

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

RELATÓRIO

JULHO DE 2014

Direito à Segurança Social e à Educação

I. Apresentação do caso

a) *O acesso aos factos*

Durante o corrente ano, o Observatório dos Direitos Humanos recebeu, diariamente, um número considerável de denúncias, através de um coletivo denominado “Pais Comunicar”, relativas à atribuição do subsídio de educação especial (doravante SEE), facto que, tem originado diversas intervenções governamentais, nomeadamente a Recomendação n.º 15/B/2012, do Secretário de Estado da Solidariedade e da Segurança Social, e, mais recentemente, o Despacho conjunto dos Secretários de Estado do Ensino e da Administração Escolar, do Ensino Básico e Secundário e da Solidariedade e da Segurança Social¹. As mencionadas denúncias foram recebidas pelo relator a 16 de Maio de 2014.

A 30 de Maio de 2014, o Relator contacta os denunciantes, no sentido de obter mais informações sobre os factos denunciados. Desse contacto foi possível obter documentos a eles relacionados. Nessa mesma altura, o Observatório dos Direitos Humanos recebeu novas denúncias sobre a mesma temática.

No dia 11 de junho de 2014, é efetuada uma tentativa de contacto com as entidades visadas, designadamente o Secretário de Estado da Solidariedade e da Segurança Social, o Secretário de Estado do Ensino e da Administração Escolar, o Diretor-Geral dos Estabelecimentos Escolares, e ainda o Presidente do Conselho Diretivo do Instituto da Segurança Social, I.P., da qual não resultou qualquer resposta.

A fixação deste percurso importa para uma cabal compreensão do presente Relatório. Note-se que a análise subsequente tem por base apenas os factos denunciados, não tendo sido nenhum deles objecto de contraditório, ao contrário do que seria desejável. Não significa esta proposição, porém, qualquer enfraquecimento do seu valor quanto à sua simetria com a verdade.

b) *O Caso*

Aqui chegados, importa fixar os seguintes factos essenciais à análise do presente caso:

- No seguimento das intervenções governamentais referidas em a), a 22 de Outubro de 2013 foi celebrado um Protocolo de âmbito nacional entre o Instituto da Segurança Social, I.P., e a Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares, a fim de se obter uma harmonização nos procedimentos de atribuição do SEE.

- Segundo se apurou, os requerimentos apresentados pelos cidadãos abaixo mencionados deram entrada nos respetivos centros distritais do Instituto da Segurança Social, I.P., antes da

¹ DESPACHO N.º 706-C/2014, publicado no Diário da República, 2ª Série, n.º 10, de 15.10.2013.

entrada em vigor do mencionado Protocolo, - e encontravam-se bem instruídos e, como tal, integravam já a declaração do estabelecimento de ensino frequentado pelo menor, preenchida em conformidade com o formulário em vigor² -, mas não foram apreciados e decididos pelos respetivos centros distritais onde se encontravam pendentes, mas sim remetidos às entidades a quem, nos termos do referido Protocolo, passou a competir a avaliação das crianças e jovens requerentes.

- Assim e no caso particular da Sra. Maria de Fátima Brandão Rocha, que entregou toda a documentação necessária para a instrução do procedimento de atribuição do SEE, junto do respetivo centro distrital, e tendo a sua filha, Luciana Alexandra Rocha Dias, iniciado uma determinada terapia em data próxima da entrega dos referidos documentos, volvidos mais de 8 (oito) meses, viu-se confrontada com um despacho de indeferimento, e que, neste momento não sabe, sequer, como poderá custear as terapias realizadas.

- Entretanto, num caso semelhante, a Sra. Liliana Marina da Neves Almeida Teixeira, e o Sr. Paulo Manuel Teixeira Rocha, entregaram toda a documentação necessária para instruir o procedimento de atribuição do SEE, em 26 de Setembro de 2013, e 24 de Julho de 2013, respetivamente, tendo sido aquela notificada em 18/03/2014, do despacho de indeferimento de atribuição do SEE, e este, passados 8 (oito) meses sob a entrega dos mencionados documentos, também recebeu uma notificação no mesmo sentido. Segundo consta, os seus filhos têm diversas dificuldades, uns com perturbação ao nível da leitura e escrita, devidamente identificados por especialistas médicos, e outros, um atraso no desenvolvimento da linguagem, bem como ao nível da fonação e compreensão verbal.

- Mais recentemente a Sra. Carla Maria dos Santos Cunha foi igualmente notificada, pelo respetivo agrupamento de escolas, e cujo sentido da decisão não se alterou em face dos demais. Cumpre, no entanto, salientar que ao seu filho, João Pinto Barbosa, foi diagnosticado distúrbio de comportamento emocional, baixa autoestima e autoconfiança.

- Ou ainda o caso da Sra. Helena Cármen Rocha Pereira, em que os seus filhos, Joana e Marco, ficaram privados ao acesso a cuidados especiais. Concretamente, a Joana que apresenta gaguez, tem sido acompanhada por especialistas, e que inclusivamente beneficiou do SEE no ano letivo anterior e cujo quadro clínico não se viu alterado, ficou pura e simplesmente privada destes cuidados, porque o requerimento de atribuição SEE foi indeferido. Por fim, o caso da Sra. Elsa Coelho, em que a sua filha, Eva, tem deste o início do ensino primário sido integrada nas redes de ensino especial, por apresentar dificuldades de aprendizagem. Paralelamente, o caso da Sra.

² Mod. RP 5020/2008-A DGSS.

Ana Rosa Fernandes Silva Gonçalves, em que o seu neto, Diogo, ficou sem a possibilidade de aceder ao SEE, apesar de lhe ter sido prescrito um tratamento de psicoterapia para o ajudar a melhorar o seu comportamento. Ambos os casos tiveram o mesmo desfecho: o requerimento para atribuição do SEE foi indeferido.

- Em todos estes casos, o procedimento administrativo tendente à atribuição do SEE terminou exatamente no mesmo sentido, e cuja fundamentação vem expressa nos seguintes termos: “*Relativamente ao assunto em epígrafe, pelos motivos assinalados, junto se devolvem a V. Exa os processos de candidatura à atribuição de Subsídio de Educação Especial de (indicação do nome do requerente); Motivos da devolução: Não tem necessidades educativas especiais de carácter permanente*”.

c) As questões a tratar

O quadro precedente revela que a questão essencial a tratar e que deve ser vista sob o ponto de vista de um potencial atentado aos Direitos Humanos e Sociais dos cidadãos é, essencialmente, saber se a revisão das regras de atribuição dos SEE no decurso do corrente ano letivo constitui uma violação do direito à educação, à segurança social e aos direitos e garantias dos administrados, em especial, no que concerne à fundamentação expressa de atos administrativos.

É o que se fará de seguida.

II. Enquadramento Jurídico

A reflexão do caso em análise exige que se conheça quais os direitos e garantias que assistem a estes cidadãos. Tais elementos normativos devem ser vistos sob a tutela (i) internacional; (ii) constitucional; e (iii) legal.

(i) A Tutela Internacional

Considerando o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, o chanceler BISMARCK, através de uma mensagem enviada ao Parlamento alemão (*Reichstag*), em 17 de novembro de 1881³, fez com que o direito à segurança social ganhasse novas dimensões, não abarcando apenas trabalhadores e um determinado sector, para se alastrar aos demais cidadãos e sectores da vida. Não obstante esta evolução, que levou o seu tempo, o que determinou a tomada de medidas legislativas um pouco por toda a Europa ocidental, embora com diferentes sistemas, a verdade é que desde cedo se tornou patente uma certa

³ ILÍDIO DAS NEVES, *Direito da Segurança Social, Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*, 1996, Coimbra Editora, p.149. De acordo com o teor dessa comunicação, o Estado dever ter “*não apenas uma missão defensiva, com vista a proteger os direitos existentes, mas também a missão de promover de modo positivo, por instituições apropriadas e utilizando os meios da colectividade de que dispõe, o bem estar de todos os seus membros, em especial dos fracos e dos necessitados.*”

internacionalização do direito à segurança social. Como trabalho preparatório nesta matéria podemos encontrar no documento que ficou conhecido como *Carta do Atlântico*, assinada em 14 de agosto de 1942, a “*necessidade de estabelecer a mais completa colaboração entre todas as nações no domínio económico, a fim de assegurar a todos as melhores condições de trabalho, uma situação económica mais favorável e a segurança social*”.⁴ Depois deste compromisso, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)*⁵ exprime de forma clara a garantia da proteção das pessoas através de um sistema de segurança social. São particularmente relevantes os artigos 22.º e 25.º.⁶ Por seu turno, o *Pacto Internacional Relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*⁷ incorpora no seu artigo 9.º, de forma enfática, a definição constante da DUDH, em que “*os Estados partes do presente Pacto reconhecem o direito de qualquer pessoa à segurança social*”.

Não obstante, ao nível sectorial também foram tomadas medidas tendentes a conferir um determinado grau de proteção social, as quais se vieram a concretizar no seio da Organização Internacional do Trabalho, através da *Declaração de Filadélfia*, de 10 de maio de 1944, no âmbito da qual se estabeleceu diversas orientações respeitantes a matérias muito diversificadas, e em particular em matéria de segurança social⁸.

Na Europa, e através do Conselho da Europa, podemos encontrar instrumentos normativos que constituem verdadeiros marcos na história da segurança social europeia, os quais estabelecem um ponto de referência no processo de harmonização. Neste caminho podemos encontrar a *Carta Social Europeia*, de 18 de outubro de 1961, a qual apresenta um vasto conjunto de normas programáticas sobre proteção social, tendo em vista harmonizar e nivelar acima de um certo limite as políticas e as legislações dos Estados membros⁹. Posteriormente, o *Código Europeu*

⁴ ILÍDIO DAS NEVES, *Ob. Cit.*, p. 171.

⁵ Aprovada na sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

⁶ O artigo 22.º, estatui: “*Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.*”, e por sua vez, o artigo 25.º determina que: “*1- Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2 - A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social.*”

⁷ Aprovado na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

⁸ Neste grupo foram tratadas matérias como a proteção na saúde, maternidade, encargos familiares, desemprego, saúde, invalidez, velhice, morte e acidentes de trabalho e doenças profissionais.

⁹ Assim, o artigo 12.º, que se refere ao direito à segurança social, prevê que os Estados contratantes, tendo em vista assegurar o exercício efetivo do direito a cada um à segurança social, se comprometem a dotar as seguintes medidas: a) a estabelecer ou a manter, caso já exista, um sistema de segurança social; b) a manter o sistema de segurança social a um nível satisfatório, pelo menos igual ao nível necessário para a ratificação da Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho, respeitante à norma mínima de segurança social; c) a esforçar-se por elevar progressivamente os regimes de segurança social a um nível social mais elevado. Por seu turno, no âmbito da preocupação de dar maior latitude possível à proteção social, para além da segurança social em sentido estrito, os artigos 13.º e 14.º referem-se, respetivamente, ao direito à assistência social e médica e ao direito aos serviços sociais.

de *Segurança Social*, de 16 de abril de 1964, completado pelo *Protocolo Adicional*, mostrou-se um instrumento importante para a possível harmonização das respetivas legislações dos Estados subscritores em matéria de segurança social.

Nesta matéria a posição inicial da União Europeia era sensivelmente diferente por força da sua natureza institucional e das autoridades supranacionais de que dispõe.¹⁰ No entanto, mais recentemente, e com aprovação da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 26 de outubro de 2012, a União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais, determinando que todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no seu interior têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do respetivo direito e das legislações e práticas nacionais (cfr. artigo 34.º).

Já no que respeita ao *direito à educação* o direito internacional não lhe ficou indiferente e o artigo 26.º da *DUDH* consagra o direito à educação, e na mesma linha o *PIDEESC* consagra igualmente aquele direito nos seus artigos 13.º a 15.º, por seu turno a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH), Protocolo adicional n.º1, artigo 2.º, vai no mesmo sentido. No seio do Direito Europeu, podemos encontrar no artigo 14.º, da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, o direito à educação. Porém, cumpre recordar que a *Declaração de Salamanca* (1994)¹¹, sobre princípios, política e prática na área das necessidades educativas especiais, foi preponderante para afirmar a noção de escola inclusiva, capaz de acolher e reter, no seu seio, grupos de crianças e jovens tradicionalmente excluídos.

(ii) *A Tutela Constitucional*

A segurança social¹², tal como a Constituição a prevê (art.63.º, n.º 1), reveste a finalidade específica de um sistema e objeto de um direito¹³; num outro sentido, pode ser encarada, numa vertente objetiva, como incumbência do Estado, e numa vertente subjetiva, como um complexo de direitos e deveres das pessoas¹⁴. Por outro lado, a nossa Constituição da República Portuguesa, prevê, em termo amplos, o direito à educação (art. 73.º, n.º 1), o qual se afigura também como

¹⁰ Neste sentido, veja-se ILÍDIO DAS NEVES, *Ob. Cit.*, p. 182.

¹¹ Consultada em http://redeinclusao.web.ua.pt/files/fl_9.pdf.

¹² Como salienta JORGE REIS NOVAIS, o direito à segurança social constitui uma realidade heterogénea, que inclui no seu âmbito, direitos, poderes e faculdades muito diversos e com força jurídica distinta. Quer dizer: o direito à segurança social, no sentido do “*direito como um todo*”, abrange várias faculdades concretas, designadamente, a proteção através de prestações *pecuniárias* nas situações de reforma, aposentação, invalidez e sobrevivência, mas também prestações em *espécie*, através, por exemplo, da prestação de cuidados. (Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, p. 34).

¹³ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Acórdão n.º 862/2013, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

¹⁴ Cfr. ANTÓNIO DA SILVA LEAL, “O Direito à Segurança Social”, in *AA.VV. Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Coord. de Jorge Miranda, p. 339; e ainda JORGE MIRANDA, “Breve Nota sobre a Segurança Social”, in *AA.VV. Estudos em Memória do Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 228.

uma incumbência fundamental do Estado. A verdade, porém, é que a sua consagração enquanto direitos *sociais* torna-os, aparentemente, em direitos de menor tutela. Exteriorização menos imediata da dignidade humana e da sua radical pessoalidade¹⁵, o direito à segurança social e à educação estariam, aliás como qualquer direito social, económico ou cultural, sujeito às condições económico-financeiras, administrativas, institucionais e socioculturais.¹⁶ Contudo, as normas de direitos sociais fundamentais apresentam diferenças no que respeita ao grau de vinculatividade do legislador. Em geral, os preceitos relativos ao direito à segurança social são pouco densificados, o que leva a doutrina a referir que “*o programa constitucional em matéria de segurança social não pode deixar de assumir carácter aberto*”.¹⁷

Com efeito, algumas normas sobre direitos sociais possuem natureza programática, dotadas de vinculatividade jurídica mais atenuada. Outras, pelo contrário, impõem ao Estado a realização de tarefas concretas e definidas no âmbito da realização dos direitos sociais. Esta diferente natureza reflete-se na diferente margem de liberdade de que o legislador dispõe, para, após ter dado concretização aos direitos sociais, poder alterar a sua configuração infraconstitucional. Alguma doutrina tem referido, neste contexto, que “*quando o parâmetro de verificação da constitucionalidade é este último tipo de normas e sempre que a lei ordinária já concretizou, total ou parcialmente, aquelas imposições constitucionais precisas, entende-se que o legislador perde margem para eventual retrocesso, pelo menos quando tal retrocesso configure a criação ou reposição de um incumprimento omissivo da constituição*”.¹⁸

E alguns autores referem mesmo, em concretização desta ideia, que a liberdade de conformação do legislador tem como limite o “*núcleo essencial já realizado*”¹⁹ dos direitos ou o nível realizado de concretização legislativa que já beneficiava de uma sedimentação na consciência jurídica geral que lhe conferia o estatuto de direito materialmente constitucional.²⁰ Há que recordar, porém, que o pleno cumprimento do programa constitucional dos direitos sociais depende “*essencialmente de fatores financeiros e materiais que, em grande medida, o Estado não domina*”²¹. Assim, a concretização legislativa dos direitos sociais é levada a cabo pelo legislador em função

¹⁵ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 172 ss.

¹⁶ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 433; e ainda CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais*, Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade, Coimbra Editora, 2006, pp. 37 e 38; e JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*, Coimbra, 2ª Edição, 2003, p. 147.

¹⁷ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005, p. 641.

¹⁸ JORGE REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, 2006, p.5.

¹⁹ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Garantia da Constituição*, 2ª Edição, Almedina, 1998, p. 437.

²⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Ob. Cit.*, p. 377.

²¹ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *cit.*, p. 147.

dos recursos disponíveis em cada momento histórico. A ideia de preservação do “núcleo essencial” não se pode confundir com a ideia de um princípio de “proibição do retrocesso social”, cujo conceito puro é impraticável, já que pressuporia a ideia de que os recursos disponíveis seriam sempre crescentes no futuro.²² Aliás, como afirma Gomes Canotilho, uma tese de “irreversibilidade de direitos sociais adquiridos”, deve entender-se “*com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social*”²³. Nesta perspetiva, a própria garantia da manutenção do conteúdo mínimo do direito à segurança social ou à educação pode exigir a diminuição do seu montante, de forma a preservar recursos para a manutenção desse núcleo essencial.

Todavia, a Constituição não fixa, com carácter de regra suscetível de aplicação direta e imediata, o sistema de prestações do sistema de segurança social, assim como os critérios da sua concessão e valor pecuniário. Caberá assim ao legislador ordinário, em função das disponibilidades financeiras e dentro das margens do constitucionalmente admissível, determinar o conteúdo do subsídio de educação especial, o qual se apresenta como uma extensão do direito à segurança social e à educação. É-lhe deixada uma grande margem de discricionariedade, no que toca “*às modalidades e técnicas de proteção a instituir*”²⁴, dada a textura aberta e de grande amplitude semântica das normas em causa.

Também aqui a liberdade de decisão do legislador é variável, consoante a maior ou menor determinabilidade das regras constitucionais. Porém, alguns autores defendem que, a partir do momento que seja levado a cabo a concretização legislativa do direito, ela passará a “integrar a norma de direito fundamental”, correspondente a faculdades, pretensões ou direitos particulares integráveis no direito fundamental como um todo.²⁵ Não obstante, isso não significa uma absoluta intangibilidade do direito ao subsídio de educação especial, mas sim que o referido direito passa a beneficiar da proteção específica correspondente, nomeadamente dos princípios estruturantes do Estado de Direito, como a proteção da confiança²⁶ ou da proporcionalidade, apenas podendo ser suprimido ou diminuído com observância desses mesmos princípios.

²² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, p. 243.

²³ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Bypass Social e o Núcleo Essencial das prestações Sociais”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 265.

²⁴ Cfr. LUÍSA ANDIAS GONÇALVES, “*Reflexões em torno da Reforma das Prestações Sociais*”, in AA.VV. org. Fernando Ribeiro Mendes; NAZARÉ COSTA CABRAL, *Por Onde vai o Estado Social em Portugal?* no prelo.

²⁵ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, p. 154, e de certa forma, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS quando afirmam que “*os direitos legais a prestações resultantes da concretização do direito à segurança social, uma vez consolidados na lei (...) passam a beneficiar do regime do artigo 17.º*” (*Ob. Cit.* p. 635).

²⁶ Desde o ano 1990 que o Tribunal Constitucional, através dos Acórdãos n.º s 287/90, 3030/90 e 307/90, estabilizou o quadro de aplicação do princípio da proteção da confiança em termos que fazem deste tipo de controlo um verdadeiro teste de ponderação de bens – objetivada sempre através da sua utilização conjunta com o princípio da proibição do excesso - em que num dos lados da balança se coloca o peso específico que apresentam as expetativas dos particulares afetadas por novas medidas legislativas e, no outro lado, a importância do interesse

Dito isto, o legislador, na conformação que faz, em cada momento histórico, do direito à segurança social e à educação em sentido genérico e em especial do direito ao subsídio de educação especial, está juridicamente vinculado pelas normas e princípios constitucionais. Assim, apesar de um inequívoco reconhecimento de que o legislador possuiu liberdade para alterar as condições e requisitos da fruição e cálculo dos subsídios de educação especial, mesmo em sentido mais exigente, terá sempre de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, nomeadamente os que derivam do princípio do Estado de Direito. Deste modo, as alterações que o legislador pretenda levar a cabo têm de se fundar em motivos justificativos – designadamente a sustentabilidade financeira do sistema da segurança social, ou em particular do núcleo respeitante aos subsídios de educação especial -, os quais não podem afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e da proteção da confiança.

Diferente de tudo quanto foi dito é a matéria respeitante ao dever de fundamentação imposto à Administração Pública em relação à esmagadora maioria dos actos administrativos, previsto no artigo 268.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa²⁷. Nesta norma, e como recordam Jorge Miranda e Rui Medeiros, *“a Constituição reporta-se, porém, a este dever apenas por referência a umas das suas dimensões funcionais, a dimensão subjectiva, na perspectiva, assumida como constitucionalmente relevante, de reconhecer a quem seja afectado nos seus direitos ou interesses o direito de conhecer as razões que terão determinado a adopção da decisão administrativa que lhe diz respeito”*²⁸. Portanto daqui resulta o seguinte: devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente, neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.²⁹

Todavia, o dever de fundamentação tem, em todo o caso, um alcance limitado, que se concretiza na imposição aos órgãos administrativos do dever formal de fazerem constar das decisões que tomam uma exposição sucinta dos fundamentos de facto e de direito em que essas decisões alegadamente se sustentam (cfr. artigo 125.º, n.º 1, do CPA)³⁰. Porém, a imposição constitucional da fundamentação expressa de atos administrativos não se satisfaz com a mera utilização de uma fórmula vazia, desacompanhada da necessária concretização factual.

Como nota final, cumpre salientar que a norma do artigo 268.º da Constituição consagra um conjunto de “direitos e garantias dos administrados”, os quais se afiguram de natureza

público protegido a que acresce o peso reconhecido ao princípio da liberdade constitutiva do legislador. (cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional...*, p.10).

²⁷ Introduzido pela revisão constitucional de 1982.

²⁸ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa...*, p. 607.

²⁹ Veja-se, entre outros, os Acórdãos do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º s 63/84, 86/84, 86/84, 109/85, 165/85, 38/86, 268/86, 179/87 e 38/88.

³⁰ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa...*, p. 608.

análoga aos direitos, liberdades e garantias, para os efeitos do disposto no artigo 17.º, e por via disso gozam de aplicabilidade do regime específico de proteção que corresponde às situações jurídicas dessa natureza.³¹

Em síntese, o direito à segurança social e à educação, em especial o direito ao subsídio de educação especial, pela sua natureza, estão associados às disponibilidades financeiras do Estado, embora protegidos pelo princípio da proibição do retrocesso social, entendido da forma acima exposta. Porém, convém recordar que ainda assim as alterações que o legislador pretenda levar a cabo têm de se fundar em motivos justificativos – designadamente a sustentabilidade financeira do sistema – não podendo afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e da proteção da confiança. Ao passo que o direito à fundamentação dos atos administrativos encontra-se sujeito ao regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias e cuja restrição apenas é admissível nos termos do artigo 17.º da Constituição da República Portuguesa.

(iii) *A Tutela Legal*

O diploma fundamental nesta matéria é a Lei de Bases do Sistema Educativo³², bem como a Bases Gerais do Sistema de Segurança social³³. Aquele diploma determina que a educação especial visa a recuperação e a integração socioeducativas dos indivíduos com necessidades educativas específicas devidas a deficiências físicas e mentais (cfr. artigos 19.º e 20.º).

No entanto e dada a importância na concretização do amplo direito à segurança social e à educação, a verdade e em bom rigor, o primeiro diploma legal que veio regular a integração dos alunos portadores de deficiência remonta a 1977 (cfr. Decreto-Lei n.º 174/77, de 02 de maio), o qual veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 3/2008, de 7 de janeiro, que por sua vez, e no quadro da equidade educativa, concretiza os apoios especializados às necessidades educativas especiais dos alunos com limitações significativas ao nível da atividade e da participação, num ou vários domínios da vida, decorrentes de alterações funcionais e estruturais, de caráter permanente, resultando em dificuldades continuadas ao nível da comunicação, da aprendizagem, da mobilidade, da autonomia, do relacionamento interpessoal e da participação social.

Como decorre do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 3/2008, de 7 de janeiro, “*a educação especial pressupõe a referenciação das crianças e jovens que eventualmente dela necessitem, a qual deve ocorrer o mais precocemente possível, detectando os factores de risco associados às limitações e incapacidades*”, e por sua vez

³¹ Cfr. Acórdãos do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.ºs 52/85, 176/92, 527/96 e 254/99; e ainda JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa...*, p. 598.

³² Aprovada pela Lei n.º 46/86, com a redação conferida pela Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto.

³³ Aprovado pela Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, com a redação conferida pela Lei n.º 83-A/2013, de 30 de dezembro.

o n.º 2, determina que “ a referência efectua-se por iniciativa dos pais ou encarregados de educação, dos serviços de intervenção precoce, dos docentes ou de outros técnicos ou serviços que intervêm com a criança ou jovem ou que tenham conhecimento da eventual existência de necessidades educativas especiais”.

Por seu turno, o artigo 6.º daquele diploma vem regular o procedimento de avaliação da criança ou jovem que careça de apoios especializados.

Das normas *supra* referidas não se encontram regras que afrontem o direito à segurança social ou à educação de qualquer cidadão. Simplesmente vem regular o procedimento normal que visa detetar efetivamente as crianças e jovens que necessitam de cuidados especiais. Infelizmente os ideais inerentes ao Estado Social de Direito não são possíveis de concretizar na sua plenitude, porque, como já salientámos, tudo nesta matéria se resume à reserva do economicamente possível, embora protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social, ou ainda pelos princípios estruturantes do Estado de Direito. Por outras palavras, o diploma mencionado não importa um retrocesso social, porque não vem criar qualquer vazio legal e não retira *in toto* o acesso ao subsídio de educação especial a todos os cidadãos. Antes veio concretizar, de pior ou melhor forma, os princípios da igualdade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Coisa diferente é a forma como todos os serviços públicos envolvidos neste procedimento estão a aplicar o mencionado diploma, e assim cumprir e fazer cumprir as regras que acima traçamos relativas ao regime jurídico dos direitos sociais.

Quanto à fundamentação dos atos administrativos, presentemente, é imposto pelo artigo 124.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA). Deste preceito, nomeadamente da sua alínea a), decorre que, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos. Não obstante, deverá acrescentar-se que o dever de fundamentação tem um alcance limitado, bastando, para o efeito, uma exposição sucinta dos fundamentos de facto e de direito em que essas decisões alegadamente se sustentem (cfr. artigo 125.º, n.º 1, do CPA). Em todo o caso, e como nos ensina o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 266/87³⁴, entre mais, que “ esta exposição [sucinta], deve ser clara, congruente e suficiente, correspondendo à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto.” (cfr. artigo 125.º, n.º 2 do CPA)

³⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>

III – Aplicação ao Caso - Conclusões

De tudo quanto ficou exposto, resulta que não é possível concluir com segurança, em todos os casos denunciados, pela violação do direito à segurança social e à educação, embora não possamos excluir essa hipótese, dada a parca fundamentação das decisões de indeferimento do subsídio de educação especial por parte da Segurança Social. Recordamos que estes direitos, infelizmente, estão sujeitos às flutuações económicas que em cada momento histórico se fazem sentir.

No caso *sub judice* a privação do acesso ao subsídio de educação especial não tem que ver com qualquer alteração ao diploma que regula esta matéria, porque este não sofreu qualquer alteração no corrente ano letivo, que levasse a decidir de maneira diversa em casos semelhantes. O que poderá estar em causa é a sua aplicação e interpretação, decorrente do já mencionado Protocolo. Em todo o caso, sem prejuízo das conclusões *infra*, os factos supra fixados não nos permitem concluir que tenham sido violados os princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, nomeadamente o princípio da igualdade, da proporcionalidade ou da dignidade da pessoa humana. Aliás, não é possível estabelecer qualquernexo de comparação, que permita aferir do cumprimento dos mencionados princípios, entre casos em que tenha sido atribuído o subsídio de educação especial e aqueles que foram objeto do presente relatório.

Contudo, há pelo menos um caso, de entre aqueles que nos foram denunciados, em que, sem haver alteração do quadro clínico, houve uma interpretação diversa da lei, que redundou no indeferimento do subsídio de educação especial que tinha sido atribuído no ano anterior. Nesta situação, não há dúvida que, não tendo havido alteração do quadro legal aplicável, houve, porém, uma interpretação restritiva do mesmo, violadora do princípio da protecção da confiança. De facto, fica por explicar como é que um determinado cidadão pode beneficiar num ano do subsídio de educação especial e no outro já não, apesar de manter o mesmo quadro clínico e a sua pretensão ter sido apreciada em face das mesmas normas legais. Ou seja, a restrição do direito ao subsídio de educação especial por via interpretativa contrária, neste caso, o princípio da protecção da confiança e, como tal, a interpretação que foi dada pela Segurança Social às citadas normas legais não foi conforme à Constituição. Nessa medida, o direito à segurança social desta menor foi violado pela Administração Pública.

Por outro lado, essa interpretação restritiva das normas do Decreto-Lei n.º 3/2008, de 7 de Janeiro, deixa em aberto outra questão. Na verdade, admitindo como boa a atual interpretação do conceito de “*necessidades educativas especiais de carácter permanente*”, então fica por preencher uma lacuna no que toca à protecção social das crianças com necessidades especiais de carácter não

permanente, seja ele temporário ou intermitente. Como se dizia acima, o legislador ordinário tem uma margem de liberdade para modelar o conteúdo dos direitos fundamentais sociais, nomeadamente do direito à segurança social, que é balizada por cima pela reserva do possível e por baixo pela protecção do conteúdo mínimo dos mesmos. Nessa medida, o legislador não pode pura e simplesmente eliminar um direito fundamental social plasmado na lei, embora possa fazer variar o seu conteúdo concreto. Porém, nesta situação, com o critério restritivo seguido pela Segurança Social, nenhuma alternativa é concedida às crianças com necessidades educativas especiais de carácter não permanente, no que respeita ao financiamento do seu acompanhamento terapêutico. E, nessa medida, independentemente da gravidade e das consequências futuras das suas necessidades educativas especiais, o Estado deixa estas crianças sem apoios para ultrapassar as suas dificuldades de aprendizagem, comprometendo o seu processo educativo e o seu desenvolvimento pessoal. Ora, esta situação é grave sobretudo se as mesmas pertencerem a famílias sem recursos económicos suficientes para custear as terapias necessárias. Deste modo, esta lacuna legal, ainda que resultante de uma interpretação restritiva das normas legais aplicáveis por parte da Segurança Social, atenta também contra o direito à segurança social destes cidadãos, dado que nenhum apoio alternativo lhes é concedido capaz de os ajudar a ultrapassar as suas dificuldades involuntárias.

Conclusão diversa resultará da apreciação *in casu* da observância do dever de fundamentação a que estavam e estão sujeitos os atos administrativos que neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos. De facto, os cidadãos em causa foram notificados do indeferimento dos respetivos requerimentos. No entanto, tais atos administrativos não contêm uma explicação mínima dos fundamentos de facto e de direito cuja decisão alegadamente se sustenta. Portanto, seria através da respetiva fundamentação que o cidadão visado ficaria a conhecer, em concreto, a razão pela qual lhe estaria a ser negado o acesso ao subsídio de educação especial, e por essa via aferir se efetivamente o direito à segurança social e à educação estariam a ser violados. De outro modo, o cidadão visado não tem forma de perceber por que razão as suas necessidades educativas especiais não são consideradas permanentes e, como tal, não elegíveis para efeitos de atribuição do subsídio de educação especial

Em suma, a parca fundamentação dos referidos atos administrativos, com recurso a uma fórmula vazia, desacompanhada da necessária concretização factual, respeitante à atribuição do subsídio de educação especial, viola, clara e sucessivamente o disposto nos artigos 17.º, 18.º e 268.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, e ainda o artigo 124.º e 125.º do Código de

Procedimento administrativo, tornando os mesmos nulos e, como tal, impugnáveis por via graciosa e contenciosa.

ANTÓNIO DE JESUS TEIXEIRA

Jurista-Relator do Observatório dos Direitos Humanos