



Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito

2.º Ciclo de Estudos em Direito

Activismo Judicial no Âmbito do Direito à Educação

PEDRO MIGUEL MOURA CARDOSO VILAR AVELEIRA

Dissertação apresentada no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado em Ciências
Jurídico-Forenses

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel
Gonçalves Moniz

Coimbra, 2014

Índice

Abreviaturas	3
Introdução	4
Aproximação ao conceito de Activismo Judicial	5
Direito à Educação	15
Estado Constitucional Social	15
A Constituição Social	20
Direitos Fundamentais	21
Função dos Direitos Fundamentais	24
Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Económicos, Sociais e Culturais	25
Direitos Económicos, Sociais e Culturais	29
Regime Jurídico	33
Direito à Educação Propriamente Dito	36
Os Tribunais e o Direito à Educação: análise jurisprudencial	43
Conclusão	51
Bibliografia	54

Abreviaturas

CRP Constituição da República Portuguesa de 1976

Introdução

A presente exposição recai sobre o relacionamento entre duas questões fundamentais na área do Direito Constitucional. De um lado, temos o Activismo Judicial. Do outro, o Direito Fundamental Social à Educação, positivado na Constituição da República Portuguesa de 1976. Ora, em primeiro, abordar-se-á uma das problemáticas da dogmática deste ramo do direito, que muito estudo tem causado e cuja importância tem resvalado para o campo da política, pondo sob o holofote da atenção e escrutínio de muitos a actuação jurisprudencial, pelo que procuraremos explicar a génese do mesmo, o seu sentido, as suas variantes, em particular nos EUA e em França, onde muitas páginas se têm escrito acerca do assunto e onde, com especial enfoque, tem sido alvo de discussão. Mas, a doutrina portuguesa não está alheia ao assunto e a sua opinião também merece atenção, pelo que é de igual modo tomada em conta.

Posteriormente, será alvo de estudo o acima referido direito fundamental. No entanto, será antes feita uma cascata conceptual onde se procurará enquadrar a nível da dogmática constitucional o direito, tendo, a final, a explanação do mesmo com base nos principais autores nacionais, além de certas questões levantadas por estes suscitadas e com pertinência.

Tendo como pilares estes dois elementos chega-se ao cerne deste estudo. Assim sendo, e se de um lado, temos um fenómeno que tem como uma das suas possíveis características alargar o que está de legalmente plasmado sobre algum assunto, em especial no âmbito dos direitos, e por outro, temos, claro está, um direito, uma busca será feita pelas decisões judiciais ao nível do Tribunal Constitucional, como intuito último de averiguar se em Portugal tal fenómeno tem alguma expressividade e se o direito à educação foi sujeito aos efeitos do mesmo e em que sentido, ou seja, se a custos do activismo judicial se desenvolveu para lá do que a lei estabelece, ou se, pelo contrário, houve timidez neste âmbito por parte dos juízes, não tendo as suas decisões ido mais além do que legalmente previsto e, portanto, têm esperado que legislador promova uma evolução no seu conteúdo protector.

Aproximação ao conceito de Activismo Judicial

Encontra-se hoje por entre a dogmática jurídica, com alguma frequência, expressões como “activismo judicial”, “judicial activism”, “gouvernement des juges”, “Richtersstaat”. Estas, traduzem um fenómeno intrinsecamente ligado ao constitucionalismo moderno e ao advento do republicanismo que se traduz, brevemente, nos tribunais assumirem nas suas decisões uma postura que vai para além da função de “dizer o Direito” e se imiscuem nas decisões políticas. De forma a atingir o objectivo por nós proposto, deve-se explanar o que isso significa e buscar a origem das duas expressões mais utilizadas.

A história dos EUA, a actuação do seu poder judicial e o aparecimento do conceito andam há muito ligados. O constitucionalismo americano é, pelas suas características e no entendimento de Kenneth Holland¹, fértil ao surgimento do fenómeno jurídico de que se trata. Senão vejamos: a Constituição Americana é o mais antigo texto do género do mundo, contendo sete artigos iniciais aos quais foram acrescentadas *emendas* (27 ao todo), tendo um carácter *rígido*, por não poder ser alterada nos moldes do texto português e, ao mesmo tempo, *elástico*, por permitir uma permanente adaptação às necessidades dos tempos (com particular ênfase nos direitos fundamentais, dado que, de início, o texto era bastante omissivo neste âmbito), lacunoso, visto que poucas matérias abarcam (algo que é considerado, por alguns, como um factor da sua longevidade). Foi também largamente influenciada pelas experiências jurídicas das cartas coloniais e do sistema jurídico inglês, bem como bastante assente nos usos e costumes da época. É também profundamente legalista, ou seja, é dada tamanha importância ao acto legislativo que a Constituição em si mesmo é - *paramount law*. Na expressão do Professor C. Johnson

¹JUSSARA MARIA PORDEUS E SILVA, “Activismo Judicial e o Papel do Ministério Público Brasileiro na efetivação das políticas públicas: o caso do amazonas” in “Activismo Judicial”, Juruá Editora, Curitiba, 2010, p. 264;

ela é “vitalizada”², i.é., é capaz de se adaptar às circunstâncias/pragmática, o que justifica tal longevidade.

Mas se os *founding fathers* têm grande mérito no texto e no sentido que foi depositado nele, justificando o acima brevemente descrito, não menos têm os tribunais, em especial a Supreme Court. Nos EUA, o poder judicial goza de uma posição privilegiada, dado que nele é depositada grande confiança por parte dos cidadãos (as razões históricas apontem neste sentido; é que ao contrário dos sistemas continentais, na common law os juízes são consideradas os grandes defensores do povo³, face aos arbítrios dos outros poderes). Este estatuto não é alheio ao facto daquele tribunal ter grandes responsabilidades no desenvolvimento do sentido ínsito ao texto constitucional, com grande incidência nos direitos fundamentais (se a falta de direitos no texto original é uma razão, a IX emenda também, dada a cláusula de abertura de direitos fundamentais não tipificados), bem como no que toca ao equilíbrio das instituições da União e Federais, tendo sido na luta entre estes ideais que surgiu o controle de constitucionalidade das normas (caso *Madison vs Marbury*, 1803), figura jurídica de relevantíssima importância para o nosso estudo, por ser a ferramenta por meio da qual se chega ao escrutínio da bondade das normas feitas pelo legislador, face à Constituição. Hoje, e desde praticamente a segunda metade do século XIX, pelo poder que lhe é conferido, aquela instituição tem vindo a assumir um papel no panorama jurídico norte-americano de relevo, mas não raras vezes com grande cariz político, desde logo, por ter tomado consciência que detém meios para intervir socialmente, por desviar-se de uma solução legal pois entende que é injusta ou talvez contra o direito, ou somente, porque na sua perspectiva não é a melhor solução para um caso a decidir. É que se a feitura de normas advém da luta política, a sua “destruição” ou adaptação pode também acarretar um teor político⁴. Ora, como sabemos, o poder judicial

²MARCELLO CAETANO, “Manual de Ciência Política e Direito Constitucional”, Volume I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1972, p. 67;

³JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Coimbra Editora, 2012, p. 183 e ss;

⁴MARCELLO CAETANO, “Manual de Ciência Política e Direito Constitucional”, Volume I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1972, p. 67 e ss, JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo I, 9.ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 139 e ss e JORGE BACELAR GOUVEIA, “Manual de Direito Constitucional”, Volume I, Almedina, 2005, p. 276 e ss;

não tem como função fazer política, fazer leis. Montesquieu⁵ é peremptório na repartição dos três poderes⁶.

Ao que parece, a expressão “gouvernement des juges” foi utilizada pela primeira vez por um juiz norte-americano: Water Clark, Chief Justice da Supreme Court da Carolina do Norte. Mas Lambert, apoiado numa constatação de Tocqueville sobre o enorme poder dos juizes norte-americanos⁷, deu relevo a esta expressão de tal forma que foi introduzida na literatura jurídico-política em França com o intuito de transmitir o conceito sobre que nos debruçamos⁸.

Após a Segunda Guerra Mundial, praticamente todos os países da Europa ocidental, por via das teorias Kelsenianas⁹ e da superação da resistência à atribuição de poderes tão amplos aos juizes¹⁰, e (mais tarde) um pouco por todo o mundo, passaram a instituir sistemas de controlo de constitucionalidade de normas como forma de corrigir a regra da maioria, e como meio de proteger a Constituição de abusos do executivo e legislativo, sendo, então, o judicial o poder escolhido para tal, ainda que não de forma imediata (veja-se que em Portugal foi o Conselho da Revolução, órgão político que teve inicialmente essa função, tendo o mesmo sucedido noutros países)¹¹. Ora, o juiz, enquanto intérprete da lei, deve aplicá-la a um caso concreto com respeito pelo seu valor normativo, pela norma jurídica que as palavras traduzem, que deve ser aquele sentido que os seus “fabricantes” quiserem que ela tivesse. Deste modo se traduz o princípio da subordinação do juiz à lei e da decisão dos casos com base num método lógico-dedutivo. Mas, o fim do positivismo acabou com os tons de preto e branco que o princípio anteriormente tinha e a interpretação jurídica passou a dar jus ao nome, ou seja, passou a interpretar-se de tal modo que se consegue muitas vezes retirar bem mais do que a lei parece querer dizer (superação

⁵MONTESQUIEU, “Do espírito das leis”, Edições 70, Lisboa, 2011, p. 453 e ss;

⁶CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 50;

⁷BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 87 e 88.

⁸ALESSANDRO PIZZORUSSO, “«Governo dei giudici» e democrazia”, in *Questione Giustizia*, 5, 1999, p. 815 e SÉVERINE BRONDEL/NORBERT FOULQUIER/LUC HEUSCHLING, “D’un non sujet ver sun concept scientifique?” (Introdução à obra *Gouvernement des juges et démocratie*), Paris, 2001, p. 13 e 14;

⁹JORGE REIS NOVAIS, “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito”, Almedina, 2006, p. 189 e ss;

¹⁰JORGE REIS NOVAIS, “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito”, Almedina, 2006, p.186 a 188;

¹¹ALESSANDRO PIZZORUSSO, “«Governo dei giudici» e democrazia”, in *Questione Giustizia*, 5, 1999, p. 817 a 824 e BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 65 a 73;

da ideia de identificação entre letra da lei e norma), além de se ter admitido excepções à sujeição exclusiva do juiz à lei¹². Este poder de revelação, a maioria das vezes, tem o seu objecto no âmbito dos direitos fundamentais, assumindo os juízes o estatuto de seus “guardiões”, por entenderem ser moralmente correcto uma decisão pró-direitos; estes modos de decidir também nos levam para o campo do activismo, que Gomes Canotilho, parece não querer apelar de governo de juízes, por as novas teorias de interpretação jurídica terem tal actuação como algo positivo, criando a ruptura com o “juiz executor” liberal¹³. É de salientar, contudo, que existem vários graus de activismo, sendo aqueles em que claramente se criam ou corrigem leis que levantam maiores problemas, não tanto as interpretações extensivas, analógicas. Argumento que muitos usam para defender o activismo é o facto de o juiz pela sua actuação poder combater a regra da maioria, que pode porventura ser injusta, apesar de ser também o exacto ponto de que outros se servem para a criticar e questionar a presença de um tal juiz num Estado Democrático¹⁴, que muitas das vezes não tem legitimidade democrática (um dos alertas de Dworkin), ou esta é, de alguma maneira, duvidosa ou pouco visível; por outro lado, contribui para a clarificação das leis vagas da *common law*, preenchimento de lacunas legais, dar resposta a casos que, se imaginados pelos legisladores, eles próprios tinham feito uma lei que lhes respondesse¹⁵. Se Dworkin aposta argumentos maioritariamente a favor do activismo, Ackerman é mais conservador, considerando existirem apenas dois níveis de decisão política: a legislativa, onde existe a luta política dos representantes do povo, e a constitucional, que ultrapassa as divisões de ideias daqueles buscando unidade na identidade política nela presente; os juízes apenas invalidam actos normativos contrários à Constituição, não sendo superiores ao poder legislativo, tendo de se submeter à vontade do povo, expressa naquele texto¹⁶.

Com estes dados não se pode negar a tamanha importância do assunto. E para que não haja dúvidas sobre esta afirmação veja-se que numa decisão judicial pode estar a alargar-se direitos fundamentais além daquilo que a lei estabelece, o que do ponto de vista

¹²BENEDITA URBANO, “Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo?”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII – Especial (III Encontro de Professores de Direito Público), 2010, p. 416;

¹³J.J.GOMES CANOTILHO, “Judicialismo e Política – Tópicos para uma intervenção” in “Constituição e Processo: entre o Direito e a Política”, Editora Fórum, 2011, p. 143 e 144;

¹⁴GUY SCOFONI, “Les enseignements d’une vieille démocratie: l’exemple américain”, in Gouvernement des judges et démocratie, Paris, 2001, p. 189;

¹⁵RONALD DWORKIN, “Levando aos Direitos a Sério”, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 128 e 129;

¹⁶BRUCE ACKERMAN, “We the people”, Cambridge, London : The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 84 e ss;

do cidadão é de saudar, mas ao mesmo tempo pode estar a violar-se o princípio da separação de poderes, de tal forma que é hoje algo básico na estrutura de um Estado de Direito Democrático, um pilar. Como exemplo do descrito olhe-se para o caso *Roe vs Wade* (1973), com o qual a Supreme Court reconheceu o direito ao aborto nos EUA¹⁷, algo que em Portugal foi feito recentemente através de acto legislativo e com recurso a referendo. Temos aqui o mesmo direito reconhecido por vias totalmente diferentes e que espelha a problemática do tema. Decerto, aos órgãos com poderes legislativos cabe a tomada de decisões políticas como é esta, são eles que representam a vontade política de uma nação, que a interpretam e que promovem as alterações ou criações de institutos e regimes jurídicos que espelham as necessidades e vontades de uma sociedade. Recorremos, com intuito de fundamentação, às autorizadas palavras de Gomes Canotilho, que exprime esta ideia claramente ao referir-se ao princípio da representação, componente do princípio democrático, dizendo que ele «assenta nos seguintes postulados: (1) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de “funções de domínio”, feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; (2) derivação directa ou indirecta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular; (3) exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo», rematando com uma frase do Presidente Lincoln: “governo do povo, pelo povo, para o povo”¹⁸, tão apropriada pela sua certa verdade.

Uma nota deve ser acrescentada, para referir que muitos dos casos que levam às questões de activismo têm por base questões sociológicas relevantes para uma sociedade em particular, mas também além fronteiras. Não sendo inoportuno neste campo pensar numa articulação a sociológica e jurídica. É que o próprio normativismo, como já se disse, inclina o juiz a pensar fora da lei escrita, pelo que pergunta-se se não terá nesse sentido uma boa justificação para actuar para lá do que está estipulado quando por virtude da inovação e do avanço social assim é reclamado¹⁹. Por outro lado, faz-se referência a uma discussão na doutrina dos EUA sobre se a tradição deve ser um elemento a ter em conta na

¹⁷BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 93;

¹⁸J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 293;

¹⁹VLADIMIR SANTOS VITOVSKY, “Activismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sócio-jurídica” in “Ativismo Judicial”, Juruá Editora, Curitiba, 2010, p. 89 e ss;

interpretação da Constituição, e que pode ter influência sobre a opinião perante o activismo judicial.²⁰

Voltando ao princípio da separação de poderes deve-se dizer, com Benedita Urbano e, no mesmo sentido Carlos Blanco Morais, ao referir que o princípio da separação de poderes, inscrito nos artigos 2º e 111º CRP, é entendido de forma diferente do que era no liberalismo, justificando-o com mudanças originadas por transformações nas funções e fins do Estado, com liberdade dos poderes constituintes de modular a expressão do princípio, apenas se considera a salvaguarda do núcleo essencial e na complementaridade entre separação e interdependência de poderes²¹. Não é preciso pensar muito para ver a verdade da afirmação, bastando olhar para os poderes legislativos que o Governo tem em Portugal, acabando com o monopólio legislativo da Assembleia da República (artigo 198º/1 da Constituição da República Portuguesa, de agora em diante CRP). Assim, não só o executivo se intromete no legislativo, como também o judicial quer deixar de ser “a mera boca que pronuncia a lei”²². No entanto, o fim daquele monopólio não parece querer dizer que também os juízes devam partilhar de tal poder, dado a falta de qualquer dimensão política deste poder e de legitimidade democrática, apesar de os apoiantes desta posição encontrarem argumentos que podem ser bastante atractivos, desde logo ao tentarem legitimar os juízes por outras vias que não sufrágio. A legitimação (ou falta dela) da justiça constitucional é um dos pontos em que Portugal e EUA se distinguem. Como já foi dito, nos EUA, o controlo da constitucionalidade nasceu do trabalho interpretativo da Supreme Court; entre nós, o Tribunal Constitucional está expressamente previsto na Constituição de 1976, tal como a sua legitimidade para apreciar a constitucionalidade de normas (além dos restantes tribunais), o que só por si diminui efectivamente as polémicas sobre se o seu papel de defensor dos direitos fundamentais, face ao seu congénere norte-americano²³.

Por ter entrado na vida jurídica por diversos meios e de modo diluído no tempo, vários podem ser os sentidos que se lhe podem atribuir. Aliás, é a esta diversidade de

²⁰CASS SUNSTEIN, “Designing Democracy: What Constitutions do”, Oxford University Press, 2001, p. 67 e ss;

²¹CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 49 a 59;

²²BENEDITA URBANO, “The law of the judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration of an old principle?” in Boletim da FDUC, Vol 86, 2010, p. 622

²³JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Coimbra Editora, 2012, p. 139 e ss;

entendimentos que Keenan liga o acentuado crescimento da utilização da expressão²⁴, tentando apresentar várias teorias assentes em dados históricos sobre potenciais significados. Assim, o séc. XIX aparece como a moldura temporal dentro do qual o conceito emerge em discussões doutrinárias sobre a ideia de actividade legislativa dos juízes. Não é claramente alheio a tal o famoso caso *Dred Scott vs Sandford* em 1857²⁵, nem a *Lochner Court*, nem o *New Deal*, mas só 90 anos depois surge a expressão “judicial activism”, num artigo da revista *Fortune* escrito por um não jurista: Arthur Schlesinger Jr. O autor tentava caracterizar vários *Supreme Court Justices* e as suas diferenças, fundamentando tal nas distintas perspectivas que cada um tem sobre o papel daquele tribunal: uns achavam que deveria ser um instrumento para chegar a certo estado social; outros estão ligados a uma perspectiva mais respeitadora da separação de poderes. Daqui logo se vê que diferentes visões deste poder levam a diferentes visões, e quiçá justificações, do fenómeno crescente. Os significados que podem ser atribuídos são, por exemplo, o do Justice Frank Murphy que entendia o activismo como uma forma de superar a regra da maioria quando atenta contra a democracia, mas na década de 50 do séc. XX é entendido como alvo negativo, como imiscuição do poder judicial no poder legislativo e tomada de decisão política, visão a que não é alheia a luta de Roosevelt contra a *Supreme Court* na tentativa de dar cumprimento ao programa do *New Deal*, nos anos 30. Edward McWhiney desenvolve o tema chegando à conclusão de que se pode ser autocontido judicialmente num sentido e activista noutra²⁶. Já o juiz Joseph C. Hutcheson Jr tratou de inserir o termo pela primeira vez numa decisão judicial do caso *Theriot v. Mercer*, em 1959, sendo que aqui o termo apareceu num sentido pejorativo face à actuação de outros dois justices considerada por ele como activista ao tentarem alterar “ancient landmarks” do processo²⁷. Mais tarde, em 1978, dá-se uma alteração no sentido dado por Hutcheson, reaparecendo o sentido dado inicialmente por Schlesinger, no caso *Turpin v. Mailet* onde se decidiu que as cidades podem ser responsabilizadas pelas violações da 14ª Emenda²⁸, de

²⁴KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in *California Law Review*, 92, Outubro, 2004, nº3;

²⁵GUY SCOFFONI, “Les enseignements d’une vieille démocratie”, in *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, 2001, p. 194;

²⁶BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 89 e 91;

²⁷KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in *California Law Review*, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1459;

²⁸KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in *California Law Review*, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1459;

que os juízes devem meramente aplicar a lei e o poder legislativo fazer a lei. Em 1999, no caso *Brzonkala v. Virginia Polytechnic Institute and State University*, reconhecendo-se abertamente o ativismo judicial da Supreme Court no sentido da tomada de decisões judiciais com amplo alargar de fronteiras para as da decisão política²⁹.

Michel Troper e Otto Pfersmann indicam três sentidos deste conceito com aberturas diferentes: *latissimo sensu*, que se refere ao facto dos magistrados usarem o seu poder de maneira a poderem fazer frente às decisões políticas; *stricto sensu*, aplicável aos juízes de tribunais superiores, em particular, que têm um poder de intervir no poder legislativo por via das suas funções, sendo este o sentido mais comum e que queremos utilizar nesta exposição; *Strictissimo sensu*: em que o governo dos juízes é uma forma governativa ao lado do regime monárquico e democrático³⁰.

Gomes Canotilho faz a sua própria abordagem do conceito com uma perspectiva mais bondosa, enquanto potencial corrector dos problemas sociais. Assim, faz uma abordagem por 3 perspectivas diferentes: de comparação jurídica, do nacionalismo e globalização, e, por fim, relacionando-o como direito dos pobres. Assim, vê no activismo uma resposta necessária a uma nova luta política entre classes (ricos e pobres), enquanto elemento estabilizador, ao mesmo tempo que uniformiza o direito no espaço, face a uma economia global com necessidade de regulação equitativa e justa³¹. Assim, este autor parece não ver o regresso ao juiz enquanto “mera boca que pronuncia a lei” como algo possível, ou até mesmo desejável, visto que o juiz garantidor de direitos é muito mais conforme com as actuais teorias hermenêuticas e morais de decisão justa, além de que em última instância estarão sempre limitados pela distribuição de competências feita pela Constituição e princípio democrático e acrescenta que o desenvolvimento do direito tem passado em larga medida pela descoberta de novas funções e dimensões do direito³².

²⁹KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in *California Law Review*, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1462;

³⁰MICHEL TROPER e OTTO PFERSMANN, “Exist-t-il un concept de gouvernement des juges?” e GUY SCOFONI, “Les enseignements d’une vieille démocratie: l’exemple américain”, in *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, 2001, p. 24 e ss e 188;

³¹J.J. GOMES CANOTILHO, “O activism judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza”, in “O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides”, org. Lenice S. Moreira de Moura. São Paulo: Editora Saraiva, 2009; p. 47-58;

³²JUSSARA MARIA PORDEUS E SILVA, “Ativismo Judicial e o Papel do Ministério Público Brasileiro na efetivação das políticas públicas: o caso do amazonas” in “Ativismo Judicial”, Juruá Editora, Curitiba, 2010, p. 281 e 282;

Ora, pelo até agora vimos, há várias descrições possíveis de activismo judicial:

-invalidação da acção do poder legislativo por via da proibição de certa política tomada por outros poderes estaduais, sem a constituição o permitir, i. é., há uma clara tomada de posição política³³.

-perspectiva de que o poder judicial tem uma capacidade maior para decidir quais as melhores decisões políticas a tomar. Os opositores a este sentido dizem que o judicial tem apenas de dizer o que é legal/constitucional, não se é politicamente melhor ou pior, adequado ou não³⁴.

-também se considera activismo quando se ignora a regra dos precedentes, sendo que é considerado inapropriado ignorar um precedente da Supreme Court por um tribunal inferior (“vertical precedent”³⁵). No que toca aos precedentes do mesmo tribunal (“horizontal precedent”³⁶) é mais discutido, divergindo as opiniões sobre se deve ou não ser encarado como activismo, sendo que a distância temporal é um factor a ter em conta. Uma coisa é quando se quebra com precedentes se dá por entender que há um erro na avaliação feita pelo tribunal, o que é diferente de se aderir a uma leitura errada da constituição, havendo doutrina considerar essa situação de inconstitucional, pois entender tal leitura errada como precedente leva a que se eleve a decisão acima da Constituição/Lei, tornando-se equivalente a legislação constitucional.

-outro sentido engloba os casos dos juízes legislarem eles próprios. O próprio Presidente George W. Bush se manifestou contra estas situações³⁷

-entende-se ainda como activismo quando existem divergências de metodologia interpretativa.

³³KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in California Law Review, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1463;

³⁴MICHEL TROPER e OTTO PFERSMANN, “Exist-t-il un concept de gouvernement des juges?”, in Gouvernement des juges et démocratie, Paris, 2001, p. 25;

³⁵KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in California Law Review, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1466;

³⁶KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in California Law Review, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1467;

³⁷KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, in California Law Review, 92, Outubro, 2004, nº3, p. 1471;

-outro possível sentido é visível quando numa decisão judicial se segue uma agenda/interesses/convicções próprios em detrimento do estabelecido.

Vistas as premissas do problema cabe ver que razões são apontadas para a sua perpetuação. Vale a pena expor uma lista:

-A luta contra o formalismo que se estende nos sistemas tanto da common law como da civil law. Esta doutrina formalista sustenta que a interpretação pelos juízes consiste na declaração da lei existente por via de um processo mecânico, lógico e dedutivo, passando-se a defender o normativismo, como aponta.

-A crescente intervenção do Estado na sociedade, causa um aumento da actividade legislativa que sobrecarrega tanto o poder legislativo como executivo leva o judicial a começar a arrogar-se um peso maior no sistema.

-O aparecimento do Estado Social, levou à adopção de legislação dirigida à protecção dos direitos sociais, impondo obrigações ao Estado de manter e desenvolver a sua protecção e também implementar novas políticas sociais. Ora, é ao legislativo e executivo que cabe, correspondentemente, definir as políticas sociais e implementar as mesmas. O poder judicial, por seu lado, entende que o trabalho daqueles muitas das vezes não é suficiente ou necessita de correcções/aperfeiçoamentos, ao mesmo tempo que questiona a própria capacidade técnica dos políticos para proceder a tal tarefa, ao passo que se acha mais próximos do problema e mais habilitados para o fazerem.

-O novo constitucionalismo assente mais em princípios e o controlo de normas é outra causa, mas também a impregnação do direito constitucional em todas as áreas do direito, segundo Luís Pedro Sanchis³⁸.

- A convivência de diversos ordenamentos jurídicos e concorrência da produção jurídica.

- A passagem de um legiscentrismo para um juriscentrismo.

-Os direitos humanos elevaram a necessidade de a justiça corrigir a legislação³⁹.

³⁸ LUÍS PEDRO SANCHIS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” in Neoconstitucionalismo(s) (ed. Miguel Carbonnel), Madrid, 2003, p. 131;

³⁹ BENEDITA URBANO, “The law of the judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration of an old principle?” in Boletim da FDUC, Vol. 86, 2010, p. 625-627, “Curso de Justiça

A doutrina do checks and balances e da defesa da legalidade num Estado Democrático estão a originar um problema que ainda não se sabe ao certo caracterizar como bom ou mau e como deve este ser resolvido. Irónico é o facto de a “cura” para certas questões gerar mais uma potencial “patologia”. Já que soluções estão longe de estar à vista, interessa-nos ver qual as consequências que em Portugal se fazem sentir, em particular no direito que de seguida se explorará.

Direito à Educação

Não se pode falar de direitos sociais sem se abordar, ainda que de forma breve o que é o Estado Constitucional Social, Constituição Social, o que são Direitos Fundamentais e, dentro destes, os Direitos Sociais Económicos, Sociais e Culturais. Cascata conceptual esta que faz parte da CRP e em particular do alvo no nosso estudo. Procedamos então à sua explanação.

Estado Constitucional Social

Neste subtítulo temos uma conjugação de três palavras que semanticamente aparecem de forma simples, contrastando, no entanto, com um peso e significado histórico, político e jurídico de muitos séculos de lutas, discussões, revoluções, aprendizagem e crescimento intelectual do ser humano. Não nos cabe, nem é possível, explicar tudo isso nesta exposição, devendo por isso cingir-nos à parte jurídica e, em particular, à vertente que interessa para o objectivo último.

Sendo assim, cabe dizer que a palavra Estado, dispensando-se todos os outros significados que lhe podem ser ligados, serve para referir a estrutura e organização jurídica e política de um país, ou seja, é a “colectividade territorial na qual está fixado um povo e se encontra instituído um poder político soberano, cujo processo de decisão,

Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 99 e 100 e “ «Criação judicial» e «activismo judicial»: as duas faces de uma mesma função?” in 35º Aniversário da Constituição de 1976 (obra organizada pelo Tribunal Constitucional), Vol. II, Coimbra, 2011;

tomado no âmbito de um ordenamento jurídico, visa a satisfação dos interesses gerais”⁴⁰. Mas ainda neste sentido sofreu ao longo dos tempos certas alterações. Actualmente, o Estado mais que uma “racionalização institucional das sociedades modernas”⁴¹ é um Estado Constitucional, ou seja, tem ao seu dispor um instrumento jurídico cujo intuito é equilibrar o poder político, numa fase inicial enquanto meio de luta contra o absolutismo e os privilégios desigualitários, mas que durante o século XX adopta uma postura de balança social. Hoje, o só conseguimos imaginar um Estado com uma Constituição. Tal leva a que tenhamos tal estrutura política sob a alçada do direito, sendo a Lei também um símbolo contra a discricionariedade, e o ideal é que esse Estado esteja não só submetido ao direito, mas que seja também democrático, onde todo o poder é legitimado pela soberania popular e é exercido com intuito de promover o bem-estar da sociedade.

O Estado de Direito como entendido na época da revolução francesa tinha uma forte componente protectora do cidadão, era limitador dos poderes do próprio Estado no Ancient Régime. O Estado de Direito tinha esse âmbito numa fase inicial, desenvolvendo os direitos, liberdade e garantias como limites negativos à actuação do poder⁴². Pode começar a ver-se que as expressões sobre as quais nos debruçamos agora já andam nas bocas do mundo há séculos, mas o seu significado não é sempre o mesmo, e mesmo dentro de certas molduras temporais e tendo sempre como base o mesmo ideal, elas variam, alteram-se, evoluem, para que possam responder melhor às necessidades das pessoas. O Estado deixou de ser um ente de defesa de comunidades, para passar a ser visto como uma ameaça, para uma vez mais voltar ser visto como algo benéfico porque protector, ainda que não tanto de ameaças externas, mas antes de ameaças internas representadas pelas desigualdades, arbítrio, submissão absoluta. Entende-se hoje que para existir um Estado de Direito, é primário que toda a organização estatal e actuação esteja direccionada para a protecção e garantia dos direitos fundamentais, seja através da divisão do poder, seja pela sujeição a critérios materiais, resultando na limitação do Estado, com a Constituição a ser a

⁴⁰CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 19;

⁴¹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 90;

⁴²J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 99 e ISABEL MOREIRA, “A solução dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais na constituição portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2007, p. 34;

palavra-chave⁴³. O relevo da nota material não é de menosprezar, pois a mera formalidade não chega para conter eficazmente o “Leviatã”⁴⁴. Uma pequena observação para dizer que hoje é possível verem-se diversas teorias da Constituição, cada um dando ênfase a questões diversas; mas, queremos com isto referir, que existe quem defenda o activismo judicial como meio de conceber uma nova teoria neste âmbito⁴⁵.

Social é a palavra final. Ela introduz no diálogo jurídico, político, estadual as preocupações sentidas por muitos ao ver aquilo em que as sociedades pré-modernas se estavam a transformar por força da revolução industrial e que se continuou a sentir e ainda hoje se sentem, que foram fortes o suficiente para destruir regimes, mas também para criar ideais sociais e políticos que têm hoje tanta força como tinham naquela altura. Só esta pluralidade de ideias e circunstâncias são capazes de explicar o surgimento deste conceito. O Estado Constitucional de Direito debruça-se sobre a ordem social com vista a modelá-la no sentido de trazer mais justiça para o seu seio⁴⁶. Surge então o Estado Social, que pretende que a justiça social seja conseguida por meio de garantir igualdade, de oportunidades, de condições para se sobreviver, ou antes, viver com o máximo de dignidade possível, através da “afirmação de um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, [...] não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem [...] a necessidades que se connexionam com os bens básicos ou fundamentais cujo acesso não deve estar dependente da capacidade económica”⁴⁷. Jorge Bacelar Gouveia expressa este entendimento de forma breve mas completa, ao afirmar que uma sociedade democrata e plural necessita de uma intervenção estatal, de cariz regulador e prestador, propiciando liberdade de participação política ao

⁴³JORGE REIS NOVAIS, “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito”, Almedina, 2006, p. 103 e CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *in* *Scientia Juridica*, Tomo 57, N.º 315, 2008, p. 412;

⁴⁴JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 216 e ss e CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 184;

⁴⁵CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 150;

⁴⁶ISABEL MOREIRA, “A solução dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais na constituição portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2007, p. 34 e J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 385;

⁴⁷JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Adeus ao Estado Social?: A segurança social entre o crocodilo da economia e medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”», 1ª ed., Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, p. 73 e 74;

cidadão⁴⁸. Também Jorge Reis Novais entende como sendo do Estado essa função garantística, com fim último de permitir uma vida digna e o mais igualitária possível, com a conseqüente alteração das relações entre aquele e os cidadãos⁴⁹. Diversamente, Carlos Blanco Morais, ao entender que um Estado Social não é sinónimo de Estado de Direito Democrático, exemplificando com o Estado comunista Chinês, o regime bolivariano da Venezuela, os Estados do bloco soviético, o fascismo italiano, entre outros⁵⁰. Um ponto que merece relevo, e que é consequência desta nova vertente estadual, é o surgimento de um novo catálogo de direitos fundamentais, para lá dos emergentes do liberalismo. A fórmula remonta ao séc. XIX, com nomes como Hegel, Fichte, Robert von Mohl e Lorenz von Stein a contribuírem para a sua construção, sendo que na prática temos os exemplos do capitalismo renano (onde as preocupações sociais motivaram os trabalhadores a participarem na gestão empresarial), os seguros sociais de Bismarck. Só após a Segunda Guerra Mundial assume uma posição constitucional, no texto fundamental da Alemanha, de 1949, mais tarde seguido por muitos outros países⁵¹. Sobre a sua implementação e difusão escreve João Loureiro, com um enfoque sobre o que se estudava no meio académico relacionado com este assunto. Aponta o especial interesse no direito do operariado (de influência francesa) e nos seguros sociais, que se defendiam como um factor de mudança do “Estado Policia” para um Estado-previdência, não se denotando ainda uma Constituição social, nos anos da 1.ª República; a pequena excepção, presente no texto fundamental de 1911, vai para o seu artigo 3º/29, onde se reconhece um direito à assistência pública, não sendo, todavia, sinónimo da actual segurança social, ficando muito aquém, com directo enfoque subjectivo na indigência e mendicidade⁵². Foram, no entanto, grupos, como os católicos sociais, que deram expressão ao Estado garantístico, tomando forma jurídica na Constituição de 1933, onde se refere expressamente ao “Estado Social de Direito”. Em 1976, já se não verte directamente tal formulação no texto, apenas se fica por caracterizar o Estado como “de Direito Democrático”; Jorge Miranda, não atribui a tal uma significado diferente do que existia em 1933, apenas se quis fazer conexão com a

⁴⁸JORGE BACELAR GOUVEIA, “Manual de Direito Constitucional”, Volume I, Almedina, 2005, p. 221;

⁴⁹JORGE REIS NOVAIS, “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito”, Almedina, 2006, p. 183 e ss;

⁵⁰CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 183;

⁵¹JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Adeus ao Estado Social?: A segurança social entre o crocodilo da economia e medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”», 1ª ed., Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, p. 79;

⁵²JOÃO CARLOS LOUREIRO, “República Mental e Solidariedade Social”, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 87, Coimbra, 2011, p. 161 e ss;

democracia, dar-lhe mais realce, ao passo que Vital Moreira considera que tal mudança visa recusar a perspectiva liberal e burguesa do Estado, dado a intenção socialista do texto original⁵³.

É quando as maiores dificuldades com que a humanidade se debateu despoletam que o Estado assume uma postura protectora a este nível, senão veja-se o exemplo do New Deal e a generalização do Estado Social após a Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, o abranger do Estado a áreas da vida que até então eram a ele estranhas sobrecarrega de tal maneira as finanças que se levanta a questão de saber até onde se pode sustentar uma máquina tão ampla de forma sustentável, sem aniquilar os direitos sociais e prestações até então adquiridas. Contraditoriamente, o que foi criado para nos proporcionar a melhor vida possível ameaça hoje pôr-nos numa situação próxima daquela que nos tirou. Algo que exige uma reflexão profunda por todas as áreas científicas, mas em particular pelo direito, dado que tudo reside numa base jurídica e eventualmente será um instrumento jurídico que suportará a solução.

Mudando um pouco o rumo da presente exposição e encaminhando-a mais para a vertente jurídica é da maior importância falar sobre o facto de a realização democrática ser alcançada na Constituição de 1976, como é de igual forma na maior parte das suas homónimas europeias, também por meio do princípio da socialidade. Não é só a democracia vista na perspectiva da eleição por meio de sufrágio universal dos órgãos constitucionais detentores do poder político, a sua limitação em termos temporais e de poder e ainda a divisão desses mesmos poderes com vigilância contínua do seu exercício de modo recíproco (herança da experiência americana designada pragmaticamente como “checks and balances”), entre outras referências com não menor valor, que compreendem a parte organizatória da estrutura estadual, que realiza uma verdadeira democracia, algo mais é hoje visto como imprescindível. Disto mesmo avisam Gomes Canotilho e Vital Moreira nas suas anotações à lei fundamental ao apontar o artigo 2º da CRP (e também os artigos 9º, 80º e 81º) como o articulado que introduz esta vertente na república portuguesa⁵⁴, sendo

⁵³JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Adeus ao Estado Social?: A segurança social entre o crocodilo da economia e medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”», 1ª ed., Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, p. 104 e 105;

⁵⁴J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 65;

que o posterior Título III relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais abrirá caminho ao desenvolvimento mais aprofundado desse princípio⁵⁵. No entanto, ele pode ser ainda visto, duma for mais objectiva, noutras disposições como derivação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º CRP), do princípio da igualdade (artigo 13º, 9º/d, 93º/c CRP) e ainda daquelas normas e princípios da constituição económica ao pretender-se que a economia sirva também como meio de promover a igualdade social⁵⁶.

A Constituição Social

É inegável o peso que os ensinamentos do Professor Doutor Gomes Canotilho têm na dogmática jurídica, e em particular no direito constitucional, pelo que não é de espantar as recorrentes incursões pelo seu trabalho que deverão aqui ser apresentadas como uma base sólida em que sustentar este trabalho. Assim, mais uma vez – e longe será de ser a última -, recorrer-se-á à sua explicação sobre o que é o conceito a definir. Pois bem, ela é uma forma de “designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social formalmente plasmados na Constituição”⁵⁷ e não apenas algo com interesse sociológico como algumas constituições europeias fazem. Doutrinalmente, existe quem defenda o valor jurídico do Estado Social seria irrelevante, tendo antes um teor político (neste sentido pensa Massimo Severo Giannini, segundo aponta João Loureiro). No entanto, tanto em Portugal como na Alemanha, a doutrina não aceita tal opinião, ainda que os direitos económicos, sociais e culturais sejam os únicos meios se dar valor jurídico àquela categoria⁵⁸.

O posterior desenvolvimento deste ponto e a sua compreensão, como demonstra a definição acima exposta, passa por a análise dos princípios e direitos que engloba, sendo neles que iremos concentrar a nossa atenção.

⁵⁵J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 335;

⁵⁶J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 348 e 349, JORGE MIRANDA, “O regime e a efectividade dos Direitos Sociais nas Constituições Portuguesa e Brasileira” *in* Estudos em memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Volume I, p.326;

⁵⁷J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 347;

⁵⁸JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Adeus ao Estado Social?: A segurança social entre o crocodilo da economia e medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”», 1ª ed., Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010, p. 98 e 99;

Direitos Fundamentais

Seguindo o esquema que vem a ser utilizado, começando na categoria superior seguindo uma rota descendente do conceito mais amplo para o mais reduzido, cabe, antes de falar sobre os direitos sociais, debruçarmo-nos sobre a categoria na qual aqueles se enquadram: Direitos Fundamentais⁵⁹.

Estes direitos (entendidos como posições jurídicas activas que as pessoas detêm e que vêm plasmados na Constituição, escrita ou não – daí se retirando dois sentidos: formal e material⁶⁰) incorporam ideais éticos e morais enraizados na nossa sociedade e de uma maneira geral em toda a civilização ocidental (e não só) da qual fazemos parte e, portanto, nos inspiramos e contribuímos também para o seu desenvolvimento, que são elevados a um valor e importância tal para a harmonia colectiva da sociedade (e do mundo). Uns serão mais antigos que outros, mas todos são testemunho do avanço civilizacional e são em si mesmos passos nesse caminho. As revoluções liberais tiveram o mérito de os tornar politicamente relevantes, sendo que, juridicamente, foi a Constituição de Weimar de 1919 que constitui o seu paradigma. Inicialmente, eram vistos todos como liberdades, impondo um espaço em torno do qual o Estado tinha de se abster da agir. No entanto, também o contexto político e económico teve que se alterar para que os direitos pudessem vigorar em toda a sua força, pelo que se exigia liberdade, segurança e propriedade⁶¹.

Com a transição do governo representativo burguês para a democracia representativa reforça-se a sua componente democrática, verificando-se a sua universalização⁶², diversificação e expansão do catálogo. Assim, verifica-se o surgimento de novos direitos, agora de participação política, como sejam os direitos ao voto e a ser eleito, mas ainda novas liberdades, como sejam a de expressão, de imprensa, de manifestação, entre outras. Denota-se também uma maior interdependência entre liberdade e democracia. Mais importante ainda é o reconhecimento de uma dimensão objectiva que,

⁵⁹JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2008, p. 9 e ss;

⁶⁰JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2008, p. 9;

⁶¹VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5.^a edição, p. 51 a 53;

⁶²JORGE MIRANDA, “O regime e a efectividade dos Direitos Sociais nas Constituições Portuguesa e Brasileira” *in* Estudos em memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Volume I, p.320;

por via da valorização do sistema de organização política e de legitimação do poder, levam a que o gozo das liberdades esteja ligado à forma de governo, tornando-se assim uma condicionante, garantia e elemento conformador do seu conteúdo e exercício, ou seja, há uma ligação entre democracia e direitos fundamentais.⁶³ Numa fase posterior, no pós-guerra, tomam relevância os direitos económicos, sociais e culturais, que concentram em si um espírito de justiça social⁶⁴.

Não é despendendo localizar, ainda nesta primeira aproximação, estes direitos. Aparecem no início da Lei Fundamental, nos Título II e III, sendo que não é pouco frequente ouvir-se falar-se em direitos análogos, que são aqueles direitos que apesar de não estarem ali positivados não são menos importantes e, por isso, beneficiam do mesmo tratamento (artigo 16º/1 CRP), é o seu conteúdo que o justifica. Senão veja-se: o reconhecimento da *dignidade da pessoa humana* que, leva ao reconhecimento da inviolabilidade da vida, base de todo o sistema jurídico e, entre outras coisas, ao fim da pena de morte, também leva ao princípio da igualdade e, por exemplo, ao fim da escravatura. Apesar desta afirmação não poder ainda alcançar todo o mundo, nem sequer o ocidental, é hoje um pilar da sociedade portuguesa, em particular, e da União Europeia (veja-se o artigo 1-A do Tratado de Lisboa); e como o ser humano está em constante evolução física e intelectual já se começa a vê-lo a pouco e pouco como base da qual se poderão proteger o ambiente (sem o qual não há vida) e mesmo a alargar a “vida” dos seres humanos até aos animais e plantas. Concluindo, ele é “valor moral legitimador da força normativa da Constituição” e “vincula toda a actuação dos poderes públicos”⁶⁵. Assim, é naquele entendimento que se deve ler os dois primeiros articulados da Constituição⁶⁶. Ora, para dar aos direitos um valor extra com o intuito de que não sejam só aspirações, as Constituições passam a integrá-los, em catálogos, o que os torna nas mais altas normas e fontes de direito dentro de um sistema jurídico, dando-lhes uma efectividade jurídica que

⁶³VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 53 a 56;

⁶⁴GISELLE FERREIRA DE ARAÚJO, “Os Direitos Sociais: Uma abordagem sobre o direito português”, *in* Scientia Juridica, Tomo 57, N.º 313, 2008, p. 15;

⁶⁵GISELLE FERREIRA DE ARAÚJO, “Os Direitos Sociais: Uma abordagem sobre o direito português”, *in* Scientia Juridica, Tomo 57, N.º 313, 2008, p. 28;

⁶⁶J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 378, JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, IV, 4ª edição, 2008, p. 194 e ss e VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 93 e ss; no sentido de que a dignidade da pessoa humana está na base e constitui a referência valorativa de todos direitos fundamentais;

de outro modo não teriam. Aliás, veja-se com recurso à Constituição Francesa de 1958 e em particular à Decisão nº71-44, de 16 de Julho de 1971, que alargou o parâmetro de controlo, ao atribuir valor jurídico-constitucional a uma série de direitos presentes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para efeitos do controlo de constitucionalidade de normas⁶⁷, o testemunho da atribuição de valor acrescentado a um conjunto de direitos dando-lhes operatividade jurídica naquele âmbito específico, mas, ainda assim, algo mais do que tinham antes. É que, como diz Gomes Canotilho na senda de Cruz Villalon, é necessário colocar os direitos numa posição privilegiada para que deles resultem “consequências jurídicas”, só assim aparecendo a dimensão “fundamental” dos mesmos⁶⁸. É igualmente importante referir que a positivação dos direitos em normas constitucionais retira-os do alcance do legislador ordinário, passando a ser vinculativos imediatamente (mais à frente tratar-se-á do regime dos mesmos, constante do artigo 18º da CRP), implicando também procedimentos agravados de revisão, mas também limites de revisão (artigo 288º/d/e CRP). Até aqui fala-se de Constitucionalização e Fundamentalização em sentido formal. A estes é de acrescentar o sentido material, abrindo-se as características anteriormente referidas àqueles direitos análogos que não fazem parte da constituição escrita e que leva a falar-se do princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais⁶⁹.

Valerá a pena referir que para lá das diferentes concepções políticas que se possam perfilhar e que dão ênfase distinto ao modo como vemos os direitos fundamentais (que vão do Marxismo-Leninismo ao Neo-Liberalismo), o certo é que se podem apreciar comuns tendências nas muitas constituições que acolhem um Estado Social: diversificação do catálogo de direitos, maior relevância dos grupos e pessoas colectivas, acentuação da dimensão objectiva e irradiação para todos os ramos do Direito, aceitação da natureza de princípios de grande parte das normas que contém direitos fundamentais, reconhecimento

⁶⁷BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 54;

⁶⁸J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 377;

⁶⁹Sobre estas características leia-se para um maior aprofundamento J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 377 a 340;

da estrutura complexa e, por fim, a produção de efeitos verticais (frente ao Estado) e horizontais (em relação aos particulares)⁷⁰.

Função dos Direitos Fundamentais.

Muitas vezes, para se compreender alguma coisa o mais completamente possível e para se saber o porquê da sua existência é preciso averiguar qual a sua função. Ora, é sobre isso mesmo que iremos falar em seguida.

Uma primeira função que é atribuída a esta categoria de direitos é a de defesa. Mas contra o quê ou quem? Face ao que já foi dito *supra* não espanta se se disser que é uma defesa das pessoas perante o Estado e outros “esquemas políticos coactivos”⁷¹. Relembre-se mais uma vez que a necessidade de se criar tais figuras serviu para que as pessoas tivessem alguma protecção contra abusos dos monarcas e nobres de todos os tipos, com vista a uma sobrevivência mais digna (vejam-se os exemplos da Magna Charta em 1215 e a própria Constituição Americana de 1787), mais tardiamente, perante abusos a que estava sujeito o proletariado, vítima da burguesia industrial e mercantil (que ainda hoje são razão da existência dos direitos sociais) e já no século XX volta o Estado a figurar como agressor, depois das experiências nazis e fascistas que assombraram o mundo (exemplo claro é a Constituição de 1976, enquanto produto da Revolução de 25 de Abril de 1974, afastando as presenças constitucionais anti-democráticas da Constituição 1933).

Aquela defesa é feita em dois sentidos: no primeiro, os direitos constituem normas de competência negativa, ou seja, proíbem a ingerência dos poderes públicos na esfera jurídica individual de cada cidadão (plano objectivo). No segundo, trata-se de atribuir a cada cidadão o poder de exigir que os poderes públicos omitam certas acções lesivas dos seus direitos (liberdade negativa) e se necessário exercer esses direitos, pelo recuso aos tribunais, por exemplo (liberdade positiva).

⁷⁰JORGE MIRANDA, “O regime e a efectividade dos Direitos Sociais nas Constituições Portuguesa e Brasileira” in Estudos em memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Volume I, p. 321 a 322;

⁷¹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 407;

Uma segunda função é a de prestação social, i.é., o cidadão tem direito a que o Estado lhe confira, atribua, reconheça algo.

A terceira função que lhes é reconhecida é a de protecção contra terceiros. Daqui surge uma relação de um cidadão contra o outro, com o Estado a ter um dever de proteger os cidadãos uns dos outros. Neste âmbito surgem numerosos direitos titulados pelos cidadãos. Assim, é imposto que se regulamente todo e qualquer tipo de actividade que possa criar situações de litígio entre os seus nacionais. Engloba-se aqui todo o tipo de regulações necessárias para que os direitos fundamentais sejam respeitados.

A função de não discriminação é a quarta e última. Retirada essencialmente do princípio da igualdade e introduzida pela doutrina norte-americana, pretende que o Estado assegure aos cidadãos as garantias necessárias para que estes possam gozar de todos os tipos de direitos, tendo em vista como objectivo último numa sociedade “multicultural e hiperinclusiva” uma vida harmoniosa de todos⁷².

Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Os direitos fundamentais foram divididos em duas categorias que são da maior importância ao nível do direito constitucional, mas também do direito internacional, sendo que a consequência maior reside na diferença regimental de cada uma. Recorde-se que existem dois pactos internacionais das Nações Unidas que correspondem cada um a estas duas classificações. Daqui, retira-se um indício tanto a importância de ambos, como o facto de eles não serem totalmente semelhantes.

De modo a iluminar da melhor forma possível o caminho a percorrer deve deixar-se algumas considerações sobre como estas duas classes de direitos fundamentais apareceram na constituição. Eles resultam de diferentes perspectivas ideológicas dos partidos presentes na Assembleia Constituinte (1975-1976). Resultante dessa discussão acabou por ficar assente a sua distinção e separação sistémica, com repercussões no regime

⁷² Todo este tema das funções dos direitos fundamentais retirado de J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 407 a 410;

jurídico de cada uma, e isto é da maior importância para o nosso tema, mas não será aqui e agora que se fará essa abordagem. Assim, aquela discussão oscilou entre aqueles que defendiam que todos os direitos fundamentais apontam no sentido de atribuir liberdade aos cidadãos⁷³ (sentido amplíssimo, defendido pelo ilustre Professor Doutor e Deputado Constituinte Jorge Miranda) e aqueles que defendiam a separação destes dois grupos de direitos, atribuindo a uns, um sentido negativo e, aos outros, um sentido positivo (por exemplo: Partido Comunista Português/PCP)⁷⁴.

Como o nosso País não vive isolado do resto da Europa e do Mundo, muito pelo contrário, tem interesse olharmos estas duas categorias da perspectiva internacional. Já se foi dizendo que, entre os direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, vigorou um entendimento dicotómico segundo o qual existiria uma oposição baseada no facto de, nos primeiros, existir uma obrigação de não facere por parte do Estado e, nos segundos, existe uma obrigação de facere. Oposição essa que reflectia as ideias mestras das teorias da Constituição, ao se confrontar constituição liberal e constituição programática⁷⁵. Mas esta contraposição vai mais longe, pois para garantir a eficácia dos direitos, liberdades e garantias basta reconhecer o poder jurídico das suas normas, o que não é suficiente para os outros, pois necessitam de actuações concretas com muitas condicionantes. Isto mesmo está assente nos dois tratados que as Nações Unidas elaboraram, em Dezembro de 1966, para atribuir força jurídica à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Cada tratado corresponde a uma daquelas categorias, pelo que temos então o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, através dos quais os Estados signatários se obrigavam a se absterem de violar certos direitos e, por outro lado, se obrigavam à adopção de medidas que assegurassem outros direitos⁷⁶. Ora, face ao que ficou dito mais acima, não é difícil fazer a correspondência entre estas obrigações e cada categoria de direitos. É inequívoca a existência da compreensão dicotómica destes direitos, mesmo além fronteiras.

⁷³JORGE MIRANDA, “O regime e a efectividade dos Direitos Sociais nas Constituições Portuguesa e Brasileira” in Estudos em memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Volume I, p. 323;

⁷⁴ISABEL MOREIRA, “A solução dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais na constituição portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2007, p. 135 e ss;

⁷⁵ J.J. GOMES CANOTILHO, “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p V e VI do prefácio à 2.ª ed.;

⁷⁶MARIA LÚCIA AMARAL, “Direito à educação: uma perspectiva europeia” in Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, Vol.1, p. 491 a 493;

No entanto, mais uma prova de que absolutizar em Direito não é recomendável, é o facto de a nível Europeu ter-se seguido por um caminho diferente e mais coincidente com a ideia que se tem hoje. Na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não se procedeu a uma segregação das duas categorias. Exemplo é o facto de o “nosso” direito à educação estar positivado como uma liberdade/ direito de defesa (de teor negativo, portanto, não facere)! E o mesmo caminho seguiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, que hoje constitui direito primário da União Europeia (artigo 6º do Tratado da União Europeia, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa)⁷⁷. Assim, é com facilidade que vemos que há uma inversão do entendimento dos direitos fundamentais, que poderá ter consequências não sem importância.

Mas, para lá das diferenças ideológicas, qual a razão dessa diferenciação? Qual a natureza jurídica de cada tipo? Existem várias teses, cada uma com o seu critério distintivo. Vejamos.

Critério Subjectivo

i. Segundo este critério os direitos, liberdades e garantias terão uma referência pessoal ao homem individual. Este critério não é adequado pois a Constituição inclui nestes direitos de pessoas colectivas.⁷⁸

Critério na Natureza Negativa/Defensiva

ii. Aqui, a diferença entre os dois tipos assenta no facto dos direitos, liberdades e garantias serem chamados “direitos de liberdade”, com o seu destinatário a ser o Estado, pelo que o seu objectivo é obrigar o Estado (e demais poderes públicos) a abster-se da prática de actos que ofendam a esfera jurídico-subjectiva dos cidadãos. Não obstante, este critério não é adequado. E isto porque a constituição qualifica de forma expressa como direitos, liberdades e garantias, direitos que impõem ao Estado acções ou prestações, algo

⁷⁷MARIA LÚCIA AMARAL, “Direito à educação: uma perspectiva europeia” in Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, Vol.1, p. 494;

⁷⁸J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 398 e 399;

que é consentâneo com o que são os direitos económicos, sociais e culturais Como exemplo vejam-se os artigos 40º e 35º CRP. Outra razão para a aplicabilidade deste critério não ser possível prende-se com o facto dos destinatários destes direitos não serem só os poderes públicos, mas também as entidades privadas (exemplos disto são os artigos 36º/3 53º e 57º CRP). Por último, ainda se aponta como motivo da não aplicação deste critério o facto de os direitos, liberdades e garantias configurarem muitas vezes direitos a exigir algo. Nomeadamente, eles contêm a exigência do Estado actuar no sentido de efectivar a protecção por eles dada aos cidadãos (por exemplo, o direito à vida do artigo 24º/1 CRP impõe que sejam tomadas medidas para que seja possível sobreviver, mas ainda mais que isso, viver)⁷⁹.

Critério da determinabilidade constitucional do conteúdo/tese da determinabilidade

iii. Os direitos, liberdades e garantias têm o seu conteúdo determinado, ou pelo menos é determinável, pelas opções constitucionais, o que leva a que sejam exequíveis sem necessidade do legislador ordinário criar legislação para lhes dar operatividade (aplicabilidade directa – artigo 18º/1 CRP). Já os direitos económicos, sociais e culturais necessitam de legislação ordinária para serem aplicáveis⁸⁰. Esta tese tem o apoio de uma boa parte da doutrina, incluindo Gomes Canotilho. Não é, apesar de tudo, isenta de reparos, devido a existirem direitos, liberdades e garantias que são dependentes de certos procedimentos posteriores, via acto legislativo. No entanto, é-lhe reconhecido o mérito de fazer sobressair uma dimensão material constitucional: já que as normas constitucionais que contêm direitos, liberdades e garantias se

⁷⁹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 399;

⁸⁰ISABEL MOREIRA, “A solução dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais na constituição portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2007, p. 186 a 194;

aplicam directamente, então é porque esses direitos têm uma densidade normativa própria e suficiente para que possam afirmar independentemente da existência de qualquer lei ou mesmo *contra legem*⁸¹.

Tese Mista

- iv. Defendida por Jorge Miranda, esta concepção estabelece que o critério diferenciador assenta na natureza das normas. Pode ver-se que os direitos económicos, sociais e culturais dependem das opções políticas sobre as áreas económicas e sociais de cada momento, contrapondo-se à dependência de uma actividade meramente jurídica de determinação do conteúdo dos direitos, liberdades e garantias na CRP⁸².

O regime jurídico de ambos é também diferente. Aliás, é por esta via que se consegue uma autonomização dos direitos económicos, sociais e culturais, por conseguir realizar um recorte substancial entre os direitos fundamentais. Não é a divisão formal feita pela CRP, e outros diplomas legais, suficiente para estabelecer o seu “conteúdo nuclear”⁸³, será sim, por via do estudo do regime jurídico. Deixemos tais considerações para o ponto seguinte da exposição.

Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Face ao que temos vindo a dizer sobre os direitos fundamentais, podemos afirmar com alguma segurança que já vamos ficando familiarizados com as suas diferentes categorias. Mas, sendo dentro desta classificação que se vai expor o presente estudo, iremos aprofundar um pouco mais estes direitos.

⁸¹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 400;

⁸²ISABEL MOREIRA, “A solução dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais na constituição portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2007, p. 194 e 195 e JORGE MIRANDA, “O regime e a efectividade dos Direitos Sociais nas Constituições Portuguesa e Brasileira” in Estudos em memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Volume I, p.323 e 324;

⁸³VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 357;

Como já foi dito, estão positivados na Constituição no seu Título III (artigos 58º a 79º CRP) e abarcam uma série de diferentes realidades. Prendem-se directamente com as tarefas fundamentais do Estado, no sentido de manter o Estado Social de Direito e afirmar o regime democrático. Apesar da separação dos direitos fundamentais, ela não é tal que não se possam ver ligações e “locais” onde há um encontro entre as duas categorias de direitos fundamentais⁸⁴. Assim, deve-se ter sempre em conta que o ideal e direito da Liberdade, está sempre presente nestas andanças. Aliás, repetindo o que acima foi dito, a nível de legislação europeia já se caminha neste sentido. Mas aproximando-nos mais do seu cerne dir-se-á que constituem obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste numa acção positiva que impende sobre os poderes públicos, existe vinculação estadual efectiva – é proibido o non facere -, além de que não é livre de escolher arbitrariamente a conformação do conteúdo de um direito. A falta de concretização de que se tem vindo a falar (e que podem ser um elemento diferenciador dos direitos, liberdades e garantias) exige por si só que se complemente o regime jurídico das normas constitucionais que dispõem sobre estes direitos. Tarefa de que está encarregue o legislador ordinário. Este trabalho de progressivo desenvolvimento de direitos começa nas grandes tomadas de decisões políticas que se apresentam legalmente nas leis de bases e continua descendo a hierarquia de diplomas legais, pelo que cada uma vai contendo mais especificidades sobre cada área até se conseguir pôr em prática o que os direitos fundamentais impõem. A conclusão que até aqui se pode retirar é que não se encerra nestes direitos pretensões jurídicas originárias (pelo menos na sua maior parte)⁸⁵, é necessário mais do que aquilo que os deputados constituintes plasmaram no texto fundamental para existir aplicação do mesmo. Gomes Canotilho, no entanto, não deixa de os classificar como direitos originários. É que a constituição impõe ao Estado uma actuação e, por outro lado, a interpretação das normas legais deve ser conforme com as normas constitucionais também

⁸⁴VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 357 e 358, entende também que uma separação rígida não é conforme com a realidade jurídica. Aliás, vários direitos económicos ou sociais são considerados análogos aos DLG, beneficiando do regime do artigo 18º CRP.

⁸⁵CRISTINA QUEIROZ, “Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 87 a 93 e VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 359 e 360;

neste âmbito. A inactividade dos poderes públicos para satisfazer o que a Constituição impõe pode resultar numa inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º CRP)⁸⁶.

Uma das características destes direitos, é revelada no facto de muitos deles terem uma condicionante económica e social, no sentido de que só podem ser garantidos na medida em que possam ser sustentados, não sendo necessário um grande nível perspicácia para ver que isso se apresenta desde logo como um limite à sua exequibilidade⁸⁷, com grandes consequências no âmbito da justiciabilidade destes direitos. Ao adicionar o poder judicial a esta equação adensam-se os problemas pela simples mas importante razão de que os tribunais têm o poder de anular as medidas tomadas pelo legislador ordinário. Começam-se aqui a interceptar os eixos do nosso estudo e as coordenadas que estão a surgir apontam o caminho para a discussão principal. Pelo que ficou dito mais acima é bem possível que os tribunais possam ter um papel pouco favorável à implantação de medidas que possam ter um impacto positivo no bem-estar da sociedade ou pode acontecer exactamente o oposto (recorde-mos mais uma vez o papel da Supreme Court mais uma vez para ver que o poder judicial pode ser um aliado, mas também pode ser um inimigo feroz).

A actividade do Estado, no sentido de cumprir com as suas responsabilidades neste âmbito específico, leva a que surjam direitos derivados económicos, sociais e culturais. Estes, são todas as pretensões que os cidadãos adquirem após serem criadas as instituições que dão cumprimento aos direitos sociais. Assim, após ter sido criado um serviço nacional de saúde, instituições de ensino, segurança social, surge na esfera jurídica dos cidadãos um direito de igual acesso, utilização e participação nas prestações dessas instituições. São assim, os direitos que garantem aqueles direitos mais básicos, sem os quais não se consegue que estes segundos cheguem a todos⁸⁸.

Do que ficou dito no anterior parágrafo resulta uma consequência, que é uma outra manifestação destes direitos, aparecendo nas vestes de um princípio que tem somente aplicação neste âmbito. Falamos aqui no estabelecimento da proibição do retrocesso social. Aqui, é seminal o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/84 de 5 de Maio, relativo ao

⁸⁶J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 477 e 478;

⁸⁷CRISTINA QUEIROZ, “Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 97 e 98;

⁸⁸J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 478 e 479;

Decreto-Lei n.º 254/82 que punha em causa o Serviço Nacional de Saúde e que, por isso, foi declarado inconstitucional e no qual se acolhe este princípio⁸⁹. De forma muito breve podemos descortinar o conteúdo deste instituto e, para isso, basta dizer que uma vez tomadas certas medidas legislativas que desenvolvem os direitos sociais, não é possível “dar um passo atrás”, ou seja, não se pode revogar essa prestação social. Mas, para que não haja uma rigidez absoluta deste sentido (“absolutismos” são posições, todos nós já sabemos, pouco ou nada recomendáveis), aceita-se que possam existir alterações dessas medidas desde que sejam asseguradas alternativas ou compensações àquilo que foi prestado e que num posterior momento se está a eliminar. O que não pode acontecer é um retrocesso absoluto. Este princípio confere a estes direitos uma densidade maior, aproximando-os dos direitos, liberdades e garantias, pois surge um dever de protecção dos mesmos. Impede-se assim que o legislador disponha livremente do seu regime jurídico, não existindo grandes entraves na sua actuação.

Sobre este assunto, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º509/2002 refere que a situação normativa fica protegida, mas já não os direitos em si. Reis Novais, explica esta situação de forma exemplar ao dizer que a concretização das normas constitucionais feita por normas ordinárias resulta numa “unidade sistemática” de “natureza material jusfundamental”, “retirada à livre titularidade do poder público”⁹⁰.

Estão assentes algumas características destes direitos, ou seja, viu-se que contém obrigações do Estado, estão sujeitas à reserva do possível e, ao mesmo tempo, não pode existir um retrocesso social. Não obstante as suas especificidades, poderão ser considerados posições jurídicas subjectivas? Vieira de Andrade sugere serem pretensões jurídicas, entendidas como algo mais que interesses juridicamente protegidos por visarem em primeira mão a satisfação de interesses particulares, que não chegam a ser direitos subjectivos perfeitos, por não ser determinável *a priori* o seu conteúdo normal. Só com legislação ordinária executória dos preceitos constitucionais é que se tornam direitos subjectivos plenos, mas sem valor constitucional⁹¹.

⁸⁹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 479;

⁹⁰JORGE REIS NOVAIS, “Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 308;

⁹¹VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 361 e ss;

Regime Jurídico

Chegamos então ao regime jurídico deste tipo de direitos, cuja importância reside no facto de conseguir dar justificação à clivagem no catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição. Já ficou dito que separação formal não chega para definir substancialmente cada categoria; é o regime jurídico que tem esse mérito. Vejamos então.

Sendo assim, o artigo 17º CRP diz que o regime dos direitos, liberdades e garantias, presente no artigo 18º CRP, aplica-se aos direitos do Título II e análogos. Gomes Canotilho e Vital Moreira dizem que, para além dos direitos constantes daquele Título II, aproveitam também daquele regime todos os direitos que não consistam em direitos a prestações estaduais de pendor positivo, dado que mais próximos da dignidade da pessoa humana⁹². Vieira de Andrade acompanha este entendimento por considerar que dá relevo a certos aspectos que auxiliam na compreensão dos diferentes regimes, com a condicionante de conter um fundamento para que os direitos exclusivos de prestações estaduais tenham tratamento especial, constituindo o critério material. A doutrina entende que pela análise dos elementos do artigo 18º CRP se retira que o seu regime só pode incidir sobre direitos com determinadas características materiais. Olhe-se o caso da aplicabilidade directa, que impõe ao legislador o respeito pelo conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias. Tal não pode acontecer nos direitos económicos, sociais e culturais, ou pelo menos, na sua grande maioria, o que só pode evidenciar que existem diferenças substanciais de montra: uns têm o seu conteúdo determinado pela Constituição, o que justifica a sua aplicabilidade directa, tendo em si, um sentido suficiente para impor sem mais a sua intencionalidade normativa; outros, necessitam de uma posterior concretização, não podendo aplicar-se directamente⁹³.

O texto constitucional é omissivo relativamente ao regime dos direitos económicos, sociais e culturais. Deve-se levar em consideração o facto de os seus preceitos serem normas jurídicas que contêm posições jurídicas subjectivas e garantias (Gomes Canotilho

⁹²J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 61;

⁹³VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 172 e ss;

discorda de Vieira de Andrade por não ver qualquer garantia nos DESC⁹⁴), com imposição legiferante ao legislador; e que o conteúdo dos mesmos é determinado minimamente na Constituição, sendo o legislador que o completa, sujeitando-se a um controlo atenuado dos tribunais. Consequências serão uma força jurídica semelhante às restantes normas imperativas e a não aplicação do regime específico dos direitos, liberdades e garantias. Essa força é visível nas imposições legislativas concretas, cujo incumprimento dará lugar a inconstitucionalidade por omissão; no padrão jurídico de controlo judicial de normas com conteúdo mínimo imperativo e que é factor de interpretação normativa, que influencia a adopção de soluções favoráveis aos direitos; é fundamento de restrição ou limitação de outros direitos fundamentais; e estendem a sua força a direitos derivados⁹⁵.

A violação da imposição de legislar pode levar à inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, consoante o legislador pura e simplesmente não agir ou se agiu, fê-lo insuficientemente. Tal tarefa não é fácil, principalmente quando se trata de omissões parciais, onde há que fazer juízos de carácter material, pelo que só haverá violação da Constituição quando não se haja trabalhado no sentido de densificar na medida exacta da determinabilidade do conteúdo do direito, devendo sempre ter presente que a cláusula da reserva do possível não deve ser justificação para não se assegurar o núcleo essencial do direito; outro elemento com cariz de princípio constitucional neste âmbito e que tem em si um nível de protecção que pode ser trazido para este âmbito é a proibição de retrocesso social, que para lá das divergências maiores ou menores sobre o seu sentido exacto, é entendido geralmente como uma obrigação de tutelar e manter os direitos adquiridos. Saliente-se que tudo isto, aliado ao facto das consequências daquele juízo do Tribunal Constitucional ter um carácter de notificação, funda a afirmação de que há uma escassa vinculação do legislador à Constituição neste âmbito. Vieira de Andrade conclui que um juiz constitucional ávido a proteger estes direitos pode com muita frequência encontrar situações de desconformidade com a lei fundamental e caso não haja auto-contenção, podem surgir práticas activistas⁹⁶. Mais uma vez, o conteúdo mínimo/essencial do direito é o elemento necessário para o juiz poder intervir, tendo de ser apreciável na prestação em

⁹⁴J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.1179;

⁹⁵MANUEL AFONSO VAZ, “O tempo e a efectivação dos Direitos Fundamentais”, *in* Revista de Direito Público, Ano II, N.º6, Julho/Dezembro 2011, p. 48 e ss;

⁹⁶VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 363 a 368;

causa. Gomes Canotilho adopta, por sua parte, uma postura prática, que reclama igualmente dos políticos, enquanto responsáveis de efectivar as normas programáticas, não se devendo ficar por meras “éticas de convicção”, pelo que considera que “o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, (...), para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida”⁹⁷.

O facto de o legislador ter de se guiar por directrizes, patentes nas normas constitucionais de determinado direito social, levam a admitir que tais preceitos constituem padrões positivos de controle da constitucionalidade. Daqui, já se retira um certo nível de operatividade, tão grande quanto a medida do conteúdo do preceito, sendo essa a base para se pode exigir judicialmente um efeito invalidatório de uma eventual violação constitucional. O que estiver fora núcleo essencial do preceito já é domínio do legislador, que tem um poder conformação autónomo, que deve ser respeitado, pelos tribunais. Esta é uma das maiores dificuldades no recurso aos meios judiciais para protecção dos direitos sociais.

Como já foi referido, Gomes Canotilho, tem dúvidas sobre o carácter garantístico dos direitos sociais; também Jorge Reis Novais vê tolhida a tutela dos direitos com um direito mínimo de acesso aos tribunais (artigo 20º CRP), defendendo uma via directa ao Tribunal Constitucional sempre que se tratassem de violações de direitos fundamentais, pois já que (e na sua opinião) tal órgão é um entorse à democracia, há que tirar partido da sua existência, reconhecendo-lhe uma competência mais abrangente, defendendo o recurso de amparo ou queixa constitucional; igualmente, Manuel Afonso Vaz⁹⁸. Já Vieira de Andrade é mais optimista, assinalando a possibilidade do recurso a meios jurisdicionais para lá do processo de fiscalização por omissão, que nada tem a ver com uma acção constitucional de defesa e que resultaria amputado pela impossibilidade do Tribunal Constitucional impor as suas decisões ao poder executivo. Sublinha o recurso às acções judiciais e posterior invocação de inconstitucionalidade, com abertura do processo de fiscalização concreta, como meio eficaz. A inconstitucionalidade pode ocorrer igualmente

⁹⁷ J.J. GOMES CANOTILHO, “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. XVI e XVII do prefácio à 2.ª ed.;

⁹⁸JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Coimbra Editora, 2012, p. 219 e ss e MANUEL AFONSO VAZ, “O tempo e a efectivação dos Direitos Fundamentais”, in Revista de Direito Público, Ano II, N.º6, Julho/Dezembro 2011, p. 46;

por via de acção por existência de normas em violação do princípio de igualdade ou por desvio de poder legislativo, considerando Jorge Miranda que podem levar a emitir sentenças aditivas⁹⁹ – manifestações do activismo judicial. Por outro lado, temos o recurso à responsabilidade civil pública por actos ilícitos, por incumprimento da Constituição, ou meios de pressão política, como seja o direito a petição ao Provedor de Justiça (artigo 23^a CRP), direito de voto, manifestações. Também as acções Administrativas contra actos ilegais da administração ou até a acção popular para protecção de direitos comunitários, com a inerente sentença e possível anulação de actos administrativos ilegais. Também Jorge Miranda faz apelo à sociedade civil, e ao interessado em particular, enquanto participantes activos na protecção destes direitos, e que isso mesmo constitui a democracia participativa (artigos 2^o e 9^o da CRP)¹⁰⁰. A nível internacional, também os vários diplomas não asseguram um efectivo recurso às jurisdições internacionais¹⁰¹.

Pergunta que se faz é, qual poderá ser o papel que efectivamente os juízes têm no nosso país face a uma tutela fraca dos direitos sociais. Têm tido alguma responsabilidade no desenvolvimento dos vários direitos sociais ou limitam-se a actuar dentro dos limites mínimos que a lei lhes permite, tal como acabámos de ver? É que, entre o que está escrito em leis processuais e princípios que regem a actividade processual dos juízes, e o que por vezes é efectivamente feito, pode existir um certo desfasamento. Podem, nosso país, os juízes ter um papel activista neste âmbito? Ou são auto-contidos?

Direito à Educação Propriamente Dito

Chegamos ao ponto em que nos cabe falar sobre o direito que nos interessa em especial. O direito à educação aparece positivado na Constituição no artigo 73^o, constante do Capítulo III, dedicado exclusivamente aos Direitos e Deveres Culturais, consistindo (como seria de esperar, face ao que tem vindo a ser dito) num dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais do Título III – artigos 58^o a 100^o CRP. Olhando para a epígrafe vemos

⁹⁹JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2008, p. 448;

¹⁰⁰JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2008, p. 431 a 433;

¹⁰¹VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5.^a edição, p. 368 a 388;

que convive com outros dois direitos: direito à cultura e direito à ciência. Depois de ter por assente a localização e estrutura da Constituição neste âmbito chegamos a uma posição onde podemos dizer que se estabelece um conceito constitucional de cultura. Este traduz-se, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira: numa concepção individualista de cultura; numa aliança entre a criação cultural, enquanto liberdade fundamental (artigo 42º CRP), e processo cultural participado por diversos agentes culturais; tradição e património (artigo 78º/3 CRP), a serem garantidos e defendidos; cultura enquanto tarefa e inovação, exigindo a promoção positiva da criação e fruição cultural por parte do Estado e de estruturas autónomas (artigo 78º/2); conceito aberto e universal¹⁰². Neste quadro geral e de comunhão de “objecto e objectivos”¹⁰³ deve autonomizar-se o direito que é objecto do nosso estudo – educação (artigos 73º/2/3, 74º e 77º CRP). A CRP distingue o direito à educação (artigo 73º/1) do direito ao ensino (artigos 74º/1 e 75º). Assim, Carla Amado Gomes, Gomes Canotilho e Vital Moreira, definem a educação como o processo aquisitivo, transmissor de conhecimentos e valores com intuito de preparar o indivíduo para a vida de desenvolver a sua consciência e faculdades físicas e espiritual, cabendo não só a professores mas também aos pais. O ensino está virado para a especialização, apreensão de conhecimentos técnicos orientados para a “formação intelectual específica”, estando mais ligado à escola enquanto prestação do Estado¹⁰⁴. Assim, ensino não existe sem a educação, mas o inverso já não é necessariamente verdadeiro. Dito isto, este direito visa contribuir para a igualdade de oportunidades, para a superação de desigualdades económicas, sociais e culturais (artigos 73º e 2º/2ª parte CRP), para o desenvolvimento de personalidade e do espírito de tolerância, compreensão mútua, solidariedade e responsabilidade para o progresso social e participação democrática na vida colectiva. Ora, estas considerações levam a crer que a educação, enquanto tem na sua mira o desenvolvimento individual de cada cidadão em si mesmo, não deixa descorar que através dela cada um pode encontrar os meios para contribuir para o progresso da sociedade democrática (patente no artigo 73º/2 CRP e artigo 2º/5 da Lei 46/86, de 14 de Outubro, ou seja, Lei de Bases do Sistema Educativo). Este será um sentido positivo. Se há um sentido positivo, com certeza que há também um

¹⁰²J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 888;

¹⁰³JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I”, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, p. 730;

¹⁰⁴CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos sobre o direito ao recurso das decisões de avaliação de conhecimentos no ensino superior” in “Três Estudos de Direito da Educação”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p.99 e 100;

sentido negativo que se expressa na erradicação da discriminação e desigualdades baseadas na “casta” e capacidade económica. Temos então a democratização da educação, garantida por este direito. Carla Amado Gomes sublinha a “consciencialização” que a nossa Constituição tem sobre a Educação enquanto factor de desenvolvimento económico e social do país, sustentando com o artigo 9º/f CRP, mas também como “decorrência da dignidade da pessoa humana (artigo 1º CRP) e condição de realização do Estado de Direito (artigo 2º CRP)”¹⁰⁵. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que para alcançar tal desiderato é “necessária uma dimensão de desconcentração e descentralização territorial”¹⁰⁶. Já Jorge Miranda avisa ainda que este direito, e da forma como está enunciado, em nada contraria a proibição de programação estadual da educação e cultura, presente no artigo 43º/2 CRP¹⁰⁷.

Na doutrina há divergências sobre o saber se alguns direitos são individuais ou institucionais, ou seja, uns só podem ser projecções do indivíduo, enquanto outros só podem ser salvaguardados através de instituições. Jorge Miranda segue esta distinção, mas Vieira de Andrade discorda ao entender que todos os direitos fundamentais são posições jurídicas subjectivas individuais, ou, no máximo, individuais colectivizados, quando reconhecidos a cada um no seio de certa colectividade, pois só aí se manifestam. Parece que se deve considerar o direito à educação como direito individual¹⁰⁸.

No artigo 74º prossegue-se o desenvolvimento deste direito, com particular ênfase no ensino, sendo que é de entendimento unânime que só este subdireito com apoio do direito à escola (artigo 73º/1/1ª parte CRP) e do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar (artigo 72º/1/2ª parte CRP). Desenrolando o novelo, dever-se-á explicitar o que cada um destes novos entes significa, ainda que de modo breve. Ora, o direito à escola é entendido no sentido de: *liberdade de entrar nas escolas*, direito este com um pendor negativo, semelhante aos direitos liberdades e garantias, pelo que tem interesse

¹⁰⁵CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos sobre o direito ao recurso das decisões de avaliação de conhecimentos no ensino superior” in “Três Estudos de Direito da Educação”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p.21 e 22;

¹⁰⁶J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.892;

¹⁰⁷JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I”, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, p. 731;

¹⁰⁸JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4ª edição, 2008, p. 97 a 103 e VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 114 a 125;

realçar o problema dos “*numerus clausus*” e da sua admissibilidade – com apertadas condicionantes; e ainda *direito à criação de escolas*, que reveste um direito positivo, sendo um direito social propriamente dito, reflectindo a obrigação do Estado de criar escolas e organizar e garantir o seu funcionamento.

Por outro lado, o direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar contém em si dois aspectos: a *garantia das condições para se poder frequentar a escola* e a *garantia de iguais oportunidades de sucesso escolar*. Isto significa que o Estado deve encarregar-se de oferecer a todos as condições necessárias para o melhor aproveitamento possível de cada indivíduo, independentemente das diferenças intelectuais de cada um¹⁰⁹, tendo, apesar de tudo, o aluno de se esforçar e respeitar os valores sociais. Assim, o 74º/2 CRP inclui uma lista de obrigações a implementar pelo legislador para que se atinjam aqueles objectivos, nomeadamente, a criação de uma rede de estabelecimentos públicos de ensino com capacidade para responder às necessidades do país. Tudo isto concorre para que se chegue à conclusão de que estamos perante uma liberdade também, não apenas uma obrigação do Estado. Veja-se que apontámos diversas liberdades presentes nos articulados que contêm este direito. Todas servem para que se crie Liberdade na mente de cada indivíduo. Cada um, ao ter liberdade de educar, adquire esse ideal, sem o qual um regime democrático não é possível.

Por comportar em si os aspectos até agora referidos e levantar certos problemas típicos dos direitos sociais e, por isso, digno de referência, é o direito à frequência de ensino superior. Ora, este consiste num direito à igualdade nas condições de acesso, não um direito de acesso incondicionado. O Estado deve instituir e promover estabelecimentos que prestem este serviço. No entanto, nestes casos denota-se uma limitação muito mais clara dessa actividade por estar dependente da “reserva do possível” condicionando fortemente a implementação óptima de todos os direitos a si inerentes; a esta deve-se juntar a “não proibição do retrocesso” de modo a evitar a degradação daquele serviço. Logo se vêem as dificuldades em criar, e depois manter, estes serviços dados seus elevados custos. No entanto, compreende-se que proporciona benefícios para a sociedade que devem ajudar a comportar tais custos: benefício privado, que é directamente apropriado no utente, e benefício público, cujo alvo é a sociedade (e que tem vindo a ser referido). Carla Amado

¹⁰⁹JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I”, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, p. 733;

Gomes, retira como consequência o facto de cada um sustentar na medida das suas possibilidades este serviço, deixando de ter carácter gratuito, como também entende Jorge Miranda¹¹⁰. Devemos acrescentar também que o benefício que se retira do serviço deve igualmente ajudar a suportar os custos, isto pois uma sociedade qualificada tem como intuito criar mais riqueza que tem de contribuir, para que o Estado possa continuar a sustentar tais direitos e até poder aumentá-los. O serviço universitário tem uma vertente económica muito forte, dado que a formação com intuito de integrar o mercado de trabalho é um dos seus mais importantes fins (vejam-se os artigos 73º/4, 76º/1e 81º/j da CRP). Assim, se vê a dificuldade em respeitar os princípios fundamentais da actividade do serviço público, enumerados nas Leis de Rolland: continuidade, adaptabilidade e igualdade¹¹¹. O paralelo com a situação actual não pode ser deixado de lado. As dificuldades económicas têm contribuído para tal não acontecer. Um Estado já por si endividado não tem conseguido “lucrar” com o serviço que presta e o dinheiro que gasta em formação da sociedade. Em última instância, não se vê a democracia a ser concretizada, nem direitos básicos a serem efectivados. Existe aqui também um défice algo incomportável de satisfação de direitos.

Segue-se agora a análise para o artigo 75º CRP. Neste normativo é reconhecida a existência de 3 tipos de ensino: o *Público*, que abrange as escolas públicas integradas no sistema público de ensino; o *Privado/Particular*, que engloba as escolas pertencentes a pessoas singulares ou colectivas privadas; e *Cooperativo*, integrando escolas constituídas de acordo com os princípios cooperativos (constitucionalmente presentes no artigo 61º nº 2)¹¹².

Hora é de dismantelar este artigo. A primeira observação a fazer é a seguinte: o sistema dualista que aquele articulado exprime não comporta um estatuto intermédio entre o ensino de natureza pública e o privado. Apesar da tripartição da estrutura do ensino apresentar semelhanças com a tripartição dos sectores dos meios de produção (artigo 82º),

¹¹⁰CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos sobre o direito ao recurso das decisões de avaliação de conhecimentos no ensino superior” in “Três Estudos de Direito da Educação”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 24 e ss;

¹¹¹CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos sobre o direito ao recurso das decisões de avaliação de conhecimentos no ensino superior” in “Três Estudos de Direito da Educação”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 34 e ss;

¹¹²J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.903;

nada em comum têm. Consequência disto é o facto de o ensino privado, da mesma forma que o público, ter de estar orientado de igual forma, com o Estado a ter a obrigação de fiscalizar ambos (há aqui um certo paralelismo com o monopólio estadual normativo, que na verdade não é mais do que o monopólio de atribuição de poderes normativos públicos). Assim, não poderá proceder à abertura de escolar particulares, apenas permite a liberdade da iniciativa privada neste âmbito. Numa segunda observação, cabe dizer que o Estado é o sujeito passivo numa obrigação de criar o tal sistema público de ensino. Sistema este que tem como características a sua *universalidade*¹¹³, pelo que terá de responder às exigências, necessidades e terá de ficar ao alcance de todos; e a sua *generalidade*, ou seja, tem de abarcar todos os graus, áreas e tipos de ensino¹¹⁴; *continuidade no tempo* deve também ser uma faceta do sistema; por fim, *a estrutura pelo Estado criada para o ensino deve ser a base do direito à educação*, com o privado a ser um “sistema paralelo”. Não se poderá esquecer que Estado, é aqui entendido num sentido amplo, abarcando o poder central, o regional e o local. A educação será garantida por todos, desde a definição estrutural do ensino, à escolha de conteúdos programáticos, não esquecendo o ensino especial, o apoio económico escolar, a criação de transportes, etc, todas estas tarefas são realizadas pelos vários poderes públicos. É do conhecimento geral que muitas autarquias assumem a existência e organização dos transportes escolares, outras apoiam os planos de acção social escolar, entre outros.

Com relevância neste âmbito (e com especial interesse na actualidade política em Portugal) surge uma anotação de Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre as “tentativas de redefinição política e ideológica tendentes a diluir a função constitucional” do ensino público e a integrar o privado “em pé de igualdade com aquele”. Isto quer dizer que haveria a integração do sector privado no público, passando também a ter esta natureza, quiçá suprimindo este as necessidades daquele ou até, indo mais além, oferecendo o privado graus, tipos, áreas de ensino que o público não tem interesse em oferecer por serem demasiado dispendiosos ou por quaisquer outros inconvenientes. Na opinião daqueles autores o que fica dito é desconforme com a Constituição por violar claramente o imperativo do artigo 75º/1 CRP.

¹¹³MARIA LÚCIA AMARAL, “Direito à educação: uma perspectiva europeia” in Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, Vol.1, p. 500;

¹¹⁴J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.904;

Cabe ainda na apreciação por aqueles autores feita outra manifestação possível e não de pouco interesse, que é a de reduzir o sistema de ensino público a um sistema supletivo do particular por via do pluralismo concorrencial, traduzido numa “unicidade e uniformidade da oferta escolar”, criação de um mercado escolar mais rentável financeiramente, aberto a fiscalização e controlo externos. Haveria uma livre concorrência no mercado de ensino regulado por entidade reguladora independente. Ora, aqueles ilustres mestres consideram que tal ideia, no geral, é desconforme com a “teleologia constitucional do ensino e uma inaceitável desqualificação da missão constitucional do ensino público”¹¹⁵. Pessoalmente, partilho desta opinião. Penso que o Estado tem de garantir certos “serviços”. A Educação é um deles. Pelo que ficou dito até agora deste direito, enquanto base para uma concretização do ideal democrático, não será sensato pô-lo à disposição de privados. O sector privado, apesar de capaz de afectar grande financiamento que torne o sistema sustentável, tem sempre um escopo lucrativo. Este escopo não é de todo compatível com um serviço que se quer universal, igualitário, acessível a todos – não só a nível monetário, mas também a nível intelectual. A Constituição põe a cargo do Estado tudo aquilo que tem, como fim último, o bem da sociedade traduzido em valores gerais por si acolhidos. É um dado histórico que a actividade privada tem uma tendência natural para cumprir os fins de poucos. Raras ou nenhuma são as vezes em que se beneficia a comunidade, e quando se faz, não é de forma desinteressada. Pelo que ficou dito sobre o direito à educação, entendido também como Liberdade, faz parte do regime jurídico deste direito impor o seu sentido ínsito a todos os cidadãos, individuais ou colectivos, para concretizar a dignidade da pessoa humana. Só o Estado tem escopo para tal, e é por isso que está a seu cargo.

Apesar de escapar ao âmbito dos direitos sociais num sentido estrito, mas com uma ligação inegável ao objecto deste estudo é de referir a liberdade de ensinar, estabelecida no n.º 1 do artigo 43º CRP. O sentido do preceito é o de garantir que o acesso à docência não seja impedido sem fundamento bastante, tendo um cariz manifestamente defensivo¹¹⁶. Ora, tal defesa dos cidadãos é complementado pelo direito positivo de acesso

¹¹⁵ Todas as referências e excertos textuais nos dois parágrafos relativos à opinião doutrinal dos referidos autores são retirados da sua obra J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 908 e 909;

¹¹⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 624 a 626;

à escola, já referido, o que justifica plenamente a presença nesta exposição, por ser mais uma pedra para a construção de um direito à educação eficaz e justo.

A nível do direito comparado europeu, o artigo 7º da Constituição alemã de 1949, artigo 33º da Constituição italiana de 1947, artigo 27º da constituição espanhola de 1978, atribuem um sentido semelhante ao direito à educação¹¹⁷.

Vieira de Andrade, denota um conteúdo tão vago e impreciso no direito à educação que considera-o uma mera “proclamação de fim ou objectivo políticos comunitário”, visto o seu grau de vinculação dos poderes públicos ser tão diminuto que torna difícil invocar posições jurídicas subjectivas ou que dêem lugar a um juízo de omissão legislativa constitucional, embora juntos com outros direitos possam atingir uma maior densificação¹¹⁸.

Os Tribunais e o Direito à Educação: análise jurisprudencial

Neste capítulo serão analisados vários acórdãos, com o objectivo de conhecer a postura dos nossos juízes face ao direito à educação.

Começamos pelo *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/94, de 3 de Maio*, no qual, em sede de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, se averigua da conformidade de várias normas da Lei n.º 20/92, de 14 de Agosto, que procedeu a uma revisão do sistema de propinas do ensino superior. Começa por identificar o carácter da Constituição Cultural da nossa lei fundamental, que vai ao encontro à exposição que acima fizemos, e também do sentido das normas do diploma em causa. Ora, apesar de se reconhecer ao Estado a possibilidade de aumentar o valor da propina, tal não se vê consentâneo com o carácter de progressiva gratuitidade do ensino superior (actual artigo 74º/2/e) CRP), sendo que com a possibilidade atribuída naquela lei de utilizar uma taxa superior a 25% para cálculo do valor da propina, não se estabelecia um limite máximo.

¹¹⁷MARIA LÚCIA AMARAL, “Direito à educação: uma perspectiva europeia” in Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, Vol.1, p. 495;

¹¹⁸VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição, p. 362 e 363;

Que dizer? Ora, o Tribunal, face a uma medida que ia manifestamente contra a letra e espírito do referido preceito constitucional, e da própria Constituição nesta matéria, declarou a inconstitucionalidade da norma. Não parece ter existido uma decisão que se imiscuiu no espaço de decisão política. Face a uma norma inconstitucional, limitou a fazer essa declaração. Deixou em aberto um espaço de livre conformação do legislador nessa matéria. Por outro lado, há que perguntar se aquela lei não continha em si uma ideia de sustentabilidade do sistema – conforme com a cláusula a “reserva do possível”? Ora, de facto, a questão dos custos nestas matérias é sempre sensível. No entanto, o Tribunal, não proibiu o aumento da propina, apenas o modo como aquele poderia ser feito naquela lei (sem qualquer tipo de limite máximo), o que poderia levar a que os custos das Universidades pudessem ser todos suportados por propinas, o que é algo que não se comporta com a norma constitucional já referida; o Estado tem de ter responsabilidade no que toca à prestação deste direito, não pode abster-se de o fazer. Assim, no que toca a alargar o âmbito dos direitos em causa, nada acontece que mereça referência, mas a decisão declara inconstitucional parcialmente da norma do artigo 6º/2, quando conjugada com o artigo 16º/2 da Lei em causa, no sentido em que permite a fixação do montante das propinas acima de 25%, em violação do artigo 74.º, n.º 3, alínea e), da Constituição (versão de 1989), com os seus efeitos a serem determinados apenas a um certo espaço temporal. Ora, ainda que a questão da nulidade parcial levante questões de carácter activista, o certo é que a modelação dos efeitos também não é menos dúbia, não obstante ser permitida pelo artigo 282º/4 CRP, dado que foge à doutrina tradicional das consequências da declaração da inconstitucionalidade de normas, nomeadamente da nulidade ipso jure da norma¹¹⁹, sendo que Benedita Urbano considera-os (nulidade parcial e modelação temporal dos efeitos) casos de activismo de carácter soft¹²⁰ - ao permitem a modelação normativa dos preceitos analisados -, ainda dentro dos tramites da lei, tanto mais que no caso, houve a intenção de salvaguardar expectativas dos cidadãos, sendo, portanto, dignos de nota nesta análise.

O *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 423/87, de 27 de Outubro*, é agora alvo de análise. Nele, se questiona a conformidade constitucional do Decreto-Lei n.º 323/83, de

¹¹⁹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1018;

¹²⁰BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 73 e 74;

5 de Julho, que procede à regulamentação da leccionação da disciplina de Religião e Moral Católicas na escola pública, na sequência da Concordata existente entre o Estado Português e a Santa Sé, que vigorava à altura, celebrada em 1940. São levantadas diversas questões, relacionadas com vários princípios constitucionais, nomeadamente, não confessionalidade do ensino público (artigo 43^a/2/3 CRP), liberdade religiosa em todas as suas vertentes (artigo 41^o CRP), princípio da igualdade (artigo 13^o CRP), separação entre o Estado e a Igreja (artigo 41^o/4 CRP), entre outros. No essencial, os Srs. Juízes Conselheiros, chegaram à conclusão que o diploma, no geral, não é inconstitucional (excepto três normas). Para a sua decisão, basearam-se numa série de argumentos histórico-sociológicos, direito comparado e nos princípios acima referidos, para chegar à conclusão que o Estado deve criar condições a todos aqueles que querem professar uma religião, desde logo, pelo ensino nas escolas públicas, a quem o deseje. Olhando com mais atenção, para além do que ficou dito, há que ter em conta as fontes em que a decisão se baseou. Assim, e se por um lado, temos a separação entre o Estado e a Igreja (traduzido naqueles princípios supra referidos), por outro, temos a Constituição de 1911 interpretada a contrario nesta matéria, porquanto professava um Estado laico, completamente separado da Igreja, algo que não acontece na actual Constituição; a Assembleia Constituinte, ao impor a não confessionalidade do Estado, não entendeu dever impedir o ensino confessional nos estabelecimentos de ensino públicos, a quem o deseje. O Tribunal entendeu que uma decisão, neste caso, que se assemelhasse à posição tomada pelo texto de 1911 contrariava a liberdade religiosa, na sua dimensão activa, ao permitir ao cidadão professar livremente o seu credo. Tudo isto, converge para a declaração do Estado como neutro, neste âmbito. A neutralidade não é sinónimo do alheamento do Estado face ao facto social que a religião consubstancia e que, portanto, deve ser tomado em consideração por si, devendo não apenas, permitir o culto em todas as duas formas, como também auxiliar ou criar condições para que o mesmo efectivamente se exerça. Outro elemento que se teve em conta foi o facto de existir um acordo entre o Estado e a Igreja Católica, que, nos termos do artigo 8^o CRP, aquele deve cumprir, a menos que seja inconstitucional. Há ainda a indicar, a norma do artigo 67^o/2/c) da CRP, que impõe ao Estado o dever de auxiliar os pais na educação dos filhos; ora, se se entende que a educação passa também pelo ensino de uma religião, deve ser cumprida aquela norma.

São estes os dados essenciais que têm interesse analisar. Fala-se, em primeiro lugar, de direitos, liberdades e garantias que impõem ao Estado um alargamento do que até à altura existia em termos de ensino. Está em causa uma expansão do direito ao ensino (integrante do direito mais amplo à educação), no âmbito da liberdade religiosa. Pedia-se uma prestação estadual mais alargada, para satisfazer aquele direito fundamental, que efectivamente foi concedida por via de acto legislativo do governo, que causou dúvidas quanto à sua conformidade com a Constituição. Ora, tudo dependia do entendimento que o Tribunal iria ter face àqueles direitos. Assim, temos um direito, liberdade e garantia, que necessitaria de uma intervenção estatal, e se entrecruza com o direito à educação, em particular, com artigo 73º/2 CRP, ao dizer que “o Estado promove [...] as demais condições para que a educação, realizada através da escola [...] contribua para [...] o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância”, e com o artigo 75º/1 CRP, ao impor a criação de “uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população”. Como se sabe, o parâmetro de controlo da constitucionalidade engloba a ordem constitucional global, todos os seus princípios, normas e valores¹²¹. E, do que ficou dito supra, também se sabe que a interpretação jurídica é hoje muito mais do que olhar para o que está expressamente escrito na Lei, e que o activismo existe e surge com facilidade, face a estes dados. Mas terá neste caso o Tribunal tido uma atitude activista? Terá, em concreto, alargado o âmbito, não só do que se entende por liberdade religiosa e do papel do Estado neste âmbito, mas também, e no que nos interessa, a prestação do direito ao ensino, expresso nas normas referidas? No meu entendimento, houve uma atitude activista, ainda que se possa considerar de pouca expressão e que ainda cabe nos limites da interpretação jurídica, tirou da “penumbra” algo mais do que até então se podia ver. No entanto, a existência ou não daquele ensino na escola pública, estava dependente da constitucionalidade da norma. O Tribunal, na sua decisão, estendeu efectivamente o que até então se entendia concretamente sobre a separação entre Estado e Igreja e liberdade religiosa. No que toca ao ensino, alargou, ou permitiu alargar, a prestação do ensino público estadual. Sim, tal tinha sido decidido pelo governo, mas foi a interpretação “mais generosa” do Tribunal que abriu caminho a que o diploma não fosse inquinado por inconstitucionalidade. Como forma ainda de sustentar as afirmações acima feitas, não são de menosprezar as declarações de voto de vencido de

¹²¹J.J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 919 e ss;

alguns Srs. Juízes Conselheiros, onde expressaram a sua opinião contrária à decisão, considerando que se alargou demasiado o presente na Constituição. É o caso de Vital Moreira ao estatuir “que o acórdão ensaia uma interpretação do diploma de modo a tentar torná-lo conforme à Constituição, mas o resultado não é propriamente um sucesso”, “o recurso à chamada «interpretação conforme à Constituição» só tem cabimento quando o texto (re)interpretado suportar tal entendimento, isto é, quando o novo entendimento não for incompatível pelas normas em causa” e ainda que “o princípio da separação proíbe o Estado de desempenhar funções próprias das igrejas, designadamente de assumir quaisquer tarefas ou funções de formação religiosa, e que o ensino da religião nas escolas públicas só é lícito quando seja inteiramente função e responsabilidade das respectivas confissões”; também José Magalhães Godinho: “as aulas de religião e moral enquanto aulas de doutrinação de uma determinada confissão, sujeitas aos princípios dessa Religião, ministrados pelos seus dignitários e destinadas a inculcar nos estudantes das escolas públicas, patrocinadas pelos fundos públicos, o espírito daquela confissão, são hoje inconstitucionais”; Luís Nunes de Almeida “as normas constantes do diploma em apreço, ao estabelecerem que o ensino da Religião e Moral Católicas é ministrado pelas escolas públicas, integrando o respectivo currículo escolar normal, a expensas do Estado e através de agentes seus, violam o princípio da separação das igrejas do Estado”. Ora, se se denota divergência de relevo dentro do plenário no problema em causa, dúvidas se levantam sobre se realmente a Constituição assegura no seu espírito tais direitos, o que pode servir de sustento à minha opinião. Aliás, Vital Moreira diz expressamente que a “interpretação conforme à Constituição” não se justificar no caso; Ora, tal tipo de interpretação é conhecida por ser uma manifestação de activismo, tradicional, ortodoxo ou soft, conforme com as teorias kelsenianas de justiça constitucional, segundo Benedita Urbano¹²² (cuja opinião sigo), mas ainda assim digno de nota.

De seguida, temos o *Acórdão n.º 454/97, de 25 de Junho*, também do Tribunal Constitucional. Nele, o recorrente entende que a interpretação de uma norma que impõe à entidade empregadora o pagamento de salário dos 4 dias que o empregado tem direito para estudar por disciplina ou 2 dias por cada prova e que são faltas justificadas (alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 26/81, de 21 de Agosto), quer esta seja anual, semestral, trimestral

¹²²BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 72 e 73;

ou bimestral, viola o dever do Estado garantir o acesso ao ensino superior (artigo 74º/3/c) CRP, versão de 1989). Na norma não há nenhuma discriminação sobre o carácter temporal da disciplina. O Tribunal não julgou tal entendimento inconstitucional, já na sequência do entendimento do Tribunal de Trabalho de Braga. Qual a relevância? A nosso ver, pela via da fiscalização da constitucionalidade da interpretação de tal preceito naquela interpretação o Tribunal fez com que se estendesse os meios que tem ao seu dispor para garantir o direito à educação, em particular, ao alargar o que vem a ser entendido nos actuais artigos 73º/1/2 (“Estado promove a democratização da educação”), 74º/1/2/d (“direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”) e 76º/1 CRP. E isto, porque permitiu ao legislador manter o nível de conformação dos direitos em causa, ao impor àqueles que beneficiam da formação de alguém certo grau de contribuição para se manter a garantia do acesso ao ensino e igualdade de oportunidades, tal como o bem geral da educação. De realçar, é o facto de tal ser feito à custa da liberdade contratual, pois entende-se que desde que haja um trabalhador-estudante ele tem o direito, qualquer que seja o número de disciplinas e carácter das mesmas, tendo sempre de efectuar o pagamento do salário dos dias (legalmente estipulados) em que aquele falte ao trabalho para realizar os exames, a menos que seja manifestamente desproporcional. Assim, a partir de uma interpretação, que vai além do texto da norma, e ao considerar que tal interpretação é constitucional, houve um alargamento do direito, ou antes, das suas garantias de concretização, conforme com o princípio da interpretação conforme com a constituição e da presunção da constitucionalidade das normas. Temos assim, um activismo pro-direito à educação, numa solução que visou efectivar tal direito.

Desta vez, analisa-se o *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 143/85, de 30 de Julho*, que se debruça sobre a norma do Estatuto da Ordem dos Advogados, artigo 69º, que estabelece o impedimento de os advogados exercerem qualquer serviço público, incluindo a docência, salvo se se tratar de disciplinas de Direito. Em nome do princípio da igualdade (artigo 13º CRP), o preceito foi declarado inconstitucional com efeitos normativos. Mais propriamente, foi utilizado pelo Tribunal um expediente na decisão que foge ao comum do utilizado normalmente e às próprias construções dogmáticas relacionadas com o papel do Juiz. Olhando mais de perto, vemos que na fundamentação do acórdão houve um aditamento àquilo que a norma em apreciação prevê. Tal circunstância leva a que com tal acrescento se expanda a previsão da norma, alterando o conteúdo normativo da mesma.

Assim, foi declarado inconstitucional o sentido inicial da norma, mas, com o novo sentido atribuído, a norma já não padece de tal enfermidade. Resultado prático, foi os advogados poderem exercer funções públicas de docência na função pública, noutras áreas para lá do Direito. Conclusão a que se pode chegar, é a de que, por tal meio, o Tribunal tornou uma norma inconstitucional numa norma em conformidade com a Constituição.

Não é possível negar que estamos perante uma sentença manipulativa, passível de se enquadrar num tipo de activismo patológico, heterodoxo ou *hard*¹²³; são estas actuações que levantam dúvidas, e que geram verdadeiras discussões sobre tais formas de decidir, pois já há a criação de uma norma que não existia antes por parte de um órgão que não tem funções legislativas, este é o verdadeiro activismo. A relevância para o direito alvo do nosso estudo resume-se ao facto de, por via de tal tipo de sentença intermédia, se expandir efectivamente a liberdade de ensinar que esses profissionais liberais têm. E assim é, devido a lhes ser, inicialmente, apenas permitido exercer tais funções no sector privado, passando com este acórdão a poder exercer iguais funções no sector público. Ora, visto isto, existia então uma discriminação sem motivo, que o Tribunal entendeu não ser conforme à lei fundamental, mas que por sua mão passou a ser. Cabe dizer ainda que tal liberdade, ainda que consista num direito, liberdade e garantia (artigo 43º/1 CRP), é conexo com o nosso direito à educação, que abarca nas suas normas diversas liberdades de cariz semelhante; tanto mais que este se realiza também por meio daquela. Há assim um contributo efectivo para a densificação do nosso direito, pelo que devemos ver esta sentença como um veículo para a progressiva concretização das garantias do seu exercício e ser objecto do nosso estudo.

Por último, cabe fazer dizer algo sobre o *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 92/84, de 31 de Julho*. A questão suscitada prendia-se com a averiguação da constitucionalidade de um despacho ministerial (Despacho n.º 95/ME/83, de 4 de Outubro, do Sr. Ministro da Educação) que equiparava (ou dava equivalência) o ensino preparatório e secundário, ministrado nos seminários menores católicos ao ensino oficial. Em causa estava a violação dos artigos 13º/2 e 41º/4 CRP. No final, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do despacho, mas optou por restringir os seus efeitos, por uma questão de segurança jurídica, de forma a proteger os direitos já produzidos por professores

¹²³BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 76 e 77;

e alunos que frequentaram tais cursos. Ainda que tal decisão possa ter interesse para outras problemáticas, a nós interessa pelo facto de se ter recorrido a um expediente considerado já activista, ainda que soft, ortodoxo,¹²⁴ para salvaguardar algo relacionado com o direito à educação. Os cidadãos, que aprenderam e ensinaram, tinham tais faculdades asseguradas pela Constituição, pelo que não pareceu justo, retirar-lhes o que daí tinha advindo com o motivo de se violar o princípio da liberdade religiosa e o princípio da igualdade baseado da formação ter sido prestada pela Igreja. Só podemos ver tal postura pelo facto de se ter o direito à educação num patamar elevado de consideração constitucional e social que importa a sua protecção sempre que seja possível, ainda que se tenham de utilizar expedientes decisórios questionáveis do ponto de vista dogmático. Além do mais, é de realçar o facto de ser igualmente alargado o âmbito constitucional, o entendimento, o espectro, do direito à educação, considerando que a educação seja ela ensinada e promovida por quem seja e desde que respeite certos critérios (desde logo, não seja contra os ideais constitucionais mais básicos) é sempre bem-vinda e acolhida. Assim, tal acórdão merece lugar nesta exposição.

¹²⁴BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 73 e 74;

Conclusão

Chegados aqui, ao fim do caminho que nos propusemos trilhar aquando do escrito introdutório, será altura de reflectirmos sobre o que afinal se expôs, qual conto cujo fim pede por uma “moral da história”.

Uma nota inicial que deve ser aqui deixada, prende-se com o facto de os vários acórdãos analisados serem na sua maioria dos anos 80 do século passado. Época essa em que o Tribunal Constitucional tinha sido criado. Além de que se está ainda na fase do pós-revolução. Temos assim, uma Constituição jovem e um Tribunal em mãos com questões complexas e levantadas, por vezes, contra resquícios do anterior regime e com ideais revolucionários ainda “frescos” à mistura, com uma lei fundamental ainda pouco desenvolvida. Não se quer com isto dizer que estava incompleta ou que a Assembleia Constituinte não fez o seu trabalho, mas antes que o tempo ajuda a fixar o conteúdo das suas disposições, e que estes acórdãos, entre outros, foram com certeza parte integrante desse processo.

Palmilhadas as páginas anteriores, podemos ver que o fenómeno do activismo não é ainda algo completamente inequívoco, vários sentidos lhe são apontados, mas que no essencial refere-se a certas formas decisórias que contrariam as dogmáticas clássicas relacionadas com a teoria decisória e com princípios básicos do Estado de Direito. Mas, apesar desta primeira aproximação conclusiva parecer evidenciar algo de muito ofensivo, o outro lado da moeda traz consigo uma visão mais prática e virtuosa. Quem no momento da decisão usa expedientes de tal natureza pretende muitas vezes fazer valer um direito face a outro, com base no que se afigura mais importante. Assim, apesar de nos acórdãos apreciados acima se ter denotado uma postura activista, esta só uma vez foge às ferramentas que são consideradas normais e que estão ao dispor do Juiz, sendo, por vezes, a própria lei que as fornece. Este é um ponto importante para o nosso estudo e que merece um sublinhado.

Seguindo agora para o outro ponto do nosso estudo, há a dizer que as decisões que foram encontradas neste âmbito demonstram claramente uma postura favorável ao Direito

à Educação! Veja-se que, nos cinco acórdãos apontados, não houve um que não alargasse o entendimento, ou melhor, o espectro protector do direito. E note-se que tiveram como contra-peso disposições presentes na parte sistemática da Constituição reservada aos direitos, liberdades e garantias. Ora, recordando o que se disse no segundo parágrafo desta conclusão, não é de espantar que se tentasse naquela altura purgar da sociedade e ordem jurídica resquícios do regime do Estado Novo, pelo que quando tal chegou perto de ferir o conteúdo o Direito à Educação houve uma escolha por não retirar o que este permitia garantir.

O Acórdão 454/97, de 25 de Junho, merece atenção pelo facto de, face à liberdade contratual, se ter optado por proteger o Direito à Educação, pela defesa de condições para o seu exercício, cuja responsabilidade cabe ao Estado, mas também às entidades empregadoras. Temporalmente, a decisão foi tomada fora de uma época como a dos anos 80, cheia de ideais revolucionários pro-trabalhadores, foi quase no novo milénio, mas, no entanto, vai ao encontro de uma ideia de um regime laboral responsável socialmente. Entendeu-se que o direito que estudamos merece todas e quaisquer ajudas para se efectivar e generalizar o máximo possível, pelo que a decisão teve um importante papel nesse campo. Se os mecanismos regimentais dos direitos sociais poderiam não ser suficientes para fazer frente a um avanço a si contrários, o Tribunal teve uma postura suficientemente protectora.

Assim, é de concluir que a nível jurisprudencial houve efectivamente uma tomada de posição no sentido de proteger ao máximo e de promover a evolução do Direito social à Educação. Algo que nos parece merecer aplauso, face ao já tratado regime jurídico do mesmo e face às constantes ameaças que pairam sobre o seu exercício. Se tal se deu por meio das convicções pessoais dos decisores ou porque a lei fundamental vai nesse sentido, ainda que implicitamente, não é fácil de afirmar, o que é certo é que a lei não é com frequência líquida no seu conteúdo, pelo que qualquer concretização é bem-vinda, ainda mais quando protege direitos fundamentais. Isto, ao acontecer por via de decisões judiciais como as que apontámos, leva-nos a afirmar que houve um criativismo judicial com expressividade suficiente para ser tomado em conta.

Pensamos, por nossa parte, que é de louvar certos casos, como os apontados, de activismo judicial, quando se utilizam meios decisórios que a lei fornece. Exemplo, é a

modelação dos efeitos temporais. E somos desta opinião, por ser um meio eficaz de protecção dos direitos sociais e que, ao mesmo tempo, densifica o seu conteúdo. Claro, há limites que não se devem ultrapassar, ou seja, quando se tomam verdadeiras opções políticas, mas, nos casos apreciados, achamos que foram decisões com sentido e com sensibilidade suficiente para serem aplaudidas. Por outra parte, já se torna de difícil aceitação, actuações como a presente no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 143/85, de 30 de Julho, em que a simples declaração de inconstitucionalidade teria cumprido a tarefa do Tribunal, ficando a cargo dos órgãos da Ordem dos Advogados promover as alterações necessárias para que a norma se tornasse conforme com a Constituição e o sentido garantístico do Direito à Educação suficientemente afirmado. Tomou-se um caminho duvidoso que era desnecessário, ainda que protector do direito que estudamos.

Então, em suma, conclui-se que existe em Portugal um activismo judicial no âmbito do Direito à Educação, de cariz favorável a este, não patológico, mas ainda assim relevante e digno de montra.

Bibliografia

ALESSANDRO PIZZORUSSO, “«Governo dei giudici» e democrazia”, in *Questione Giustizia*, 5, 1999;

BENEDITA URBANO, “Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2012;

- “Interpretação conforme coma constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo?”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII – Especial (III Encontro de Professores de Direito Público), 2010;

- “The law of the judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration of an old principle?” in *Boletim da FDUC*, Vol. 86, 2010;

- “«Criação judicial» e «activismo judicial»: as duas faces de uma mesma função?” in 35º Aniversário da Constituição de 1976 (obra organizada pelo Tribunal Constitucional), Vol. II, Coimbra, 2011;

BRUCE ACKERMAN, “We the people”, Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993;

CARLA AMADO GOMES, “Apontamentos sobre o direito ao recurso das decisões de avaliação de conhecimentos no ensino superior” in “Três Estudos de Direito da Educação”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002;

- “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Scientia Juridica*, Tomo 57, N.º 315, 2008, p. 412;

CARLOS BLANCO MORAIS, “Curso de Direito Constitucional: as funções do Estado e o poder legislativo no ordenamento português”, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012;

CASS SUNSTEIN, “Designing Democracy: What Constitutions do”, Oxford University Press, 2001;

CRISTINA QUEIROZ, “Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

ISABEL MOREIRA, “A solução dos direitos, liberdades e garantias e direitos económicos e sociais na constituição portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2007;

JOÃO CARLOS LOUREIRO, «Adeus ao Estado Social?: A segurança social entre o crocodilo da economia e medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”», 1ª ed., Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010;

-“República Mental e Solidariedade Social”, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 87, Coimbra, 2011;

J. J. GOMES CANOTILHO, “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p V e VI do prefácio à 2.ª ed.;

-“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003;

- “Judicialismo e Política – Tópicos para uma intervenção” *in* “Constituição e Processo: entre o Direito e a Política”, Editora Fórum, 2011;

- “O activismo judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza”, *in* “O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides”, org. Lenice S. Moreira de Moura. São Paulo: Editora Saraiva, 2009;

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

JORGE BACELAR GOUVEIA, “Manual de Direito Constitucional”, Volume I, Almedina, 2005;

JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo I, 9.ª ed., Coimbra Editora, 2011

- “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 4ª edição, 2008;

- “O regime e a efectividade dos Direitos Sociais nas Constituições Portuguesa e Brasileira” *in* Estudos em memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Volume I;

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I”, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, p. 733;

JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Coimbra Editora, 2012;

- “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito”, Almedina, 2006;

- “Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004,

JUSSARA MARIA PORDEUS E SILVA, “Ativismo Judicial e o Papel do Ministério Público Brasileiro na efetivação das políticas públicas: o caso do Amazonas” *in* “Ativismo Judicial”, Juruá Editora, Curitiba, 2010;

GISELLE FERREIRA DE ARAÚJO, “Os Direitos Sociais: Uma abordagem sobre o direito português”, *in* Scientia Juridica, Tomo 57, N.º 313, 2008;

GUY SCOFFONI, “Les enseignements d’une vieille démocratie”, *in* Gouvernement des judges et démocratie, Paris, 2001;

KEENAN D. KMIEC, “The origin and current meanings of “Judicial Activism”, *in* California Law Review, 92, Outubro, 2004, nº3;

LUÍS PEDRO SANCHIS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” *in* Neoconstitucionalismo(s) (ed. Miguel Carbonnel), Madrid, 2003;

MANUEL AFONSO VAZ, “O tempo e a efectivação dos Direitos Fundamentais”, *in* Revista de Direito Público, Ano II, N.º6, Julho/Dezembro 2011;

MARCELLO CAETANO, “Manual de Ciência Política e Direito Constitucional”, Volume I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Lisboa, 1972;

MARIA LÚCIA AMARAL, “Direito à educação: uma perspectiva europeia” in Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, Vol.1;

MICHEL TROPER e OTTO PFERSMANN, “Exist-t-il un concept de gouvernement des juges?” in Gouvernement des judges et démocratie, Paris, 2001;

MONTESQUIEU, “Do espírito das leis”, Edições 70, Lisboa, 2011;

RONALD DWORKIN, “Levando aos Direitos a Sério”, São Paulo: Martins Fontes, 2003;

SÉVERINE BRONDEL/NORBERT FOULQUIER/LUC HEUSCHLING, “D’un non sujet ver sun concept scientifique?” (Introdução à obra Gouvernement des judges et démocratie), Paris, 2001;

VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, Coimbra, 2012, Almedina, 5ª edição;

VLADIMIR SANTOS VITOVSKY, “Activismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sócio-jurídica” in “Ativismo Judicial”, Juruá Editora, Curitiba, 2010.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/84, de 5 de Maio

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002, de 19 de Dezembro

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/94, de 3 de Maio

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 423/87, de 27 de Outubro

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 454/97, de 25 de Junho

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 143/85, de 30 de Julho

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 92/84, de 31 de Julho