seus direitos como «direitos subjectivos com uma eficácia procedimental», assegurando a sua efetiva proteção jurisdicional, pelo que os estudantes detêm um “status activus processualis” (HÄBERLE) que possibilita a «concretização processual dos [seus] direitos fundamentais», citações de VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso...* cit., pp. 163 e 164.

realização do interesse público faz-se na máxima conciliação possível com os direitos dos estudantes, obedecendo a princípios de justiça material<sup>176</sup>. É o que resulta, aliás para toda a AP, do art. 266.º da CRP e é reafirmado no CPA, art. 4.º.

Por outro lado, e porque a relação entre estudante e a IES é, no enquadramento jurídico enunciado, uma relação jurídica *estatutária*<sup>177</sup>, não pode esquecer-se que entre ambas as partes dessa relação jurídica se estabelece uma vinculação *especial*, decorrente desde logo da necessária/essencial integração do aluno na comunidade universitária (que, realce-se, constitui o “sustentáculo” da própria instituição) e da também necessária/essencial sua colaboração no processo de ensino-aprendizagem<sup>178/179</sup>. Vinculação essa que é, fundamentalmente, para os efeitos que aqui interessam, de natureza jurídica, mas que, naturalmente, comporta muitas outras vertentes que, apesar de não serem estritamente jurídicas, encontram também um enquadramento desta natureza<sup>180/181</sup>.

---

<sup>176</sup> Sabendo-se, também, que a justiça constitui um dos princípios gerais vinculativos de toda a atividade administrativa, incluindo a discricionária. Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 442 e 443.

<sup>177</sup> Sobre os estados (“status”) ou situações jurídicas estatutárias, cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Sumários...* cit., pp. 57 e 58, que a elas se refere enquanto «posições jurídicas complexas, no contexto de relações jurídicas dissimétricas ou polissimétricas, que formam um conjunto ordenado de direitos e deveres, derivados, directa ou indirectamente, de um único facto ou acto jurídico, como, por exemplo, [...] de aluno [...] (consequência da admissão administrativa num estabelecimento de ensino público [...]). São caracterizados precisamente por formarem um conjunto de posições jurídicas ordenado (com carácter “objectivo e regulamentar”), que resulta da sua definição genérica pela lei (por uma norma jurídica) e da sua aplicação em bloco a todos os que se encontrem em determinadas circunstâncias ou ingressem em determinado grupo ou categoria. Ao contrário dos direitos e das obrigações “singulares”, as posições subjectivas integradas em “status” são susceptíveis de ser modificadas por via normativa, sem que possam invocar-se regalias antigas, salvo as que constituam direitos subjectivos individualmente adquiridos».

<sup>178</sup> A deslocação da tónica da relação num só sentido, com realce na docência, para uma relação de dinâmica bipolar, centrada na facilitação pelo docente do processo de aprendizagem do estudante, foi reforçada, como é sabido, pelo chamado Processo de Bolonha, com tradução jurídica no novo sistema, que valoriza o trabalho individual, o esforço, a carga horário do estudante (cf. entre nós, designadamente, o art. 13.º da LBSE, na sua versão “pós-Bolonha”).

<sup>179</sup> Cf. Ac. do TC 433/99, de 3.12.

<sup>180</sup> Diz LUIS ALBERTO GARCÍA LEIVA, “El Derecho Educativo: sus relaciones con el desarrollo en la sociedad del conocimiento”, in *OEI – Revista Iberoamericana de Educación*, p. 22 «(...) el Derecho Educativo y sus principios se convierte en un soporte jurídico, desde la actividad Organizativa-Administrativa, integrado y coordinado con otras ciencias que sirven de apoyo a las Dimensiones Pedagógico-Didáctica y Socio Comunitaria, propiciando el desarrollo de una Gestión Integral de la Educación para sus actores e Instituciones, tendientes al logro de la Transformación Educativa deseada».

<sup>181</sup> A propósito da relação jurídica dos menores internados em centros, claro que ressalvada a devida distância, lê-se em resumo de artigo de TOMÁS MONTERO HERNANZ, “La relación jurídica de los menores internados en centros de reforma: sus deberes”, in *Diario La Ley*, nº 7893, 2012: «El hecho de que los más diversos especialistas, psicólogos, sociólogos, pedagogos, trabajadores sociales, educadores, etc. se ocupen de los menores infractores no puede hacer olvidar que el régimen de los menores privados de libertad es antes que nada esencialmente jurídico.

Tratando-se de um serviço público e sendo o estudante utente desse serviço, a relação que se constitui é, ademais, uma relação jurídica que envolve uma especial “associação” deste à IES, aquilo que tradicionalmente se considerava uma “relação especial de poder”<sup>182/183</sup> e agora se designa de *relação especial de direito administrativo*. Mas será que, por se tratar de uma *relação jurídica especial*, o estudante vê/pode ver comprimida em alguma medida, por pequena que seja, a sua esfera “jusfundamental”? E será que esse especial enquadramento ou inserção do estudante na própria instituição tem repercussões na conformação material da sua posição jurídica? É o que passamos de seguida a analisar, começando pela caracterização das referidas relações especiais e aplicando depois esses conceitos ao caso concreto que nos ocupa.

Ao conceito de “relações especiais de poder” pretendeu-se reconduzir aquelas situações em que a relação de sujeição de certos grupos de cidadãos à Administração – porque “a incorporam” ou com ela mantêm uma íntima vinculação –, faz deles como que elementos internos à própria organização e, por isso, potencialmente desprovidos da proteção ou garantias que cabem aos cidadãos em geral (aqueles que se não encontrem nessa posição). Isto seria válido, designadamente, para os presos, os militares, os funcionários, os estudantes. Haveria, pois, um esbatimento das garantias desses cidadãos perante a AP em que/com quem estão inseridos ou envolvidos, o qual se justificaria pela forte intensidade desse vínculo, também por isso *especial*. Daí, uma abertura para a compressão de direitos fundamentais no contexto dessa relação *especial*, por o ser<sup>184</sup>.

---

Estamos ante un conjunto de normas que crean situaciones estables de facultades y deberes, y que, por tanto, regulan una especial relación jurídica».

<sup>182</sup> Diz M. ESTEVES DE OLIVEIRA no Parecer cit., *Nota 19*: «As relações estabelecidas entre os utentes e os estabelecimentos públicos são relações especiais de poder. Estas assumem hoje, como se sabe, uma configuração diversa da que lhe era dada nos primórdios do Estado Liberal: nomeadamente, pela considerável acentuação das garantias dos administrados (...)».

<sup>183</sup> Sobre a matéria, pode ver-se: JOAQUIN BRAGE, *Los limites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>184</sup> É curioso ver no Estatuto do Provedor de Justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9.4, alterado e republicado em anexo à Lei n.º 17/2013, de 18.2, menção a uma “especial relação de domínio” em determinadas relações jurídicas privadas, no art. 2.º/2 («O âmbito de atuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da proteção de direitos, liberdades e garantias»), traduzindo a existência de um poder fáctico institucionalizado ou um desequilíbrio material entre as partes envolvidas – ver, sobre o ponto, REIS NOVAIS, “A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados”, in *O Provedor de Justiça - Novos Estudos*, Lisboa, 2008, neste caso a propósito do futebol como atividade profissional. Relações de outro tipo, invocadas como justificativas de limitações de direitos fundamentais, são designadamente as que se encontram na luta contra o terrorismo e em comunidades religiosas.

Na literatura jurídica espanhola, pode ver-se MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ<sup>185</sup>, que define este tipo de situações, a que chama “relaciones especiales de sujeción”<sup>186</sup> como «(...) aquellas relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación».

A dependência em que o cidadão se encontra, quando nestas especiais circunstâncias, é, assim, como que uma dependência orgânica ou organizativa, levando-o a uma submissão que excede o grau da submissão de uma relação jurídica administrativa “normal”<sup>187</sup>. Como diz ALEJANDRO NIETO GARCÍA<sup>188</sup> «aquellas personas que viven en un contacto permanente o cuasipermanente com establecimientos administrativos (presos, soldados, estudiantes), de tal manera que sin una reglamentación especial y sin unos poderes también especiales de la administración convivencia y la gestión del servicio público serían difíciles».

Desta especial “ligação” à Administração, retiravam doutrina e jurisprudência um “título” de legitimação para subtrair a aplicação do regime dos direitos fundamentais, fora da reserva de lei, ou seja, aceitava-se que perante certas categorias de sujeitos os direitos fundamentais lhes fossem restringidos sem sequer necessidade de cobertura legal. Essa corrente, com origem na Alemanha em LABAND e MAYER, veio a ser abandonada já na própria Alemanha, a partir de jurisprudência de 1972<sup>189</sup> do Tribunal Constitucional Federal, o qual impôs, assim, a

---

<sup>185</sup> *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, pp. 161 ss.

<sup>186</sup> Por outros Autores apelidadas, antes, de *relaciones de sujeción especial*.

<sup>187</sup> Não se pode, na verdade, esquecer que a relação é de natureza administrativa basicamente quando nela estão envolvidos, por parte do ente público ou ente com poderes públicos, poderes “gerais” de supremacia, conferidos pelo ordenamento jurídico em ordem à prossecução do interesse público.

<sup>188</sup> *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 233.

<sup>189</sup> Sentença de 14.3.1972. Sobre o ponto, pode ver-se M. REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I - Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, Lisboa, 2008, p. 164: «No período liberal não se consideravam agressões administrativas aos direitos dos cidadãos, como tal sujeitas à reserva de lei, as intromissões na esfera subjectiva de pessoas que se relacionam com a administração num estatuto de especial subordinação, designadamente aquelas que se considerasse estarem abrangidas pelo seu âmbito interno, com os funcionários públicos, os presos e os estudantes (teoria das relações especiais de poder); embora esta teoria tenha sobrevivido na Alemanha até ao início dos anos setenta do século XX (foi considerada inconstitucional por uma sentença do TC Federal apenas em 1972), ela é estranha à tradição jurídica portuguesa e não tem qualquer aplicabilidade nos dias de hoje».

No sentido da prematuridade da certidão de óbito declarada às relações especiais de poder pelo Ac. do TC Alemão de 1972, L. CABRAL DE MONCADA, “As relações especiais de poder no direito português”, in *RJUM*, Ano 1.º, n.º 1,

necessidade de lei para qualquer restrição a direitos fundamentais, incluindo no âmbito das ditas *relações especiais de poder*. Todavia, já antes<sup>190</sup> se procurava distinguir entre a relação fundamental e as relações funcionais ou organizativas, em qualquer caso se considerando que não restavam espaços ajurídicos neste tipo de relações.

A justificação para algum “afrouxamento” na esfera jurídica do estudante, ou, na contravertente, alguma intensificação da supremacia da IES, resultará, antes, da necessidade imprescindível da realização do serviço público e não de um “especial poder” vs. “especial subordinação”, muito menos ajurídica, do estudante à instituição que lhe presta o ensino, ainda que aquele nela esteja intimamente *inserido*<sup>191/192</sup>.

É que, na verdade, parece não poder deixar de se aceitar que a eficácia da AP requer alguma limitação nos direitos e liberdades de quem com ela está mais intimamente relacionado<sup>193</sup>. Ponto é que tal limitação se justifique pela finalidade que lhe preside, ou seja, se funde na melhor realização do interesse público no respeito dos direitos e interesses legítimos do cidadão administrados, como impõe o art. 266.º/1 da CRP, e seja proporcional.

---

1998, pp. 223 e ss., que recupera a noção, embora ressaltando as diferenças relativamente à situação anterior, por não estarmos agora perante ausência da lei mas só perante uma particular tibieza dos comandos legislativos geradora de ampla capacidade normativa da Administração, a par de um claro enfraquecimento de certos direitos subjetivos, ou seja, para identificar uma situação de relativo enfraquecimento do regime constitucional dos direitos, consequência da presença de outros valores constitucionais dignos de tutela. O A. dá como exemplo o do aluno, especialmente do universitário, aproveitando a Administração escolar o ensejo para elaborar normas independentes ou que o são quase, bem como para praticar toda uma série de atos sem parametricidade normativa, referindo: «[e]fectivamente, a margem de manobra que a lei voluntariamente confere à Administração é o que sucede claramente no âmbito do ensino, especialmente do universitário. Uma excessiva cobertura legislativa deste ensino ignorava as suas particularidades, nomeadamente as valias científicas e pedagógicas do professor, que só podem ser convenientemente valorizadas num contexto de ampla liberdade, até porque de relações dialógicas se trata, irredutível no essencial a uma disciplina normativa».

<sup>190</sup> Na reunião de Mainz em 1956.

<sup>191</sup> Como *instituição preexistente que projeta a sua autoridade sobre ele*, conferir:

<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derechos-de-los-reclusos/pdf/ESTUDIO%202.pdf>

<sup>192</sup> VIEIRA DE ANDRADE, nas suas *Lições...* cit., fala, a propósito das posições de *desvantagem* ou desfavoráveis dos particulares perante a AP, de *sujeições* ou “estados de sujeição” posições jurídicas passivas «que surgem nas relações jurídicas administrativas em correspondência com *direitos potestativos* da Administração» e «que são sobretudo características enquanto posições correspectivas de *poderes jurídico-públicos gerais ou especiais*, como por exemplo, (...) o poder regulamentar ou o poder de direcção sobre funcionários, utentes ou membros de organizações públicas».

<sup>193</sup> Como diz SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas...* cit., p. 43, falando da saúde: «Em suma, não pensamos que as relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde nos serviços públicos de saúde mereçam ser qualificadas como *relações especiais de poder*. Deve, isso sim, reconhecer-se que tais relações envolvem a sujeição do utente a uma disciplina que constitui uma exigência do regular funcionamento do serviço público».

Se isto é ou não resultado da “natureza das coisas” é o que falta apurar<sup>194</sup>. Em França, com DUGUIT, aplicou-se a teoria das situações jurídicas; em Itália, com SANTI ROMANO, a de ordenamento interno; HAURIOU teorizou sobre as instituições; nos Estados Unidos, usou-se a teoria da “society apart”, para a instituição militar; o TEDH admite “restrições legítimas”.

Inclinamo-nos, aqui, para que a questão se deva resolver à luz da colisão de direitos, em geral – o que acima<sup>195</sup> começámos por referir, invocando os arts. 266.º da CRP e 4.º do CPA – mas também da colisão de direitos fundamentais, quando for o caso, designadamente com aplicação do *princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)*, na máxima conciliação prática possível e sem prejuízo da salvaguarda do núcleo fundamental de cada um dos direitos fundamentais porventura afetados<sup>196</sup>. É que, abandonada a teoria das relações especiais de poder, que não foi senão uma construção dogmática ou uma verdadeira ficção jurídica que permitia espaços ajurídicos onde a vontade e o poder da AP imperavam sobre os direitos do cidadão, hoje em dia, afirmados em toda e qualquer circunstância os princípios e garantias do Estado de Direito, as atenuações à plenitude do exercício dos direitos individuais necessariamente consentidas em situações *especiais*<sup>197</sup>, têm que se equacionar e explicar à luz da colisão de direitos e da sua recíproca composição, porventura delimitação, sempre com a ideia de que se tem que preservar o reduto essencial

---

<sup>194</sup> Ver LORENZO COTINO, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, in *Revista del Poder Judicial* (3ª época), n.º 55, 1999 (III), pp. 291-324.

<sup>195</sup> Parágrafo inicial deste Ponto.

<sup>196</sup> Diz, a propósito, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* cit., pp. 466 e 467: «(...) as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática e de ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. (...) os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais*) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição produtor de uma *capitis diminutio*. Trata-se tão-somente de relações da vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional (...), *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar pelo menos pressuposto). As restrições de direitos fundamentais justificadas com base numa relação especial de poder, mas sem fundamento expresso na Constituição, só podem ser aceites na medida do estritamente necessário para a salvaguarda de bens constitucionalmente positivados e expressamente defendidos pelas instituições onde se desenvolvem estas relações (...)». Cf. ainda VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* cit., pp. 302 ss..

<sup>197</sup> Como por ex. a dos presos ou dos militares, que com os funcionários e os estudantes eram tradicionalmente associados às relações especiais de poder.

dos direitos fundamentais de todo o cidadão, seja qual for a especial situação em que se encontre.

Quanto a uma certa “relativização da reserva de lei” «(...) consecuencia del carácter insuprimible de la potestad reglamentaria en ese âmbito, en orden a determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas», como diz o Tribunal Constitucional espanhol a propósito da relação jurídica penitenciária<sup>198/199</sup>, é questão que adiante tentaremos enfrentar, a propósito do poder regulamentar autonómico.

#### **4. As eventuais “compressões” na esfera jurídica do estudante derivadas do seu especial posicionamento perante a instituição que lhe presta o serviço público**

O problema que se coloca em relação aos estudantes é, pois, o de apurar se a sua especial “afetação” ou “inserção” na IES pode, ou não, determinar alguma limitação aos seus direitos fundamentais, nessa específica qualidade e contexto<sup>200</sup>. Aspetos como o da integridade física<sup>201/202</sup>, liberdade de expressão<sup>203</sup>, direito de reunião, manifestação e associação, ou direito

---

<sup>198</sup> Ver:

<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derechos-de-los-reclusos/pdf/ESTUDIO%202.pdf>.

<sup>199</sup> Uma outra vertente reside na não consideração do princípio “non bis in idem” relativamente a pressupostos que se encontrem preenchidos atenta a finalidade diversa daquela que determinou a sanção aplicável em geral, ou seja, a existência de uma especial “atinência” à Administração justifica a consideração de uma esfera de valores e interesses autónomos que excluem o princípio.

<sup>200</sup> Ver ponto 10 do *Code of Students Rights and Responsibilities – University of Vermont*, «Students have the right to freely exercise their full rights as citizens. The University affirms the right of students to exercise their freedoms without fear of University interference», acessível em <http://www.uvm.edu/policies/student/studentcode.pdf>.

<sup>201</sup> Por ex., nas atividades formativas a decorrer em laboratórios ou envolvendo substâncias perigosas. Mas também v.g. durante os “rituais” das praxes académicas, ao menos quando desenvolvidos nas instalações da IES ou sob sua dependência.

<sup>202</sup> A propósito dos direitos de personalidade, concretamente do direito à integridade física no ensino público não superior [que se aplica também ao superior], pode ler-se em CARLA AMADO GOMES, “Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: existe um direito à qualidade de ensino?”, in *Temas...* cit., p. 51, *Nota 14*: «[d]este direito decorre a proibição de aplicar castigos físicos ao aluno, consequência mais relacionada com a garantia de não ser submetido a “tratos degradantes”, consagrada no artigo 25.º/2 da CRP».

<sup>203</sup> Ficou célebre o pronunciamento do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Tinker v. Des Moines*, em 12.11.1968, no sentido de que: «It can hardly be argued that either students or teachers shed their constitutional rights to freedom of speech or expression at the schoolhouse gate”. Tratava-se de um grupo de alunos que para exprimirem as suas opiniões contrárias à participação na guerra do Vietname usaram, em Dezembro de 1965, braçadeiras negras nas suas “High School”, em Des Moines, Iowa. Sobre a evolução subsequente ao caso Tinker

à informação, por ex., não parecem à partida compagináveis com limitações que não as que decorram da *natureza das coisas*, ou seja com, no caso, a específica e muito própria natureza da relação de ensino-aprendizagem. Mas, decerto, também se colocam questões como a da submissão a um direito disciplinar, cuja sede se pode porventura deslocar para normas regulamentares, ao arrepio da reserva de lei. Será isso possível?

Para melhor situarmos a análise, podemos recorrer a um exemplo do quotidiano escolar<sup>204</sup>: será que um estudante universitário<sup>205</sup>, numa escola superior de desporto, por hipótese, estará por esse simples facto (de ser estudante), obrigado a obedecer a ordens de um docente para a prática de exercícios físicos que, fazendo parte do seu plano curricular, ponham, contudo, potencialmente em risco a sua integridade física<sup>206</sup>? Será que um estudante de ensino superior se pode recusar a manipular substâncias radioativas, se isso fizer parte do seu plano de aprendizagem? E poderá um estudante de medicina, não estando expressamente ressalvado por um estatuto próprio que lho conceda, recusar-se a assistir a práticas abortivas (legais), invocando objeção de consciência, como cidadão e estudante?

O alcance das supressões ou limitações de direitos na relação ensino-aprendizagem tem, pois, que ser analisado no bloco da juridicidade, ligado à ideia de Estado de direito e do sistema complexo de direitos fundamentais<sup>207</sup>, pois, pese embora a doutrina e jurisprudência virem

---

nos Estados Unidos, pode ver-se ERWIN CHEMERINSKY, *Students Do Leave Their First Amendment Rights at the Schoolhouse Gates: What's Left of Tinker*, acessível em: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1405/](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1405/).

<sup>204</sup> Recolhido do Ac. do STA, de 10.4.2006.

<sup>205</sup> O mesmo se podendo dizer de um aluno do subsistema politécnico ou de outro grau de ensino.

<sup>206</sup> No Ac. antes citado diz-se, a propósito: «Na verdade, numa aula de ginástica, em princípio não assiste aos alunos o direito de se oporem à realização dos movimentos, exercícios e práticas atléticas, nem a faculdade de invocar interesses que os protejam da sua realização. A ofensa desses direitos e interesses só se verifica, portanto, se os alunos, por alguma razão particular identificada perante o professor, estiverem acautelados de forma a não realizarem os exercícios de ginástica, no todo ou em parte; isto é, só estarão salvaguardados se apresentarem causas específicas que os coloquem fora dessa actividade curricular. E não havendo normas legais e regulamentares que impeçam os professores de obrigarem os alunos a tais exercícios, a estes cumprirá acatar as ordens, fazendo-os. No caso em apreço, portanto, não houve ilicitude por parte do acto do professor em mandar a autora realizar o exercício na barra fixa». Todavia, salvo melhor opinião, licitude do comportamento do professor e dever de obediência à suposta ordem vinculativa não são a mesma coisa: – é que o professor, suposto que cumprindo os seus deveres funcionais, pode eximir-se de responsabilidade em caso de acidente se o aluno realizar o exercício, mas o que se põe aqui em causa é se pode obrigar o aluno a realizá-lo.

<sup>207</sup> Sobre a complexidade estrutural dos direitos fundamentais, ver VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* cit., pp. 168-171. Para o Autor, quando se fala num direito subjetivo fundamental, «a representação mais adequada é a de um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções

admitindo restrições aos *dlg* não expressamente autorizadas pela Constituição<sup>208</sup>, não pode, em razão da legitimidade dos pressupostos destas restrições face aos critérios impostos pelo art. 18.º/2 e 3 da CRP, nenhum direito ver diminuído ou restringido o seu *conteúdo* ou *núcleo essencial*<sup>209</sup>. Acrescentemos, por outro lado, que no enquadramento normativo e âmbito de concretização, acompanhando CRISTINA QUEIROZ<sup>210</sup>, «(...) se se tratar de direitos fundamentais “sem reserva de lei”, a Constituição não admite nenhuma intervenção através de lei ou com base na lei. Quer dizer, no âmbito da garantia do livre exercício desses direitos, terá de admitir-se a sua “delimitação”, mas não já “restrição”, em caso de colisão prática, mediante um processo de ponderação. A ausência de reserva de lei significa que ao legislador não lhe assiste uma liberdade de acção ou configuração»<sup>211</sup>.

No contexto do estatuto do estudante universitário, como também no do aluno em geral, tem, pois, que procurar entender-se o seu posicionamento no “sistema”, os valores e objetivos que uma sua eventual maior “dependência” em relação à administração educativa procuram servir, tudo, repete-se, à luz de um Estado de Direito com todas as suas liberdades e garantias constitucionalmente asseguradas.

No caso particular das Universidades, podemos ensaiar fazer essa contextualização partindo da complexidade do estatuto e do papel do estudante como protagonista do próprio serviço público em cuja organização se insere e de que é coparticipante, por um lado, e, por outro, da chamada relação externa, ou seja da posição do estudante, em simultâneo ou paralelamente

---

distintas», que «encontra, em regra, a sua referência unitária numa posição jurídica primordial do indivíduo, que constitui igualmente o núcleo caracterizador do preceito constitucional respectivo».

<sup>208</sup> Cf. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, p. 569, que afirma: «a consagração constitucional de um direito fundamental sem a simultânea previsão da possibilidade da sua restrição não constitui qualquer indicação definitiva sobre a sua limitabilidade», *apud* Ac. do TC 404/2012, publicado no DR, Série I, n.º 194, de 8.10, pp. 5559 e 5560. No apuramento da distinção entre restrição e delimitação cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos fundamentais...* cit., pp. 281 e ss; note-se, como refere o Autor, que no que ao grau de fiscalização judicial respeita «a autorização constitucional para a restrição confere ao legislador um certo espaço próprio de avaliação e de decisão, sujeito fundamentalmente a um controlo de proporcionalidade (defensabilidade) pelo juiz».

<sup>209</sup> «O «núcleo essencial» corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projecção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental», VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* cit., pp. 171 e 172.

Sobre o “núcleo essencial” de um direito fundamental, no caso a propósito do direito de propriedade, pode ver-se, na jurisprudência constitucional, entre muitos mas por recente, o Ac. do TC 127/13, de 27.2.

<sup>210</sup> *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, 2.ª edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 256.

<sup>211</sup> Cf. ainda VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* cit., pp. 97 e ss..

com a sua inserção na organização, agora como destinatário, utente ou usuário do serviço que lhe é prestado. Nesta última posição, o estudante tem direitos e deveres para com a IES, é a contraparte da relação de ensino-aprendizagem que com ela estabelece. Na sua relação interna, podemos considerar que os atos, em que aliás muitas vezes ele próprio coparticipa – ou mesmo codetermina, através dos seus representantes nos órgãos institucionais – respeitam à própria organização em que como tal se insere, pelo que são atos próprios, ou dele próprio, porque e como também “constituente” dessa organização<sup>212</sup>.

Esta visão (da relação interna) reforça-se no entendimento da Universidade como uma agremiação de estudantes e docentes, na perspectiva “romântica” que alguns ainda hoje dela conservam desde a sua fundação medieval, mas também na perspectiva dos ordenamentos jurídicos que a veem como *corporations* de que os estudantes são membros ou associados, e ainda na dos que defendem uma dualidade na Universidade – por um lado a organização, por outro a comunidade universitária, comunidade de que os estudantes são coconstituintes<sup>213</sup>.

Como quer que se entenda, o que parece é que a fronteira que em todo o caso se tem que traçar entre a relação interna de funcionamento e a relação fundamental ou externa há-de passar pela distinção entre, por um lado, aquilo que é inerente à organização e que por isso necessariamente impõe a constrição ou limitação da esfera jurídica do estudante, porquanto tal matéria lhe diz respeito como/a título de membro dessa organização e, por outro, a posição do estudante como contraparte ou polo da relação jurídica de serviço de ensino, situação na qual tem direitos e deveres nitidamente distintos e contrapostos aos da organização de que àquele outro título também faz parte.

Assim, sempre que se possa distinguir a “alteridade”<sup>214</sup> de direitos e interesses legítimos, ou seja sempre que o estudante, ainda que simultaneamente pertença e participe da organização,

---

<sup>212</sup> Embora se não entenda que os interesses próprios dos estudantes pesem mais do que o da IES. Cf. a posição de M. REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Lisboa, 2006, pp. 310 e ss., que nega a Universidade como associação pública: «enquanto que, nas associações públicas, os interesses próprios pesam mais do que aqueles que o não são, nas Universidades públicas sucede o inverso».

<sup>213</sup> L. PEREIRA COUTINHO, “Problemas...” cit., *passim*.

<sup>214</sup> A intersubjetividade ou externalidade é que, aliás, caracteriza a relação jurídica administrativa passível de controlo jurisdicional. Ver VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 67 e 90, que refere estarem excluídas do âmbito da justiça administrativa as relações (ditas “orgânicas”) entre os órgãos de uma instituição e os sujeitos de relações especiais de direito administrativo ligados a essa instituição,

seja portador de um direito ou interesse legítimo distinto e contraponível aos dessa mesma organização, aí tem que se lhe reconhecer uma esfera jurídica própria, intocável nos seus direitos fundamentais, tendo a organização, mesmo com poderes públicos e no âmbito dessa relação especial, que respeitar o princípio da legalidade, a reserva de lei nas limitações aos direitos fundamentais, enfim tudo o que lhe impõe o Estado de Direito em relação a qualquer outro cidadão<sup>215</sup>.

Só a Constituição e a lei, em seu integral respeito, podem restringir esses direitos (como sucede em relação aos militares<sup>216/217</sup>). Não pode, sequer, admitir-se que, por um acordo expresso ou por um suposto acordo implícito, o estudante pudesse (ter que) renunciar aos seus direitos fundamentais, porque também não estão na sua disponibilidade. Por isso, não pode admitir-se, que um estudante, por o ser, tivesse que, por ex., renunciar ao seu direito a ser

---

na medida do respetivo vínculo funcional, sendo este «determinado a partir da finalidade de cada instituição, segundo o papel que caiba a cada um dos sujeitos da relação».

<sup>215</sup> E mesmo quanto aos aspetos internos/organizatórios quando se revele a alteridade a que se faz referência no texto, como já dizia ROGÉRIO SOARES, "Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva", in *BFDC*, Vol. LVII, 1981, p. 185: «É natural então que, acompanhando o aludido fenómeno geral de jurisdicização interna das relações, também nas relações especiais de poder de carácter público se assista a uma gradual subordinação a preceitos organizatórios, que apesar de se dirigirem à vida interna do serviço e serem como tais funcionalmente preceitos internos, podem tocar os sujeitos envolvidos como pessoas e se transformam em normas jurídicas externas».

<sup>216</sup> Ou, porventura, a CRP hierarquizar *substancialmente* os seus próprios valores e imposições, como parece suceder em relação ao dever de obediência dos funcionários quanto a ordens ilegais dos seus superiores hierárquicos, desde que não constituam crime, em que se privilegia a eficácia do funcionamento da Administração em relação ao princípio da legalidade da sua atuação.

<sup>217</sup> Aliás, mesmo em relação aos militares sujeitos a situações de grande intensidade de condicionamento dos seus direitos, resultante da sua muito específica condição (a "condição militar"), nos termos constitucional e legalmente estabelecidos (cf. art. 270.º da CRP), ainda aí se não pode pura e simplesmente considerá-los desprovidos dos seus direitos fundamentais, por ex. do direito ao ensino.

Veja-se o Ac. do STA de 16.11.2005, a propósito da aplicação aos militares da GNR do estatuto de trabalhador-estudante, onde, embora concluindo pela "prevalência" dessa especial condição, se alude a posição contrária, desde logo o Ac. do TCA, aí em recurso, e voto de vencido do Parecer do CC/PGR citado em *Nota supra*, como segue:

«O Estado não pode simultaneamente erigir em direito fundamental o direito à protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes, densificá-lo por via da lei ordinária, e alijar de todo, quanto a tais trabalhadores e sem fundamento material bastante, o ónus da sua concretização.

No caso presente, encontramos-nos, é certo, no âmbito das chamadas relações especiais de poder; que acompanhe a variedade das situações» (JORGE MIRANDA, ob. cit., p. 302).

É este equilíbrio que, salvo o devido respeito, não se nos afigura ser respeitado na solução encontrada no parecer, onde, sem justificação material bastante, somos conduzidos à negação pura e simples de um direito fundamental (as vias da «valorização profissional» e da «licença para estudos», consagradas, respectivamente, nos artigos 150º e 178º do Estatuto da GNR não configuram direitos dos oficiais, sargentos e praças, mas concessões hierárquicas outorgadas sem prejuízo para o serviço e/ou com prejuízo para o beneficiário - cf. nº 4 do segundo dos dispositivos)».

respeitado, ao direito à intimidade, ao direito à imagem. A situação das praxes ofensivas, vexatórias, humilhantes, mesmo quando *supostamente* consentidas, promovidas por, ou no âmbito de IES, é um exemplo de como muito ainda há que percorrer no reconhecimento da plenitude desse estatuto<sup>218</sup>.

Aliás, mesmo a invocação de uma relação de especial sujeição para limitação de direitos individuais só faria/só faz sentido à luz da natureza dessas relações e dos fins que se visam: se, por ex., se compreende uma compressão dos direitos dos presos no que respeita à utilização de computadores, porque essa utilização pode comprometer os fins da privação da liberdade ou o eficaz funcionamento das cadeias, o facto é que, mesmo aí, a invocação da necessidade não pode permitir tudo, isto é, se num caso concreto essa utilização for indispensável para, por ex., o preso frequentar ensino superior à distância e for possível confinar a ligação por internet apenas à IES que predispõe tal serviço, a limitação total é, então, desnecessária ao fim que preside à proibição e é, pelo contrário, necessária ao exercício do direito fundamental à educação, logo há que fazer a conciliação prática possível dos vários valores em presença<sup>219</sup>.

No caso das IES, em favor da eficácia e da consecução dos fins em vista pode, para dar um exemplo, proibir-se o uso de computador ou de telemóvel durante a realização de um exame escrito, sendo essa uma limitação indispensável à prossecução do objetivo visado. Mas será possível, também a título de exemplo, impedir um estudante de, durante a realização dessa mesma prova, sair por alguns momentos para ingerir um medicamento, ou, até, alimentar-se porque uma qualquer doença de que é portador o requer? Parece claro que há que fazer intervir aqui critérios de proporcionalidade, igualdade e/ou justiça e subordinar toda a atividade da Administração, no caso a IES, a uma juridicidade que terá muitas vezes que ultrapassar a mera legalidade estrita, sob pena de se violarem ou limitarem indevidamente os direitos fundamentais. Será possível conceber que para um estudante com uma incapacidade se tenham que adotar métodos alternativos de avaliação e para um estudante que as não tenha

---

<sup>218</sup> Lamentavelmente, também, ainda há IES em que os estudantes são desconsiderados, por docentes e funcionários, como se fossem menores a tutelar *in loco parentis*.

<sup>219</sup> Cf. em Espanha a sentença do STC 212/03, de 1.12. Em muitas outras situações da vida real há necessidade de conciliações práticas e harmonizações, pense-se por ex. na proibição de uso de computadores durante uma viagem de avião: alguém ousaria defender essa utilização em homenagem a um direito individual, se tal puser em risco os sistemas de navegação e com isso a vida?

não possam admitir-se iguais “compensações”, se numa determinada situação concreta forem exigíveis, atenta a consideração dos mesmos valores<sup>220</sup>?

## **5. O estudante na dupla qualidade de utilizador do serviço público de ensino superior e de partícipe (“co-conformador”) da relação jurídica em que o serviço consiste**

Ligada à tradicional consideração das Universidades como agremiações de estudantes e professores, mas também às conceções sobre a democraticidade inerente/imprescindível às liberdades académicas, a colegialidade e a participação dos estudantes na gestão e governo institucional tem sido uma característica essencial da organização das IES na Europa e também entre nós, de há algumas décadas para cá, mais concretamente a partir dos movimentos de afirmação da “construção de um mundo novo” protagonizados pelo Maio de 68 em França e, no nosso caso, acentuados com a Revolução de Abril de 1974. No que se refere aos modelos de gestão, passado o predomínio das ideias burocráticas/weberianas, o “New Public Management” atingiu também o ensino superior; porém, ao contrário do que sucedeu noutros setores (aí, pelo aumento de participação dos usuários na gestão), vem-se agora tendendo para uma diminuição da influência dos estudantes no governo e gestão das IES<sup>221</sup>.

Apesar dessa mais recente evolução, que tende a colocar a tónica no estudante como destinatário, usuário ou até “consumidor” do serviço público, a verdade é que continua a dever

---

<sup>220</sup> É possível que, para impedir um estudante de copiar, o vigilante lhe “confisque” os bens pessoais? E pode invadir a sua privacidade manuseando os conteúdos das suas mensagens de telemóvel perante uma suspeita de que estava a contactar com o exterior para esse efeito?

Um dos direitos fundamentais do cidadão é a tutela jurisdicional efetiva («*ubi ius, ibi remedium*»). Como mais à frente veremos, poderá ser recusada a revisão de provas académicas, incluindo o seu controlo jurisdicionalizado, com o argumento “clássico” de que os atos académicos são irrecorríveis? Poderá ser recusada a mera retificação de uma pauta quando se comprove que o docente se enganou ostensivamente, sob a alegação “tradicional” de que as pautas são imodificáveis, por apelo a uma espécie de omnisciência ou infalibilidade do docente?

<sup>221</sup> Sobre o Ponto diz PEDRO BARRIAS, *As universidades fundacionais e o New Public Management*, Dissertação de Mestrado, ISCTE-IUL, Outubro de 2012, p. 5: «A partir do início dos anos 90, a vertente meramente económica das teses manageriais foi temperada com um novo conceito de serviço público, concebido numa lógica de cooperação, participação, proximidade da administração aos cidadãos-utentes-clientes, consagrando os valores da democracia na prática administrativa. No entanto, esse modelo de Governança não será analisado no contexto da presente dissertação já que o ensino superior tem manifestado uma tendência contrária à sua implementação e os seus modelos de gestão têm evoluído no sentido de menor participação dos utentes (estudantes) na gestão das instituições».

ser ele encarado como membro de uma comunidade<sup>222</sup>, a comunidade acadêmica, sua “alma mater”, em que pode (aliás, deve) participar ativamente e cujos destinos por essa via influencia. Tanto assim que a lei lhe dá o direito de incorporar vários dos órgãos da IES em que se insere, como é o caso, designadamente, dos órgãos pedagógicos em que até vê assegurada a paridade de representação (entre docentes e estudantes). O estudante é, por outro lado, coprodutor do “produto” final que é a construção do seu próprio conhecimento e, mais amplamente, do conhecimento global<sup>223</sup>.

Seja entendendo-se a participação dos estudantes como uma forma de cogestão pelos usuários do serviço público de ensino, seja como, mesmo, verdadeiramente constitutiva/constituente<sup>224</sup>, por serem eles partes da própria comunidade (essa detentora, como um todo, de autonomia de governo e gestão, para defesa e garantia da realização das liberdades acadêmicas, que são também do estudante), a verdade é que tal participação há-de, ainda, respeitar os limites ditados pela natureza das matérias em jogo, sob pena de violação da sua própria razão de ser. Não se pode, por ex., admitir exames em cogestão (v.g. provas

---

<sup>222</sup> Os clientes estão mais interessados no produto final e no preço que terão que pagar por ele, enquanto que os membros de uma comunidade têm um interesse intrínseco no desenvolvimento e no bem estar da sua comunidade, ver SJUR BERGAN, “Academic freedom and institutional autonomy...” cit., p. 28.

<sup>223</sup> “(...) students – not being consumers rather partners of their teachers and (knowledge) co-producers and knowledge workers after all (...)”, JOSEF LEIDENFROST, “The role and context of the higher education ombudsman”, in *Legal aspects of higher education in an international context: disputes, resolutions, methods and safeguards*, European Association for International Education (EAIE), Occasional Paper 21, p. 40.

<sup>224</sup> O que não significa que defendamos, como se vê acontecer entre nós, com raízes na doutrina alemã, a dualidade “comunidade universitária” e universidade, designadamente para considerar que a autonomia corresponderia à primeira, sendo por isso algo indiferente o modelo institucional que lhe desse cobertura, posição, a que nos referiremos adiante, sustentada por PEREIRA COUTINHO, *As Faculdades...* cit., *passim*.

J. M. SOUVIRON MORENILLA/F. PALENCIA HERREJON, *La Nueva Regulacion De Las Universidades*, Editorial Comares, Granada, 2002, dizem, p. 64, comentando a posição nesse sentido tomada pelo TC espanhol:

“En realidade, lo que tras esa atribución por la jurisprudencia constitucional de la autonomía universitaria a la «comunidade universitaria» late es una consideración dual de la Universidad pública como persona jurídica, conforme a un modelo que, de un lado, y reforzando así la autonomía de la ciencia, la libertad académica, integra un ámbito de autogestión y autoadministración de los aspectos atinentes a esa libertad académica – y aún de sus intereses- por la «comunidade» académica, y, de outro lado, y yuxtapuesto, el de la gestión del «establecimiento» universitario, que en los términos definidos para éste por la ley (su personificación) el TC (STC 26/1987) no llegó a cuestionar, pero cuyo régimen en cuanto tal – en los aspectos no conexos a la estricta libertad académica de la comunidade universitária - pudiera resultar irrelevante desde la perspectiva de la autonomía garantizada por el artículo 27.10 CE; sobre todo una vez que el TC recondujo esa «autonomía» de las Universidades, no a ésta como organización, sino a la citada comunidade universitária. Diríamos que de esa doble faz de la Universidad (comunidade universitaria o académica, y establecimiento público personificado) primó en la STC 26/1987 la primera, al punto de que, respetada la autonomía en sus aspectos atinentes a la comunidad universitaria, podría resultar irrelevante que la Universidad como establecimiento (en su organización de personal no docente, patrimonio, benes, etc.) fuera persona jurídica o un servicio descentralizado de la Administración territorial».

preparadas por acordo) ou exigências de paridade<sup>225</sup> de representação dos estudantes em órgãos que não os estritamente pedagógicos.

Por outro lado, a corresponsabilização do estudante num processo que não é apenas de um ensino “unidirecional”<sup>226</sup>, mas um processo de ensino/aprendizagem, leva a que ao reconhecimento de direitos se contraponha a responsabilidade do estudante no desenvolvimento e consecução dos objetivos a que a relação se destina, o que se traduz na sua corresponsabilização pelo resultado, ou seja na deslocação clara de uma obrigação de resultado por parte da IES para uma obrigação de meios, em que à diligência da Instituição e dos seus agentes principais, os docentes, tem que se justapor a diligência do estudante ou, pelo menos, a sua não resistência ou oposição ao resultado<sup>227</sup>.

Também a participação na elaboração de regulamentos e códigos de conduta revela a intervenção “conformadora” do estudante na própria relação jurídica de que é também parte, o que acentua a complexidade da natureza desta e da análise da posição dos sujeitos, em cada um dos seus polos.

## **6. As especificidades decorrentes da *autonomia universitária*, designadamente face à capacidade da instituição prestadora do serviço público para autonomicamente conformar a relação jurídica que mantém com o estudante**

Da autonomia universitária, pode dizer-se, com CARLA AMADO GOMES<sup>228</sup>, que «[e]la é, antes de mais, sinónimo de liberdade de ensino, de criação científica, de investigação, é um lugar privilegiado de exercício do direito de expressão em torno do qual os restantes gravitam». A autonomia universitária,

---

<sup>225</sup> Que o TC alemão negou (“Drittelparität”) como forma organizativa geral, em célebre decisão de 29.5.1973.

<sup>226</sup> Como diz CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 85: «O processo de aprendizagem é pleno de dinamismo, com prestações e contraprestações materiais sucessivas por ambas as partes. O aluno deixa de ser um receptor passivo da lição e passa a ser encarado como um colaborador activo da Administração na formação da decisão administrativa. O procedimento de avaliação de conhecimentos surge, desta feita, com contornos muito especiais, dado que, por natureza, não assenta exclusiva ou maioritariamente na actuação administrativa, mas antes se constrói a partir da colaboração intensa entre professor e aluno».

<sup>227</sup> Como responsabilizar um docente pelo insucesso escolar do aluno se foi este que não se apresentou às aulas, não realizou as tarefas essenciais à aprendizagem ou simplesmente se não esforçou minimamente para apreender os conteúdos que lhe foram lecionados?

<sup>228</sup> “Apontamentos...” cit., pp. 62 e 63, citando EDIVALDO BOAVENTURA.

como, assim, direta emanção das *liberdades de aprender e ensinar*, ficou entre nós<sup>229</sup> consagrada a nível constitucional pelo art. 76.º/2 da CRP na redação da Lei Constitucional n.º 1/82<sup>230</sup>. E essa é, no nosso ordenamento jurídico, uma característica *essencial* da instituição universitária, garantia institucional e verdadeiro direito fundamental da própria Universidade<sup>231</sup>, de tal forma que, embora sendo um direito de configuração legal, lhe está assegurado, em qualquer caso, um conteúdo essencial mínimo<sup>232</sup>.

Esse *núcleo essencial* há-de ser, como se assinalou já, determinado pela própria razão de ser da consagração dessa autonomia, ou seja, corresponder ao necessário para salvaguardar as “liberdades académicas”, de aprender, ensinar e investigar, e que se traduz nas várias vertentes que dessa autonomia a CRP enuncia no citado art. 76.º/2: «As universidades gozam, nos termos da lei, de autonomia *estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira*, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino» (itálico acrescentado).

Dessas várias vertentes (a que o RJES acrescenta a autonomia *patrimonial*) importa aqui – atenta a sua preponderante incidência na matéria que nos ocupa – destacar as científica e pedagógica<sup>233</sup>, mas sem esquecer que essas vertentes se “operacionalizam” através de outras, como as de governo e de gestão<sup>234</sup>, e, porque a concretização de todas se opera pela emissão de normas, também ou mesmo primacialmente através da autonomia normativa (estatutária e infra-estatutária), no uso da qual a IES pode e deve conformar essa relação de ensino-

---

<sup>229</sup> Como o está em muitos outros países, designadamente da União Europeia, mas, entre nós, «a um nível que não encontra paralelo em muitos países», como salienta SÉRGIO MACHADO DOS SANTOS, “Contributos para o Estudo do Desenvolvimento da Autonomia Universitária em Portugal desde o 25 de Abril”, in *Revista Portuguesa de Educação*, Vol. 12, nº 1, 1999, Instituto de Educação e Psicologia, Universidade do Minho. Sobre o ponto, pode ver-se, por ex., “Autonomy in Education”, *Yearbook of the European Association for Education Law and Policy*, Vol. III, Edited by: WALTER BERKA, JAN DE GROOF, HILDE PENNEMAN, 1998.

<sup>230</sup> 1.ª Revisão da CRP de 1976.

<sup>231</sup> Sobre a autonomia universitária como direito fundamental pode ver-se, com profundidade, PEREIRA COUTINHO, *As Faculdades...* cit., *passim*.

<sup>232</sup> Como dizem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 916, a concretização do n.º 2 do art. 76.º da CRP está expressamente sujeita a reserva de lei, pelo que não pode «deixar de garantir um *espaço mínimo* constitucionalmente relevante, de forma a salvaguardar-se o «núcleo essencial» da autonomia universitária».

<sup>233</sup> «De todas as vertentes da autonomia enumeradas no artigo 76º/2 da CRP, são as científica e pedagógica que constituem o cerne do conceito», escreve CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 63, citando ADRIANO MOREIRA.

<sup>234</sup> Sendo, como diz CARLOS GÓMEZ OTERO, «(...) la Gestión Académica la peculiaridad y singularidad más destacada de la gestión administrativa respecto a otras Administraciones Públicas», “El Alumnado ante la administración universitaria”, in *La Gestión académica a debate – actas de las XIV Jornadas de Gerencia Universitaria*, 15-18 de noviembre 1995, Universidade de Santiago de Compostela, 1996, p. 123.

aprendizagem, desde que, naturalmente, no quadro das normas constitucionais e legais (que balizam a autonomia).

Assim, a autonomia permite à IES regular em múltiplos e detalhados aspetos, formais e materiais, o quadro em que a relação com o estudante se vai desenvolver e, mais concretamente, essa própria relação jurídica, o seu concreto conteúdo e, mesmo, a respetiva garantia<sup>235</sup>. O poder de autonormação da Universidade pública corresponde, assim, ao poder de se dotar da sua própria norma de organização e funcionamento, incluindo a definição da estrutura institucional e órgãos próprios (no respeito do quadro legal, atualmente o RJIES), mas também ao poder de densificar normativamente, mesmo do ponto de vista material (ou seja do conteúdo da relação jurídica), todos aqueles aspetos que não o tenham já sido por norma com valor legal (que seja de carácter imperativo, não meramente supletivo). E não só os Estatutos assumem, neste contexto da autonomia, um valor ou uma força diretamente decorrente ou alicerçada na norma constitucional, traduzindo o poder de autodisposição conferido pela autonomia<sup>236</sup>, como os regulamentos autonómicos não são meros regulamentos de desenvolvimento ou execução de leis<sup>237</sup> mas verdadeiros *regulamentos autónomos*, no sentido de que emanam dessa autonomia formal e materialmente. Nestes “espaços” de “normatividade autonómica” destacamos, pela sua especial incidência sobre a relação com o estudante, a emissão de normas, por isso caracterizáveis como especiais *hoc sensu*<sup>238</sup>,

---

<sup>235</sup> Caso do poder disciplinar, de que se falará adiante.

CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 53, fala da ampla capacidade conformativa dessa prestação [de ensino universitário] pelas Universidades, no âmbito da sua autonomia pedagógica e científica.

<sup>236</sup> Em Espanha, pode ver-se, entre muitos Autores, LUCIANO PAREJO ALFONSO, “La autonomía de las Universidades”, in *VI Curso sobre Régimen de las Universidades Públicas – Almería*, Universidad de Almería, 2002, p. 118, que diz: «Debe destacarse que para el TC, los Estatutos de cada Universidad, aunque tengan en la LoRU la norma que los habilita, en modo alguno son normas de desarrollo de la Ley, son -por el contrario- normas específicas de rango infralegal o reglamentos autónomos en los que se plasma justamente la potestad universitaria de autonormación. A diferencia de los Reglamentos ejecutivos, los Estatutos se mueven en el ámbito de autodisposición conferido por la autonomía; ámbito, en el que el contenido prescriptivo de la Ley no opera como directriz positiva, sino como criterio de control o límite externo de legalidad, de suerte que aquéllos únicamente incurren en ilegalidad cuando contradicen frontalmente las normas legales».

<sup>237</sup> Sem prejuízo de poderem também as leis remeter às IES a incumbência de, nos espaços próprios da sua autonomia, emitirem regulamentos em sua execução e desenvolvimento, ou fazerem-no as instituições para as concretizar, nesses mesmos espaços, ou complementar aspetos que lhes caiba autonomicamente regular.

<sup>238</sup> Sobre a distinção entre *regulamentos especiais* e *regulamentos gerais*, cf. ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa...* cit., p. 230, *Nota 18*: «A especificidade destes regulamentos [especiais] não reside hoje na sua natureza não jurídica (em consonância com a ultrapassagem da perspectiva tradicional das «relações especiais de poder»), mas na circunstância de o respectivo universo de destinatários se encontrar numa relação (jurídica) especial com a

designadamente em matéria de programas, métodos de avaliação e conteúdos de lecionação<sup>239</sup>, bem como de avaliação de conhecimentos, sendo de realçar, quanto a este último aspeto, que os regulamentos de avaliação (mesmo que a sua aprovação última ou formal pertença a outro órgão) são da competência material dos órgãos pedagógicos, nos quais o RJIES garante paridade entre docentes e estudantes.

As *faculdades normativas universitárias*<sup>240</sup> implicam, pela sua especial natureza e força jurídica, aquilo que atrás referimos como *uma certa “relativização da reserva de lei”*, na medida em que, ao contrário dos regulamentos executivos, estamos aqui perante normas regulamentares que não derivam de normas supra-ordenadas a que dêem execução ou desenvolvimento, mas que têm como raiz a própria “reserva de autonomia”, prevista no art. 76.º/2 da CRP e “moldada” na Lei para a qual o mesmo preceito constitucional devolve a concretização dessa autonomia (actualmente o RJIES), pelo que os regulamentos autonómicos podem/devem, na matéria que pertence a essa autonomia, inovar<sup>241</sup> em tudo que não contrarie os parâmetros normativos que lhes são superiores, ou seja, respeitada a preeminência da lei, assumem, “nesse espaço”, um valor de certo modo “equivalente”<sup>242</sup>.

Isso pode suceder mesmo no domínio dos *dlg*, desde que salvaguardados os aspectos essenciais das matérias reservadas à lei<sup>243</sup>, mas é, sobretudo, no domínio do regime disciplinar do estudante, ou seja da definição ou concretização por via regulamentar autonómica (da capacidade normativa, estatutária e ou regulamentar normativa, da IES) do conjunto de deveres a que o estudante fica obrigado, que, por essa via, a conformação da relação jurídica se

---

Administração Pública, assim como no facto de o conteúdo normativo se dirigir à disciplina do conteúdo da relação funcional estabelecida entre Administração e destinatários».

<sup>239</sup> Sem prejuízo da “liberdade de cátedra”, mas quanto aos aspetos organizativos e, de certo modo, limitando a autonomia essa liberdade individual dos docentes.

<sup>240</sup> Para usar a terminologia de L. PEREIRA COUTINHO, *As Faculdades...* cit.

<sup>241</sup> Sobre os regulamentos autónomos como “normas primárias” com “função de dinamização da ordem jurídica” e sobre toda esta complexa problemática, ANA RAQUEL MONIZ, *A Recusa...* cit., designadamente Parte I, Ponto 3.4., pp. 111 e ss.

<sup>242</sup> Implicando o preenchimento “heterónimo” desse espaço, quando reservado à autonomia, ou verdadeira inconstitucionalidade ou a “supletividade do Direito estadual”, como refere L. PEREIRA COUTINHO, *As Faculdades...* cit., pp. 172 ss.

<sup>243</sup> Sobre os regulamentos autónomos em matéria de *dlg*, cf. VIEIRA DE ANDRADE, “Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, BFDC*, 1984, pp. 12 ss.. Cf. ANA RAQUEL MONIZ, ob. e loc. cit., também na p. 432.

pode revelar potencialmente “lesiva” da respetiva esfera jurídica, matéria a que regressaremos adiante.

### **PARTE III – A relação jurídica de ensino-aprendizagem no âmbito do ensino superior público: análise dos seus momentos essenciais**

#### **1. Constituição da relação jurídica**

##### **1.1. Nota introdutória**

A propósito da «natureza jurídica do acto criador da relação de utilização do serviço público pelo particular», diz FREITAS DO AMARAL<sup>244</sup>: «a doutrina acha-se muito dividida sobre esta matéria, podendo dizer-se que a tendência geral é no sentido de os administrativistas verem nesse acto ou um simples *facto jurídico privado do particular* ou, então, um *acto administrativo de admissão*, enquanto os civilistas se inclinam para o considerarem como um *contrato civil de prestação de serviços ou como actuações geradoras de relações contratuais de facto*» e acrescenta: o «acto criador da relação de utilização dos serviços públicos pelos particulares tem, regra geral, a natureza de *contrato administrativo – contrato*, porque entendemos que a fonte dessa relação jurídica é um acordo de vontades, um acto jurídico bilateral; e *administrativo*, porque o seu objecto é a utilização de um serviço público e o seu principal efeito é a criação de uma relação jurídica administrativa».

Será isso assim no caso da relação jurídica que se constitui entre o estudante e a IES? Donde derivam ou qual a fonte dos direitos e obrigações reciprocamente estabelecidos? De um acordo de vontades consubstanciado na matrícula e subsequente inscrição? De um concurso de acesso a uma posição estatutária?

Entre nós e mais propriamente quanto ao ensino superior público de que aqui tratamos, a “inserção” de um *candidato a utente* num estabelecimento de ensino superior, por isso já na

---

<sup>244</sup> *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, (colaboração de LUÍS FÁBRICA, CARLA AMADO GOMES e J. PEREIRA DA SILVA), 3.ª edição, Coimbra, 2007, p. 804.

qualidade de estudante, dá-se, no momento da matrícula, após um processo de *admissão* regulado por lei e não por um qualquer contrato ou acordo de vontades em que as partes possam vincular-se livremente, em reciprocidade, e definir/modelar por sua livre vontade o conteúdo das prestações a que por esse modo se obrigam<sup>245</sup>. Porém, apenas com a inscrição<sup>246</sup> (podendo até conceber-se a interrupção de estudos, isto é, um aluno matriculado mas não inscrito<sup>247</sup>) e o pagamento da propina devida, é que nasce para a instituição o dever *concreto* de prestar o serviço de ensino ao aluno<sup>248</sup> e todas as demais consequências.

Sendo que, como diz M. ESTEVES DE OLIVEIRA<sup>249</sup>, «*Admissão* é o acto administrativo através do qual se insere uma pessoa numa determinada categoria e donde resulta um determinado *status* jurídico – isto é, um feixe de deveres, obrigações e direitos conexos (situação jurídica complexa) legal e regulamentarmente prescritos para os que integrem tal categoria», no caso do ensino superior público, ainda segundo o mesmo A., «Pela (aceitação da) **matrícula** do estudante na instituição universitária constitui-se, então, entre ambos, uma relação jurídica, que se traduz no direito do

---

<sup>245</sup> A vontade do estudante expressa pela matrícula corresponde juridicamente, afigura-se-nos, à aceitação da vontade unilateralmente manifestada por um órgão administrativo, ou seja à aceitação de um verdadeiro acto administrativo receptício. A este propósito veja-se a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Castilha e León, de 4.1.1995, *apud* CARLOS GOMÉZ OTERO, “El alumnado...” cit., p. 160: «se trata pues de un acto administrativo que va más allá de la pura declaración pues no es sólo de comprobación o corroboración de un derecho preexistente, sino que *crea un “status”* o situación nueva en el matriculado con su correlato de derechos derivados (derecho a asistir a clase recibiendo las enseñanzas que se impartan, a ser examinado en condiciones de igualdad con los demás alumnos en las Convocatorias previstas, a recibir el título acreditativo de la calificación obtenida, etc) y obligaciones correspondientes (de asistencia a clase, disciplinarias, etc)».

<sup>246</sup> Por ex., no Preâmbulo do Regulamento de Propinas do ISCTE, publicado por Despacho n.º 16184/2010 no DR, Série II, de 26.10, diz-se: «A matrícula (...) confere a qualidade de estudante e o direito à inscrição nos ciclos de estudo ou curso (...) ministrados».

<sup>247</sup> No Manual Académico do IPL acima citado, a essa situação faz-se corresponder a *caducidade da matrícula*, conceito aí (art. 3.º/20)) definido como «facto que resulta da não inscrição num curso ou ciclo de estudos em que o estudante se encontrava validamente matriculado e inscrito no ano letivo anterior».

<sup>248</sup> Ver, a título de exemplo, o Regulamento de Propinas da Faculdade de Arquitetura da Universidade Técnica de Lisboa, Regulamento n.º 374/2012, no DR, Série II, de 21.8.2012, que estatui, no art.º 1.º/1, sob a epígrafe *Condição de Estudante da Faculdade de Arquitetura*: «São considerados estudantes da Faculdade de Arquitetura (FA) todos aqueles que estiverem validamente matriculados e inscritos num dos seus cursos ou ciclos de estudo» (com sublinhado aqui acrescentado).

<sup>249</sup> No Parecer aqui recorrentemente invocado, por sua vez citando FORTSHOFF, *Traité de Droit Administratif*, Allemand, trad. M. FROMONT, p. 597, ainda que, se bem se interpreta, aí admitindo a possibilidade de se encarar a matrícula universitária como um «acordo de vontades». E acrescenta: «São actos típicos de *admissão* aqueles de que resulta o ingresso do administrado numa colectividade pública ou num serviço público (na primeira hipótese como membro, e na segunda na situação de utente). A *admissão* num estabelecimento público não resulta, as mais das vezes, de um acordo de vontades, assumindo antes um carácter unilateral formal (acto administrativo de *admissão* explícito ou implícito) – desde logo, nos casos em que a utilização do respectivo serviço público está condicionada ao pagamento de uma taxa».

estudante se inscrever anualmente para a frequência das disciplinas do respectivo curso e no dever da Escola lhe facultar essa inscrição nesse curso». Mas «[s]ó pela **inscrição anual**, porém, a Escola se constitui no dever de prestar (regular e continuamente) o serviço, o ensino, correspondente às disciplinas em que o utente se inscreveu naquele ano lectivo e este, em contrapartida, se constitui no dever de pagar, em proporção, a propina fixada»<sup>250</sup>.

## 1.2. O regime de acesso

Como se assinalou, o regime de acesso<sup>251</sup> ao ensino superior não é estabelecido por via negocial/contratual entre instituição e aluno<sup>252</sup>, nem sequer sendo fixado pela instituição pública por sua livre iniciativa e vontade, mas é, antes, um regime legal, imperativo<sup>253</sup>, que a ambas as partes, estudante e IES, “externamente” se impõe/vincula<sup>254</sup>.

E, como também se disse, nos termos do art. 74.º/1 da CRP, todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar<sup>255</sup>, sendo que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado, segundo o n.º 2 e sua alínea d), garantir a todos os cidadãos, *segundo as suas capacidades*, o acesso aos graus mais elevados do ensino<sup>256/257</sup>, dispondo, por sua vez, o art. 76.º/1 seguinte que o regime de acesso à

---

<sup>250</sup> Há, assim, diz ainda o Parecer antes citado, «duas obrigações sinalagmáticamente ligadas do ponto de vista jurídico», mas logo acrescenta «[i]sto não significa forçosamente que tenham de aplicar-se às obrigações sinalagmáticas jurídico-públicas exactamente as mesmas regras e soluções das obrigações sinalagmáticas no campo do direito privado».

<sup>251</sup> Como se sabe, há um regime específico para o caso de transferência, mudança de curso ou reingresso no ensino superior, atualmente regido pelo DL n.º 196/2006, de 10.10, e diversas Portarias (e pelos Regulamentos autonómicos) em sua execução e desenvolvimento, mas em todos estes casos o estudante ainda está ou já esteve integrado no “sistema”, ao contrário do acesso, por isso inicial.

<sup>252</sup> Em que o utente subscrevesse um contrato de adesão, como é sustentado em relação a outros serviços públicos.

<sup>253</sup> Argumento reforçado por serem as taxas sempre, como refere TEIXEIRA RIBEIRO, receitas coativas, pois não é negocialmente assumida a obrigação de as pagar, “Noção Jurídica de Taxa”, in *RLJ*, ano 117º, pp. 289 e ss..

<sup>254</sup> Podia perfeitamente figurar-se um modelo alternativo, o que, aliás, recorrentemente se vem trazendo à discussão pública, designadamente o do cheque-ensino, em que o Estado subsidia diretamente o estudante e este, depois contratualiza, com uma IES, pública ou privada, a prestação do serviço de ensino superior.

<sup>255</sup> Preferem BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/NAOMAR DE ALMEIDA FILHO, *A Universidade...* cit., p. 49, *Nota 36*, designar esta área como «acesso/permanência ou mesmo acesso/permanência/sucesso, uma vez que o que está em causa é garantir, não só o acesso mas também a permanência e o sucesso (...)».

<sup>256</sup> A alínea seguinte, recorde-se, comete ao Estado a incumbência de «Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino».

Universidade e às demais instituições do ensino superior garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, *devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país*<sup>258/259</sup>.

Saber se neste preceito constitucional se consagra um direito fundamental de natureza análoga é questão que já se colocou amplamente na nossa jurisprudência, tendo a jurisdição administrativa firmado que «a igualdade de oportunidades no acesso ao ensino e no regime de acesso ao ensino superior constitui uma garantia que convoca a aplicação do regime jurídico dos demais direitos, liberdades e garantias»<sup>260/261</sup>. Diversamente, entendeu o TC no Ac. n.º 353/07<sup>262</sup> o seguinte:

---

<sup>257</sup> Cf. a fundamentação do Ac. do TC 176/12, de 28.3, no sentido de a garantia constitucional de acesso ao ensino superior se poder inferir, não do disposto no art. 76.º, n.º 1 da CRP, onde se estabelecem as regras, directivas e objetivos a que deve subordinar-se o regime de acesso ao ensino superior, mas do disposto nos arts. 74.º, n.ºs 1 e 2, alínea d) da CRP, na medida em que daqui se extrai, ainda que essencialmente como tarefa constitucional do Estado, um «direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso» e uma garantia de «acesso aos graus mais elevados do ensino» de acordo com as capacidades de cada um. Também no Ac. do TC 1/97, de 8.1, se diz (a propósito de uma comparativa subtração de possibilidades de acesso ao ensino superior a um grupo de candidatos): «E isto acontece numa matéria em que a Constituição exige do Estado uma promoção da igualdade (condições de acesso ao ensino superior - artigo 76º, nº 1) e não lhe atribui apenas um papel de guardião da igualdade formal, numa matéria, em suma, em que estão em causa projectos de vida dos jovens portugueses».

<sup>258</sup> Cf. Constituição da República Italiana, art. 34.º/3: «I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi».

<sup>259</sup> A LBSE dispõe, no art. 2.º:

«2- É da especial responsabilidade do Estado promover a democratização do ensino, garantindo o direito a uma justa e efectiva igualdade de oportunidades no acesso e sucesso escolares.

3- No acesso à educação e na sua prática é garantido a todos os portugueses o respeito pelo princípio da liberdade de aprender e de ensinar, com tolerância para com as escolhas possíveis, tendo em conta, designadamente, os seguintes princípios:

a) O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas;

b) O ensino público não será confessional;

e) É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas».

Também a LFES diz, no seu art. 2.º,

«Constituem objectivos do financiamento do ensino superior:

«(...)

e) Promover o direito à igualdade de oportunidades de acesso, frequência e sucesso escolar, pela superação de desigualdades económicas, sociais e culturais;

f) Valorizar o mérito, dedicação e aproveitamento escolar dos estudantes, independentemente das suas capacidades económicas».

<sup>260</sup> Sentença do TAF de Coimbra, de 30.10.2006, *apud* CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 301.

<sup>261</sup> Cf., entre outros, o Ac. do TCAN, de 19.07.2007 (ponto X. do Sumário):

«Não resulta, directamente, deste preceito constitucional [o art. 76.º/1] o reconhecimento da existência de um direito fundamental ou de natureza análoga de acesso ao ensino superior. Ele limita-se a estabelecer as regras, directivas e objectivos a que deve subordinar-se o regime de acesso ao ensino superior, na definição que dele venha a fazer o legislador infraconstitucional (...).

Nesta perspectiva, poderá afirmar-se que o art.º 76.º, n.º 1, da Constituição se limita a reconhecer a existência de um direito institucional de ensino superior e os princípios a que o regime da sua prestação, a efectuar pelo legislador infraconstitucional, deve obedecer».

Associamo-nos ao entendimento de que o direito de acesso ao ensino superior não é um direito fundamental de natureza análoga.

### 1.3. Limitações no acesso ao ensino superior (*numerus clausus*)

O acesso ao ensino superior, nos termos enunciados será, assim, uma *pretensão jurídica*<sup>263</sup>, estando o Estado constitucionalmente obrigado a garantir a todos e em igualdade de circunstâncias esse acesso na “medida do possível”<sup>264/265</sup>, por isso, vigorando entre nós, como é

---

«A garantia de igualdade de oportunidades de acesso ao ensino, especificamente, ao ensino superior (arts. 74.º, n.º 1 e 76.º, n.º 1 da CRP) constitui uma dimanação do próprio princípio da igualdade enunciado no art. 13.º da nossa Lei Fundamental cuja função de protecção tem sido caracterizada como “direito subjectivo público”, pelo que deve caracterizar-se ou qualificar-se como um direito, liberdade e garantia de natureza análoga e, nessa medida, aplica-se-lhe o regime legal dos direitos, liberdades e garantias (arts. 17.º e 18.º da CRP), podendo ser tutelado e efectivado legitimamente através do presente meio contencioso» [no caso, a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias]. Aí se diz que no mesmo sentido se pronunciaram os Ac.s do TCAN, de 25.01.2007 e de 05.07.2007, os Ac.s do TCAS de 30.11.2011 e de 12.01.2012 e o Ac. do STA de 13.07.2011 (cf. Ac. do TCAN, de 14.12.2012).

<sup>262</sup> Ac. do TC 353/07, de 12.6, a propósito da retroatividade do DL n.º 147-A/2006, de 31.7, diploma que alterou o DL n.º 256-A/96, e do Despacho do Secretário de Estado da Educação n.º 16078-A/2006, de 2.8. O recurso incidiu sobre o Ac. do TCAN de 25.1.2997, por sua vez em recurso da Sentença do TAF de Coimbra de 18.10.2006.

<sup>263</sup> Acompanhamos DORA LUCAS NETO, “Nota sobre a antecipação do juízo sobre a causa principal (um comentário ao artigo 121º do CPTA)”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, p. 55, que entende ser a situação de um requerimento cautelar de admissão provisória numa faculdade exemplo emblemático de circunstância que permite, tendencialmente, através do requisito substantivo de delimitação objetiva, a aplicação excludente do art. 109º do CPTA.

<sup>264</sup> Mas como direito fundamental requer-se no mínimo a satisfação pelo Estado das prestações correspondentes ao respetivo conteúdo essencial.

<sup>265</sup> Pretensão também subordinada à capacidade individual, que, conforme GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 899, «deve ser entendida (...) no sentido de capacidade de aprendizagem, de capacidade potencial (...)».

sabido, ao menos em relação aos primeiros ciclos de estudos superiores, um regime de “*numerus clausus*”<sup>266</sup>.

No que ao *numerus clausus* respeita, extraímos do Sumário do Ac. do STA, de 8.3.2005:

«I. O estabelecimento do *numerus clausus* no acesso ao ensino superior não viola os direitos de aprender, de acesso ao ensino superior e de igualdade de oportunidades nesse acesso, estabelecidos nos artigos 43.º, 74.º e 76.º da CRP, na medida em que estes direitos não são direitos absolutos, incontornáveis e ilimitados, tendo de ser compatibilizados, por um lado, com o manifesto interesse público em que seja ministrado ensino de qualidade, ínsito no direito de aprender também reconhecido naquele artigo 43.º, e devendo, por outro, ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país, também considerada no artigo 76.º, n.º 1, da CRP, sendo certo que esse princípio não põe em causa, só por si, o direito de igualdade de oportunidades de acesso, na medida em que, a haver restrições, deverão atingir os menos preparados para atingir os níveis supra referenciados».

E acompanhamos a síntese do Ac. do STA, de 13.9.2007, nesta matéria:

«(...) não existe um qualquer direito fundamental, ou de natureza análoga, de aceder ao ensino superior – pois o direito de aí aceder só se subjectiva depois de tal acesso ter sido individualmente conseguido por cada interessado no respectivo concurso como emanção do direito fundamental de ensinar e aprender».

Já na vigência da Constituição de 1976, é no DL n.º 397/77, de 17.9, e na Portaria n.º 615/78, de 14.10<sup>267</sup>, que se encontra a primeira disciplina de limitação no acesso<sup>268</sup>, tendo, na

---

<sup>266</sup> Em anotação ao art. 74.º da CRP, ob. cit., p. 896, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA dizem: «O problema que nesta sede se pode colocar é precisamente o da constitucionalidade das formas limitativas de acesso a determinado grau do sistema escolar (*numerus clausus*). A Constituição parece admiti-lo no que respeita às Universidades e, mesmo aí, sob certas condições». E, nas *Notas I e II* ao art. 76.º, p. 912, acrescentam: «O direito de **acesso ao ensino superior** (n.º 1) (...) é uma concretização do direito ao ensino, aplicado ao mais alto nível escolar (o ensino superior, em particular o universitário). (...) Questão diferente é a de saber se pode haver limites oficiais no acesso ao ensino superior, designadamente na forma de limitação quantitativa ou contingênciação (*numerus clausus*), para o qual a Constituição não fornece nenhuma indicação. Contudo, a não ser ilícito à partida, o *numerus clausus* deve respeitar os seguintes requisitos constitucionais: (...)», desenvolvendo, a seguir, os requisitos que consideram necessários para que não se verifique inconstitucionalidade na fixação dessas limitações ao acesso.

<sup>267</sup> A par com “experiências” iniciais, conforme, respetivamente, os DL n.º 491/77, de 23.11, e n.º 385/78, de 6.12, que incluíram a instituição de um *ano propedêutico* e de um Gabinete Coordenador do Ingresso no Ensino Superior, organismo a que foram então cometidas funções de controlo das condições legais de acesso dos candidatos e organização do respetivo ingresso no ensino superior.

Uma breve descrição da evolução do acesso ao ensino superior até à altura, pode ver-se no *Relatório e parecer da Comissão de Educação Ciência e Cultura* da Assembleia da República aquando da apresentação do *Projeto de Lei*

sequência da publicação da LBSE<sup>269</sup>, sido aprovado em 1988 um novo regime de acesso, regulação sucessivamente renovada<sup>270</sup> até ao regime atual, consistindo, em termos gerais<sup>271</sup>, num processo de candidatura em fases, no qual os candidatos concorrem entre si pelas vagas disponíveis, antecipadamente fixadas, segundo critérios legalmente pré-estabelecidos<sup>272</sup>, por isso em pressuposta igualdade de condições de acesso com garantias de rigor e imparcialidade no resultado a atingir<sup>273</sup>.

Em 2008, o DL n.º 296-A/98, de 25.9, diploma que, embora com diversas alterações<sup>274</sup>, regula ainda o acesso, sofreu novas alterações e republicação com a versão atualizada em anexo ao DL n.º 90/2008, de 30.5, alterações que já tomaram em consideração o disposto no

---

n.º 376/VII que visava a extinção do sistema de *numerus clausus*, relatório acessível no DR, Série II, n.º 68, de 9.7.1998, pp. 1591 e ss..

A Resolução da Assembleia da República n.º 53/2012, no DR, 1.ª S., n.º 80, de 23.4, “Recomenda ao Governo que estabeleça as condições para a criação de um contrato de transparência no acesso ao ensino superior”.

<sup>268</sup> Consigna-se no referido diploma legal: «1.º- Quando necessário, o Ministro da Educação e Investigação Científica poderá, para cada curso do ensino superior, fixar, por portaria, o número máximo de estudantes a admitir anualmente à matrícula no 1.º ano do respectivo curso. 2.º- A portaria que fixar o número de admissões enunciará as regras da escolha dos candidatos a admitir à matrícula de acordo com critérios que permitam graduar os respectivos candidatos».

<sup>269</sup> Lei n.º 46/86, de 14.10, alterada pelas Leis n.ºs 115/97, de 19.9, 49/2005, de 31.8, e 85/2009, de 27.8 – cf. art. 12.º.

<sup>270</sup> Conforme DL n.º 354/88, de 12.10, designadamente com o DL n.º 189/92, de 3.9, e DL n.º 28-B/96, de 4.4, 296-A/98, de 25.9.

<sup>271</sup> Como se sabe, há também regimes especiais.

<sup>272</sup> Não podendo, como resultado de uma alteração legislativa, haver violação do princípio da proteção da confiança, com «consequências gravosas na esfera do confiante, não sanáveis por medidas ao alcance do próprio, dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade», cf. Ac. TC 176/12, de 28.3.

<sup>273</sup> Já no início da parte preambular do DL n.º 397/77, de 17.9, se dizia (itálico aqui acrescentado): «Constitui preocupação do Governo, na sequência das disposições constitucionais que à matéria se referem, salvaguardar a qualidade e promover a melhoria do ensino ministrado nas escolas superiores, para o que deverá, tendo em conta as condições que a *todos garantam o acesso a este grau de ensino, em função das suas capacidades e em termos da mais estreita igualdade de oportunidades*, tomar as medidas adequadas ao cumprimento daquelas disposições e finalidades».

Também a LBSE, no seu art. 12.º, impõe a igualdade no sistema de acesso, como, em relação à frequência, se reflete no seu n.º 6: «O Estado deve criar as condições que garantam aos cidadãos a possibilidade de frequentar o ensino superior, de forma a impedir os efeitos discriminatórios decorrentes das desigualdades económicas e regionais ou de desvantagens sociais prévias».

Sobre o cumprimento do princípio da igualdade, pela discriminação positiva legalmente operada na regulação dos chamados contingentes especiais, veja-se JOÃO CALEIRA, *Do Princípio da Igualdade nos contingentes especiais de acesso ao ensino superior – O teste da afirmação positiva*, Julho de 2012, publicado em [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net).

<sup>274</sup> A saber, pelos DL n.ºs 99/99, de 30.3, 26/2003, de 7.2, 76/2004, de 27.3, 158/2004, de 30.6, 147-A/2006, de 31.7, 40/2007, de 20.2, 45/2007, de 23.2, e 90/2008, de 30.5, retificado pela Declaração de Retificação n.º 32-C/2008, de 16.6.

art. 64.<sup>o275</sup> da Lei n.º 62/2007, de 10.9, que, como é sabido, entretanto aprovara o RJIES, passando o regime de acesso a aplicar-se à «frequência de ciclos de estudos de licenciatura e integrados de mestrado», nos termos agora instituídos com o chamado “Processo de Bolonha”. Trata-se, em suma, de um concurso nacional organizado pela Direcção-Geral do Ensino Superior, com as ressalvas previstas no art. 27.º/2, constando o Regulamento mais recente, do acesso e ingresso no ano letivo de 2013-2014, da Portaria n.º 224/2013, de 9.7, e do referido DL n.º 296-A/98.

Assim, havendo um concurso sujeito a *numerus clausus* regulado por normas imperativas de direito público/administrativo, em regra nacional<sup>276</sup>, agora dirigido por uma Comissão Nacional de Acesso ao Ensino Superior, com provas de ingresso para avaliação da capacidade para a frequência e a que apenas são admitidos os que comprovem deter a habilitação legal para o efeito, só tendo direito à matrícula e inscrição numa determinada IES e num determinado curso aqueles que neles tenham sido colocados em resultado desse concurso através de operações de selecção e seriação final, patente se revela que o acesso ao ensino superior é, entre nós, de natureza legal/estatutária e não da vontade mútua de instituições e estudantes, os quais possam, como contrapartes “negociais”, livremente constituir e ou conformar a relação de ensino-aprendizagem que se vai estabelecer entre ambos.

## **2. O desenvolvimento da relação jurídica**

### **2.1. Regime de permanência do estudante na instituição de ensino superior pública**

A relação jurídica de ensino-aprendizagem é uma relação continuada, que se estende no tempo<sup>277</sup>, por isso podendo sofrer diversas vicissitudes (incluindo a suspensão) até à sua cessação.

---

<sup>275</sup> Que identifica os pressupostos de admissão.

<sup>276</sup> Em certos casos pode ser local, cf. art. 27.º/2.

<sup>277</sup> CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 88 diz: «O dever de atribuição de uma nota é, em virtude da natureza dialéctica da relação jurídica de ensino, e por imperativos de igualdade e de transparência essenciais ao

Afirmar a igualdade no acesso ao ensino superior público não é, obviamente, suficiente para assegurar o direito fundamental que, com a matrícula, passa de situação de quiescência a uma situação de efetividade, se, a seguir à constituição da relação jurídica de ensino-aprendizagem, a IES puder impedir a permanência do estudante ou fazer cessar tal relação a seu livre arbítrio, ou, mesmo, por invocação de uma suposta “*exceptio non adimpleti*”<sup>278</sup> (aspeto a que já atrás se fez alusão) como se se tratasse de uma relação puramente contratual. Esse *regime de permanência*<sup>279</sup> é, assim, uma garantia para o aluno, o qual – não obstante a *autonomia universitária* (que, apesar de muito “intensa” tem que ser conciliada com outros direitos fundamentais) – só pode ser “erradicado” da IES nos precisos termos do enquadramento legal pertinente.

Pronunciando-se sobre as consequências da falta de pagamento de propinas e sobre a “divisibilidade” da relação de serviço público para tais efeitos, mais concretamente sobre a possibilidade de recusa de inscrição no ano letivo com fundamento na existência de propinas em dívida, diz VIEIRA DE ANDRADE<sup>280</sup>:

«Também a circunstância, já referida, de que a frequência do ensino superior configura o exercício de um direito fundamental – o direito ao ensino (artigo 74.º da Constituição) – aponta para a diminuição das possibilidades de recusa de inscrição dos alunos, por estar neste aspecto directamente em causa o *núcleo essencial* desse direito.

De facto, recusar a inscrição é *negar o próprio direito ao ensino*, que é medularmente um *direito à prestação do ensino*, e, por isso, a Administração só pode fazê-lo em casos contados, com base em norma expressa, devendo evitar o recurso à analogia ou a interpretações extensivas ou ampliativas, mais ou menos ousadas, de regras ou, menos ainda, de princípios jurídicos (como o da correspectividade) – aliás, o próprio carácter “progressivamente gratuito” do serviço de ensino,

---

serviço público, produto de um procedimento – o qual se repete tantas quantas as disciplinas e vezes necessárias à realização, com o aproveitamento, devido ou desejado, das provas».

<sup>278</sup> Assim, é questionável a recusa da IES em inscrever de novo o aluno por invocação da existência de uma qualquer sua prestação em atraso.

<sup>279</sup> Por alguma razão se dá em Espanha a designação de “regime de permanência” ao que entre nós se designa tradicionalmente como “prescrição” dos alunos. Na verdade, do que se trata substantivamente é do direito do estudante a manter a relação que estabeleceu como utente do serviço público, a partir do momento em que, pelo seu desempenho “falhado”, não correspondeu à “obrigação de sucesso” que lhe incumbia como contrapartida do serviço que lhe vinha sendo prestado.

<sup>280</sup> Parecer citado, pp. 17 e 18.

recomendado pela Constituição, *desvaloriza* (ainda que não exclua) o argumento financeiro como causa de negação do exercício do direito respectivo.

Tanto mais que, no que vá além da pura e indiscutível corresponsabilidade entre prestação de serviço e taxa, há-de ver-se, na recusa de inscrição por dívida, a restrição de um direito fundamental, sujeita ao princípio da proporcionalidade nomeadamente na sua dimensão da necessidade».

## 2.2. Suspensão por “prescrição” do estudante

Obrigação principal do aluno, como se disse já, é a de corresponder com o seu adequado esforço de aprendizagem, traduzido no aproveitamento escolar, para a concretização do objetivo comum de ensino-aprendizagem a que se vincula pelo estabelecimento da relação jurídica com a IES onde se matriculou e inscreveu. Essa obrigação tem tradução, desde logo, na LFES, conforme art. 3.º (*Princípios gerais*) (com itálico aqui acrescentado):

«2- Ao financiamento do ensino superior público aplicam-se, ainda, os seguintes princípios: (...)

b) Princípio da responsabilização dos estudantes, entendido no sentido de que estes devem mostrar adequado aproveitamento escolar, justificando, pelo seu mérito, o acesso ao bem social de que beneficiam, *mediado através de um regime de prescrições* definido para a totalidade das instituições; (...))».

Aquilo que entre nós se conhece como *regime de prescrições* ou *prescrição do(s) estudante(s)*<sup>281</sup>, mais propriamente a “prescrição” do direito à matrícula e ou inscrição<sup>282</sup>, não é, assim, senão um especial condicionamento da manutenção da relação jurídica de ensino-aprendizagem em função da frequência e aproveitamento escolar do aluno, que o ordenamento jurídico limita a um número máximo de anos de frequência sem aproveitamento<sup>283</sup>. Com fundamento no invocado *princípio da responsabilização dos* estudantes, ou seja, na obrigação que os estudantes têm de corresponder à fruição que lhes é

---

<sup>281</sup> A Lei n.º 5/94, de 14.3, falava de *caducidade* da inscrição.

<sup>282</sup> Prescrição *do direito à inscrição*, conforme DL n.º 105/87, de 8.3, e diplomas antecedentes.

<sup>283</sup> Os trabalhadores-estudantes não estão sujeitos a essas limitações, conforme decorre do CT.

facultada de bens (semi)públicos de marcada satisfação individual<sup>284/285</sup>, é-lhes, assim, como que *suspenso*<sup>286/287</sup>, por efeito da lei, o seu direito à manutenção da relação jurídica de ensino-aprendizagem, por pressuposto/pré-determinado incumprimento do seu dever de aprendizagem, nos parâmetros normativamente estabelecidos.

Assim, em vários preâmbulos de Regulamentos de IES sobre o regime de prescrição dos respetivos estudantes pode ler-se, em formulação comum:

«A Lei n.º 37/2003, de 22 de Agosto, estabelece as bases do financiamento do ensino superior e enuncia no seu artigo 5.º o regime de prescrições, remetendo no n.º 2 desse mesmo artigo para os órgãos competentes de cada instituição ou Unidade Orgânica a definição do seu regime.

---

<sup>284</sup> Pode ler-se, da apresentação da LFES, na intervenção inicial do então Ministro da Ciência e do Ensino Superior, conforme *Diário da Assembleia da República*, Série I, de 28.6.2003:

«(...) A presente proposta de lei visa reforçar o princípio da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior. Mas a promoção deste princípio reclama, da parte do estudante, esforço, exigência e aproveitamento escolar; na prática, uma cultura de mérito, indispensável a uma sociedade adulta e responsável.

É neste quadro de valores que se enquadra uma das alterações desta reforma - a introdução de um regime de prescrições em substituição do conceito de estudante elegível, este, sim, uma gritante injustiça social.

O Estado investe vastos recursos financeiros na formação superior de um jovem. É a aposta na sua valorização. Compete, pois, enquanto destinatário desse esforço colectivo, mostrar que corresponde, com o seu empenhamento e mérito, ao investimento da sociedade.

O estudante que não tem aproveitamento escolar e se arrasta, anos e anos, por uma instituição do ensino superior está a prejudicar o erário público e está, acima de tudo, a impedir que outro jovem ocupe o seu lugar. Não é aceitável, no plano ético, nem justo, no plano social.

Acresce a este princípio que o estudante que tenha um comportamento idêntico no ensino superior particular e cooperativo perderá todos os apoios sociais que possa beneficiar do Estado».

<sup>285</sup> Como atrás se sublinhou, em Espanha chama-se a idêntico instituto jurídico *regime ou normas de permanência* do estudante, mas este regime é restrito ao curso que frequentaram sem o devido sucesso escolar. Veja-se, por ex., o “Acuerdo” que aprovou as normas de permanência da Universidad Pública de Navarra, em [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-15503](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-15503): «A la obligación de la Universidad de poner a disposición de los estudiantes los medios necesarios para que puedan alcanzar un rendimiento adecuado, se corresponde la responsabilidad de los estudiantes de aprovechar suficientemente esos medios. Es tarea de todos alcanzar un nivel satisfactorio en la cualificación académica de los titulados, y velar por la utilización eficiente de los recursos que aporta la sociedad».

<sup>286</sup> Na verdade, entre nós a prescrição opera apenas durante um período determinado, configurando um período limitado de inibição. Os regulamentos, que aludem a uma “interrupção”, preveem a via do reingresso, mudança de curso ou transferência, para regresso do estudante após esse período ou mesmo um específico regime de “retorno”, configurado diferentemente do regime legal de reingresso, admitindo ainda alguns regulamentos o recurso a esta figura caso se verifique uma segunda prescrição, outros limitando as prescrições a duas. A questão não tem sido frequentemente tratada entre nós, julga-se, podendo ver-se um caso no Ac. do STA, de 17.12.2008, em que se refere não ter a LFES, no regime supletivo que instituiu, contemplado «o direito automático à inscrição após cumprimento do período de inibição».

<sup>287</sup> Segundo o DL n.º 210/71, de 13.7, “prescreve o aluno”, por um período de três anos, podendo depois *reingressar* (cf. arts. 3.º e 4.º).

Na falta de fixação do regime por parte das instituições, ou se estas tiverem um regime menos restritivo, o mesmo artigo refere que se aplica o previsto naquele diploma legal»<sup>288/289</sup>.

Tratando-se de matéria devolvida por lei à capacidade autonómica das instituições, dentro dos limites que contudo impõe, seria possível que uma IES estabelecesse um regime de prescrições altamente restritivo, inviabilizando, por ex., a um aluno “médio” concluir a formação por que optara? Julga-se que se tal se verificasse, estaria aí configurada uma violação do direito fundamental ao ensino, com a consequente inconstitucionalidade do regulamento autonómico em que isso se previsse.

Mas já parece, *prima facie*, face aos n.ºs 5 e 6<sup>290</sup> do art. 5.º da LFES – «A falta de cumprimento do regime de prescrições aplicável afecta o financiamento público das instituições de ensino superior» –, que, caso as IES públicas<sup>291</sup> não emitam regulamento ou não apliquem o regime legal, as consequências serão apenas em termos de financiamento e não as da prescrição da inscrição. Todavia, a releitura da alínea b) do n.º 3 do art. 5.º, aplicável em caso de não emissão de regulamento ou no caso de este ser menos restritivo, deixa dúvidas, julgando-se que a interpretação deve conduzir à conclusão de que a última parte – «(...) considerando-se prescrito o direito à matrícula e inscrição nesse curso no caso de incumprimento dos critérios aplicáveis e o estudante impedido de se candidatar de novo a esse ou outro curso nos dois semestres» – é “um mínimo” imperativo<sup>292</sup>, podendo o regime de prescrições estabelecido por regulamento autonómico ser ainda mais restritivo.

---

<sup>288</sup> Por ex. <http://www.esav.ipv.pt/prescricoes.pdf>.

<sup>289</sup> Assim, na falta de fixação de qualquer regime de prescrições por parte das instituições (ou suas unidades orgânicas), ou no caso de estas fixarem um regime menos restritivo que o previsto, os estudantes não estão impedidos de prosseguir os seus estudos (no mesmo ou noutra curso), mas as instituições ficam abrangidas pelo n.º 5 do art. 5.º, isto é, são afetadas em sede de financiamento público.

<sup>290</sup> Cf. também o corpo do n.º 3 («para efeitos de financiamento público»).

<sup>291</sup> Sobre as não públicas, fora do objeto do presente estudo, ver o n.º 6 do mesmo artigo, em termos de atribuição de apoio do Estado aos alunos.

<sup>292</sup> Tanto mais que o n.º 7 acrescenta: «As mesmas condições de financiamento previstas nos números anteriores aplicam-se às situações de transferência entre instituições de ensino superior».

### 2.3. Suspensão por falta de pagamento das propinas

A propósito das consequências, para o estudante, da falta de pagamento das propinas devidas, VIEIRA DE ANDRADE, no seu citado Parecer<sup>293</sup>, afirma<sup>294</sup>:

«[Mas, sobretudo porque] nos parece que, estando em causa os direitos à educação e ao ensino, portanto, matéria de direitos fundamentais (em certos aspectos ou dimensões, análogos aos direitos, liberdades e garantias) as consequências desfavoráveis para os estudantes da falta de pagamento das propinas, *no que vá além do sinalagma*, devem ser estabelecidas por norma expressa, actualizada e inequivocamente em vigor, pelo menos quando prejudiquem o acesso ao serviço estadual de ensino, isto é, o exercício efectivo do núcleo essencial desses direitos culturais».

Na verdade, não obstante o reconhecimento do carácter sinalagmático da relação de ensino-aprendizagem, vê-se com dificuldade a possibilidade de não pagamento da propina pelo estudante, sob invocação do incumprimento por parte da IES dos seus deveres no âmbito dessa relação jurídica; mas já não suscitará grande dúvida<sup>295</sup> que, na “direção” inversa, isto é IES-aluno, se aplique, na falta de solução legal expressa em contrário, o princípio da corresponsabilidade entre o serviço público e a taxa, como, no contexto antes assinalado, VIEIRA DE ANDRADE sublinhou (embora analisando a questão à luz da Lei n.º 5/94, que previa um regime de *caducidade* da inscrição em caso de não pagamento da propina): «(...) assim, as Universidades têm seguramente, no âmbito nuclear da relação sinalagmática, o poder/direito de condicionar ao pagamento das propinas de um determinado ano lectivo a prestação de *quaisquer serviços relativos a esse período* (...)»<sup>296</sup>.

Mas, porque, na ausência de norma expressa nesse sentido, o Autor retirava isso dos princípios gerais<sup>297</sup>, acrescentava ainda neste contexto<sup>298</sup>: «É de reafirmar a legitimidade e até a

---

<sup>293</sup> Parecer *Consequências...* cit., de Setembro de 1994.

<sup>294</sup> Analisando, no passo a que a transcrição pertence, a vigência ou não, face à alteração introduzido no regime de propinas pela Lei n.º 20/92 e pela Lei n.º 5/94, da Portaria n.º 320/74.

<sup>295</sup> Como, no contexto antes assinalado, salienta VIEIRA DE ANDRADE, *Consequências...* cit., p. 6.

<sup>296</sup> Acrescentando, cita-se, «(...) o que, dado a maior parte dos efeitos (aulas, exames, certas prestações sociais) já se terem produzido, praticamente se resumirá – e, na prática, já não é pouco, se é que não é, afinal, tudo – a exigirem tal pagamento para passar *certidões relativas a esse ano lectivo* ou *diplomas* ou *certidões que incluem exames nele efectuados*».

<sup>297</sup> Em especial da referida corresponsabilidade.

<sup>298</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Consequências...* cit., pp. 15 e 16: «A questão fundamental a resolver, a este propósito, é a de determinar se a *relação de serviço público* que se estabelece entre as Universidades e os seus alunos, através da

normalidade, dentro do contexto da relação administrativa “escolar”, de uma regulamentação do estatuto do serviço que determine um regime de continuidade entre os diversos anos lectivos, de forma que a Universidade possa recusar-se a inscrever e a prestar serviços aos alunos que não tenham cumprido as suas obrigações de pagamento de serviços prestados em anos anteriores».

Sendo esta a ilação que se extrai do não pagamento das taxas de utilização para os utentes dos serviços públicos em termos gerais, no caso concreto da prestação do serviço de ensino superior a lei regula a matéria em termos que correspondem a esses princípios gerais, embora com algumas variações, desde a previsão desse incumprimento como um ilícito contraordenacional até, no momento atual, aos preceitos da Lei n.º 37/2003, art. 29.º, que impõem as seguintes consequências:

- «a) A nulidade de todos os actos curriculares praticados no ano lectivo a que o incumprimento da obrigação se reporta;
- b) Suspensão da matrícula e da inscrição anual, com a privação do direito de acesso aos apoios sociais até à regularização dos débitos, acrescidos dos respectivos juros, no mesmo ano lectivo em que ocorreu o incumprimento da obrigação».

Para além ou como derivadas destes princípios e regras legais, outras consequências têm sido assumidas pelas IES, como:

- «a) A proibição de frequentar as aulas e outras actividades lectivas desenvolvidas no âmbito das unidades curriculares;
- b) A proibição de ser avaliado sobre as matérias objeto das unidades curriculares;
- c) A suspensão de utilização dos recursos informáticos, as salas de estudo, a biblioteca e outras estruturas de apoio ao ensino»<sup>299</sup>.

#### **2.4. Suspensão por efeito de medida disciplinar (remissão)**

A relação de ensino-aprendizagem pode também ser objeto de suspensão em consequência de medida disciplinar, remetendo-se a matéria para a análise da garantia a que adiante se procederá.

---

*admissão* (matrícula), tem um carácter *unitário* ou se, pelo contrário, é *divisível* em função das *inscrições* nos anos lectivos, isto é, se, para efeitos do respectivo sinalagma (prestação de serviço *versus* taxa), o *ano lectivo* constitui uma *parte* (ou um *momento*) de uma relação global de prestação de serviço iniciada com a *admissão*, ou se é concebível como uma *unidade prestacional autónoma*».

<sup>299</sup> Ver por ex. em [https://dsi.iscte.pt/documentos/despacho\\_22.pdf](https://dsi.iscte.pt/documentos/despacho_22.pdf) o Despacho 22/2011 do Reitor do ISCTE-IUL.

## PARTE IV – O conteúdo da relação jurídica de ensino-aprendizagem

### 1. Nota introdutória

Já se viu que a relação jurídica de ensino-aprendizagem no ensino superior público se constitui e inicia com a matrícula do estudante numa determinada IES e num determinado curso<sup>300</sup>, por via de um procedimento de direito público/administrativo que se reconduz ao regime legal e regulamentar do *acesso ao ensino superior*.

Como que “recapitulando” o que a propósito se concluiu antes, a relação jurídica que se estabelece pela admissão e durante a permanência do estudante, enquanto tal, no seio da instituição de ensino superior é, no caso das IES públicas (pelo menos nestas<sup>301</sup>), uma relação constituída ao abrigo de normas de direito público e de forma unilateral por parte da Administração, sendo uma verdadeira relação de direito administrativo, em que a IES assume posição de supremacia, com poderes e prerrogativas de direito público, e o estudante assume a veste/estatuto de utente<sup>302</sup>.

Não só, portanto, estamos perante a prestação de um serviço público em sentido material, como essa prestação é realizada por uma organização pública, com regras públicas, de que o estudante é utente/administrado, mas, ao mesmo tempo, nela se insere *intimamente*<sup>303</sup>, sendo a relação jurídica continuamente regulada pela lei e normas emitidas pela própria instituição.

---

<sup>300</sup> A matrícula confere a qualidade estatutária de estudante e o direito à inscrição num ciclo de estudos e curso ministrados na IES a que se reporta.

<sup>301</sup> No caso das instituições de ensino superiores particulares a natureza contratual da relação jurídica, na sua configuração de contrato de adesão, parece ser a solução comumente aceite. Assim, através da celebração ou mais propriamente da adesão pelo aluno a um contrato de prestação de serviços educacionais estabelece-se uma vinculação recíproca que, apesar dessa natureza, é em muito regulada pela lei, desde logo quanto ao regime de acesso e permanência e aos requisitos impostos para a atribuição dos graus.

<sup>302</sup> Excluimos, assim, a consideração da relação como relação contratual, não parecendo também possível fazer-se o paralelo com a figura que alguns Autores admitem (pelo menos *de jure condendo*), a propósito da responsabilidade, de *contratos de adesão*, *relações contratuais de facto* ou *relações de massa*, no âmbito da prestação do serviço público de saúde, mais propriamente no dos tratamentos em hospitais públicos. Sobre o ponto, ver FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *BMJ*, n.º 322, Jan. 1984, pp. 21 e ss..

<sup>303</sup> Em sentido parcialmente divergente, ver CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., p. 78, quando sustenta que a faceta de serviço público é incompatível com a natureza associativa do ente, uma vez que, embora não se defendendo aqui a natureza associativa da Universidade, se afirma a participação “constitutiva” dos estudantes na comunidade que lhe subjaz, assim nos aproximando da posição de M. REBELO DE SOUSA, *Lições...* loc. cit..

Ainda que se trate de uma relação jurídica *estatutária*<sup>304</sup> – ou seja, que não é diretamente derivada e conformada por vontade das partes, pois que, a relação se constitui *ex lege* e também por força da lei<sup>305</sup> se definem os seus efeitos – estamos perante uma relação jurídica bilateral, sinalagmática<sup>306/307</sup>, *dissimétrica*<sup>308</sup> e *complexa*, com carácter tendencialmente duradouro, com obrigações principais e acessórias em relação a ambos os titulares dos seus polos, IES e estudante, relação essa em que uma das partes, o estudante, está inserida na própria organização que lhe presta o serviço e delas, organização e relação jurídica, participa, como elemento seu constituinte e conformador, designadamente por se tratar da concretização das liberdades fundamentais de ensinar e aprender<sup>309</sup>.

Tratando-se, por outro lado, de uma relação jurídica de prestação, que integra a obrigação principal, deveres específicos e deveres de proteção, importa analisar qual o conteúdo nuclear dessa relação, ou seja, quais as prestações que as partes reciprocamente se vinculam a *título principal* e quais a *título acessório*, i. é, os deveres colaterais, instrumentais ou acessórios que

---

<sup>304</sup> Aliás, mesmo que se tratasse de uma relação contratual, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre o estudante e a instituição, como se verifica no caso do ensino superior privado, o conteúdo da relação parece ser idêntico. Qualificando esse contrato como um «contrato de prestação de serviços – de ensino, educação ou instrução» pode ver-se o Ac. do STJ, de 7.12.2010 (cf. ponto IV do “Sumário”), a propósito de um alegado incumprimento por parte de um instituição de ensino superior privada de deveres acessórios de vigilância e controlo, em relação a práticas praxistas no interior das respetivas instalações, de que resultou o falecimento do estudante que delas foi alvo (cf. *Nota* 420).

<sup>305</sup> Lei aqui entendida em sentido amplo, como o “bloco de legalidade” ao caso aplicável. Diz VIEIRA DE ANDRADE, discorrendo a propósito da corresponsabilidade e das propinas, *Consequências...* cit., p. 17: «Embora o *regime substancial* da relação de serviço entre o aluno e a escola se possa compreender num contexto globalizado, definido por um estatuto regulamentar, por um plano de estudos plurianual e por uma interacção estreita entre os factos e os actos praticados nos diversos anos escolares (...)».

<sup>306</sup> Sinalagmaticidade, desde logo, resultante do pagamento da propina.

<sup>307</sup> Não significando isso uma necessária coincidência com o regime dos contratos de direito privado; o regime aplicável é, como se defende, o da relação de serviço público, ou seja o regime público da sinalagmaticidade que se estabelece entre o prestador público e o utente.

<sup>308</sup> Relação jurídica «em que cada um dos sujeitos é simultaneamente titular perante o outro de posições activas e passivas», VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa...* cit., p. 69.

<sup>309</sup> Conclui-se, assim, reafirma-se, não ser o estudante, por um lado, um mero utente de um serviço público, mas dele participante e conformador, e, por outro lado, não ser o ensino público um serviço qualquer, porque expressão de um direito fundamental, o que, por isso mesmo, condiciona em grande medida a forma como deve ser prestado. Cf. a “*Magna Charta das Universidades Europeias*”, de 18.9.1988: «Na recusa da intolerância e no diálogo permanente, a Universidade é um local de encontro privilegiado entre os professores, capazes de transmitirem o saber e os meios de o desenvolver através da investigação e da inovação, e os estudantes, que têm o direito, a vontade e a capacidade de com isso se enriquecerem (...); [c]ada Universidade deve garantir aos estudantes, respeitando a especificidade das situações, a salvaguarda das liberdades e as condições necessárias para atingirem os seus objectivos em matéria de cultura e de formação (...); [a]s Universidades (...) vêem na troca recíproca de informações e de documentação, e na multiplicação de iniciativas científicas comuns, os instrumentos fundamentais para o progresso contínuo dos conhecimentos».

elas também mutuamente se devem, em razão das obrigações a que a título principal se vinculam.

## **2. Os direitos e obrigações que decorrem a título principal da relação jurídica de ensino-aprendizagem**

Importa, pois, na definição do *conteúdo* dessa relação jurídica, isto é, na análise dos direitos e obrigações que dela resultam para cada uma das partes, começar por analisar a natureza da obrigação principal que se constitui, quer para a IES quer para o estudante.

Refere CARLA AMADO GOMES<sup>310</sup> que a relação jurídica de ensino é orientada, do lado do aluno/utente, em função da realização do direito a obter uma nota e, do lado do professor/prestador do serviço, pelo dever de avaliar os conhecimentos do estudante.

A obrigação principal que se constitui para a IES, pela matrícula do estudante e sua inscrição anual, é a obrigação de lhe prestar, através dos seus agentes, os docentes, e nesse período de referência – correspondente aos créditos ECTS (*European Credit Transfer System*) em que se inscreveu –, o serviço público de ensino, o qual, nos termos da lei, «deve ser qualitativamente exigente e ajustado aos objetivos que determinaram a sua procura»<sup>311</sup>. Esta obrigação, como obrigação de serviço público, deve ser regular e contínua.

Parece claro, por outro lado, tratar-se para a IES, de uma obrigação de meios e não de resultado<sup>312</sup>, pois que, pela sua própria natureza, porque coenvolvendo a participação do estudante, sem a colaboração ativa deste não é possível assegurar o resultado, consistente na obtenção de um grau<sup>313</sup>, ou, sequer, a assimilação dos conhecimentos disponibilizados pelo ensino, resultado esse que, naturalmente, constitui o objetivo principalmente visado; a IES não pode garantir que o aluno venha a obter, em qualquer caso, sucesso escolar, porquanto

---

<sup>310</sup> “Apontamentos...” cit., p. 79.

<sup>311</sup> Cf. art. 15.º da LFES.

<sup>312</sup> Não obstante, «A eficácia da acção estadual no domínio da educação e do ensino mede-se, todavia, não apenas a partir da existência formal de escolas e professores, mas também compulsando o resultado material da formação ministrada – em atenção a que critério, essa é a questão», CARLA AMADO GOMES, “Direitos e deveres...” cit., p. 47.

<sup>313</sup> Com a melhor classificação possível, acrescentar-se-á. Sobre o ponto ver Ac. do STJ de 7.12.2010, antes citado.

também depende da contribuição pessoal/própria deste para (nas palavras da lei) «demonstrar mérito» na sua frequência: – pois que o estudante, por seu lado, se obriga a título principal a «demonstrar mérito na sua frequência [e participar nos respectivos custos]».

Para o estudante, reversamente, trata-se (também no que respeita à sua obrigação principal), não apenas do correspondente dever de pagar as propinas devidas pela frequência, mas também do dever de contribuir na sua medida para o resultado visado pela relação jurídica, ou seja o correlativo, em relação ao ensino que recebe, dever de aprender<sup>314</sup>. Esta característica da relação como um processo comum/conjugado, de ensino-aprendizagem, foi aliás reforçada pelo chamado Processo de Bolonha e reformas legislativas que se lhe seguiram, ao estabelecer como referencial as chamadas unidades de crédito<sup>315/316</sup>. Naturalmente que às obrigações do estudante correspondem “reflexamente” os direitos da IES de receber a importância das propinas e os comportamentos devidos por parte do estudante.

Por sua vez, a aludida obrigação principal da IES, de prestar o serviço público de ensino, está balizada por um conjunto de imposições legais, quanto à natureza e qualidade dessa prestação<sup>317</sup>. Na verdade, impondo a lei às IES um conjunto de parâmetros a que deve

---

<sup>314</sup> No mesmo sentido CARLOS GÓMEZ OTERO: «Tampoco está protegido por ele derecho a la educación el hecho de que las universidades tengan que admitir indefinidamente alumnos matriculados que no tengan un aprovechamiento académico mínimo, ni supone una capacidad del alumno para realizar los exámenes en la forma que consideren adecuada, ni que exista un derecho a simultanear varias carreras universitarias», “El Alumnado...” cit., p. 123.

<sup>315</sup> DL n.º 74/2006, de 24.3, que aprova o regime jurídico dos graus e diplomas do ensino superior, alterado pelos DL n.ºs 107/2008, de 25.6, e 230/2009, de 14.9, e pelo DL n.º 115/2013, de 7.8.

<sup>316</sup> Acompanhamos o Parecer de EDUARDO COSTA, de 22.9.2008, anexo ao *Relatório do Ensino Superior, Comissão da Educação e Ciência da Assembleia da República, X Legislatura*, de 5.2009, onde se destacam cinco grandes vantagens no processo de ensino e aprendizagem introduzidas pelo Processo de Bolonha: o modelo da produção e transmissão do conhecimento que passou a ter um novo contrato de ensino e de aprendizagem fundado na partilha de responsabilidades entre professores e alunos; o apoio tutorial para acompanhar a avaliação contínua foi um enorme avanço para a aquisição e consolidação de competências, embora os seus modelos e práticas não estejam ainda estabilizados; a responsabilização das horas de trabalho dedicadas a cada unidade curricular obrigou os alunos a uma maior ligação à universidade e ao seu próprio percurso educativo; o desenvolvimento do projeto de trabalho como forma de autonomização da aprendizagem tem tido enormes reflexos nas práticas docentes e na qualidade dos trabalhos académicos; e a maior participação dos alunos no processo de monitorização das reformas, na avaliação dos docentes, das unidades curriculares e da sua própria autoavaliação tem vindo, paulatinamente, a criar as bases de uma nova cultura académica, fundamental para responder aos desafios das sociedades contemporâneas.

<sup>317</sup> “Acrescida” dos deveres acessórios que a completam/complementam, como se dirá adiante.

Sobre a atividade desenvolvida pelos estabelecimentos privados de ensino não superior, pode ver-se com muito interesse o Ac. do STJ, de 6.5.2010.

obedecer a sua atividade de ensino<sup>318</sup>, deve, pelo menos em relação aos aspetos suficientemente concretos ou concretizáveis, reconhecer-se, como “reflexo” dessas imposições, o correlativo direito, por parte do estudante, a que as prestações obedeam a essas características legais. Assim, por ex., quando a LBSE estabelece, no seu art. 11.º/2/a), que são objetivos do ensino superior «Estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e empreendedor, bem como do pensamento reflexivo», ou, na alínea i) seguinte, «Promover o espírito crítico e a liberdade de expressão e de investigação», ou ainda quando, nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo<sup>319</sup>, se definem os atributos específicos de cada um dos subsistemas de ensino universitário e politécnico, julgamos dever considerar-se aí consagrado o direito do aluno a que lhe seja ministrado um ensino nessas precisas condições, o que se reconduzirá globalmente a um direito a um ensino *de qualidade*<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Na definição do TC espanhol, STC de 27.2.1981: «actividade encaminada de modo sistemático y com un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores».

<sup>319</sup> Art. 11.º da LBSE:

«(...)

3- O ensino universitário, orientado por uma constante perspectiva de promoção de investigação e de criação do saber, visa assegurar uma sólida preparação científica e cultural e proporcionar uma formação técnica que habilite para o exercício de actividades profissionais e culturais e fomenta o desenvolvimento das capacidades de concepção, de inovação e de análise crítica.

4- O ensino politécnico, orientado por uma constante perspectiva de investigação aplicada e de desenvolvimento, dirigido à compreensão e solução de problemas concretos, visa proporcionar uma sólida formação cultural e técnica de nível superior, desenvolver a capacidade de inovação e de análise crítica e ministrar conhecimentos científicos de índole teórica e prática e as suas aplicações com vista ao exercício de actividades profissionais».

<sup>320</sup> Ver, por ex., o art. 2.º e alínea b) da LFES:

«Constituem objectivos do financiamento do ensino superior: (...)

b) Estimular planos de apoio às instituições de ensino superior no exercício das atribuições de um ensino de qualidade; (...)

E o art. 3.º/1/a) seguinte:

«1- Ao financiamento do ensino superior aplicam-se os seguintes princípios:

a) Princípio da responsabilização, racionalidade e eficiência das instituições, entendido no sentido de que estas devem assegurar um serviço de qualidade, sujeito a avaliações regulares, devendo igualmente garantir a utilização eficiente e transparente dos recursos, nomeadamente através da certificação e publicitação das suas contas, planos de actividades e relatórios anuais; (...)

### **3. Os direitos e obrigações que *acessoriamente* decorrem da relação jurídica de ensino-aprendizagem**

#### **3.1. Nota introdutória**

Deveres acessórios de conduta, na definição de J. J. ABRANTES<sup>321</sup>, «são os que, não respeitando directamente, nem à perfeição, nem à perfeita (correcta) realização da prestação debitória (principal), interessam todavia ao regular desenvolvimento da relação obrigacional, nos termos em que ela deve processar-se entre os contraentes que agem honestamente e de boa-fé nas suas relações recíprocas». Também ANTUNES VARELA<sup>322</sup> define os deveres de conduta como aqueles que «não interessando directamente à prestação principal, nem dando origem a qualquer acção autónoma de cumprimento (cfr. arts. 817<sup>o</sup> e ss.) são todavia essenciais ao correcto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra».

Tratando-se neste ponto dos direitos e deveres que *acessoriamente* decorrem da relação jurídica de ensino-aprendizagem para cada uma das partes, os quais, como se salientou, têm o “inverso” na contraparte, limitamo-nos, nos subpontos seguintes, a destacar os que mais relevo parece assumirem, no contexto da análise a que aqui procedemos.

#### **3.2. Deveres acessórios da instituição prestadora do serviço público e seus agentes (destaque)**

Do lado da IES e seus agentes, colocaremos em destaque:

##### **Deveres:**

- a) Dever de respeitar os direitos do estudante nas suas diversas vertentes e múltiplas facetas, em especial os seus direitos fundamentais e de personalidade<sup>323/324</sup>:

---

<sup>321</sup> *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato*, Almedina, Coimbra, 1986, 42, Nota 8.

<sup>322</sup> *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 7<sup>a</sup> edição, 1997 (reimpressão 2006), Almedina, Coimbra, pp. 124 e 125.

<sup>323</sup> Que A. MENEZES CORDEIRO, “Contrato de trabalho e objecção de consciência”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, II, edição da FDUL, Coimbra Editora, 2003, pp. 684 e 685, assim enuncia: «direito à vida – artigo 24.<sup>o</sup>/1; direito à integridade moral e física – artigo 25.<sup>o</sup>/1; “direitos pessoais” referidos no artigo 26.<sup>o</sup>/1;

- Por ex. respeito da intimidade da vida privada<sup>325</sup> do estudante e dever de sigilo em relação aos dados nominativos que sobre ele a IES, seus Serviços e agentes, tenham recolhido;
- b) Dever de boa-fé, designadamente de informar o estudante de todas as ocorrências que possam influenciar a relação jurídica de ensino-aprendizagem<sup>326</sup>;
- c) Dever de garantir a segurança do estudante e as condições em que se desenvolve a relação jurídica, dentro das instalações da IES e fora delas, neste caso sempre que detenha a direção das atividades formativas ou lúdicas que envolvam o estudante, ou por elas seja responsável;
- d) Dever de vigilância inerente ao dever de segurança:
  - Por ex. vigilância e controlo sobre as atividades integradas nas praxes académicas e que decorram nas suas instalações<sup>327</sup>, de modo a garantir a segurança e a integridade psíquica e física dos estudantes;

---

direito à identidade pessoal; direito ao desenvolvimento da personalidade; direito à capacidade civil; direito à cidadania; direito ao bom nome e reputação; direito à imagem; direito à palavra; direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar; direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação».

<sup>324</sup> De acordo com GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., pp. 463 e 464, o direito ao desenvolvimento da personalidade «recolhe, assim, no seu âmbito normativo de protecção, duas dimensões: (a) *formação livre da personalidade*, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade; (b) *protecção da liberdade de acção* de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias e (c) *protecção da integridade da pessoa* para além de protecção do art. 25º, tendo sobretudo, em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento». «A densificação do direito ao **desenvolvimento da personalidade** pressupõe, como elementos nucleares: (1) a possibilidade de «interiorização autónoma» da pessoa ou o *direito a «auto-afirmação»* em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou dos poderes públicos); (2) o direito a *auto-exposição* na interacção com os outros (...); (3) o *direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos* indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade (...))».

<sup>325</sup> Direito consagrado no art. 12.º *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, no art. 17.º do *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos* e no art. 8.º da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Sobre este direito, cf. PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFDC*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pp. 504 a 524.

<sup>326</sup> Cf. art. 266.º/2 da CRP e art. 6.º-A do CPA.

<sup>327</sup> Pode ver-se a propósito o interessante Ac. do STJ, de 25.6.2009, sobre praxes académicas numa IES privada, extraíndo-se do “Sumário”:

«I - Um estabelecimento de ensino superior, deverá, por essência, promover os valores humanos, para além de ministrar, fomentar e impulsionar os conhecimentos científicos. Deverá, assim, impulsionar o dever de respeito dos direitos fundamentais do homem, acautelando que esses direitos - tutelados pelos arts. 70.º do CC e 24.º e ss. da CRP -, designadamente os direitos de personalidade de uma pessoa, não sejam ofendidos.

II - Embora não se possa negar a possibilidade de as diversas universidades do país terem e exercerem as suas praxes, onde alguma irreverência será até aceitável, não será admissível que com essas praxes se venham a exercer violências físicas e morais sobre alunos, designadamente sobre os mais desprotegidos (os que se aprestam a frequentar o 1.º ano), para gozo e júbilo de alguns e sofrimento (moral e físico) dos atingidos, os mais fracos.

- e) Dever de apoiar a inserção dos estudantes na vida ativa, como dispõe o RJIES, art. 24.º/1<sup>328</sup>.

### 3.3. Direitos e deveres acessórios do estudante (destaque)

No que diz respeito ao estudante, destacamos:

#### Direitos:

##### A- Direitos fundamentais e “cívicos”

- a) Direitos fundamentais, incluindo direitos de personalidade<sup>329</sup>: direito à integridade física<sup>330</sup>, direito à honra, bom nome e reputação<sup>331</sup>, direito à imagem<sup>332</sup>;

---

III - Um estabelecimento de ensino superior tem, pois, o dever jurídico e social de impedir que seja levado à prática nas suas instalações um “Regulamento de Praxes de Alunos” contendo praxes humilhantes e vexatórias, procedimentos constrangedores que podem levar ao exercício de violência física e psíquica sobre os alunos, claramente restritivas dos direitos, liberdades e garantias dos visados.

IV - O estabelecimento de ensino que contempla com a vigência de um Regulamento da Comissão de Praxe com tais características, é responsável, por omissão, pelos danos sofridos por uma aluna que foi submetida a praxes dessa natureza. (...)».

Ver também os Ac.s do STJ, de 7.12.2010 e 24.4.2013.

Em Ac. de 24.11.2008 o TRP assinalava no mesmo sentido (excerto do Sumário): «I - Constitui ilícito civil a conduta de uma instituição do ensino superior que embora conhecendo o conteúdo de um “Código de Praxe” ofensivo, e intimidador, violador da dignidade da pessoa humana, permite que o mesmo continue a ser aplicado. II - Tal instituição tem o dever específico de respeitar, fazer respeitar e promover direitos fundamentais, como o respeito mútuo, a liberdade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana. (...)».

<sup>328</sup> «1- Incumbe às instituições de ensino superior, no âmbito da sua responsabilidade social: a) Apoiar a participação dos estudantes na vida activa em condições apropriadas ao desenvolvimento simultâneo da actividade académica; (...)».

<sup>329</sup> Os direitos de personalidade (ao contrário das liberdades públicas) não se exercem, o que se exerce é a sua defesa caso sejam vulnerados.

<sup>330</sup> Claro que não pode haver castigos corporais, mas também não pode o aluno ser sujeito a praxes, mesmo que meramente “toleradas” pela IES, que se traduzam em violações desses direitos. Há, pois, um correlativo dever por parte da IES, já atrás assinalado, de zelar pela segurança e bem-estar dos alunos, protegendo-os de violações à sua integridade física e moral. Cf. a Recomendação do Provedor de Justiça n.º 38/A/99, de 10.05, sobre a assinatura de declarações dos alunos de uma IES, que previam determinadas “consequências” para a recusa de praxe.

<sup>331</sup> O aluno não pode ser ofendido na sua dignidade ou honorabilidade: por ex., numa avaliação académica ser alvo de comentários desprimorosos ou ofensivos.

<sup>332</sup> Poderia impor-se a uniformização no vestuário, por ex. pela obrigatoriedade de uso de “capa e batina”? Poderá aceitar-se que uma Universidade imponha um “código de vestuário” aos seus alunos? A questão pôs-se já entre nós a propósito da Universidade Católica. De acordo com uma orientação do seu Conselho Académico, de

- b) Direitos fundamentais/“liberdades públicas”, como a ideológica, religiosa, de reunião, de associação;
- c) Liberdade de pensamento e de criação intelectual  
Obs.: Sendo a chamada liberdade de cátedra um dos fundamentos do ensino superior, não menos importante parece dever ser o da liberdade de pensamento e expressão do aluno<sup>333</sup>. Configurada a relação de ensino-aprendizagem como uma relação complexa em que as duas partes, quem ensina e quem aprende, contribuem para a criação e desenvolvimento do conhecimento, seria negar a universidade reconhecer a liberdade de pensamento, de crítica e expressão criativa a uma das partes e não à outra;
- d) Liberdade de estudo: no sentido de que o estudante tem liberdade de orientar ideologicamente o seu estudo e formar as suas próprias convicções, mesmo no plano científico, ainda que sejam contrárias às do docente;
- e) Liberdade de expressão (dentro dos edifícios ou no *campus*<sup>334</sup>), incluindo a liberdade de crítica<sup>335</sup>;

---

30.6.2011, recomendando o uso de «formas de vestuário dignas e convenientes adequadas ao local de trabalho próprio de um Universidade e de uma instituição da Igreja», segundo noticiou a imprensa:  
<http://www.publico.pt/educacao/noticia/catolica-cria-regras-de-vestuario-para-alunos-e-professores-1503662>.

O que parece é que o direito à imagem do estudante não é compatível com restrições que não sejam absolutamente necessárias e proporcionais, *v.g.* quanto ao uso de vestuário específico na medicina ou enfermagem, em laboratórios ou na prática desportiva curricular, ou, mesmo que não necessária, seja considerada admissível, por ex. num estabelecimento militar ou numa escola de hotelaria. Mas isso também não pode significar que haja que tolerar manifestos abusos de vestuário ou mesmo de imagem (imaginem-se a exibição de uma tatuagem obscena ou com mensagem racista).

E a questão pode colocar-se ao contrário, quanto à proibição de determinada forma de trajar, o uso do véu islâmico, por ex. (*quid juris?*).

<sup>333</sup> Cf. GEORGE LOUIS JOUGHIN, *Academic freedom...* cit., p. 67:

«A. Protection of freedom of expression. Students are responsible for learning thoroughly the content of any course of study, but they should be free to take reasoned exception to the data or views offered, and to reserve judgment about matters of opinion.

B. Protection against improper academic evaluation. Students are responsible for maintaining standards of academic performance established by their professors, but they should have protection through orderly procedures against prejudiced or capricious academic evaluation.

C. Protection against improper disclosure. Information about student views, beliefs, and political associations which professors acquire in the course of their work as instructors, advisers, and counsellors should be considered confidential. Protection against improper disclosure is a serious professional obligation. Judgments of ability and character may be under appropriate circumstances».

<sup>334</sup> Segundo o art. 37.º/1 e 2 da CRP: «1- Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2- O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. (...)».

- f) Direito ao ensino público não confessional – cfr. art. 2.º/3/b) da LBSE;
- g) Direito de manifestação e de expressão política<sup>336</sup>:
- Por ex., realização de reuniões promovidas por partidos políticos com os estudantes ou afixação de propaganda política por parte das associações de estudantes;
  - Reuniões de estudantes dentro das instalações<sup>337</sup>: independentemente da sua consagração expressa em norma legal ou regulamentar autonómica, deve considerar-se uma concretização do direito fundamental de reunião e de liberdade de expressão ou manifestação do pensamento constitucionalmente garantidos;

---

<sup>335</sup> Ver Ac. do TRP de 28.9.2011:

«Numa sociedade democrática o exercício do direito de crítica na relação professor-aluno, mormente ao nível do ensino superior, deve ser percebido mediante uma relação paritária intersubjectiva e não mediante uma relação de poder e de dominação.

As “relações especiais de poder” (*besonderer Gewaltverhältnisse*) são típicas de instituições tendencialmente totalitárias mas não de uma escola democrática, em que se deve cultivar a liberdade de pensamento e da crítica, ainda que esta muitas vezes possa ser acutilante.

Não descendo essas críticas à dimensão da esfera pessoal do visado, mas ficando-se pelo exercício das suas funções profissionais, temos de considerar as mesmas como um exercício salutar da democracia nas escolas, onde se devem preparar os alunos para a vida.

Por outro lado, as avaliações pedagógicas não devem ser um exclusivo dos professores, devendo também o seu desempenho ser [sujeito] à avaliação dos respectivos alunos, por mais imerecidas ou estereis que as mesmas possam ser.

Assim, contendo-se a exposição dos alunos em causa no âmbito da livre exposição do pensamento e crítica dos seus autores, num processo comunicativo, mostrando-se aquela adequada aos fins em vista, que no caso seria a crítica ao modo de leccionação das aulas efectuadas pela recorrente, considera-se a mesma, como também sucedeu com o despacho de não pronúncia, como criminalmente atípica, pelo que não temos nenhuma censura a fazer à decisão recorrida».

<sup>336</sup> Mas já não se admitindo o direito de greve e muito menos práticas como a colocação de cadeados pelos alunos, que constitui um crime público de coação (art. 154.º do Código Penal).

Em “Pergunta” ao Governo há uns anos atrás (2007), acessível em <http://app.parlamento.pt>, o Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda colocava a questão, a propósito do alegado impedimento pelos serviços de segurança de uma IES pública de atividade de propaganda política e distribuição de panfletos por parte de alunos nessa Instituição, concluindo que «De forma alguma as alterações previstas no regime de tais instituições poderão justificar a limitação dos direitos, liberdades e garantias dos estudantes...».

Quanto a pinturas murais, nos edifícios ou nos espaços do *campus*, têm que seguir-se, por ocasião de processos eleitorais gerais, as correspondentes leis eleitorais (ex. a Comissão Nacional de Eleições considerou que a pintura das Escadas Monumentais em Coimbra em Maio de 2011 não era ilegal – Ata n.º 50/XIII, de 31.5.2012, acessível em: [http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/acta\\_50\\_cne\\_31052011.pdf](http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/acta_50_cne_31052011.pdf)).

<sup>337</sup> Poderá, porventura, fazer-se um paralelo (com as devidas adaptações) ao direito de assembleia ou reunião dos trabalhadores no local de trabalho (cf. arts. 419.º e 420.º do CT). Sobre este direito laboral pode ver-se mais recentemente JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, “Do direito de reunião dos trabalhadores no local de trabalho”, *Revista do Ministério Público*, 130, Abril-Junho de 2012, pp. 10 a 123. Segundo este A. (p. 106): «Trata-se aqui de um direito fundamental que, de algum modo, exprime que a empresa não é apenas um local onde se exerce o poder e a propriedade do empregador, mas também um local de exercício de direitos pelos trabalhadores, direitos que podem justificar restrições à liberdade de empresa e à propriedade privada».

B- No específico âmbito da relação de ensino-aprendizagem

- a) Direito à frequência das aulas e outras atividades letivas;
- b) Direito à avaliação;
- c) Direito à qualidade do ensino<sup>338</sup>;
- d) Direito a participar nos órgãos da IES<sup>339</sup>;
- e) Direito a uma efetiva igualdade de oportunidades no sucesso escolar – cfr. art. 2.º/2 da LBSE;
- f) Direito à diferença (LBSE 3.º/d)) e à proteção na incapacidade;
- g) Direito à ação social escolar<sup>340</sup>;

Obs.: O direito à ação social escolar assegura que «nenhum estudante será excluído do subsistema de ensino superior por incapacidade financeira» (art. 18.º/1 da LFES) e efetiva-se através da concessão de apoio social direto – bolsas de estudos – e formas de apoio social indireto (art. 20.º da mesma Lei<sup>341</sup>) e ainda empréstimos para autonomização financeira<sup>342/343</sup>. Mas não se deve confundir na sua natureza e alcance respetivos o direito fundamental ao ensino superior e o direito de obter apoios sociais,

---

<sup>338</sup> Poderemos encarar a Agência de Avaliação (A3ES) como o embrião de um *regulador*, assim se caminhando para um conceito material de serviço público de ensino superior?

<sup>339</sup> Cf. o art. 48.º/6 da LBSE: «A direcção de todos os estabelecimentos de ensino superior orienta-se pelos princípios de democraticidade e representatividade e de participação comunitária».

<sup>340</sup> Ver art. 3.º/1/d) da LFES:

«1- Ao financiamento do ensino superior aplicam-se os seguintes princípios: (...)

d) Princípio da não exclusão, entendido como o direito que assiste a cada estudante de não ser excluído, por carências económicas, do acesso e da frequência do ensino superior, para o que o Estado deverá assegurar um adequado e justo sistema de ação social escolar; (...);

E o art. 19.º do mesmo diploma legal estatui:

«1- O Estado garante o direito à educação e ao ensino nas melhores condições possíveis, nos limites das disponibilidades orçamentais, contribuindo assim para a formação de quadros qualificados e para a promoção do desenvolvimento do País.

2- Em cumprimento destes fins, o Estado investirá na ação social escolar e nos apoios educativos, consolidando e expandindo as infra-estruturas físicas, nomeadamente privilegiando a construção de residências e de cantinas.

3- O financiamento dos serviços de acção social nas instituições de ensino superior é fixado por decreto-lei, através de uma fórmula calculada com base em critérios de equidade, eficiência e bom desempenho».

<sup>341</sup> Acesso à alimentação e ao alojamento, acesso a serviços de saúde, apoio a atividades culturais e desportivas e acesso a outros apoios educativos (art. 20.º/3 e arts. 24.º a 27.º).

<sup>342</sup> Cf. art. 28.º da LFES.

<sup>343</sup> Como diz o Provedor de Justiça na sua Recomendação 2/B/2007, de 15.5: «A dimensão meramente negativa, assegurada pela mera liberdade de aprender, não se deve apenas completar pela mera prestação de um serviço por parte do Estado, antes cabendo a este, no plano da superação das desigualdades de base, apoiar quem revele mérito e necessidade de meios económicos para o aproveitar numa formação, neste caso superior».

designadamente em matéria de bolsas de estudo. Este último é instrumental do direito ao ensino, da realização do estado de direito social ou da promoção da igualdade de oportunidades dos cidadãos e igualdade no acesso ao ensino superior (não discriminação por razões económicas)<sup>344/345</sup>;

h) Direito ao seguro escolar<sup>346</sup>;

Obs: O seguro escolar consiste numa modalidade de ação social (socialização do risco da atividade escolar), ou medida de assistência social ou de segurança social, sendo um seguro social em que o Estado, intervindo como segurador, desempenha um serviço público, antes que uma garantia em relação a responsabilidade civil da IES;

---

<sup>344</sup> Neste sentido transcreve-se do Comunicado do CRUP, de 11.9.2012, defendendo a não *Consideração das dívidas tributárias e contributivas para efeitos de atribuição de bolsas de estudo*, acessível em [http://www.crup.pt/images/documentos/Posio\\_sobre\\_dvidas\\_na\\_atribuio\\_de\\_bolsas\\_de\\_estudo.pdf](http://www.crup.pt/images/documentos/Posio_sobre_dvidas_na_atribuio_de_bolsas_de_estudo.pdf):

«(...) a) o quadro legal nacional estipula que, na sua relação com os estudantes, o Estado assegura a existência de um sistema de ação social escolar que favoreça o acesso ao ensino superior e a prática de uma frequência bem sucedida, com discriminação positiva dos estudantes economicamente carenciados com adequado aproveitamento escolar; b) **essa disposição pretende concretizar o princípio constitucional de direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar (...)**» (realce acrescentado).

<sup>345</sup> A acção social pode, todavia, ter um papel relevante no plano da materialização do direito ao ensino superior em relação àqueles que necessitam de apoio do Estado para poderem garantir, por efeito de medidas de discriminação positiva, aquilo que sem ele não conseguiriam alcançar, tal como, por ex., no direito brasileiro se discute a questão das cotas para cidadãos em situação de desfavorecimento e, por isso de desigualdade, ver IVAN DIAS DA MOTTA/MARIANE HELENA LOPES, “O Sistema de Cotas Sociais para Ingresso na Universidade Pública”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, FDUL, Ano 1, nº 11, 2012, p. 6583, onde se diz: «As cotas sociais são espécies de ações afirmativas que visam corrigir as desigualdades sociais, promover a justiça social e compensar grupos discriminados até que seus efeitos sejam neutralizados».

<sup>346</sup> Sobre os antecedentes e o regime legal atual do seguro escolar pode ver-se o Ac. do TCAN, de 6.5.2011, de que se transcreve: «O seguro escolar, à luz dos diplomas que o criaram ou instituíram supra invocados e enquadrados, constitui, pois, uma modalidade de acção social escolar destinada a garantir a cobertura financeira dos danos resultantes de acidente escolar e cujo fim primordial é a protecção dos próprios alunos durante a sua vida escolar, garantindo-se aos mesmos uma cobertura financeira na assistência de que careçam em consequência de acidente escolar de que sejam vítimas, na certeza de que apesar de tal não estar previsto no DL n.º 35/90, o Estado, quando regulamentou o seguro escolar, alargou as garantias cobertas por este seguro a situações que, não podendo ser qualificadas como acidente escolar, são, ainda assim, eventos em íntima conexão com a actividade escolar e desta dependentes e que igualmente justificam protecção financeira.

Atente-se, ainda, que o regime do seguro escolar, previsto na citada Portaria [n.º 413/99], contempla uma indemnização ao lesado em caso de sinistro ocorrido no âmbito das actividades escolares, em termos objectivos, independentemente de culpa do Estado ou de qualquer dos seus órgãos, e mesmo nas situações em que haja culpa do próprio lesado, já que basta ver que as circunstâncias excludentes da garantia previstas no art. 25.º do «RSE» não incluem a questão da culpa do sinistrado (cf. Ac. STA de 07.04.2005 - Proc. n.º 0303/05 in: «[www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta)»), na certeza de que tal regime do seguro escolar se mostra autónomo e em nada contende com o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado, não impedindo a dedução por parte do lesado de acção administrativa comum para efectivação daquela responsabilidade civil tudo sem prejuízo dos necessários cuidados em matéria de fixação da indemnização de molde a não serem duplicados valores indemnizatórios em ilícito enriquecimento».

- i) Direito ao acompanhamento por parte dos docentes que ministram o ensino nas unidades curriculares em que o aluno está inscrito;
- j) Direito à utilização das estruturas de apoio ao ensino (v.g. bibliotecas, laboratórios);
- k) Direitos autorais:  
Obs.: Não havendo norma em contrário (admitindo-se que pudesse tal ser estabelecido por regulamento autonómico) e caso não haja prova de que a autoria pertença a outrem (por ex. o Orientador poder ser coautor), ou seja, sendo o estudante o criador intelectual de uma tese ou dissertação (art. 11.º do CDADC), cabe-lhe a titularidade dos direitos de autor sobre a mesma, bem como o direito exclusivo de fruir e utilizar a sua obra;
- l) Direito a regimes especiais: por ex. trabalhadores-estudantes<sup>347</sup> e praticantes desportivos de alto rendimento<sup>348</sup>;
- m) Isenção de propinas<sup>349</sup>;
- n) Crédito bonificado (DL n.º 512/99, de 24.11);
- o) Tarifa de formação (Lei n.º 15/2004, de 11.5);
- p) Prémios escolares, bolsas de mérito.

#### **Deveres:**

- a) Dever de respeitar os membros da comunidade académica;
- b) Dever de estudo, que se traduz na obrigação de realizar o esforço necessário para obter aproveitamento escolar;
- c) Assistência às aulas;

---

<sup>347</sup> A CRP consagra no seu art. 59.º/2/f) o direito fundamental à proteção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes. Esse direito encontra-se concretizado atualmente no CT (arts. 89.º a 96.º). Note-se que a Lei n.º 66/2012, de 31.12, que procedeu à quarta alteração ao RCTFP, determinou a aplicação do regime do Estatuto do Trabalhador-Estudante previsto no CT aos trabalhadores que exercem funções públicas.

<sup>348</sup> Cf. DL n.º 272/2009, de 1.10, arts. 13.º e ss. (v.g. horário escolar adaptado, alteração de datas das provas de avaliação e fixação de épocas especiais) e arts. 27.º e 43.º (regime especial de acesso, ingresso e transferência no ensino superior).

<sup>349</sup> Cf. art. 35.º da LFES.

- d) Submissão a provas;
- e) Realização dos trabalhos académicos.

## **PARTE V – A garantia da relação jurídica de ensino-aprendizagem**

### **1. Nota introdutória**

Um dos elementos estruturantes da relação jurídica é a garantia, a qual, estando subjacente em qualquer direito, apenas se operacionaliza no caso de violação desse direito, como meio de reação ou de oposição do respetivo titular. A violação do direito consubstancia assim um ato ilícito, que se traduz na lesão do direito violado, dando origem, caso se não possa proceder à reconstituição natural, a uma obrigação de indemnização, fixada em dinheiro, para reparação do prejuízo causado.

A IES pública, como ente a quem legalmente incumbe prosseguir o interesse público, por isso dotada de prerrogativas de “império”, tem, nessa qualidade, mecanismos próprios, autoritários, de imposição da definição da situação jurídica adveniente do incumprimento dos deveres do estudante, gozando por princípio de autotutela declarativa e autotutela executiva, o chamado privilégio da execução prévia, nos termos em que isso é consentido pelo ordenamento jurídico a qualquer ente público ou privado, quando no exercício de poderes públicos.

Mas a garantia não deve ser apenas vista na vertente da IES. Como pode o estudante reagir, se pode, perante o incumprimento das obrigações que a IES tem para consigo? Pode, por ex., exigir em Tribunal a prestação efetiva das prestações de ensino por parte da IES incumpridora<sup>350</sup>? Aplica-se o regime dos contratos sinalagmáticos (embora administrativos)? E pode responsabilizar a IES em caso de “cumprimento defeituoso” por parte da IES?

---

<sup>350</sup> Ver um caso paradigmático de ausência de aulas devido a greve de professores e solução proposta, em [http://www.snesup.pt/htmls/dlds/sem\\_aulas\\_3\\_semest\\_noticias\\_covilha.jpg](http://www.snesup.pt/htmls/dlds/sem_aulas_3_semest_noticias_covilha.jpg).

A prestação do serviço público de ensino configura-se, nos termos antes expostos, como uma *relação obrigacional complexa*, que integra, por parte da IES, a obrigação principal da prestação do ensino e deveres colaterais específicos e de proteção, e, por parte do estudante, quer direitos relativos com fonte na lei (“bloco de legalidade”), quer direitos absolutos, com os correspondentes deveres gerais de respeito<sup>351</sup>, e reciprocamente deveres do estudante para com a IES e os correspondentes direitos desta. Tratando-se de deveres que resultam diretamente do quadro legal e não de um contrato, a responsabilidade decorrente do seu não cumprimento assume, no quadro legal da responsabilidade civil administrativa<sup>352</sup>, a natureza de responsabilidade extracontratual<sup>353</sup>.

Por outro lado, o ensino proporcionado pela IES não é um mero “produto” para o qual haja um qualquer “certificado de garantia”<sup>354</sup> e o aluno não é um mero consumidor, mas coparticipante na construção do “resultado”<sup>355</sup>, o qual, aliás, não está na sua livre disponibilidade<sup>356/357</sup>. Na ausência de fixação de objetivos de aprendizagem controláveis (por ex. em França vem-se debatendo a questão da contratualização dos objetivos de aprendizagem com o estudante<sup>358</sup>), como imputar responsabilidade a uma IES pelo não atingimento de

---

<sup>351</sup> Por ex., como se assinalou atrás, deveres de não violação do direito à integridade física, à integridade moral, à saúde, à reserva da vida privada do estudante, no contexto da prestação do serviço de ensino.

<sup>352</sup> Regime adiante referido.

<sup>353</sup> Sem prejuízo de, como adiante preconizamos, dever fazer-se uma aproximação à responsabilidade contratual administrativa ou preconizar-se uma verdadeira superação da dicotomia.

<sup>354</sup> JOSEF LEIDENFROST, “The role...” cit., p. 40, tanto mais que reportando-se (UK) a uma relação com o aluno de tipo contratual (“a vague contractual relationship”), diz, «There are no clear “product warranty” principles in use for ‘academic’ issues. The delivery of courses, the quality of lectures, or the guarantee for the completion of studies in due time are normally not covered by clearly formulated and well-defined rules and regulations».

<sup>355</sup> Como diz o TC no Ac. 433/99, de 30.6, para os alunos dos níveis de ensino anteriores ao superior, «Os estudantes, participantes no sistema educativo, não são meras peças do próprio sistema escolar sendo fundamentalmente cidadãos utentes desse mesmo sistema e nessa medida destinatários da execução de uma dada política de ensino e das tramitações necessárias à concretização dos objectivos legalmente definidos», também ou por maioria de razão os estudantes do ensino superior são construtores do seu próprio percurso formativo.

<sup>356</sup> Por ex., não podem os estudantes impedir a continuidade do serviço público vedando a entrada das instalações com cadeados, como já tem sucedido.

<sup>357</sup> Diz MARGA INGE BARTH TESSLER, “A Responsabilidade da Instituição e sua Direção na Prestação do Ensino”, in *Seminário sobre Direito da Educação*, realizado pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, Brasília, Jun. 2003: «No ensino superior transparece sob novo enfoque essa concordância de situações, esse imbricamento de responsabilidades, entre a do educador ou a instituição e o próprio aluno. Verifica-se um aspecto muito especial e relevante no tema da responsabilidade da instituição pelo ensino, o processo ensino-aprendizagem é relacional».

<sup>358</sup> Através de um “contrat individualisé de réussite”. Sobre o ponto pode ver-se:

[http://media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/Communiqués/01/8/orientationlicence\\_21018.pdf](http://media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/Communiqués/01/8/orientationlicence_21018.pdf),

resultados académicos quando tal for devido à não “correspondência” por parte do estudante, não obstante uma lecionação e acompanhamento satisfatórios em termos de padrões aceitáveis de qualidade?

## 2. Garantia para o estudante: em geral

Sabendo-se que é constitucionalmente assegurada como direito fundamental a *tutela jurisdicional efetiva*, incluindo a atinente às relações jurídicas administrativas, é ponto assente que será possível ao estudante exigir judicialmente o cumprimento das obrigações incumpridas por parte da IES, por ex. a não prestação de uma parcela do ensino, ou, mais, a não prestação de ensino *de qualidade*. Na prática, porém, pode isso revelar-se difícil de concretizar. Abordaremos de seguida alguns aspetos neste âmbito.

Para além dos meios jurisdicionais<sup>359</sup>, que incluem, como se sabe, todos aqueles que sejam necessários a essa tutela *efetiva*, como decorre dos arts. 20.º e 268.º/4 da Constituição – e o CPTA bem traduziu no seu art. 2.º («A todo o direito ou interesse legalmente protegido

---

ou ainda: *L' Université Est Une Chance: les Propositions des Presidents d' Université*, acessível em [http://www.cpu.fr/uploads/tx\\_publications/Propositions\\_Colloque\\_Metz\\_2007\\_01.pdf](http://www.cpu.fr/uploads/tx_publications/Propositions_Colloque_Metz_2007_01.pdf),

onde se propunha: «Proposition 2. : Mettre en place à la fin du premier semestre, pour chaque étudiant, quelle que soit sa filière universitaire, un contrat individualisé de réussite (CIR), défini par l'équipe pédagogique, incluant un suivi personnalisé, un module de projet professionnel, un stage obligatoire hors du milieu universitaire, des projets personnels encadrés et une organisation des enseignements privilégiant les petits groupes».

Note-se que já entre nós se começa a utilizar a figura do “contrato de estudos”, embora no âmbito dos programas de estudos que envolvem outras instituições, podendo ver-se, por ex., o Manual Académico do IPL acima citado, que, no art. 3.º/38), o define como segue: ««Contrato de estudos» – acordo escrito de reconhecimento académico mútuo entre as instituições participantes num programa de estudos e o estudante, no qual é registada a descrição do programa de estudos que o estudante irá seguir, bem como os créditos das unidades curriculares. Através deste contrato, o estudante compromete-se a seguir o programa de estudos em outra instituição de ensino superior, nacional ou estrangeira, considerando-o como parte integrante dos seus estudos superiores; o estabelecimento de origem compromete-se a garantir o pleno reconhecimento académico dos créditos obtidos na outra instituição de ensino superior e o estabelecimento de acolhimento compromete-se a garantir os módulos definidos, tendo em conta o disposto nos artigos 25.º a 28.º do Decreto-Lei n.º 42/2005, de 22 de fevereiro».

<sup>359</sup> Também a arbitragem, quando admissível. Cf. art. 180.º e ss. do CPTA e Lei n.º 63/2011, de 14.12.

corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos (...)»<sup>360</sup> – dispõe o estudante de outros meios de tutela, como:

- Meios de impugnação administrativa;
- Queixa perante o Provedor de Justiça<sup>361</sup>;
- Queixa perante o Provedor do estudante;
- Resolução extrajudicial de conflitos, designadamente pela mediação<sup>362</sup>.

### 3. Garantia para o estudante: alguns aspetos específicos

#### 3.1. A garantia da qualidade do ensino

O direito do estudante a que lhe seja prestado o serviço público de ensino concretiza-se em prestações, por parte da IES, de natureza *e qualidade* conformes à definição legal desse ensino e de acordo com os seus legítimos interesses<sup>363</sup>. Assim, os deveres de prestação do serviço de ensino por parte das IES através dos seus agentes de ensino são determinados pela lei e pelas chamadas *leges artis*, que conformam todas as prestações de serviços da Administração, sob pena de responsabilização desta.

---

<sup>360</sup> Não esquecendo a tutela jurisdicional junto de outras ordens jurisdicionais, pois podem verificar-se ofensas na esfera jurídica do estudante a julgar no foro penal ou de outros tribunais (por ex. no caso da violação de direitos autorais).

<sup>361</sup> Que não detém de competência decisória, atuando em defesa dos direitos constitucionais (*dlg e desc*), com competência meramente «persuasiva», cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, ob. cit., pp. 122 a 127.

<sup>362</sup> Cf. Lei n.º 29/2013, de 19.4.

<sup>363</sup> SÉRVULO CORREIA, *As relações jurídicas...* cit., p. 31, diz (realces acrescentados) a propósito da Base V da *Lei de Bases da Saúde* (Lei n.º 48/90): «Nos termos da Base V, n.º 2, «os cidadãos têm direito a que os serviços públicos de saúde se constituam e funcionem de acordo com os seus legítimos interesses». **Encontramos aqui a afirmação expressa pelo nosso legislador de um princípio geral do Direito dos serviços públicos, de há muito detectado pela doutrina e pela jurisprudência**». E mais adiante, p. 32: «(...) uma vez cumprido pelo legislador esse comando constitucional, os indivíduos abrangidos pelo universo do SNS têm um direito juridicamente exequível ao funcionamento «de acordo com os seus legítimos interesses», **ou seja, na base da organização racional dos meios à luz dos fins de prestação de utilidades que justificam o próprio imperativo constitucional de existência do serviço**».

É certo que, até em virtude da liberdade de ensino, a já referida “liberdade de cátedra” que ao docente é assegurada, há uma margem de discricionariedade<sup>364</sup> por parte deste na definição do programa e das matérias e forma como as ensina<sup>365</sup>. Não pode, todavia, essa discricionariedade confundir-se com arbitrariedade e o docente não ensinar ou ensinar contra as leis da sua arte (imagine-se, por ex., um ensino da medicina manifestamente erróneo, potencialmente gerador de erros graves na prática clínica posterior do estudante). Para além disso, embora não exista uma relação jurídica direta entre o estudante e o docente, mas uma relação que é intermediada pela IES (o docente está obrigado a esta também no quadro de uma relação estatutária ou contratual), há deveres do docente para com o aluno, ou (vistas as coisas na perspectiva inversa) violações de deveres do docente que põem em causa direitos do aluno, como é o caso da violação dos deveres deontológicos, que responsabilizam a IES e o docente<sup>366</sup>.

Mas será a qualidade subjetizável?<sup>367</sup> Como diz CARLA AMADO GOMES: «(...) a qualidade da prestação de ensino, enquanto resultado de um processo bidireccional, reveste uma complexidade

---

<sup>364</sup> Que SÉRVULO CORREIA, embora no campo das prestações de cuidados de saúde, diz que poderia ser a verdadeira discricionariedade técnica (sabendo-se que o termo é usado correntemente noutro sentido, impróprio), cf. *As relações jurídicas...* cit., pp. 28 e 29: «Ao exercício deste *poder-dever de determinação do objecto preciso de cada acto médico* é que poderia provavelmente caber com propriedade (tal como na individualização do objecto de outros deveres de efectivação de actos materiais pela administração prestadora) a designação de *discricionariedade técnica*, que, entre nós, se tem usado, sob influência italiana, com rigor científico questionável, para especificar outra realidade. Quando o médico do SNS opta entre a sujeição do utente a radioterapia ou a quimioterapia, ou lhe prescreve certos comprimidos em vez de outros alternativamente concebíveis, ele age discricionariamente. Mas esta discricionariedade não é jurídica. A conduta administrativa em causa cifra-se na prática de um acto material. Não pode por isso falar-se de discricionariedade administrativa enquanto modo de conformação jurídica, ou seja, de margem de liberdade na produção de efeitos de direito. Em contrapartida, o termo *discricionariedade técnica* parece apropriado: a liberdade de opção do médico não é total, não se confunde com arbítrio. Ela rege-se por leis científicas e considerações de ordem técnica, que integram as chamadas *leges artis*. Faz pois sentido qualificar como *técnica* a margem de livre determinação da prestação de facto. E parece correcto o emprego do termo *discricionariedade* porque – na grande maioria, se não mesmo na totalidade dos casos – os conhecimentos científicos e técnicos não libertam o agente administrativo-médico de prognosticar, ponderar e escolher entre soluções nenhuma das quais se deva considerar excluída à partida».

<sup>365</sup> No que concerne às questões ligadas ao conteúdo do ensino, matérias e planos de curso, critérios pedagógicos, etc., refere L. CABRAL DE MONCADA, *Lei...* cit., p. 461: «Aqui uma densidade legislativa exagerada só prejudica a valia pedagógica e científica das escolas, pelo que se deve limitar ao mínimo exigível».

<sup>366</sup> O estudante tem interesse legítimo a que os deveres éticos e deontológicos sejam respeitados pelo docente, pois encontra-se na esfera de protecção jurídica das normas que os impõem.

<sup>367</sup> CARLA AMADO GOMES “Direitos e deveres...” cit., p. 47, embora a propósito do ensino não superior: «O segundo problema não é menos delicado: prende-se com a possibilidade de *subjectivizar* o resultado da prestação estadual ao ponto de concretizar um direito à qualidade de ensino, plenamente justiciável» e, mais adiante, p. 57: «O ponto está em saber se a qualidade constitui uma mera garantia objectiva de bom funcionamento – controlável internamente e eventualmente geradora de responsabilidade disciplinar dos funcionários –, ou se adquire relevo

acrescida em face da qualidade de outro tipo de prestações fornecida por serviços públicos de outra natureza»<sup>368</sup>.

A qualidade do ensino suscita problemas vários, desde a sua “juridificação” até ao controlo jurisdicional e a amplitude desse controlo<sup>369</sup>. Assente que, hoje em dia, a legalidade evoluiu para uma juridicidade que envolve princípios jurídicos também ligados à eficiência e eficácia, aliás plasmados no CPA, e que constitucionalmente está mesmo consagrada essa qualidade quanto ao ensino superior, o problema em sede de garantia é pois o de apurar quais os parâmetros vinculativos, quer quanto às condições objetivas que devem encontrar-se reunidas para a prestação do serviço de ensino, quer relativamente ao conteúdo da prestação, ou seja quais os limites que balizam a atividade docente, como sucede com qualquer atividade administrativa mesmo quando no uso de avaliações próprias ou de espaços de livre avaliação e decisão.

Embora a avaliação da qualidade pareça querer aproximar o estudante de um verdadeiro cliente/consumidor, em última análise, em termos de garantia, aquele que se afirma lesado pela falta de qualidade da prestação recebida terá que o alegar e comprovar e o Tribunal socorrer-se dos critérios da responsabilidade civil dos entes públicos, neste caso o do (in)cumprimento das *leges artis*.

---

no plano subjectivo, investindo os cidadãos num “direito” a exigir do serviço uma conduta que proporcione níveis de satisfação elevados».

<sup>368</sup> CARLA AMADO GOMES, “Direitos e Deveres...” cit., p. 64.

<sup>369</sup> Cf. CARLA AMADO GOMES, “Direitos e Deveres...” cit., p. 46, que alude a “dificuldades de juridificação” e na p. 57, diz: «Nomeadamente, é questionável se um cidadão pode demandar judicialmente uma entidade pública no sentido de pedir a condenação numa prestação de *facere* com uma determinada configuração, ou mesmo requerer o ressarcimento de um dano que alegadamente lhe foi causado por preterição do nível de qualidade por si considerado adequado». E mais adiante, pp. 64-65, acrescenta: «Sendo certo que a avaliação dos termos subjectivos em que assenta a prestação de ensino é tendencialmente vedada aos tribunais, não é menos verdade que a verificação dos pressupostos objectivos de funcionamento do serviço para efeitos de reacção à sua inexistência ou deficiente funcionamento deve ser confiada, em última linha, ao poder judicial, garante da efectividade dos direitos fundamentais dos cidadãos – se bem que com a prevenção, já enunciada, da razoabilidade do controlo em homenagem ao princípio da reserva do possível (emanação do princípio da solidariedade), que pontifica em sede de Administração de prestação».

### 3.2. O regime jurídico dos exames/impugnação dos atos avaliativos

Um dos aspetos fulcrais da relação de ensino-aprendizagem é o da avaliação de conhecimentos: o estudante, para além de receber a prestação do serviço de ensino por parte da IES, por intermédio dos seus agentes para tanto qualificados, os docentes, tem direito a ver atestada a aquisição dos conhecimentos que recebeu, e na qual participou por via da sua aprendizagem, por forma a que, no final e em resultado de um processo continuado, veja titulada a obtenção do grau correspondente à conclusão do percurso académico que tenha frequentado com sucesso. Isto é tanto mais relevante quanto é certo que a aquisição desse grau é instrumental ao acesso a uma profissão, o que é tutelado pela Constituição como direito fundamental, conforme art. 47.º/1.

Assim, o estudante tem direito a ser avaliado e, em decorrência dessa avaliação, a obter a certificação do respetivo aproveitamento, sendo o caso, e a que lhe seja atribuída uma classificação, em cada unidade curricular, tendo, mais, direito a que essa avaliação seja procedimentalmente correta e materialmente justa<sup>370</sup>.

Daí que, embora a avaliação do aproveitamento dos estudantes seja matéria do âmbito da chamada discricionariedade técnica ou “justiça administrativa”<sup>371</sup> – situando-se, na terminologia atual do CPTA, do campo das “valorações próprias do exercício da função administrativa” ou da margem de livre apreciação e decisão –, não submetida ao controlo jurisdicional senão em limitados aspetos<sup>372</sup>, não terá o aluno direito a ver reapreciada a sua prova, mesmo quanto aos aspetos de mérito, quando se não conforme com o resultado obtido?

---

<sup>370</sup> Como se desenvolve a seguir no texto, para que seja *procedimentalmente correta* tem, por ex., que respeitar os programas, objetivos e métodos previamente estabelecidos e divulgados e para ser *materialmente justa* tem que obedecer a critérios objetivos e imparciais, com possibilidade de controlo dos eventuais erros ou desvios cometidos.

<sup>371</sup> Aqui entendida “justiça” não como contencioso administrativo, mas no sentido que lhe dá FREITAS DO AMARAL, identificando-a com a utilização, pela Administração, de critérios de justiça material, *Direito Administrativo*, Vol. II, policop., Lisboa, 1988, p. 181.

<sup>372</sup> Cf. em França, o artigo “Prévenir le contentieux des examens”, *Revue des Secrétaires Généraux*, n.º 15, Jan. 2006, Association des Secrétaires Généraux d’Établissements publics d’Enseignement Supérieur, pp. 49 e ss..

Em primeiro lugar, importa a propósito referir que discricionariedade administrativa<sup>373</sup> nunca é sinónimo de arbitrariedade e que a avaliação escolar tem que se submeter aos princípios constitucionais e gerais de toda a atividade administrativa – cfr. art. 2.º/5 do CPA – v.g. aos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé<sup>374</sup>.

Assim, os atos de avaliação académica têm, desde logo, que obedecer a métodos e critérios objetivos previamente estabelecidos e devidamente publicitados, seguir um procedimento justo e equitativo, e os estudantes têm direito a ser tratados com igualdade e imparcialidade<sup>375</sup>.

A possibilidade de, em relação ao resultado obtido numa prova académica, reclamação (por isso para o próprio avaliador) ou impugnação para uma sede supra-ordenada de reapreciação ou revisão, ainda administrativa, pode incluir a competência desta para uma nova pronúncia técnica, designadamente se essa sede for constituída por docentes da área em que a unidade curricular se integra (por ex. uma Comissão de Revisão constituída por docentes dessa área, mas também caso se preveja que essa instância possa socorrer-se de assessoria técnica especializada para esse efeito), com a inerente atribuição de uma outra<sup>376</sup> classificação, assim se obtendo um novo juízo de fundo, para além, naturalmente, da possibilidade de sindicância dos aspetos vinculados da realização da prova. Também em caso de divergência entre a prova e a matéria sobre a qual deveria incidir ou outro vício que impeça o aproveitamento da prova realizada, se admite a realização de nova prova como via necessária para uma avaliação justa e conforme ao enquadramento normativo a que deveria já inicialmente ter obedecido a prova nesse caso anulada pela sede de recurso.

Como instrumental ao controlo da legalidade da avaliação, incluindo o dos princípios constitucionais e gerais da atividade administrativa, limites imanentes à discricionariedade, tem ainda que se admitir o direito de acesso à prova escrita do estudante (consulta e reprodução) e

---

<sup>373</sup> CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos...” cit., pp. 91 e ss., diz ser o poder de notação “aparentado” com a discricionariedade administrativa, mas apenas aparentemente.

<sup>374</sup> Aliás consagrados no art. 266.º/2 da CRP.

<sup>375</sup> Imagine-se, por ex., que as questões colocadas numa prova de exame final não correspondem sequer aos objetivos e conteúdos estabelecidos para a unidade curricular no início do ano letivo ou que há uma indevida aplicação dos critérios pré-determinados para a avaliação.

<sup>376</sup> Em princípio quando for mais favorável, mas ficando em aberto saber-se se pode haver aqui uma *reformatio in pejus*.

também à confrontação com provas de outros estudantes no mesmo exame, para o que se deve seguir o regime geral de acesso aos documentos administrativos (CPA e LADA)<sup>377</sup>.

Por outro lado, a procedimentalização dos atos avaliativos, com o “devido procedimento”, um procedimento justo, deve assegurar a realização de provas orais com mais do que um docente como júri de avaliação e abertas à presença de outros estudantes.

Já a sindicabilidade *jurisdiccional* dos atos avaliativos – que se deve admitir em todo o caso, desde logo em homenagem ao princípio constitucional da tutela jurisdiccional efetiva, basilar emanção do Estado de Direito<sup>378</sup> – é, contudo, como bem se sabe, mais limitada, cingindo-se aos aspetos formais, nestes se incluindo a exigência de fundamentação expressa (contemporânea do ato, clara, suficiente e congruente, conforme se estatui no art. 125.º do CPA), mas também aos chamados limites imanes da discricionariedade e ao erro grosseiro quanto aos pressupostos (sua inexistência e subsunção).

É que, se bem que se devam considerar como verdadeiros atos administrativos<sup>379</sup> – e daí a sua sindicabilidade jurisdiccional, face ao invocado direito fundamental de tutela jurisdiccional efetiva – a verdade é que comportam uma enorme margem de livre apreciação e valoração por

---

<sup>377</sup> Aspeto que se retomará, a seguir no texto.

<sup>378</sup> Como sucede aliás, também noutros Países. Cf. MARTIN IBLER, “El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn, Especial consideración del Derecho de exámenes”, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceril*, n.º 22/23, Valencia, 1998, p. 190, salienta estar hoje reconhecido na Alemanha o *Dereito de exames* como disciplina jurídica específica, citando: PETER BECKER, “Prüfungsrecht”, NOMOS, BADEN-BADEN, 1988; NORBERT NIEHUES, “Schul - und Prüfungsrecht”, Vol. II: *Prüfungsrecht*, 3.ª edição, C. H. BECK, Múnic, 1994; WOLFGANG ZIMMERLING E ROBERT BREHM: “Prüfungsrecht”, CARL HEYMANN, Berlín, 1998 e, no âmbito da distribuição de assuntos na ordem judicial, a competência da sexta Sala do Supremo Tribunal Federal Administrativo para os assuntos de “Prüfungsrecht”.

<sup>379</sup> Em Espanha pode ver-se, sobre o ponto, JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO, “La función calificadora de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional”, in *Revista de Administración Pública*, N.º 139, 1996, pp. 373-418, que diz, em conclusão, p. 406: «En primer lugar, hemos de subrayar que *las calificaciones académicas constituyen verdaderos actos administrativos*» e, mais adiante (retiraram-se as *Notas*), p. 408: «En la doctrina, también vienen a afirmar aquel carácter E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, cuando subrayan que el profesor, al calificar, actúa como órgano de la Administración, mientras que cuando simplemente imparte clase, al tratarse de una actividad técnica, actúa como persona física y se imputa directamente a él, en principio, la actividad.

Y, por lo que a nosotros respecta, ya en nuestro libro de 1986 [E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 7.ª edición, Ed. Civitas, S.A., Madrid. 1995], siguiendo la definición de acto administrativo formulada, fundamentalmente, por estos dos profesores, también intentamos demostrar, punto por punto, que las calificaciones académicas constituyen verdaderos actos administrativos.

Estamos ante una declaración intelectual expresa, consistente en un juicio, realizada por una Administración Pública e imputada a la misma (las Universidades) y con producción de efectos jurídicos. La actividad de calificación con efectos oficiales es manifestación de una potestad administrativa atribuida por el Ordenamiento a los Profesores universitarios investidos legalmente».

parte dos avaliadores, no caso os docentes, sendo vedado aos Tribunais se lhes substituïrem nesses juïzos.

### 3.3. O direito de acesso aos registos académicos

Corolário dos princípios da publicidade e transparência<sup>380</sup> da ação administrativa e do respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, é, como se sabe, o princípio da Administração aberta (*open file*), ou seja, o direito, extra-procedimental, de acesso aos arquivos e registos administrativos, bem como o direito, procedimental, de qualquer interessado obter informação no âmbito dos procedimentos em que intervenha. Assim, face aos princípios constitucionais e legais, da CRP<sup>381</sup>, do CPA<sup>382</sup>, da LADA<sup>383</sup> e também da LPDP<sup>384</sup>, tem o estudante, como qualquer cidadão, pleno direito à informação procedimental e não procedimental por parte da IES, nos termos estatuídos, em especial a possibilidade de aceder aos registos que lhe digam diretamente respeito e àqueles cujo conhecimento seja pertinente ao exercício dos seus direitos, ainda que contenham dados referentes a terceiros (v.g. outros estudantes com cuja comparação apenas pode fazer valer as suas legítimas pretensões<sup>385/386</sup>).

---

<sup>380</sup> Cf. SOFIA DAVID, *Das intimações – considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 57 e ss.

<sup>381</sup> Art. 268.º/1 e 2 da CRP.

<sup>382</sup> Arts. 61.º e ss. do CPA.

<sup>383</sup> Lei n.º 46/2007, de 24.8.

<sup>384</sup> Lei n.º 67/98, de 26.10.

<sup>385</sup> A CADA entende que as atas das reuniões efetuadas durante os processos respeitantes à realização de provas académicas são de acesso livre e generalizado, ver Parecer 410/2010, de 22.12. A CADA vem-se recorrente e insistentemente pronunciando nesse sentido perante os órgãos das IES, ver, por ex., recentemente, o Parecer 56/2012, de 4.2.

<sup>386</sup> Cf. em Espanha J. F. MESTRE DELGADO, “La protección de datos y los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo común”, *VI Curso sobre Régimen de las Universidades Públicas*, VV.AA. Universidad de Almería Servicio de Publicaciones, 2002, p. 435: «Existe una práctica muy extendida, tanto en la actuación administrativa como en la posterior jurisdiccional, que impide a un interesado conocer los pormenores de las actuaciones administrativas referidas a otro, en una misma actividad o supuesto de hecho, y también en los que son semejantes (sirva como ejemplo el siguiente: ¿puede el estudiante que ha visto denegada su solicitud de beca acceder a los expedientes de todos los demás que han obtenido becas? (...))», concluyendo que a protecção da intimidade privada não pode impedir de forma absoluta o conhecimento das acuações administrativas em casos semelhantes, devendo-se «balancear adecuadamente los intereses en conflicto».

Neste quadro, deve designadamente reconhecer-se ao estudante o direito de acesso às provas académicas, as suas ou de outros (quanto a estas, sempre e na medida em que isso seja necessário para a operacionalização desses seus direitos e interesses legítimos), tanto mais que da avaliação vai resultar um efeito jurídico significativo para a sua esfera jurídica, pelo que aqui também como instrumental à tutela jurisdicional efetiva.

O direito à informação constitui um direito de natureza análoga aos *dlg*, diretamente aplicável, resultando a sua recusa na violação de um direito fundamental passível de tutela judicial nos termos do art. 268.º/4 da CRP e arts. 104.º a 108.º do CPTA (*intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões*).

#### **4. Garantia para a instituição de ensino superior: em geral**

O incumprimento, por parte do estudante, dos deveres a que está vinculado no âmbito da relação que estabelece com a IES (por ex. no caso de não pagamento das propinas) tem necessárias repercussões, quer desencadeando a possibilidade de a IES exigir esse cumprimento por via autoritária – pois que, por ser ente com prerrogativas “de império”, o pode fazer unilateralmente –, quer a nível da não exigibilidade da contrapartida que, de contrário (em caso de cumprimento do estudante), seria devida pela IES, ou mesmo a suspensão da relação, nos termos que para tanto lhe são concedidos pelo nosso ordenamento jurídico, de, em princípio, como atrás referimos, autotutela declarativa e autotutela executiva, salvo em casos excecionais em que não existam tais privilégios<sup>387</sup>.

Assim, exemplificativamente: se o estudante não comparece às aulas, não pode exigir que lhe seja aplicado o método da avaliação contínua; se o estudante não tem aproveitamento nos termos mínimos exigidos, fica abrangido pelas normas sobre prescrição; através da aplicação de sanções disciplinares, o estudante é alvo de medidas que visam restabelecer essa relação ou fazê-la suspender, no caso de incumprimentos graves. No primeiro conjunto de situações o

---

<sup>387</sup> Por ex. em caso de necessidade de entrada em local que serve de domicílio ao estudante, para o desalojar, mesmo que em despejo administrativo de residência universitária, ou a execução de dívidas de propinas, que segue os termos do processo tributário.

estudante viola diretamente os deveres que lhe são impostos para com a IES no âmbito da sua relação bilateral com ela; no caso das infrações disciplinares, em princípio a violação dá-se em relação a deveres acessórios e de conduta que lhe são impostos enquanto membro da comunidade universitária em que se inseriu, destinados a proteger o serviço público e as finalidades que lhe presidem, mas também a proteger os demais membros da comunidade contra os comportamentos ilícitos de que sejam alvo.

## **5. Garantia para a instituição de ensino superior: o poder disciplinar**

Como se acaba de referir, com vista à garantia do bom funcionamento da instituição e do interesse da comunidade académica<sup>388</sup>, os estudantes encontram-se, pela sua posição especial no âmbito da IES, sujeitos a específicos deveres e normas de conduta (comportamentos positivos ou negativos), resultando do seu incumprimento (violação por ação ou omissão) a responsabilidade disciplinar. Para além desta, pode ainda o aluno do ensino superior incorrer em outros tipos de responsabilidade, designadamente<sup>389</sup> a responsabilidade penal e responsabilidade civil.

A infração disciplinar consiste no facto voluntário praticado pelo estudante com violação culposa de algum dos deveres que nessa qualidade lhe sejam impostos, cabendo-lhe o dever de conhecer as normas legais e regulamentares que disciplinam a sua conduta. Conforme o RJIES, art. 75.º/5, a sanção disciplinar pode acarretar a suspensão da relação de ensino-aprendizagem com a IES que a aplica, no limite pela interdição da frequência até cinco anos.

Contudo, se não for submetida a rigorosos critérios de ponderação dos princípios jurídicos aplicáveis, a disciplina académica, em vez de assumir a sua função protetora da ordem jurídica

---

<sup>388</sup> O TEDH, no caso *Valsamis contra Grécia*, 18.12.1996, diz: «L'application de sanctions disciplinaires constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves».

<sup>389</sup> Ou outras, *v.g.* em termos de responsabilidade por ilícito administrativo e responsabilidade contraordenacional, como no domínio da Lei n.º 20/92, de 14.8, era configurado o não pagamento das propinas.

específica<sup>390</sup>, pode conduzir à violação de direitos fundamentais, resultado da especial dependência/subordinação dos estudantes. Relembre-se que os direitos fundamentais estão salvaguardados também no âmbito da disciplina académica.

A relação de ensino-aprendizagem, configurada como ficou como relação de serviço público, implica uma particular vinculação do estudante e a correlativa sua submissão a regras próprias da IES em que se insere (e de que é mesmo cogestor e coparticipante<sup>391</sup>). Com efeito, uma das facetas mais salientes do serviço público é a especial subordinação do utente ao poder disciplinar desse serviço<sup>392</sup>, poder que se traduz em diversas manifestações e gradações, consoante a maior ou menor vinculação deste, podendo ir de medidas mais simples (mera advertência, por ex.), até formas mais intensas e gravosas, como o poder da imediata exclusão do utente por não pagamento do serviço ou por se comportar de forma lesiva ao seu normal funcionamento (caso do utente do caminho de ferro que viaja sem pagar ou gravemente perturba aqueles com quem viaja), mesmo, como se deixou já aflorado, com possível compressão dos seus direitos fundamentais atenta a natureza da relação e os interesses públicos que tais poderes visam assegurar (caso dos presos, mas também o do estudante a quem por interdição da frequência é, decorrentemente, impedido ou pelo menos limitado da sua liberdade fundamental de aprender).

O fundamento do poder disciplinar é o de garantir a efetividade e eficiência do próprio serviço, ou seja, a prestação regular e contínua e o seu bom funcionamento ou otimização, mas se é essa a *ratio* subjacente e a legitimação da imposição de sanções ao utente, este, ainda que “imerso” na organização, não deixa de ser um sujeito de direitos, em primeiro lugar dos seus direitos fundamentais. Daí que se tenha evoluído, também no âmbito dos poderes disciplinares

---

<sup>390</sup> A disciplina não deixa de ser um “remédio”, devendo privilegiar-se as medidas “preventivas”, que evitem que tenha que ser aplicado: «In developing responsible student conduct, disciplinary proceedings play a role substantially secondary to counseling, guidance, admonition, and example», G. LOUIS JOUGHIN, *Academic freedom...* cit., p. 70.

<sup>391</sup> Cf. VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 348, que refere «[p]ode naturalmente haver formas mistas, como sucede com as universidades, em que a par da auto-gestão do pessoal (professores e funcionários) existe a co-administração dos utentes (os estudantes)».

<sup>392</sup> D. LINOTTE e outros, *Services Publics et Droit Public Economique*, 3.ª edição, Paris, 1995, p. 71, citado por L. CABRAL DE MONCADA, “Os serviços públicos essenciais e a garantia dos utentes”, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, 2001, p. 349, *Nota* (1): «Le service public oblige. Qu’il soit administratif ou commercial et industriel il contraint ses détenteurs à la recherche constante de l’ intérêt général. Sa finalité engendre donc un certain nombre de sujétions».

da Administração, para uma clara juridificação, com aplicação dos princípios constitucionais e legais a ocupar aquilo que tradicionalmente se consideravam espaços internos da organização, por isso supostamente livres ou alheios à legalidade/juridicidade<sup>393</sup>.

No campo da “disciplina académica” e depois de, durante largo tempo, um quase vazio legislativo<sup>394</sup>, o art. 75.º/4 e 5 do RJIES veio, “com força de lei”, além de estabelecer as sanções aplicáveis, tipificar os ilícitos disciplinares, fazendo-os corresponder (numa tipificação muito aberta<sup>395</sup>) à *violação culposa de qualquer dos deveres previstos na lei, nos estatutos e nos regulamentos e prática de actos de violência ou coacção física ou psicológica sobre outros estudantes, designadamente no quadro das «praxes académicas»*<sup>396</sup>.

A disciplina académica visa, assim, garantir o bom funcionamento da IES e do serviço público que presta, defendendo, designadamente, as liberdades de aprender e ensinar e os demais valores institucionais (incluindo a defesa dos bens patrimoniais), de que destacamos a

---

<sup>393</sup> Os princípios da legalidade e tipicidade das infrações disciplinares, da natureza temporária das sanções de expulsão e da proporcionalidade na aplicação das sanções são princípios que presidem neste âmbito, devendo realçar-se que, conforme art. 165.º/1/d) da CRP: «1- É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) d) Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo; (...)».

<sup>394</sup> Na verdade, dispondo o art. 9.º/2 da Lei n.º 108/88, de 24.9, que «O regime disciplinar aplicável aos estudantes deve ser definido por lei, sob proposta do Conselho de Reitores, após audição das estruturas representativas dos estudantes», nunca tal foi concretizado no domínio daquela lei (como se disse, entretanto revogada pelo RJIES), pelo que teve que continuar a aplicar-se, com necessidade de conciliação com o novo quadro constitucional, o regime do Decreto n.º 21160, de 1.4.1932, o que suscitou as maiores dificuldades. Sobre o ponto (propendendo para a constatação, à altura, de um vazio quanto ao regime disciplinar substantivo) pode ver-se J. DE MELO ALEXANDRINO, “Das Insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos Estudantes Universitários”, *RFDUL*, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, 2000, pp.433-441.

Curiosamente, o mesmo vazio ocorreu em Espanha, onde o *Reglamento de Disciplina Académica* aprovado por Decreto de 8.9.1954 “resistiu” durante décadas, mesmo após a nova Constituição de 1978 e a Lei de Reforma Universitária de 1983, como dá conta JUAN PEMÁN GAVÍN, “El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de Disciplina Académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 135, Setembro-Dezembro de 1994, pp. 435 e ss..

<sup>395</sup> A que acresce a utilização de conceitos indeterminados na definição dos deveres do estudante.

<sup>396</sup> Dispõem os n.ºs 4 e 5 do referido art. 75.º:

«4. Constituem infracção disciplinar dos estudantes:

- a) A violação culposa de qualquer dos deveres previstos na lei, nos estatutos e nos regulamentos;
- b) A prática de actos de violência ou coacção física ou psicológica sobre outros estudantes, designadamente no quadro das «praxes académicas».

5- São sanções aplicáveis às infracções disciplinares dos estudantes, de acordo com a sua gravidade:

- a) A advertência;
- b) A multa;
- c) A suspensão temporária das actividades escolares;
- d) A suspensão da avaliação escolar durante um ano;
- e) A interdição da frequência da instituição até cinco anos».

qualidade e fidedignidade do ensino<sup>397</sup>, mas também protegendo a integridade física e moral dos membros da comunidade universitária, em particular a dos estudantes no âmbito de possíveis violências praticadas no contexto das “praxes académicas”<sup>398</sup>.

Os valores concretamente relevantes em sede de proteção disciplinar ter-se-ão que extrair dos deveres legal, estatutária e regulamentarmente estabelecidos, sabendo-se ainda que não é necessária no domínio do direito disciplinar uma densificação dos comportamentos sancionáveis tão intensa como se requer no direito criminal, sendo, não obstante, exigível um mínimo de especificação das condutas reveladoras de violação dos valores protegidos, podendo tal consistir na indicação dos deveres cujo incumprimento traduz esse desvalor.

Por seu lado, a definição legal das sanções aplicáveis, bem como a determinação da sanção a aplicar e ainda um critério expresso da sua medida concreta, têm um sentido eminentemente garantístico, num campo tão sensível que pode brigar ou briga efetivamente com direitos fundamentais do estudante, desde logo com a própria liberdade de aprender<sup>399</sup>.

Não se pretendendo abordar as questões atinentes à autonomia disciplinar das IES<sup>400</sup> e ao procedimento disciplinar propriamente dito, salienta-se em todo o caso, dada a sua natureza sancionatória, a estrutura necessariamente acusatória, a presunção de inocência do arguido e o seu direito de audição e defesa (verdadeiro *dlg* – cfr. art. 32.º/10 da CRP), recurso jurisdicional da decisão administrativa, com tutela jurisdicional efetiva, devendo fazer-se aproximar dos demais procedimentos sancionatórios e mesmo, subsidiariamente, do direito penal (e processual penal), no que respeita aos princípios e garantias essenciais (por ex. a aplicação do

---

<sup>397</sup> Por isso a preocupação com prevenção e punição do plágio e toda a fraude académica.

<sup>398</sup> A necessidade de explicitar a natureza ilícita das condutas lesivas de bens fundamentais no contexto das praxes académicas resultou, como se sabe, de um incremento dos abusos cometidos nesse âmbito, a que já atrás fizemos referência. Sobre o tema pode ver-se ainda PEDRO DO CARMO, “Praxe: uma perspectiva jurídica”, *Revista do Ministério Público*, n.º 110, Abril-Junho 2007, pp. 225-228.

<sup>399</sup> Por ex., como acima se referiu, no caso da suspensão e interdição da frequência, mas também com outros valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, o que impõe a legalidade e a tipificação, pense-se na hipótese de previsão, a nível meramente regulamentar, já não de castigos físicos, hoje em dia inaceitáveis, mas, imagine-se, uma repreensão durante uma cerimónia académica ou a prestação de serviço à Universidade em condições que na prática pudessem ser vexatórias.

<sup>400</sup> A propósito pode ver-se, embora no domínio da LAU, o interessante estudo de RUTE LEITÃO, “A autonomia disciplinar das universidades: Uma autonomia a descobrir, uma avaliação a fazer”, in *Legislação*, n.º 37, Abril-Junho 2004.

princípio “non bis in idem”<sup>401</sup>, da não retroatividade e do instituto da prescrição, bem como da reabilitação, também no foro disciplinar), exigindo-se, naturalmente, para além da ilicitude a imputação subjetiva da conduta ao agente a título de dolo ou mera culpa.

O que por outro lado se deseja salientar, no contexto da posição jurídica do estudante perante a IES, é que, não obstante as garantias e os princípios assinalados, a devolução para a autonomia universitária, através do poder regulamentar autónomico nesta sede disciplinar, da definição concreta dos deveres cuja violação traduz ilícito disciplinar implica a possibilidade de conformação por essa via do concreto estatuto do estudante em cada uma das IES pelo que, sem prejuízo daquelas garantias e designadamente da tipificação por via legal das sanções aplicáveis, é ainda possível um largo espaço de desenvolvimento/preenchimento das posições jurídicas respetivas (IES e estudante) por via autoritária/unilateral da IES<sup>402</sup>. Esse espaço autónomico alarga-se ainda a outros regulamentos, na medida em que se considerem ilícitas as condutas violadoras de deveres qualquer que seja a fonte autónomica (estatutos e regulamentos infra-estatutários) em que se insiram, para além, naturalmente, de deveres consignados em legislação avulsa, ou mesmo de deveres que resultam de outras fontes normativas para que os Estatutos e regulamentos autónomicos remetam (normas técnicas, planos de estudo, contratos de estudo<sup>403</sup>, e outros instrumentos dessa natureza).

O poder disciplinar é, assim, um importante instrumento de garantia da IES relativamente ao (não) cumprimento dos deveres por parte do estudante, podendo levar à suspensão ou exclusão (temporária) deste, o que não deixa de ser uma eficaz proteção do serviço público (e

---

<sup>401</sup> Referimo-nos obviamente à aplicação de mais do que uma sanção disciplinar pela prática do mesmo facto disciplinarmente ilícito, não à possibilidade de sancionamento disciplinar e sancionamento de outra ordem, designadamente penal, que, como se sabe, é admitido sob a consideração de que os círculos de interesses e os valores protegidos são distintos, caso, por ex., do aluno que agride um docente e que, para além de ser punido pelo crime cometido, em sede judicial, é sancionado disciplinarmente, porventura com a interdição da frequência da instituição.

<sup>402</sup> Por essa via, sem prejuízo do controlo judicial sempre garantido em relação aos aspetos vinculados e quanto ao respeito pelos princípios aplicáveis, fica, pois, uma ampla discricionariedade normativa e administrativa (esta no preenchimento dos conceitos indeterminados e na valoração das actuações que preenchem os tipos de ilícito) para a IES definir os seus valores próprios, por ex. a forma como define o seu projeto formativo, a função social que visa prosseguir, ou a conceção que assume de formação integral do aluno e dos valores que ele há-de nesse quadro respeitar.

<sup>403</sup> Por ex., no âmbito dos programas interinstitucionais de mobilidade estudantil, como atrás aludimos.

manifestamente não encontra solução paralela no caso inverso de incumprimento das obrigações por parte da IES).

Uma nota adicional se quer acrescentar em relação à previsão da emanação pelas IES de normas éticas e de conduta, conforme agora se encontra previsto no RJIES, art. 9.º/7<sup>404</sup>, que, pela sua natureza, parece que só poderão servir como tipificação de deveres cujo incumprimento seja sancionável em sede disciplinar se os correspondentes preceitos forem suficientemente precisos e tiverem uma imperatividade que os reconduza a verdadeiras normas jurídicas.

## 6. Responsabilidade civil

O regime da responsabilidade civil das IES não diverge substancialmente do regime geral aplicável aos demais entes públicos, com a ressalva constante da parte final do art. 157.º/1<sup>405</sup> do RJIES, a da salvaguarda da *liberdade académica e científica*.

Limitar-nos-emos a uma análise sucinta da responsabilidade civil administrativa decorrente da relação *sub judice*.

A primeira observação a fazer<sup>406</sup> é a de que a indemnização é a *ultima ratio* da garantia, também no âmbito da relação de ensino-aprendizagem. A reintegração natural é, assim, a via normal da reposição da legalidade infringida pela IES, ou da exigência do comportamento devido pelo estudante; como, também no quadro de imposição legal que ele tenha incumprido, é, de igual modo, a reconstituição *in natura*, ou seja, a reconstituição da situação atual hipotética<sup>407</sup>, a via de reposição do direito agravado.

---

<sup>404</sup> Que dispõe: «Para além das normas legais e estatutárias e demais regulamentos a que estão sujeitas, as instituições de ensino superior podem definir códigos de boas práticas em matéria pedagógica e de boa governação e gestão».

<sup>405</sup> Do seguinte teor: «As instituições de ensino superior são patrimonialmente responsáveis pelos danos causados a terceiros pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, nos termos da lei, sem prejuízo da liberdade académica e científica».

<sup>406</sup> Observação que é óbvia do ponto de vista jurídico, mas talvez não corresponda a uma leitura imediata face a situações concretas.

<sup>407</sup> Cf. art. 3.º/1 da Lei n.º 67/2007, de 31.12.

Como é sabido, para além das que resultem do incumprimento de deveres relativos, as obrigações de indemnização têm ainda como fonte a violação dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, campo que abrange inúmeras situações em que os estudantes podem ser lesados por atos ou omissões imputáveis às IES<sup>408/409</sup>, no âmbito da *responsabilidade civil extracontratual*<sup>410</sup>. Responsabilidade civil extracontratual cujo regime para os entes públicos foi aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31.12 (RRCEE), alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17.7, aqui podendo ser configurada a título de *responsabilidade subjetiva por factos ilícitos*<sup>411/412</sup>, com eventual hipótese de ilicitude em razão do funcionamento anormal do serviço (arts. 7.º, n.ºs 3 e 4 e 9.º), e *responsabilidade objetiva*.

Como já concluímos, não estamos perante relações contratuais, nem sequer relações “contratuais de facto” ou “relações de massas”<sup>413</sup>, mas sim em face de uma relação estatutária, por isso de conformação legal e regulamentar<sup>414</sup>, daí que não haja violação de direitos relativos/de crédito *no âmbito de uma relação contratual*. No entanto, trata-se, como temos vindo a defender, de uma *relação obrigacional complexa*, pelo que, em muitos casos dela emergem (a par com a titularidade de direitos absolutos) verdadeiras relações creditícias, individualizadas entre a IES e cada um dos estudantes, com os inerentes «deveres relativos

---

<sup>408</sup> «[V]iolação de deveres *gerais* gerais de abstenção, omissão ou não ingerência», ANTUNES VARELA, *Das obrigações...* cit., p. 521.

<sup>409</sup> Direitos absolutos são, designadamente, os direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual.

<sup>410</sup> Desde casos de acidente dentro ou fora do *campus* mas em atividades integradas ou conexas com o ensino, a visitas de estudo ou estadias no estrangeiro patrocinadas ou com a envolvimento e também no interesse da instituição, estágios curriculares em fábricas, ou mesmo situações extremas como o rapto de um estudante ou a sua morte no estrangeiro por causa de um risco que deveria ter sido previsto pela IES e o não foi.

<sup>411</sup> Com os pressupostos: facto (entendido como facto voluntário – ação ou omissão – do lesante); ilicitude (violação de direitos alheios ou infração de norma destinada a proteger interesses alheios); imputação do facto ilícito ao lesante (a título de dolo ou negligência), assumindo nesta sede importância o conceito de funcionamento anormal do serviço; dano (prejuízo causado na esfera do lesado); e nexos de causalidade entre facto e dano.

<sup>412</sup> Respondendo a IES em caso de dolo ou culpa grave solidariamente com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas «no exercício das suas funções e por causa desse exercício», gozando de direito de regresso contra estes se houver satisfeito a indemnização, conforme art. 8.º do RRCEE. Em caso de culpa leve, há, pois, responsabilidade exclusiva da IES.

<sup>413</sup> No âmbito da responsabilidade civil dos hospitais públicos, a propósito do entendimento como *contratos de adesão* ou *relações contratuais fácticas*, cf. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, ob. e loc. cit..

<sup>414</sup> [Fazendo um paralelismo], no sentido de que se trata de uma relação jurídica no âmbito de uma *relação especial de direito administrativo*, ANA RAQUEL MONIZ, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra Editora, 2003, p. 17.

próprios das obrigações, incluindo os deveres acessórios de conduta»<sup>415</sup>, parecendo que o regime do respetivo incumprimento deveria estar mais próximo de uma “terceira via” ou mesmo assimilar-se à responsabilidade contratual. Com efeito, embora no contexto do direito administrativo se venham incluindo na responsabilidade extracontratual todas as situações em que se não esteja perante um contrato administrativo<sup>416</sup>, sob consideração de que as violações de obrigações com fonte legal se subsumem às violações de disposições ou princípios «de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos» (art. 9.º do RRCEE), também, em geral, se verifica uma tendência doutrinal e jurisprudencial<sup>417</sup> para a aproximação ou superação da dicotomia tradicional<sup>418</sup>, designadamente, com vista à melhor proteção do lesado, quando a realidade social subjacente não corresponde inteiramente aos referenciais de cada um dos regimes-tipo “tradicionais”, o que será o caso que analisamos. Na verdade, tal como sucede no contexto da prestação de cuidados de saúde no âmbito hospitalar<sup>419</sup>, a individualização da relação entre IES e cada estudante de *per si* parece que justificaria a aplicação do regime da responsabilidade contratual, por mais favorável<sup>420/421</sup> e conforme à realidade subjacente, tanto mais que no domínio do direito civil, a cujos princípios se deve

---

<sup>415</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., p. 522.

<sup>416</sup> Cf. BARBOSA DE MELO, *apud* ANA RAQUEL MONIZ, “Quando Caem em Desgraça os Discípulos de Hipócrates... Algumas Questões Sobre Responsabilidade Civil Médica da Administração”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 50, Março/Abril 2005, pp. 9 e ss., que, embora no domínio do DL 48051, de 21.11.1967, diz: «a expressão «responsabilidade civil extracontratual» deverá ser interpretada em sentido amplo, de forma a abranger “toda a responsabilidade civil emergente da violação de deveres jurídicos não concretizados através dos contratos administrativos”».

<sup>417</sup> Cf. por ex. Ac. do TCAN, de 30.11.2012.

<sup>418</sup> M. REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, p. 17, referem que a doutrina identifica ainda uma terceira via de responsabilidade civil «que abrangeria situações de violação de deveres específicos de protecção, informação e lealdade, não decorrentes de contratos mas com densidade superior aos deveres genéricos de respeito de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos cuja violação gera responsabilidade extracontratual».

<sup>419</sup> Cf. CLÁUDIA MONGE, *A Responsabilidade dos Estabelecimentos Hospitalares*, estudo acessível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/ppt\\_claudia\\_monge.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/ppt_claudia_monge.pdf).

<sup>420</sup> Designadamente quanto à presunção de culpa do devedor (art. 799.º/1 do CC) e quanto à prescrição (art. 309.º vs. art. 498.º do CC). Esta problemática, do apuramento da natureza da responsabilidade perante uma situação concreta da vida real e possível superação da dicotomia tradicional, levanta-se igualmente no direito civil, como bem revela o recente Ac. do STJ, de 24.4.2013, que negou a Revista do Ac. de 7.12.2010 (a que se faz referência na *Nota 304 supra*), a propósito da responsabilidade de uma IES privada por ofensas no âmbito da «praxe».

<sup>421</sup> Aplicando-se o regime da responsabilidade extracontratual, não deixa o estudante de estar em geral protegido contra as violações dos deveres específicos por parte da IES, por recurso à previsão da ilicitude decorrente do funcionamento anormal do serviço (arts. 7.º/3 e 4 e 9.º do RRCEE) e presunções de culpa do art. 10.º.

recorrer<sup>422</sup>, a responsabilidade contratual também se aplica a obrigações com fonte legal (melhor se falando, por isso, em *responsabilidade civil obrigacional*<sup>423</sup>).

Também deve vigorar aqui o princípio fundamental a observar no domínio do cumprimento das relações obrigacionais, no direito privado como também no direito público, o da *pontualidade*<sup>424</sup>, que ANTUNES VARELA considera, pelo seu espírito, extensivo a todas as obrigações, ainda que não contratuais<sup>425</sup>.

Na vertente aqui mais relevante, a da responsabilização das IES, noutros países, mesmo nos de matriz anglo-saxónica, designadamente nos Estado Unidos e na Grã-Bretanha, só há umas décadas<sup>426</sup> se começou a verificar litigiosidade contra as IES e a antever-se o risco de agravamento desse novo “fenómeno”, que, dizem alguns, seguirá muito em breve os passos do contencioso contra os atos médicos<sup>427</sup>.

Entre nós, ainda agora não é frequente a jurisprudência sobre a matéria, ou, pelo menos, é escassa a que se encontra acessível. Mas já vão surgindo, entre outros:

- Caso de estudante que obtém um grau que, afinal, contra a sua expectativa e sem que a IES lho tenha informado<sup>428</sup>, não está reconhecido;
- Casos de contencioso quanto aos exames e ou à obtenção de grau e possível reparação de danos pela *perda de chance* resultante de o lesado não ter podido obter um emprego ou uma valorização remuneratória, por ex.<sup>429</sup> por violação de normas regulamentares que disciplinam a realização de exames ou concessão de graus<sup>430</sup>;

---

<sup>422</sup> Cf. M. REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III – Actividade Administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2007: «A responsabilidade contratual e as situações de terceira via da responsabilidade civil, quanto a actos de gestão pública, não são disciplinadas por qualquer regime legal, decorrendo os seus regimes dos princípios gerais em matéria de responsabilidade civil e dos princípios fundamentais da actividade administrativa».

<sup>423</sup> Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...* cit., p. 519.

<sup>424</sup> Cf. J. CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 105.

<sup>425</sup> *Das Obrigações...* cit., p. 592 *apud* ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 13ª edição, Petrony, Lisboa, 2001, p. 343.

<sup>426</sup> Anos sessenta, princípios setenta do século passado. Mais recentemente, casos como *Ross v. Creighton University* nos Estados Unidos ou *Buckingham v. Rycotewood* na Inglaterra tornaram-se pioneiros das novas tendências, ver [http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS\\_OP17.pdf](http://oxcheps.new.ox.ac.uk/MainSite%20pages/Resources/OxCHEPS_OP17.pdf).

<sup>427</sup> Incluindo algo como o *consentimento informado* em relação a certas atividades de risco, por forma a corresponsabilizar o estudante, por ex. em programas no estrangeiro, ver <http://www.uwi.edu/riskandresponsibility/>.

<sup>428</sup> Podendo haver, ou não, propaganda enganosa.

<sup>429</sup> Ver Arrêt Legoff em <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-CONSEILDETAT-19870527-59159>.

<sup>430</sup> Ver *Affair Roques* em:

- Casos no âmbito das praxes académicas, por omissão da IES em relação aos seus deveres de vigilância e cuidado<sup>431/432</sup>;
- Responsabilidade da IES por factos negativos como, por ex., a omissão do dever de vigilância ou dos deveres de proteção e segurança<sup>433</sup>;
- Responsabilidade por um mau ensino ou por insucesso escolar<sup>434</sup>;
- Responsabilidade da IES por omissão perante atos dos seus alunos: - caso de alunos sem aulas por motivo de greve prolongada de docentes<sup>435/436</sup>.

---

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007806217&fastReqId=1087572638&fastPos=1>.

<sup>431</sup> Ver Ac. do TCAN, de 19.1.2006.

<sup>432</sup> Ver paralelo no Regulamento do Seguro Escolar, Portaria n.º 413/99, de 8.6.

<sup>433</sup> A IES tem sempre um dever de cuidado em relação ao estudante que utiliza as suas instalações, o que se deve entender em qualquer caso, mesmo para as instituições privadas, isto é, independentemente da natureza da relação jurídica de ensino-aprendizagem (seja contratual, seja estatutária ou relação especial entre o aluno e o estabelecimento de ensino). Mas a responsabilidade não se pode estender a atividades desenvolvidas pelo estudante na sua vida social, desportiva ou recreativa, a menos que em atividades organizadas pela própria instituição: por ex. no caso *Tuttle v Edinburgh University* [1984 SLT172] a Universidade foi condenada por violação do dever do cuidado ao não ter preparado devidamente os estudantes para treparem a árvores aquando da colheita de espécimes durante uma atividade externa em que um estudante se magoou.

Ver [http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part6\\_25.php](http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/part6_25.php).

Transcreve-se o Sumário do Ac. do TCAS, de 18.6.2009, a propósito de um atraso na marcação de provas de mestrado:

«I - A ultrapassagem por parte de uma Universidade, por cerca de três anos, dos prazos para a conclusão de um curso de mestrado, previstos nos artigos 13º e 14º do D.L. 216/92, de 13 de Outubro constitui facto ilícito.

II - Resultando de tal atraso, injustificado pela Ré, um prejuízo na progressão da carreira de uma licenciada que se havia candidatado ao curso de mestrado, e verificando-se os demais pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, a A. não poderá deixar de ser indemnizada, designadamente no tocante a diferenças salariais».

<sup>434</sup> MARGA TESSLER, “A Responsabilidade...” cit., p. 18: «A responsabilidade da instituição de ensino pelos ensinamentos que ministra aos estudantes necessita da dedicação da doutrina, pois afigura-se de difícil estabelecimento. Guimarães, na obra citada, refere um precedente envolvendo um ex-aluno da Universidade de Harvard, Dascomb Handerson, que foi despedido de seu emprego após aplicar uma fórmula matemática ensinada na faculdade, o que causou à instituição empregadora grande prejuízo. Em primeiro grau a ação foi extinta, e em grau de recurso foi determinada a instrução e o julgamento. A ação não foi julgada procedente, mas o autor refere que as instituições de ensino passaram a ser mais cautelosas quanto aos serviços prestados» (retiraram-se as *Notas*). Ver sobre o caso: <http://austrianeconomists.typepad.com/files/a-sketch-of-the-history-of-truth-in-teaching.pdf>.

Mas poder-se-ão aplicar as normas de proteção ao consumidor? No direito brasileiro é a própria lei que o assegura, sobre o ponto MARGA TESSLER, “A Responsabilidade...” cit., p. 19 (retiraram-se as anotações): «A situação não encontra dificuldade maior em ser definida como uma relação de consumo especialmente quando o ensino é prestado por instituição particular. O legislador afastou dúvidas ao estabelecer que os contratos de prestação de serviços educacionais devem obedecer ao CDC». Mas adiante, p. 21, quanto ao ensino público, é peremptória: «Tratando-se de serviço público, a relação é institucional e não se aplica o CDC».

<sup>435</sup> Sucedeu na Universidade da Beira Interior, conforme se pode ver em <http://www.snesup.pt/cgi-bin/printpage.pl?/htmls/EkEIEEpkpEXKOpkhRy.shtml>.

<sup>436</sup> Ac. do STA, de 6.3.2008, caso de IES que vedou ao lesado a possibilidade de se inscrever e frequentar um curso durante nove anos.

Claro que o contrário, a responsabilização do estudante, também ocorre. Para além da responsabilidade pelo incumprimento dos seus deveres estatutários e com eles conexos, por ex. o não pagamento das propinas, a deterioração de produtos ou estragos causados nas instalações, o estudante também pode incorrer em responsabilidade civil extracontratual<sup>437</sup> por violação dos direitos absolutos dos titulares dos órgãos e agentes da IES ou até de terceiros<sup>438</sup>, e mesmo da própria IES, desde que admissível o seu reconhecimento como tal (por ex. difamação, violação do direito ao bom nome da IES, como pessoa coletiva). O que se diz sobre a responsabilidade do estudante deve, contudo, ser articulado com o regime do seguro escolar atrás já referenciado que, em certas circunstâncias e condições, poderá cobrir a responsabilidade do estudante.

#### **PARTE VI – Breve contributo para um Estatuto do Estudante do Ensino Superior**

No nosso ordenamento jurídico não se encontra aprovado em sede legal um qualquer Estatuto do Estudante do Ensino Superior, ao contrário do que sucede noutros países, como recentemente em Espanha<sup>439</sup>. Existe, porém, um *Estatuto do Aluno e Ética Escolar*, aprovado pela Lei n.º 51/2012, de 5.9<sup>440</sup>, referente aos alunos dos ensinos básico e secundário, o qual, com a distância devida – atenta a manifesta diferenciação nos níveis de ensino, designadamente quanto aos respetivos processos de ensino e aprendizagem e ao grau de maturidade e envolvimento dos alunos –, nos pode, contudo, dar algumas pistas para um possível estatuto do estudante numa IES. Assim, por ex. e com as necessárias adaptações, os

---

<sup>437</sup> E responsabilidade contraordenacional e, mesmo, penal.

<sup>438</sup> Imagine-se uma festa promovida pelos estudantes fora do *campus* ou as praxes que afetem outros estudantes ou terceiros.

<sup>439</sup> Real Decreto 1791/2010, de 30.12, que aprovou o *Estatuto do Estudante Universitário*. De salientar que foi prevista a constituição do *Consejo del Estudiante Universitario del Estado*, órgão colegial de representação estudantil perante o Ministério da Educação que, contando com a participação de estudantes de todas as universidades públicas e privadas, fortalece largamente o papel do estudante dentro do sistema universitário espanhol.

<sup>440</sup> Já antes, a Lei n.º 30/2002, de 20.12, com sucessivas alterações, agora revogada pela Lei n.º 51/2012, de 5.9 citada no texto.

preceitos que dispõem quanto ao momento em que o estatuto de estudante é adquirido, as fontes dos direitos e deveres<sup>441</sup> e a respetiva enumeração<sup>442</sup>, podem de alguma maneira servir de inspiração para um estatuto paralelo a nível do ensino superior.

Não obstante a inexistência de um tal diploma legal, encontramos normas regulamentares autonómicas dispersas<sup>443</sup> que permitem definir esse estatuto em termos *materiais*, como tentámos atrás fazer, e, porventura, ajudar a construir um conjunto de normativos que sirva como contributo para um futuro Estatuto *formal*<sup>444/445</sup>.

Julgamos que tal *estatuto* deveria ser uma carta de direitos e deveres básicos do estudante, por isso não prejudicando a aplicabilidade de outros direitos e deveres já previstos ou, sendo o caso, a prever supervenientemente nas leis, estatutos autonómicos e regulamentos,

---

<sup>441</sup> Ver art. 5.º/1: «A matrícula é obrigatória e confere o estatuto de aluno, o qual, para além dos direitos e deveres consagrados na lei, designadamente no presente Estatuto, integra os que estão contemplados no regulamento interno da escola».

<sup>442</sup> Art. 7.º, quanto aos direitos, e art. 10.º, quanto aos deveres.

<sup>443</sup> Assim, por ex., o Despacho n.º 9301/2012 do ISCTE - IUL, publicado no DR, Série II, de 10.7.2012, que aprova o Regulamento de Propinas devidas naquela IES, diz na parte preambular:

«A inscrição nos ciclos de estudos ou nos cursos confere ao estudante o direito a:

- a) Frequentar aulas e outras atividades letivas desenvolvidas no âmbito das unidades curriculares em que esteja validamente inscrito;
- b) Ver avaliados os seus conhecimentos sobre as matérias lecionadas e sumariadas nas unidades curriculares referidas em a);
- c) Utilizar, respeitando os respetivos regulamentos de utilização e horários, a Biblioteca, as Salas de Informática, as Salas de Estudo e outras estruturas de apoio ao ensino existentes».

<sup>444</sup> A. BARBOSA DE MELO, *Seminários e colóquios – As bases da educação*, 1.ª edição, Conselho Nacional da Educação, 2004, p. 37, elenca quatro princípios no âmbito do ensino superior que podem servir de “guia” nesta tentativa de enquadramento estatutário:

«1.º Princípio da democraticidade, igualdade de oportunidades e da não exclusão (art.º 3.º, 1, b) e d); e art.ºs 74.º, 2 d) e 76.º da CRP): todos têm direito de acesso, segundo as suas capacidades e sem restrições de natureza económica aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística, se necessário, mediante o apoio de um sistema de acção social adequado e justo;

2.º Princípio da responsabilidade institucional (art.º 3.º, 1 a)): cabe às instituições assegurar um serviço de ensino, de investigação científica e de criação artística de qualidade e por isso sujeito a avaliações e a certificações regulares, utilizar de modo eficiente os recursos de que dispõem e garantir a transparência das decisões, nomeadamente através da publicação das contas, dos planos de actividades, dos respectivos relatórios anuais;

3.º Princípio da responsabilidade financeira do Estado (art.º 3.º, 2, a)): o Estado tem de assumir os encargos financeiros necessários para garantir o funcionamento de uma rede pública de estabelecimentos de ensino de qualidade que será parte integrante da rede da oferta educativa do País;

4.º Princípio da responsabilidade dos estudantes (art.º 3.º, 2, b)): os estudantes têm o dever de se aplicar de forma a alcançar adequado aproveitamento escolar e de justificar pelo mérito o acesso ao bem social de que beneficiam, sendo este dever “medido” (diz a lei) através do regime de prescrições que deve ser praticado na totalidade das instituições de ensino».

<sup>445</sup> Cf. ainda a *Carta de Princípios do Estudante*, em Anexo ao *Regulamento Disciplinar dos Estudantes da Universidade de Coimbra*, publicada no DR, Série II, n.º 142, de 24.07.2012, onde se enunciam 4 princípios fundamentais a observar pelo estudante: compromisso, responsabilidade, iniciativa e excelência.

designadamente ressaltando a possibilidade de normas autonómicas mais favoráveis ao estudante. Num estatuto formal caberia, desde logo, o enunciado de um conjunto de princípios básicos de enquadramento e, para além de um “tronco comum”, abrangendo todo e qualquer estudante (mesmo de formações não conferentes de grau), deveria contemplar-se uma secção especial para cada grau (os estudantes de doutoramento devem ter direitos específicos, por ex. no contexto da investigação que lhes é requerida).

### **Como princípios básicos e gerais, enunciamos os seguintes tópicos para reflexão:**

#### **DIREITOS**

- Direitos fundamentais e de personalidade como cidadãos e como estudantes:
  - Direitos de personalidade, designadamente o direito à integridade moral (dignidade, honra), direito à intimidade, direito à imagem;
  - Direito à segurança e à proteção da integridade física;
  - Direito à igualdade de tratamento, sem qualquer tipo de discriminação;
  - Liberdade intelectual, de aprender e de investigar (podendo orientar ideologicamente a sua aprendizagem e optar, dentro do programa estabelecido, por vias alternativas, sem que isso seja negativamente valorado na avaliação<sup>446</sup>);
  - Liberdade de, no processo de aprendizagem e em toda a vida académica, se expressar livremente, no respeito dos direitos dos demais membros da comunidade;
  - Liberdade de consciência e religião;
  - Liberdade de manifestação, de reunião e de associação dentro da IES, para defesa e prossecução dos seus interesses enquanto estudantes e membros da comunidade, dentro dos limites legais;
  - Direito à informação (de a colher e de a emitir)<sup>447</sup>.

---

<sup>446</sup> BLANCA LOZANO, *La libertad de cátedra*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 12, diz, a propósito da liberdade de estudo: «Este derecho comporta que el alumno, dentro del programa de la asignatura, es libre para orientar ideológicamente su estudio y adherirse a teorías alternativas a las expuestas por el profesor, sin que ello se valore negativamente en la calificación de su rendimiento académico».

- Direitos institucionais e de participação:

- Garantia institucional da existência de um Provedor do Estudante;
- Direito de participar e de votar na eleição dos órgãos da IES e órgãos próprios estudantis;
- Direitos de participação nos órgãos de governo e gestão da IES, nas formas estatutária e regulamentarmente previstas;
- Direito a participar ativamente nas avaliações dos docentes e nas avaliações institucionais;
- Direito a participar em alterações curriculares e quaisquer outras que o afetem (por ex. na elaboração de normas sobre prescrições);
- Direito a participar nos procedimentos regulamentares autonómicos e na fixação de calendário escolar (designadamente quanto às datas das provas de avaliação).

- Direitos específicos do processo de ensino-aprendizagem:

- Direito à igualdade de oportunidades no acesso e êxito escolar, nos termos legalmente estabelecidos;
- Direito ao ensino com qualidade, incluindo o direito ao acompanhamento efetivo pelos docentes (tutorias, orientação/supervisão) que permita a adequada aquisição de conhecimentos e competências com vista à inserção e integração profissional;
- Direito a uma avaliação justa, objetiva e imparcial, segundo métodos e processos pré-estabelecidos e públicos, com o reconhecimento e valorização do desempenho académico com garantia de recurso e com incentivos ao mérito, dedicação e esforço do estudante (*v.g.* concessão de bolsas de mérito);
- Direito à fundamentação dos atos avaliativos, abrangendo avaliações orais, incluindo o direito à sua expressão por escrito nos termos do CPA, sempre que o estudante queira recorrer a meios de tutela;

---

<sup>447</sup> Cf. GERARD FERRAGUT MUXI, “Hacia una cultura de la información: El reto pendiente de las universidades”, in *La Gestión...* cit., pp. 283 a 287.

- Direito a ser tratado com respeito por parte da IES e por toda a comunidade, com neutralidade política e religiosa (ensino transmitido de maneira objetiva, crítica e pluralista);
- Disponibilidade de instalações e condições adequadas e acessíveis ao normal desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem;
- Direito à proteção dos dados pessoais;
- Reconhecimento da autoria e propriedade intelectual do estudante;
- Direito a procedimento disciplinar legal e equitativo e com direito de audição e defesa;
- Direito de obter os títulos e diplomas correspondentes;
- Direito a participar nos programas de mobilidade, nacional ou internacional, em igualdade de condições;
- Direito aos estatutos especiais, nos termos legal e regulamentarmente previstos, com respeito pelo princípio da proporcionalidade.

- Direitos sociais e culturais:

- Direito à ação social e a medidas protetivas que garantam a igualdade e plena integração na comunidade académica;
- Direito a assistência na saúde;
- Disponibilização/acesso e participação nas atividades da IES, designadamente extracurriculares (culturais, desportivas e de solidariedade social), com o respetivo reconhecimento académico.

## **DEVERES**

- Deveres como estudante e como membro da comunidade universitária:

- Dever de pagar as propinas e outras taxas e contrapartidas devidas;
- Dever de estudar, dever de se responsabilizar pela sua própria aprendizagem e dever de tirar proveito do serviço que lhe é predisposto pela sociedade através da IES;

- Dever de se conduzir com integridade, seriedade, civilidade, empenhamento e responsabilidade pelos seus atos, com conhecimento e cumprimento da legalidade, normas regulamentares e de conduta estabelecidas no âmbito organizativo e de comunhão com os valores e interesses institucionais, designadamente abstendo-se de métodos fraudulentos nos processos avaliativos (não os praticando nem colaborando na sua prática por outros), preservando o património material e imaterial da IES e respeitando os direitos dos demais elementos da comunidade académica e das entidades com quem esta colabore;
- Dever de participação de forma ativa e responsável nos órgãos da IES para que foram eleitos e de aí bem representar os interesses institucionais, informando os seus representados das deliberações do órgão (sem prejuízo do dever de reserva quando imposto);
- Dever de participar nos processos avaliativos institucionais, designadamente em relação aos Docentes.